

ДОКТРИНАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРАВОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ



Володимир Устименко

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАН України,
член-кореспондент НАПрН України, заслужений юрист України,
директор Державної установи “Інститут економіко-правових
досліджень імені В. К. Макутова
Національної академії наук України”
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1094-422X>
v.a.ustymenko@gmail.com



Руслан Джабраїлов

доктор юридичних наук, професор,
заступник директора з наукової роботи Державної установи
“Інститут економіко-правових досліджень імені В. К. Макутова
Національної академії наук України”
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4422-2102>
ruzaur13@gmail.com



Тетяна Гудіма

докторка юридичних наук, старша дослідниця,
заступниця завідувача відділу
проблем модернізації господарського права та законодавства
Державної установи “Інститут економіко-правових
досліджень імені В. К. Макутова
Національної академії наук України”
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1509-5180>
gudima.t@ukr.net



Станіслав Серебряк

доктор юридичних наук,
старший науковий співробітник відділу проблем модернізації
господарського права та законодавства
Державної установи “Інститут економіко-правових
досліджень імені В. К. Макутова
Національної академії наук України”
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7207-594X>
seriebriak@ukr.net

ЗАПОБІЖНА ФУНКЦІЯ ПРАВОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: НАПРЯМИ АКТИВІЗАЦІЇ З УРАХУВАННЯМ МЕТОДОЛОГІЧНИХ ПІДХОДІВ У ПРАВІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ДО ІДЕНТИФІКАЦІЇ ЗАГРОЗ ГІБРИДНОГО ХАРАКТЕРУ

Анотація. У статті зазначено, що ефективне законодавство, як результат правотворчої діяльності, з найбільш високою ймовірністю буде здатне своєчасно виявляти загрози, насамперед гібридного характеру, запобігати та протидіяти їм, а також мінімізувати їх негативний вплив.

Мета дослідження полягає в обґрунтуванні напрямів щодо активізації запобіжної функції правотворчої діяльності з урахуванням методологічних підходів у праві Європейського Союзу до ідентифікації загроз гібридного характеру.

Обстоюється позиція, згідно з якою ефективність правової норми має розглядатися крізь призму низки принципів права, що отримали поширення у практиці Європейського суду з прав людини, Суду ЄС, національної системи судів загальної юрисдикції та органу конституційного судочинства.

Встановлено, що національна правотворча практика не повною мірою використовує потенціал інструментів оцінювання законодавства *ex ante* (на етапі оцінки впливу) та *ex post* (на етапі правового моніторингу), які, на думку Європейської комісії “За демократію через право”, є свідченням дотримання принципу верховенства права та які отримали втілення у практику нормопроекування ЄС.

Доводиться, що правотворча діяльність побудована із неналежним дотриманням принципу верховенства права та його складових елементів, особливо у частині неврахування принципу домірності, значення якого на етапі оцінки впливу є вирішальним, створює передумови для прийняття неефективного законодавства. Аргументовано положення про те, що нехтування правовим моніторингом призводить до виникнення ситуації у правотворчій діяльності, коли не відбувається ревізія законодавства, що призводить до збереження неефективних нормативно-правових актів у правовій системі держави.

Обґрунтовано положення про те, що неефективне законодавство стає вразливим до негативних впливів різних за природою загроз, серед яких окремо виділяються загрози гібридного характеру. Як засвідчує правотворча практика ЄС, ідентифікація впливів на певні групи суспільних відносин відбувається ще на етапі оцінки впливу законодавчої пропозиції із використанням системи контрольних питань, відповіді на які дають змогу напрацювати підходи щодо запобігання можливим загрозам.

Стверджується, що інтеграція в національну правотворчу діяльність методів і засобів нормопроекування ЄС сприятиме активізації запобіжної функції такої діяльності з метою унеможливлення прийняття рішень, вжиття дій та/або бездіяльності з боку суб'єктів правотворчої діяльності, якими закладається підґрунтя для інтеграції у правову систему держави вразливостей із подальшим посиленням її піддатливості негативним впливам загроз, зокрема гібридних.

Ключові слова: правотворча діяльність; принцип верховенства права; принцип домірності; запобіжна функція; загрози гібридного характеру; право Європейського Союзу; оцінка впливу; правовий моніторинг.

Регулятивний потенціал правових норм залежить від великої кількості факторів, що супроводжують процеси правотворчої, правозастосовної та правотлумачної діяльності. Безперечно, стадія нормопроекування, яка пе-

редбачає використання комплексу методів і засобів створення нормативного тексту, є вирішальною у формуванні майбутньої моделі правового регулювання певних суспільних відносин. Ефективна правова норма дає змогу досягти бажаного стану правового регулювання із використанням правових засобів впливу на поведінку суб'єктів права у пропорційний спосіб, у межах необхідного та достатнього за обсягом та змістом юридичного впливу та із дотриманням балансу публічних і приватних інтересів.

Відповідно ефективне законодавство, як результат правотворчої діяльності, з найбільш високою ймовірністю буде здатне своєчасно виявляти загрози, насамперед гібридного характеру, запобігати та протидіяти їм, а також мінімізувати їх негативний вплив. Досягненню такого стану законодавства мають сприяти інструменти правотворчої діяльності, система яких має бути адаптована до сучасних вимог Європейського Союзу у сфері нормопроєктування. Вищенаведеним зумовлюється актуальність і своєчасність підготовки цього дослідження.

Насамперед слід наголосити, що питання підвищення якості правотворчої діяльності постають у центрі наукових інтересів як іноземних, так і вітчизняних науковців. Так, з позицій права Європейського Союзу висвітлюються різні аспекти правотворчого процесу у роботах A. Mészáros¹, M. Dawson та F. de Witte², M. Goldoni³, K. Sideri⁴, F. Simonelli та N. Iacob⁵, M. Zander⁶ та ін.

Серед вітчизняних наукових розробок привертають увагу комплексні монографічні дослідження⁷, підготовлені, у тому числі, науковцями установ, які представляють Національну академію наук України, зокрема Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України⁸.

Зважаючи, що одним із ключових принципів правотворчої діяльності визнається принцип верховенства права, додатково варто згадати економічні дослідження, удостоєні Нобелівської премії у 2024 році та які ґрунтовно довели значущість верховенства права для розвитку держави. Зокрема, у дослідженні Daron Acemoglu, Simon Johnson та James A. Robinson зазначається,

¹ A Mészáros, 'New challenges in the EU lawmaking' [2004] (III)1 European Integration Studies 19–24.

² M Dawson, F de Witte, *EU Law and Governance* (Cambridge University Press 2022) 300.

³ M Goldoni, 'Politicising EU Lawmaking? The Spitzenkandidaten Experiment as a Cautionary Tale' [2016] 22(3) European Law Journal 279–295.

⁴ K Sideri, *Law's Practical Wisdom: The Theory and Practice of Law Making in New Governance Structures in the European Union* (Routledge 2007) 156. <https://doi.org/10.4324/9781351154123>

⁵ F Simonelli, N Iacob, 'Can We Better the European Union Better Regulation Agenda?' [2021] 12(4) European Journal of Risk Regulation 849–860. doi:10.1017/err.2021.40

⁶ M Zander, *The Law-Making Process* (Eighth edition. Bloomsbury 2020) 560.

⁷ І Брацук, *Теоретико-правові засади імплементації права Європейського Союзу в національне право держав-членів (ЛНУ імені Івана Франка 2016) 230; Р Петров, Транспозиція "acquis" Європейського Союзу у правові системи третіх країн (Істина 2012) 384.*

⁸ *Правотворення і правотворчість в умовах воєнного стану та миробудівництва* (Н Пархоменко керівник авт. кол. та заг. ред., Парламентське видавництво 2023) 307; Н Пархоменко, *Парадигма правового регулювання в Україні: змістово-інструментальні виміри* (Парламентське видавництво 2023) 314; *Правова доктрина і державність: вектор взаємозв'язку* (Н Оніщенко заг ред, Наукова думка 2022) 430.

