

02/22

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)



Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS) –
scientific journal of legal sciences founded
by University of Göttingen (Germany)
with the purpose of knowledge sharing between
Western and Eastern Europe.

Publisher:

Prof. Dr. **Thomas Mann (Begr.)**, Institut für Öffentliches Recht, Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Georg-August-Universität Göttingen

Editorial board:

Prof. Dr. **Toma Birmontienė**, Professorin am Laboratorium für Menschenrechte, Institut für öffentliches Recht, Mykolas-Romeris-Universität (Litauen)

Prof. Dr. habil. **Sabina Grabowska**, University of Rzeszow (Polen)

Prof. Dr. **Thomas Mann (Begr.)**, Institut für Öffentliches Recht, Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. habil. **Joanna Marszalek-Kawa**, Nicolaus Copernicus University (Polen)

Prof. Dr. **Roman Melnyk (Schriftleitung)**, Hochschule des Rechts („School of Law“) der M. Narikbayev KAZGUU Universität (Kasachstan)

Dr. jur. **Bernhard Schloer**, DAAD-Langzeitdozent, Nationale Taras-Schewtschenko-Universität Kiew (Ukraine)

Dr. **Agne Tvaronaviciene**, Postdoc am Laboratorium für Mediation und nachhaltige Konfliktlösung, Institut für öffentliches Recht, Mykolas-Romeris-Universität (Litauen)

Dr. iur. **Azamat Egamberdiev**, Dozent des Lehrstuhls für Staatsrecht und Staatsverwaltung der Taschkenter Staatlichen Juristischen Universität beim Justizministerium der Republik Usbekistan

Partners



Netzwerk Ost-West



Rechtsdialog.org

www.uni-goettingen.de/reos

02/2022

ISSN 2199-6245

ReOS 02 / 2022

Inhaltsverzeichnis

The war in Ukraine and international criminal law <i>Ambos Kai</i>	4
Application of “Namibia exception” in the national judiciary of Ukraine: sources of law and criteria of legality <i>Yegorov Anton</i>	10
Structure and legal features of management of an offshore company <i>Yeremieiev Andrii</i>	20
Contracts: EU and international legal approaches to cross-border capital market and securities contracts <i>Martova Yuliia</i>	29
Features of activity of defense counsel in deciding the question about declaring of the suspect on the international wanted list <i>Pelikhos Yevhen</i>	36
Compensation for damage from a criminal offense in criminal proceedings at the expense of the State Budget of Ukraine <i>Petruk Olga</i>	44
On some features of the implementation of the squeeze-out procedure according to the Law of Ukraine <i>Polosenko Kseniia</i>	52
Administrative services in the field of construction in the conditions of martial law in Ukraine <i>Turovets Yurii</i>	58

Война в Украине и международное уголовное правосудие¹

Амбос Кай

профессор Гёттингенского университета (Германия)

судья специального трибунала (специализированных палат) по Косово (Гаага, Нидерланды)

Беспрецедентный шаг значительного числа государств, коллективно передавших ситуацию в Украине Прокурору Международного уголовного суда (МУС), усилил международную легитимность расследования международных преступлений в Украине. Но чего на самом деле можно достичь с помощью расследования? Может ли российский президент Путин когда-либо быть привлечён к уголовной ответственности?

Юрисдикция МУС

В соответствии со своим Римским статутом², МУС обладает юрисдикцией в отношении предусмотренных Статутом преступлений (статьи 5 – 8bis), совершённых на территории государства-участника МУС (статьи 12 (2)(a)) или гражданами такого государства (статьи 12 (2)(b))³. Эти ограничения территориальной и персональной юрисдикции могут быть сняты в двух случаях: в случае признания государством юрисдикции МУС в особом случае (статьи 12 (3)), или в случае передачи ситуации в МУС Советом Безопасности ООН (статьи 13 (b)).

¹ Перевод с немецкого языка Глеба Богуша. Статья под оригинальным заголовком “Ukraine-Krieg und internationale Strafjustiz” опубликована в Deutsche Richterzeitung, 04/2022.

² Далее – Римский статут, Статут МУС.

³ Подробнее о юрисдикции МУС: Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 8 Rn. 4 ff.; ders., Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure, 2016, S. 242 ff.

Украина воспользовалась первым вариантом и признала юрисдикцию МУС двумя декларациями: в первой декларации от 9 апреля 2014 г. украинские власти признали юрисдикцию МУС в отношении преступлений, совершенных на территории Украины за период с 21 ноября 2013 года по 22 февраля 2014 года⁴; по второй декларации от 8 мая 2015 года данный срок был распространён на неограниченное время начиная с 20 апреля 2014 года⁵. Таким образом, Суд обладает юрисдикцией в отношении предусмотренных Статутом преступлений (за исключением преступления агрессии), совершенных на территории Украины с 21 ноября 2013 года.

«Запуск» юрисдикции

Даже если МУС обладает юрисдикцией, этого недостаточно для расследования – юрисдикция должна быть активирована (запущена). Такой «запуск» может быть осуществлён тремя способами: путем передачи ситуации Прокурору государствами-участниками (статья 13(a) Статута МУС), Советом Безопасности ООН (статья 13(b)) или решением Прокурора *proprio motu* (статья 13(c)). В данном случае возможность передачи дела Советом Безопасности, очевидно, исключена, поскольку Россия, как постоянный член Совета, наложит вето

⁴ <<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf>>.

⁵ <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine>.

на такую резолюцию⁶. «Самообращение» по смыслу статьи 13(a), практиковавшееся некоторыми африканскими государствами в первые годы существования Суда⁷, со стороны Украины также исключено, поскольку она не является участником Римского статута.

Таким образом, прокурор инициировал расследование *proprio motu* в соответствии со статьей 15 (предварительное расследование), которое, однако, может быть начато только в том случае, если вывод о наличии «достаточных оснований» для начала расследования (статья 15 (3) Статута МУС) будет одобрен Палатой предварительного производства в составе трех судей. Такая процедура раннего судебного контроля над прокурором в контексте предварительного расследования был ценой, которую дружественные суду государства должны были заплатить за наличие в Суде независимого прокурора⁸. Это ни в коем случае не «лёгкая прогулка» для прокурора, что демонстрируют отрицательные решения судей по его запросам. Вместе с тем, эта процедура с соответствующими рисками для прокурора не предусмотрена для случаев передачи ситуации государствами-участниками и Советом Безопасности, поэтому коллективная передача государствами украинской ситуации, о которой уже говорилось в начале, усилила позиции прокурора.

Прокурор Карим А.А. Хан не только сам несколько раз признавал это,⁹ но и предлагал

⁶ Россия уже блокировала ранее принятие резолюции Совета Безопасности на основании главы VII Устава ООН: <https://www.un.org/press/en/2022/sc14808.doc.htm>

⁷ *Ambos*, Internationales Strafrecht, a.a.O., § 8 Rn. 7; *ders.*, Treatise ICL III, a.a.O., S. 257 ff.

⁸ *Ambos*, Treatise ICL III, a.a.O., S. 265.

⁹ См. заявления Прокурора МУС К. Хана от 28 февраля 2022 г. (приводится далее) и 11 марта 2022 г., («Моя канцелярия отреагировала на этот беспрецедентный коллективный призыв к действиям со стороны государств-участников»).

такую передачу государствами в своей декларации от 28 февраля 2022 года¹⁰, после чего на следующий день – 1 марта – Литва сначала осуществила такую передачу, которая затем второго марта коллективным решением, координируемым Великобританией поддержали ещё 38 государств, и 11 марта 2022 ещё два государства¹¹. В общей сложности 41 государство¹² в настоящее время передало прокурору Суда ситуацию в Украине. Такого в истории Суда ещё не происходило. В единственной ситуации коллективной передачи (в отношении Венесуэлы) число государств, осуществляющих передачу, составляло всего шесть¹³.

¹⁰ См. заявление К. Хана от 28 февраля 2022 года <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20220228-prosecutor-statement-ukraine>>: «Альтернативный путь, изложенный в Статуте, который мог ещё больше ускорить рассмотрение вопросов, заключался бы в том, чтобы государство-участник МУС передало ситуацию в мою канцелярию, что позволило бы нам активно и незамедлительно приступить к независимому и объективному расследованиям» (выделено мной -К.А.).

¹¹ Заявление К.Хана от 2 марта 2022 года <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=2022-prosecutor-statement-referrals-ukraine> (Republic of Albania, Commonwealth of Australia, Republic of Austria, Kingdom of Belgium, Republic of Bulgaria, Canada, Republic of Colombia, Republic of Costa Rica, Republic of Croatia, Republic of Cyprus, Czech Republic, Kingdom of Denmark, Republic of Estonia, Republic of Finland, Republic of France, Georgia, Federal Republic of Germany, Hellenic Republic, Hungary, Republic of Iceland, Republic of Ireland, Republic of Italy, Republic of Latvia, Principality of Liechtenstein, Grand Duchy of Luxembourg, Republic of Malta, New Zealand, Kingdom of Norway, Kingdom of the Netherlands, Republic of Poland, Republic of Portugal, Romania, Slovak Republic, Republic of Slovenia, Kingdom of Spain, Kingdom of Sweden, Swiss Confederation, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland).

¹² Заявление К. Хана от 11 марта 2022 года <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20220311-prosecutor-statement-ukraine> (Япония и Северная Македония).

¹³ А именно Аргентина, Чили, Парагвай, Перу, Канада и Колумбия, см. заявление Ф. Бенсуды от 27 сентября 2018 года <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180927-otp-stat-venezuela>>

От «предварительной проверки» до формального «расследования»

Досудебную процедуру в МУС можно условно разделить на две стадии разбирательства – предварительную проверку (*preliminary examination*) и формальное предварительное расследование (*preliminary investigation*)¹⁴. Предшественница Хана, гамбийка Фату Бенсуда инициировала предварительную проверку в отношении возможных преступлений на территории Украины с 25 апреля 2014 года в рамках своих полномочий *proprio motu*¹⁵. 11 декабря 2020 г. Бенсуда объявила об успешном завершении проверки и заявила, что имеются условия для начала расследования в значении статьи 53 (1) Т Римского статута¹⁶. В этом отношении Бенсуда исходила из «достаточных оснований» для предположения о совершении военных преступлений и преступлений против человечности, при этом подозрение касалось событий с 26 апреля 2014 года в связи с аннексией Крыма и с 30 апреля 2014 года в связи с ситуацией на востоке Украины (там подозрения касались только военных преступлений).¹⁷

Исходя из этого, Карим Хан объявил в уже упомянутой декларации от 28 февраля 2022 года, что он будет просить Палату предварительного производства санкционировать расследование, что стало быть необходимым после

¹⁴ См. подробнее: *Ambos*, International Criminal Law, loc. cit., § 8 margin no. 20 et seq.; *ders.*, Трактат ICL III, loc. cit., p. 335 et seq.

¹⁵ См.: *International Criminal Court-The Office of the Prosecutor*, Report on Preliminary Investigation Activities 2020, 14 December 2020, para. 267.

¹⁶ В соответствии со статьёй 53(1) начало такого (формального) расследования требует «разумных оснований полагать», что были совершены преступления, с учётом, в частности, «интересов правосудия»; см. подробнее: *Ambos*, Internationales Strafrecht, a.a.O., § 8 Rn. 20 ff.; *ders.*, Treatise ICL III, a.a.O., S. 335 ff.

¹⁷ См. подробнее: Report on Preliminary Examination, a.a.O., para. 278-281.

вышеупомянутой передачи ситуации в Украине государствами. Далее, 2 марта 2022 года, было объявлено о начале официального расследования¹⁸ по смыслу пункта 1 статьи 53 Статута, в соответствии с которым расследование касается возможных преступлений, совершенных в Украине с 21 ноября 2013 года. В частности, это касается преступлений против человечности и, прежде всего, уже упомянутых военных преступлений, но не геноцида (по фактическим причинам) или преступления агрессии (по юридическим причинам), поскольку МУС может осуществлять свою юрисдикцию в отношении преступления агрессии только в том случае, если либо Совет Безопасности ООН передаст соответствующую ситуацию (статья 15ter), либо если и агрессор, и государство-жертва являются участниками Статута МУС (статья 15bis)¹⁹.

Конечно, с российским вторжением фокус расследования сместился на ведущиеся боевые действия и, в частности на военные преступления. Сам Карим Хан подчеркнул, что в настоящее время речь идёт в первую очередь о деятельности по сбору всеобъемлющих доказательств («полный спектр документальных, цифровых, судебно-медицинских и свидетельских доказательств») и в сотрудничестве со всеми соответствующими заинтересованными сторонами и

¹⁸ Об этом решении было официально сообщено Палате предварительного производства 7 марта <<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/22-2>>

¹⁹ Подробнее о (сложном) режиме юрисдикции преступления агрессии: *Zimmermann/Freiburg-Braun*, in *Ambos*, Hrsg., Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary, 4. Aufl. 2022, Art. 15bis (S. 899 ff.) und Art. 15ter (S. 927 ff.).

сторонами конфликта, включая Россию²⁰. В процедурном плане вышеупомянутое получение доказательств служит для конкретизации и индивидуализации возможных обвинений, которые в конечном итоге должны привести к выдаче ордеров на арест в отношении основных ответственных лиц и формулированию обвинений при достаточном уровне подозрений²¹. Произойдёт ли это на самом деле, зависит от многочисленных факторов, которые лишь частично контролируются прокурором. Хотя правовая основа расследования – не только из-за коллективной передачи государствами ситуации в Суд, но и из-за других правовых шагов против России²² – достаточно солидна, судебное преследование МУС в конечном итоге зависит в этой

процедуре – и, возможно, даже больше, чем обычно²³ – от материальной поддержки со стороны государств, о которой Карим Хан неоднократно просил. Речь идёт о дополнительных финансовых взносах и предоставлении национальных экспертов²⁴.

Как бы то ни было, с юридической точки зрения, ввиду возможного преследования президента Путина возникает вопрос о его иммунитете как главы государства. Этот вопрос будет обсуждаться в заключительной части данной статьи.

Иммунитет Путина как главы государства
Международное право проводит различие между личным или персональным иммунитетом (*ratione personae*), на который могут ссылаться только высшие представители государства (так называемая триада главы государства, главы правительства и министра иностранных дел), и функциональным иммунитетом (*ratione materiae*), который распространяется на (суверенные) официальные акты (*acta iure imperii*) – действия, совершённые в официальном качестве²⁵. Хотя функциональный иммунитет ограничен в случае

²⁰ Заявление Хана от 16 марта 2022 года («Я также направил Российской Федерации официальную просьбу встретиться с их компетентными органами и обсудить нынешнюю ситуацию, касающуюся мандата моей канцелярии. На мой взгляд, важно, чтобы Российская Федерация активно участвовала в этом расследовании, и я готов с ними встретиться»).

²¹ При подаче ходатайства о выдаче ордера на арест обвинение должно иметь «разумные основания полагать», ст. 58(1)), а при формулировании обвинений — «существенные основания полагать», ст. 61(5)).

²² С одной стороны, резолюция Генеральной Ассамблеи ООН «Единство в пользу мира» от 2.3.2022 см. <https://www.un.org/press/en/2022/ga12407.doc.htm> а также принятие временных мер Международным Судом от 16.3.2022 г., с. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>. Исключение России из Совета Европы также следует упомянуть в этом контексте (решение Совета министров от 16.3.2022, CM/Res(2022)2, <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a5da51>), хотя это также исключает юрисдикцию ЕСПЧ (ст. 58(3) ЕКПЧ). Кроме того, также используется возможность децентрализованных расследований, например, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/ermittlungen-zu-moeglichen-kriegsverbrechen-in-der-ukraine>.

²³ Заявление К. Хана от 16 марта 2022 года («Масштаб этого расследования и сложная обстановка, в которой оно будет проводиться, порождают неизбежные требования к моей канцелярии»).

²⁴ Заявление К. Хана от 16 марта 2022 года («Я хотел бы повторить свой призыв к этим государствам оказать помощь моей канцелярии, в том числе путём добровольных финансовых взносов и предоставления национальных экспертов. Это будет иметь важнейшее значение для удовлетворения неотложных потребностей моей канцелярии в ресурсах и для того, чтобы мы могли эффективно урегулировать все ситуации, которые в настоящее время расследуются или находятся в стадии судебного разбирательства»).

²⁵ MüKo-StGB/*Ambos*, 4. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 105 f.; *Ambos*, Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part, 2. Aufl. 2021, S. 528 ff. (532 f.).

серьёзных преступлений по международному праву в межгосударственных (горизонтальных) отношениях, персональный иммунитет в них применяется в принципе без ограничений, но ограничен в вертикальных отношениях (государство – международный уголовный суд)²⁶. С одной стороны, президент Путин, как глава государства, может столкнуться с уголовным преследованием на национальном уровне – здесь речь будет идти о «горизонтальном» уровне. С другой стороны, отношения, защищённые принципом государственного иммунитета, могут приниматься во внимание МУС, поскольку последний состоит с государствами в вертикальной взаимосвязи (статья 27 Статута МУС).

Вопрос о том, должны ли государства исполнять ордер на арест, выданный МУС, намного сложнее. Прежде всего, такое обязательство в принципе существует только для государств-участников МУС (статья 86 и последующие Римского статута). В исключительных случаях он может распространяться на не участвующие в Статуте государства, если они (например, Украина) добровольно признали юрисдикцию МУС и, следовательно, также обязаны сотрудничать (предложение 2 статьи 12(3)) или если Совет Безопасности передал ситуацию в таком государстве на рассмотрение МУС (статья 13b)). Также государства, не участвующие в Статуте МУС, могут быть обязаны сотрудничать только на основании (иных) международных договоров, в частности на основании ст. VI Конвенции о геноциде, которая требует от государств-участников передавать лиц, подозреваемых в геноциде, компетентному международному уголовному трибуналу при

условии, что государства-участники признали юрисдикцию такого международного уголовного трибунала (такого, как МУС)²⁷. В конце концов, Конвенция о геноциде может дополнить соответствующую резолюцию Совета Безопасности с целью обязательства по сотрудничеству тех государств, которые не являются участниками Статута МУС, но государствами-участниками Конвенции и обязаны сотрудничать (во избежание геноцида) на основе этого²⁸.

Что касается МУС, то важнейший вопрос заключается в том, как можно разрешить противоречие между соблюдением иммунитета должностных лиц третьих государств и обязательством сотрудничать с Судом²⁹ (статья 98(1)). В этой связи Апелляционная палата МУС исходит из того, что обычное международное право не предусматривает иммунитета должностных лиц государства в международном суде³⁰. Это касается не

²⁷ International Court of Justice, *Application of the Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports (2007) 43, paras. 439-450.

²⁸ *Sluiter*, Journal of International Criminal Justice 8 (2010) 365, 371–372; Akande, in: Steinberg (Hrsg.) Contemporary Issues Facing the ICC, 2016, S. 77, 81; a.A. Gaeta, in: Steinberg, a.a.O., S. 84, 90 f.

²⁹ Статья 98(1) является процессуальной нормой, адресованной МУС («Суд не может действовать...»), являющейся разновидностью „conflict-avoidance rule“; см. также: ICC, Appeals Chamber, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *Prosecutor v. Al Bashir* (ICC-02/05-01/09-397), 6.5.2019, para. 5, 130 f.

³⁰ Jordan Al-Bashir Appeal Judgment, a.a.O., paras. 1, 103–117 (113) (“there is neither State practice nor *opinio juris* that would support the existence of Head of State immunity under customary international law *vis-à-vis* an international court”.); в том же смысле см: Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor against Charles Ghankay Taylor*, Decision on immunity from jurisdiction, 31.5.2004, SCSL-2003-01-I, para. 37 ff., j, об этом: *Kreß*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC: Commentary, 4. Aufl. 2022, Art. 98 Rn. 114–130.

²⁶ Jüngst BGH NJW 2021, 1326 mit Anm. Kreß = JZ 2021, 724 mit Anm. Werle = StV 2021, 549 mit Anm. Ambos; s. auch *Frank/Barthe*, ZStW 133 (2021), 235; *Jeßberger/Epik*, JR 2022, 10.

только вертикальных (государство-МУС) отношений (согласно статье 27 Статута), но также и в горизонтальных (межгосударственных) отношениях, тогда как в случае ордера на арест МУС государство исполняет его от имени МУС,³¹ то есть не действует автономно, исключительно от собственного имени. Мнение Апелляционной палаты встретило критику, прежде всего потому, что такое толкование обычного международного права трудно согласовать с его конститутивным элементом практики государств, которая в значительной

степени придерживается иммунитета³². Столь широкое толкование также не является необходимым, если, как в случае с Суданом/аль-Баширом, неприменение иммунитета вытекало из резолюции Совета Безопасности.³³ Как бы то ни было, следуя мнению Апелляционной палаты МУС, Путин не может ссылаться на свой иммунитет как главы государства, если МУС выдал в отношении него ордер на арест, и такой ордер подлежит исполнению (123) государствами-участниками Статута МУС, другие же государства будут по крайней мере иметь основания исполнить такой ордер.

³¹ Jordan Al-Bashir Appeal Judgment, a.a.O., para. 2, 114 Отсутствие нормы обычного международного права, признающей иммунитет главы государства *перед международными судами*, имеет отношение не только к вопросу о том, может ли международный суд выдавать ордер на арест главы государства и проводить разбирательство против него, а также для горизонтальных отношений между государствами, когда международный суд просит государство арестовать и передать главу государства другого государства»; Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański and Bossa, paras. 441–445; также см: Pre-Trial Chamber I, Malawi Decision, *Al Bashir* (ICC-02/05-01/09-139), 12.12.2011, para. 46 («сотрудничая с этим Судом и, следовательно, действуя от его имени, государства-участники являются инструментами для обеспечения соблюдения *jus puniendi* международного сообщества, осуществление которого поручено этому Суду [...]). Об этом: *Kreß*, a.a.O., Art. 98 Rn. 131–134.

