



DELIKTOLOGY

Monograph
under the general editorship of
I. Kopotun, S. Petkov

VOLUME V

Kunovice 2021

Recommended for publication:

by the Academic Council at Akademie HUSPOL

Reviewers:

Doc. PhDr. *Félix Černoch*, Csc.

Doctor of Law, professor *O. G. Kolb*

Deliktology: Monograph. Under the general editorship of I. Kopotun, S. Petkov, P. Polián. Kunovice: Akademie HUSPOL : 2021, V. 5. 438 p.

Деліктологія: Монографія. Під загальною редакцією I. М. Копотуна, С. В. Петкова, Р. Поліан. Куно́віце: Академія ГУСПОЛ : 2021, Т. 5. 438 с.

ISBN 978-80-907587-1-1

V různých zemích je řada otázek souvisejících s právní odpovědností za pochybení řešena odlišně. Stejný akt mohou v různých zemích posuzovat různé orgány v odlišném procesním pořadí. I jurisdikce spadá do různých vládních složek: výkonná nebo soudní. Provádění dokumentů, postupů atd. Se také liší.

Tato kolektivní monografie je věnována studiu otázek souvisejících s právní odpovědností za spáchání trestných činů. Studie je určena širokému okruhu čtenářů, kteří se zajímají o delikventní vědu - delikty: soudci, právníci, státní zástupci, právníci, studenti a kadeti právnických fakult.

Text jednotlivých částí monografie je uveden v autorském vydání.

Monografie „Deliktologie“ byla vydána za pomoci nevládní organizace „Evropský institut postgraduálního vzdělávání“ (Kyjev, Ukrajina).

ISBN 978-80-907587-1-1

© Akademie HUSPOL, 2021

© I. Kopotun, 2021

© S. Petkov, 2021

Authors:

I. KOPOTUN	Doctor of Law, Professor, Honoured Lawyer of Ukraine	Section I
N. KARMANOVA	Candidate of political science	
B. GOLOVKIN	Doctor of Law, Professor	Section II
O. KOLB	Doctor of Law, Professor, Honoured Lawyer of Ukraine	
R. KOLB	Graduate student	
L. DUCHIMINSKA		
V. BESCHASTNYI	Doctor of Law	Section III
I. DOVBAN	Doctor of Law	Section IV
N. YUZIKOVA	Doctor of Law, Professor	Section V
S. KHOMIACHENKO	Candidate of Law, Associate Professor	
P. KHRIAPINSKIY	Doctor of Law, Professor, Honoured Worker of Science and Technology of Ukraine	Section VI
S. SCKOLA	Candidate of Law, Associate Professor	
A. LYTVYNNENKO	PhD Candidate, Doctoral student	Section VII
V. LEN	Candidate of Law, Associate Professor	Section VIII
K. MARSHALEK	Postgraduate student	
T. MALYNOVSKA	Candidate of Law, Associate Professor	Section IX
M. RUDYK	Candidate of Law	Section X
A. POPLAVSKA	Graduate student	Section XI

Колектив авторів:

І. М. КОПОТУН	доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України	Розділ І
Н. І. КАРМАНОВА	кандидат політичних наук	
Б. М. ГОЛОВКІН	доктор юридичних наук, професор	Розділ ІІ
О. Г. КОЛБ	доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України	
Р. О. КОЛБ	аспірант	
Л. М. ДУЧИМІНСЬКА		
В. М. БЕСЧАСТНИЙ	доктор юридичних наук	Розділ ІІІ
І. М. ДОВБАНЬ	доктор юридичних наук	Розділ ІV
Н. С. ЮЗІКОВА	доктор юридичних наук,	Розділ V
С. І. ХОМ'ЯЧЕНКО	професор кандидат юридичних наук, доцент	
П. В. ХРЯПІНСЬКИЙ	доктор юридичних наук, професор, Заслужений діяч науки і техніки України	Розділ VI
С. М. ШКОЛА	кандидат юридичних наук, доцент	
А. LYTVYNENKO	PhD Candidate, Doctoral student	Розділ VII
В. В. ЛЕНЬ	кандидат юридичних наук, доцент	Розділ VIII
К. О. МАРШАЛЕК	аспірант	
Т. М. МАЛИНОВСЬКА	кандидат юридичних наук, доцент	Розділ IX
М. М. РУДИК	кандидат юридичних наук	Розділ X
А. В. ПОПЛАВСЬКА	аспірант	Розділ XI

Вступ

Делікт (від лат. *delictum* – правопорушення, провина, проступок) – протиправна поведінка, правопорушення, тобто незаконна дія, проступок або злочин, іншими словами вчинення дії, що суперечить закону і завдає шкоди суспільству, державі або особі. Таке правопорушення є підставою для притягнення правопорушника до юридичної відповідальності – відповідальності, передбаченої законом.

Деліктологія (теорія відповідальності, *delictology*) – наука про правопорушення (делікт), складова частина загальної теорії права (закарбовані в аксіомах практичні надбання). На відміну від кримінального права, адміністративного права та дисциплінарного права, які досліджують види правопорушень під власним кутом зору, деліктологія вивчає явище «правопорушення» в цілому. Дослідження правопорушення як соціально-правового явища та пов'язаних із ним правовідносин і є предметом деліктології.

У римському праві під деліктом (правопорушенням) малось на увазі заподіяння шкоди іншій особі, її сім'ї або майну, порушення правового припису або заборони. Наслідком учинення делікту була відповідальність, що наставала за наявності таких умов: дієздатність правопорушника, вина, здійснення правопорушення.

Деліктні зобов'язання відомі ще як позадоговірні. Тобто, протиправні дії, які призводять до юридичних наслідків і які не пов'язані з порушенням договору (контракту). Особа, яка несе (здатна нести) вчиняти дії, що мають юридичні наслідки (правочини) – дієздатна особа. Особа, яка несе відповідальність за свої протиправні дії (правопорушення) – деліктоздатна особа. Того, хто заподіює шкоду, називають делінквентом. Того, кому шкоду заподіяно, – потерпілим. Деліктоздатна особа – особа, яка може нести відповідальність за протиправну поведінку, яка виражається у скоєнні проступків, або злочинів.

Всебічне дослідження проблемних питань деліктології – основа створення ефективного і справедливого законодавства.

доктор юридичних
наук, професор,
Заслужений юрист
України

I. М. Копотун

доктор юридичних
наук, професор

С. В. Петков

Jednatel, statutární
zástupce Akademie
HUSPOL

Mgr. Pavel Polián

Úvod

Tort (od lat. Delictum - trestný čin, provinění, pochybení) - protiprávní jednání, trestný čin, protiprávní jednání, protiprávní jednání nebo trestný čin, tj. Spáchání činu, který je v rozporu se zákonem a poškozuje společnost, stát nebo osobu. Takový čin je základem pro to, aby pachatel byl způsoben právní odpovědností - zákonem stanovenou odpovědnost.

Deliktologie (teorie odpovědnosti, deliktologie) - věda o přestupku (deliktu), nedílná součást obecné teorie práva (fixovaná v axiómech dosažení praxe). Na rozdíl od trestního práva, správního práva a disciplinárního práva, které vyšetřují druhy trestných činů z vlastního pohledu, tortologie komplexně studuje fenomén „trestného činu“. Vyšetřování trestného činu jako socio-právního jevu a souvisejících právních vztahů je předmětem tortologie.

Podle římského práva se deliktem (přestupkem) rozumělo poškození jiné osoby, jeho rodiny nebo majetku, porušení právního řádu nebo zákazu. Důsledkem deliktu byla odpovědnost, která nastala, když byly splněny následující podmínky: způsobilost pachatele, vina, spáchání trestného činu.

Závazky z deliktu jsou také známé jako mimosmluvní. To znamená protiprávní jednání, které má právní důsledky, ale nesouvisí s porušením smlouvy (smlouvy). Osoba nesoucí (schopná vykonávat) k provádění úkonů, které mají právní důsledky (transakce), je způsobilá osoba. Osoba, která nese (je schopna nést) právní odpovědnost za své protiprávní činy (trestné činy), je mučitelná osoba. Ten, kdo škodí, se nazývá delikvent. Ten, komu byla škoda způsobena - obětem. Mučitelná osoba je osoba, která může být odpovědná za protiprávní jednání, které je vyjádřeno na základě pochybení nebo trestného činu.

Komplexní studie o otázkách deliktu je základem pro vytvoření účinné a spravedlivé legislativy.

Doktor práv, profesor,
Ctěný právník Ukrajiny

Doktor práv, profesor

Jednatel, statutární
zástupce Akademie
HUSPOL

I. N. Kopotun

S. V. Petkov

Mgr. Pavel Polián

Introduction

Tort (from lat. Delictum - offense, guilt, misconduct) - unlawful behavior, offense, unlawful act, misconduct or crime, that is, the commission of an act that is contrary to law and harms society, the state or a person. Such an act is the basis for bringing the offender to legal liability - liability provided by law.

Delictology (theory of responsibility, delictology) - the science of the offense (tort), an integral part of the general theory of law (fixed in the axioms of the achievement of practice). In contrast to criminal law, administrative law and disciplinary law, which investigate types of offenses from their own point of view, tortology studies the phenomenon of "offense" comprehensively. Investigation of an offense as a socio-legal phenomenon and related legal relations is the subject of tortology.

In Roman law, a tort (offense) was understood to mean harm to another person, his family or property, violation of a legal order or prohibition. The consequence of the tort was the responsibility that occurred when the following conditions were present: the capacity of the offender, guilt, the commission of an offense.

Tort obligations are also known as non-contractual. That is, unlawful actions that lead to legal consequences but not related to violation of the contract (contract). A person carrying (capable of carrying) to perform actions having legal consequences (transactions) is a competent person. A person bearing (capable of bearing) legal responsibility for his unlawful actions (offenses) is a tortable person. One who does harm is called delinquent. The one to whom the harm was done - to the victims. A tortable person is one who can be held responsible for unlawful behavior, which is expressed in the commission of misconduct, or crime.

A comprehensive study of tort issues is the basis for creating effective and fair legislation.

Doctor of Law,
Professor,
Honored Lawyer of
Ukraine

Doktor práv, profesor

Jednatel, statutární
zástupce Akademie
HUSPOL

I. N. Kopotun

S. V. Petkov

Mgr. Pavel Polían

Введение

Деликт (от лат. Delictum – правонарушение, вина, проступок) – противоправное поведение, правонарушение, незаконное действие, проступок или преступление, то есть совершение действия, которое противоречит закону и наносит вред обществу, государству или лицу. Такое деяние является основанием для привлечения правонарушителя к юридической ответственности – ответственности, предусмотренной законом.

Деликтология (теория ответственности, delictology) – наука о правонарушении (деликте), составная часть общей теории права (зафиксированные в аксиомах достижения практики). В отличие от уголовного права, административного права и дисциплинарного права, которые исследуют виды правонарушений под собственным углом зрения, деликтология изучает явление «правонарушение» комплексно. Исследование правонарушения, как социально-правового явления и связанных с ним правоотношений - предмет деликтологии.

В римском праве под деликтом (правонарушением) понималось причинение вреда другому лицу, его семье или имуществу, нарушение правового предписания или запрета. Следствием совершения деликта была ответственность, которая наступала при наличии следующих условий: дееспособность правонарушителя, вина, совершение правонарушения.

Деликтные обязательства известны еще как внедоговорные. То есть, противоправные действия, которые приводят к юридическим последствиям но не связанные с нарушением договора (контракта). Лицо, несущее (способное нести) совершать действия, имеющие юридические последствия (сделки) – дееспособное лицо. Лицо, несущее (способное нести) юридическую ответственность за свои противно-правные действия (правонарушения) – деликтоспособное лицо. Того, кто причиняет вред, называют делинквентом. Того, кому вред причинен – потерпевшим. Деликтоспособное лицо – тот кто может нести ответственность за противоправное поведение, которое выражается в совершении проступков, или преступлений.

Всестороннее исследование вопросов деликтологии - основа создания эффективного и справедливого законодательства.

доктор юридических наук,
профессор,
Заслуженный юрист Украины

И. Н. Копотун

доктор
юридических наук,
профессор

С. В. Петков

Jednatel, statutární
zástupce Akademie
HUSPOL

Mgr. Pavel Polián

РОЗДІЛ I Відповідальність за порушення законодавства про захист інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах

КОПОТУН Ігор Миколайович

доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України,
проректор з міжнародних зв'язків Академії ГУСПОЛ (Чеська
Республіка)

<https://orcid.org/0000-0002-2947-8599>

КАРМАНОВА Нінель Ігорівна

кандидат політичних наук

Викладач кафедри конституційного права та прав людини

Національної академії внутрішніх справ

<https://orcid.org/0000-0002-8359-4566>

1.1. Захист інформаційних ресурсів як один із пріоритетних завдань національної безпеки України

1.2. Юридична відповідальність та шляхи правового регулювання в сфері захисту інформації

1.3. Кримінальна відповідальність внаслідок невиконання або порушення вимог Закону України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах»

Liability for violation of information protection legislation in information, telecommunication and information and telecommunication systems

Doctor of Law, Professor I. M. Kopotun

Honoured Lawyer of Ukraine,

Vice-rector for International Relations, Akademie HUSPOL (Czech Republic)

Candidate of political science N. I. Karmanova

Lecturer of the Department of Constitutional Law and Human Rights

at National Academy of Internal Affairs

Ответственность за нарушение законодательства о защите информации в информационном, телекоммуникационном и информационно-телекоммуникационных системах

Доктор юридических наук, профессор И. Н. Копотун

Заслуженный юрист Украины,

проректор с международных связей Академии ГУСПОЛ

Кандидат политических наук Н. И. Карманова

*Преподаватель кафедры конституционного права и прав человека
Национальной академии внутренних дел*

Ключові слова: інформаційні ресурси, інтелектуальна творча діяльність, ідеї прав і свобод людини і громадянина, верховенство права, повага до інтересів і прав суверенних і незалежних держав, міжнародний стандарт ISO/IEC 27001:2005.

Keywords: information resources, intellectual creativity, ideas of human and civil rights and freedoms, rule of law, respect for the interests and rights of sovereign and independent states, international standard ISO / IEC 27001: 2005.

Ключевые слова: информационные ресурсы, интеллектуальная творческая деятельность, идеи прав и свобод человека и гражданина, верховенство права, уважение интересов и прав суверенных и независимых государств, международный стандарт ISO/IEC 27001:2005.

АНОТАЦІЯ

У розділі розкрито основні аспекти управління економічною безпекою телекомунікаційного підприємства. Розглянуто зміст та особливості проблеми через функціональні складові економічної безпеки, серед яких особливо виділено інтелектуально-кадрову, фінансову, техніко-технологічну, політико-правову та інформаційну. Розроблено пропозиції щодо удосконалення управління економічною безпекою телекомунікаційного підприємства з урахуванням тенденцій та перспектив розвитку галузі. А також запропоновано підходи щодо створення системи захисту економічної безпеки телекомунікаційного підприємства з урахуванням досвіду вітчизняного і світового економічного розвитку.

SUMMARY

The section reveals the main aspects of managing the economic security of a telecommunications company. The content and features of the problem through the functional components of economic security are considered, among which the intellectual-personnel, financial, technical-technological, political-legal and informational ones are especially distinguished. Proposals have been developed to improve the management of economic security of the telecommunications enterprise, taking into account trends and prospects for the development of the industry. Also, approaches to creating a system of protection of economic security of telecommunications enterprises, taking into account the experience of domestic and world economic development.

АННОТАЦИЯ

В разделе раскрыты главные аспекты управления экономической сохранностью телекоммуникационной компании. Рассмотрены содержание и особенности проблемы через функциональные составляющие экономической безопасности, среди которых особенно выделены интеллектуально-кадровая, финансовая, технико-технологическая, политико-правовая и информационная. Разработаны предложения по усовершенствованию управления экономической безопасностью телекоммуникационного

РОЗДІЛ I Відповідальність за порушення законодавства про захист інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах

предприятия с учетом тенденций и перспектив развития отрасли. А также предложены подходы к созданию системы защиты экономической безопасности телекоммуникационного предприятия с учетом опыта отечественного и мирового экономического развития.

1.1. Захист інформаційних ресурсів як один із пріоритетних завдань національної безпеки України

Інформація як результат інтелектуальної творчої діяльності має колосальний потенціал забезпечення ефективного державного управління, розвитку громадянського суспільства та впливу на свідомість, підсвідомість і поведінку людини.

Інформаційна сфера в сучасних умовах перетворилась на арену боротьби за світове лідерство та інформаційні впливи на відповідні країни і регіони. В основі цієї боротьби знаходиться добування достовірної і повної інформації про конкурентів і супротивників та країн, що віднесені до інтересів лідерів у сфері інформаційних технологій.

Все це підносить інформацію як соціальну зброю, породжує проблеми захисту інформаційних ресурсів та інформації у сфері її обігу.

У процесі будівництва суверенної і незалежної держави йде пошук шляхів створення і вдосконалення науково обґрунтованої, економічно доцільної системи захисту інформації, в тому числі в процесі міжнародного співробітництва.

Базою державної внутрішньої і зовнішньої політики у сфері захисту інформації мають виступати демократичні правові цінності: ідеї прав і свобод людини і громадянина, верховенство права, повага до інтересів і прав суверенних і незалежних держав тощо.