що суспільства з поганим верховенством права та інститутами, які експлуатують населення, не генерують зростання чи змін на краще⁹.

Водночас наявний вітчизняний науковий доробок не містить аналізу останніх трендів у політиці ЄС щодо розвитку правотворчої діяльності на засадах стійкості, що передбачає створення законодавства з низьким рівнем схильності до негативних впливів загроз, насамперед гібридного характеру. Врахування досвіду ЄС сприятиме інтеграції в національну правотворчу діяльність методів і засобів нормопроектування ЄС із активізацією її запобіжної функції.

Метою статті є обґрунтування напрямів щодо активізації запобіжної функції правотворчої діяльності з урахуванням методологічних підходів у праві Європейського Союзу до ідентифікації загроз гібридного характеру.

Ефективність правової норми має розглядатися крізь призму низки принципів права, що отримали поширення у практиці Європейського суду з прав людини, Суду Європейського Союзу, національної системи судів загальної юрисдикції та органу конституційного судочинства. Зокрема, Конституційний Суд України у справі за конституційною скаргою Конторського Петра Федоровича щодо відповідності Конституції України (конституційності) підпункту 7 пункту 1 частини другої статті 4, частини першої статті 8 Закону України «Про судовий збір»¹⁰ (щодо доступу до суду касаційної інстанції у цивільному судочинстві) наголосив на тому, що важливим складником принципу верховенства права (правовладдя) є принцип домірності, додержання якого потребує, зокрема, встановлення справедливого балансу між публічними і приватними інтересами (абз. 2 пп. 4.11 п. 4 мотивувальної частини рішення від 20.01.2025 № 2-р(П)/2025)¹¹.

Практика Європейського суду з прав людини, яка згадується у цьому рішенні Конституційного Суду України, засвідчує важливу роль принципу домірності, який покладено в основу оцінки сумісності зі статтями Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод¹² та протоколів до неї, рішень, дій або бездіяльності органів державної влади. Зокрема, Європейський суд з прав людини визнає, що обмеження права, гарантованого ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (право на справедливий суд), не буде сумісним із пунктом 1 цієї статті, якщо воно не має

⁹ Press release. Daron Acemoglu, Simon Johnson, James A Robinson. They have helped us understand differences in prosperity between nations (14 October 2024. The Nobel Prize) <<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2024/press-release>> (accessed 11.04.2025).

¹⁰ Про судовий збір: Закон України від 08.07.2011 № 3674-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3674-17#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

¹¹ Рішення Другого сенату Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Конторського Петра Федоровича щодо відповідності Конституції України (конституційності) підпункту 7 пункту 1 частини другої статті 4, частини першої статті 8 Закону України «Про судовий збір» (щодо доступу до суду касаційної інстанції у цивільному судочинстві) від 20.01.2025 № 2-р(П)/2025 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-25#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

¹² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (з протоколами) (Європейська конвенція з прав людини) <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення 11.04.2025).

правомірної мети та якщо немає розумної домірності між застосовними засобами та метою, що її прагнуть досягти (рішення у справі *Ashingdane v. the United Kingdom*¹³ від 28 травня 1985 р. (заява № 8225/78), § 57) (абз. 1 пп. 4.3 п. 4 мотивувальної частини рішення від 20.01.2025 № 2-р(П)/2025).

Принцип домірності визнається також одним із критеріїв, якому має відповідати захід утручання в право на мирне володіння майном. Так, Конституційний Суд України, спираючись на рішення у справі *Beyeler v. Italy*¹⁴ від 5 січня 2000 р. (заява № 33202/96), §§ 108–114, наводить позицію Європейського суду з прав людини, згідно з якою має бути розумне співвідношення домірності між засобами, що їх було застосовано, та метою, якої прагнули досягти за допомогою будь-яких заходів, ужитих державою, зокрема заходів, що позбавляють особу її майна (пп. 5.1 п. 5 мотивувальної частини рішення від 15.01.2025 № 1-р(П)/2025)¹⁵.

Відповідно, як справедливо висновує Конституційний Суд України, у контексті утвердження й забезпечення прав і свобод людини законодавець та інші органи публічної влади мають забезпечувати ефективне правове регулювання, яке відповідає конституційним нормам і принципам, та створювати механізми, необхідні для задоволення потреб та інтересів людини (абз. 1 п. 3 мотивувальної частини рішення від 01.06.2016 № 2-рп/2016)¹⁶.

При цьому ефективність правового регулювання має піддаватися оцінці на різних етапах правотворчої діяльності – під час розробки нормативно-правового акта із оцінкою його впливу на сферу суспільних відносин та за підсумками здійснення правового моніторингу. Як зазначено у ч. 1 ст. 30 Закону України “Про правотворчу діяльність”¹⁷ від 24.08.2023, суб’єкт правотворчої ініціативи здійснює оцінку впливу проекту нормативно-правового акта на суспільні відносини та викладає у пояснювальній записці:

1) актуальність і важливість проблеми, яка потребує врегулювання шляхом прийняття (видання) нормативно-правового акта;

2) альтернативні шляхи вирішення проблеми, яка потребує правового врегулювання, з визначенням економічних, соціальних, фінансових, бюд-

¹³ *Ashingdane v. the United Kingdom*. App 8225/78. Judgment (Merits). 28.05.1985 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57425>> (accessed 11.04.2025).

¹⁴ *Beyeler v. Italy*. App 33202/96. Judgment (Merits). 05.01.2000 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58832>> (accessed 11.04.2025).

¹⁵ Рішення Другого сенату Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Боярова Артура Володимировича щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу першого частини п’ятої статті 380 Митного кодексу України (щодо захисту митних інтересів України) від 15 січня 2025 р. № 1р(П)/2025 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-25#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

¹⁶ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України «Про психіатричну допомогу» (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

¹⁷ Про правотворчу діяльність: Закон України від 24.08.2023 № 3354-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3354-20#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

жетних, екологічних, демографічних, регуляторних, інвестиційних, гендерних, дискримінаційних, корупційних та інших наслідків, а також стану виконання Україною міжнародних зобов'язань для кожного з альтернативних шляхів;

3) кількісні та якісні показники, за якими оцінюється прогнозований вплив на суспільні відносини кожного з альтернативних шляхів;

4) найбільш оптимальний шлях вирішення проблеми з поясненням причинно-наслідкового зв'язку між обраним шляхом та очікуваним впливом на суспільні відносини проєкту нормативно-правового акта;

5) способи здійснення правового моніторингу та критерії (показники) його здійснення у разі прийняття проєкту нормативно-правового акта;

6) критерії (показники), за якими здійснюватиметься правовий моніторинг у разі прийняття проєкту нормативно-правового акта.

У ч. 2 ст. 30 Закону України “Про правотворчу діяльність” окремо наголошується на особливостях оцінки впливу окремих видів нормативно-правових актів, а саме щодо проєктів регуляторних актів передбачено здійснення аналізу регуляторного впливу відповідно до Закону України “Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності”¹⁸ від 11.09.2003. До речі, щодо регуляторних актів передбачена спеціальна процедура правового моніторингу, яка отримала назву “відстеження результативності регуляторного акта” у значенні заходів, спрямованих на оцінку стану впровадження регуляторного акта та досягнення цим актом цілей, задекларованих при його прийнятті (ст. 1).

Своєю чергою правовий моніторинг, установлений Законом України “Про правотворчу діяльність”, з-поміж іншого, включає оцінку ефективності реалізації нормативно-правового акта, що включає здійснення аналізу щодо:

- а) встановлення стадії реалізації нормативно-правового акта;
- б) ефективності й результативності нормативно-правового акта та прийнятих на його виконання підзаконних нормативно-правових актів;
- в) запланованого та незапланованого впливу на учасників суспільних відносин, на яких поширюється його дія;
- г) інших чинників, що впливають на його реалізацію та досягнення мети його прийняття (видання) (ч. 3 ст. 67).