³² *Held*, Cambridge International Law Journal 10 (2021) 54, 66–68; *Cryer/Robinson/Vasiliev*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 4. Aufl. 2019, S. 530; *Heller*, *Opinio Juris*, 17.5.2019, <[opiniojuris.org/2019/05/09/a-thought-experiment-about-complementarity-and-the-jordan-appeal-decision/](https://www.opiniojuris.org/2019/05/09/a-thought-experiment-about-complementarity-and-the-jordan-appeal-decision/)>; *Batros*, Just Security, 7.5.2019 <<https://www.justsecurity.org/63962/a-confusing-icc-appeals-judgment-on-head-of-state-immunity/>>; *Kiyani*, Just Security, 8.5.2019 <<https://www.justsecurity.org/63973/elisions-and-omissions-questioning-the-iccs-latest-bashir-immunity-ruling/>>; *Akande*, EJIL: Talk!, 6.5.2019, <<https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/>>; *Zimmermann*, JZ 2022, 261, 265 f.; критика с процессуальной точки зрения – *Galand*, EJIL:Talk!, 6.6.2019 <https://www.ejiltalk.org/a-hidden-reading-of-the-icc-appeals-chambers-judgment-in-the-jordan-referral-re-al-bashir/>; иная точка зрения – *Kreß*, TOAEP Occasional Paper Series No. 8 (2019) <<https://www.toaep.org/ops-pdf/8-kress/>>; *Sadat*, Just Security, 18.7.2019,

³³ Jordan Al-Bashir Appeal Judgment, a.a.O., para. 7, 133 ff. В этой связи можно утверждать, что Апелляционная палата превысила свои полномочия – по смыслу принципа *ne ultra petita* – поскольку вопрос о признании иммунитета по обычному международному праву не является предметом апелляции стороны и не имеет отношения к её разрешению.

Application of “Namibia exception” in the national judiciary of Ukraine: sources of law and criteria of legality

Yegorov Anton

*postgraduate student of the first year of the Department of Theory of State and Law,
Constitutional Law and Public Administration of the Faculty of Law
Oles Honchar Dnipro National University, Ukraine*

The article presents a legal analysis of the application of such a legal phenomenon as “Namibia exception” in national proceedings. The scientific article aims to provide a detailed consideration of this phenomenon and consideration of the grounds for the application of “Namibia exception” in Ukraine.

The first part of the article is devoted to studying the origins of the “Namibia exception” legal phenomenon. The author draws attention to the documents of the United Nations and the relevant opinion of the International Court of Justice of the United Nations, the adoption of which gave rise to the existence of “NAMIBIA EXCEPTION”. At the same time, the author examines in detail all the components of “Namibia exception” and highlights the main criteria, the existence of which is necessary for the application of “Namibia exception” in national law, as a distortion of these criteria distorts the “Namibia exception”.

The author also highlights several issues that arise in connection with the emergence of the “Namibia exception” to examine in more detail the reasons for applying these exceptions in Ukraine. Special attention is paid to cases not covered by the “Namibia exception”. However, in the current geopolitical situation in the world, they fully deserve the right to exist – for example, the coexistence within one state of both occupation administrations and legitimate authorities.

The second part of the article is devoted to the peculiarities of applying the “Namibia exception” directly in Ukraine in connection with the Russian aggression from 2014 to 2022. The author directly analyses the legal basis for the existence of “Namibia exception” in Ukraine, including the relevant legislation and information letters of higher specialised courts. At the same time, the author considers special criteria that may follow the internal regulations of Ukraine and, accordingly, create additional signs of the application of “Namibia exception” by the national courts of Ukraine.

The last part of the article is devoted to comparing the criteria obtained as a result of the analysis with the current legislation of Ukraine and finding answers to the question of compliance with these criteria in Ukraine and, consequently, the legality of “Namibia exception” by national courts. Much of the work is also devoted to finding answers to whether the “Namibia exception” fall under the definition of the source of law in Ukraine.

Застосування «намібійських винятків» в національному судочинстві України: джерела права та критерії правомірності

Єгоров Антон Євгенович

аспірант I курсу кафедри теорії держави і права, конституційного права та державного управління юридичного факультету Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара, Україна

Вступ

Застосування національного права судами під час триваючих збройних конфліктів було і залишається вкрай дискусійним питанням. Україна з 2014 року є жертвою збройної агресії з боку Російської Федерації та також зіштовхнулася із даною проблемою. Особливо складною є проблема вирішення національними судами спорів щодо встановлення юридичних фактів, які відбулися на тимчасово окупованих територіях України. Цілковито природньо, що судова практика у даному питанні розділилася.

Україна намагається знайти вихід із даної проблеми за допомогою неформального впровадження в національне судочинство принципу «намібійських винятків», який полягає в обмеженому визнанні документації, яка видана окупаційними органами влади на підконтрольній території з метою забезпечення захисту прав громадян. При цьому, таке визнання не означає автоматичного визнання законності діяльності органів влади окупанта. Однак основне питання залишається невирішеним – яким чином можливо застосовувати дані «намібійські винятки» в національному судочинстві України, якщо даний принцип існує здебільшого у вигляді прецедентного права і не набув широкого поширення в законодавчому полі України? Більше того, наявність такого принципу законодавством України не заохочується,

а в ряді випадків і прямо забороняється. Чи є у такому разі взагалі практична можливість щодо застосування національним судочинством «намібійських винятків»?

Отже, основною проблемою, яка аналізується у статті, є проблема прийнятності застосування «намібійських винятків» в національному судочинстві України. Зважаючи на існування даних «винятків» лише в площині судової практики, Україна, в якій основним джерелом права був і залишається нормативно-правовий акт, фактично відступає від власного закріпленого конституційного принципу верховенства права. З іншого боку, важливим є дотримання також принципу захисту прав людини і громадянина, обов'язок з дотримання якого також закріплений в Конституції України.

Слід зазначити, що науковці, що досліджують дану проблематику, дійшли висновку, що використання «намібійських винятків» в національному судочинстві презюмується як допустиме та обґрунтоване з огляду на необхідність дотримання прав людини та усуненню необхідності ускладнення судового процесу. Зокрема, Нестерович В. Ф.¹ фактично поширив на «намібійські винятки» визначення та особливості принципу міжнародного права. Особливості у застосуванні національним

¹ Нестерович В.Ф. Верховенство права та забезпечення прав людини на тимчасово окупованих територіях України. Наукові записки НаУКМА. 2017. Т. 200. Юридичні науки. с. 85-92

судочинством «намібійських винятків» також розглядалися українським науковцем та суддею Мазуром М. В. Проте, на нормативному рівні «намібійські винятки» фактично не закріплені, що дозволяє говорити про передчасність остаточного вирішення всіх дискусійних моментів щодо прийнятності таких «намібійських винятків».

Мета наукової статті: Метою наукової статті є аналіз співвідношення «намібійських винятків» та чинного законодавства України, розгляд критеріїв їхнього застосування та відповідне визначення правової позиції щодо прийнятності або неприйнятності такого застосування.

Виклад основного матеріалу наукової статті

Перш за все, для повного і всебічного дослідження правового феномену «намібійських винятків» треба розглянути визначення даного терміну та підставу його виникнення. «Намібійські винятки» були сформульовані в консультативному висновку Міжнародного Суду Організації Об'єднаних Націй від 21 червня 1970 року *«Юридические последствия для государств, вызываемые продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка) вопреки резолюции 276 (1970) Совета Безопасности»* (оригінальна назва, далі – Висновок Суду ООН²). Пунктом d Висновку Суду ООН було сформульовану наступну правову позицію: *«однако непризнание не должно приводить к лишению народа Намибии каких-либо преимуществ международного сотрудничества. В частности, признание*

незаконности и недействительности мер, принимаемых Южной Африкой от имени или в отношении Намибии после прекращения действия мандата, не может распространяться на такие акты, как регистрация актов рождения, смерти и браков». Дана правова позиція Міжнародного Суду ООН в подальшому і одержала неформальну назву «намібійські винятки».

Отже, виходячи з аналізу вищенаведених визначень, можна сформулювати наступні ознаки «намібійських винятків» згідно Висновку Суду ООН:

– Закріплення на рівні консультативного висновку Міжнародного Суду ООН (можна умовно назвати *«міжнародний критерій»*);

– Презумпція позбавлення можливості народу, який перебуває під окупацією іноземної держави, до міжнародного співробітництва і, відповідно, вираження власних інтересів;

– Презумпція незаконності та недійсності актів, виданих окупаційною адміністрацією, не поширюється на акти щодо реєстрації фактів народження або смерті, а також шлюбу (незважаючи на відсутність прямої вказівки, можна припустити, що як фактів укладання, так і розірвання шлюбу);

Відповідно, можна стверджувати, що дані ознаки і є критеріями, які мають бути дотримані для застосування «намібійських винятків». При цьому, існування усіх даних критеріїв має бути одночасним. Разом з цим, можна виділити наступні проблемні питання, які виникають щодо кожного критерію:

– Чи може Висновок Суду ООН бути джерелом права та чи є він підставою для визнання «намібійських винятків» у якості міжнародного принципу?

– Чи може мати місце презумпція позбавлення можливості народу міжнародного співробітництва у разі, коли

² Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда 1948-1991. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/summaries/summaries-1948-1991-ru.pdf>

його територія перебуває лише під частковою окупацією?

– Чи може презумпція незаконності та недійсності актів, виданих окупаційною адміністрацією, не поширюватися на акти щодо реєстрації фактів народження, шлюбу або смерті у разі, коли існують ці ж самі акти, видані легітимними органами влади?

Відповідно, слід детально проаналізувати кожне проблемне питання. Щодо першого запитання слід зазначити, що виходячи зі змісту Статуту Організації Об'єднаних Націй³ «рішення Міжнародного Суду ООН» та «консультативний висновок Міжнародного Суду ООН» є різними поняттями. Незважаючи на те, що прямого визначення кожного з цих понять в Статуті ООН немає, можна чітко побачити основну відмінну рису між ними – це обов'язковий характер для сторони-учасника спору. Зокрема, відповідно до ст. 59 Статуту ООН «*решение Суда обязательно лишь для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу*», тоді як жодних згадок про обов'язковий характер консультативного висновку Міжнародного Суду ООН Статут ООН не містить. Більше того, відповідно до ч. 1 ст. 65 Статуту ООН «*суд может давать консультативные заключения по любому юридическому вопросу по запросу любого учреждения, уполномоченного делать такие запросы самим Уставом Объединенных Наций или согласно этому Уставу*», відповідно консультативні висновки Міжнародного Суду ООН взагалі носять загально-теоретичний характер.

Крім цього, автор не погоджується з можливим поширенням на «намібійські винятки» властивостей принципу міжнародного права. Варто зазначити, що

³ Устав Организации Объединённых Наций и Устав Международного Суда от 26.06.1945. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010#top

основними принципами міжнародного права є принципи самої Організації Об'єднаних Націй, наведені в статті 2 Статуту ООН. Відсутність «намібійських винятків» у даному переліку свідчить про неможливість віднесення даного поняття до принципу міжнародного права, більше того, «намібійські винятки» прямо суперечать принципам, закріплених в ч. 4 ст. 2 Статуту ООН (щодо поваги до територіальної цілісності держав) та ч. 7 ст. 2 Статуту ООН (щодо невтручання у внутрішні справи держави).

Щодо другого питання, на думку автора, у разі лише часткової окупації території будь-якої держави її органи публічної влади можуть зберігати дієздатність (принаймні, часткову) та виконувати власні повноваження, відповідно, брати участь у міжнародному співробітництві. У такому разі, застосування «намібійських винятків» є недоречним, більше того, дана обставина може створити додаткові проблеми у контексті подвійної реєстрації одного і того ж юридичного факту – наприклад, факт шлюбу реєструється одночасно легітимними та окупаційними органами влади. Такі обставини жодним чином не сприяють покращенню судочинства та діяльності органів публічної влади, а також не призведуть до поліпшення захисту прав і свобод людини. Крім цього, «намібійськими винятками» ніяк не охоплюються наступні випадки:

– Евакуація легітимних органів влади в інше місце країни, де вони продовжують здійснювати свої функції – аж до діяльності уряду в еміграції;

– Можливості неодноразового переходу контролю над однією та тією ж самою територією від легітимних органів влади до окупаційних внаслідок бойових дій;

– Можливість створення «зон безпеки», «демільтаризованих зон», «ліній

розмежування», тобто по суті ніким не контрольованих територій, де жодна влада не здійснює свої повноваження.

Щодо третього питання, то у випадку існування актів щодо реєстрації фактів народження, шлюбу або смерті, виданих легітимними органами влади, застосування «намібійських винятків» взагалі є безпідставним та недоречним. Так, навіть виходячи з визначення, наведеного в Висновку Суду ООН, ключовим було здійснення окупаційною державою від імені або у відношенні захопленої держави будь-яких дій, у тому числі видачі відповідних актів, тоді як при здійсненні легітимними органами влади від імені захопленої держави будь-яких дій автоматично нівелює усі акти окупаційної адміністрації.

У свою чергу, в Україні норми ст. 2 Закону України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях»⁴ передбачали можливість застосування «намібійських винятків», проте даний Закон втратив чинність у травні 2022 року, відповідно наразі регулювання «намібійських винятків» в законодавстві України прямо не здійснюється. Натомість, окрім судової практики, «намібійські винятки» існують також фактично у формі рекомендаційних висновків – так, у 2016 році Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ розглядав питання цивільних проваджень з встановлення фактів народження або смерті осіб на тимчасово

окупованих територіях України, наслідком чого було видання судом інформаційного листа від 15.04.2016 року № 9-1130/0/4-16 щодо окремих питань застосування Закону України «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України щодо встановлення факту народження або смерті особи на тимчасово окупованій території України»⁵ від 04 лютого 2016 року № 990-VIII. Даний лист було направлено судам нижчих інстанцій з рекомендаціями щодо використання в роботі щодо розгляду справ та встановлення обставин підтвердження належними та допустимими доказами фактів народження або смерті на тимчасово окупованих територіях України. При цьому, було застосовано здебільшого не норми національного законодавства України, а відповідну практику Європейського Суду з прав людини у справах проти Росії та Молдови (судові прецеденти по справах «Plașcu and others v. Moldova and Russia», «Mozer v. the Republic of Moldova and Russia»), а також Туреччини («Cyprus v. Turkey», «Loizidou v. Turkey»), та зроблено висновок, що документи, які були видані установами (включаючи лікувальні установи) та органами влади, які знаходяться на визначеній Верховною Радою України тимчасово окупованій території можуть у виняткових випадках братися до уваги національними судами України та бути оцінені у якості доказів для підтвердження фактів встановлення народження та смерті на тимчасово окупованій території України.

⁴ Закон України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» від 18.01.2018 № 2268-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2268-19#Text>;

⁵ Закон України «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України щодо встановлення факту народження або смерті особи на тимчасово окупованій території України» від 04.02.2016 № 990-VIII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/990-19#Text>

Натомість у 2017 році Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ шляхом видачі листа від 11.04.2017 року № 9-697/0/4-17 «Щодо використання у судових рішеннях формулювань, що відображають місце настання фактів, які мають юридичне значення»⁶ проаналізував судову практику, яка склалася до того часу і встановив наступні відмінності у судових прецедентах (констатувавши при цьому, що в цілому суди попередніх інстанцій належним чином дотримуються вимог норм ст. 257¹ Цивільного процесуального кодексу України в чинній на той момент редакції):

– В окремих випадках національні суди фактично відступали від положень чинного в Україні законодавства та всупереч загальновідомим та визнаним в законодавстві України підходам щодо правового статусу тимчасово окупованих територій Донецької та Луганської областей зазначали, що факт народження або смерті мав місце на території Донецької або Луганської народних республік. Такий підхід Вищим спеціалізованим судом з розгляду цивільних і кримінальних справ був визнаний неправильним та помилковим, оскільки Україна є унітарною державою, а в адміністративно-територіальному устрої країни не передбачено існування т.зв. «Донецької народної республіки» або «Луганської народної республіки», тоді як у відповідності до норм Закону України «Про особливий порядок місцевого самоврядування в окремих районах Донецької та Луганської

областей»⁷ в окремих районах, містах, селищах і селах Донецької та Луганської областей було тимчасово запроваджено інший, особливий порядок здійснення місцевого самоврядування, а створення нових адміністративно-територіальних одиниць не відбулося. Крім цього, т.зв. «Донецька народна республіка» та «Луганська народна республіка» не є тотожними Донецькій та Луганській областям України відповідно, натомість відповідно до постанови ВР «Про визнання окремих районів, міст, селищ і сіл Донецької та Луганської областей тимчасово окупованими територіями» від 17.03.2015 № 252-VIII⁸ ряд територій було визнано окупованими;

– В інших випадках національні суди при встановленні факту народження або смерті при зверненнях з посиланням про встановлення факту народження або смерті на території т.зв. «Донецької народної республіки» та «Луганської народної республіки» відмовляли у задоволенні таких вимог. Такий підхід Вищим спеціалізованим судом з розгляду цивільних і кримінальних справ був визнаний правильним та обґрунтованим з підстав того, що неможливо встановити наявність юридичного факту на територіях т.зв. «державних утворень», які не входять до системи адміністративно-територіального устрою України;

– Іншим випадком, який Вищим спеціалізованим судом з розгляду цивільних

⁶ Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Щодо використання у судових рішеннях формулювань, що відображають місце настання фактів, які мають юридичне значення» від 11.04.2017 року № 9-697/0/4-17 URL: https://zib.com.ua/ua/print/128490-vss_zaboroniv_dnr_ta_lnr_u_rishennyah_nazivati_respublikami_.html

⁷ Закон України «Про особливий порядок місцевого самоврядування в окремих районах Донецької та Луганської областей» від 16.09.2014 року №1680-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1680-18#Text>;

⁸ Постанова Верховної Ради України «Про визнання окремих районів, міст, селищ і сіл Донецької та Луганської областей тимчасово окупованими територіями» від 17.03.2015 №252-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254-19#Text>

і кримінальних справ теж був визнаний правильним та обґрунтованим, є визнання національними судами України факту народження або смерті на тимчасово окупованих територіях Донецької або Луганської областей.

Отже, теоретично використання «намібійських винятків» в Україні дозволяється нарівні підтвердження в судовому порядку фактів смерті або народження на тимчасово окупованих територіях, тоді як здебільшого основною претензією в судовому процесі залишається назва адміністративно-територіальної одиниці, в якій мав місце юридичний факт. По суті, дана обставина є додатковим виключно українським критерієм застосування «намібійських винятків», який умовно можна назвати презумпцією територіальності – обов'язковість визначення у якості місця вчинення юридичного факту дійсної адміністративно-територіальної одиниці України, а не окупаційних державних утворень. Даний критерій було сформульовано українським судочинством у 2017 році.

Тепер перейдемо до основного запитання – чи відповідає ситуація в Україні кожному з чотирьох критеріїв правомірності застосування «намібійських винятків»? Для цього варто зупинитися на кожному з критеріїв окремо.

Щодо міжнародного критерію слід констатувати факт того, що додержання «намібійських критеріїв» для України не є обов'язковим. Незважаючи на те, що Україна є державою-засновником Організації Об'єднаних Націй, Висновок Суду ООН носить рекомендаційний характер і лише роз'яснює позицію Міжнародного Суду ООН щодо конкретного випадку (в даній ситуації, щодо встановленого Південною Африкою окупаційного режиму в Намібії

у 1970-х роках). Немає жодної норми щодо обов'язкового характеру Висновку Суду ООН і навіть якщо припустити, що даний консультаційний висновок має обов'язковий характер, то даний обов'язковий характер може стосуватися лише держав-сторін спору (тобто Південна Африка та Намібія) і не стосується України.

Більше того, Висновок Суду ООН взагалі не є джерелом права в Україні, а враховуючи те, що «намібійські винятки» в Україні застосовуються лише в цивільному процесуальному судочинстві, немає навіть жодної підстави вважати Висновок ООН джерелом права, який закріплений в статті 10 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК)⁹:

– Відповідно до ч. 2 ст. 10 ЦПК «суд розглядає справи відповідно до Конституції України, законів України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». Як вже було встановлено вище, Висновок Суду ООН не підпадає під жодне з даних нормативних визначень;

– Відповідно до ч. 3 ст. 10 ЦПК «суд застосовує інші правові акти, прийняті відповідним органом на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що встановлені Конституцією та законами України». Як вбачається з аналізу даної норми, Висновок Суду ООН також не підпадає під визначення такого нормативного акту;

– Відповідно до ч. 4 ст. 10 ЦПК «суд застосовує при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та практику Європейського

⁹ Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 №1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>;

суду з прав людини як джерело права». Варто зазначити, що Висновок Суду ООН не є частиною практики Європейського суду з прав людини або частиною вищенаведеної Конвенції;

– Відповідно до ч. 5 ст. 10 ЦПК «суд застосовує норми права інших держав у разі, коли це передбачено законом України чи міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України». Варто зауважити, що Висновок Суду ООН не є міжнародним договором і навіть якщо припустити, що даний документ має властивості міжнародного договору, то відповідно до ст. 14 Закону України «Про міжнародні договори України»¹⁰ «міжнародні договори набирають чинності для України після надання нею згоди на обов'язковість міжнародного договору відповідно до цього Закону в порядку та в строки, передбачені договором, або в інший узгоджений сторонами спосіб». Жодної згоди на приєднання України до «намібійських винятків» Україна не надавала.