В інформаційній сфері, особливо пов'язаної із захистом інформації, залишаються нерозв'язаними проблеми щодо створення загальної системи захисту інформації; між чинними актами інформаційного законодавства існують суттєві суперечності, що порушують системність законодавства та не сприяють забезпеченню законності в інформаційній діяльності; мають місце непоодинокі факти порушення прав і свобод громадян підзаконними актами; організаційна структура державних органів, спеціальних підрозділів і служб не забезпечує формування і сталого функціонування комплексної системи інформаційної безпеки та всіх складових захисту інформації.

Крім того, в існуючому законодавстві існує ряд прогалин. Європейське спрямування розвитку України, входження її до Світової організації торгівлі, проблеми електронного урядування країною диктують необхідність впровадження норм міжнародного права в національну правову систему.

З метою забезпечення надійного захисту інформації та організації управління інформаційною безпекою в Україні ведеться робота над

націоналізацією міжнародного стандарту ISO/IEC 27001:2005 “Інформаційні технології – Методи забезпечення безпеки – Системи управління інформаційною безпекою – Вимоги”, який дозволить не тільки будувати Систему управління інформаційною безпекою (далі – СУІБ) будь-якої організації, але й проводити сертифікацію відповідності цієї системи. Історія цього стандарту почалась з 1995 року виходом британського стандарту BS 7799-1:1995.

Протягом багатьох років цей стандарт вбирав в себе найкращі практики в сфері захисту інформації, побудови та розвитку СУІБ та став першим у серії лінійки міжнародних стандартів ISO/IEC 27000. Прийняття цього стандарту як національного, породжує багато питань. Пункт А.15 додатку А цього стандарту рекомендує при побудові СУІБ складати в організації перелік всього законодавства, в правовому полі якого організація спрямовує свою діяльність.

Крім того, при розробці посадових обов'язків, враховувати всю, відповідну кожній посаді в організації, відповідальність за безпеку (п. А.8.1), визначати відповідальності за порушення вимог захисту інформації задля включення їх до договорів з партнерами, клієнтами.

З метою прозорості в питаннях дисциплінарної практики та правового інформування підлеглих необхідно розробляти дисциплінарні заходи, які мають бути залежними від ваги скоєних порушень. Таким чином, стало актуальним розібратися з питаннями визначення відповідальності за порушення встановленого порядку захисту інформації, дослідивши українське законодавство в цій підгалузі інформаційного права.

З 1 січня 2006 року набрав чинності Закон України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» (далі – Закон), який регулює відносини в сфері захисту інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах (далі – системах).

Він був прийнятий на зміну Закону України «Про захист інформації в автоматизованих системах», який був морально застарілий і не відповідав вимогам сьогодення. Весь Закон коментувати не будемо, а звернемо увагу на статтю 11, в якій сказано, що: «Особи, винні в порушенні законодавства про захист інформації в системах, несуть відповідальність згідно з законом».

Приблизно таке ж саме формулювання зустрічаємо в Положенні про порядок здійснення криптографічного захисту інформації в Україні, стаття 14 якого каже про те, що: «У разі порушення вимог щодо порядку здійснення криптографічного захисту інформації суб'єкти підприємницької діяльності, установи, організації, посадові особи та громадяни несуть відповідальність згідно з законодавством України». В Положенні про технічний захист інформації в Україні (стаття 22) теж сказано, що: «У разі порушення вимог щодо

забезпечення технічного захисту інформації посадові особи та громадяни несуть відповідальність згідно з законодавством України».

Такий же вигляд має і стаття 11 проекту Закону України «Про захист інформації», яка визначає відповідальність за порушення законодавства про захист інформації наступним чином: «Юридичні та фізичні особи, винні в порушенні законодавства про захист інформації, несуть дисциплінарну, цивільну, адміністративну чи кримінальну відповідальність згідно з законодавством».

В цьому законопроекті більш чітко визначається, що відповідальність повинні нести: «Юридичні та фізичні особи». Як видно, ця норма носить бланкетний характер і відсилає до норм чинного законодавства, що аж ніяк не сприяє визначеності правового регулювання в сфері захисту інформації.

1.2. Юридична відповідальність та шляхи правового регулювання в сфері захисту інформації

Хочеться зауважити, що в українському законодавстві юридичні особи кримінальну та адміністративну відповідальність не несуть, хоча необхідно відзначити, що в науковій літературі та в кодексах деяких держав (наприклад, Росії) існують розбіжності щодо питання про те, чи можуть юридичні особи нарівні з фізичними бути суб'єктами адміністративної відповідальності.

Одні автори вважають, що три види юридичної відповідальності – кримінальна, адміністративна, дисциплінарна – настають виключно за винні діяння і розраховані за самою своєю сутністю лише на фізичних осіб. Інші вимагають встановлення адміністративної відповідальності за протиправні або за протиправні винні діяння фізичних і юридичних осіб.

Треті, з огляду на першу позицію – адміністративної відповідальності лише фізичних осіб, доповнюють її відносно юридичних осіб у такий спосіб: для юридичних осіб у сфері державного управління має передбачуватися фінансова відповідальність, супроводжувана адміністративною, дисциплінарною чи кримінальною відповідальністю посадових осіб, конкретно особистої відповідальності винних у вчиненні відповідного правопорушення – проступку або злочину. На наш погляд третій варіант є найбільш доречним. Між тим, бачимо, що таке формулювання щодо необхідності встановлення відповідальності за порушення в сфері захисту інформації породжує ряд питань.

1. Які саме діяння і за яких обставин є порушенням законодавства про захист інформації в системах?

2. Які саме особи і в якому порядку можуть бути визнані винними в порушенні законодавства щодо захисту інформації в системі?

3. Яку саме відповідальність і в якому порядку несуть ці особи?

Спробуємо розібратись. Які саме діяння і за яких обставин є порушенням законодавства про захист інформації в системах? На наш порушенням законодавства може вважатись декілька діянь.

1. Порушення умов:

1.1 визначених власником системи на підставі його договорів з власником інформації, відповідно до яких користувач отримав можливість виконання однієї або кількох операцій з інформацією, зокрема: збирання, введення, записування, перетворення, зчитування, зберігання, знищення, реєстрації, приймання, отримання, передавання;

1.2 договору власником системи щодо забезпечення захисту інформації в системі, укладеного з власником інформації;

1.3 виконання однієї або кількох операцій з інформацією, яка є власністю держави, або інформації з обмеженим доступом, вимога щодо захисту якої встановлена законом, зокрема: збирання, введення, записування, перетворення, зчитування, зберігання, знищення, реєстрації, приймання, отримання, передавання без застосування в системі комплексної системи захисту інформації, або з застосуванням такої системи з не підтвердженою відповідністю;

1.4 створення власником системи, в якій обробляється інформація, яка є власністю держави, або інформація з обмеженим доступом, вимога щодо захисту якої встановлена законом, служби захисту інформації, або не призначення осіб, на яких покладається забезпечення захисту інформації та контролю за ним.

2. Порушення правил обробки інформації, тобто правил, згідно з якими виконується одна або кілька операцій з інформацією: збирання, введення, записування, перетворення, зчитування, зберігання, знищення, реєстрація, приймання, отримання, передавання, які здійснюються в системі за допомогою технічних і програмних засобів.

Таким чином, правопорушенням буде вважатись як порушення умов, так і порушення правил, або порушення і умов, і правил одночасно. Крім того, необхідно зауважити, що до складу комплексної системи захисту інформації входять комплекс засобів криптографічного захисту та комплекс засобів технічного захисту інформації, тому порушення вимог Положення про порядок здійснення криптографічного захисту інформації в Україні та Положення про технічний захист інформації в Україні, також може вважатись порушенням законодавства про захист інформації в системі.

В Положенні про державний контроль за станом технічного захисту інформації (далі – ТЗІ) визначено кваліфікацію порушень з ТЗІ: п. 5.1. Порушення вимог з ТЗІ поділяються на три категорії, які визначають можливість реалізації загроз безпеці інформації: - перша категорія – невиконання вимог нормативно-правових актів та нормативних документів з ТЗІ, внаслідок чого створюється реальна можливість порушення конфіденційності, зокрема за рахунок витoku (просочення) технічними каналами, цілісності й доступності інформації; - друга категорія – невиконання

РОЗДІЛ I Відповідальність за порушення законодавства про захист інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах

вимог нормативно-правових актів та нормативних документів з ТЗІ, внаслідок чого створюються передумови до порушення конфіденційності, зокрема за рахунок витоку (просочення) технічними каналами, цілісності й доступності інформації; - третя категорія – невиконання інших вимог з ТЗІ.

В тому ж Положенні визначаються і кваліфікаційні ознаки порушень з технічного захисту інформації (п. 5.2). Ознаками порушень першої категорії є:

1. встановлення факту циркуляції інформації з обмеженим доступом на об'єктах інформаційної діяльності, в інформаційних або інформаційно-телекомунікаційних системах за умов підтвердження інструментально-розрахунковими методами наявності технічного каналу поширення інформації з обмеженим доступом;

2. встановлення факту обробки інформації з обмеженим доступом в інформаційних або інформаційно-телекомунікаційних системах, які мають вихід незахищеними каналами зв'язку за межі контрольованої зони, за умов відсутності атестата відповідності на комплексну систему захисту інформації;

3. встановлення факту обробки інформації з обмеженим доступом в інформаційних або інформаційно-телекомунікаційних системах, які не мають виходу за межі контрольованої зони, за умов доступу до їх інформаційних ресурсів користувачів, які мають різні повноваження (права доступу до інформації), та відсутності атестата відповідності на комплексну систему захисту інформації;

4. встановлення факту несанкціонованого доступу користувачів інформаційних, телекомунікаційних або інформаційно-телекомунікаційних систем до інформації з обмеженим доступом шляхом порушення встановлених правил розмежування доступу або подолання заходів захисту.

Ознаки порушень другої категорії:

4. встановлення факту циркуляції інформації з обмеженим доступом на об'єктах інформаційної діяльності, в інформаційних або інформаційно-телекомунікаційних системах за умов відсутності підтвердження інструментально-розрахунковими методами відповідності комплексу ТЗІ нормам та вимогам з ТЗІ;

5. встановлення факту обробки інформації з обмеженим доступом в інформаційних або інформаційно-телекомунікаційних системах, які не мають виходу за межі контрольованої зони, за умов відсутності атестата відповідності на комплексну систему захисту інформації.

Невиконання вимог нормативно-правових актів щодо впровадження організаційних заходів з ТЗІ, а також інших норм та вимог у сфері захисту інформації, які не призводять до порушень першої або другої категорії, кваліфікується як порушення третьої категорії.

В Положенні про порядок здійснення криптографічного захисту інформації в Україні так чітко, як в попередньому документі, не визначено

кваліфікацію порушень, але також можна зробити висновок, що невиконання вимог цього Положення тягне за собою негативні наслідки для осіб, які його порушують.

Це може бути проведення діяльності, яка пов'язана з розробкою, виготовленням, ввезенням, вивезенням, реалізацією та використанням засобів криптографічного захисту інформації, а також з наданням послуг із криптографічного захисту інформації без отримання ліцензії Держспецзв'язку, використання для криптографічного захисту інформації, що становить державну таємницю, та службової інформації, створеної на замовлення державних органів або яка є власністю держави, криптосистем і засобів криптографічного захисту, які не допущені до експлуатації, використання для криптографічного захисту конфіденційної інформації криптосистем і засобів криптографічного захисту, які не мають сертифікату відповідності та інше.

Можливо цей перелік можна і продовжувати: тут буде відповідальність за порушення при використанні електронного цифрового підпису (ст. 15), електронного документообігу (ст. 18), можливість вигадувати види правопорушень, тому що вони прямо не вказані.

І ось тут і виникають складнощі в застосуванні такого поняття як юридична відповідальність за порушення в сфері захисту інформації. Чому?

Тому що юридична відповідальність – це передбачені законом вид і міра державно-владного примусового (у формі каральних і правовідновлюючих чи або компенсаційних способів) зазнання особою втрат благ особистого, організаційного та майнового характеру за вчинене правопорушення, а підставами юридичної відповідальності є склад правопорушення, деліктоздатність (осудність, дієздатність) суб'єкта, його вік і наявність законодавства.

А ми маємо проблеми з повним переліком правопорушень в цій сфері, а відповідно до цього і з визначенням складу правопорушення та складнощі з визначенням повного переліку законодавства, яке визначає ці правопорушення. Звідси випливає необхідність кодифікації взагалі всього інформаційного законодавства, про що мова йде вже більше 10 років. Це спростило би відповідним органам державної влади виконання функцій, покладених на них державою, а також впорядкувало б правозастосовчу діяльність.

Для відповіді на питання: «Які саме особи і в якому порядку можуть бути визнані винними у порушенні законодавства щодо захисту інформації в системі» необхідно розглянути види юридичної відповідальності залежно від галузевої структури права. Це дозволить одночасно відповісти і на питання: «Яку саме відповідальність і в якому порядку несуть ці особи». Розрізняють такі види юридичної відповідальності: кримінальну, адміністративну, цивільно-правову, дисциплінарну, матеріальну. Існує ще конституційна відповідальність, але вона лежить за межами нашого дослідження.

РОЗДІЛ I Відповідальність за порушення законодавства про захист інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах

Кримінальна відповідальність має юридичною підставою Кримінально-процесуальний кодекс України та настає за вчинення злочинів, вичерпний перелік яких міститься в Кримінальному кодексі, тобто встановлюється лише законом, настає з моменту офіційного обвинувачення, реалізується виключно в судовому порядку. Заходи кримінальної відповідальності застосовуються лише в судовому порядку. Правозастосовний акт – вирок. Застосовується тільки до фізичних осіб.

Адміністративна відповідальність має юридичною підставою Кодекс України про адміністративні правопорушення та накладається за адміністративні правопорушення органами державного управління (органами так званої адміністративної юрисдикції) та адміністративними судами до осіб, що не підпорядковані їм по службі. Правозастосовним актом є рішення. Згідно галузевому кодексу застосовується до фізичних осіб, але за практикою останніх років та відповідно до деяких Законів України може застосовуватись і до юридичних осіб.

Дисциплінарна відповідальність має юридичною підставою Кодекс законів про працю та накладається адміністрацією підприємств, установ, організацій (особою, що має розпорядчо-дисциплінарну владу над конкретним працівником) внаслідок вчинення дисциплінарних проступків:

- 1) відповідно до правил внутрішнього трудового розпорядку;
- 2) в порядку підпорядкованості;
- 3) відповідно до дисциплінарних статутів і положень.

Реалізується виключно в рамках службової підпорядкованості. Правозастосовний акт – наказ. Застосовується до фізичної особи.

Матеріальна (юридична підстава – Кодекс законів про працю) настає за вчинене майнове правопорушення, шкоду, заподіяну підприємству, установі, організації робітниками та службовцями (фізична особа) при виконанні ними своїх трудових обов'язків. Притягає до відповідальності адміністрація підприємства. Правозастосовний акт – наказ.

Цивільна відповідальність має юридичною підставою Цивільно-процесуальний кодекс та настає з моменту правопорушення – невиконання договірної зобов'язання майнового характеру у встановлений строк або виконання неналежним чином, заподіяння позадоговірної шкоди (цивільно-правового проступку) або здоров'ю чи майну особи, її особливість полягає у добровільному виконанні правопорушником відповідальності без застосування примусових заходів. Державний примус використовується у разі виникнення конфлікту між учасниками цивільних правовідносин. Питання про притягнення суб'єкта (фізичної або юридичної особи) до цивільно-правової відповідальності вирішується судом, арбітражним судом або адміністративними органами держави за заявою учасника правовідносини або потерпілого. Правозастосовний акт – постанова.

Таким чином, ми встановили, що залежно від ступеня тяжкості скоєного правопорушення проти встановленого порядку захисту інформації та негативних наслідків, які наступили внаслідок цього правопорушення, можуть наступати різні види юридичної відповідальності, або навіть їх комбінації, виходячи з вимог ст. 61 Конституції України: “Ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення”.

Що стосується самої особи – суб’єкта правопорушення, то на підставі аналізу чинного законодавства можна зробити висновок, що суб’єктами вчинення протиправних діянь проти встановленого порядку захисту інформації (а відповідно до цього, проти встановленого порядку управління) є фізичні особи, більше того – це посадові особи (спеціальний суб’єкт). Вік настання відповідальності становить 16 років.

Також фізичних осіб може торкнутися дисциплінарна, матеріальна та цивільно-правова відповідальність. На підставі п. 6, 7 ст. 17 Закону України "Про Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України" від 23 лютого 2006 року можемо зробити висновок, що адміністративну відповідальність за правопорушення в сфері захисту інформації можуть нести і юридичні особи шляхом зупинення дії, або скасування ліцензій (Стаття 17. Права Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України...).

4) зупиняти дію або скасовувати в установленому порядку ліцензії на провадження господарської діяльності у сфері криптографічного та технічного захисту інформації, а також дозволів на проведення робіт з технічного захисту інформації для власних потреб органам державної влади;

5) порушувати в установленому порядку питання про припинення інформаційної діяльності з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, військових формуваннях, на підприємствах, в установах і організаціях незалежно від форм власності у разі порушення ними вимог законодавства у сфері захисту державних інформаційних ресурсів, криптографічного та/або технічного захисту інформації...).