Вважаємо, що наведені норми законодавчих актів України переконують у сприйнятті ідеї щодо формування інструментальної основи забезпечення оцінки ефективності правового регулювання суспільних відносин, обґрунтованої Європейською комісією “За демократію через право” (Венеційська комісія) у дослідженнях, ухвалених на її 86-му пленарному засіданні 25–26 березня 2011 р. [CDL-AD(2011)003rev] та на 106-му пленарному за-

¹⁸ Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності: Закон України від 11.09.2003 № 1160-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

сіданні 11–12 березня 2016 р. [CDL-AD(2016)007]. Зокрема, Конституційний Суд України у рішенні від 29.10.2024 № 1-р/2024 описує позицію Європейської комісії “За демократію через право” у наведених дослідженнях так:

<...> перешкоди для дієвого виконання приписів актів права можуть виникати не лише внаслідок незаконних чи недбалих дій з боку органів державної влади, а й через те, що якість законодавства унеможлиблює таке виконання; тому надзвичайно важливим є те, щоб іще до ухвалення актів права було здійснено їх оцінювання на предмет можливості практичного виконання, а також щоб була можливість уже після їх ухвалення здійснити перевірку на предмет того, чи їх може бути застосовано або ж чи застосовано їх у дієвий спосіб; це означає, що коли йдеться про верховенство права (the rule of law), то має здійснюватись оцінювання законодавства ex ante та ex post [пункт II. А.7.54] (абз. 11 пп. 2.5 п. 2)¹⁹ (курсив наш. – Авт.).

Водночас, як засвідчує сучасна правотворча практика, не повною мірою розкрито потенціал інструментів оцінювання законодавства ex ante та ex post, що привернуло особливу увагу Європейської Комісії. Так, у Звіті про прогрес України в рамках Пакета розширення ЄС 2024 р. (далі – Звіт 2024) Європейська Комісія рекомендує докласти додаткових зусиль для забезпечення комплексної оцінки впливу запропонованих законопроектів і законодавчого контролю за діяльністю виконавчої влади, включно з моніторингом реалізації законодавства під час та після дії воєнного стану²⁰. Європейська Комісія також наголосила на низькій якості пояснювальних записок та аналізу впливу, що супроводжують законодавчі пропозиції, визнаючи за необхідне вжиття заходів з удосконалення правотворчої діяльності за цим напрямом. Додатково зроблено наголос на тому, що в парламентських проектах часто відсутні пояснювальні записки та належна оцінка впливу, що впливає на якість законів²¹.

Зазначений висновок Європейської Комісії набуває значно більшої глибини та значущості через те, що структурно у межах Звіту 2024 представлений у п. 2.1.2 “Реформа державного управління” кластеру 1 “Основи процесу вступу до ЄС”. Фундаментальне значення кластеру 1 виявляється у тому, що переговори щодо нього відкриватимуться першими і закриватимуться останніми, саме прогрес у цьому кластері визначатиме загальний темп переговорів і братиметься до уваги при прийнятті рішення про відкриття або закриття нових кластерів або розділів, про що зазначено у п. 12 Переговор-

¹⁹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду про відповідність Конституції України (конституційність) частини четвертої статті 75 Сімейного кодексу України від 29 жовтня 2024 р. № 1-р/2024 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va01p710-24#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

²⁰ Commission staff working document. Ukraine 2024 Report. Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. 2024 Communication on EU Enlargement policy. Brussels, 30.10.2024. SWD(2024) 699 final <https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/1924a044-b30f-48a2-99c1-50edeac14da1_en?filename=Ukraine%20Report%202024.pdf> P. 4 (accessed 11.04.2025).

²¹ Ibid 25.

ної рамки для України, схваленої 25.06.2024 у Люксембурзі на першій Міжурядовій конференції між Україною та ЄС²².

Отже, правотворча діяльність побудована із неналежним дотриманням принципу верховенства права та його складових елементів, особливо у частині неврахування принципу домірності, значення якого на етапі оцінки впливу є вирішальним, створює передумови для прийняття неефективного законодавства. Водночас нехтування правовим моніторингом призводить до виникнення ситуації у правотворчій діяльності, коли не відбувається ревізії законодавства, що призводить до збереження неефективних нормативно-правових актів у правовій системі держави. Поширення також набувають випадки, коли приймаються рішення про скасування актів законодавства без попереднього проведення правового моніторингу, тим самим запускаючи деструктивні процеси, наслідки яких виходять за межі окремого сектору економіки та набувають загальнодержавного масштабу (наприкладі Закону України “Про особливості регулювання діяльності юридичних осіб окремих організаційно-правових форм у перехідний період та об’єднань юридичних осіб”²³ від 09.01.2025 № 4196-IX, яким, серед іншого, передбачено скасування Господарського кодексу України).

Тож, якщо не підтримувати ефективність правових норм, то забезпечити якість законодавства буде недосяжною метою правотворчої діяльності. У цьому твердженні солідаризуємося з думкою Н. Оніщенко про те, що якість законодавства завжди ефективне (це одна з вимог якості), але ефективна на конкретному етапі розвитку норма може не набути всіх ознак якості в майбутньому, хоча б унаслідок швидкоплинної зміни суспільних відносин²⁴. Як наголошує вчена, якість законодавства – це досягнута тахіма в конкретних умовах (час, простір) з регулювання суспільних відносин. При цьому дослідниця підкреслює, що обов’язковою властивістю “якості” є суспільна корисність, пролонгована в часі, що може бути позитивним вектором впливу на постійну стійку тенденцію зміни законодавчих приписів²⁵.

Водночас неефективне законодавство стає вразливим до негативних впливів різних за природою загроз, серед яких національне законодавство окремо виділяє загрози гібридного характеру як різновид загроз національній безпеці, реалізація яких спричиняє синергетичний ефект від одночасного застосування комбінованих методів впливу, які часто мають прихований характер або маскуються під інші процеси у рамках правового поля

²² General EU position. Ministerial meeting opening the Intergovernmental Conference on the Accession of Ukraine to the European Union (Luxembourg, 25 June 2024) <<https://www.consilium.europa.eu/media/hzmfwlji/public-ad00009en24.pdf>> (accessed 11.04.2025).

²³ Про особливості регулювання діяльності юридичних осіб окремих організаційно-правових форм у перехідний період та об’єднань юридичних осіб: Закон України від 09.01.2025 № 4196-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4196-20#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

²⁴ Н Оніщенко, ‘Правовий розвиток та правознавчі запити суспільства’ [2024] 31(4) Вісник Національної академії правових наук України 19 DOI: <https://doi.org/10.31359/1993-0909-2024-31-4-15>

²⁵ Н Оніщенко, ‘Ефективність та якість законодавства у фокусі відбудови України’ [2022] 13 Альманах права 24.

(“Загальні положення” Концепції забезпечення національної системи стійкості²⁶, затвердженої Указом Президента України від 27.09.2021 № 479/2021).

У правотворчій практиці Європейського Союзу гібридним загрозам приділяється особлива увага в межах інструменту “кращого регулювання” № 18 з набору інструментів “кращого регулювання” (видання за липень 2023 р.), згадуючи такі загрози у переліку впливів у групі “Шахрайство, злочинність, тероризм і безпека, включно гібридні загрози”. Серед питань, які мають бути поставлені для з’ясування ступеня та наслідків впливу різних варіантів реалізації політики ЄС на певну сферу суспільних відносин, згадуються такі:

– Чи несе цей варіант ризик створення додаткових вразливостей і підвищення схильності до гібридних загроз?

– Чи вирішує цей варіант прямо або опосередковано проблему постійної гібридної загрози?

– Чи є ймовірність того, що пропонований варіант зменшить вразливість до гібридних атак / інцидентів?²⁷

Залежно від отриманих відповідей вживаються заходи з боку Європейської Комісії щодо коригування законодавчих пропозицій з огляду на необхідність запобігання негативним впливам, що представлені в групі “Шахрайство, злочинність, тероризм і безпека, включно гібридні загрози”. Ідентифікація зазначених впливів відбувається у процесі оцінки впливу, дотримуючись поетапного підходу: 1) виявлення потенційних впливів обраних варіантів політики; 2) вибір тих впливів, які, ймовірно, будуть значними; 3) оцінювання цих впливів – кількісно, де це можливо, або якісно, якщо кількісна оцінка неможлива²⁸. Зважаючи на комплексний характер загроз гібридного характеру, оцінювання їх негативних впливів може передбачати поєднання аналітичних можливостей різних інструментів нормопроекування, що складають набір інструментів “кращого регулювання” ЄС, що наочно підтверджується таблицею впливів, наведеною в межах інструменту “кращого регулювання” № 18²⁹.