Отже, виходячи з аналізу вищенаведених норм можна констатувати факт того, що жодного нормативного обґрунтування щодо застосування «намібійських винятків» у якості джерела права чинне українське законодавство не містить.

Щодо другого критерію слід зазначити, що на відміну від народу Намібії, Український народ не позбавлений і не позбавлявся можливості представництва власних інтересів та здійснення міжнародного співробітництва. Зокрема, вся територія Намібії до 1990 року була окупованою Південною Африкою, легітимні органи влади не діяли, натомість існували створені Південною Африкою окупаційні адміністрації. За таких умов дійсно

можна констатувати, що народ цієї держави був позбавлений права на представництво своїх інтересів. Натомість, в Україні тимчасово окупованою є лише частина території, причому на території Автономної Республіки Крим діють безпосередньо органи публічної влади Російської Федерації, а на територіях окремих районів Донецької та Луганської областей – органи самопроголошених т.зв. «народних республік» та інших окупаційних адміністрацій. Більше того, рішення Європейського суду з прав людини, які наведені в листах-рекомендаціях Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ, прямо не відносилися до спорів з факту встановлення народження, смерті або шлюбу на окупованих територіях.

Отже, можна констатувати факт того, що другий критерій правомірності використання «намібійських винятків», тобто презумпція позбавлення можливості народу здійснювати власне представництво, в Україні не діє.

Щодо третього критерію слід зазначити, що умови його додержання в Україні також відсутні. Зокрема, як вже було наведено вище визначення Висновку Суду ООН щодо безпосередньо «намібійських винятків» головною ознакою незаконних дій окупанта «*принимаемых Южной Африкой от имени или в отношении Намибии*», було якраз здійснення цих дій в інтересах та від імені окупованого народу. Загальновідомим є факт того, що Російська Федерація як держава-окупант, незважаючи на тимчасову окупацію частини української території, не здійснювала та не здійснює жодних правових або інших дій від імені України, тоді як представництво власних інтересів здійснюється Україною самостійно. Дана обставина, на думку автора, виключає можливість стверджувати про додержання в Україні третього критерію правомірності «намібійських винятків».

¹⁰ Закон України «Про міжнародні договори України» від 29.06.2004 № 1906-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15#Text>

Єдиним критерієм, який має місце в Україні є останній додатковий критерій щодо презумпції територіальності, сформульований Вищим спеціалізованим судом з розгляду цивільних і кримінальних справ. На думку автора, додержання в Україні такого критерію не відповідало принципу законності та правової визначеності виходячи навіть з норм ст. 10 ЦПК – так, відповідно до ч. 6 ст. 10 ЦПК якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції України як норми прямої дії. Відповідно, навіть під час дії Закону України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» його застосування національними судами було фактично унеможливлене, оскільки воно суперечило наступним конституційним нормам:

– Відповідно до ст. 2 Конституції України¹¹ «територія України в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою». Таким чином, окупація або відчуження чи навіть діяльність будь-яких окупаційних органів влади в Україні є незаконною;

– Відповідно до ст.17 Конституції «на території України забороняється створення і функціонування будь-яких збройних формувань, не передбачених законом». Дана норма кореспондується з наведеною вище нормою про неможливість діяльності на території України жодних окупаційних органів публічної влади;

– Відповідно до ст. 19 Конституції України «органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України». Отже, враховуючи те, що діяльність окупаційних органів влади на території України заборонена, забороненою є і їхня діяльність, у тому числі щодо реєстрації актів народження, смерті чи шлюбу. Реєстрація даних юридичних фактів є виключною прерогативою легітимних органів влади.

Висновки

Виходячи з проведеного аналізу, застосування на даному етапі існування України як незалежної держави «намібійських винятків» є неправомірним та таким, що позбавлене правових підстав для цього. Зокрема, фактична фіксація даних «намібійських винятків» у значній частині судових рішень, ухвалених національними судами України, ще не означає того, що застосування «намібійських винятків» є юридично дозволеною.

Перш за все слід зазначити, що «намібійські винятки» в їхній інтерпретації в національному праві України є значною мірою спотвореними та викривленими. Справа в тому, що першочергове ухвалення даних винятків та оформлення їх у вигляді Висновку Суду ООН переслідувало легітимну мету – надати можливість принаймні обмеженого захисту прав і свобод жителів території, яка є окупованою, та забезпечити хоча б юридичну фіксацію фактів їхнього існування, тоді як окупація даної території засуджувалась та не визнавалась. Однак, як вже було встановлено вище, обставини в Намібії 1970-х років та в Україні

¹¹ Конституція України від 28.06.1996 №254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

2010-2020-х років значно відрізняються, перш за все тим, що легітимні органи влади не позбавлені можливості встановлювати факти або видавати акти, на які поширюють свою дію «намібійські винятки», оскільки територія України не є повністю окупованою або захопленою.

Крім цього, на думку автора, помилковим є закріплення «намібійських винятків» у якості джерела права в Україні. Слід зазначити, що виходячи з аналізу вищенаведених правових норм, навіть можливе відображення необхідності врахування «намібійських винятків» в законі або підзаконному акті ще

не свідчить про автоматичну необхідність їхнього застосування через наявність колізій із конституційними нормами та процесуальними кодексами. У свою чергу, закріплення необхідності використання «намібійських винятків» на рівні інформаційних листів вищих спеціалізованих судів або будь-якої іншої судової практики автор також вважає недоречним, оскільки дані обставини не мають жодних правових підстав (враховуючи те, що в Україні нормативно-правовий акт був і залишається основним джерелом права), а інформаційні листи вищих спеціалізованих судів носять рекомендаційний характер.

Structure and legal features of management of an offshore company

Yeremieiev Andrii

PhD student of Donetsk State

University of Internal Affairs, Ukraine

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1684-3021>

The article studies the issues of management of offshore companies, and analyses specifics and features of such management. Thus, the article states that offshore companies are in mostly created not only for tax planning and reducing the tax burden on the company, but also to ensure a high level of protection of trade secrets and confidentiality of information about the ownership of the company. The presence of a relevant goal determines the specifics of the choice of management models of the company, which would provide the least disclosure of information about the real owners and beneficiaries of the company. The traditional method of not disclosing the names of the real owners is to issue bearer shares. However, in the process of deoffshorization and increasing demands on companies created in the world's offshore zones, bearer shares have largely lost their relevance and are rarely used. Restrictions on use of bearer shares are fully offset by much more sophisticated management mechanisms that allow the confidentiality of ownership of the company – nominal service and trust management. That is, in the structure of the company's management there are entities that either formally act as owners or officials of the company by agreement and for a fee (nominal management), or act as an intermediate in the management of the company and by creating a structure of trust property maintain the confidentiality of real beneficiaries of the company, as well as protect the company's property from possible claims of creditors or other stakeholders. Among other things, the article proposes structuring the management of the company on three conditional levels: 1) real (real management of an offshore company by its real founders, owners, shareholders, officials); 2) nominal (formal owners and managers who do not actually participate in the management of a company and do not make independent decisions about its activities; the main function of such persons is to “cover up” the names of relevant persons from the real level of company management, i.e. real owners and beneficiaries); 3) trust (the use of trust structures and tools in the management of a company is to ensure the confidentiality of ownership of the company and protection of its property).

Introduction

The concept of offshore companies has become widely used in various spheres of public life. Probably everyone knows about the existence of relevant companies today. However, offshore companies remain a very unexplored category of business. The specifics of creation and operation of offshore companies determines a number of special features of their economic and legal status, which

are reflected in all aspects of the operation of such companies, in particular, and in their management. In general, the issue of business management is one of the key issues of business law. If the procedure and structural features of the management of legal entities established in Ukraine in accordance with domestic law are properly regulated and sufficiently studied, then similar characteristics of foreign (and in particular) offshore business organizations require further in-depth study.

Statement of basic materials

Management of an economic entity is one of the most important components of economic relations and is carried out in accordance with the rules of economic legislation, taking into account the organizational and legal form of the economic entity, its legal status and the specifics of economic activity. In accordance with Part 4 of Article 3 of the Commercial Code of Ukraine, the sphere of economic relations in addition to economic-industrial and domestic economic relations also lies in organizational and economic relations¹. The latter, according to Part 6 Article 3 of the Commercial Code of Ukraine, means the relationship between business entities and entities of organizational and economic powers in the process of managing economic activity². In this case, organizational and economic powers are defined as a set of rights and responsibilities for establishment and/or streamlining and control over the activities of economic entities in order to effectively implement it³. The subjects of organizational and economic powers primarily include: governing bodies of economic entities, endowed with the competence to make management decisions; public authorities and local governments, endowed with the competence to make management decisions in the field of management; property owners who are the founders of business entities, business entities that are endowed with organizational and economic powers in relation to other business entities on the basis of agreements⁴. Since the category of organizational and economic

relations covers a fairly wide range of somewhat heterogeneous relations, scientists propose to make distinguishing between organizational and economic relations as such (arising from the establishment of economic organizations (associations), as well as in connection with other organizational links in the field of management) and economic organizational and managerial relations (arising between participants in relations in the field of management and public authorities, local governments in the management of economic activities) and even set out in the appropriate version of Article 3 of the Commercial Code of Ukraine⁵.

The nature and features of organizational and economic relations that are formed in connection with the activities of an economic entity are largely due to the specifics of such an entity. Differences in the organizational and legal forms of economic entities already determine certain features of their management and, accordingly, organizational and economic relations with their participation. Foreign entities may have a certain set of characteristics. In particular, a number of specific features of management have a category of offshore companies – entities registered in the world offshore zones for business activities outside the place of registration.

In the conditions of constantly growing economic integration and globalization, strengthening of international economic ties and deepening of foreign economic activity the share of business entities operating within several jurisdictions is constantly growing and often use the differences in legal regulation of several jurisdictions to obtain certain tax and other preferences. A special category in this regard is offshore companies – entities

¹ Господарський кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/print> (accessed on 19.05.2022).

² Ibid.

³ Мілаш В.С. Господарське право: курс лекцій: у 2 ч. Ч. 1. Харків: Право, 2008.Р.18.

⁴ Ibid. P. 17-18.

⁵ Мілаш В.С. Комерційний договір у господарському праві: теоретичні проблеми становлення та розвитку: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.04. Харків, 2008. P. 25.

established under offshore jurisdictions by non-residents to conduct business outside the respective jurisdictions. The activities of offshore companies are very diverse, but the specifics of their creation and operation is related to the desire of the founders to obtain certain benefits and preferences by choosing a more favourable (and in particular offshore) jurisdiction to start their own company than the jurisdiction, where the company will operate. The main benefits provided by offshore jurisdictions to attract investment to their territory include minimal taxation, high protection of commercial information about the company, as well as information about its owners and beneficiaries, formal reporting and simplified registration of both the creation of the company and the transition of corporate rights to it. At a minimum, the use of offshore jurisdictions may be due to ease of corporate governance and security of business⁶. The offshore world is an endlessly shifting ecosystem, and each jurisdiction offers one or more offshore specialties⁷. Each attracts particular kinds of financial capital, and each develops a particular infrastructure of skilled lawyers, accountants, bankers, and corporate officers to cater to their specific needs⁸. Offshore services range from the legal to the illegal, with a huge grey area in between⁹. In terms of tax, the illegal stuff is called tax evasion, while tax avoidance is technically legal¹⁰. The

reference notes that offshore is the main tool of the shadow economy to withdraw resources from the country legally¹¹. It is also noted that offshore jurisdictions can play a constructive role in international finance¹². Profits from the economic segment concentrated in offshore jurisdictions are ultimately still reinvested or spent in offshore jurisdictions (leading to increased economic activity) as the investment opportunities of offshore zones themselves are too small to absorb the capital created by the offshore sector¹³. General trends in deoffshorization are gradually changing the approach of offshore jurisdictions to the provision of offshore benefits. However, according to some researchers, instead of changing the rules, onshore jurisdictions should strive to compete effectively on the merits¹⁴. In this regard, in the context of regulatory competition between countries for economic activity and investment, the question arises about the possibility of “race to the bottom” on tax rates, environmental and labour standards¹⁵. In this regard, one of the main goals of global deoffshorization is to create equal conditions for the movement

¹¹ Товкун І.М. Особливості правового регулювання діяльності офшорних компаній в умовах деофшоризації. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. № 3. Р. 102.

¹² Andrew P. Morriss Changing the Rules of the Game: Offshore Financial Centers, Regulatory Competition & Financial Crises. *University of Illinois Law and Economics Research Paper*. 2009. No. LE09-031. P. 26.

¹³ Ibid.

¹⁴ Andrew P. Morriss Changing the Rules of the Game: Offshore Financial Centers, Regulatory Competition & Financial Crises. *University of Illinois Law and Economics Research Paper*. 2009. No. LE09-031. P. 27.

¹⁵ Andrew P. Morriss The Role of Offshore Financial Centers in Regulatory Competition. *University of Illinois Law and Economics Research Paper*. 2008. No. LE07-032. P. 18.

⁶ Податкове законодавство: про «світлий бік» офшорів. URL: <https://mind.ua/openmind/20207290-podatkove-zakonodavstvo-pro-svitlij-bik-ofshoriv> (accessed on 19.05.2022).

⁷ Nicholas Shaxson Treasure Islands. Tax Havens and the Men who Stole the World. London. RandomHouse, 2012, 332 p. P. 22.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

of capital between countries, without giving preference to countries that have more attractive tax conditions¹⁶.

One of the features of globalization is rapid development of offshore zones¹⁷. According to various estimates, more than 25% of world capital and up to 60% of financial flows in the world go through offshore zones¹⁸. It is believed that 3-4 offshore zones disappear in the world every year, and the same number appears¹⁹. According to some authors, offshore jurisdictions in Ukraine are generally the main subjects of investment in the economy²⁰.

The risks of using the opportunities of offshore zones for illegal purposes necessitate further doctrinal analysis of legal status of offshore companies and offshore zones as such, as well as the development of necessary regulations for their activities. At the same time, in the context of counteracting the challenges of abusing offshore opportunities, there are trends in the transition of regulation of a number of aspects of economic relations from the national to the global level, from local to international regulatory structures. However, the establishment of certain economic norms and standards at the global international level can also be associated with

a number of problems, including the potential lack of legal force²¹.

According to Part 1 Article 55 of the Commercial Code of Ukraine, economic entities are participants in economic relations that carry out economic activities, exercising economic competence (set of economic rights and obligations), have separate property and are liable for their obligations under this property, except as provided by law²². Part 2 Article 55 of the Commercial Code of Ukraine distinguishes two categories of economic entities: 1) economic organizations – legal entities established in accordance with the Civil Code of Ukraine, state, municipal and other enterprises established in accordance with this Code, and other legal entities carrying out economic activities and registered in the manner prescribed by law; 2) citizens of Ukraine, foreigners and stateless persons engaged in economic activity and registered in accordance with the law as entrepreneurs²³.

The definition of a legal entity provided by Part 1 Article 80 of the Civil Code of Ukraine is the following: a legal entity is an organization established and registered in the manner prescribed by law²⁴. Thus, all legal entities are created in the legal form of an organization²⁵. At the same time, organizational unity is considered to be a characteristic feature of a legal entity

¹⁶Товкун І.М. Особливості правового регулювання діяльності офшорних компаній в умовах деофшоризації. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. № 3. Р. 102.

¹⁷Сідненко М.В., Попович М.І. Міжнародний офшорний бізнес: принципи ведення та світовий досвід для України. *Ефективна економіка*. 2018. № 5.

¹⁸Ibid.

¹⁹Яворська К.І., Тичківська І.І. Особливості створення і діяльності офшорних підприємств та їх значення для держави та бізнесу: Методичні рекомендації. Київ: КМЦППК, 2013.

²⁰Сідненко М.В., Попович М.І. Міжнародний офшорний бізнес: принципи ведення та світовий досвід для України. *Ефективна економіка*. 2018. № 5.

²¹Richard K. Gordon On the Use and Abuse of Standard for Law: Global Governance and Offshore Financial Centers. *North Carolina Law Review*. 2010. Vol. 88. P. 510.

²²Господарський кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/print>(accessed on 19.05.2022).

²³Ibid.

²⁴Цивільний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/print>(accessed on 19.05.2022).

²⁵Цивільне право України: підручник: у 2 т. Т. 1 / За ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків: Право, 2012. Р. 142.

as such²⁶. Organizational unity is a necessary condition that enables the will of the founders to turn into the will of a legal entity that acts as a whole, and further finds its expression in a clear internal structure, in the specific subordination of government, in regulating relations between structural units²⁷. According to Article 97 of the Civil Code of Ukraine, the company is managed by its bodies. The governing bodies of the company are General Meeting of its members and the executive body, unless otherwise provided by law. Thus, the authority to manage a specific legal entity, which in its organizational and legal form can be considered as a company, have two categories of bodies: 1) the founders (participants) of a legal entity, exercising their powers through their General Meeting; 2) the executive body of a legal entity, which with a certain composition and competence is created by the General Meeting of participants and may consist of one or more persons (director, directorate, board, etc.).

In most cases, such a classification corresponds to the governing bodies of foreign, including offshore, legal entities. However, offshore companies have a number of features that are usually not typical for other legal entities. As offshore companies are created by non-residents of the relevant offshore zones to obtain certain competitive advantages, such as simplified reporting, tax benefits, higher protection of trade secrets, confidentiality of information about the founders and ultimate beneficiaries of the company, etc. The purpose of ensuring the fullest realization of offshore opportunities leaves its mark on management of the relevant offshore organization and determines certain features of such

management, which relate to the activities of both founders (participants) and executive bodies of the legal entity. So, the specifics, when an offshore company is created to maintain the confidentiality of information about the real founder or beneficiary of the company, causes a widespread use of nominal service in the management of offshore companies.

A Nominee service is a legal way of protecting the identity and anonymity of the company owner²⁸. The main function of nominee directors or shareholders is to maintain the anonymity of the real owner by taking their place in all public records relating to the company and non-governmental bodies²⁹. In general, it is considered that the nominal service is an intermediate tool of ownership and management, appointment of nominal (“fictitious”) persons – individuals or legal entities – to official positions in the company (director, president, secretary) or shareholders of the company³⁰. The use of nominal service is one of the most characteristic structural features of management of an offshore company. Nominal founders, shareholders, nominee directors, secretaries and other officials seem to form a specific level of management of an offshore company, which serves as a “curtain” of real management, which is carried out by the real founders, shareholders, directors, etc. and protects the latter, primarily from unwanted publicity³¹.

²⁸Nominee Service. URL: <https://www.offshorecompanycorp.com/company-formation/nominee>(accessed on 19.05.2022).

²⁹Ibid.

³⁰Номинальный сервис. <http://37.1.206.242/nominalnyi-servis> (accessed on 19.05.2022).

³¹Єремєєв А.В. Номинальний рівень в структурі управління суб'єктом господарювання. *«Актуальні питання розвитку державності та правової системи в сучасній Україні»*: зб. матеріалів міжнародної науково-практичної конференції. 29-30.10.2021. Запоріжжя, 2021. Р. 40.

²⁶Ibid.

²⁷Цивільне право України: підручник: у 2 т. Т. 1 / За ред. В.І. Борисової, І.В. Спасиво-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків: Право, 2012. Р. 142.

A nominee director is a third party that is officially registered as the administrator of an offshore corporation instead of its real beneficial owner or manager, who may then remain anonymous³². The nominee director can be either an individual or legal person, i.e. another company specifically incorporated for this role³³. It is common to use the nominee director in conjunction with a nominee shareholder, since this way the client does not appear either as owner or as manager of the company³⁴.

A nominee shareholder different from a nominee director is a person or entity listed as the holder of the securities or shares of an offshore corporation rather than its actual owner, which allows them to remain anonymous³⁵. This can be a natural person or another offshore company³⁶.

Nominal founders, shareholders or officials of an offshore company have some degree of freedom of action in the company and a certain range of actions performed in the company. However, one way or another, such persons do not take an independent part in the management of the company and act solely within the powers granted by the real (beneficial) owners of the company and on their direct instructions for a fee. Nominee directors of offshore companies can often be non-exclusive and hold similar positions in many offshore companies at the same time.

It is believed that the use of nominal management service can provide a number of

³²Nominee Director. URL: <https://www.offshore-protection.com/offshore-glossary-terms/11-nominee-director>(accessed on19.05.2022).

³³Ibid.

³⁴Nominee Director. URL: <https://www.offshore-protection.com/offshore-glossary-terms/11-nominee-director> (accessed on19.05.2022).

³⁵Nominee Director. URL: <https://www.offshore-protection.com/offshore-glossary-terms/11-nominee-director> (accessed on19.05.2022).

³⁶Ibid.

benefits to business³⁷: 1) confidentiality of the name of the business owner (beneficiary) – in classic offshore zones the data on business owners are usually passed only to the company’s registrar and are confidential information, but in some jurisdictions there is still an open register of shareholders and directors; in any case, the use of nominal service significantly increases the confidentiality of information about real owners of the company; 2) commercial purpose – nominal service may be profitable even when there are plans to continue business in other countries and there is a need to show the management of the company from the place of registration; 3) the requirement of the legislation of the jurisdiction of the company registration – in some offshore zones the appointment of a resident director is a mandatory requirement for incorporation of the company; 4) tax optimization – the presence of a local director under certain conditions allows the company to be considered resident and use the opportunities provided by double taxation agreements; 5) convenience for business and improving the company’s image.