Також юридичні особи можуть нести і цивільно-правову відповідальність.

У зв’язку з тим, що юридична відповідальність – один із специфічних проявів загальносоціальної відповідальності, який відповідно до особливостей права прямо виражає його державно-владну природу і, не перекриваючись іншими правовими явищами (правосвідомістю, законністю), торкається головним чином наслідків за неправомірну, безвідповідальну з точки зору закону, поведінку, хотілося б звернути увагу безпосередньо на питання, яке пов’язане з настанням негативних наслідків порушення законодавства про захист інформації.

Як було відмічено раніше, вид юридичної відповідальності має визначатися виходячи із ступеню соціальної небезпеки скоєного правопорушення та важкості негативних наслідків. Таким чином, якщо неправомірне діяння є злочином, то застосовуються жорсткі заходи кримінального покарання, які впливають на особу винного.

1.3. Кримінальна відповідальність внаслідок невиконання або порушення вимог Закону України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах»

Наприклад, внаслідок невиконання або порушення вимог Закону України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», можуть бути створені умови для скоєння злочинів, які передбачені Кримінальним кодексом України. Можемо перерахувати тільки деякі з них.

Стаття 111. Державна зрада (у формі шпигунства)

1. Державна зрада, тобто діяння, умисно вчинене громадянином України на шкоду суверенітетові, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України: перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту, шпигунство, надання іноземній державі, іноземній організації або їхнім представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України,-

карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

2. Звільняється від кримінальної відповідальності громадянин України, якщо він на виконання злочинного завдання іноземної держави, іноземної організації або їх представників ніяких дій не вчинив і добровільно заявив органам державної влади про свій зв'язок з ними та про отримане завдання.

1. Об'єктом злочину є державна безпека України у будь-якій її сфері,

Відповідно до Концепції (основ державної політики) національної безпеки України національна (у тому числі державна) безпека України передбачає відсутність загрози у сферах: політичній, економічній, соціальній, воєнній, екологічній, науково-технологічній, інформаційній, і полягає зокрема: у безпеці конституційного ладу і державного суверенітету України, невтручанні у внутрішні справи України з боку інших держав, відсутності сепаратистських тенденцій в окремих регіонах та у певних політичних сил в Україні, непорушенні принципу розподілу влади, злагодженості механізмів забезпечення законності і правопорядку (в політичній сфері); у відсутності проблем ресурсної, фінансової та технологічної залежності національної економіки від інших країн, невідпливи за межі України інтелектуальних, матеріальних і фінансових ресурсів (в економічній); у відсутності посягань на державний суверенітет України та її територіальну цілісність (у воєнній); у відсутності науково-технологічного відставання від розвинутих країн (у

науковотехнологічній); у невитоку інформації, яка становить державну та іншу передбачену законом таємницю, а також конфіденційної інформації, що є власністю держави (в інформаційній сфері).

Державна безпека - це відсутність загрози, стан захищеності життєво важливих інтересів держави від внутрішніх і зовнішніх загроз в усіх вказаних вище сферах життєдіяльності держави. Серед інших використаних у диспозиції ст. 111 понять, за допомогою яких визначається об'єкт цього злочину, поняття "державна безпека" є найбільш широким, оскільки воно охоплює відсутність загрози суверенітету, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності держави. Проте воно є вузьчим, ніж поняття "національна безпека", яке охоплює, крім безпеки держави, також безпеку суспільства й особи.

Суверенітет держави означає верховенство державної влади, її самостійність усередині країни та незалежність у міжнародних відносинах, яка може бути обмежена лише необхідністю виконувати договори і зобов'язання в галузі міжнародних відносин.

Територіальна цілісність держави передбачає, що всі складові території держави (адміністративно-територіальні одиниці) перебувають в нерозривному взаємозв'язку, характеризуються єдністю і не мають власного суверенітету.

Територіальна недоторканність - це захищеність території країни в існуючих кордонах від будь-яких посягань, що можуть стосуватися незаконної зміни території України, визначеної рішеннями Верховної Ради України і міжнародними договорами України.

Обороноздатність означає підготовленість держави до захисту від зовнішньої збройної агресії або збройного конфлікту. Складовими такої підготовленості є сукупність економічного, політичного, соціального, наукового, морально-психологічного і суто військового потенціалів. Стан обороноздатності України відображають її мобілізаційні можливості, кількість і якість Збройних Сил, їх здатність швидко переходити на військовий стан, організовано вступати у воєнні дії та успішно виконувати завдання по обороні від агресії.

2. З об'єктивної сторони державна зрада може виявитися у таких формах: 1) перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту; 2) шпигунство; 3) надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України.

Перехідна бік ворога означає, що громадянин України надає безпосередню допомогу державі, з якою Україна на той час перебуває у стані війни або збройного конфлікту. В конкретних випадках цей злочин може полягати у вступі на службу до певних військових чи інших формувань ворожої держави (поліції, каральних загонів, розвідки), наданні засобів для вчинення

РОЗДІЛ I Відповідальність за порушення законодавства про захист інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах

злочинів агентам спецслужб іноземних держав, усуненні перешкод для їх вчинення або наданні зазначеним агентам іншої допомоги.

Перехід на бік ворога є закінченим злочином з того моменту, коли громадянин України виконав в інтересах ворога певні дії на шкоду України. Один лише факт надання згоди виконати такі дії (наприклад, поступити на службу до поліції) є лише готуванням до вчинення злочину і залишає можливість добровільно відмовитися від доведення злочину до кінця. Вчинення громадянином України в інтересах ворожої держави суспільне небезпечних дій, які передбачені іншими статтями КК, наприклад диверсії, посягання на життя державного діяча тощо, потребує кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених ст. III і, відповідно, ст. ст. 113, 112.

Специфікою цієї форми державної зради є те, що вона може бути вчинена лише в умовах воєнного стану або, хоча й у мирний час, але в період збройного конфлікту.

Воєнний стан - це особливий правовий режим (політико-економічна ситуація), що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності та передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню і органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози та забезпечення національної безпеки, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав та свобод людини й громадянина і прав та законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень.

Воєнний стан в Україні або в окремих її місцевостях вводиться за пропозицією ради національної безпеки і оборони України указом Президента України, який підлягає затвердженню Верховною Радою України протягом двох днів з моменту звернення Президента України. Режим воєнного стану існує, зокрема, в часових межах від дня і часу оголошення Верховною Радою України за поданням Президента України стану війни і до дня і часу оголошення Верховною Радою України за поданням Президента України про укладення миру.

Поняття збройний конфлікт має самостійне правове значення для кваліфікації, якщо такий конфлікт відбувається поза межами воєнного стану - у разі фактичного початку воєнних дій, але ще до оголошення воєнного стану, або взагалі у мирний час. В контексті ст. 111 це поняття є юридичним синонімом до поняття бойова обстановка, зміст якого розкрито у коментарі до ст. 402.

Не є ворожими незаконні формування сепаратистського, ультрареакційного характеру, які ведуть боротьбу з легітимними органами влади України, Проте перехід на бік ворога в період збройного конфлікту може мати місце і в формі вступу громадянина України до угруповань терористичного

ДЕЛІКТОЛОГІЯ

характеру, диверсійних загонів, які розпалюють прикордонні конфлікти, порушують недоторканність морського простору України тощо.

Перехід на бік ворога, поєднаний з незаконним перетинанням державного кордону України, потребує додаткової кваліфікації за ст. 331, а поєднаний з переправленням людини (наприклад, воєначальника або відомого вченого в галузі озброєння) через державний кордон України для сплатної передачі з метою, наприклад, використання у збройних конфліктах чи експлуатації її праці, - за ст. ст. 149 і 332.

Про поняття шпигунство, його предмет, об'єктивну і суб'єктивну сторони див. коментар до ст. 114.

Надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги у проведенні підривної діяльності проти України полягає у сприянні їх можливим чи дійсним зусиллям заподіяти шкоду державній безпеці України. Підривною слід визнавати будь-яку діяльність, пов'язану:

зі спробою зміни системи вищих органів державної влади нелегітимним шляхом (це можуть бути дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади, посягання на життя державного діяча тощо);

з втручанням у міжнародну політику України (наприклад, несанкціоноване відповідними органами державної влади України, розірвання дипломатичних чи консульських стосунків з іншою державою, зрив важливих міждержавних переговорів або глобальних міждержавних форумів);

з втручанням у внутрішню політику (скажімо, організація міжконфесійних, міжетнічних та інших конфліктів, розпалювання сепаратистських настроїв серед населення окремих регіонів, фінансування, оснащення чи інше забезпечення незаконних збройних формувань на території України, організація інформаційної експансії з боку інших держав);

зі спробою зміни території України (організація не передбачених Конституцією України референдумів тощо);

зі спробою знизити обороноздатність України (організація і вчинення диверсій у формі дій, спрямованих на зруйнування об'єктів, які мають важливе оборонне значення, прийняття рішень про згортання наукових досліджень у галузі військової науки і техніки, свідоме гальмування приведення мобілізаційних планів у відповідність до сучасних умов, винахід спеціальних вірусів чи внесення їх у комп'ютерні системи з метою утруднення їхньої роботи або знищення накопиченої на магнітних носіях важливої для виконання завдань оборони інформації тощо);

зі створенням умов для діяльності на території України іноземних розвідок (вербування агентури серед жителів України, підбір кандидатів для вербування та завчасний підкуп службових осіб, зокрема тих, що допущені до інформації "особливої важливості", підготовка явочних квартир, надання

РОЗДІЛ I Відповідальність за порушення законодавства про захист інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах

допомоги у придбанні документів прикриття для іноземних розвідників, влаштування їх на посади, пов'язані з можливістю доступу до конфіденційної інформації);

з ужиттям заходів щодо посилення економічної залежності України від інших держав (ініціювання розірвання торговельних зв'язків України з іншими державами, підписання від імені України явно економічно не вигідних для неї зовнішньоекономічних контрактів, вчинення диверсій у формі дій, спрямованих на зруйнування об'єктів, які мають важливе народногосподарське значення) тощо.

Таким чином, види підривної діяльності проти України можуть бути різноманітними. Різний вигляд може мати й допомога у проведенні такої діяльності. Вона може надаватися шляхом організації чи виконання конкретного злочину, схвалення до державної зради інших осіб, усунення перешкод для вчинення певних діянь тощо.

Закінченим злочин у цій формі є з моменту вчинення відповідного діяння, яким особа надала допомогу в проведенні підривної діяльності проти України.

Вчинення громадянином України для надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги у проведенні підривної діяльності проти України інших злочинів, наприклад дій, спрямованих на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади, посягання на життя державного діяча, посягання на життя представника іноземної держави, диверсії, пропаганди війни, організації масових заворушень, створення не передбачених законодавством воєнізованих 'формувань, потребує додаткової кваліфікації за відповідними статтями Особливої частини КК.

У випадках, коли певні дії громадянина України, пов'язані з фактичним наданням допомоги у проведенні підривної діяльності проти України шляхом скоєння інших злочинів, були вчинені за його власною ініціативою з метою продемонструвати свою лояльність до іноземної держави, іноземної організації або їх представника і за допомогою цього встановити зв'язок з ними, їх у разі реальної сукупності злочинів також слід кваліфікувати за ст. 111 та відповідними іншими статтями Особливої частини КК.

Змова винного з іншою особою про насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або про захоплення державної влади кваліфікується тільки за ч. 1 ст. 109, проте змова громадянина України з представником іноземної держави чи іноземної організації, змістом якої є отримане першим від другого завдання вчинити дії по насильницькій зміні чи поваленню конституційного ладу або по захопленню державної влади, кваліфікуються за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 109 і ч. 1 ст. 111.

Іноземна держава - це будь-яка держава, крім України, незалежно від того, чи визнана вона Україною як суверенна і чи має Україна з нею дипломатичні відносини.

Під іноземною організацією, як впливає зі змісту диспозиції ст. 111, слід розуміти будь-яку державну чи недержавну установу, підприємство, об'єднання, орган іншої країни, у тому числі політичну партію, релігійну організацію, комерційне підприємство, а також міждержавну чи міжнародну організацію, у тому числі неофіційну, нелегітимну чи злочинну ("тіньовий" уряд у вигнанні, міжнародна терористична організація тощо), крім офіційної міжнародної організації, членом якої є Україна. Іноземною організацією є також військова, політична, економічна, фінансова, прикордонна чи інша розвідка.

Представник іноземної держави або іноземної організації - це особа, яка уповноважена виражати інтереси тієї чи іншої іноземної Держави (іноземної організації) та діє від її імені або представляє її за спеціальним повноваженням, у тому числі таємним (не офіційним). До представників іноземних держав слід, зокрема, відносити глав та членів дипломатичних представництв (послів, посланників, повірених у справах, радників, аташе), консульських установ (генеральних консулів, консулів, віце-консулів, консульських агентів), осіб, що включені до парламентських і урядових делегацій іноземних держав як їх члени, та знаходяться на території України з офіційними чи неофіційними дорученнями. Не має значення, представляє особа державу, яка визнана чи не визнана Україною як суверенна, або організацію, яка є законною чи незаконною. Крім того, іноземною за певних обставин може бути визнана й організація, зареєстрована в Україні, а представником іноземної організації не обов'язково є іноземець чи особа без громадянства.

3. Суб'єктом державної зради у будь-якій її формі може бути тільки громадянин України, який досяг 16-річного віку. Про поняття громадянин України див. коментар до ст. 7.

Якщо під час провадження у справі буде встановлено, що особа, яка обвинувачується у державній зраді, має, крім українського, ще -й громадянство іншої держави, слід виходити із того, що набуття нею іноземного громадянства виключає її із числа громадян України. Тому вчинені нею шпигунські дії слід кваліфікувати за ст. 114, а діяння, вчинені нею в інших формах із числа передбачених ст. 111, - за відповідними іншими статтями Особливої частини КК, якщо фактично вчинене містить склад іншого злочину.

За сукупністю злочинів, передбачених ст. ст. 111 і 114, діяння може бути кваліфіковане лише у разі, якщо шпигунські дії протягом певного періоду особа вчинювала, будучи громадянином України, а протягом іншого періоду - будучи іноземцем.

Факт виїзду громадянина України з України навіть для постійного проживання в іншій країні ще не виключає його із сфери відносин з українською державою. Тому, наприклад, передача такою особою представникам іноземної держави відомостей, що становлять державну таємницю, кваліфікується за ст. 111.

Питання про притягнення до відповідальності за ст. ст. 27 і 111 як організаторів, підбурювачів чи пособників державної зради представників іноземної держави чи іноземної організації звичайно постає тільки у тому випадку, коли законодавство України і міжнародні договори не виключають можливості їх підсудності у кримінальних справах судам України у зв'язку з дипломатичною недоторканністю або іншими підставами (див. коментар до ст. 6).

Якщо зраджує державі службова особа, використовуючи при цьому владу чи службове становище, її дії слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. ст. 111 і 364 (423), а якщо вона це робить за хабар, то додатково і за ст. 368.

4. Суб'єктивна сторона державної зради характеризується виною у вигляді прямого умислу. При вчиненні державної зради винний усвідомлює, що він здійснює перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту (вчинює шпигунські дії, надає іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомогу в проведенні підривної діяльності проти України) і бажає цього.

Слова "на шкоду суверенітетові, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України" визначають суб'єктивну спрямованість дій винного і не є характеристикою суспільне небезпечних наслідків діяння. Факт заподіяння вказаної шкоди не має значення для кваліфікації діяння за ст. 111. Проте фактичне спричинення діями винного такої шкоди створює підстави для додаткової кваліфікації його діяння за іншою статтею КК (наприклад, за ст. 112). Окремої уваги потребує встановлення мети вчинення відповідних дій при державній зраді. Так, при вчиненні цього злочину у першій його формі мета вчинення відповідних дій має враховуватися для правильної кваліфікації. Наприклад, такі дії, передбачені ст. ст. 427, 429, 431, 430, як здача ворогові начальником ввірених йому військових сил, не зумовлене бойовою обстановкою залишення ворогові укріплень, бойової та спеціальної техніки чи інших засобів ведення війни, самовільне залишення поля бою під час бою або відмова під час бою діяти зброєю, вчинені з метою сприяння ворогові, добровільна участь військовополоненого у роботах, які мають воєнне значення, або в інших заходах, які завідомо можуть заподіяти шкоду Україні, а так само насильство над іншим військовополоненим чи жорстоке поводження з ним з метою припинити таку, що провадилась останнім у таборі, діяльність, спрямовану на шкоду ворогові, мають кваліфікуватися за ст. 111 як перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту або як надання іноземній державі допомоги у проведенні підривної діяльності проти України, а добровільна здача в полон з метою участі у воєнних діях на боці ворога - як готування до злочину, передбаченого ст. 111.

Мотивами державної зради можуть бути користь, помста, бажання полегшити виїзд на постійне місце проживання в іншій країні тощо.

5. Ч. 2 ст. 111 визначає спеціальну підставу звільнення від кримінальної відповідальності, яке може мати місце за наявності трьох умов в їх сукупності; 1) суб'єктом звільнення є лише такий громадянин України, який вступив у зв'язок з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками й отримав їх злочинне завдання; 2) цей громадянин не вчинив жодних дій на виконання злочинного завдання іноземної держави, іноземної організації або їх представників; 3) він добровільно заявив органам влади України про свій зв'язок з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками та про отримане завдання.