Пошук шляхів мінімізації несприятливих наслідків законодавчої пропозиції здійснюється з урахуванням того, що кожна група впливів, представлених у табличній формі в межах інструменту “кращого регулювання” № 18, релевантна чітко визначеним Цілям сталого розвитку на період до 2030 р. У зв’язку з цим варто звернути увагу на те, що група впливів “Шахрайство, злочинність, тероризм і безпека, включно гібридні загрози” має безпосередній зв’язок із ціллю № 16 “Сприяння побудові миролюбного і відкритого суспільства в інтересах сталого розвитку, забезпечення доступу до право-

²⁶ Концепція забезпечення національної системи стійкості, затверджена Указом Президента України від 27.09.2021 № 479/2021 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/479/2021#n11>> (дата звернення 11.04.2025).

²⁷ Better regulation toolbox (July 2023 edition) <https://commission.europa.eu/document/download/9c8d2189-8abd-4f29-84e9-abc843cc68e0_en?filename=BR%20toolbox%20-%20Jul%202023%20-%20FINAL.pdf> P. 148–149 (accessed 11.04.2025).

²⁸ Ibid 138.

²⁹ Ibid 142–151.

суддя для всіх і створення ефективних, підзвітних та заснованих на широкій участі інституцій на всіх рівнях”. Особливо важливо враховувати, що наявність впливів за видами, зазначеними у групі “Шахрайство, злочинність, тероризм і безпека, включно гібридні загрози”, може значно ускладнити реалізацію підцілі 16.3 “Сприяти верховенству права на національному та міжнародному рівнях і забезпечити рівний доступ до правосуддя для всіх”³⁰.

Відповідно правотворча діяльність має виконати функцію запобіжника рішенням, діям та/або бездіяльності суб’єктів правотворчої діяльності, якими закладається підґрунтя для інтеграції у правову систему держави вразливостей із подальшим посиленням її піддатливості негативним впливам загроз, у тому числі гібридних.

Державна правова політика та практика правотворчої діяльності, особливо останніх років, демонструють втілення у правові норми ідей та підходів, які не корелюють з Конституцією України та принципом верховенства права, міжнародно-правовими зобов’язаннями України, що випливають із членства України в міжнародних організаціях або набуття статусу країни – кандидата на вступ до ЄС тощо. Зазначене значно знижує ефективність законодавства України та створює загрози національним інтересам, унеможливує прогрес у виконанні рекомендацій Європейської Комісії щодо адаптації національного законодавства до права ЄС. Свідченням цього можуть бути лише деякі приклади з національної правотворчої практики, а саме:

1. Законодавчі ініціативи, спрямовані на формування моделі правового регулювання певних суспільних відносин усупереч міжнародно-правовим зобов’язанням України.

Зазначена проблематика може бути висвітлена на прикладі проекту Постанови Верховної Ради України “Про розроблення законодавчої бази для створення преференційних умов діяльності бізнесу країн – партнерів України в рамках Післявоєнного Альянсу” (реєстр. № 13067 від 10.03.2025) (далі – проект Постанови № 13067).

Так, проектом Постанови № 13067 доручається Кабінету Міністрів України у тримісячний строк розробити та подати до Верховної Ради України законопроекти, спрямовані на створення спеціального правового режиму для залучення інвестицій від країн-партнерів, які надавали та продовжують надавати допомогу Україні у протистоянні збройній агресії Російської Федерації, з урахуванням особливої ролі Сполучених Штатів Америки у підтримці України, шляхом внесення змін до чинного законодавства, зокрема до:

– Закону України “Про інвестиційну діяльність”³¹ – щодо запровадження спеціального режиму інвестиційної діяльності для іноземних суб’єктів

³⁰ Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development <<https://sdgs.un.org/2030agenda>> (accessed 11.04.2025).

³¹ Про інвестиційну діяльність: Закон України від 18.09.1991 № 1560-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1560-12#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

господарської діяльності, що мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання на території країн – партнерів України, насамперед суб'єктів господарювання зі Сполучених Штатів Америки, включаючи додаткові стимули, гарантії захисту капіталовкладень та пільгові регуляторні умови;

– Закону України “Про індустриальні парки”³² – з метою створення міжнародних індустриальних парків, у яких пріоритет у залученні резидентів матимуть іноземні суб'єкти господарської діяльності, що мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання на території країн-партнерів України, насамперед суб'єкти господарювання зі Сполучених Штатів Америки, а також запровадження додаткових економічних стимулів для таких підприємств;

– Закону України “Про режим іноземного інвестування”³³ – щодо розширення державних гарантій для інвесторів іноземних суб'єктів господарської діяльності, що мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання на території країн – партнерів України, насамперед суб'єктів господарювання зі Сполучених Штатів Америки, які реалізують довгострокові проекти у стратегічних секторах економіки;

– Господарського кодексу України – з метою визначення особливого порядку ведення бізнесу іноземними суб'єктами господарської діяльності, що мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання на території країн – партнерів України, включаючи спрощені реєстраційні та дозвільні процедури, із забезпеченням особливих умов для суб'єктів господарської діяльності зі Сполучених Штатів Америки;

– Кодексу України про надра³⁴ та Закону України “Про угоди про розподіл продукції”³⁵ – щодо механізмів перегляду ліцензій на користування надрами, аналізу неефективно використовуваних (“сплячих”) ліцензій і визначення порядку їхньої передачі іноземним суб'єктам господарської діяльності, що мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання на території країн – партнерів України, насамперед суб'єктів господарювання зі Сполучених Штатів Америки, із відповідними зобов'язаннями щодо освоєння родовищ;

– Закону України “Про концесію”³⁶ – з метою запровадження спеціальних умов концесійного використання державного майна та залучення іноземних суб'єктів господарської діяльності, що мають постійне місцезнаходжен-

³² Про індустриальні парки: Закон України від 21.06.2012 № 5018-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5018-17#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

³³ Про режим іноземного інвестування: Закон України від 19.03.1996 № 93/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/93/96-вр#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

³⁴ Кодекс України про надра: Закон України від 27.07.1994 № 132/94-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/132/94-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

³⁵ Про угоди про розподіл продукції: Закон України від 14.09.1999 № 1039-XIV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1039-14#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

³⁶ Про концесію: Закон України від 03.10.2019 № 155-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/155-20#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

ня або постійне місце проживання на території країн – партнерів України, насамперед суб'єктів господарювання зі Сполучених Штатів Америки, до управління стратегічними державними активами та модернізації об'єктів інфраструктури (пп. 1.1 п. 1)³⁷.

Наведені положення засвідчують, що проектом Постанови № 13067 ставиться мета створення преференцій для іноземних суб'єктів господарської діяльності, що мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання на території країн – партнерів України, із особливим акцентом на преференціях для суб'єктів господарювання зі Сполучених Штатів Америки.

При цьому пояснювальна записка до проекту Постанови № 13067 не містить оцінки відповідності законодавчої ініціативи міжнародно-правовим зобов'язанням України, зокрема, що впливають з членства у Світовій організації торгівлі (далі – СОТ). Як відомо, в основу взаємовідносин держав – членів СОТ покладено принцип недискримінації, що проявляється у синергетичному зв'язку двох складових – принцип “національного режиму” та принцип “найбільшого сприяння”. У науковій літературі зазначені принципи піддавалися всебічному дослідженню, у тому числі, у працях науковців – представників науки господарського права, зокрема, можна виділити наукові розробки В. Поєдинок. Цією дослідницею було приділено увагу ролі та значущості принципів “національного режиму” та “найбільшого сприяння” у формуванні та змістовому наповненні системи правових режимів іноземного інвестування³⁸.