As a general rule, a real founder of an offshore company (not a resident of the place of registration of an offshore company) may independently exercise the powers of the founder of a company and/or take the position of director or hire a nominal or other non-nominal director. The service of nominal founders (participants, shareholders) of a company is also becoming widespread.

If the real founder independently exercises the powers of a founder, but involves a nominee director, he/she significantly limits the amount of information about his/her own relationship with

³⁷«За» и «Против» использования номинального сервиса в оффшорной индустрии. URL:<https://internationalwealth.info/offshore-company-formation/nominal-services-in-offshore-industry/> (accessed on19.05.2022).

the company. The signatory of current documents in the activities of an offshore company is a nominee director, however, information about the identity of the founder in one way or another under certain conditions may be available. Ensuring the confidentiality of the owner of the company is achieved through the services of a nominal founder of the company. Another tool for ensuring the confidentiality of the founder of a company is traditionally considered to be the issue of bearer shares, when the shares belong to their beneficial owner without mentioning his/her name in the shares themselves and official accounting documents related to the issue of such shares. However, most of the world's offshore centres have already banned their offshore companies from issuing bearer shares³⁸. Additionally, almost all, with rare exceptions, foreign banks no longer open corporate accounts for bearer shares³⁹. It is believed much better asset protection can be achieved through a trust or a private fund⁴⁰. Their fundamental difference from the scheme with nominal shareholders is that they allow to legally sever ties between the company and its owner⁴¹.

Depending on the nature of the legal relationship that makes up their content, trusts may be classified into economic and civil ones⁴².

³⁸Как осуществляется управление офшорными компаниями? URL: <https://intwealth.info/kak-osushchiestvliaietsia-upravleniie-offshornymi-kompaniiami/>(accessed on 19.05.2022).

³⁹Ibid.

⁴⁰Номинальный акционер (Nominee Shareholder). URL: <https://www.nexus.ua/nominalnyi-aktsioner-nominee-shareholder>(accessed on 19.05.2022).

⁴¹Номинальный акционер (Nominee Shareholder). URL: <https://www.nexus.ua/nominalnyi-aktsioner-nominee-shareholder> (accessed on 19.05.2022).

⁴²Єремєєв А.В. Загальна характеристика господарсько-правового трасту. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 12. Р. 60.

Economic and legal trusts are a special type of economic and legal relations, which are characterized by features of both economic-industrial and organizational-economic relations⁴³. In fact, economic and legal trust is a special type of economic and legal relationship that has a fiduciary nature, arises in the field of management of the organization and (or) direct business activities between three entities: founder, trustee and beneficiary and provides granting of property (assets) by the founder to the trustee on a special legal title – the right of fiduciary property to manage such property in the interests of certain persons (beneficiaries) and (or) to achieve the goal set by the founder⁴⁴. Thus, under a trust agreement, the trustee is in fact not bound by anything (except the purposes of the trust), and the founder and the beneficiary have no property rights other than the right to control the direction and methods of its use (benefit rights)⁴⁵. Improper exercise of the powers by the trustee may be grounds for termination of the trust agreement and termination of the trust relationship.

An offshore company's trust management creates a corporate structure, where the real owner is not directly legally affiliated with the company itself, but the company operates in accordance with the owner's instructions set forth in the trust agreement. Thus, the management of an offshore company can be structured on three conditional levels (each of them may include more than one link): 1) real level – persons who exercise real powers of owners (founders, participants,

⁴³Ibid.

⁴⁴Єремєєв А.В. Загальна характеристика господарсько-правового трасту. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 12. Р. 60.

⁴⁵Педько А.Б. Траст як ефективний інструмент управління бізнес-активами. *Глобальні та національні проблеми економіки*. 2017. Випуск 15. Р. 276-281.

shareholders, etc.) of the company, as well as real powers to manage the company as its officials (directors), director, secretary, etc.); 2) nominal level – persons who do not have real authority to manage the company, although formally considered its owners (founders, participants, shareholders, etc.) or officials (director, secretary, etc.) and limited in their activities in the company by one or two – or even several third-party obligations to certain persons that constitute the actual level of management; 3) trust level – mediates trust relations for the management of the company and its assets; the trust in this case acts as an intermediate link between the real owners (beneficiaries) of the company and the trustee, which can be both individuals and legal entities, including a specialized trust company for management of assets).

Under real conditions, the management of a particular offshore company may involve both the combination and full application of elements of all three levels, and the arbitrary combination of elements of several of them. So, there may be nominal founders, a nominal director, and participation in the legal relations of the trust, which will manage the company's securities. Such widespread use of elements of all three levels can significantly strengthen the company's corporate security, strengthen the protection of confidential information about the company, including making almost inaccessible information about the real founders of the company. However, the presence of so many links in the company management may negatively affect the company's activities, create additional financial costs, additional management difficulties that can reduce the flexibility of the company's business and reduce the speed and efficiency of management decisions. The complete opposite situation is also possible when the real founder of an offshore company will also directly exercise the powers of its director. Such

a simplified management model is acceptable if the offshore company is created solely for the purpose of tax optimization, without the intention of further protecting the confidentiality of information about its real owner. Of course, intermediate options are possible in any combination. Thus, the specifics of economic activity and economic-legal nature of an offshore company determines a set of specific features, as well as a special structuring of the management of such companies.

Conclusions

An offshore company, as an entity established in one of the world's offshore zones for business activities outside the place of registration, is characterized by a number of management features. The purpose of maximum protection of the confidentiality of information about the real owners and beneficiaries of the company, which is usually present when registering an offshore company, determines the use of those methods and management schemes that ensure such confidentiality. These are bearer shares, which are gradually losing relevance in the context of deoffshorization trends, as well as the widespread use of nominal service, which involves the presence of real owners and officials of the company – nominal, acting solely in the interests of real owners and beneficiaries, who practically do not carry out independent management of the offshore company. An offshore company can also be managed through the use of trust or fund instruments that break the legal ties between ownership and the beneficiary. Given this, the most generalized management structure of an offshore company can be divided into three conditional levels: 1) real one – persons who carry out actual management of an offshore company as its real founders, owners, shareholders or

authorized officials; 2) nominal – persons who do not carry out actual management, although formally considered to be the founders, owners, shareholders or officials of the company; the main function of such persons is to “cover up” with their names the names of relevant persons from the real level of management of the company, i.e. the real owners and beneficiaries; relations between persons of real and nominal level of company management are contractual; on the basis of certain agreements (trust declaration, etc.) nominal persons undertake to perform the

role of formal owners or officials of the company without real interference in its activities for remuneration and with limitation of their responsibility for the results and consequences of the company; 3) trust level mediates the use of trust structures and tools in the management of the company. Acting as an intermediary between an offshore company and its real owner, the trust turns the real property into the trust one, and, when used properly, makes it almost impossible for both the principal and the fiduciary to encroach on the company’s property.

Contracts: EU and international legal approaches to cross-border capital market and securities contracts

Martova Yuliia

PhD student

Institute of international relations

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

<https://orcid.org/0000-0001-8337-6879>

This article covers the topic of the changing approach to the contracts that are concluded on the capital and securities markets. The nature of the cross-border capital market contracts is studied together with the questions about globalization and further unification of the capital markets regulation around the world. Thus, different approaches were studied without limitation such as digitalization of the contract, its standardization or template use method.

This articles as well covers the common problems that may arise during cross-border contracts. Such questions are mostly followed by the origin and the situation within the capital market of the country. Thus, the emerging capital markets as well as their participants seems to be in the disadvantage position in comparison with developed countries. To make it even and fair trade the strong legal framework should be established.

There was more than one attempt to establish capital markets union. The EU always considers that it is one of the goals that yet should be achieved. Thus, the possibilities and the necessity to create one single capital market is high. However, there should be studied disadvantages to this approach as well.

To sum up, the difficult nature of the cross-border capital and securities market contracts should be considered. Different types of financial instruments and different interests of the financial market participant should be mentioned together with the possibilities to find better decision and opportunities. There are many different questions that now arising and possibly will arise in the future concerning contracts and cross-border contracts on the capital and securities markets. Which approach will be better is difficult to predict, however, common tendencies of standardization and digitalization of the contracts on financial markets are clear.

Introduction

Legal definition of “contract” may vary in each country and even within the one country with respect to the meaning that it contains within it. However, there are common features that mostly all contracts are possessed. This article sets a goal to review these essential elements of the capital market contract in the view of cross-border relationship that arise in capital markets. Cross-border contracts are nothing new. Globalization and rapid changes in the world

and sufficient legal regulations made it widespread in all spheres of human life. With the outburst of cross-border relationship its understandable to expect the outburst of cross-border contracts. Although, it is important to note that despite the possibility to conclude the cross-border contract in every sphere of life, most commonly it appears in the capital market as part of free movement of capital policy. There are three main reasons for this. Firstly, capital markets in each country have different level of development. Secondly,

the investors protection as well as investors possibilities to protect themselves depends on each country. Finally, the variety of securities and financial instruments differs scientifically. Thus, it puts emerging capital markets, like Ukrainian capital market, in disadvantage position with this regard.

Thus, this article will study legal approaches to cross-border capital market contracts and look for proper decision for possible questions in near future for global capital market. The sources for this article are mainly legal researches as well as European and international laws and regulations in the sphere of capital and securities markets.

Presenting the main material

Firstly, international capital and securities market regulations are designated to establish common framework and unified principles across the world in capital and financial markets. At the same time European capital and securities market regulation is differ from international by its stronger unification that affects not only principles and basic functions of the markets but it goes more deeply and tries to unify almost every significant detail that may be important for investors and other market participants.

International level of legal regulation in capital and securities market is mostly presented by non-profit organizations like International Organization of Securities Commissions (IOSCO), International Capital Market Association (ICMA), International Swaps and Derivatives Association (ISDA), International Securities Lending Association (ISLA). The main goal of these organization is to establish possible level of harmonization in regulation for each country in order to make possible equitable cross-border transactions. As part of this goal the organizations provides agreement's templates for market participants. Example of

such templates are ISDA Master Agreement and most recent is digital ISDA Master Agreement; Global Master Repurchase Agreement, Global Master Securities Lending Agreement. These agreements are very important because they establish standardized clauses and provide legal certainty and efficiency in capital and securities markets across the world.

Thus, regulators require every transaction on capital and securities markets to be properly documented by these or similar agreements. ICMA is a non-profitable association that pursues a goal to promote unity in legal regulation of international capital and securities markets in order to ensure the growth and development in operations on international capital and securities markets.¹ The Global Master Repurchase Agreement is a model agreement for repo transactions. Its important to signed a contract between the parties of repo transactions for a few reasons. Firstly, it is evidence for mutual intentions of both parties; secondly, it is flexible in case of possible variation of the terms between the parties; thirdly, it is the instrument of the risk mitigation.² Every contract that concludes on capital and financial markets puts an impact to the whole economy system and supports it. It is clear that any regulator wants to support their participants in concluding such social utility contracts.

However, nowadays not only written contract on the capital and securities market are popular. Digital contracts the more and

¹ About ICMA/ International Capital Market Association. Official website. URL: <https://www.icmagroup.org/About-ICMA/> (accessed 12.02.2022).

² Why is it important to document repo? International Capital Market Association. URL: <https://www.icmagroup.org/market-practice-and-regulatory-policy/repo-and-collateral-markets/icma-ercc-publications/frequently-asked-questions-on-repo/18-why-is-it-important-to-document-repo/> (accessed 12.02.2022).

more push forward changes in common written contracts. Digital capital market contracts herein mean contracts on the capital and securities markets that conclude with the use of distributed ledger technology (DLT). DLT is proven to be the most transparent system the world has ever known. Moreover, DLT is immutable that makes it perfect for transactions and provide possibility to even exclude third parties from the process of transaction. So, in the near future, it is presented opportunity to look at the stock exchange in new light. Ralf Kubli in the newly published article stated that tokenization of financial instruments nowadays is difficult to achieve. The thing that can make tokenization of financial instruments widely spread is the recognition of essence of cash flows in financial contract that in DLT will be presented as set of algorithms. The main point is that adopting these standardized algorithms of financial contracts will help decentralized financial sector to expand its limits and provide economic transparency.³ With this in mind, digital contracts as well as common contract on capital and securities markets need to receive certain level of standardization.

Standardization of financial contracts is a way to their simplification. And simplification of financial contracts is a way to attract more investors. The standardization may be mandatory and there a lot of views that points that standardization of financial contracts should be mandatory. The main goal of standardization contracts is to limit dissymmetric in the contractual terms. By this way can be achieved similarity and identity. For example, in the ISDA agreements there are possibility to create

³ Ralf Kubli. Smart Contracts Can Revolutionize Capital Markets, But They Need Standardization First. 06.12.2021. Nasdaq. URL: <https://www.nasdaq.com/articles/smart-contracts-can-revolutionize-capital-markets-but-they-need-standardization-first> (accessed 12.02.2022).

open-ended and closed-ended forms which will be more suitable for the parties.⁴ Secondly, the standardization of contracts may be considered as necessity nowadays. However, to provide standardization on financial contracts should be not the top task on the list. In this light the crucial role of abovementioned international organization on capital and securities market should be specified.

As was already mentioned, the level of unity between legal regulations of financial markets across the world is distinctly different. But among all, the European Union (EU) legal regulation is the closest to be called mostly harmonized. Complex work of the European Commission together with its committee on the creating harmonized legislation should be mentioned. In 2015 the European Commission announced Capital Markets Union (CMU) action plan. The purpose of CMU was and now continue to be the same. It is to build unite and single market for capital within the EU where borders for capital do not exist. Nowadays this issue is sound more and more louder because of sufficient changes that happened in economic due to COVID-19 pandemic and the strong necessity to support capital and securities markets. In this regard the European Commission announced in 2020 a new CMU plan. Plan is consist of both legislation and non-legislation proposals in order to achieve the same goals and to support recovery after COVID-19 pandemic in financial markets.⁵

⁴ K. Ayotte, P. Bolton. Covenant Lite Lending, Liquidity and Standardization of Financial Contracts. 2009. 23p. P.20-21. URL: <https://www0.gsb.columbia.edu/faculty/pbolton/papers/Covenantlite-12-09.pdf> (accessed 12.02.2022).

⁵ Capital markets union 2020 action plan: A capital markets union for people and businesses. European Commission. URL: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/growth-and-investment/capital-markets-union/capital-markets-union-2020-action-plan_en (accessed 12.02.2022).

The idea of creating single capital market was always on the agenda of the European Commission. 7 years from the launch of the first CMU plan show that the road to single market without any border restrictions is far away even with complex and elaborate plan. How long is it may take to achieve this long-lasting dream. However, in case of its achievement, will the EU capital market be the strongest market in the world. In the CMU stated “*The choice of financial products and services should not depend on traditions or market power but be the result of a competitive choice. There should be no explicit or implicit barriers to cross-border investment*”.⁶ This point of view is so important that it is necessary to note that only even and fair financial market possibilities and protection can be foundation to its development and growth. On 25 of June 2021 at the Euro Summit in Brussels once again was stated that rapid implementation of CMU plan is necessary.⁷

Secondly, to study deeply the contracts on capital markets there are different classification for them. The most common way to study them is by financial instruments that sold or bought on capital and securities markets. The financial instruments on such markets are the contracts by its nature. So, we study not only financial instruments but the contracts themselves. Among such contracts derivatives the most widespread within capital and securities markets among the world. There are lots of types of derivative

contracts that provide variety for markets participants to choose between them. Thus, derivative contracts that are popular financial instruments nowadays as well give rise to some disputes involve them. For example, the most popular cases that concern derivatives according to ICC Commission Report on Financial Institutions and International Arbitration are: (i) misselling and wrongful investment advice (where relevant and material information is omitted or falsely stated); (ii) calculation of payment settlements; (iii) the occurrence of specific events or the calculation of dates, (iv) the quantity and quality of commodities, (v) various rights and obligations written in the ISDA Master Agreements.⁸ Derivatives disputes may be settled by different ways. Among them, mediation and arbitration, litigation. Arbitration clause may be included in derivative contracts that helps parties to prevent misunderstandings or conflicts about dispute solving process. Parties free to choose traditional arbitration or they may decide to choose special arbitration institutions for financial disputes. Among such special arbitration institutions for financial instruments there is P.R.I.M.E. Finance, that consists of legal and financial market experts. P.R.I.M.E. Finance’s main goal and activity includes dispute resolution services including arbitrations under the P.R.I.M.E. Finance Rules being administered by the Permanent Court of Arbitration.⁹ Thus, contracts on financial markets may arise disputes or misunderstanding on different questions.

⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions. A Capital Markets Union for people and businesses-new action plan. Brussels, 24.9.2020. COM(2020) 590 final. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2020:590:FIN> (accessed 12.02.2022).

⁷ Capital markets union. European Council. URL: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/capital-markets-union/> (accessed 13.02.2022).

⁸ International Chamber of Commerce (ICC). Supplementary Materials ICC Commission Report on Financial Institutions and International Arbitration. 2018. 166p. P.4. ISBN 978-92-842-0532-5. URL: [icc-arbitration-adr-commission-supplementary-materials-to-report-financial-institutions-and-international-arbitration-english-version.pdf](https://www.icc-arbitration-adr-commission-supplementary-materials-to-report-financial-institutions-and-international-arbitration-english-version.pdf) (accessed 12.02.2022).

⁹ General Information. P.R.I.M.E. Finance. URL: <https://primefinancedisputes.org/page/what-we-do> (last accessed: 11.02.2022)

Among them the main problem is that a majority of capital market contracts are cross-border. With the globalization process investors need to have a large scale of opportunities to invest and no country should be an obstacle to that but shall support free movement of capital and ensure investor protection.

The next step in this article is to emphasize the cross-border feature of contracts on capital and securities markets. So, with the rise of cross-border securities trading there are a rise of issues that follow it immediately. Especially such issues that arise from violation of one party or other market participant. Nowadays for those who wish to participate in international trading borders are not exist. Anyone can buy or sell securities through intermediaries easily. For international organizations, for example IOSCO, it sets new challenges in the field of oversight and further state cooperation. Cooperation is necessary not only between national securities regulators authority but on the judicial level as well. IOSCO presented recommendations for markets in the area of regulations of cross-border trading and as well reports to analyze regulatory practices of cross border trading. In report, it was mentioned that not only issues like jurisdiction and participants, especially investor, protection should receive attention but the most dangerous one is money laundering issues.¹⁰ Thus, it is true that cross-border contracts on capital and securities markets present enormous opportunities to the market participants and country itself, we should not forget about possible and potential threats that follow such cross-border relationship. However, international

organizations and state securities authority are willing to cooperate but it is not enough without deeply harmonized and unify legal regulation framework.

Nowadays, the talk about globalization of capital market is arising more. In the beginning of the XXI century it has already been a strong international financial cooperation and talk about possibility to create a world capital market (for example research by Maurice Obstfeld and Alan M. Taylor from 2003, that named "Globalization and Capital Markets". In this research authors go through long history from the XIX and XX centuries and explained how what we now call global capital market was created. They studied the well-known Trilemma of macroeconomic policy: capital mobility, the exchange rate, and monetary policy in the view of trends in world capital market and its reflecting changes to this trilemma. They lead to conclusions as such: open trade in financial markets has much more benefits for market participants than a closed economy. However, it raised issues such as clash and contradiction of policy goals of each country and free flow of capital and investments that flow out from the counties borders. Thus, due to economic crisis and other global political issues governments were more likely to use capital control policy on the pretext of necessity for monetary policy. It shows that monetary policy is the key to abovementioned trilemma.¹¹

Therefore, the idea of global capital market is more like the consequence than the goal. In the arena of market participants there are mix of interests that wanted to be met and the possibility to satisfy it through global capital market is much higher. Especially if its emerging capital market.

¹⁰ Report on cross-border activities of market intermediaries in emerging markets. Emerging markets committee of the International Organization of Securities Commissions. 2005. 129p. P. 14. URL: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/ioscopd193.pdf> (last accessed: 13.02.2022)

¹¹ M. Obstfeld, A. M. Taylor. Globalization and Capital Markets. National Bureau of Economic Research. University of Chicago Press. 2003. ISBN: 0-226-06598-7. P.135-136. URL: <http://www.nber.org/books/bord03-1> (last accessed: 14.02.2022)

In the emerging capital markets, there are lots of issues that may force market participants to look for opportunities abroad. Such issues are: lack or limited scope of financial instruments, minimal standards of protection of investors, lack of digitalization, and so on. However, each country is interested in development of its own capital market. Capitals that free to flow and attract investors through the world to the country is very enticing to political parties and authorities. Nowadays what highlighting the most is interests of market participants. In this aspect countries should provide possibilities to conclude capital market contracts across the board. This process may lead to global capital market by itself. Sometimes, the regulation is not advance the relationship but rather catching up to it. The next question may be as following: in the case of global capital markets what will be the role for capital market contracts within it? So should it be strictly and obligatory standardized or maybe there are should be no contract in the meaning we used to it apply. There are issues that difficult to answer now. However, one thing is sure and that is that contracts on capital and securities markets will be necessary ground for secure the relationship between the market participants. And due to their specific nature to be a contract and at the same time to be a financial instrument they were and will be used in the future.