Із зазначеного випливає, що вказані умови практично унеможливають застосування на практиці норми ч. 2 ст. 111, оскільки:

а) саме по собі встановлення зв'язку з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками й отримання від них злочинного завдання при прямому умислі на державну зраду є готуванням до державної зради (без такого умислу - лише виявленням наміру). Тому, якщо громадянин України, встановивши вказаний зв'язок і отримавши відповідне злочинне завдання, не вчинив ніяких дій і добровільно відмовився від продовження реалізації свого наміру, то - незалежно від того, заявив він органам державної влади про вказаний зв'язок або не зробив цього, - підстав для притягнення його до кримінальної відповідальності за ст. 111 немає (згідно зі ст. 17 КК справа має бути закрита за п. 2 ст. 6 КПК);

б) громадянин, який вчинив державну зраду за власною ініціативою, без відповідного завдання іноземної держави, іноземної організації або їх представників, має притягатися до відповідальності за ст. 111, Норма ч. 2 ст. 111 на такого громадянина не поширюється;

в) у випадку закінченої державної зради особа також має притягатися до відповідальності за ст. 111. При цьому слід мати на увазі, що державна зрада є закінченим злочином не з моменту встановлення зв'язку з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками чи з моменту отримання від них злочинного завдання, а з моменту вчинення певних конкретних дій на шкоду Україні: вступу до лав ворожої армії, початку збирання відомостей, що становлять державну таємницю, з метою їх наступної передачі вказаному адресату тощо. Якщо ж прив'язувати момент закінчення злочину до моменту встановлення вказаного зв'язку, то відповідні діяння, вчинені громадянином України за власною ініціативою, виходитимуть за межі складу цього злочину і, за відсутності протиправності як обов'язкової ознаки злочину (ст. 11), не можуть потягнути кримінальної відповідальності, хіба що фактично вчинене діяння міститиме склад іншого злочину.

Отже, норма ч. 2 ст. 111 має бути застосована лише у випадку, коли громадянин України, отримавши злочинне завдання іноземної держави, іноземної організації або їх представників, добровільно заявив органам державної влади про свій зв'язок з ними та про отримане завдання і, хоча й не вчинив на його виконання ніяких дій, але не відмовився остаточно від його виконання.

Добровільність у ч. 2 ст. 111 означає, що особа не примушується до зазначеної заяви органами державної влади України, службовими особами, робить її не в результаті насильства чи примусу і не про людське око, і що вона має можливість і надалі певний (можливо, досить тривалий) час приховувати від них факт свого зв'язку з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками. Добровільною заява буде і тоді, коли особа зробила її під впливом своїх родичів чи близьких, у тому числі й тих, які є представниками компетентних органів влади України. Добровільність не матиме місця, якщо особа зізналась про зв'язок з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками після пред'явлення їй доказів такого зв'язку після початку проведення досудового розслідування у кримінальній справі.

Під органами державної влади України, про які йдеться у ч. 2 ст. 111, слід розуміти ті органи, до компетенції яких входить вирішення питання про звільнення від кримінальної відповідальності за державну зраду, - органи Служби безпеки України чи прокуратури. Водночас під час перебування громадянина України за кордоном такими органами влади для громадянина України можуть бути дипломатичні представництва і консульські установи України.

Стаття 114. Шпигунство

1. Передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їхнім представникам відомостей, що становлять державну таємницю, якщо ці дії вчинені іноземцем або особою без громадянства,-

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

2. Звільняється від кримінальної відповідальності особа, яка припинила діяльність, передбачену частиною першою цієї статті, та добровільно повідомила органи державної влади про вчинене, якщо внаслідок цього і вжитих заходів було відвернено заподіяння шкоди інтересам України.

1. Безпосереднім об'єктом злочину є державна безпека України в інформаційній, а також політичній, економічній, військовій і науково-технологічній сферах.

2. Предметом шпигунства є відомості, що становлять державну таємницю, які матеріалізовані у відповідному документі чи виробі.

Відомості, що становлять державну таємницю, - це інформація у сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки і

охорони правопорядку, розголошення, якої може завдати шкоди національній безпеці України і які рішенням державних експертів з питань таємниць визнано державною таємницею та включено до Зводу відомостей, що становлять державну таємницю (ЗВДТ). З моменту опублікування вказаного Зводу (змін до нього) ці відомості підлягають охороні з боку держави як такі, що становлять державну таємницю, хоча б на цей час вони ще не були матеріалізовані.

Зовнішньою (матеріальною) ознакою віднесення документа, виробу або іншого матеріального носія інформації до предметів що містять відомості, які становлять державну таємницю, є наданий йому гриф секретності - реквізит матеріального носія таємної інформації, який засвідчує ступінь її секретності ("особливої важливості", "цілком таємно", "таємно"). Строк, протягом якого діє рішення про віднесення інформації до державної таємниці, встановлюється Державним експертом з питань таємниць, але не може перевищувати для зазначених видів інформації відповідно 30, 10 і 5 років. Проте після закінчення зазначеного строку його може бути подовжено.

Конкретні види інформації, яка належить до державної таємниці, перелічені у Законі України "Про державну таємницю". Ними є інформація:

- 1) у сфері оборони;
- 2) у сфері економіки, науки і техніки;
- 3) у сфері зовнішніх відносин;
- 4) у сфері державної безпеки та охорони правопорядку.

Конкретні відомості можуть бути віднесені до державної таємниці за ступенями секретності "особливої важливості", "цілком таємно" та "таємно" лише за умови, що вони належать до зазначених чотирьох категорій і їх розголошення завдаватиме шкоди інтересам національної безпеки України.

Забороняється віднесення до державної таємниці будь-яких відомостей, якщо цим звужуватимуться зміст і обсяг конституційних прав та свобод людини і громадянина, завдаватиметься шкода здоров'ю та безпеці населення.

Не належить до державної таємниці інформація; про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту; про аварії, катастрофи, небезпечні природні явища та інші надзвичайні події, які сталися або можуть статися і загрожують безпеці громадян; про стан здоров'я населення, його життєвий рівень, включаючи харчування, одяг, житло, медичне обслуговування та соціальне забезпечення, а також про соціально-демографічні показники, стан правопорядку, освіти і культури населення; про факти порушень прав і свобод людини і громадянина; про незаконні дії органів державної влади, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб; інша інформація, яка відповідно до законів та міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, не може бути засекречена. Передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам такої інформації не може кваліфікуватися як шпигунство.

РОЗДІЛ I Відповідальність за порушення законодавства про захист інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах

Відомості у різних сферах, які визнані державною таємницею, конкретизовані у Зводі відомостей, що становлять державну таємницю. Питання про те, чи становлять ті або інші відомості державну таємницю, у кожній кримінальній справі має вирішуватися на підставі висновку експертизи.

Крім безпосередньо відомостей, що становлять державну таємницю України, Україна взяла зобов'язання перед країнами СНД забезпечувати збереження державних секретів країн СНД, переданих ними у рамках здійснення політичного, економічного, науково-технічного та військового співробітництва, а також секретів, що створюються у процесі спільних робіт. Проте передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що є міждержавними секретами, але, при цьому не становлять державної таємниці України, не створюють підстав для кваліфікації цих дій як шпигунства.

Не тягнуть відповідальності за КК України і вчинені на території України передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їхнім представникам відомостей, що становлять державну таємницю іншої країни. Відсутність відповідної норми дає можливість використовувати територію України як плацдарм для здійснення шпигунських дій щодо інших країн.

Передача або збирання іноземцем чи особою без громадянства з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам будь-яких інших відомостей, крім тих, що становлять державну таємницю, у тому числі в одержанні яких зацікавлена іноземна розвідка (скажімо, відомостей про місткість того чи іншого аеродрому цивільної авіації, про пропускну спроможність того чи іншого напрямку залізниці, про потреби певної галузі народного господарства у дорогоцінних металах і природних алмазах, про номенклатуру, обсяг і фінансування конкретної операції з експорту, імпорту певних видів сировини і продукції, про науково-технічне співробітництво України з окремою іноземною державою, відомостей про фахівців у галузі військових наук, про систему охорони конкретного військового арсеналу, про виробничу потужність конкретного підприємства з ремонту озброєння тощо) та які, на її погляд, можуть бути придатні для використання на шкоду інтересам України (для вчинення диверсій чи іншого використання в умовах воєнного стану чи в інший особливий період, або для виконання перспективних вербувальних завдань тощо), не містить складу злочину, передбаченого ст. 114.

Передача або збирання з метою передачі іноземним організаціям, підприємствам, установам або їх представникам економічних, науково-технічних або інших відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави, у тому числі вчинені іноземцем або особою-без громадянства, яким ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків, кваліфікується за ст. 330, а передача іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей про

заходи безпеки щодо особи, взятої під захист, вчинені, скажімо, особою, яка здійснює ці заходи, за певних обставин, - за ст. 381. Крім того, збирання з метою, передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять комерційну таємницю, якщо це спричинило істотну шкоду суб'єкту, господарської діяльності, кваліфікується за ст. 231.

3. З об'єктивної сторони шпигунство полягає у таких діях;

1) передача іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю;

2) збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю.

Ініціатива збирання чи передачі відповідних відомостей може належати як виконавцю, так і адресату шпигунства. Для кваліфікації злочину це значення не має.

Передача відомостей - це їх усне повідомлення (безпосередньо, по радіо, по телефону) іноземній державі, іноземній організації, їх представникам, вручення певних документів, виробів чи інших матеріальних носіїв інформації (безпосередньо, через посередників, з використанням тайників тощо) або їх пересилання (з використанням поштового, електронного зв'язку, за допомогою тварин тощо). Якщо вказані відомості було передано іншій державі у порядку, передбаченому законодавством України, це не є злочином.

Збирання зазначених відомостей полягає в їх пошуку і добуванні (шляхом розпитування певних осіб, візуального спостереження та підслухування, зняття інформації з каналів зв'язку, проникнення до комп'ютерних систем, виготовлення копій документів тощо), придбанні будь-яким способом (таємне чи відкрите викрадення, купівля, обмін документів чи зразків зброї, боєприпасів, макетів секретного об'єкта тощо) з наступним зосередженням їх в одному чи кількох місцях.

В окремих випадках способами збирання відомостей, що становлять державну таємницю, можуть бути "благодійні" акції, спрямовані нібито на виявлення талановитих молодих вчених або на визначення можливих об'єктів інвестицій (опитування, анкетування, конкурси та ін.). Не виключається і такий спосіб, як використання спеціальних космічних (супутникових), повітряних, морських і наземних технічних засобів.

Якщо шпигунство вчинене шляхом незаконного втручання в роботу автоматизованих електронно-обчислювальних машин, їх систем чи комп'ютерних мереж, це потребує додаткової кваліфікації за ст. 361, а шляхом викрадення, привласнення, вимагання комп'ютерної інформації або заволодіння нею шляхом шахрайства чи зловживання службовою особою своїм службовим становищем, - за ст.362.

Якщо особою викрадено з метою передачі іноземній державі, іноземній організації чи їх представникам предмети, відомості про які становлять

РОЗДІЛ I Відповідальність за порушення законодавства про захист інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах

державну таємницю (зразки військової зброї, спеціальної техніки, криптографічного чи іншого обладнання, радіоактивні матеріали тощо), або офіційні документи, що знаходяться на державних підприємствах і містять державну таємницю, ці дії, залежно від їх конкретного способу, а також від особливостей предмета і суб'єкта, слід додатково кваліфікувати за ст. ст. 185-191, 262, 357, 410.

Шпигунство, поєднане з незаконним використанням спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, повністю охоплюється ст. 114 і не потребує додаткової кваліфікації за ст. 359.

У випадках, коли певні відомості були довірені особі або стали відомі їй під час служби, роботи, спілкування з носіями таких відомостей, які незаконно розголосили їх, або коли особа випадково знайшла чи іншим чином отримала відповідні документи, вироби тощо, потреби в їх збиранні 'фактично не існує. Таким чином, шпигунство може полягати як у збиранні зазначених відомостей з наступною їх передачею відповідним адресатам, так і лише у збиранні їх з метою такої передачі або тільки в їх передачі. У разі, якщо шпигунство вчинюється групою осіб з розподілом ролей між ними, то закінчений склад злочину матиме місце і в діях особи, яка тільки добуває відповідну інформацію, і в діях особи, яка тільки зберігає її з метою передачі, і в діях особи, яка тільки передає її адресатові. Якщо ж дії групи перервано на стадії передачі інформації адресату шпигунства, третя із вказаних членів групи особа має нести відповідальність за замах на шпигунство, а перші дві - за закінчене шпигунство.

Іноземна держава у даному випадку поняття збірне. Передача іноземній державі певних відомостей передбачає передачу їх не Державі як субстанції, а офіційному державному органу, у тому числі розвідувальному. Про поняття іноземна організація, представник іноземної держави або іноземної організації див. коментар до ст. 111.

Шпигунство є закінченим, якщо воно вчинене у вигляді передачі певних відомостей, - з моменту їх фактичного повідомлення (вручення матеріалів, які їх містять), відправлення адресату чи посереднику, закладення в тайник, передачі предмета, який відкриває доступ до них, - відповідно до обумовленості з адресатом, а у вигляді збирання - з моменту зосередження в будь-якому місці (при особі, в її житлі, у схованці) хоча б частини відповідної інформації за наявності мети передати її відповідній іноземній державі, іноземній організації або їх представникам.

Незаконне виготовлення чи придбання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації (різноманітних перетворювачів, апаратних, програмно-апаратних засобів тощо) з метою їх використання для збирання відповідної інформації залежно від конкретної спрямованості наміру особи має кваліфікуватися за ст. ст. 14 і 114, 14 і 231 або 14 і 330 (як готування, відповідно, до шпигунства, до комерційного шпигунства або до збирання з метою передачі

іноземним організаціям чи їх представникам відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави).

4. Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 114, тільки іноземець або особа без громадянства (про зміст відповідних понять див. коментар до ст. ст. 7 і 8). Шпигунство, вчинене громадянином України, кваліфікується за ст. 111.

Згідно з міжнародними угодами України в умовах воєнного конфлікту особа зі складу збройних сил сторони, яка перебуває у конфлікті, не вважається такою, що займається шпигунством, і не може бути притягнута до кримінальної відповідальності за ст. 114, якщо вона: а) від імені цієї сторони збирає інформацію на території, що контролюється супротивною стороною, але, діючи таким чином, носить формений одяг своїх збройних сил (лазутчик); б) проживаючи на території, окупованій супротивною стороною, від імені сторони, від котрої вона залежить, збирає на цій території інформацію, що має воєнне значення, але при цьому не діє обманним шляхом або навмисно не вдається до таємних дій; в) не проживаючи на території, окупованій супротивною стороною, фактично займається шпигунством на цій території, але її не захоплено до того, як вона знову приєдналась до збройних сил, до яких вона належить.

5. Ч. 2 ст. 114 передбачає спеціальну підставу звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вже передала чи збрала для передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомості, що становлять державну таємницю.

Такою підставою є сукупність трьох умов, із яких тільки дві повністю залежать від волі вказаної особи: а) особа припинила раніше розпочату шпигунську діяльність; б) вона добровільно повідомила органи державної влади України про вчинене нею на шкоду інтересам України; в) внаслідок виконання особою перших двох умов і вжитих органами державної влади України (можливо, за участю цієї ж особи) заходів було відвернено шкоду інтересам України.

У разі, коли особа збрала для передачі іноземній державі, іноземній організації чи їх представникам певні відомості, але добровільно передала їх компетентним органам влади України, вона може бути звільнена від відповідальності на підставі ч. 2 ст. 114. У разі ж, коли вона вже передала хоча б частину зазначених відомостей вказаним адресатам, після чого припинила свою шпигунську діяльність та добровільно повідомила органи влади України про вчинене, підстав для звільнення її від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 114 немає, оскільки шкоду інтересам України вже заподіяно самим фактом отримання вказаних відомостей їх адресатом і відвернути її практично неможливо (фактор несвоєчасності).

В окремих випадках, коли, скажімо, на час передачі відомостей, що становлять державну таємницю, майже минув встановлений законодавством строк їх засекречування, або обсяг цих відомостей був надзвичайно малим, тим

більше, якщо компетентним органам влади з певною часткою ймовірності вдалося переконати іноземну організацію, що отримані нею відомості є дезінформацією, може йтись про те, що відповідні дії особи через малозначність не становлять суспільної небезпеки (ч. 2 ст. 11).

Про поняття добровільність та органи державної влади див. коментар до ст. 111.

Слід мати на увазі, що шпигунство є закінченим злочином не з моменту встановлення зв'язку з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками чи отримання завдання від іноземної розвідки, а з моменту вчинення певних конкретних дій на шкоду Україні. Якщо особа, отримавши завдання іноземної розвідки, не вчинила ніяких дій і добровільно та остаточно відмовилась від його виконання, то незалежно від того, заявила вона органам державної влади про свій зв'язок з іноземною розвідкою або не зробила цього, - вона має бути звільнена від кримінальної відповідальності на підставі ст. 17.