Саме рівні умови конкуренції визнаються запорукою розвитку економіки як на національному, так і на міжнародному рівнях. Створенню надійного правового поля, здатного забезпечити вільні економічні відносини та захист інвестицій від дискримінаційних заходів, покликані відповідні угоди СОТ. Невипадково інструмент “кращого регулювання” № 27 “Зовнішня торгівля та інвестиції” з набору інструментів, розроблених Європейською Комісією, застерігає від розробки правових актів, які на початковому етапі містять ознаки невідповідності зобов'язанням, що впливають із членства у СОТ. Для цього розроблено певний перелік контрольних питань, відповіді на які дають змогу провести свого роду тест на відповідність угодам СОТ. Серед тих питань можна виділити два, які мають прямий зв'язок з принципами “національного режиму” та “найбільшого сприяння”, а саме:

– Чи забезпечує цей варіант юридичну (*de jure*) та фактичну (*de facto*) недискримінацію між імпортованими товарами або іноземними послугами чи постачальниками послуг і товарами, виробленими в ЄС, або послугами та постачальниками послуг з ЄС (принцип “національного режиму”)?

³⁷ Проект Постанови про розроблення законодавчої бази для створення преференційних умов діяльності бізнесу країн – партнерів України в рамках Післявоєнного Альянсу № 13067 від 10.03.2025 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/55939>> (дата звернення 11.04.2025).

³⁸ В Поєдинок, ‘Система правових режимів іноземного інвестування’ [2011] 88 Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки 36–40.

– Чи забезпечує цей варіант юридичну (*de jure*) та фактичну (*de facto*) недискримінацію між товарами, послугами або постачальниками послуг з різних країн – членів СОТ (принцип “найбільшого сприяння”)?³⁹.

Залежно від відповідей на ці питання визначається подальший алгоритм нормопроектної роботи із узгодженням проекту акта з положеннями угод СОТ.

Скринінг положень пп. 1.1 п. 1 та інших пунктів проекту Постанови № 13067 крізь наведені вище питання засвідчує ігнорування наведених принципів:

– *надаючи перевагу іноземним суб'єктам господарювання, нівелюється принцип “національного режиму”.*

Зокрема, як зазначено у абз. 2 ч. 1 ст. 19 Закону України “Про інвестиційну діяльність” від 18.09.1991, інвесторам, у тому числі іноземним, забезпечується рівноправний режим, що виключає застосування заходів дискримінаційного характеру, які могли б перешкодити управлінню інвестиціями, їх використанню та ліквідації, а також передбачаються умови і порядок вивозу вкладених цінностей і результатів інвестицій.

Чинне законодавство презюмує національний режим як застосовний на загальних засадах до інвестиційної та іншої господарської діяльності іноземних інвесторів, за винятками, передбаченими законодавством України та міжнародними договорами України (ч. 1 ст. 7 Закону України “Про режим іноземного інвестування” від 19.03.1996).

Додатково слід взяти до уваги норми Закону України “Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів господарювання, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження”⁴⁰ від 17.02.2000, якими встановлено, що на території України до суб'єктів господарювання або інших юридичних осіб, їх філій, відділень, відокремлених підрозділів, включаючи постійні представництва нерезидентів, створених за участю іноземних інвестицій, незалежно від форм і часу їх внесення, застосовується національний режим валютного регулювання та справляння податків, зборів (обов'язкових платежів), встановлений законами України для підприємств, створених без участі іноземних інвестицій (ст. 1). Основна мета цього Закону, як випливає з преамбули, полягає у спрямованості на захист конкуренції між суб'єктами господарювання, створеними без залучення коштів або майна (майнових чи немайнових прав) іноземного походження, та суб'єктами господарювання, створеними за участю іноземного капіталу, забезпечення державного захисту вітчизняного виробника та конституційних прав і свобод громадян України.

³⁹ Better regulation toolbox (п 27) 221.

⁴⁰ Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів господарювання, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження: Закон України від 17.02.2000 № 1457-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1457-14#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

Розглядаючи справу про оподаткування підприємств з іноземними інвестиціями, Конституційний Суд України у рішенні від 29.01.2002 № 1рп/2002 за підсумками аналізу положень міжнародних договорів про взаємний захист інвестицій, укладених Україною впродовж 1994–2001 рр., зробив наголос на тому, що останні не передбачають створення для іноземних інвесторів пільгового режиму інвестиційної діяльності. Конституційний Суд України відзначив, що у відповідних статтях таких договорів, як правило, наголошується, що приймаючою стороною для іноземних інвесторів має бути створений режим, не менш сприятливий, ніж стосовно власних громадян або підприємств чи громадян або підприємств третіх країн. На думку Конституційного Суду України, у цьому разі поняття “національний режим” і “режим, не менш сприятливий, ніж стосовно власних громадян і підприємств” за суттю є тотожними. У підсумку Конституційний Суд України виснував, що застосування до підприємств з іноземними інвестиціями національного режиму валютного регулювання та справляння податків, зборів (обов’язкових платежів) відповідає взятим Україною за зазначеними договорами міжнародним зобов’язанням (абз. 5 п. 3 мотивувальної частини)⁴¹.

До речі, наведений висновок Конституційного Суду України узгоджується з п. 4 ст. III “Національний режим щодо внутрішнього оподаткування та регулювання” Генеральної угоди про тарифи й торгівлю 1994 р., а саме:

4. Товарам, що походять з території будь-якої сторони, імпортованим на територію будь-якої іншої сторони, повинен надаватися режим не менш сприятливий, ніж режим, який надається подібним товарам національного походження, щодо всіх законів, правил та вимог, які стосуються внутрішнього продажу, пропозиції до продажу, купівлі, транспортування, розподілу чи використання товарів. Положення цього пункту не повинні перешкоджати застосуванню диференційованих внутрішніх зборів за транспортування, які залежать винятково від економічних умов експлуатації транспортних засобів, а не від національного походження товару⁴².

Додатково слід зауважити, що Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію між Україною та ЄС) також визнає пріоритетність національного режиму, оскільки ст. 34 “Національний режим” встановлює таке: “Кожна Сторона надає національний режим товарам іншої Сторони відповідно до

⁴¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Кабінету Міністрів України щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 5 Закону України “Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб’єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження” та частини першої статті 19 Закону України “Про інвестиційну діяльність” (справа про оподаткування підприємств з іноземними інвестиціями) від 29 січня 2002 р. № 1-рп/2002 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-02#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

⁴² Генеральна угода про тарифи й торгівлю 1994 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_003#Text> (дата звернення 11.04.2025).

Статті III ГАТТ 1994, зокрема її приміток щодо тлумачення. Із цієї метою Статтю III ГАТТ 1994 та її примітки щодо тлумачення включено до цієї Угоди, і вони є її невід'ємною частиною⁴³.

Слідування Україною на постійній основі зобов'язанням як члена СОТ, зокрема, щодо дотримання національного режиму відповідно до п. 4 ст. III Генеральної угоди про тарифи і торгівлю та ст. 34 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС отримало закріплення у п. 191 Плану заходів з виконання рекомендацій Європейської Комісії, представлених у Звіті 2024⁴⁴.

– надаючи перевагу іноземним суб'єктам господарювання, що мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання на території країн – партнерів України, насамперед суб'єктів господарювання зі Сполучених Штатів Америки, призводить до порушення принципу “найбільшого сприяння”, оскільки суб'єкти господарювання інших країн – членів СОТ, які не є країнами – партнерами України, не зможуть скористатися перевагами преференційного режиму. У тексті пояснювальної записки міститься згадування про країни – члени Європейського Союзу (Франція, Німеччина), Велику Британію, Канаду, Японію, Австралію, а також знеособлено згадуються й інші держави, які надали Україні значну підтримку.