The role of capital and securities markets are difficult to underestimate. This role is significantly raising for emerging markets. To compare developed and emerging markets it should be stated the following. The Growth and Emerging Markets Committee in the IOSCO in October 2020 published the report FR09/2020 that called "Development of Emerging Capital Markets: Opportunities, Challenges and Solutions". This report stated most common gaps that the emerging capital market should overcome. The gaps are as follow: weak institutional (especially

oversight) and legal framework and high level of risk, that lead to lack of reliance of investors on domestic markets.¹² That is understandable that no investor wants to put their assets into the high volatile market with no further confidence. Thus, in order to strengthen the emerging capital markets legal regulation should be more detailed and efficient with good oversight framework. However, this is the only small parts within the number of gaps that were mentioned in the report and that are consistent with the topic of the research herein. Strong regulation of the institutions in the financial and capital markets and self-evidently their supervision of the applicable contracts on financial markets and relationship that arise here overall is the way to establish qualitative and effective legal framework for cross border contracts and for contracts within domestic capital and securities markets.

Conclusion

Capital and securities markets are essential part of the financial market in every country, whether emerging or developed. The main feature of the relationships that arise on these markets is that there are mostly cross bordered. Thus, the questions about the conditions and the nature of such contracts arise. On the one hand, we can see that the international legal framework establishes unified principles across the world concerning relationships on the capital and securities markets. On the other hand, we can see that the market regulation in the EU is much more unified and affects not only principles but it has a

¹² Development of Emerging Capital Markets: Opportunities, Challenges and Solutions: Final Report. The Growth and Emerging Markets Committee of the IOSCO. FR09/2020. 2020. P.7. 44p. URL: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD663.pdf> (last accessed: 17.02.2022)

goal to harmonize almost every significant detail that may be sufficient to markets participants.

There are different approaches to the nature of the contracts that arise on the capital and securities markets. International organizations provide market participants with the specific templates that consist of standardized clauses. It is convenient to the parties that often consider the concluding of the agreements as formal procedure that should be followed because of the established rules and further bureaucracy.

Partly because of the reason studied and mentioned above the new type of contracts on the capital and securities market may arise soon or already is arising now. It is called digital capital markets contracts. These contracts are concluded with the use of distributed ledger technology that already proven to be the most transparent system. It is difficult to predict the popularity of the digital capital market contracts, however it is

clear that such contracts should receive proper legal framework as well.

The main advantages of the template agreement and digital capital markets contracts lie in their standardization. The standardization of the financial contracts is a way to make the process of concluding contracts easier and clear for everyone. Further, the conclusion about globalization of capital and securities market makes it clear that such globalization is not the goal, but rather the consequence of the present world. And even though we cannot simplify and unify every contract that is concluded on the capital and securities market, because the variety of the financial instruments that are in need for their own specific and unique contract, it is self-evident that the approach to the contracts on the emerging and developed capital and securities markets is slowly changing.

Features of activity of defense counsel in deciding the question about declaring of the suspect on the international wanted list

Pelikhos Yevhen

*lawyer, postgraduate student of the Department of Criminal Procedure
National Academy of Internal Affairs, Ukraine*

On the basis of theoretical generalization of scientific views and law enforcement practice, the problematic issues of legislative regulation of the procedural order of declaring of the suspect on the international wanted list. In this regard, the author pays considerable attention to the peculiarities of the defender's activities in resolving the analyzed issue.

It was found that the gaps in the regulations of this condition of special criminal proceedings are the lack of procedural definition of international search, a clearly defined moment from which a person is considered to be internationally wanted, and the procedural order for its implementation. As a result, it complicates not only the adoption and implementation of procedural decisions in criminal proceedings but also the protective activities of such a person, because it is unclear what is the legal significance of the legal position of the defender in resolving this issue.

It is substantiated that, in our opinion, protective activity in declaring a suspect on the international wanted list provides for two directions: procedural and preventive. The procedural activity of the defense counsel is to provide evidence to refute the arguments of the investigator/detective, and prosecutor in terms of the grounds for admission to the international wanted list and to verify compliance with the general rules of the wanted list during the pre-trial investigation.

Preventive activities are aimed at preventing the client from being declared internationally wanted by Interpol channels by using the possibilities of preventing the publication of a circular's search notification at the national level and submitting a preventive request to the Interpol File Control Commission.

Особливості діяльності захисника при вирішенні питання про оголошення підозрюваного у міжнародний розшук

Пеліхос Євген Миколайович

*адвокат, аспірант кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ, Україна*

Вступ

Однією з підстав здійснення спеціального досудового розслідування є оголошення підозрюваного у міжнародний розшук. Водночас «міжнародний розшук» використовується в КПК України і як умова для розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу

у вигляді тримання під вартою за відсутності підозрюваного. І хоча знедавна він вже не є обов'язковою умовою для здійснення спеціального досудового розслідування, його нормативне регулювання залишається досить суперечливим, спірним та неоднозначним.

Питання, що пов'язані з міжнародним розшуком особи, яка вчинила кримінальне

правопорушення, останнім часом знаходяться в центрі уваги таких вітчизняних вчених, як: Н. М. Ахтирська, І. В. Гловюк, М. В. Гузела, Т. С. Зеленюк, О. В. Калініков, О. Н. Карпов, І. В. Лешукова, О. Ляшук, М. А. Погорецький, О. С. Старенький, О. Ю. Татаров, В. Фаринник, Д. О. Шумейко та ін. Різні наукові праці досліджували міжнародний розшук під різними кутами зору: як особливий порядок кримінального провадження, як форму міжнародного співробітництва, як підставу здійснення спеціального досудового розслідування; як умову для розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою; як окрему функцію міжнародних організацій (Інтерполу).

Аналізуючи положення КПК України, погляди науковців та практиків необхідно в черговий раз привернути увагу передусім законодавця до наступних проблемних питань, які вже довгий час не знаходять свого вирішення як на законодавчому рівні, так і на рівні визначення єдиної судової практики.

По-перше, відсутність закріпленого на законодавчому рівні визначення категорії «міжнародний розшук». Діючий КПК України хоч і не формулює поняття міжнародного розшуку, проте згадує його у низці статей, зокрема у ч. 5 ст. 139; ч. 6 ст. 193, ч. 2 ст. 297-1; п. 4 ч. 2 ст. 297-2; ч. ч. 1, 3 ст. 297-4; ч. 3 ст. 323 КПК України. Тому науковці цілком слушно пропонують доповнити ст. 3 КПК України положеннями, які визначають поняття міжнародного розшуку.¹

¹ Калініков О. В. Міжнародний та міждержавний розшук як обов'язкова умова здійснення спеціального досудового розслідування (in absentia). *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2020. № 3 (16). С. 115-127; Ляшук О. М. Міжнародний розшук як одна із форм міжнародного співробітництва держав. *Право і суспільство*. 2014. № 4. С. 282-287.

По-друге, КПК України не містить положень, які б докладно регламентували процесуальний механізм оголошення особи у міжнародний розшук. Існують різні погляди (які формує, як наукове середовище, так судова практика) щодо питання, з якого моменту вважати особу оголошеною в міжнародний розшук: з моменту винесення постанови про оголошення особи в міжнародний розшук; з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань про оголошення міжнародного розшуку підозрюваного; з моменту скерування постанови до Національного бюро Інтерполу; з моменту публікації щодо неї «червоної картки» Інтерполу.

Такий різнобій правозастосування, безумовно, пов'язаний із прогалинами у нормативній регламентації цієї умови здійснення спеціального кримінального провадження, оскільки КПК України не містить ані процесуального визначення міжнародного розшуку, ані чітко визначеного моменту, з якого особа вважається такою, що перебуває у міжнародному розшуку, та процесуального порядку його здійснення. Як наслідок, це ускладнює не тільки ухвалення та реалізацію процесуальних рішень у кримінальних провадженнях, але і захисну діяльність такої особи, адже не зрозуміло, яке правове значення має правова позиція захисника при вирішенні цього питання.

Метою статті є дослідження законодавчого підходу, проведення теоретичного узагальнення наукових поглядів та правозастосовної практики щодо висвітлення проблемних питань регламентації процесуального порядку оголошення міжнародного розшуку підозрюваного, а також визначення особливостей діяльності захисника при вирішенні аналізованого питання.

Виклад основного матеріалу

Більшість науковців дотримуються тієї точки зору, що винесення процесуального рішення слідчого (постанови) є: першим етапом, за яким обов'язково повинен слідувати етап її виконання, без якого така постанова є лише формальною²; початком здійснення процедури оголошення особи в міжнародний розшук і свідчить тільки про проміжне рішення, на підставі якого необхідно підготувати та подати на розгляд компетентного органу Національного центрального бюро Інтерполу України, а далі секретаріату запит та інші передбачені порядком документи.³ Моментом оголошення особи в міжнародний розшук є саме прийняття Генеральним секретаріатом Інтерполу рішення – циркулярного повідомлення, що відображається в інформаційній базі Інтерполу. Початком міжнародного розшуку, на думку вчених, є направлення відповідного повідомлення до Робочого апарату Укрбюро Інтерполу усіх країн-учасниць. При цьому особа вважається оголошеною в міжнародний розшук лише за наявності відповідних підтверджуючих документів (довідка, витяг із бази даних Інтерполу; надсилання запиту про розшук та прийняття його до виконання іншою державою, яка не є членом Інтерполу; надсилання запиту про розшук до іншої держави на підставі двосторонньої угоди тощо).⁴

² Калінніков О. В. Міжнародний та міждержавний розшук як обов'язкова умова здійснення спеціального досудового розслідування (in absentia). *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2020. № 3 (16). С. 115-127.

³ Татаров О. Національні особливості оголошення особи в міжнародний розшук. *Закон і бізнес*. URL: <https://zib.com.ua/ua/142393.html>

⁴ Погорецький М. А., Старенький О. С. Оголошення особи в міжнародний розшук: проблемні питання. *Вісник кримінального судочинства*. № 4. 2018. С. 71-88.

У судовій практиці також немає однастайності щодо визначення моменту оголошення підозрюваного, обвинуваченого у міжнародний розшук. Зокрема одні судді відкидають підходи, відповідно до яких міжнародний розшук підтверджується виключно постановою про оголошення особи в міжнародний розшук та відповідним Витягом з Єдиного реєстру досудових розслідувань, адже ці рішення не мають наслідком набуття особою статусу міжнародно розшукуваного, оскільки для цього потрібно додатково здійснити визначений перелік адміністративних дій, спрямованих на досягнення результату.⁵ Інші (переважно судді Вищого антикорупційного суду) наголошують на тому, що постанова про оголошення особи в міжнародний розшук є єдиним підтвердженням існування юридичного факту оголошення такої особи в міжнародний розшук, яка має бути спрямована до Департаменту міжнародного поліцейського співробітництва Національної поліції України.⁶

Не має єдиної судової практики з цього питання, навіть, за наявності роз'яснень у п. 6 Листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» № 511-550/0/4-13 від 04 квітня 2013 р., відповідно до якого факт перебування підозрюваного, обвинуваченого в міжнародному розшуку підтверджується

⁵ Ухвала Київського апеляційного суду у справі № 757/31623/19-к від 29 липня 2019 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83481349>

⁶ Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду у справі № 757/24173/19-к. від 10 лютого 2020 року URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87480645>

відповідними відомостями, серед яких названо довідку, витяг із бази даних Інтерполу тощо.⁷

Водночас, останнім часом правозастосовна практика переконує, що фактично, дата винесення органом досудового розслідування постанови про оголошення міжнародного розшуку підозрюваного – є датою оголошення підозрюваного у міжнародний розшук, і саме з цим фактом ч. 1 ст. 297-1 КПК України пов'язує можливість здійснення спеціального досудового розслідування.

Показовим є висновок, наведений в ухвалі слідчого судді Вищого антикорупційного суду, який вмотивований наступним:

1) зміст ч. 3 ст. 281 КПК України передбачає, що поняття «здійснення» розшуку не є тотожним поняттю «оголошення розшуку», а відтак розшук здійснюється після його оголошення, при чому здійснення розшуку стосується вирішенню організаційним питань, які вирішуються після його оголошення.

2) постанова про оголошення особи в міжнародний розшук є єдиним підтвердженням існування юридичного факту оголошення такої особи в міжнародний розшук в розумінні вимог ст. 281 КПК України та ч. 6 ст. 193 КПК України. При цьому подальше скерування зазначеної постанови з відповідними матеріалами кримінального провадження до Департаменту міжнародного поліцейського співробітництва Національної поліції України є: організаційним етапом такого розшуку; наслідком виникнення такого юридичного факту як оголошення особи у міжнародний

розшук; одним із можливих шляхів організації міжнародного розшуку, тобто є лише засобом здійснення такого розшуку (ч. 3 ст. 281 КПК України).

3) положення чинного КПК України покладають на прокурора/слідчого обов'язок надати докази на підтвердження оголошення підозрюваного, зокрема, у міжнародний розшук, та не зобов'язують прокурора/слідчого доводити факт перебування такої особи в розшуку. Достатність таких доказів охоплює наявність: постанови слідчого/детектива або прокурора про оголошення підозрюваного в міжнародний розшук; документа, що підтверджує її направлення до Робочого апарату Укрбюро Інтерполу (лист детектива про направлення відповідної постанови разом з окремими матеріалами кримінального провадження на адресу Департаменту міжнародного поліцейського співробітництва Національної поліції України); витяга з Єдиного реєстру досудових розслідувань, що свідчить про внесення до реєстру зазначених відомостей.

4) відсутність інформації в організації Інтерпол про розшук певної особи не свідчить про не оголошення особи у міжнародний розшук, оскільки з наявністю/відсутністю такої інформації КПК України не пов'язує можливість/неможливість оголошення особи у розшук (міжнародний розшук). В свою чергу, слідчий (детектив) вправі здійснювати дії з розшуку підозрюваних осіб як в системі організації Інтерпол, так і поза нею.⁸

Таким чином, наведеним рішенням слідчого судді Вищого антикорупційного суду фактично визначено правову позицію, яка

⁷ Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України: Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 511–550/04–13 від 04 квітня 2013 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0511740-13#Text>

⁸ Ухвала слідчого судді Вищого антикорупційного суду про надання дозволу на здійснення спеціального досудового розслідування у справі № 991/5453/20 від 28 липня 2020 року. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/90719293>

застосовується останнім часом у судовій практиці спеціалізованого суду щодо процесуального механізму оголошення підозрюваного у міжнародний розшук. Ми підтримуємо наведену точку зору суду з огляду на наступне.

На сьогодні поруч із КПК України найбільше порядок оголошення в міжнародний розшук регламентує «Інструкція про порядок використання правоохоронними органами України інформаційної системи Міжнародної організації кримінальної поліції – Інтерпол», затверджена Наказом № 613/380/93/228/414/510/2801/5 від 17.08.2020 МВС України, Офіс Генерального прокурора, Нац. антикорупційне бюро [...], у якій закріплена процедура взаємодії з Інтерполом і щодо порядку запитування публікації оповіщень в тому числі щодо осіб, які розшуковуються з метою їх затримання, арешту, обмеження свободи пересування та подальшої видачі (екстрадиції) в Україну, які поширюються серед усіх держав-членів, і щодо циркулярів, які поширюються виключно серед обраних держав.

Відповідно до КПК України систему кримінального процесуального законодавства складають відповідні положення Конституції України, відповідні положення міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, Кримінальний процесуальний кодекс України, інші закони України (ч. 2 ст. 1). При цьому під іншими законами необхідно розуміти лише сукупність законів, прийнятих Верховною Радою України.

Порядок кримінального провадження, в тому числі і оголошення особи у міжнародний розшук, регулюється виключно кримінальним процесуальним законом, який не делегує нікому можливість встановлювати такі особливості підзаконними

нормативно-правовими актами. Різного роду інструкції, порядки, положення, накази, які за чинними кодифікованими приписами можуть торкатися тих чи інших питань у сфері кримінального процесуального права, проте не належать до системи кримінального процесуального законодавства.

Власне накази як підзаконні нормативно-правові акти, які затверджують передбачені нормами КПК України відповідні положення, можуть давати тлумачення процесуальним нормам обов'язкові для виконання на території України, спрямовані на організацію кримінальної процесуальної діяльності; встановлюють механізм організації виконання норм кримінального процесуального закону; визначають та деталізують порядок і послідовність виконання загальних приписів закону і не можуть звужувати зміст і обсяг прав і свобод учасників кримінального процесу. Ці акти видаються виключно в межах кримінального процесуального законодавства з метою організації його виконання.⁹

Таким чином, положення Інструкції спрямовані на виконання та реалізацію норм КПК України в частині організаційного забезпечення здійснення міжнародного розшуку шляхом використання правоохоронними органами України можливостей інформаційної системи Міжнародної організації кримінальної поліції – Інтерпол і не може визначати процесуальний порядок, в тому числі момент оголошення підозрюваного в міжнародний розшук.

Поруч з цим, слід визнати, що вказана судова позиція, будучи сприятливою для слідчого (детектива) та прокурора у випадку

⁹ Кримінальний процес : підручник / [Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.] ; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Х. : Право, 2013. С. 43.

доведення підстав для здійснення спеціального досудового розслідування та застосування запобіжного заходу стосовно відсутнього підозрюваного, безумовно ускладнює протидію зі сторони захисту.

З урахуванням викладеного, вважаємо, що захисна діяльність при оголошенні підозрюваного у міжнародний розшук охоплює:

Процесуальну діяльність захисника у судовому розгляді клопотань про надання дозволу на здійснення спеціального розслідування та про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою за відсутності підозрюваного, що полягає у наданні доказів щодо спростування доводів слідчого/детектива, прокурора в частині наявності підстав для оголошення у міжнародний розшук та перевірці порядку дотримання стороною обвинувачення загальних правил оголошення розшуку під час досудового розслідування, що передбачено у ст. 281 КПК України, відповідно до положень якої визначаються:

1) підстави для розшуку підозрюваного: місце перебування підозрюваного невідоме; він виїхав та/або перебуває на тимчасово окупованій території України; він виїхав та/або перебуває за межами України; він не з'являється без поважних причин на виклик слідчого, прокурора за умови його належного повідомлення про такий виклик (ч. 1 ст. 281 КПК України).

2) зобов'язання слідчого, прокурора до оголошення підозрюваного в розшук вжити заходів щодо встановлення його місцезнаходження (ч. 1 ст. 281 КПК України);

3) необхідність винесення окремої постанови про оголошення розшуку у разі, якщо досудове розслідування не зупиняється, або вказівки в постанові про зупинення досудового розслідування, якщо таке рішення приймається (ч. 2 ст. 281 КПК України);

4) необхідність внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (ч. 2 ст. 281 КПК України).

Відсутність нормативної вимоги щодо конкретних доказів на підтвердження перебування особи в міжнародному розшуку не звільняє сторону обвинувачення від надання таких доказів та обов'язку вжиття заходів щодо забезпечення особистої участі підозрюваного, обвинуваченого у процесі.¹⁰ Таким чином, адвокат має з'ясувати чи дотримано вимог ст. ст. 135, 281 КПК України та чи містять матеріали кримінального провадження докази щодо вжиття всіх необхідних заходів в тому числі слідчих та процесуальних дій для встановлення місцезнаходження підозрюваного як всередині України, так і поза її межами, та обставин, які б свідчили про умисні дії останнього щодо переховування від органу досудового розслідування та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності.

До слідчих (розшукових) дій, метою здійснення яких є визначення місцезнаходження підозрюваного, належать ті, в яких така мета прямо визначена нормою КПК України: обшук з метою встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб (ч. 1 ст. 234 КПК України); обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи з метою виявлення осіб, які розшукуються (п. 4 ч. 1 ст. 267 КПК України); а також інші слідчі (розшукові) дії, завдяки яким можливо встановити місцезнаходження розшукуваної особи (ст. ст. 261, 262, 263, 268, 269, 270 КПК України), за умови, що така дія зніщується саме з метою отримання інформації про можливе місце перебування підозрюваного, який

¹⁰ Шумейко Д. О. Актуальні проблеми спеціального кримінального провадження: теорія та практика. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2020. Вип. 6. Т. 2. С. 282-287.

розшукується органом досудового розслідування.¹¹

Превентивну діяльність, направлену на недопущення оголошення підзахисного в міжнародний розшук каналами Інтерполу та з'ясування відомостей про те чи перебуває останній в міжнародному розшуку каналами Інтерполу. Це, передусім, стосується використання можливостей попередження публікації циркулярного розшукового повідомлення на національному рівні та подання превентивного запиту (preventive request) до Комісії з контролю за файлами Інтерполу.

