

Львівський державний університет
внутрішніх справ

УКРАЇНСЬКА КРИМІНАЛЬНА ЮСТИЦІЯ
В УМОВАХ ВІЙНИ

Матеріали

*VIII (XXI) Львівського форуму кримінальної юстиції
9–11 червня 2022 року*

Львів
2022

УДК 343.1
У45

Рекомендовано до друку та поширення через мережу Інтернет
Вченою радою факультету № 1
Інституту з підготовки фахівців для підрозділів Національної поліції
Львівського державного університету внутрішніх справ
(протокол від 11 липня 2022 р. № 2)

Упорядник:

І. Б. Газдайка-Василишин,
кандидат юридичних наук, доцент

У45 **Українська** кримінальна юстиція в умовах війни: матеріали
VIII (XXI) Львівського форуму кримінальної юстиції (м. Львів, 9–11
червня 2022 року) / упорядник І. Б. Газдайка-Василишин. Львів:
ЛьВДУВС, 2022. 272 с.

Матеріали VIII (XXI) Львівського форуму кримінальної юстиції містять тези доповідей та повідомлень, які були оприлюднені й обговорені під час проведення науково-практичного заходу «Українська кримінальна юстиція в умовах війни», що відбувся у Львівському державному університеті внутрішніх справ 9–11 червня 2022 року.

Опубліковано в авторській редакції.

УДК 343.1

© Львівський державний університет
внутрішніх справ, 2022

Дуфенюк О. М.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу
та криміналістики факультету № 1 ПФПНП
(Львівський державний університет
внутрішніх справ)

ОПТИМУМ ПАРЕТО У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ НА ПРИКЛАДІ ОСТАННІХ «ВОЄННИХ НОВЕЛ»

Оптимум Парето передбачає стан системи, в якій не може відбутися покращення одного елемента без погіршення становища інших елементів. Йдеться про теорію італійського економіста і соціолога В. Парето (V. Pareto), який вважав, що будь-яка зміна, яка нікому не завдає збитків і яка приносить людям користь (за їх власною оцінкою), є поліпшенням. Отже, визнається право на всі зміни, які не приносять нікому додаткової шкоди. Разом з тим існує певна множина альтернативних станів системи, оптимальних за Парето. Ефективність вважається досягнутою, коли всі вигоди від змін вичерпано [1].

Це вчення доволі широко презентоване в академічних дискусіях економічної та соціологічної наук (дебати про загальний добробут, соціальну корисність, вільний ринок, рівновагу регіонального розвитку, ведення фіскальної політики тощо), але згодом поступово вийшло за межі царини економічного та соціологічного знання і почало розглядатися у контексті обговорення політичних процесів та навіть права [2], [3], [4]. Ще в 1959 р. Дж. М. Бьюкенен зробив першу спробу застосувати індивідуалістську концепцію в політико-правовій сфері для того, щоб пояснити процеси конституційної демократії за аналогією до обґрунтування Парето вільних ринків [5]. До теорії оптимуму Парето звертався американський вчений відомий правник, суддя Апеляційного суду сьомого округу в Чикаго, лектор юридичного факультету Університету Чикаго Р. Познер [6]. Зважаючи на зміст, видається можливим (нехай спрощено) застосувати це вчення як основу для аналізу новел, яких зазнала процедура кримінального провадження останніми місяцями. У зв'язку з обмеженим обсягом публікації нижче подано лише кілька тез стосовно порушеної проблематики «воєнної трансформації» кримінального процесу.