Подібний підхід до визначення правового режиму здійснення інвестиційної діяльності іноземними суб'єктами господарювання суперечить п. 1 ст. 1 Генеральної угоди про тарифи й торгівлю 1994 р., який проголошує таке:

1. Щодо мит і митних зборів будь-якого роду, накладених на імпорт чи експорт, або у зв'язку з ними, або накладених на міжнародні платежі за імпорт чи експорт, а також стосовно методу стягнення таких мит і зборів та всіх правил і формальностей у зв'язку з імпортом та експортом, а також усіх питань, зазначених у пунктах 2 і 4 статті III(*), будь-яка перевага, сприяння, привілей чи імунітет, які надаються будь-якою стороною, що домовляється, стосовно будь-якого товару, що походить з будь-якої іншої країни чи призначений для будь-якої іншої країни, повинні негайно і безумовно надаватися подібному товару, що походить із території всіх інших сторін чи призначений для території всіх інших сторін⁴⁵.

Отже, наведений аналіз настановує на думку про доцільність істотного доопрацювання проєкту Постанови № 13067 із узгодженням його положень з міжнародно-правовими зобов'язаннями України, що корелює з ч. 2 ст. 17 Закону України “Про правотворчу діяльність”, згідно з якою підзаконні

⁴³ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована із заявою Законом України від 16.09.2014 № 1678VII <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text> (дата звернення 11.04.2025).

⁴⁴ План заходів з виконання рекомендацій Європейської Комісії, представлених у Звіті про прогрес України в рамках Пакета розширення Європейського Союзу 2024 року, затверджений розпорядженням Кабінету Міністрів України від 28.03.2025 № 300-р <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/300-2025-r#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

⁴⁵ Генеральна угода про тарифи й торгівлю 1994 р. (н 42).

нормативно-правові акти мають відповідати Конституції України, законам, чинним міжнародним договорам України, підзаконним нормативно-правовим актам вищої юридичної сили та узгоджуватися між собою.

2. Застосування правових засобів для реалізації цілей політики у спосіб, що суперечить правовій природі та цільовому призначенню таких засобів та засадам щодо недискримінації суб'єктів господарювання.

Насамперед названі випадки дедалі стають поширенішими із використанням публічних закупівель для державної підтримки національних товаровиробників. Зокрема, постановою Кабінету Міністрів України “Про державну підтримку вітчизняних виробників вантажних автомобілів та автомобільних базових шасі під озброєння і техніку”⁴⁶ від 28.02.2025 № 280 (далі – постанова КМУ № 280) встановлено, що державний замовник у сфері оборони, служба державного замовника, а також військові частини, організації (установи, заклади), що уповноважуються рішенням державного замовника у сфері оборони на здійснення оборонних закупівель і укладення державних контрактів (договорів) (далі – державні замовники), під час закупівель товарів, робіт і послуг оборонного призначення здійснюють закупівлю вантажних автомобілів та автомобільних базових шасі під озброєння і техніку, які виробляються підприємствами вітчизняного оборонно-промислового комплексу, за умови, що ступінь локалізації виробництва товарів, що є предметом закупівлі, становить не менше 50 відсотків. Додатково закріплено норму про те, що якщо конструкторською документацією на зразок озброєння, військової та спеціальної техніки передбачено використання спеціалізованого автомобільного базового шасі, державному замовнику дозволяється здійснювати закупівлю таких автомобільних базових шасі у вітчизняних підприємств оборонно-промислового комплексу за умови, що ступінь локалізації виробництва таких товарів становить менше 50 відсотків, або за імпортом. Водночас державні контракти (договори) під час здійснення такої закупівлі укладаються на підставі комерційної пропозиції, визнаної найбільш економічно вигідною, за умови відповідності товарів, що є предметом закупівлі, вимогам державного замовника та/або технічній документації (абз. 1–2 п. 1).

Запропонований на підзаконному нормативно-правовому рівні підхід до використання публічних закупівель як засобу підтримки національних товаровиробників не узгоджується із Законом України “Про публічні закупівлі” від 25.12.2015 з таких міркувань:

– публічна закупівля визначається як придбання замовником товарів, робіт і послуг у порядку, встановленому цим Законом (п. 25 ч. 1 ст. 1), що виключає її кваліфікацію як форми державної підтримки.

⁴⁶ Про державну підтримку вітчизняних виробників вантажних автомобілів та автомобільних базових шасі під озброєння і техніку: постанова Кабінету Міністрів України від 28.02.2025 № 280 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280-2025-p#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

Публічні закупівлі традиційно розглядаються як засіб ефективного використання бюджетних коштів із урахуванням “горизонтальних” критеріїв, які інтегруються до предмета закупівлі (аргументація наведена в дисертаційних дослідженнях Я. Петруненка⁴⁷, В. Малолітневої⁴⁸).

Водночас, за певних умов, як наголошує О. Ліллемяе, публічні закупівлі товарів, робіт, послуг можуть набувати форми державної допомоги, а саме у разі: 1) надання економічної переваги стороні договору про закупівлю, яку б він не отримав за ринкових умов; 2) здійснення публічних закупівель за завищеними, що не відповідають ринковим, цінами; 3) здійснення публічних закупівель товарів, робіт або послуг, у яких у держави не було реальної потреби⁴⁹. Зокрема, серед форм державної допомоги, визначених ч. 1 ст. 4 Закону України “Про державну допомогу суб’єктам господарювання”⁵⁰ від 01.07.2014, окремо виділено надання, прямо чи опосередковано, суб’єктам господарювання товарів чи послуг за цінами нижче ринкових або придбання товарів чи послуг суб’єктів господарювання за цінами, вище ринкових;

– ст. 5 “Принципи здійснення публічних закупівель і недискримінація учасників” містить згадування про такі принципи: 1) добросовісна конкуренція серед учасників; 2) максимальна економія, ефективність і пропорційність; 3) відкритість і прозорість на всіх стадіях закупівель; 4) *недискримінація учасників та рівне ставлення до них*; 5) *об’єктивне та неупереджене визначення переможця процедури закупівлі / спрощеної закупівлі*; 6) запобігання корупційним діям і зловживанням (ч. 1). Додатково визнається, що учасники (резиденти та нерезиденти) всіх форм власності та організаційно-правових форм беруть участь у процедурах закупівель / спрощених закупівлях на рівних умовах, а замовники не мають права встановлювати жодних дискримінаційних вимог до учасників (частини 2 і 4 ст. 5)⁵¹.

Отже, участь у процедурах закупівель нерезидентів є вільною, що узгоджується з однією з цілей Закону України “Про публічні закупівлі”, якою визнається адаптація законодавства України до асquis ЄС на виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС (абз. 3 преамбули Закону).

Саме принцип “національного режиму” визнано основоположним для правового регулювання сфери публічних закупівель у відносинах між Україною та ЄС. Зазначене набуло вияву у главі 8 “Державні закупівлі” Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. Відзначається, що ця глава передбачає забезпечення взаємного доступу до ринків державних закупівель *на ос-*

⁴⁷ Я. Петруненко, ‘Концептуальні засади господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів’ (дис докт юрид наук, 2021) 489.

⁴⁸ В. Малолітнева, *Господарсько-правовий інститут публічних закупівель* (Інститут економіко-правових досліджень імені В. К. Макутова Національної академії наук України 2020) 412.

⁴⁹ О. Ліллемяе, ‘Господарсько-правове забезпечення державної допомоги суб’єктам господарювання’ (авторський дис канд юрид наук, 2016) 8.