Таким чином, крім класичного підходу до збору стороною захисту доказів щодо фактичних підстав оголошення у міжнародний розшук, з метою захисту прав підозрюваного та запобігання публікації червоного оповіщення слід звернутися до Комісії з контролю файлів Інтерполу з відповідним превентивним запитом, викладаючи весь арсенал аргументів на захист клієнта: описати виправдовувальні докази, політичний характер переслідування (якщо воно має місце), порушення презумпції невинуватості та права на справедливий судовий розгляд тощо. Також слід апелювати до дотримання права бути вислуханим у разі звернення НЦБ України із запитом про публікацію.¹²

Адже відповідно до положень Резолюції ПАРЕ 2161 (2017) «Зловживання у використанні системи Інтерполу: необхідність

¹¹ Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду у справі № 991/4717/20 від 19 січня 2021 року. URL: https://zakon.cc/court/document/read/94317695_35b74a3f

¹²Варакіна О. «Білі комірці» міжнародних масштабів. Нюанси захисту у транскордонних WCC-справах. Юридична газета online. 2021. № 8(738). URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/bili-komircimizhnarodnih-masshtabiv-nyuansi-zahistu-utranskordonnih-wccspravah.html>

отримання більших правових гарантій» сформульовано низку рекомендацій для підвищення ефективності міжнародного розшуку, серед яких: своєчасне інформування органом досудового розслідування НЦБ та Інтерполу в межах певного кримінального провадження; обґрунтування та надання інформації про причетність особи, що розшукується до злочину; недопущення зловживання запитами про публікацію «червоного повідомлення»; відсутність політичних мотивів.¹³

Хоча детально процедура розгляду і подачі превентивних запитів або як її називають «preliminate appeal» не виокремлено в нормативних актах організації, втім, загальний контекст існуючих правил дозволяє говорити про те, що даний механізм має місце.¹⁴

Відтак про фактичне опрацювання таких «превентивних запитів» Комісією по контролю за файлами Інтерполу свідчить п. 12 Розділу 5 «Individual requests» Звіту про діяльність Комісії з контролю за файлами Інтерполу, відповідно до якого Комісія також отримує превентивні запити, спрямовані на блокування будь-якої обробки в файлах Інтерполу даних, які надсилаються національними органами. Окрім того до Комісії надходять індивідуальні запити під якими відповідно до п.11 вважається будь-який запит від особи (заявника), яка бажає дізнатися, чи є якась інформація про неї, що міститься у файлах Інтерполу (тобто запит для доступу) або метою якого є отримання інформації про

¹³Abusive recourse to the Interpol system: the need for more stringent legal safeguards. Resolution 2161 (2017). *Council of Europe. Parliamentary Assembly*. URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23714&lang=en>

¹⁴Коноваленко Д. Попередження від зловживань каналами Інтерполу. Превентивні запити. *Ліга. Блоги*. 2019. URL: <https://blog.liga.net/user/dkonovalenko/article/35323>

оновлення або видалення даних про заявника у файлах Інтерполу (тобто скарга).¹⁵

Висновки

Підводячи підсумки, з урахуванням наведеного аналізу судової практики, її доктринальних та інших оцінок приєднуємось до поглядів науковців щодо необхідності законодавчого визначення поняття міжнародного розшуку та моменту його оголошення. Наведені прогалини потребують найшвидшого заповнення або подолання компетентними суб'єктами. Водночас, враховуючий сучасну законодавчу регламентацію порядку оголошення міжнародного розшуку підтримуємо позицію Вищого антикорупційного суду, що

¹⁵ Activity report of the commission for the control of Interpol's files for 2016. 16 p. URL: https://www-interpol-int.translate.goog/Who-we-are/Commission-for-the-Control-of-INTERPOL-s-Files-CCF/About-the-CCF?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=uk&_x_tr_hl=uk&_x_tr_pto=sc

моментом оголошення міжнародного розшуку є час винесення відповідної постанови слідчого/детектива або прокурора.

Захисна діяльність при оголошенні підозрюваного у міжнародний розшук, на нашу думку, передбачає два напрями: процесуальну діяльність захисника у судовому розгляді відповідних клопотань, що полягає у наданні доказів щодо спростування доводів слідчого/детектива, прокурора в частині наявності підстав для оголошення у міжнародний розшук та перевірці порядку дотримання стороною обвинувачення загальних правил оголошення розшуку під час досудового розслідування; превентивну діяльність, направлену на недопущення оголошення клієнта в міжнародний розшук каналами Інтерполу шляхом використання можливостей попередження публікації циркулярного розшукового повідомлення на національному рівні та подання превентивного запиту (preventive request) до Комісії з контролю за файлами Інтерполу.

**Compensation for damage from a criminal offense in criminal proceedings
at the expense of the State Budget of Ukraine**

Petruk Olga

Associate Professor of Criminal Procedure

National Academy of Internal Affairs, Ukraine

According to the Basic Law, citizens have the right to judicial protection from unlawful encroachments, thus the requirements of the rules of criminal procedure legislation, which provide for the rights of victims to compensation for damages, must be observed in criminal proceedings.

Restoration of property and personal non-property rights of the victim violated by the crime is possible by: compensation for damage at any stage of criminal proceedings directly by the person, by court decision or compensation (compensation) from the State Budget of Ukraine in cases and in the manner prescribed by law.

Scientists and legislators have addressed this issue at various times, believing that the CPC of Ukraine must provide for compensation for damage caused to the victim at the expense of the state in the manner prescribed by the Cabinet of Ministers of Ukraine. Reimbursement of state expenses in such cases may be imposed by the court on the convict guilty of the crime, and material and moral damage to the victim can be reimbursed immediately, without waiting for the convict to have the appropriate funds.

Despite the constant improvement in the criminal procedure legislation, no law has been adopted so far, which should regulate the mechanism of realization of compensation at the expense of the State budget.

The European Convention, adopted on November 24, 1983, defines cases of compensation for damage by the state: to those who have suffered serious bodily injury or ill health as a result of an intentional violent crime; persons who were dependent on the deceased as a result of such a crime; in cases where the offender cannot be charged or punished. We see that European standards for compensation were adopted primarily to provide minimum requirements for member states, rather than model laws. However, taking into account the European Standards for Compensation, several bills have been developed and submitted to the Verkhovna Rada of Ukraine, which provide for: a body with all the characteristics of a legal entity; source of funding; procedure and conditions of reimbursement; control body. Despite the fact that the consideration and adoption of these bills did not reach a logical conclusion, we hope to adopt them as soon as possible.

**Відшкодування шкоди від кримінального правопорушення
у кримінальному провадженні за рахунок Державного бюджету України**

Петрук Ольга Михайлівна

ад'юнкт кафедри кримінального процесу

Національної академії внутрішніх справ, Україна

Вступ

Людина, її життя і здоров'я, честь та гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави (ст. 3 Конституції України). У всіх осіб є обов'язок неухильно додержуватися вимог Конституції та законів України, не посягати на права та свободи, честь та гідність інших людей.

Дотримання у кримінальному провадженні вимог норм кримінального процесуального законодавства, якими передбачено права потерпілих від кримінальних правопорушень, є однією з важливих умов здійснення встановленого у ст. 55 Конституції України права громадян на судовий захист від протиправних посягань.

До одного із найважливіших інститутів сучасної правової науки можемо віднести – відшкодування шкоди. Однозначно, Основний закон передбачає принцип відповідальності держави перед людиною на забезпечення прав та інтересів осіб, які зазнали шкоди, який проявляється передусім у конституційному визначенні обов'язків держави. У зв'язку із цим, законодавець закріпив у кримінальному процесуальному законодавстві можливість відновити завдану шкоду за рахунок Державного бюджету України.

Питаннями відшкодування шкоди у кримінальному провадженні, зокрема вирішення проблем пов'язаних із особливостями забезпечення відновлення майнових прав за рахунок держави, займались: Ю. П. Аленін, Б. Л. Ващук, М. І. Гошовський, І. П. Козаченко, О. В. Крикунов, О. П. Кучинська, О. М. Ларін, В.Т. Нор, Л. Д. Удалова, Н. Б. Федорчук, М. Є. Шумило та ін.

Однак, зазначені проблеми потребують подальшого опрацювання, оскільки питання

щодо реалізації права на відшкодування шкоди за рахунок держави, залишається мало дослідженим та потребує як подальшого наукового аналізу, так і законодавчого регулювання.

Таким чином, метою статті є вирішення питань, що пов'язані із забезпеченням прав та інтересів осіб, які зазнали шкоди від злочину шляхом її відшкодування за рахунок Державного бюджету України.

Виклад основного матеріалу

Законодавець у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі КПК України) визначив відновлення порушених кримінальним правопорушенням майнових та особистих немайнових прав потерпілої особи шляхом:

– відшкодування шкоди на будь-якій стадії кримінального провадження підозрюваним, обвинуваченим, або за його згодою будь-якою іншою фізичною чи юридичною особою;

– прийняття судом рішення щодо примусового стягнення шкоди, завданої кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням, за результатами розгляду цивільного позову в кримінальному провадженні;

– відшкодування (компенсації) за рахунок Державного бюджету України у випадках та в порядку, передбачених законом¹.

Виходячи із аналізу даного положення, вбачаємо, що відшкодувати шкоду може не тільки особа, яка завдала шкоду чи яка несе

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України з постатейними матеріалами практики Європейського суду з прав людини: наук.-практ. посіб. / уклад.: Столітній А. В., Сапін О. В., та ін.; за заг. ред. Столітнього А. В.; видання третє, оновлене та перероблене. Київ: Норма права, 2021. С. 414.

зобов'язання по відшкодуванню, а також держава, оскільки взяла на себе обов'язок по забезпеченню прав, свобод та законних інтересів людини.

Однак механізм реалізації відшкодування за рахунок Державного бюджету до цього часу невизначений.

У науковій літературі постійно піднімаються питання: щодо відшкодування шкоди із спеціального фонду, які документи повинні бути визначені щодо відшкодування, терміни розгляду та безпосереднього відшкодування, який орган повинен здійснювати координацію між потерпілим і фондом, процесуальний порядок відшкодування тощо.

У науковій спільноті постійно піднімалися питання щодо покладення обов'язку на державу по відшкодуванню шкоди потерпілому шляхом запровадження різного роду фондів, до даної проблеми активно долучилися такі вчені, як: В. І. Галаган, О. П. Кучинська, В. Т. Маляренко, В. Т. Нор, П. Л. Слободянюк, М. Є. Шумило тощо.

М. В. В'юник пропонує подолати традиційний підхід до проблеми захисту прав людини, при якому завжди і незмінно в центрі уваги виявлялися права та інтереси особи, винної у вчиненні злочину або, що притягається до кримінальної відповідальності та зосередити увагу на особі, яка потерпіла від злочину. У своїй роботі обґрунтовує на необхідності внесені змін до КПК України щодо забезпечення відшкодування завданої шкоди за рахунок державного бюджету, тобто створеного фонду².

Свого часу, дану пропозицію викладав О. І. Козаченко, який вважав, що у КПК

² В'юник М. В. Щодо питання державної компенсації потерпілим від злочинів. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди «Право»*. Випуск 21. 2014. С. 109-110.

України обов'язково необхідно передбачити положення про відшкодування шкоди, заподіяної потерпілому, за рахунок держави у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Для цього має бути створений спеціальний фонд. Відшкодування державних витрат у таких випадках суд може покласти на засудженого, винного у вчиненні злочину, а матеріальну та моральну шкоду потерпілому можна буде відшкодувати негайно, не чекаючи, поки засуджений матиме відповідні кошти³.

У свою чергу, В. Л. Грохольський окрім того, що підтримує пропозиції щодо доповнення КПК України положеннями про забезпечення відшкодування шкоди потерпілому за рахунок державного бюджету, також наголошує на прийнятті окремого закону із подальшим компенсуванням витрат засудженим, винним у вчиненні злочину⁴.

Підтримуємо вище зазначені пропозиції, та вважаємо, що рішення з прийняття закону про відшкодування шкоди потерпілим від кримінального правопорушення вже давно мало бути втілене у життя. Так, ще у січні 2016 року до Верховної Ради України було внесено законопроект № 3841 «Щодо надання державою спеціального соціального статусу потерпілим від особливо тяжких злочинів та відшкодування за рахунок держави матеріальної та моральної шкоди вказаним особам, із обов'язковим відшкодуванням державі засудженими понесених витрат». Даний законопроект передбачав надання державою спеціального

³ Козаченко О. І. Запобігання злочинів корисливо-насильницької спрямованості. *Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ*. 2008. № 2. С. 9.

⁴ Грохольський В. Л. Деякі проблеми реалізації конституційних прав, свобод і гарантій людини й громадянина на сучасному етапі. *Вісник Одеського інституту внутрішніх справ*. 2001. № 2. С. 109.

статусу особі, потерпілій від особливо тяжкого злочину, ведення єдиного державного реєстру вказаних осіб, встановлення їм пільг та різноманітних доплат, визначав умови та порядок відшкодування за рахунок держави шкоди, завданої особливо тяжким злочином за позовом прокурора в інтересах таких осіб після набрання вироком законної сили, або позовом потерпілого у разі не вжиття заходів прокурором щодо сприянні захисту прав та законних інтересів потерпілих⁵. Однак, законопроект так і залишився законопроектом.

У той же рік, група депутатів подала на розгляд Верховної Ради України інший законопроект «Про спеціальний статус потерпілого від особливо тяжкого злочину проти життя та здоров'я, відшкодування матеріальної, моральної шкоди таким особам державою із обов'язковим зверненням регресу до засудженого», який також досі не розглянутий⁶.

Зазначені законопроекти передбачають спеціальний статус потерпілого, що допомогло б працівникам правоохоронних органів, адвокатам та суддям врегулювати питання, які виникають під час забезпечення прав та законних інтересів осіб, які зазнали шкоди від злочину, та головне гарантувало б реальну

компенсацію шкоди за рахунок держави. Однак, розгляд та прийняття даних законопроектів не досяг логічного завершення.

Даної участі спіткали й інші законопроекти, так: законопроект від 19 січня 2018 р. № 7513 «Про внесення змін до Цивільного кодексу України щодо вдосконалення правового регулювання зобов'язання відшкодування шкоди, завданої судом та органом, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратурою»⁷, та законопроект від 05 вересня 2018 р. № 9044 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо вдосконалення порядку відшкодування шкоди, завданої громадянськими правоохоронними органами або судом відповідно до практики Європейського суду з прав людини»⁸.

На превеликий жаль, зазначені законопроекти були відкликані, оскільки висновки комітетів пропонували доопрацювати в частині неузгодженості їх із положеннями Бюджетного кодексу України. Так, у Висновку передбачено, що відшкодування матеріальної та моральної шкоди, спричиненої особливо тяжким злочином здійснюється за рахунок коштів державного бюджету України та є захищеними видатками загального фонду державного бюджету. Разом з тим, частина друга статті 55 Бюджетного кодексу України

⁵ Проект Закону щодо надання державою спеціального соціального статусу потерпілим від особливо тяжких злочинів та відшкодування за рахунок держави матеріальної та моральної шкоди вказаним особам, із обов'язковим відшкодуванням відшкодування державі засудженими понесених витрат. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=3841&skl=9.

⁶ Проект Закону про спеціальний статус потерпілого від особливо тяжкого злочину проти життя та здоров'я, відшкодування матеріальної, моральної шкоди таким особам державою зі обов'язковим зверненням регресу до засудженого від 14 липня 2016 р. № 4991. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=4991&skl=9.

⁷ Проект Закону про внесення змін до Цивільного Кодексу України щодо вдосконалення правового регулювання зобов'язання відшкодування шкоди, завданої судом та органом, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратурою. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63356.

⁸ Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення порядку відшкодування шкоди, завданої громадянськими правоохоронними органами або судом відповідно до практики Європейського суду з прав людини. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64543.

містить виключний перелік захищених видатків, до яких такі кошти не включено⁹.

Підтримуємо точку зору П. Л. Слободянюка, який вказує, що давно назріла потреба прийняти загальний закон про спеціальний статус потерпілих в Україні разом із законом про забезпечення відшкодування шкоди потерпілим від злочинів, незалежно від тяжкості останніх, передбачивши в ньому створення спеціального державного фонду та механізм відшкодування шкоди потерпілим у тих випадках, коли держава не знаходить впродовж певного часу винувати осіб у заподіянні шкоди, тим самим державою буде забезпечуватись один із головних конституційних обов'язків перед людиною – утвердження і забезпечення прав і свобод людини і громадянина¹⁰.

Питання реформування процесуального положення потерпілого та відшкодування шкоди завданої злочинцем існувало не тільки за часів КПК України 2012 року, воно піднімалось постійно. Одним із головних законопроектів, якій неодноразово подавався на розгляд Верховної Ради України був «Про відшкодування за рахунок держави матеріальної шкоди громадянам, які потерпіли від злочину» № 6283 від 25 жовтня 2004 р.¹¹ та № 6283-1 від 17 січня 2006 р.¹². У ньому

⁹ Висновок щодо результатів здійснення антикорупційної експертизи проекту нормативно-правового акта № 3841 від 29.01.2016. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57967

¹⁰ Слободянюк П. Л. Судовий захист потерпілих як юридична гарантія прав людини в Україні: дис....канд. юрид. наук. Київ, 2019. С. 201-202.

¹¹ Проект Закону про відшкодування за рахунок держави матеріальної шкоди громадянам, які потерпіли від злочину. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=19219

¹² Проект Закону про відшкодування за рахунок держави матеріальної шкоди громадянам, які потерпіли від злочину URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=26690

вперше пропонувалось закріпити підстави, умови, порядок та розмір шкоди, який необхідно відшкодувати за рахунок держави потерпілим від злочину, як одного із видів допомоги та важливої гарантії забезпечення конституційних прав людини.

Данні законопроекти були розроблені на підставі Європейських стандартів відшкодування шкоди, які повинні були бути імплементовані у національне законодавство. 24 листопада 1983 р. були прийняті основні стандарти у Європейській Конвенції, яка уточнює випадки відшкодування шкоди державою:

– тим, кому завдано серйозних тілесних ушкоджень або розладу здоров'я внаслідок умисного насильницького злочину;

– особам, які знаходились на утриманні померлих у результаті такого злочину;

– у випадках, якщо злочинець не може бути обвинувачений або покараний¹³.

Дана Конвенція вказує на можливість відшкодування шкоди за рахунок держави лише щодо умисних злочинів, які є насильницькими й такими, що прямо спричиняють серйозні тілесні ушкодження, однак, щодо інших випадків забезпечення відшкодування пропонує інші джерела: соціальне забезпечення, особисте страхування тощо¹⁴. Цікавим є те, що Конвенція була підписана у 2005 році, але до цього часу не ратифікована Україною, тим самим затягує створення фонду відшкодування шкоди потерпілим від злочину та дотримання державою конституційних обов'язків по забезпеченню прав та інтересів осіб, які зазнали матеріальної шкоди.

¹³ Банчук О. А., Дмитриєва І. О., Малишев Б. В., Саїдова З. М. Відшкодування потерпілим від насильницьких злочинів: європейські стандарти і зарубіжне законодавство / за ред. О. А. Банчука. Київ: Москаленко О. М., 2015. С. 35.

¹⁴ Слободянюк П. Л. Судовий захист потерпілих як юридична гарантія прав людини в Україні: дис....канд. юрид. наук. Київ, 2019. С. 170.

Проводячи моніторинг судових рішень ЄСПЛ щодо забезпечення прав потерпілих можемо звернути увагу, що національними судами не досконало забезпечується рішення в частині виплати відшкодування шкоди, на що вказують, наприклад, рішення: «Суханов та Ільченко проти України» від 26 червня 2014 р., «Графов проти України» від 18 грудня 2018 р.

Вбачаємо, що Європейські стандарти відшкодування шкоди в першу чергу приймалися з метою надання державам-учасникам мінімальних вимог, а не модельних законів. Стандарти передбачають можливості забезпечення відшкодування шкоди за рахунок держави у випадку неможливості її відшкодування безпосередньо особою, тобто якщо відсутні: або домовленості сторін (добровільне відшкодування, стягнення за судовим рішенням), або інші джерела (соціальне забезпечення, страхування тощо).

Отже, у зв'язку із цим, на підставі аналізу вищенаведених Європейських стандартів та законопроектів О. М. Горбань пропонує:

1) створити окремий фонд з власним розрахунковим рахунком, на який підозрюваний, обвинувачений, підсудний, його родичі чи інші особи могли би вносити грошові кошти з метою відшкодування шкоди на добровільних засадах;

2) не обмежуючись долученням до матеріалів кримінального провадження квитанції про внесення коштів на розрахунковий рахунок фонду, здійснювати процесуальне закріплення у формі протоколу факту відшкодування шкоди потерпілому, з одночасним долученням до матеріалів кримінального провадження квитанції про сплату та відомостей про особу платника¹⁵.

Для свого часу дана пропозиція була новацією, яка так і не була втілена у життя

¹⁵ Горбань О. М. Порядок відшкодування матеріальних збитків у кримінальних справах, пов'язаних із вимаганням. Право та державне управління. 2011. № 1. С. 78.

на законодавчому рівні. Необхідно звернути увагу на поділ кримінальних правопорушень, до яких відносяться як проступки так і нетяжкі злочини, за вчинення яких можливе відшкодування безпосередньо потерпілому у повному обсязі. Данна проблема залишається не вирішеною, оскільки, окрім відповідних угод про примирення (ст. 471 КПК України) в інших випадках у кримінальному процесуальному законодавстві не передбачено обов'язок подання відомостей про відшкодування винуватою особою чи її представниками органам досудового розслідування письмового повідомлення про повне відшкодування потерпілому завданої шкоди. У зв'язку із цим пропонуємо доповнити КПК України положенням, яке зобов'язувало подавати органам досудового розслідування письмової заяви про повне відшкодування потерпілому шкоди, що вказувало б на добровільність та у подальшому (у всіх випадках) враховувалось як пом'якшуюча обставина.

На превеликий жаль у вересні 2020 року до ст. 289 КК України законодавцями були внесені зміни, які унеможливили звільнення від притягнення до відповідальності особи, якщо навіть вона повністю відшкодувала збитки. Так, до внесення змін, у випадку реального відшкодування шкоди, тобто якщо транспортний засіб не зазнав ніяких пошкоджень унаслідок незаконного заволодіння, його технічний стан не погіршився і відновлення він не потребує, а до того ж особа повністю відшкодувала збитки – вона звільнялась від відповідальності. На даний час, не залежно чи повернуте майно, чи відшкодовані збитки, особа притягується до кримінальної відповідальності. Вважаємо, з метою прискорення реального відшкодування шкоди потерпілому законодавцю необхідно повернутись до першопочаткової редакції ст. 289 КК України.