Стаття 328. Розголошення державної таємниці

1. Розголошення відомостей, що становлять державну таємницю, особою, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків, за відсутності ознак державної зради або шпигунства - карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило тяжкі наслідки - карається позбавленням волі строком від п'яти до восьми років.

1. Об'єктом злочину є режим державної таємниці, тобто встановлений згідно з вимогами відповідних актів законодавства єдиний порядок забезпечення охорони державної таємниці що забезпечує безпеку держави.

2. Предмет злочину - певним чином матеріалізовані відомості, що становлять державну таємницю (про їх поняття див коментар до ст. 114).

У разі розголошення учасниками кримінального судочинства, попередженими про заборону такого розголошення, даних досудового слідства чи дізнання, які містять відомості, що становлять державну таємницю, відповідальність має наставати за ст. 387. Розголошення таких, що становлять державну таємницю, відомостей про заходи безпеки щодо осіб, взятих під захист, вчинене службовою особою, якою прийнято рішення про ці заходи, або особою, яка їх здійснює, або службовою особою, якій ці рішення стали відомі у зв'язку з її службовим становищем, кваліфікується за ст. 381.

В основному за предметом розглядуваний злочин відрізняється від злочинів, передбачених ст. ст. 132 (розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження невиліковної інфекційної хвороби),

145 (незаконне розголошення лікарської таємниці), 168 (розголошення таємниці усиновлення), 232 (розголошення комерційної таємниці).

У зв'язку з тим, що відповідно до законодавства України не можуть вважатися державною таємницею деякі види інформації (інформація про стан правопорядку, про незаконні дії органів державної влади та їх посадових осіб тощо), розголошення в засобах масової інформації, скажімо, фактів незаконного експорту озброєння, військової техніки, окремих стратегічних видів сировини і продукції є суспільне корисною (чи суспільне нейтральною) діяльністю і не може тягнути кримінальної відповідальності.

3. З об'єктивної сторони злочин передбачає розголошення певних відомостей, яке полягає у діях (усна чи письмова розповідь стороннім особам, по радіо тощо про зміст таємних документів, про таємні вироби чи інші матеріали, аналогічні публікації у відкритій пресі, демонстрування таємних документів, виробів чи інших матеріалів на зібранні або по телебаченню та інше віддання гласності, обнародування певних відомостей), а в окремих випадках і в бездіяльності (якщо, скажімо, недбале зберігання відповідних документів, виробів чи інших матеріалів створило умови для ознайомлення з ними сторонніх осіб).

Диспозиція ст. 328 є бланкетною для вирішення питань про те, чи становлять державну таємницю ті чи інші відомості, чи є особа такою, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків тощо, необхідно звертатися до інших нормативно-правових актів.

Злочин є закінченим з моменту, коли хоча б одна стороння особа була ознайомлена зі змістом документа, виробу чи іншого матеріалу, що становлять державну таємницю.

У зв'язку з тим, що існують різні ступені секретності і відповідні форми допуску до інформації ("особливої важливості", "цілком таємної" і "таємної"), розповідь про інформацію більш високого ступеня секретності особі, яка, хоча й має допуск, але не допущена до інформації такого ступеня, також має розцінюватися як розголошення державної таємниці. При цьому наявність допуску в адресата розголошення державної таємниці може бути врахована як обставина, що пом'якшує відповідальність.

Викрадення на підприємствах, в установах чи організаціях офіційних документів, які містять відомості що становлять державну таємницю, з наступним їх розголошенням кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених ст. ст. 328 і 357 КК Укр.

4. Суб'єктом злочину є особа, якій відомості, що становлять державну таємницю, були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків. Такою визнається особа, що має відповідний допуск (першої, другої або третьої форм) до державної таємниці, наданий відповідно до законодавства України Для кваліфікації злочину не має значення, були такі відомості довірені

РОЗДІЛ I Відповідальність за порушення законодавства про захист інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах

вказаній особі (надані за реєстром, іншим обліковим документом) чи стали відомі за інших обставин (за специфікою служби певні відомості, що становлять державну таємницю, можуть стати відомі такій особі і випадково).

Якщо зазначені відомості випадково стали відомі іншій особі (прибиральниця знайшла втрачений таємний документ, охоронець несподівано підслухав розмову тощо), вона не може нести відповідальність за їх розголошення.

Розголошення державної таємниці в сфері оборони (відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю), вчинене військово-службовцем або військовозобов'язаним під час проходження останнім зборів, кваліфікується за ч. 1 ст. 422. За ст. 328 вказані особи несуть відповідальність лише у випадку розголошення ними інформації у сфері економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки й охорони правопорядку, яка становить державну таємницю. Робітники і службовці ЗС та інших військових формувань України за розголошення відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю, несуть відповідальність за ст. 328.

Іноземець або особа без громадянства можуть бути суб'єктом злочину, передбаченого ст. 328, у випадку, коли відповідний доступ до державної таємниці їм було надано як виняток на підставі міжнародного договору України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або письмового розпорядження Президента України відповідно до законодавства України.

Допуск до державної таємниці надається тільки осудним особам віком, як правило, від 18 років (як виняток такий допуск можуть отримати й особи у віці від 16 до 18 років - скажімо, студенти деяких вищих навчальних закладів). Якщо особа, яка не досягла 18-річного віку, фактично отримала відповідний допуск і розголосила відомості, що становлять державну таємницю, вона, відповідно до ст. 21, є суб'єктом цього злочину. Недосягнення нею 18-річного віку саме по собі не виключає особу із сфери суспільних відносин, пов'язаних з охороною державної таємниці, і не припиняє ці відносини. Якщо відомості, що становлять державну таємницю, були розголошені психічно хворою особою, питання про притягнення її до кримінальної відповідальності вирішується на підставі даних про осудність чи неосудність особи, незалежно від того, чи правомірно їй було надано відповідний допуск. Останнє ж може бути враховане судом лише при вирішенні питання про призначення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності чи від покарання.

5. З суб'єктивної сторони злочин може бути вчинений як умисно (прямий і непрямий умисел), так і з необережності (злочинна самовпевненість і злочинна недбалість).

Непрямий умисел є характерним для випадків, коли фактичні наслідки як сприйняття сторонніми особами відомостей, що становлять державну таємницю, особа, якій такі відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням

службових обов'язків, передбачає не як бажаний, а як можливий результат, і ставиться до цього байдуже (наприклад, не прибравши зі столу в сейф секретні папери, виходить на певний час із кабінету і залишає там наодинці сторонню особу). Для прямого ж умислу характерним є бажання ознайомити сторонніх осіб із вказаними відомостями (із похвальби, із корисливих мотивів, з метою помсти начальнику тощо).

Ставлення винного до тяжких наслідків може характеризуватися як умислом (наприклад, якщо особа, якій були довірені відомості, що становлять державну таємницю, розголосила їх по телебаченню за мотивом неправильно зрозумілих нею суспільних інтересів), так і необережністю (у більшості випадків).

З необережності цей злочин може бути вчинений, наприклад, коли відповідні відомості повідомляються особою надто голосно без врахування того, що їх можуть почути сторонні особи (злочинна самовпевненість), або в присутності інших осіб, яких вона помилково вважає такими, що мають допуск до цих відомостей (злочинна недбалість).

Розголошення державної таємниці кваліфікується за ст. 328 тільки за відсутності ознак державної зради або шпигунства. Відмежування злочинів, передбачених ст. 328 і ст. ст. 111 і 114, здійснюється в першу чергу за змістом умислу винного: державна зрада або шпигунство передбачають, що суб'єкт злочину бажає передати відомості, що становлять державну таємницю, іноземній державі, іноземній організації або їх представникам, а при розголошенні державної таємниці суб'єкт злочину, який діє навіть і з прямим умислом, бажає передати зазначені відомості сторонній особі, яка не є одним із вказаних адресатів. Крім того, злочин передбачений ст. 328, відрізняється від державної зради і шпигунства змістом безпосереднього об'єкта та об'єктивної сторони і спеціальним суб'єктом.

Недодержання встановленого законодавством порядку передачі державної таємниці іншій державі чи міжнародній організації, порушення встановленого законодавством порядку надання допуску та доступу до державної таємниці, недодержання вимог законодавства щодо забезпечення охорони державної таємниці під час здійснення міжнародного співробітництва, прийому іноземних делегацій, груп, окремих іноземців та осіб без громадянства, за відсутністю ознак шпигунства тягне адміністративну відповідальність, передбачену ст. 212-2 КАП.

6. Кваліфікованим видом розглядуваного злочину є розголошення державної таємниці, якщо воно спричинило тяжкі наслідки. Чи є ті або інші наслідки тяжкими - питання факту, яке має вирішуватися залежно від сукупності обставин, що характеризують ступінь секретності інформації, її якість і кількість, до кого вона потрапила, чи була фактично використана на шкоду інтересам України, правам та законним інтересам громадян тощо.

До тяжких наслідків можна віднести випадки, коли внаслідок розголошення відомостей, що становлять державну таємницю, відповідні державні органи вимушені були істотно змінювати зміст стратегічних, оперативних, мобілізаційних та інших важливих планів, організацію охорони певних об'єктів, систему зв'язку, напрями науково-дослідних чи конструкторських робіт, що було пов'язано із заподіянням державі значної матеріальної шкоди. Тяжкими наслідками розголошення відповідних відомостей про осіб, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, їхніх близьких родичів, осіб, які на конфіденційній основі залучаються, плануються до залучення чи залучалися раніше до співпраці з метою виконання завдань оперативно-розшукової чи розвідувальної діяльності (ці відомості відповідно до законодавства є такими, що становлять державну таємницю) мають визнаватися посягання на їх життя, здоров'я чи свободу або створення серйозної небезпеки для їхнього життя чи здоров'я.

Стаття 330. Передача або збирання відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави

1. Передача або збирання з метою передачі іноземним підприємствам, установам, організаціям або їх представникам економічних, науково-технічних або інших відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави, особою, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків, за відсутності ознак державної зради або шпигунства - караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Ті самі дії, вчинені з корисливих мотивів, або такі, що спричинили тяжкі наслідки для інтересів держави, або вчинені повторно, або за попередньою змовою групою осіб,- караються позбавленням волі на строк від чотирьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади або займатись певною діяльністю на строк до трьох років.

1. Об'єкт злочину - встановлений режим конфіденційної інформації, що є власністю держави, який забезпечує державну безпеку.

2. Предмет злочину - економічні, науково-технічні та інші відомості (до останніх можна віднести інформацію в сфері державного управління, громадської безпеки, про кадрову політику, технологічну інформацію тощо), які містять конфіденційну інформацію, що є власністю держави, та матеріалізовані в певному документі.

Конфіденційною інформацією, що є власністю держави, має визнаватися інформація, для якої характерна сукупність таких ознак. Так, вона:

ДЕЛІКТОЛОГІЯ

а) не є інформацією, яка становить державну, комерційну або іншу таємницю, що охороняється КК (таємницю усиновлення, голосування тощо);

б) не є відкритою інформацією, загальнодоступність якої охороняється законодавством України (скажімо, інформацією, приховування якої являє загрозу життю і здоров'ю людей);

в) є такою, що являє певну цінність та її передавання іноземним організаціям або їх представникам може завдати шкоди державі;

г) є інформацією, порядок обігу та захисту якої визначено відповідними державними органами (міністерствами, іншими центральними органами виконавчої влади, Радою Міністрів Автономної Республіки Крим, обласними, Київською та Севастопольською міськими державними адміністраціями), в яких вона утворюється або у володінні, користуванні чи розпорядженні яких перебуває відповідно до Закону України "Про інформацію";

д) закріплена на матеріальному носіїв інформації.

Наприклад, до вказаної інформації законодавством України прямо віднесені такі відомості, як опис дій, які необхідно виконати для переробки ядерного матеріалу і створення ядерного вибухового пристрою, відомості про графік і маршрут запланованого перевезення (у т.ч. транзитного) ядерного матеріалу другої і третьої категорій тощо.

Режим конфіденційної інформації, що є власністю держави, її ознаки встановлено нормативно-правовими актами України. Відповідно до них, зокрема, зовнішньою ознакою того, що документ містить вказану інформацію, є наявність грифа "Для службового користування" і номера примірника у правому верхньому кутку першої сторінки, для видань - на обкладинці та на титулі, а якщо документ міститься на магнітному носіїв інформації - безпосередньо на ньому або у супровідному документі. Гриф проставляється виконавцем та особою, яка підписує документ, а на виданні - автором (укладачем) і керівником, який підписав видання до друку. Крім того, до конфіденційної інформації, що знаходиться у власності держави, належать відомості, які містяться в усіх документах органу законодавчої влади, вищого органу виконавчої влади та вищих судових органів без грифів обмеження доступу, не опублікованих в офіційних виданнях, з яких знято гриф секретності, а також в тиражованих документах: що вийшли у світ у 1991 р. та пізніше з грифом "Для службового користування" або з нумерацією кожного примірника тиражу; виданих з грифом "Для службового користування" до 1991 р.; випущених у світ у різний час з іншими обмежувальними грифами (крім грифів "Службова таємниця", "Таємно", "Цілком таємно", "Особливої важливості"), якщо немає письмової згоди організацій, що їх підготували, або їх правонаступників, розглядати їх як відкриті.

3. З об'єктивної сторони злочин полягає у діях та може виразитися у таких двох формах: 1) передача іноземним підприємствам, установам,

РОЗДІЛ I Відповідальність за порушення законодавства про захист інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах

організаціям або їх представникам відомостей, що містять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави; 2) збирання таких відомостей.

За своїм змістом ці дії аналогічні тим, що вчинюються при шпигунстві (див. коментар до ст. 114). Зміст понять "іноземна організація" та "представники іноземних організацій" у ст. ст. 111, 114 і 330 також майже однаковий (за тим винятком, що у ст. 330 поняття "іноземна організація" не охоплює собою поняття "іноземне підприємство" та "іноземна установа").

Отримання, використання, розголошення конфіденційної інформації, яка є власністю держави, з метою заподіяння шкоди діловій репутації або майну іншого підприємця тягне адміністративну відповідальність за ч. 3 ст. 164-3 КАП.

4. Суб'єкт злочину поряд із загальними має спеціальні ознаки. Категорії працівників, які допускаються до роботи з виданнями з грифом "Для службового користування", визначаються керівниками організацій. Інші особи (наприклад, журналісти) можуть бути допущені до конфіденційної інформації з грифом "Для службового користування", що є власністю держави, у відповідному порядку (зокрема за письмовим клопотанням керівників відповідних організацій, в яких вони працюють), і факт надання допуску означає, що вказані відомості довірені їм у зв'язку з виконанням службових обов'язків.

5. З суб'єктивної сторони злочин може бути вчинений тільки з прямим умислом: особа усвідомлює, що передає відповідні відомості іноземній організації чи її представникові, або що збирає ці ж відомості для передачі їм, і бажає це зробити. Обов'язковою ознакою такої форми злочину, як збирання відомостей, що містять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави, є мета їх передачі іноземним організаціям або їхнім представникам.

Від шпигунства (ст. 114) злочин, передбачений ст. 330, відрізняється за своїм безпосереднім об'єктом (а саме за певними елементами суспільних відносин, які його складають), предметом і суб'єктом (у ст. 330 суб'єкт спеціальний).

Злочин, передбачений ст. 330, відрізняється від комерційного шпигунства (ст. 231) за предметом (поняття комерційної таємниці визначено в законодавстві досить чітко), об'єктивною стороною (комерційне шпигунство передбачає поняття "використання відомостей", яке є більш широким, ніж поняття "передача відомостей", а також настання великої матеріальної шкоди; крім того, адресатом отримання відомостей у злочині, передбаченому ст. 231, може бути будь-яка зацікавлена юридична чи фізична особа, а не тільки іноземні організації чи їхні представники) і за суб'єктом (у ст. 231 він загальний).

6. Кваліфікуючими ознаками злочину, передбаченого ст. 330, є вчинення його:

- 1) з корисливих мотивів;
- 2) повторно;

- 3) за попередньою змовою групою осіб, а так само,
- 4) спричинення в результаті його вчинення тяжких наслідків для інтересів держави.

Стаття 361. Несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку

1. Незаконне втручання в роботу автоматизованих електронно-обчислювальних машин, їх систем чи комп'ютерних мереж, що призвело до перекручення чи знищення комп'ютерної інформації або носіїв такої інформації, а також розповсюдження комп'ютерного вірусу шляхом застосування програмних і технічних засобів, призначених для незаконного проникнення в ці машини, системи чи комп'ютерні мережі і здатних спричинити перекручення або знищення комп'ютерної інформації чи носіїв такої інформації - караються штрафом до сімдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, якщо вони заподіяли істотну шкоду або вчинені повторно чи за попередньою змовою групою осіб - караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

1. Розвиток методів обробки інформації за допомогою комп'ютерів призвів до застосування цих машин в усіх галузях національної економіки та інших сферах суспільного життя. Значна кількість таких машин об'єднана комп'ютерними мережами, деякі з них набули інтернаціонального характеру. За цих умов виникли і набули суспільної небезпеки різні діяння, що заподіюють шкоду нормальній роботі комп'ютерів та комп'ютерних мереж, яка поряд зі встановленим порядком використання ЕОМ та комп'ютерних мереж становить об'єкт цього злочину.