⁵⁰ Про державну допомогу суб’єктам господарювання: Закон України від 01.07.2014 № 1555-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1555-18#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

⁵¹ Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 № 922-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

нові принципи національного режиму на загальнодержавному, регіональному та місцевому рівнях для державних контрактів та договорів концесії у традиційних галузях економіки, а також у комунальному господарстві (перше речення абз. 2 ст. 148). Визначального характеру набувають норми глави 8 про необхідність забезпечення прозорого, недискримінаційного, конкурентного й відкритого тендерного процесу. Зазначене підтверджується такими положеннями:

– всі контракти укладаються шляхом проведення прозорих і неупереджених процедур визначення виконавця, що запобігатимуть вчиненню корупційних діянь. Ця неупередженість забезпечується, зокрема, через недискримінаційне формулювання предмета контракту, рівний доступ економічних операторів, достатні часові рамки, а також прозорий і об'єктивний підхід (п. 5 ст. 151);

– опис характеристик робіт, товарів або послуг не повинен містити посилання на конкретні марку чи виробника або на конкретний процес чи на торговельну марку, патенти, типи або конкретне місце походження чи спосіб виробництва, крім випадків, коли відповідне посилання обґрунтовується предметом контракту та супроводжується словами “або еквівалент”. Перевага має надаватися використанню загальних описів технічних та якісних характеристик чи функцій (п. 7 ст. 151);

– замовники не висувають умов, що можуть призвести до прямої або опосередкованої дискримінації економічних операторів іншої сторони, таких, як вимога до економічних операторів, заінтересованих у контракті, бути заснованими у тій самій країні, регіоні або на тій самій території, що й замовник. Незважаючи на зазначене, у випадках, коли це виправдано конкретними обставинами договору, від учасника-переможця може вимагатися створення певної господарської інфраструктури в місці виконання контракту (п. 8 ст. 151);

– сторони забезпечують, щоб контракти укладалися у прозорий спосіб з тим учасником, який подав економічно найвигіднішу пропозицію або пропозицію з найнижчою ціною, що відповідає критеріям визначення виконавця та процедурним правилам, установленим та опублікованим заздалегідь. Усім учасникам повідомляються остаточні рішення без невиправданої затримки. На вимогу учасника, якому не вдалося отримати контракт, повинні надаватися роз'яснення щодо підстав відповідного рішення з достатнім рівнем деталізації, що дає змогу переглянути прийняте рішення (п. 14 ст. 151)⁵².

Неузгодженість постанови КМУ № 280 із Законом України “Про публічні закупівлі” також спостерігається через визнання критерію щодо ступеня локалізації виробництва товарів як обов'язкової для виконання, незважаючи на виняток із загального правила про дотримання цієї вимоги, закріплений п. 6¹ розділу X “Прикінцеві та перехідні положення” Закону України “Про

⁵² Угода про асоціацію між Україною та ЄС (н 43).

публічні закупівлі”, а саме у разі здійснення закупівель, які підпадають під дію положень Закону України “Про приєднання України до Угоди про державні закупівлі”⁵³, а також положень про державні закупівлі інших міжнародних договорів України, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України⁵⁴.

Приділяючи увагу пошуку шляхів запобігання практиці застосування дискримінаційних заходів у економічних відносинах, В. Устименко зауважує, що закріплення наведеного винятку з правил щодо ступеня локалізації виробництва стало можливим унаслідок всебічного обговорення проекту Закону України “Про внесення змін до Закону України ‘Про публічні закупівлі’ щодо створення передумов для сталого розвитку та модернізації вітчизняної промисловості” (№ 3739 від 24.06.2020)⁵⁵ та врахування заперечень, висловлених Комітетом Верховної Ради України з питань інтеграції України з ЄС, Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України, Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України. У підсумку це уможливило увідповіднити національне законодавство до вимог міжнародних договорів (Угода про асоціацію між Україною та ЄС, Угода СОТ “Про державні закупівлі”⁵⁶) та актів права ЄС (Директива 2014/24/ЄС від 26.02.2014 про публічні закупівлі, якою скасовується Директива 2004/18/ЄС)⁵⁷.

Сприяти вирішенню проблем, що зумовлюються невідповідністю підзаконного рівня правового регулювання сфери публічних закупівель вимогам Закону України “Про публічні закупівлі”, може практичне впровадження пропозицій Тимчасової слідчої комісії Верховної Ради України з питань розслідування можливих порушень законодавства України при здійсненні публічних закупівель під час дії воєнного стану (додаток до Постанови Верховної Ради України від 22.05.2024 № 3744-IX). Зокрема, у Звіті, підготовленому згаданою Тимчасовою слідчою комісією Верховної Ради України, міститься висновок про те, що для усунення проблем, що виникають під час здійснення публічних закупівель в умовах воєнного стану, необхідно повернути основне правове регулювання публічних закупівель на рівень закону

⁵³ Про приєднання України до Угоди про державні закупівлі: Закон України від 16.03.2016 № 1029-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1029-19#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

⁵⁴ Про публічні закупівлі (н 51).

⁵⁵ Проект Закону про внесення змін до Закону України “Про публічні закупівлі” щодо створення передумов для сталого розвитку та модернізації вітчизняної промисловості № 3739 від 24.06.2020 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/3018>> (дата звернення 11.04.2025).

⁵⁶ Угода про державні закупівлі, укладена 15.04.1994 в м. Маракеш <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_050#Text> (дата звернення 11.04.2025).

⁵⁷ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC (Text with EEA relevance) <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/24/2024-01-01>> (accessed 11.04.2025)

⁵⁸ В. Устименко, *Адаптація національного законодавства до права Європейського Союзу: основи, критерії, виміри стійкості* (Академперіодика 2025) 288–289.

та встановити обмежений перелік норм, що застосовуватимуться під час дії воєнного стану, в Законі України “Про публічні закупівлі”⁵⁹.

Запровадження тимчасових винятків із законодавства про публічні закупівлі шляхом ухвалення урядових постанов також привернуло увагу Європейської Комісії, яка у Звіті 2024 наголосила на доцільності вжиття подальших заходів для скорочення та підтримання таких винятків на мінімальному рівні⁶⁰.

Висновки. Проведене дослідження дає змогу дійти низки теоретико-прикладних результатів, а саме:

1. Обґрунтовано, що ефективне законодавство, як результат правотворчої діяльності, з найбільш високою ймовірністю буде здатне своєчасно виявляти загрози, насамперед гібридного характеру, запобігати та протидіяти їм, а також мінімізувати їх негативний вплив. Обстоюється позиція, згідно з якою ефективність правової норми має розглядатися крізь призму низки принципів права, що отримали поширення у практиці Європейського суду з прав людини, Суду ЄС, національної системи судів загальної юрисдикції та органу конституційного судочинства.

2. Установлено, що національна правотворча практика не повною мірою використовує потенціал інструментів оцінювання законодавства *ex ante* (на етапі оцінки впливу) та *ex post* (на етапі правового моніторингу), які, на думку Європейської комісії “За демократію через право”, є свідченням дотримання принципу верховенства права та які отримали втілення у практику нормопроєктування ЄС.

3. Доводиться, що правотворча діяльність побудована із неналежним дотриманням принципу верховенства права та його складових елементів, особливо у частині неврахування принципу домірності, значення якого на етапі оцінки впливу є вирішальним, створює передумови для прийняття неефективного законодавства. Аргументовано положення про те, що нехтування правовим моніторингом призводить до виникнення ситуації у правотворчій діяльності, коли не відбувається ревізія законодавства, що призводить до збереження неефективних нормативно-правових актів у правовій системі держави. Виявлено, що поширення також набувають випадки, коли приймаються рішення про скасування актів законодавства без попереднього проведення правового моніторингу, тим самим запускаючи деструктивні процеси, наслідки яких виходять за межі окремого сектору економіки та набувають загальнодержавного масштабу.

4. Обґрунтовано положення про те, що неефективне законодавство стає вразливим до негативних впливів різних за природою загроз, серед яких

⁵⁹ Попередній Звіт Тимчасової слідчої комісії Верховної Ради України з питань розслідування можливих порушень законодавства України при здійсненні публічних закупівель під час дії воєнного стану: додаток до Постанови Верховної Ради України від 22.05.2024 № 3744-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3744-20#Text>> (дата звернення 11.04.2025).

⁶⁰ Commission staff working document. Ukraine 2024 Report. P. 59 (n 20).

окремо виділяються загрози гібридного характеру. Як засвідчує правотворча практика ЄС, ідентифікація впливів на певні групи суспільних відносин відбувається ще на етапі оцінки впливу законодавчої пропозиції із використанням системи контрольних питань, відповіді на які дають змогу напрацювати підходи щодо запобігання можливим загрозам, особливо тим, що представлені в групі “Шахрайство, злочинність, тероризм і безпека, включно гібридні загрози” у межах інструменту “кращого регулювання” № 18 з набору інструментів “кращого регулювання” (видання за липень 2023 р.).