У науковій літературі існує різні погляди щодо створення різного роду фондів по відшкодуванню шкоди. Підтримуємо пропозицію

О. П. Кучинської, яка пропонує створити фонди при Міністерстві соціального захисту населення чи Міністерстві юстиції України. Дані міністерства повинні мати відповідне джерело фінансування, до яких можуть бути віднесені:

- суми, стягнені з особи, яка заподіяла шкоду;
- відрахування з державного бюджету частини тих сум, які одержані: від використання праці засуджених, від реалізації конфіскованого майна, в результаті стягнення штрафів за кримінальні правопорушення;
- внески підприємств, організацій;
- частина сум, одержаних митними органами, від реалізації вилучених товарів;
- частина сум, що отримують за роботу органи реєстрації актів громадянського стану та нотаріати;
- відрахування з бюджету того підприємства чи організації, працівник якого вчинив злочин¹⁶.

Данна ідея була закріплена у законопроекті, який був поданий ще у 2001 році на розгляд Верховної Ради України «Про відшкодування громадянам матеріального збитку, заподіяного злочинами». У даному законопроекті державний фонд відшкодування шкоди повинен був мати статус юридичної особи із власним рахунком, печаткою із зображенням Державного герба України та найменуванням. Кошти повинні були надходити з Державного бюджету, коштів, отриманих від реалізації конфіскованого майна, коштів, отриманих за виконавчими листами засуджених та благодійних внесків юридичних або фізичних осіб¹⁷.

На необхідність прийняття даного закону вказують не тільки реалії життя,

¹⁶ Кучинська О. П. Проблеми захисту прав потерпілих в кримінальному процесі України. Адвокат. 2009. № 5 (104). С. 12.

¹⁷ Законопроект України «Про відшкодування громадянам матеріального збитку, заподіяного злочинами» № 7303. URL: <http://www.google.com.ua/url?url=http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/>.

а й положення КПК України та ЦК України. Як ми зазначали вище ч. 3 ст. 127 КПК України так і ч. 2 ст. 1177 ЦК України вказують на те, що шкода, завдана потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, компенсується йому за рахунок Державного бюджету України у випадках та порядку, передбачених законом. Однак порядок до цього часу не визначений, що призводить до затягування – реального відшкодування потерпілому шкоди.

Прикладом по аналогії щодо захисту прав громадян можемо навести аварію на Чорнобильській АЕС, завдяки якій були прийняті різного роду нормативні акти по відновленню порушених прав та інтересів людей. На думку колективу авторів монографії, які вважають, що прийнятий Закон України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» відноситься до комплексного міжгалузевого нормативно-правового акту, а подолання наслідків Чорнобильської катастрофи – як один з напрямів законодавчої діяльності парламенту¹⁸.

У зв'язку із цим, підтримуємо І. І. Татарінова, який у численних своїх наукових публікаціях доводить на необхідності створення спеціального фонду, діяльність якого полягала б у компенсації тієї шкоди, яка була завдана протиправним кримінальними діянням¹⁹.

Висновки

Таким чином, необхідно прийняти відповідний закон про відшкодування шкоди

¹⁸ Правові проблеми подолання наслідків Чорнобильської катастрофи: монографія / В. Ф. Опришко, О. К. Намясенко, С. М. Ратушний та ін.; за заг. ред. В. Ф. Опришка. Київ: КНЕУ, 2015. С.17.

¹⁹ Татарин І. І. Відшкодування заподіяної злочинною шкоди у кримінальному процесі : Європейські стандарти і правотворча практика України. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. Випуск 2(2). Львів : ЛьвДУВС, 2012. С. 369.

за рахунок Державного бюджету України та вказати посилання на нього у КПК України та ЦК України.

Враховуючи Європейські стандарти по відшкодуванню шкоди, були розроблені та подані до Верховної Ради України декілька законопроектів, які передбачають: орган із

усіма притаманними юридичній особі ознаками; джерело фінансування; порядок та умови відшкодування; орган контролю. Не дивлячись на те, що розгляд та прийняття даних законопроектів не досяг логічного завершення, маємо надію на їх прийняття у найкоротший термін.

On some features of the implementation of the squeeze-out procedure according to the Law of Ukraine

Polosenko Kseniia

postgraduate student

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

In Ukraine corporate law is being reformed, it is filled with new institutions, including squeeze-out (compulsory sale of shares - the right of the majority shareholder or group of shareholders owning at least 95 percent of shares of the company to compulsorily acquire the shares of other shareholders). According to the Law of Ukraine «On amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine to Increase The Level of Corporate Governance in Joint Stock Companies» of 23 March 2017 № 1983-VIII the establishment of squeeze-out is due to the adaptation of national legislation to the legislation of the European Union (Directive 2004/25/EU on takeover bids).

Despite the controversial nature of this procedure – termination of ownership rights on shares, it has gained international recognition and is used in many countries. This article defines the essence of «squeeze-out» mechanism, its conditions which are defined in Article 65-2 of the Law of Ukraine «On Joint Stock Companies» and specific features of realisation. The goals of its implementation and the subsequent consequences for the minority are also analyzed. A law of Ukraine establishes the majority principle, that is to say, the priority of the right of entrepreneurial activity of the majority shareholder over the right of the minority. The similarity of the squeeze-out mechanism with such processes as expropriation and termination of ownership rights of a share of the communal property is analyzed. The article reveals the problem issues to determining the value of shares, as well as the current protection of the rights of minority shareholders. Non-judicial tools for resolving a conflict between squeeze-out participants, such as the charter of a private company and a corporate agreement, as well as their benefits, have been identified. Ways to address minority challenging situations by introducing several alternative stock valuations, as well as supplementing the National Securities and Stock Market Commission`s to halt squeeze-out process, which will provide additional safeguards to protect minority rights have been proposed.

Про деякі особливості реалізації процедури «squeeze-out» відповідно до українського законодавства

Полосенко Ксенія Василівна

аспірантка

Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна

Вступ

Сфера корпоративних відносин та обігу цінних паперів є достатньо специфічними.

Про це зокрема свідчить наявність процедури «squeeze-out», яка фактично ототожнюється з узаконеним витісненням меншитарних акціонерів, адже вони позбавляються прав на

акції без своєї згоди. Як свідчить закордонна практика, її застосування обґрунтовуються метою вдосконалення корпоративного управління, що явно видно на прикладі складно структурованих компаній. Проте, з позиції міноритарія навряд чи таку процедуру можна вважати справедливою. Тож, дана проблематика є обговорюваною в правовій спільноті донині.

Аналіз теоретичних та практичних аспектів реалізації процедури обов'язкового продажу акцій в Україні здійснили: Ю. Ахматова, Л. Белкін, К. Дробязко, О. Івченко, В. Ігонін, О. Кологойда, О. Костиця, В. Лавринович, М. Лібанов, О. Маленко, О. Посикалюк, Д. Сидоренко, А. Шматов та ін.

Метою статті є дослідження положень Закону України «Про акціонерні товариства» (далі – Закон), що регламентують загальні правила здійснення процедури «squeeze-out» на предмет дотримання балансу між інтересами та правами її учасників, а також наявності інструментів, які можуть сприяти уникненню постійного конфлікту між правами власності мажоритарія та міноритарія під час такої процедури для визначення напрямку вдосконалення її правового регулювання.

Виклад основного матеріалу

В корпоративному праві діє принцип більшості, що означає залежність обсягу прав від обсягу вкладених інвестицій. Відтак сквіз-аут виступає інструментом захисту прав великих інвесторів, в тому числі права на ефективне ведення економічної діяльності.¹ Шляхом сконцентрування всього

¹ Цит. за Ігонін В., Шматов А. Сквіз-аут, що вистояв у судах. Юридична газета online. 2018. URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/inshe/skvizaut-shecho-vistoyav-u-sudah.html> (дата звернення: 29.05.2022).

корпоративного контролю у мажоритарія можливо спростити корпоративну роботу, забезпечити стабільне функціонування та розвиток компанії, бо з'являється можливість гнучкої реорганізації², зникає необхідність дотримання додаткових вимог, які встановлені ст. 68 Закону при обов'язковому викупі акцій акціонерним товариством на вимогу акціонерів, та ризик корпоративних та судових спорів³, в тому числі нереалізації рішень загальних зборів товариства або їх затримки, що може відбутися при зловживанні міноритарним акціонером правом на їх судові оскарження⁴ і т.п. При цьому обов'язковою умовою сквіз-ауту є попереднє та повне відшкодування міноритарним акціонерам справедливої вартості їхніх акцій.

Як вказує К. Дробязко, проведення процедури «squeeze-out» з першого погляду має плюси для учасників акціонерного товариства, однак лише для мажоритарних.⁵ Адже вона передбачає позасудове припинення права власності міноритарних акціонерів на акції, що свідчить визнаний законом пріоритет права на підприємницьку діяльність мажоритарного акціонера над правом міноритарного. Хоча в п. 2.16 Постанови «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин» від 25.02.2016 № 4 Вищий господарський суд України наголошував на захисті прав та інтересів акціонера, незалежно від того наскільки незначною є його частка, а отже

² Так само.

³ Івченко О. Процедура «squeeze-out»: в чем суть?: блог. URL: <https://pareto.com.ua/blog/procedura-squeeze-out-v-chem-sut/> (дата звернення: 29.05.2022).

⁴ Цит. за Ігонін В., Шматов А. Вказ. праця.

⁵ Дробязко К. Squeeze-out. Бути чи не бути? Юридична газета online. 2020. № 5(711). URL: <https://jur-gazeta.com/dumka-eksperta/squeezeout-buti-chi-ne-buti.html> (дата звернення: 29.05.2022).

і міноритарного при майже його нульовому економічному ефекті для акціонерного товариства.⁶

Сама сутність цього механізму часто порівнюється з експропріацією, як примусовим вилученням майна в суспільних інтересах з зустрічною компенсацією, однак сквіз-аут таким не є, бо тут відсутній публічно-владний чинник, в той же час, застосовною до даної процедури є вимога суспільно інтересу. Стосовно останньої вимоги зарубіжна судова позиція співпадає з українською при обґрунтуванні законності даної процедури, що суспільний ефект від проведення сквіз-ауту має обумовлюватися конкретною причиною його реалізації.⁷ Враховуючи застосування даної процедури в приватно-правових відносинах, аналогічними за результатом є припинення права власності особи на частку в спільному майні, якщо вона є незначною та не може бути виділена в натурі, що передбачено ст.365 Цивільного кодексу України.⁸ Це свідчить про те, що така модель припинення права власності, яку містить сквіз-аут, є допустимою.

З огляду на положення Закону даний інструмент є завершальною стадією процесу поглинання власником домінуючого

паketу акцій компанії-адресата⁹, бо застосуванню сквіз-ауту передують публічна безвідклична пропозиція (оферта) акціонера, який набув контрольний пакет (значний контрольний пакет) акцій добровільно продати йому акції іншими акціонерами, що встановлено ст.ст. 65, 65-1 Закону (mandatory bid).¹⁰ Таким чином, на думку О. Посикалюка, squeeze-out дає можливість усунути дисбаланс між непропорційною вартістю триваючого захисту прав незначної кількості міноритарних акціонерів (хоча їх може бути десятки тисяч, хоча сумарний обсяг акцій складатиме 5 і менше відсотків акцій) та витратами і ризиками, які несе мажоритарний акціонер.¹¹

У зв'язку з тим, що механізм «squeeze-out» не є власним напрацюванням України, а є результатом гармонізації законодавства України з європейським законодавством (Директива 2004/25/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 21.04.2004 р. щодо пропозицій про поглинання в межах виконання

⁹ Ахматова Ю. Впровадження Squeeze-out в Україні: стан справ : матеріали презентації. 2018. URL: https://lcf.ua/content/uploads/2018/07/LCF_SQUEEZE-OUT_REPORT-June-2018.pdf. (дата звернення 29.05.2022).

¹⁰ Про акціонерні товариства: Закон України від 17 вересня 2008 року. № 514-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17#Text> (дата звернення 29.05.2022).

¹¹ Посикалюк О. О. Механізм примусового продажу акцій squeeze-out: досвід ЄС та перспективи впровадження в законодавство України. Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції : збірник наукових праць / за заг. ред. Ю. В. Білоусова. Хмельницький: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Хмельницький університет управління та права, 2015. С. 94-102. URL: https://www.researchgate.net/publication/308936655_MECHANIZM_PRIMUSOVOGO_PRODZHU_AKCIJ_SQUEEZE-OUT_DOSVID_ES_TA_PERSPEKTIVI_VPROVADZENNA_V_ZAKONODAVSTVO_UKRAINI (дата звернення: 29.05.2022).

⁶ Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних відносин: Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 25.02.2016 № 4. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16#Text> (дата звернення: 29.05.2022).

⁷ Цит. за Ігонін Г., Шматов А. Вказ. праця.

⁸ Цивільний кодекс України: закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення 29.05.2022).

Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом), реалізація його в Україні має певні особливості. Проте, як зауважує О. Іванченко, для введення сквіз-ауту в українське законодавство були і власні передумови. Український фондовий ринок утворився внаслідок масової приватизації в 90-х роках державних підприємств. Так, велика кількість працівників стали власниками акцій промислових підприємств.¹² Враховуючи, що не всі з них приймають активну участь в діяльності товариства («сплячі акціонери»), сквіз-аут, а отже і грошова компенсація можуть стати для них приємним бонусом. Але тут також сумнівним є питання, чи однозначно для міноритарія є вигідним отримання такої компенсації вартості акцій замість одержання регулярних дивідендів. Дану ситуацію аналізував О. Посикалюк, і називається вона «фрірайдерство» (паразити на капіталі мажоритарія), тобто міноритарій утримується від продажу належних йому акцій, розраховує на розвиток компанії за рахунок інвестицій мажоритарного акціонера, зрештою і на збільшення розміру дивідендів.¹³

Основними умовами, що висувуються ст.65-2 Закону для можливості проведення примусового продажу акцій є: 1) набуття особою (особами, що діють спільно) домінуючого контрольного пакету акцій (у розмірі 95 і більше акцій акціонерного товариства); 2) залучення суб'єкта оціночної діяльності та затвердження наглядовою радою (або виконавчим органом акціонерного товариства, якщо утворення наглядової ради не передбачено) ринкової вартості акцій для подальшого визначення ціни придбання; 3) надсилання публічної безвідкличної вимоги товариству; 4) оплата акцій, що придбаваються, через

рахунок умовного зберігання (ескроу), бенефіціарами якого є міноритарні акціонери (їх спадкоємці, правонаступники, або інші особи, які мають право на отримання коштів).¹⁴

Першим моментом, який обертається для міноритарія проблемою, є ціна придбання акцій, бо наглядова рада товариства, яка затверджує ринкову вартість акцій, складається з представників мажоритарія, останній же зацікавлений у заниженні ціни акцій для обов'язкового продажу, що створює ризики для міноритарних акціонерів. До того ж досліджуючи справи за даною категорією спорів, О. Кологойда та О. Маленко дійшли висновку про масовий характер таких порушень.¹⁵ Враховуючи, що міноритарій позбавляється права власності без своєї згоди на це, а також зважаючи на наведену ситуацію, міноритарій є економічно слабкою стороною, що потребує посиленого поточного контролю з боку держави за процедурою «squeeze-out».

Також, беручи до уваги положення Директиви про поглинання, сквіз-аут в Україні виходить за межі мінімальних вимог, які ними ставляться. Окрім того, що Україна скористалась правом на встановлення жорсткіших додаткових умов, ніж ті, що містяться в Директиві і збільшено поріг розміру пакету акцій, що дає право на примусовий викуп акцій у міноритарних акціонерів з 90 до 95 відсотків акцій, також розширено можливість використання сквіз-ауту мажоритарієм в усіх акціонерних товариствах, в тому числі приватних, щодо яких немає обов'язкової вимоги аби їх акції знаходились в обігу на

¹⁴ Про акціонерні товариства.

¹⁵ Кологойда О. Маленко О. Правові аспекти оцінки ринкової вартості акцій у процедурах squeeze-out та sell-out. Право України. 2019. № 8. С. 169-172.

¹² Іванченко О. Вказ. праця.

¹³ Посикалюк О. О. Вказ. праця.

регульованому ринку.¹⁶ Відтак, враховуючи низький рівень розвитку фондового ринку, неможливим стає застосування відносно надійного способу визначення ринкової вартості акцій, як середній курс за результатами торгів таких цінних паперів на відповідному організованому ринку капіталу¹⁷, передбаченого ст. 8 Закону, що породжує описану вище ситуацією з визначенням ринкової вартості акцій суб'єктом оціночної діяльності. До того ж сам Верховний Суд визнав несправедливою відносно міноритарія можливість односного існування застосовних варіантів визначення ціни акцій, внаслідок чого їх вартість може суттєво відрізнятись.¹⁸ А це не може гарантувати отримання повної компенсації вимушеному продавцю.

Повертаючись до питання поточного контролю, необхідно зазначити, що проблемним для міноритарія залишається захист його прав при порушенні процедури «squeeze-out». М. Лібанов зазначає, що Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку (НКЦПФР) має повноваження перевіряти дотримання процедури «squeeze-out», зокрема і правильність визначення способу оцінки вартості акцій та накладати санкцій за

правопорушення на ринку цінних паперів.¹⁹ Проте це не забезпечує реальний захист прав міноритарних акціонерів, так як звернення до НКЦПФР не зупиняє процедури та не надає можливість визнати публічну безвідкличну вимогу недійсною.²⁰ В інших же державах (наприклад, Австралія²¹, Литва²²) передбачена можливість зупинення процедури, що є додатковою гарантією додержання прав міноритарія. На даний момент, акціонер, в якого акції викуповуються в примусовому порядку, може розраховувати лише на судовий захист після фактичної втрати власності на його акції, що тягне за собою також додаткові витрати.²³

Враховуючи проблемні для міноритарія моменти, які можуть виникнути з урахуванням українського законодавства, спростити перебіг процедури можна двома способами. По-перше, в ст. 65-5 Закону дозволено статутом приватного акціонерного товариства при його створенні або шляхом внесення змін до нього через рішення загальних зборів, якщо воно прийняте більш як 95 відсотками голосів акціонерів від їх загальної кількості, підкорегувати процедуру «squeeze-out» або навіть відмовитись від неї взагалі. По-друге,

¹⁶ Полный текст постановления о сквиз-ауте: Большая палата поручила проверить справедливость цены выкупа. Юридическая практика. 2020. URL: <https://pravo.ua/polnyj-tekst-postanovlenija-o-skviz-aute-bolshaja-palata-poruchila-proverit-spravedlivost-ceny-vyкупа/> (дата звернення 29.05.2022).

¹⁷ Костица А. Как наконец расставит точки над «і» в истории со сквиз-аутом в Украине? Новое время. 2021. URL: <https://biz.nv.ua/experts/skviz-aut-vyкуп-akciy-minoritarijev-kak-reshit-konflikty-i-zakreпит-reshenie-yuridicheski-50147881.html> (дата звернення 29.05.2022).

¹⁸ Постанова Великої Палати Верховного суду від 24 листопада 2020 року у справі № 908/137/18. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/93336732> (дата звернення: 29.05.2022).

¹⁹ Сидоренко Д. Sell-out/squeeze-out: від теорії до практики. Юридична газета online. 2018. URL: <https://jur-gazeta.com/publications/events/selloutsqueezeout-vid-teoriyi-do-praktiki.html> (дата звернення 29.05.2022).

²⁰ Кологойда О., Маленко О. Вказ. праця. С. 167.

²¹ Ігонін В., Шматов А. Сквиз-аут: в пошуках справедливості. Юридична газета online. 2019. № 8(662). URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/cina-skvizautu-v-poshukah-spravedlivosti.html> (дата звернення 29.05.2022).

²² Кологойда О., Маленко О. Вказ праця. С. 170.

²³ Цит. за Белкін Л. Український сквиз-аут розгромили вцент. Stockworld. 2020. URL: <https://www.stockworld.com.ua/ru/column/ukrayins-kii-skviz-aut-rozghromili-vshchient> (дата звернення 29.05.2022).

корисним інструментом може стати корпоративний договір, застосування якого передбачено у ст. 26-1 Закону. Його предметом може бути реалізація прав на акції та прав за акціями, в тому числі можна визначити спосіб, у який реалізується право на обов'язковий продаж, або зобов'язання утриматися від його реалізації, погодити продаж акцій за заздалегідь визначеною ціною або у разі настання визначених обставин, визначити порядок встановлення умов примусового продажу акцій та визначити випадки, коли таке право у мажоритарія виникає.²⁴

Висновки

Звичайно, навіть незважаючи на те, що власник акцій без власної волі втрачає право власності на акції як інструменту для інвестицій, це не означає, що сквіз-аут не повинен існувати. Право власності не може бути перешкодою до внесення змін у регулювання приватно-правових відносин. Загалом такий механізм має прогресивний характер і націлений на досягнення позитивного суспільного ефекту, проте слідуючи світовим тенденціям ця процедура повинна відбуватися під належним контролем з боку держави та за наявності достатніх гарантій для міноритарія захисту його прав, через що українська модель сквіз-ауту наразі зазнає критики.