По-перше, треба відзначити, що якщо в контексті традиційного підходу в структурі оптимуму Парето робиться акцент на добробуті, матеріальному багатстві членів суспільства, а зміни в системі відбуваються через застосування економічних реформ (центральний предмет дискусії: хто виграє, а хто втратить від певних змін), то відповідно в структурі оптимуму Парето у кримінальному

процесі ядро становить конкуренція/баланс приватного і публічного у кримінальному провадженні. Виникає «вічний конфлікт» і «вічна потреба» у правовій, демократичній державі знаходження оптимального балансу між приватним та публічним (центральный предмет дискусії: як виробити належну правову процедуру, яка уможлиблює, з одного боку, *завжди* ефективне виконання завдань кримінальної юстиції, що відповідає публічним інтересам щодо реалізації соціальної справедливості, творення середовища правової визначеності, передбачуваності, невідворотності покарання, захищеності, довіри до правоохоронної та судової системи тощо, а з іншого – *завжди* шанування та гарантування індивідуальних прав, свобод та інтересів). Очевидно, що ідеалістичне, утопічне «завжди» досягнути неможливо. І в першому, і в другому випадку існують певні відхилення, колізії, винятки та обмеження, зумовлені передбаченими законодавством особливими обставинами, викликами соціокультурного та цивілізаційного розвитку, політичними та геополітичними чинниками, обмеженими ресурсами і т.д.

По-друге, не зважаючи на той факт, що до активної фази широкомасштабного вторгнення у лютому 2022 р. процедура кримінального провадження неодноразово критикувалася і зверталася увага на потребу оптимізації її окремих інститутів, проте *певною мірою ми наблизилися до оптимуму Парето і сформуvalи модель балансу, яка ґрунтується на засадах верховенства права, змагальності, доступу до справедливого правосуддя і т.д.* Ця модель передбачає обмеження держави у своїх можливостях втручатися у захищені Конвенцією права особи. Відтак заходи, спрямовані на захист та реалізацію загально-суспільного, публічного інтересу мають відповідати тесту пропорційності, зміст якого правники (Н. Маслак, І. Гловюк, С. Погребняк, Г. Юдківська та ін.) komponують критеріями: (1) *належності* (відповідності обраних засобів меті); (2) *необхідності* (вибір форми втручання здійснюється, коли інші, менш обтяжливі форми втручання, будуть неефективними); (3) *розумності* (ретельного зважування конфліктних інтересів, «балансування» між суспільним та приватним інтересами з тим, щоб використані засоби були пропорційними очікуваним результатам, збиток приватній особі відповідав вигоді уряду щодо досягнення поставленої мети) [7, с. 116; 8, с. 31-32; 9, с. 7; 10, с. 118 та ін.].

В умовах війни ці критерії набувають критично нових значень, тому реформаторські кроки з великою вірогідністю можуть нести ризики на фоні покращення становища одних суб'єктів кримінально-процесуальних відносин, погіршення становища інших. Втім, спрощення/впровадження/скасування окремих процедур за таких обставин є вимушеними кроками, що дозволяють органам кримінального правосуддя діяти оперативно в надскладних умовах, не зважаючи на те, що ці ж реформи можуть акумулювати ризики зловживань, пов'язаних з надмірним втручанням зону приватності особи. Така альтернатива як залишення законодавства без нагальних змін також тотожна «вибухівці

сповільненої дії», що може привести до колапсу системи, а далі до нової потужної хвилі «кризи справедливості» на ґрунті втрати довіри суспільства загалом до системи кримінального правосуддя. Окремі множинні за Парето варіанти вирішення правових питань неоднаково вигідні усім сторонам кримінального провадження, окремі взагалі нікому не вигідні, але є такі, які сформовані на основі суспільного консенсусу і розуміння, що в умовах воєнного стану інакше не можна.

По-третє, аналіз «воєнних новел» кримінального провадження дає підстави говорити про *зміщення балансу в сторону посилення публічних цінностей та інтересів*. Війна стала тією винятковою обставиною, в умовах якої ординарне функціонування системи органів досудового розслідування, оперативних підрозділів, експертних підрозділів, прокуратури та суду в багатьох регіонах стало взагалі неможливим, в інших – зазнало суттєвих труднощів. У воєнний час до традиційного балансування публічних і приватних інтересів додався ще один виклик – необхідність забезпечення безпеки учасників кримінального провадження. Потреба буквально «на ходу» адаптуватися до нових умов, брак досвіду та напрацьованих алгоритмів процесуальних дій, процесу прийняття процесуальних рішень, відсутність уніфікованої судової практики, неминуче тягнуть за собою численні відкриті питання на порядку денному. До прикладу, подальшого обговорення потребують –