2. Предметом злочину є: 1) автоматизовані електронно-обчислювальні машини (комп'ютери, АЕОМ), у т.ч. персональні; 2) їх системи; 3) комп'ютерні мережі.

Під системами автоматизованих електронно-обчислювальних машин розуміються операційні системи (MS-DOS, Windows та інші), які встановлюються на певній машині і за допомогою яких здійснюється її робота, а також різні прикладні системи (тобто інформаційні системи, у т.ч. системи управління), як встановлені для локальної роботи на певній машині, так і відкриті для доступу з інших машин через комп'ютерну мережу.

Комп'ютерна мережа - це сукупність програмних і технічних засобів, за допомогою яких забезпечується можливість доступу з однієї АЕОМ до програмних чи технічних засобів іншої (інших) АЕОМ та до інформації, що зберігається у системі іншої (інших) АЕОМ.

3. Об'єктивна сторона злочину проявляється у формі: 1) незаконного втручання у роботу АЕОМ, їх систем чи комп'ютерних мереж, що призвело до перекручення чи знищення комп'ютерної інформації або носіїв такої інформації; 2) розповсюдження комп'ютерного вірусу. Останнє є злочинним лише у разі застосування для цього спеціальних знарядь - програмних чи технічних засобів, призначених для незаконного проникнення в АЕОМ, системи чи комп'ютерні мережі і здатних спричинити перекручення або знищення комп'ютерної інформації чи носіїв такої інформації.

Незаконне втручання в роботу АЕОМ, їх систем чи комп'ютерних мереж - це проникнення до цих машин, їх систем чи мереж і вчинення дій, які змінюють режим роботи машини, її системи чи комп'ютерної мережі, або ж повністю чи частково припиняють їх роботу, без дозволу (згоди) відповідного власника або уповноважених ним осіб, а так само вплив на роботу АЕОМ за допомогою різних технічних пристроїв, здатних зашкодити роботі машини.

Комп'ютерна інформація - це текстова, графічна чи будь-яка інша інформація (дані), яка існує в електронному вигляді, зберігається на відповідних носіях і може створюватись, змінюватись чи використовуватись за допомогою АЕОМ.

Під носіями комп'ютерної інформації розуміються жорсткі магнітні диски різних типів, які є частиною системного блоку АЕОМ або долучаються до нього за допомогою спеціальних пристроїв, гнучкі магнітні диски (дискети), оптичні диски (компакт-диски) тощо.

Ч. 1 ст. 361КК охоплює випадки проникнення (впливу) у працюючу АЕОМ, систему чи мережу (наприклад, проникнення до системи одного працюючого персонального комп'ютера з іншого персонального комп'ютера), так і несанкціоноване увімкнення непрацюючої машини і проникнення до її системи (вплив на її роботу), якщо воно здійснюється за допомогою зазначених у цій статті знарядь.

Перекручення комп'ютерної інформації - це будь-яка зміна такої інформації за відсутності можливості відновити ті й фрагменти, які зазнали змін, в їх первісному вигляді.

Під знищенням комп'ютерної інформації розуміється повна втрата можливості користування відповідною інформацією. Знищенням слід вважати не лише ліквідацію файла, каталогу тощо, у вигляді яких існувала інформація, а й приведення інформації у такий стан, який виключає можливість використання всієї інформації чи значної її частини. Під знищенням носіїв комп'ютерної інформації слід розуміти фізичне знищення відповідних матеріальних предметів або таку зміну їх властивостей, яка призводить до неможливості подальшого зберігання комп'ютерної інформації на цих носіях.

Розповсюдженням комп'ютерного вірусу слід вважати введення до АЕОМ, їх системи або комп'ютерної мережі шляхом застосуван-

ня вказаних засобів хоча б одного комп'ютерного вірусу - комп'ютерної програми, здатної у разі її активізації порушувати нормальну роботу АЕОМ, системи чи комп'ютерної мережі, а також знищувати чи пошкоджувати комп'ютерну інформацію.

Програмними засобами, про які йдеться у ст. 361, є різні комп'ютерні програми, використання яких створює можливість для незаконного проникнення у комп'ютер, його систему чи комп'ютерну мережу або ж полегшує таке незаконне проникнення. Під технічними засобами у ст. 361 розуміються будь-які технічні пристрої, за допомогою яких без використання комп'ютерних програм здійснюється вплив на роботу АЕОМ.

Закон передбачає обов'язкову властивість застосовуваних для вчинення даного злочину програмних і технічних засобів: їх здатність спричинити перекручення або знищення комп'ютерної інформації чи носіїв такої інформації.

Злочин у першій його формі вважається закінченим з моменту настання хоча б одного із зазначених наслідків - перекручення чи знищення комп'ютерної інформації, знищення носіїв (хоча б одного носія) такої інформації, а у другій формі - з моменту вчинення дій, якими досягається передача на іншу АЕОМ, до системи або комп'ютерної мережі хоча б одного комп'ютерного вірусу чи програми, яка містить такий вірус.

4. Суб'єкт злочину загальний.

5. Суб'єктивна сторона злочину характеризується умисною виною, Злочинні дії можуть бути вчинені лише з прямим умислом, тоді як ставлення винного до наслідків злочину може характеризуватись як прямим, так і непрямим умислом.

6. Кваліфікуючими ознаками (ч, 2 ст. 361) злочину є вчинення його: 1) повторно; 2) за попередньою змовою групою осіб; 3) заподіяння ним істотної шкоди.

Про поняття повторності див. ст. 32 та коментар до неї, про поняття вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою - ст. 28 та коментар до неї.

Істотною шкодою слід вважати знищення чи перекручення внаслідок злочинних дій комп'ютерної інформації, або знищення чи пошкодження носіїв такої інформації, в результаті якого власнику чи законному користувачеві АЕОМ чи комп'ютерної мережі заподіяно шкоду, яка є істотною для цього суб'єкта. Питання істотності такої шкоди є питанням факту і потребує вирішення у кожному конкретному випадку з урахуванням всіх обставин справи.

Ці злочини можуть бути скоєнні, наприклад, при порушенні вимог статті 4 Закону, яка визначає порядок організації доступу до інформації в системі. Крім того, посадові особи, яким прямо вказано на необхідність проводити роботи з захисту інформації (в їх посадових обов'язках), у разі невиконання своїх обов'язків, що заподіює істотну шкоду охоронюваним законом правам,

РОЗДІЛ I Відповідальність за порушення законодавства про захист інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах

свободам та інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам окремих юридичних осіб, можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за статтями 364 (Зловживання владою або службовим становищем) або 367 (Службова недбалість). Такими посадовими особами можуть бути і власники системи, на яких статтею 9 Закону покладається відповідальність за забезпечення захисту інформації в системі.

Адміністративна відповідальність за недодержання вимог законодавства щодо захисту інформації в системах може наступати відповідно до статті 188-31 Кодексу України про адміністративні правопорушення: «Невиконання законних вимог посадових осіб органів Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України щодо усунення порушень законодавства про криптографічний та технічний захист інформації, яка є власністю держави, або інформації з обмеженим доступом, вимога щодо захисту якої встановлена законом, та законодавства у сфері надання послуг електронного цифрового підпису, а також створення інших перешкод для виконання покладених на них обов'язків, – тягнуть за собою накладення штрафу на посадових осіб від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Ті самі дії, вчинені повторно протягом року після накладення адміністративного стягнення, – тягнуть за собою накладення штрафу на посадових осіб від ста до ста п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян». Доречі, ця стаття є новелою українського законодавства та прикладом закриття прогалин в законодавстві.

Крім того, в Кодексі України про адміністративні правопорушення стаття 212-2 визначає відповідальність за порушення законодавства про державну таємницю, а саме: ...

9) невиконання норм і вимог криптографічного та технічного захисту секретної інформації, внаслідок чого виникає реальна загроза порушення її конфіденційності, цілісності і доступності, – тягне за собою накладення штрафу на громадян від одного до трьох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і на посадових осіб – від трьох до десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Повторне протягом року вчинення порушення з числа передбачених частиною першою цієї статті, за яке особу вже було піддано адміністративному стягненню, – тягне за собою накладення штрафу на громадян від трьох до восьми неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і на посадових осіб – від п'яти до п'ятнадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

До юридичних осіб адміністративна відповідальність застосовується на підставі розглянутої вище п. 6, 7 ст. 17 Закону України "Про Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України" та ст. 3 Положення про державний контроль за станом технічного захисту інформації, в якій сказано, що посадові особи Держспецзв'язку, які здійснюють перевірки стану ТЗІ, мають

право: «порушувати в установленому порядку питання щодо зупинення дії або скасування спеціальних дозволів на провадження діяльності, пов'язаної з державною таємницею, у разі виявлення порушень з технічного захисту секретної інформації; складати протоколи про адміністративні правопорушення та надавати до суду на розгляд справи про адміністративні правопорушення». Засоби дисциплінарної, матеріальної відповідальності встановлюються на підприємстві, в організації, установі залежно від вимог Кодексу законів про працю, види стягнень там перераховані вичерпно.

Заходи цивільно-правової відповідальності – відшкодування майнових втрат, скасування незаконних угод, штраф, пеня та інші міри, які полягають у примушуванні особи нести негативні майнові наслідки, повинні застосовуватись на підставі рішення суду, який і має визначати ту міру відповідальності, яка відповідає скоєному правопорушенню.

Значним недоліком чинного українського законодавства, зокрема в інформаційній сфері (а також і в сфері захисту інформації в системах), є його неконкретність, певна розмитість формулювань.

Фактично відсутні формулювання правопорушень у сфері захисту інформації, визначення конкретних механізмів притягнення до відповідальності осіб, які повинні у вчиненні правопорушень проти встановленого порядку захисту інформації, а відповідно і проти встановленого порядку управління. Чинна законодавча та нормативна база не встановлює відповідальності за порушення норм в систематизованому вигляді, всі норми знаходяться в різних Кодексах.

Можливо привести висловлювання доктора Бернарда Шлоера, експерту програми ТАСІС відносно оцінки деяких законодавчих актів України: «Законодавство про інформацію має ознаки того, що межі його ясного і зрозумілого сприйняття ось-ось залишаться позаду», зробленого ще в кінці 90-х років. З тих пір суттєвих змін не сталося. Не зважаючи на більш ніж десятирічну дискусію з приводу необхідності кодифікації інформаційного законодавства, досі такого нормативно-правового акту не прийнято. Тому вважаємо за необхідне створення такого Кодексу.

З метою гармонізації українського законодавства з міжнародним, необхідно як найшвидше прийняти міжнародний стандарт ISO/IEC 27001:2005 як національний, залучивши до експертизи української версії фахівців Держспецзв'язку. Недостатня увага до проблем захисту інформаційної інфраструктури та інформаційних ресурсів ускладнює діяльність держави щодо забезпечення національної безпеки і обороноздатності держави [20]. Важливим напрямом інформаційної безпеки залишається забезпечення технічного захисту інформації в міністерствах і відомствах та насамперед в інформаційно-телекомунікаційних системах, які забезпечують виконання цими органами функцій держави.

Основною причиною подібного стану є нехтування керівництвом державних установ вимогами захисту інформації, що виявляється у відсутності відповідальних за захист інформації осіб, відповідних відомчих нормативних документів, а також чітко не встановленою мірою відповідальності.

Таким чином, необхідно розробити певний перелік правопорушень та відповідні до правопорушень міри відповідальності. На наш погляд, має сенс криміналізувати діяння, які спрямовані проти встановленого порядку захисту інформації, яка циркулює в інформаційно-телекомунікаційних системах, тому що в наслідок таких діянь можуть бути скоєні злочини, які описані в будь-якому розділі Кримінального кодексу. Необхідно провести дослідження напрямків удосконалення процесу державного управління в сфері захисту інформації, організації, взаємодії та координації діяльності всіх органів державної влади та інших суб'єктів відносин, пов'язаних із захистом інформації в системах.

References:

1. Adamenko T. M. *Pryroda ekonomichnoi bezpeky pidpriemstva v mezhakh suchasnykh orhanizatsiinykh kontseptsii. Ekonomika. Menedzhment. Pidpriemnytstvo: zb. nauk. pr. Skhidnoukr. nats. un-tu imeni Volodymyra Dalia. Luhansk: SNU im. V. Dalia, 2014. Vyp. 26. Ch. II. S. 192–201.*
2. Ariefieva O. V., Kuzenko T. B. *Planuvannia ekonomichnoi bezpeky pidpriemstv. Kyiv: Vyd-vo Yevrop. un-tu, 2004. 170 s*
3. Armstrong M. *Praktyka upravleniia chelovecheskymy resursamy: ucheb. posobyе. 10-e yzd. SPb.: Pyter, 2012. 848 s.*
4. Blank Y. A. *Upravleniye fynansovoi bezopasnosti predpriiatiya. Kyev: Nyka-Tsentr, Элha, 2006. 776 s.*
5. Bortnikova O. H. *Instytutsionalnyi pidkhid do vyvchennia system bezpeky v teorii derzhavnoho upravlinnia URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Duur_2012_6_4.*
6. Hlushkov V. Ye., Redko R. M. *Ekonomichna bezpeka pidpriemstva yak dynamichna katehoriia. Zbirnyk naukovykh prats VNAU. Seriia: Ekonomichni nauky. 2012. № 4 (70). T. 2. S. 47–52*
7. Kovalenko M. A., Nahorna I. I., Radvanska N. V. *Ekonomichna bezpeka korporatyvnoho pidpriemstva: navch. posib. ta in. Kherson: Oldi-plus, 2009. 403 s.*
8. Kyrych N. B., Andrushkiv B. M., Vovk Yu. Ya. *Ekonomichna ta mainova bezpeka pidpriemstva i pidpriemnytstva. Antyreiderstvo: monohrafiia. Ternopil: Terno-hraf, 2008. 424 s.*
9. Kopotun I. M. *Problemy protydiu zlochynnosti v Ukraini: materialy Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konf. Protydiia zlochynnosti: teoriia ta praktyka. Akademiia Prokuratury. K.: Akad.prok., 2018. S. 83-85.*
10. Kopotun I. M. *Prohramnyi produkt «Multymediinyi navchalnyi posibnyk «Kryminalne pravo. Osoblyva chastyna»*
11. Malymonenko R. A. *Obshchye pryntsypy systemy bezopasnosti predpriiatiya. URL: http://malymonenko.org.ua/sistema_bezopasnosti/.*
12. Sotnychenko V. M. *Aspekty strukturnoi orhanizatsii systemy ekonomichnoi bezpeky telekomunikatsiinoho pidpriemstva. Suchasni tendentsii ta perspektyvy rozvytku*

systemy upravlinnia v Ukraini ta sviti: materialy Mizhnar. nauk.-prakt. konf. Kyiv: Derzh. un-t telekomunikatsii, 2017. S. 74–77.

13. *Sotnychenko V. M. Vplyv tekhniko-tekhnolohichnoi skladovoi na stan ekonomichnoi bezpeky telekomunikatsiinoho pidpriemstva. Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnoho universytetu. Serii: Ekonomichni nauky. 2017. № 22. Ch. 2. S. 28–31.*

14. *Sotnychenko V. M. Orhanizatsiino-pravovyi aspekt perekhodu Ukrainy do tsyfrovoho suspilstva. Rehionalna ekonomika ta upravlinnia: nauk.-prakt. zhurn. 2017. № 4 (17). S. 101–105.*

15. *Sotnychenko V. M. Suchasni vyklyky ta tendentsii ekonomichnoi bezpeky telekomunikatsiinykh pidpriemstv URL: <http://economyandsocieti.in.ua>.*

РОЗДІЛ II Нормативно-правове забезпечення діяльності банківських установ як суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням: сучасність та перспективи на майбутнє

ГОЛОВКІН Богдан Миколайович
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
член-кореспондент НАПрНУ
<https://orcid.org/0000-0002-0333-9806>

КОЛЬ Олександр Григорович
доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
професор кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого,
<https://orcid.org/0000-0003-1792-4739>

КОЛЬ Роксолана Олегівна
аспірант Волинського національного університету імені Лесі Українки
<https://orcid.org/0000-0003-0187-3391>

ДУЧИМІНСЬКА Леся Миронівна
начальник Управління контрольно-перевірочної роботи
Головного управління Пенсійного фонду України у Волинській області
<https://orcid.org/0000-0002-2907-9408>

2.1. Реалії та тенденції запобіжної діяльності у банківській системі України в сьогоденні

2.2. Конституційні та інші нормативно-правові засади забезпечення діяльності банків як суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням

2.3. Принципи запобіжної діяльності банківських установ

Regulatory and legal support of banking institutions as subjects of crime prevention: present and future prospect

*Doctor of Law, Professor B. N. Golovkin
Head of the Department of Criminology and Criminal Enforcement Law
Yaroslav the Wise National University of Law,
Corresponding Member of NAPRNU*

*Doctor of Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine O. G. Kolb
Professor of Criminology and Criminal Enforcement Law,
National Law University Yaroslav the Wise*

*graduate student of Volyn National University
named after Lesya Ukrainka, R. O. Kolb
The head of department of control
and test work the headquarters of the Pension fund
of Ukraine in the Volyn region, L. M. Duchiminska*

Нормативно-правовое обеспечение деятельности банковских учреждений как субъектов предупреждения уголовных правонарушений: современность и перспективы будущего

*Доктор юридических наук, профессор Б. Н. Головкин,
заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого,
член-корреспондент НАПрНУ*

*Доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Украины
А. Г. Колб,
профессор кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права
Национального юридического университета им. Ярослава Мудрого,
Р. О. Колб*

*аспирант Волынского национального университета имени Леси Украинки
Л. М. Дучиминская*

*начальник Управления контрольно-проверочной работы
Главного управления Пенсионного фонда Украины в Волынской области*

Ключові слова: запобігання; забезпечення; кримінальне правопорушення; банківська діяльність; банк; криминологічна профілактика; нормативно-правові засади; суб'єкт запобігання; об'єкт запобіжної діяльності.