Дослідження норм Закону України «Про акціонерні товариства», які регулюють перебіг процедури «squeeze-out», показало, що вони в достатній мірі не забезпечують справедливий баланс інтересів учасників

²⁴ Про акціонерні товариства.

процедури, а умови компенсації створюють для міноритарія непропорційний тягар. Проблемними питання залишаються визначення ціни придбання акцій та можливість оспорити процедуру «squeeze-out» до моменту втрати права власності на акції, включаючи можливість її зупинити. Ефективними інструментами для уникнення або зведення до мінімуму конфлікту між правами власності на акції мажоритарних та міноритарних акціонерів можуть стати статут або корпоративний договір. Але це не виключає необхідності вдосконалення правового регулювання цієї процедури шляхом:

1) перегляду визначення справедливої ціни, наприклад, як пропонує В. Лавринович через передбачення двох незалежних оцінок, замовником яких буде мажоритарній та регулятор, але за рахунок також мажоритарія, з яких для сквіз-ауту буде застосована найбільша, якщо відрізнятиметься на незначний відсоток, у випадку ж суттєвої різниці, передбачити передачу результатів оцінок рецензування Фонду державного майна або саморегульованим організаціям оцінювачів;²⁵ а також

2) доповнення повноважень НФЦПФР можливістю зупиняти процедуру «squeeze-out» при виявленні зловживань, що стане своєрідним фільтром і зніматиме навантаження з судів по даній категорії справ.

²⁵ Лавринович В. Сквіз-аут в Україні: нюанси та нововведення. LCF. 2020. URL: <https://lcf.ua/news/skviz-aut-v-ukrayini-nyuansi-ta-novovvedennya/> (дата звернення 29.05.2022).

Administrative services in the field of construction in the conditions of martial law in Ukraine

Turovets Yuri

*D.Sc in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Law and Procedure,
Khmelnitsky University of Management and Law named after Leonid Yuzkov, Ukraine*

In the article the author points out the problems of legal regulation of administrative services in the field of construction in martial law in Ukraine, details the state of legal regulation in this area, emphasizes the need to accelerate the transition to possible digital services in construction.

Among other things, the author notes the importance of the concept of a service state in Ukraine to build a proper level of market economy. The author also retrospectively analyses the state of domestic legislation in the study area.

Considering the martial law on the territory of Ukraine, the author points to the adopted regulations and analyses their effectiveness.

The author identifies several problems that currently occur in the provision of administrative services in the field of construction in the limited functioning of state registers. The author points out the lack of a systematic approach in the legal regulation of restoration, partial restoration or unblocking of the process of providing administrative services in the field of construction, as well as the lack of clear coordination of central government and local government on the division of powers. administrative services in the field of construction.

The author also notes that the legal regulation of relations in the field of administrative services in construction is developed with a delay after the actual implementation of innovations.

As a result, the author says that due to partial rather than complete opening of registers, the inability to fully protect the process of providing administrative services in construction, the work of construction companies and ensuring the rights of citizens to compensation for damage to property due to hostilities remains significantly complicated.

The author states the indisputable need to systematize the processes and digitalization of all administrative services in construction during martial law, the extent to which such processes will be possible to preserve and protect personal data of consumers of such services and ensure digital security in general.

Адміністративні послуги у сфері будівництва в умовах запровадження воєнного стану в Україні

Туровець Юрій Миколайович

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри кримінального права та процесу

*Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова, Україна
заслужений юрист України*

Вступ

Ефективне функціонування кожної держави залежить від стабільності економіки, а також належного правового забезпечення діяльності органів публічної влади, що спрямовано на надання якісних, спрямованих на благополуччя громадянського суспільства адміністративних послуг. Стабільність такого функціонування може бути ускладнена різними чинниками. Незважаючи на те, що Україна протягом останніх років активно переформатовувала свою діяльність у цифровий простір, повноцінність адміністративних послуг, в тому числі в сфері будівництва, була ускладнена з 2014 року обмеженістю доступу до послуг на окремих територіях України, що тимчасово були окуповані Російською Федерацією, а з 2019 року - наслідками карантинних обмежень у зв'язку із пандемією COVID-19. Подолання таких перешкод здавалось складним, але реалістичним, що демонструвалось розширенням дії реєстраційних цифрових ресурсів в означеній сфері. Однак обставини, з якими зіштовхнулася Україна в лютому 2022 року, поставили додаткові складні питання не лише для механізмів надання адміністративних послуг в сфері будівництва, але й функціонування держави в цілому. Повномасштабна війна, яку розпочала Російська Федерація проти України з 24 лютого 2022 року, призвела з одного боку до мобілізації зусиль усього державного механізму і громадянського суспільства на боротьбу із загарбником та консолідації, аби дати гідну відсіч ворогу, але й частково паралізувала механізм надання адміністративних послуг, в тому числі, в сфері будівництва.

У перші ж години початку вторгнення ворожих сил на територію України вищим керівництвом держави було вжито невідкладних заходів для врегулювання правового

поля низки взаємовідносин, в тому числі й у частині надання адміністративних послуг у сфері будівництва. І якщо такі обмеження були цілком виправданими та належними у перші місяці війни, то на сьогодні, коли стає очевидним тривалий прогноз війни на території України, мова йде про необхідність відновлення держави, повернення економіки на рівень належного функціонування, зокрема, щодо забезпечення житлом внутрішньо переміщених осіб, які постраждали внаслідок російської агресії. У зв'язку із чим виникає потреба дослідження таких правових обмежень та напрямків напрацювання таких правових механізмів, що дозволять підняти рівень надання адміністративних послуг на належний рівень задля функціонування сфери будівництва.

Отже, з огляду на викладене, **метою** цієї статті є визначення проблем надання адміністративних послуг у сфері будівництва в умовах запровадження воєнного стану в Україні з окресленням ймовірних перспектив уникнення таких проблем та налагодження такої системи послуг.

Виклад основного матеріалу

Належний доступ до адміністративних послуг має вирішальне значення не лише для споживача таких послуг, а й для держави як такої, оскільки по суті повинен засвідчувати взаємний правовий зв'язок між цими суб'єктами права.

Сучасна система адміністративних послуг будується органами публічної влади на концепції сервісної держави, в основі якої лежить служіння держави споживачам послуг і суспільству в цілому. Така концепція має дієві результати запровадження в багатьох країнах світу, зокрема Фінляндії, Швеції, Нідерландах, Канаді тощо. Система надання

адміністративних послуг в таких країнах базується на результативності, своєчасності, компетентності, професійності, зручності і привітності¹.

В Україні перехід до сервісної держави розпочато ще в 1998 році в межах Концепції адміністративної реформи². У свою чергу, 2006 року Кабінетом Міністрів України було схвалено Концепцію розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади³, де вказувалось на важливість критеріїв сервісної держави, про які ми зазначали вище. Згодом вже у 2012 році було прийнято Закон України «Про адміністративні послуги»⁴.

Що стосується адміністративних послуг у будівництві, то як така легалізація сервісності таких послуг та переведення їх в режим цифрових, починає свій відлік із Указу Президента України «Про деякі заходи із забезпечення надання якісних публічних послуг» № 647/2019 від 04.09.2019 року⁵. Вказаним актом утверджено функціонування сервісної

держави, спрямованої на забезпечення належної реалізації прав фізичних та юридичних осіб у сфері надання публічних, у тому числі адміністративних, послуг, створення сучасної інфраструктури, зручних та доступних електронних сервісів для надання таких послуг.

Важливими нормативно-правовими актами також стали: 1) Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо удосконалення порядку надання адміністративних послуг у сфері будівництва та створення Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва» від 17.10.2019 року⁶, в якому передбачено створення Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва, де складовою є створення Реєстру будівельної діяльності та Електронного кабінету користувача послуг; 2) розпорядження Кабінету Міністрів України від 20 травня 2020 року №565-р «Про затвердження плану заходів щодо створення та запровадження Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва»⁷, яким закладено підґрунтя належного функціонування електронної системи в сфері будівництва.

Відбулась також реорганізація системи органів публічної влади у сфері будівництва. Так, 13 березня 2020 року було прийнято постанови Кабінету Міністрів України «Про оптимізацію органів державного

¹ Тимощук В. Надання адміністративних послуг у муніципальному секторі. Навчальний посібник для посадових осіб місцевого самоврядування. К. : ТОВ «ПІДПРИЄМСТВО «ВІ ЕН ЕЙ», 2015. С. 4.

² Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні: Указ Президента України від 22 липня 1998 року № 810/98. *Офіційний вісник України*. 1999. № 21. Ст. 32.

³ Про схвалення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 року № 90-р. *Офіційний вісник України*. 2006. № 7. Ст. 167

⁴ Про адміністративні послуги : Закон України від 06.09.2012 року. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5203-17#Text> (дата звернення: 15.05.2022 року).

⁵ Про деякі заходи із забезпечення надання якісних публічних послуг : Указ Президента України № 647/2019 від 04.09.2019 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/647/2019#Text> (дата звернення: 15.05.2022 року).

⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо удосконалення порядку надання адміністративних послуг у сфері будівництва та створення Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва : Закон України від 17.10.2019 року. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/199-20#Text> (дата звернення : 15.05.2022 року)

⁷ Про затвердження плану заходів щодо створення та запровадження Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 20 травня 2020 року №565-р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/565-2020-r#Text> (дата звернення : 15.05.2022 року)

архітектурно-будівельного контролю та нагляду»⁸ та «Про ліквідацію Державної архітектурно-будівельної інспекції України та внесення змін до деяких постанов Кабінету Міністрів України»⁹, якими закладено низку вимог щодо формування електронної системи у сфері будівництва.

Згідно з планом заходів щодо створення та запровадження Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва, затвердженим розпорядженням Кабінету Міністрів України від 20 травня 2020 р. № 565-р «Про затвердження плану заходів щодо створення та запровадження Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва»¹⁰ завершення робіт щодо створення Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва було заплановано на 2022 рік. Проте маємо на сьогодні очевидний факт того, що державі буде вкрай складно повністю завершити ці процеси у попередньо затверджені строки. Тому є потреба проаналізувати реальний стан надання адміністративних послуг у сфері будівництва на сьогодні з усвідомленням того, що наразі є необхідність хоча б в такому обсязі їх надання, що дозволить мінімально закрити потреби суб'єктів господарювання

та інших споживачів таких послуг, задля функціонування сфери будівництва, як такої, після запровадження воєнного стану на усій території України.

Згідно із Указом Президента України № 64/2022 від 24.02.2022 року¹¹ та Законом України «Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» від 24 лютого 2022 року № 2102-IX¹² було введено воєнний стан в Україні. Відповідно до вказаних нормативно-правових актів передбачається, що у зв'язку із введенням в Україні воєнного стану тимчасово, на період дії правового режиму воєнного стану, можуть обмежуватися конституційні права і свободи людини і громадянина, передбачені статтями 30–34, 38, 39, 41–44, 53 Конституції України, а також вводиться тимчасові обмеження прав і законних інтересів юридичних осіб в межах та обсязі, що необхідні для забезпечення можливості запровадження та здійснення заходів правового режиму воєнного стану, які передбачені частиною першою статті 8 Закону України «Про правовий режим воєнного стану».

24 лютого 2022 року було автоматично і без правового обґрунтування призупинено надання адміністративних послуг у сфері будівництва через Єдину державну електронну систему будівництва (далі по тексту – «ЄДЕССБ») та центри надання адміністративних послуг (далі по тексту – «ЦНАП»).

⁸ Про оптимізацію органів державного архітектурно-будівельного контролю та нагляду : Постанова Кабінету Міністрів України від 13.03.2020 року № 219. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/219-2020-п#Text> (дата звернення : 15.05.2022 року)

⁹ Про ліквідацію Державної архітектурно-будівельної інспекції України та внесення змін до деяких постанов Кабінету Міністрів України : Постанова Кабінету Міністрів України від 13.03.2020 року № 219. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/218-2020-п#Text> (дата звернення : 15.05.2022 року)

¹⁰ Про реалізацію експериментального проєкту щодо запровадження першої черги Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва : Постанова Кабінету Міністрів України від 01.07.2020 р. № 559 URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/559-2020-п#Text> (дата звернення : 15.05.2022 року)

¹¹ Про введення воєнного стану в Україні : Указ Президента України № 64/2022 від 24.02.2022 року. URL : <https://www.president.gov.ua/documents/642022-41397> (дата звернення: 15.05.2022 року).

¹² Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні : Закон України від 24 лютого 2022 року № 2102-IX. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2102-20#Text> (дата звернення: 15.05.2022 року).

Згодом Кабінетом Міністрів України було прийнято постанову «Деякі питання реалізації прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб» № 165 від 28.02.2022 року¹³, якою зупинено строки надання адміністративних послуг суб'єктами їх надання та видача дозвільними органами документів дозвільного характеру на час воєнного стану в Україні. Проте одночасно було передбачено можливість поновлення зупинених строків у місячний строк після припинення чи скасування воєнного стану на відповідній території України.

Також окремою постановою Кабінету Міністрів України від 6 березня 2022 р. № 209 «Деякі питання державної реєстрації в умовах воєнного стану та внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 28 лютого 2022 р. № 164»¹⁴ встановлено, що в умовах воєнного стану державна реєстрація юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань, державна реєстрація речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень проводиться з урахуванням таких особливостей:

1) державна реєстрація проводиться виключно державними реєстраторами юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців, державними реєстраторами речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, посадовими

особами Міністерства юстиції, його територіальних органів, включеними до затвердженого Міністерством юстиції переліку державних реєстраторів та посадових осіб, яким в умовах воєнного стану надається доступ до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та/або Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань;

2) посадові особи мають право проводити реєстраційні дії щодо фізичних осіб-підприємців, усіх видів юридичних осіб та громадських формувань, а також приймати рішення про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, якщо відповідні обмеження (умови) не передбачено переліком;

3) державна реєстрація проводиться невідкладно після отримання у повному обсязі належних документів для державної реєстрації;

4) державна реєстрація проводиться незалежно від місцезнаходження нерухомого майна, місцезнаходження юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців чи громадських формувань, якщо відповідні обмеження (умови) не передбачено переліком;

5) сплата адміністративного збору може підтверджуватися електронною копією (у тому числі скрін-копією) відповідного платіжного документа;

6) вимоги законодавства щодо необхідності нотаріального засвідчення справжності підпису на документі для державної реєстрації не застосовуються у разі, коли такий підпис виконано у присутності державного реєстратора, посадової особи із встановленим особистим підписом на підставі документа, що посвідчує особу, передбаченого Законом України «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують

¹³ Деякі питання реалізації прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб : Постанова Кабінету Міністрів України від 28.02.2022 року № 165. URL : <https://www.kmu.gov.ua/npas/deyaki-pitannya-realizaciyi-prav-svobod-i-zakonnih-interesiv-fizichnih-ta-yuridichnih-osib-165-28022> (дата звернення: 15.05.2022 року).

¹⁴ Деякі питання державної реєстрації в умовах воєнного стану та внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 28 лютого 2022 р. № 164 : Постанова Кабінету Міністрів України від 6 березня 2022 р. № 209 URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/209-2022-p#Text> (дата звернення: 15.05.2022 року).

особу чи її спеціальний статус», якщо відповідні обмеження (умови) не передбачено переліком;

7) вимоги законодавства щодо обов'язкового використання для державної реєстрації відомостей реєстрів, автоматизованих інформаційних систем, держателем (розпорядником, володільцем, адміністратором) яких є державні органи, не застосовується у разі тимчасової відсутності доступу таких реєстрів (систем). Електронні копії документів (повідомлень) технічних адміністраторів реєстрів (систем) або державних органів, що підтверджують відсутність такого доступу, а за їх відсутності – скрін-копії веб-сторінок недоступних реєстрів (систем) завантажуються до реєстру.

Проте лише 17 березня 2022 року Міністерство розвитку громад та територій України (далі по тексту – Мінрегіон) інформувало про відновлення роботи ЄДЕССБ¹⁵, а вже 22 березня 2022 року фактично було відновлено роботу ЦНАПів, зокрема, для надання адміністративних послуг у сфері будівництва. Таким чином, частково було відновлено надання адміністративних послуг у сфері будівництва щодо об'єктів будівництва, розташованих на територіях Вінницької, Волинської, Дніпропетровської, Житомирської, Закарпатської, Івано-Франківської, Кіровоградської, Львівської, Одеської, Полтавської, Рівненської, Тернопільської, Хмельницької, Черкаської та Чернівецької областей. Зокрема, ЄДЕССБ було відновлено надання усіх адміністративних послуг, які надавались до початку війни, зокрема: завантаження проектної документації на будівництво об'єктів,

проведення експертизи об'єктів, видача містобудівних умов та обмежень, отримання права на виконання підготовчих та будівельних робіт та інших, прийняття об'єктів в експлуатацію.

Разом із тим, на жаль, вказані дії не були підкріплені нормативно-правовим підґрунтям, зокрема, не внесені зміни до раніше прийнятих та чинних постанов Кабінету Міністрів України, які обмежували права громадян щодо отримання адміністративних послуг¹⁶.

На нашу думку, якщо систематизувати проблемні питання, які виникли в результаті збройної агресії Росії щодо України та запровадження воєнного стану в нашій державі, то варто зазначити про низку завдань та окремих аспектів, що потребують негайного вирішення та врегулювання для оперативного внесення змін у законодавство і забезпечення подальшої безупинної роботи усіх галузей економіки в тилу (на територіях, де немає активних бойових дій).

По-перше, відсутність системного підходу у правовому врегулюванні питань відновлення, часткового відновлення або розблокування процесу надання адміністративних послуг у сфері будівництва.

По-друге, відсутність чіткої координації дій центральних органів державної влади та органів місцевого самоврядування щодо розподілу повноважень; відсутність визначення територіальних та часових меж надання адміністративних послуг у сфері будівництва.

По-третє, держателем електронної системи у цілях безпеки у перший місяць від запровадження воєнного стану було заблоковано доступ до

¹⁵ Офіційний сайт Мінрегіону. URL: <https://www.minregion.gov.ua/press/news/vidnovlyuyemo-robotu-yedynoyi-derzhavnoyi-elektronnoyi-systemy-u-sferi-budivnytstva-yedssb/> (дата звернення: 15.05.2022 року).

¹⁶ Адміністративні послуги у сфері будівництва під час воєнного стану URL: <https://everlegal.ua/administrativni-poslugy-u-sferi-budivnytstva-pid-chas-voennogo-stanu/> (дата звернення: 15.05.2022 року)

усіх реєстрів, закриті сторінки публічного порталу та електронного кабінету забудовника, тимчасово не функціонував реєстр речових прав, кадастрова карта та державний земельний кадастр, що, у свою чергу, стримує низку процесів у наданні адміністративних послуг в будівництві, оскільки надавши одну із послуг (відкривши доступ до електронного кабінету забудовника), наступну адміністративну послугу суб'єкт будівельної діяльності не спроможний отримати (укласти договір оренди земельної ділянки під забудову чи пролонгувати його на новий строк тощо).

По-четверте, нормативно-правове регулювання відносин у сфері надання адміністративних послуг у будівництві розробляється із затримкою, після того як фактично впроваджуються новації.

Через перелічені фактори, в тому числі й часткове, а не повне відкриття реєстрів, неможливість забезпечення стовідсоткового захисту процесу надання адміністративних послуг в будівництві через ЄДЕССБ, залишається суттєво ускладненою робота підприємств галузі будівництва та забезпечення прав громадян щодо відшкодування шкоди, завданої їх майну внаслідок військових дій.

Проте варто також відмітити й позитивні зрушення у сфері будівництва під час дії воєнного стану. Зокрема, появу в додатку «Портал Дія» розділу «Пошкоджене майно», який включено як адміністративну послугу у формі повідомлення про пошкодження або знищення своєї нерухомості внаслідок військової агресії Російської Федерації; затвердження спеціальної форми декларації для отримання права на здійснення будівельної діяльності, як заміну раніше діючої системи видачі ліцензії; спрощення процедури підвищення кваліфікації ГІП (головний інженер проекту), ГАП (головний архітектор

проекту), відповідальної особи за технагляд та інших експертів; введення мораторію на проведення перевірок будівельних об'єктів; розробка правового регулювання зведення модульних будинків, як тимчасових споруд для проживання осіб, постраждалих від військової агресії; запровадження обстеження зруйнованих будівель та споруд за новим порядком та багато іншого.

Висновки

На сьогодні наша держава зіштовхнулася з військовою агресією з боку Російської Федерації, яка на разі не мала жодних аналогів у минулому, тому нормалізація функціонування держави та усіх складових її економіки потребує часу. Зважаючи на те, що воєнний стан, очевидно, буде тривалим, необхідною є розробка дієвих правових механізмів для сфери будівництва.

Необхідно констатувати беззаперечність потреби у систематизації процесів та цифровізації надання усіх адміністративних послуг у будівництві в період дії воєнного стану, зрозуміти наскільки такі процеси будуть можливими задля збереження та захисту персональних даних споживачів таких послуг, а також гарантування цифрової безпеки держави в цілому. Ми переконані, що використання засобів мінімізації втручання людського фактору у процес надання адміністративної послуг в поєднанні із належним їх цифровим захистом підвищить ефективність роботи галузі будівництва у період воєнного стану, надасть реальну можливість державі гарантувати право на житло для осіб, які його втратили внаслідок російської агресії, що є однією із першопочаткових задач країни на сьогодні, а також забезпечить подальше якісне та швидке відновлення України в цілому.

NOTES

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)
Issued quarterly
Passed for printing: 28.04.2022