5. Зважаючи на комплексний характер загроз гібридного характеру, оцінювання їх негативних впливів може передбачати поєднання аналітичних можливостей різних інструментів нормопроєктування, що складають набір інструментів “кращого регулювання” ЄС. Зазначене продемонстровано на прикладі інструменту “кращого регулювання” № 27 “Зовнішня торгівля та інвестиції”. Додатково встановлено, що кожна група впливів, представлених у табличній формі в межах інструменту “кращого регулювання” № 18, релевантна чітко визначеним Цілям сталого розвитку на період до 2030 року. Зокрема, підціль 16.3 “Сприяти верховенству права на національному та міжнародному рівнях і забезпечити рівний доступ до правосуддя для всіх” цілі 16 може зазнавати негативного впливу за групою факторів “Шахрайство, злочинність, тероризм і безпека, включно гібридні загрози”.

6. Стверджується, що інтеграція в національну правотворчу діяльність методів і засобів нормопроєктування ЄС сприятиме активізації запобіжної функції такої діяльності з метою унеможливлення прийняття рішень, вжиття дій та/або бездіяльності з боку суб’єктів правотворчої діяльності, якими закладається підґрунтя для інтеграції у правову систему держави вразливостей із подальшим посиленням її піддатливості негативним впливам загроз, у тому числі гібридних. Зазначене доводиться на деяких прикладах з національної правотворчої практики, зокрема, у частині законодавчих ініціатив, спрямованих на формування моделі правового регулювання певних суспільних відносин всупереч міжнародно-правовим зобов’язанням України, застосування правових засобів для реалізації цілей політики у спосіб, що суперечить правовій природі та цільовому призначенню таких засобів і засадам щодо недискримінації суб’єктів господарювання.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Dawson M, de Witte F, *EU Law and Governance* (Cambridge University Press 2022).
2. Sideri K, *Law’s Practical Wisdom: The Theory and Practice of Law Making in New Governance Structures in the European Union* (Routledge 2007).
3. Zander M, *The Law-Making Process* (Eighth edition Bloomsbury 2020).

4. Bratsuk I, *Teoretyko-pravovi zasady implementatsii prava Yevropeiskoho Soiuzu v natsionalne pravo derzhav-chleniv* (M M Mykiiievych (ed)) (LNU imeni Ivana Franka, 2016) (in Ukrainian).
5. Malolitneva V, *Hospodarsko-pravovyi instytut publichnykh zakupivel* (Instytut ekonomiko-pravovykh doslidzhen imeni V. K. Mamutova Natsionalnoi akademii nauk Ukrainy 2020) (in Ukrainian).
6. Parkhomenko N, *Paradyhma pravovoho rehuliuвання v Ukraini: zmistovo-instrumentalni vymiry* (Parlamentske vydavnytstvo 2023) (in Ukrainian).
7. Petrov R, *Transpozysiiia "acquis" Yevropeiskoho Soiuzu u pravovi systemy tretikh krain* (Istyna 2012) (in Ukrainian).
8. Ustyenko V, *Adaptatsiia natsionalnoho zakonodavstva do prava Yevropeiskoho Soiuzu: osnovy, kryterii, vymiry stiikosti* (Akadempriodyka 2025) (in Ukrainian).

Edited books

9. Onishchenko N (ed), *Pravova doktryna i derzhavnist: vektor vzaiemozviazku* (Naukova dumka 2022) (in Ukrainian).
10. Parkhomenko N (ed), *Pravotvorennia i pravotvorchist v umovakh voiennoho stanu ta myrobidivnytstva* (Parlamentske vydavnytstvo 2023) (in Ukrainian).

Journal articles

11. Goldoni M, 'Politicising EU Lawmaking? The Spitzenkandidaten Experiment as a Cautionary Tale' [2016] 22(3) European Law Journal 279–295.
12. Mészáros A, 'New challenges in the EU lawmaking' [2004] (III)1 European Integration Studies 19–24.
13. Simonelli F, Iacob N, 'Can We Better the European Union Better Regulation Agenda?' [2021] 12(4) European Journal of Risk Regulation 849–860. doi:10.1017/err.2021.40
14. Onishchenko N, 'Pravovy rozvytok ta pravoznavchi zapyty suspilstva' [2024] 31(4) Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy 15–26 DOI: <https://doi.org/10.31359/1993-0909-2024-31-4-15> (in Ukrainian).
15. Onishchenko N, 'Efektyvnist ta yakist zakonodavstva u fokusi vidbudovy Ukrainy' [2022] 13 Almanakh prava 23–27 (in Ukrainian).
16. Poiedynok V, 'Systema pravovykh rezhymiv inozemnoho investuvannia' [2011] 88 Visnyk Kyivskoho natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka. Yurydychni nauky 36–40 (in Ukrainian).

Theses

17. Lillemiae O, 'Hospodarsko-pravove zabezpechennia derzhavnoi dopomohy subiektam hospodariuvannia' (Thesis abstract, 2016) (in Ukrainian).
18. Petrunenko Ya, 'Kontseptualni zasady hospodarsko-pravovykh zasobiv zabezpechennia efektyvnoho vykorystannia derzhavnykh koshtiv' (dissertation, 2021) (in Ukrainian).

Websites

19. Press release. Daron Acemoglu, Simon Johnson, James A. Robinson. They have helped us understand differences in prosperity between nations (14 October 2024. The Nobel Prize) <<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2024/press-release>> (accessed 11.04.2025).
20. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development <<https://sdgs.un.org/2030agenda>> (accessed 11.04.2025).

Volodymyr Ustymenko
Ruslan Dzhabrailov
Tetiana Hudima
Stanislav Sieriebriak

THE PREVENTIVE FUNCTION OF LAW-MAKING ACTIVITY:
DIRECTIONS FOR ENHANCEMENT CONSIDERING METHODOLOGICAL
APPROACHES IN EUROPEAN UNION LAW
TO THE IDENTIFICATION OF HYBRID THREATS

ABSTRACT. The article emphasizes that effective legislation, as a result of law-making activity, is most likely to be capable of timely identifying threats – primarily of a hybrid nature – preventing and countering them, as well as minimizing their negative impact.

The aim of the research is to justify directions for enhancing the preventive function of law-making activity, taking into account methodological approaches in European Union law to the identification of hybrid threats.

The position is upheld that the effectiveness of a legal norm should be considered through the lens of a number of legal principles that have gained recognition in the practice of the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the EU, national systems of courts of general jurisdiction, and constitutional justice bodies.

It is established that national law-making practice does not fully utilize the potential of *ex ante* (at the impact assessment stage) and *ex post* (at the legal monitoring stage) legislative evaluation tools, which, according to the European Commission for Democracy through Law, are an indicator of compliance with the rule of law and are embedded in EU legislative drafting practice.

It is argued that law-making carried out with improper adherence to the rule of law and its constituent elements – especially with disregard for the principle of proportionality, which is crucial at the impact assessment stage – creates preconditions for the adoption of ineffective legislation.

It is further argued that neglecting legal monitoring leads to a situation in the law-making process where no legislative revision takes place, resulting in the retention of ineffective normative legal acts within the legal system of the state.

The article substantiates that ineffective legislation becomes vulnerable to various threats, particularly hybrid threats. As EU law-making practice demonstrates, the identification of impacts on certain groups of social relations occurs already at the stage of impact assessment of a legislative proposal through the use of checklists. Responses to these questions allow the development of approaches to prevent potential threats.

It is asserted that integrating EU legislative drafting methods and tools into national law-making processes will enhance the preventive function of such activities. This will help prevent decisions, actions, and/or inactions by law-making actors that may introduce vulnerabilities into the legal system of the state, thus increasing its susceptibility to the negative effects of various threats, including hybrid ones.

KEYWORDS: law-making activity; rule of law; principle of proportionality; preventive function; hybrid threats; European Union law; impact assessment; legal monitoring.