Key words: prevention; criminal offense; banking; bank; criminological prevention; regulatory framework; subject of prevention; object of preventive activity.

Ключевые слова: предупреждение; обеспечение; уголовное правонарушение; банковская деятельность; банк; криминологическая профилактика; нормативно-правовые основы; субъект предупреждения; объект меры предосторожности.

АНОТАЦІЯ

У даному розділі розглянуто питання щодо: сучасних реалій та тенденцій запобіжної діяльності у банківській системі України, конституційних та інших нормативно-правових засад забезпечення діяльності банків як суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням, а також принципів діяльності банківських установ як суб'єктів запобігання злочинам. Це пов'язано, зокрема із низьким рівнем реалізації функції Національного банку України із здійснення державного регулювання та нагляду у сфері запобігання і протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом. Виходячи з цього, метою, поставленою у даному розділі є обґрунтування необхідності розробки відповідних заходів спеціально-криминологічного

характеру, спрямованих на удосконалення рівня діяльності банківських установ по запобіганню правопорушенням і злочинам у сфері їх функціонування. В той же час завданням цієї публікації є аналіз змісту тих заходів впливу, що застосовуються у сфері банківської діяльності та визначення основних проблем, які знижують результативність запобігання правопорушенням банківськими установами.

SUMMARY

This section addresses issues related to: current realities and trends in preventive activities in the banking system of Ukraine, constitutional and other legal framework for ensuring the activities of banks as subjects of crime prevention, as well as the principles of banking institutions as subjects of crime prevention. This is due, in particular, to the low level of implementation of the function of the National Bank of Ukraine in the implementation of state regulation and supervision in the field of prevention and counteraction to legalization (laundering) of proceeds from crime. Based on this, the purpose set in this section is to justify the need to develop appropriate measures of special criminological nature, aimed at improving the level of banking institutions to prevent offenses and crimes in the field of their operation. At the same time, the task of this publication is to analyze the content of those measures of influence applied in the field of banking and to identify the main problems that reduce the effectiveness of crime prevention by banking institutions.

АННОТАЦИЯ

В данном разделе рассмотрены вопросы: современных реалий и тенденций мер предосторожности в банковской системе Украины, конституционных и других нормативно-правовых основ обеспечения деятельности банков как субъектов предупреждения уголовных правонарушений, а также принципов деятельности банковских учреждений как субъектов предупреждения преступлений. Это связано, в частности, с низким уровнем реализации функции Национального банка Украины по осуществлению государственного регулирования и надзора в сфере предупреждения и противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем. Исходя из этого, целью, поставленной в данном разделе, является обоснование необходимости разработки соответствующих мер специально-криминологического характера, направленных на усовершенствование уровня деятельности банковских учреждений по предупреждению правонарушений и преступлений в сфере их функционирования. В то же время задачей этой публикации является анализ содержания тех мер воздействия, которые применяются в сфере банковской деятельности и определения основных проблем, снижающих результативность предупреждения правонарушений банковскими учреждениями.

2.1. Реалії та тенденції запобіжної діяльності у банківській системі України в сьогоденні

Необхідність розгляду даного питання обумовлена декількома обставинами, а саме:

1) вирішенням завдання щодо встановлення існуючих у сфері банківської діяльності тенденцій розвитку кримінальних правопорушень у вказаній галузі суспільних відносин;

2) змістом процесу подальшої гармонізації вітчизняного законодавства з означеного виду соціального контролю до законодавства ЄС та використання у зв'язку з цим позитивного зарубіжного досвіду запобігання суспільно небезпечним діям у банківській системі України;

3) доведенням актуальності та об'єктивної обумовленості розгляду на монографічному рівні банківської установи як суб'єкта запобігання кримінальним правопорушенням.

Зокрема, як свідчить практика¹, одним із самих суспільно небезпечних кримінальних правопорушень, які вчиняються у сфері господарської діяльності, є ті із них, що посягають на встановлений на нормативно-правовому рівні порядок діяльності банківських установ України (до таких, зокрема, можна віднести наступні із них:

- ст. 209 «Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом»;
- ст. 209-1 «Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом або фінансування тероризму»;
- ст. 218-1 «Доведення банку до неплатоспроможності» Кримінального кодексу (КК) України; ін.).

Так, розпочинаючи з 2016 року в Україні намітилась негативна тенденція до щорічного збільшення кількості зареєстрованих у Єдиному реєстрі досудового розслідування (у середньому до 500 випадків) кримінальних правопорушень, що мають місце у зазначеній сфері суспільних відносин².

Не покращились та суттєво не змінилися ці показники й у подальші роки (2017-2020 р. р.).

Так, за даними Національної поліції тільки у 2019 році в Україні було викрито 4 тис. 263 кіберзлочини, у тому числі й у банківській сфері, які завдали збитків на 28 млн. гривень³.

Показовою у цьому контексті є протиправна діяльність банку «Аркада», у результаті якої були незаконно виведені з його фінансового обігу 9 млрд. грн., а також зменшено норматив коефіцієнта покриття ліквідністю за всіма валютами (LCR) із 100% до 60,23%⁴.

При цьому варто зазначити, що однією з умов, яка сприяє вчиненню кримінальних правопорушень у сфері функціонування банківських установ, є

¹ Premier-банкінг АБ «Укргазбанк». Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.ukrgasbank.com/ru/vip/continfo>

² Шпек Р. Проблеми розкриття злочинів у банківській сфері. Інтернет-портал FinPost. URL: <http://finpost.com.ua/news/5429>

³ Анатомія кіберзлочину: ключові тренди 2020 року. URL: <https://ecpl.com.ua/news/anatomiia-kiber-zlochynu>

⁴ Відкрито справу щодо 9 млрд. грн., зібраних через банк «Аркада». Фінансовий клуб. URL: <https://finclub.net/ua/news/vidkryto-spravu-shchodo-9-mlrd-hrn-zibranykh-cherez-bank-arkada.html>

неналежна діяльність Національного банку України (НБУ) по їх запобіганню, як це передбачено п. 30 ч. 1 ст. 7 Закону України «Про Національний банк України»¹.

Як це витікає із змісту ст. 2 Закону України «Про Національний банк України», НБУ є центральним банком України, особливим центральним органом державного управління, юридичний статус, завдання, функції, повноваження і принципи організації якого визначаються Конституцією України, цим Законом та іншими законами України. При цьому основною функцією НБУ, як це зазначено в ч. 1 ст. 6 даного Закону, є забезпечення стабільності грошової одиниці України.

Для її реалізації та створення реальних гарантій виконання у повному об'ємі своїх повноважень законодавець визначив перелік й інших функцій НБУ (ст. 7 Закону України «Про Національний банк України»).

Їх аналіз дозволяє стверджувати, що при такому дуалістичному підході НБУ зобов'язаний належним чином вживати всі передбачені законом заходи щодо запобігання посяганням як на стабільність фінансової системи, так і на встановлений порядок протидії легалізації (відмиванню) коштів, здобутих злочинним шляхом, особливо після внесення суттєвих змін і доповнень у Закон України «Про Національний банк України» в період 2014-2021 р. р.

Поряд з цим, як встановлено в ході даного дослідження, реальність є дещо іншою. Як з цього приводу у свій час влучно зауважив Р. Шпек, діючий КК України містить певні норми, які, при правильному їх використанні, могли б посилити корпоративну безпеку та належний захист прав банківських установ у кримінальному судочинстві².

У той самий час, практика свідчить про те, що ці норми не працюють належним чином. Зокрема, особливу занепокоєність у зв'язку з цим викликають випадки кредитного шахрайства у процесі повернення кредитів відповідним банківським установам.

При цьому найпоширенішими видами кримінальних правопорушень є: шахрайство (ст. 190 КК), шахрайство з фінансовим ресурсами (ст. 222 КК), підrobка документів, що пов'язана з цими проявами шахрайства (ст. 358 КК), незаконні дії із заставним майном (ст. 388 КК) та умисне невиконання або перешкоджання виконанню судових рішень (ст. 382 КК); ін³.

Все це свідчить про те, що НБУ неналежним чином виконує свої зобов'язання щодо організації запобіжної діяльності у системі банківських установ, що визначені в ст. 7 Закону України «Про Національний банк України».

¹ Про Національний банк України: Закон України від 20 травня 1999 р. № 679-XIV. Відомості Верховної Ради України. 1999. № 29. Ст. 238

² Шпек Р. Проблеми розкриття злочинів у банківській сфері. Інтернет-портал FinPost. URL: <http://finpost.com.ua/news/5429>

³ Шпек Р. Проблеми розкриття злочинів у банківській сфері

Мова, у тому числі, ведеться й про налагодження ефективної взаємодії з означених питань з правоохоронними органами, у першу чергу, з новоствореним Бюро економічної безпеки (БЕБ)¹.

Зокрема, як свідчить практика, щорічно лише 1% заяв банківських установ про вчинені у сфері їх діяльності кримінальні правопорушення правоохоронцями доведено до суду².

Як у зв'язку з цим слушно резюмують фахівці банківської справи, на жаль, ситуація яка зараз спостерігається по розкриттю злочинів у банківській сфері, не говорить про ефективність роботи банків та правоохоронних органів³.

Як видається, логічним у зв'язку з цим було б доповнення ч. 1 ст. 7 Закону України «Про Національний банк України» п. 38 наступного змісту:

«Для забезпечення ефективності реалізації визначених у цій статті Закону інших функцій Національного банку України останній зобов'язаний налагодити належну взаємодію з правоохоронними органами з питань запобігання вчиненню у сфері банківської діяльності кримінальних правопорушень».

Додатковим аргументом щодо запропонованої видозміни даного Закону виступають науково обгрунтовані висновки учених про те, що зволікання та службова недбалість у даному напрямі завдає значних збитків стабільності фінансової системи держави (а, це – пріоритетне завдання НБУ (ст. 6 Закону України «Про Національний банк України»)), а також приводить до значної шкоди для різних суб'єктів господарської діяльності, включаючи й іноземців⁴.

Без сумніву, що важливим у цьому сенсі є й впровадження у національне банківське законодавство та практику позитивного зарубіжного досвіду, що стосується змісту запобігання кримінальним правопорушенням у зазначеній сфері суспільних відносин.

Так, для протидії суспільно небезпечним явищам, що пов'язане з картковим шахрайством, оператори міжнародних платіжних систем розробили новий стандарт платіжних карток EMV (технологія «ЧІП» та «ПІН»), а також різні додатки безпеки, зокрема, додаток 3D Secure для операцій онлайн, які, як показує практика, складніше клонувати⁵.

Отже, в цьому напрямі НБУ має активізувати свої зусилля, враховуючи, що питання впровадження кращих практик і стандартів, які існують у міжнародній

¹ Про бюро економічної безпеки: Закон України від 28 січня 2021 року № 1150-20. Офіційний вісник України. 2021. № 25. Ст. 1151.

² Шпек Р. Проблеми розкриття злочинів у банківській сфері. Інтернет-портал FinPost. URL: <http://finpost.com.ua/news/5429>

³ Шпек Р. Проблеми розкриття злочинів у банківській сфері

⁴ Олійничук О. Банківські картки як об'єкт шахрайства: стан і протидія явища. Актуальні проблеми правознавства. 2017. Вип. 1 (9). С. 91-94

⁵ Глотов М. Як захистити свої гроші на картці. Інтернет-видання «Українська правда». URL: <https://www.epravda.com.ua/columns/2015/07/8/549843/>

банківській діяльності, відносяться до одних (інших) із функцій даного банку (п. п. 13, 21, 30 ст. 7 Закону України «Про Національний банк України»).

Поряд з цим, слід визнати, що НБУ вже здійснив ряд запобіжних заходів, основу яких склали міжнародно-правові акти та позитивна зарубіжна практика такої діяльності у сфері функціонування банківських установ.

До таких, наприклад, можна віднести наступні із них:

1) Положення про застосування Національним банком України заходів впливу, у якому визначено підстави і порядок застосування НБУ цих заходів і фінансових санкцій за порушення банками, філіями іноземних банків та іншими особами законодавства у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом¹, що важливо з огляду реалізації змісту спеціально-кримінологічного запобігання кримінальним правопорушенням та у зв'язку з необхідністю підвищення ефективності взаємодії банківської системи і правоохоронних органів;

2) Положення про здійснення банками фінансового моніторингу, відповідно до якого банки вживають до клієнтів, з якими ділові відносини встановлюються з дати набрання чинності Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдженню зброї масового знищення», необхідних заходів відповідно до вимог Закону², що також можна віднести до спеціально-кримінологічного запобігання кримінальним правопорушенням, яке у тому числі здійснює НБУ через реалізацію своїх інших функцій (ст. 7 Закону України «Про Національний банк України»);

3) інші запобіжні заходи, організуються та реалізуються в банківській системі відповідними підрозділами НБУ (інформаційна компанія «Шахрай Гудбай», спрямована на вивчення населенням правил платіжної безпеки; спільна з Агентством США «USAID» антишахрайська онлайн-гра «Здолай шахрая», метою якої є розвиток і покращення власних навичок кібербезпеки, запобігання незаконному копіюванню вмісту треків м смуги (чипів) банківських карток; ін.)³.

Таким чином, враховуючи результати проведеного аналізу наукової літератури, нормативно-правових джерел та практики, можна констатувати, що роль і місце НБУ у системі суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням

¹ Про затвердження Положення про застосування Національним банком України заходів впливу: постанова Правління Національного банку України від 17 серпня 2012 року № 72. Офіційний вісник України. 2012. № 72. Ст. 2906.

² Про затвердження Положення про здійснення банками фінансового моніторингу: постанова Правління Національного банку України від 19 травня 2020 року № 65. Офіційний вісник України. 2020. № 62. Ст. 1920.

³ Що робить НБУ для боротьби з шахрайством. Скільки шахраї вкрали із платіжних карток українців: дані НБУ. URL: <https://ua-news.liga.net/economics/news/skilki-shahrai-vkrali-iz-platijnih-kartok-ukraintsiv-dani-nbu>.

обумовлені дуалістичною (подвійною)¹ соціально-правовою природою даного особливого державного органу, який, з одного боку, основною функцією має забезпечення стабільності грошової одиниці України, а з іншого, – повинна здійснювати комплекс інших функцій, спрямованих у тому числі на запобігання вчинення кримінальних правопорушень у банківській системі.

При цьому слід зазначити, що у другому напрямі своєї діяльності НБУ виступає як суб'єкт спеціально-кримінологічного запобігання кримінальним правопорушенням, позаяк її зміст включає не тільки заходи агітаційно-заохочувальні, загальні запобіжні компанії тощо, що, зокрема, характерні для суб'єктів загальносоціального запобігання злочинам, але й зобов'язана (і це є головним критерієм класифікації) здійснювати заходи примусового характеру, що має пряме відношення до діяльності саме суб'єктів спеціально-кримінологічного запобігання кримінальним правопорушенням.

Поряд з цим, проведений аналіз стану запобіжної діяльності у банківській сфері України буде не повним, якщо залишаться без розгляду ті конкретні проблеми, що мають місце у цій галузі суспільних відносин.

Зокрема, застосування у даній роботі методу «включеного» спостереження² дало можливість визначити наступні практичні прорахунки у запобіжній діяльності банківських установ³, а саме:

1. Відкриття та ведення рахунку.

Як свідчить практика, відкриття рахунку в банку є певним випробуванням як для клієнтів, так і для працівників банку.

Зокрема, коли клієнт (фізична) особа звертається до відділення банку, його працівник повинен провести певну ідентифікацію даної особи⁴.

Ідентифікація як фізичної так і юридичної особи є вагомим фактором при вирішенні звернення, що регулюється Законом України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового

¹ Великий тлумачний словник української мови (укл. О. Єрошенко. Донецьк: ТОВ «Глорія Трейд», 2012. 864 с.

² Кистяковський Б. А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. Москва: Изд-во М. и С. Сабашниковых, 1016. 704 с.

³ Колб Р. О. Роль конкретної життєвої ситуації щодо вчинення кримінальних правопорушень у банківській сфері України. Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності : тези IV Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Хмельницький, 26 лютого 2021 р.). Хмельницький : Вид-во НАДПСУ, 2021. С. 124-125

⁴ Колб Р. О. Особливості діяльності банківських установ щодо надання документів відносно засуджених до покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Проблеми кримінально-правового, кримінального процесуального та криміналістичного забезпечення прав особи в Україні: матеріали міжнар.конфер. (м. Львів, 7 червня 2019 р.). Львів: ІНППНУ «Львівська політехніка», 2019. С. 109-111.