питання щодо зміни підходів до судового контролю на стадії досудового розслідування в умовах воєнного стану, оскільки йдеться про «переадресацію» керівнику органу прокуратури не властивих йому функцій та повноважень (п. 2 ч. 1 ст. 615 КПК);

питання процедури автоматичного продовження строків тримання під вартою, оскільки не цілком зрозумілою є сама процедура такого продовження і кратність (повторюваність) такого продовження (ч. 5,6 ст. 615 КПК);

питання залучення захисника до участі у процесуальних діях за допомогою відеоконференційного зв'язку, оскільки викликає сумніви ефективність такої участі, відсутні умови для попередньої конфіденційної комунікації захисника з клієнтом (ч. 12 ст. 615 КПК);

питання затримання особи без ухвали слідчого судді строком на 216 годин, оскільки такий строк на думку багатьох фахівців є надто великим (п. 6 ч. 1 ст. 615 КПК);

питання відсутності в багатьох випадках посилення на конструкцію «відсутня об'єктивна можливість» як передумови застосування норм спеціального правового режиму (екстраординарного порядку), що уможливило різнобій у практиці, коли, як приклад, воєнний стан оголошено на території всієї країни, але у межах одного обласного центру, віддаленого від лінії фронту, органи досудового розслідування Національної поліції дотримуються, апелюючи до положень ст. 615 КПК, однієї

процедури, натомість органи Державного бюро розслідувань діють в загальному порядку. Очевидно, що цей перелік проблемних питань невичерпний.

По-четверте, останнє, сьогодні система кримінального провадження переживає етап «воєнної трансформації». Минулі підходи не завжди діють, а нові ще недостатньо сформовані. Не слід очікувати в умовах воєнного стану швидке знаходження нової точки Парето-оптимуму. Тут достатньо широкий простір для подальшого розвитку. Можна дискутувати про ступінь реалізації тих чи інших положень, перспективи впровадження нових інститутів, проблемні питання імплементації міжнародних стандартів і т.д., однак модель кримінального провадження не повинна бути «кам'яною» і непорушною, а навпаки «живою», динамічною та гнучкою. Її корегування є закономірним етапом еволюції з урахуванням мінливості кримінально-процесуальних суспільних відносин, розвитку права, історичного та геополітичного контексту.

1. Оптимум Парето. Вікіпедія – Вільна енциклопедія. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9E%D0%BF%D1%82%D0%B8%D0%BC%D1%83%D0%BC_%D0%9F%D0%B0%D1%80%D0%B5%D1%82%D0%BE.

2. Байковський П. Інституційна та соціоструктурна складова проблеми дефіциту демократії в ЄС. *Вісник Львівського університету. Серія: Міжнародні відносини*. 2012. № 30. С. 103–112.

3. Reynolds N.B. Pareto Optimality and the Rule of Law. In: Brennan, G., Kliemt, H., Tollison, R.D. (eds) *Method and Morals in Constitutional Economics. Studies in Economic Ethics and Philosophy*. Berlin, Heidelberg: Springer. 2002. URL: https://doi.org/10.1007/978-3-662-04810-8_17.

4. Wysocki I. Justice And Pareto-Efficiency (The Case Against Coase). *Dialogi Polityczne*. 2016. № 19. S. 33–46. DOI: 10.12775/DP.2015.015.

5. Buchanan J. M. Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy. *Journal of Law and Economics*. 1959. № 2. P. 124–127.

6. Posner R. A. The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication. *Hofstra Law Review*. 1980. № 8. P. 487–507.

7. Маслак Н. В. Деякі аспекти реалізації принципу пропорційності у національній системі кримінальної юстиції. *30 років розбудови Української державності та кримінальна юстиція як її базовий компонент: чого досягнуто і що втрачене?: матеріали VII Львівського форуму кримінальної юстиції (м. Львів, 16–17 вересня 2021 року) / упорядник І. Б. Газдайка-Василишин*. Львів: ЛьВДУВС, 2022. С. 114–118.

8. Гловюк І. В. Пропорційність та механізм кримінально-процесуального регулювання: теорія і практика. *Кримінальний процесуальний кодекс 2012 року: ідеологія та практика правозастосування: колективна монографія / за заг. ред. Ю. П. Аленіна; відпов. за вип. І. В. Гловюк*. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 12–39.

9. Погребняк С. П. Тест на пропорційність. *Юрист України*. 2013. № 2. С. 5–10.

10. Юдківська Г. Принцип пропорційності в системі захисту прав людини. *Слово Національної школи суддів України*. 2015. № 4 (13). С. 118–123.

ЗМІСТ

Азаров Д. С., Венгер В. М. Злочини російських військових в Україні: встановлення юридичних фактів як складова перехідного правосуддя	3
Анісімов Г. М., Фомін С. Б. Особливості укладення угоди про визнання винуватості у кримінальному провадженні про корупційні правопорушення	6
Балобанова Д. О. Визначеність нових норм про злочини проти національної безпеки України	9
Баранова А. М. Експертна служба МВС України як складова частина європейської мережі судово-експертних установ – ENFSI	13
Басиста І. В. Притягнення до відповідальності за вчинення воєнних злочинів, геноциду, агресії та злочинів проти людяності	17
Баулін Ю. В. Убезпечення прав і свобод громадян у сфері протидії кримінальним правопорушенням в умовах війни	45
Вишневська І. Обставини, що виключають кримінальну відповідальність особи за статтею 361 КК України	53
Габлей Н. Г. Звернення предмету застави як запобіжного заходу на користь оборони в умовах воєнного стану	57
Газдайка-Василишин І. Б., Созанський Т. І. Розмежування колабораційної діяльності та пособництва державі-агресору	60
Ганаба С. О., Мороз Х. В. Проблема протидії торгівлі людьми у міжнародному та українському законодавстві: окреслення проблематики	65
Ганаба С., Синєкоп А. Загально-соціальні заходи протидії торгівлі людьми	68
Гацелюк В. О. Конституційність спеціальної конфіскації в контексті теорії криміналізації суспільно небезпечних діянь	72
Гловюк І. В. Перспективи удосконалення судового контролю у період воєнного стану: законопроектні пропозиції	79
Горностай А. В. Питання відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ст. 262 КК, в умовах воєнного стану	82

Горох О. П., Коломієць С. С. Законодавчі новели воєнного часу щодо пеналізації кримінальних правопорушень: прорахунки та перспективи	86
Горпинюк О. П. Необхідність криміналізації відповідальності за публічне використання символіки воєнного вторгнення російського неонацистського тоталітарного режиму в Україну, а також продукції, що містить таку символіку	91
Гузела М. В. До проблеми запобігання скоєнню кримінальних правопорушень щодо суб'єктів кримінального провадження в контексті деяких криміналістичних аспектів вивчення злочинної діяльності	95
Демчук П. В. Lex certa як складова принципу законності: питання реалізації на прикладі окремих «воєнних» змін до Кримінального кодексу України	99
Дуфенюк О. М. Оптимум Парето у кримінальному провадженні на прикладі останніх «воєнних новел».....	103
Євдокімова О. В. Проблеми визначення караності за деякі злочини проти основ національної безпеки України.....	107
Завтур В. А. Розгляд та вирішення слідчим суддею скарг при здійсненні особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного стану.....	111
Загине́й-Заболотенко З. А. Зайняття посади у незаконно створеному органі влади на тимчасово окупованій території та виконання ним посадових обов'язків на цій посаді: проблеми кваліфікації.....	114
Карчевський М. В. Data science та протидія злочинності в Україні	117
Кваша О. О. Передбачена статтею 43-1 КК України обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, як спеціальний вид необхідної оборони	135
Король М. О., Авзалова Д. О. Організаційно-правові основи запобігання нелегальній міграції в системі забезпечення національної безпеки	139
Ландіна А. В. Кримінальна відповідальність спеціальних суб'єктів за окремі види правопорушень в умовах воєнного стану	142
Лейба О. А. Винятки із правила «плодів отруєного дерева»: міжнародний досвід і національна практика	145