знищення»¹ так, банк, як суб'єкт первинного фінансового моніторингу, зобов'язаний здійснювати ідентифікацію, верифікацію клієнта (представника клієнта), вивчення клієнта та уточнення інформації про клієнта у випадках, установлених законом. Цей факт надзвичайно не подобається клієнтам банку і обурює їх, мовляв - ми всюди в чергах і тут прийшли покласти гроші на депозит, а ви щось хочете. Жоден клієнт не зрозуміє і не прийме того факту, що це необхідність і вони приносять гроші в банк не для того щоб «банк користувався ними» а заради впевненості і захисту майбутніх прагнень.

Враховуючи зазначене та з метою удосконалення порядку ведення банками рахунків клієнтів постановою Правління Національного банку України від 23.03.2009 № 158 було затверджено зміни до відповідної Інструкції².

Запровадження цих змін було, також крім цього зумовлено необхідністю приведення окремих норм зазначеної Інструкції у відповідність до вимог:

- а) Закону України від 17.09.2008 № 514-VI «Про акціонерні товариства»;
- б) врегулювання проблемних питань, пов'язаних із укладанням договорів банківського рахунку та банківського вкладу;
- в) уточнення порядку використання рахунків фізичних осіб та нерезидентів-інвесторів;
- г) удосконалення порядку закриття рахунків клієнтів банків.

Зокрема, згідно зі змінами у банківських установах здійснюються наступні заходи:

1) На виконання вимог цього Закону:

- а) уточнено перелік документів, які подаються для відкриття поточного рахунку для формування статутного капіталу акціонерного товариства (але не банку) та рахунку для формування статутного капіталу новостворюваного банку;
- б) визначено, що у разі зміни типу акціонерного товариства – банку (згідно з Законом назва типу має міститися в найменуванні акціонерного товариства) процедура зміни рахунків клієнтів не проводиться, але банком здійснюються окремі заходи, як і при процедурі зміни рахунків клієнтів.

2) У зв'язку із надходженням на адресу Національного банку України численних скарг клієнтів щодо неотримання ними під час відкриття рахунків в окремих банках екземпляру договору банківського рахунку/банківського вкладу та у зв'язку з неможливістю звернення до суду за захистом своїх прав та

¹ Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України від 06 грудня 2019 року № 361-IX. Відомості Верховної Ради України. 2020. № 25. Ст. 171

² Про затвердження Інструкції про порядок відкриття і закриття рахунків клієнтів банків та кореспондентських рахунків банків – резидентів і нерезидентів: постанова Правління Національного банку України від 23 березня 2009 року № 158. Офіційний вісник України. 2009. № 28. Ст. 948

законних інтересів, встановлено обов'язок банку один примірник договору надати клієнту під підпис, що без сумніву важливо з огляду змісту індивідуального запобігання кримінальним правопорушенням у цій галузі суспільних відносин.

3) Врегульовано питання переоформлення рахунків фізичних осіб - резидентів у разі їх виїзду на постійне місце проживання за кордон та набуття ними статусу нерезидента.

4) Розширено режим функціонування рахунку нерезидента-інвестора, який є жорстко обмеженим, в частині надання можливості:

а) повернення з інвестиційного рахунку в іноземній валюті за кордон коштів, невикористаних для здійснення іноземних інвестицій в Україну;

б) здійснення з інвестиційного рахунку в національній валюті оплати резиденту (професійному учаснику фондового ринку, суб'єкту оціночної діяльності, нотаріусу, повіреному, комісіонеру) послуг, пов'язаних із здійсненням іноземних інвестицій в Україну.

5) Встановлено обов'язок банку реєструвати заяви клієнтів – фізичних осіб на дострокове розірвання договору банківського вкладу або повернення частини вкладу.

б) У разі дистанційного обслуговування поточного рахунку клієнта передбачено можливість подання заяви на закриття рахунку в електронній формі.

7) Приведено вимоги цієї Інструкції у відповідність до Правил ведення нотаріального діловодства, затверджених наказом Міністерства юстиції України від 31.12.2008 № 2368/5, якими змінено номери форм посвідчувальних написів нотаріусів¹, що вкрай цінно у контексті загальносоціального запобігання кримінальним правопорушенням у сфері банківської діяльності.

2. Проведення та моніторинг платежів.

Знову ж таки, як показує практика, робота з рахунками і проведення платежів – ніби не складна робота, але щодня (що-секундно), працівники банку змушені контролювати і моніторити кожен платіж тому, що незалежно від відповідальності і впевненості щодо дій клієнта, навіть досвідчені бухгалтери роблять професійні помилки в платіжних дорученнях, а подекуди намагаються провести так звану «чорну» бухгалтерію через банки.

Саме тому, працівники банку змушені передбачати фінансові ризики для клієнта, і здійснювати у зв'язку з цим свого роду контроль проведення платежів, враховуючи, що Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового

¹ Пріоритетні напрями розвитку правової науки на 2016-2020 р. р: затверджені постановою загальних зборів Національної академії правових наук України від 3 березня 2016 року. URL: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.aprnu.kharkiv.org%2Fdoc%2Fstrategiya.pdf&cldn=307688&chunk=true>

знищення»¹, досить серйозно розширив обов'язки як тих, хто повинен доповідати про підозрілі фінансові операції (суб'єкти фінмоніторингу), так і тих, про кого суб'єкти повинні повідомляти у правоохоронні органи – своїх клієнтів, при цьому коло цих осіб необмежене. Як наслідок, в останніх виникає стан тривоги і невпевненості у порядності інших.

При цьому, основна причина цієї тривоги викликана десятикратно збільшеними штрафами за порушення правил ідентифікації клієнтів і проведенням первинного фінансового моніторингу, новим і не зовсім зрозумілим ризик-орієнтованим підходом, розширеним списком суб'єктів фінмоніторингу, а також низкою інших ризикових змін.

Як показує практика, у зв'язку з цим активні клієнти банків вже встигли на собі відчути нововведення, особливо ті, у кого є багато готівки, але мало джерел походження коштів.

Крім цього, вказаним Законом розширено перелік суб'єктів фінансового моніторингу, до яких додані:

а) суб'єкти господарювання, які здійснюють консультування з питань оподаткування;

б) особи, які надають послуги зі створення, забезпечення діяльності або управління юридичними особами;

в) постачальники послуг, пов'язаних з обігом віртуальних активів.

Згідно нового Закону обов'язковою є належна перевірка (ідентифікація + верифікація) при:

1) здійсненні переказів (в тому числі міжнародних) без відкриття рахунку на суму, що дорівнює або перевищує 30 000 гривень, або суму, еквівалентну зазначеній сумі, в тому числі в іноземній валюті;

2) проведенні фінансової операції з віртуальними активами на суму, що дорівнює або перевищує 30 000 гривень.

У свою чергу, штраф збільшено до 10% загального річного обороту, але не більше 135 150 000 грн. за:

а) незабезпечення належної організації та проведення первинного фінансового моніторингу;

б) відсутність належної системи управління ризиками;

в) повторне невиконання вимог суб'єктів державного фінансового моніторингу про усунення виявлених порушень та / або про вжиття заходів щодо усунення причин, що сприяли їх вчиненню.

¹ Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України від 06 грудня 2019 року № 361-IX. Відомості Верховної Ради України. 2020. № 25. Ст. 171

Практично десятикратно збільшені штрафи за всі інші види порушень: ідентифікація, верифікація, неподання або несвоєчасне подання інформації до Держфінмоніторингу та багато іншого.

3. Ризик-орієнтований підхід до клієнтів.

Критеріїв ризикових порогових фінансових операцій (при сумі 400 тис. грн. і більше) на сьогодні є тільки чотири, а саме:

1) зарахування або переказ коштів, надання або отримання кредиту (позики), здійснення інших фінансових операцій у разі, якщо хоча б один з учасників фінансової операції або банк такого учасника знаходиться в Ірані або Північній Кореї (країни, які не виконують рекомендації FATF);

2) фінансові операції з публічними діями;

3) фінансові операції з переказу коштів за кордон, в тому числі, держав, віднесених Кабінетом Міністрів України до офшорних зон;

4) фінансові операції з готівкою (внесення, переклад, отримання коштів).

При цьому на нормативно-правовому рівні у діяльності банківських установ з'явилося поняття «підозріла» фінансова операція, без будь-яких граничних сум, і 70+ критеріїв ризиковості, за якими така фінансова операція може бути визнана підозрілою, що знову ж таки є важливим у сенсі удосконалення запобігання кримінальним правопорушенням.

Як встановлено в ході даного дослідження, критеріїв ризиковості є дуже багато, основні з яких закріплені в Положенні про здійснення банками фінансового моніторингу, затвердженому Постановою Правління Національного банку від 19 травня 2020 року № 65¹. При цьому пріоритетним є ризик-орієнтований підхід, який передбачає:

а) комплексну оцінку клієнта на підставі ризикових індикаторів, присвоєння ступеня ризикованості (чим вище рівень ризику, присвоєний клієнту, тим більше уваги буде банк приділяти моніторингу такого клієнта);

б) скоринг-систему (рівень ризику у даному випадку залежить від наступних основних параметрів: приналежності до політично значущих осіб, соціального статусу, рівня доходів і фінансового стану – видів і обсягів операцій, які планує проводити клієнт).

У такій ситуації банки зобов'язані встановити високий рівень ризику клієнтам, які працюють з криптовалютою, а також клієнтам, яких банк підозрює у відмиванні коштів, які можуть бути предметом фіктивного бізнесу.

4. Суб'єкти фінансового моніторингу.

Виходячи з результатів даного дослідження, суб'єктів первинного фінансового моніторингу (СПФМ) можна умовно розділити на дві категорії:

¹ Про затвердження Положення про здійснення банками фінансового моніторингу: постанова Правління Національного банку України від 19 травня 2020 року № 65. Офіційний вісник України. 2020. № 62. Ст. 1920.

а) hard СПФМ, до яких застосовуються всі правила і процедури фінмоніторингу без співчуття і «поблажок»;

б) light СПФМ, які ніби повинні слідувати всім правилам теж, але із «зірочкою» у виді деяких «поблажок».

У свою чергу, категорія hard СПФМ включає у себе:

1) банки;

2) всі суб'єкти господарювання, що надають фінансові послуги;

3) постачальники послуг, пов'язані з обігом віртуальних активів;

4) юридичні особи, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, але надають окремі фінансові послуги.

До категорії light СПФМ відносяться спеціально визначені суб'єкти первинного фінансового моніторингу, а саме:

а) суб'єкти аудиторської діяльності;

б) бухгалтери, суб'єкти господарювання, що надають послуги з бухгалтерського обліку;

в) суб'єкти господарювання, які здійснюють консультування з питань оподаткування;

г) адвокатські бюро, адвокатські об'єднання та адвокати, які здійснюють адвокатську діяльність індивідуально;

г) нотаріуси;

д) суб'єкти господарювання, які надають юридичні послуги;

е) особи, які надають послуги зі створення, забезпечення діяльності або управління юридичними особами;

е) суб'єкти господарювання, які надають посередницькі послуги під час здійснення операцій з купівлі-продажу нерухомого майна, а також суб'єкти господарювання, які надають за винагороду консультаційні послуги, пов'язані з купівлею-продажем нерухомого майна;

ж) суб'єкти господарювання, які здійснюють торгівлю за готівку дорогоцінними металами і дорогоцінним камінням та виробами з них;

з) суб'єкти господарювання, які проводять лотереї та / або азартні ігри.

При цьому, варто зазначити, що спеціально визначені суб'єкти СПФМ звільнені від зобов'язань щодо:

1) забезпечення відповідно до встановлених вимог належної організації та проведення первинного фінансового моніторингу;

2) забезпечення реєстрації фінансових операцій, що підлягають фінансовому моніторингу, зокрема з використанням засобів автоматизації;

3) зберігання (таким чином, щоб оперативно надавати за запитом відповідних органів, і в обсязі, достатньому для відновлення інформації про конкретні фінансові операції) документів (в тому числі електронних), їх копій, записів, даних, інформації про заходи, вжиті на виконання вимог в сфері запобігання та протидії, в тому числі щодо здійснення належної перевірки клієнтів (в тому числі ідентифікації та

верифікації представників клієнтів, встановлення їх повноважень), а також осіб, яким СПФМ було відмовлено у встановленні ділових відносин та / або проведенні фінансових операцій, а також всіх документів, що стосуються ділових відносин (проведення фінансової операції) з клієнтом, не менше п'яти років після припинення ділових відносин з клієнтом або завершення разової фінансової операції без встановлення ділових відносин з клієнтом в частині виявлення, реєстрації та зберігання інформації про порогові фінансові операції.

Крім того, особливістю запобіжної діяльності у банківській системі є те, що нотаріуси, адвокатські бюро, адвокатські об'єднання, адвокати, які здійснюють адвокатську діяльність індивідуально, особи які надають юридичні послуги, можуть не виконувати обов'язки щодо здійснення належної перевірки клієнта і не повідомляти Держфінмоніторинг про свої підозри в разі надання послуг із захисту клієнта або представництва його інтересів в судових органах та у справах досудового врегулювання спорів або надання консультацій із захисту і представництва клієнта.

При цьому важливим, у зв'язку з цим є той факт, що сам СПФМ зобов'язаний стати на облік як СПФМ в Держфінмоніторингу.

5. Суб'єкт відповідальності за фіномоніторинг.

Згідно чинного законодавства України, суб'єкт господарювання, який відноситься до об'єктів СПФМ, зобов'язаний призначити співробітника, який буде відповідальним за проведення фінансового моніторингу (відповідальний співробітник).

Такий відповідальний співробітник призначається на посаду на рівні керівництва і повинен мати бездоганну ділову репутацію та відповідати кваліфікаційним вимогам (саме це можна назвати одним із заходів індивідуального запобігання у банківській сфері діяльності).

При цьому кваліфікаційні вимоги щодо таких осіб встановлюються державним органом, який виконує функції державного регулювання та нагляду за відповідним СПФМ. Разом з тим, як встановлено в ході цієї наукової розробки, до всіх претендентів вимоги практично однакові і їх можна узагальнити наступним чином:

- 1) бездоганна ділова репутація;
- 2) певний досвід роботи у відповідній сфері діяльності СПФМ або в сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення);
- 3) знання державної мови;
- 4) для професійних учасників ринку цінних паперів додається ще й сертифікат про право здійснення професійної діяльності на фондовому ринку.

Знову ж таки і в такій ситуації СПФМ зобов'язаний вживати заходи для забезпечення проходження відповідальним співробітником банківських установ

навчання в сфері запобігання та протидії відмиванню коштів протягом трьох місяців з дня їх призначення, а також підвищення кваліфікації шляхом проходження навчання не менше одного разу на три роки на базі відповідного навчального закладу.

У той самий час, необхідно визнати, що відповідальний працівник при виконанні функцій з питань проведення фінансового моніторингу незалежний у своїй діяльності, підзвітний тільки керівнику СПФМ та зобов'язаний не рідше одного разу на місяць інформувати у письмовій формі керівника про виявлені фінансові операції, що підлягають фінансовому моніторингу, та заходи, вжиті, зокрема, для :

- а) забезпечення проведення первинного фінансового моніторингу;
- б) розроблення та оновлення внутрішніх документів з питань фінансового моніторингу;
- в) підготовки персоналу щодо виконання вимог закону шляхом проведення освітньої та практичної роботи.

6. Порядок постановки на облік.

Відповідно до положень нормативно-правових актів з означеної проблематики, протягом трьох робочих днів з дати призначення працівника, відповідального за проведення фінансового моніторингу, але не пізніше дня проведення першої фінансової операції (дати встановлення ділових відносин з клієнтом) мають стати на облік у Держфінмоніторингу як суб'єкти:

- а) банки, страховики (перестраховики), страхові (перестрахові) брокери, кредитні спілки, ломбарди та інші фінансові установи;
- б) платіжні організації, учасники або члени платіжних систем;
- в) товарні та інші біржі, які проводять фінансові операції з товарами;
- г) професійні учасники фондового ринку (ринку цінних паперів), крім осіб, які здійснюють діяльність з організації торгівлі на фондовому ринку;
- г) оператори поштового зв'язку, інші установи, які надають послуги з переказу коштів (поштового переказу) і здійснення валютних операцій;
- д) філії або представництва іноземних суб'єктів господарської діяльності, які надають фінансові послуги на території України;
- е) постачальник послуг, пов'язаних з обігом віртуальних активів;
- є) інші юридичні особи, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, але надають окремі фінансові послуги;
- ж) спеціально визначені суб'єкти: суб'єкти аудиторської діяльності, бухгалтери, суб'єкти господарювання, що надають послуги з бухгалтерського обліку, суб'єкти господарювання, які здійснюють консультування з питань оподаткування, особи, які надають послуги зі створення, забезпечення діяльності або управління юридичними особами.

При цьому варто звернути увагу на те, що не пізніше дня проведення першої фінансової операції (дати встановлення ділових відносин з клієнтом)

ДЕЛІКТОЛОГІЯ

стають на облік у Держфінмоніторингу як суб'єкти спеціально визначені суб'єкти, які здійснюють свою діяльність:

- 1) одноособово, без утворення юридичної особи;
- 2) суб'єкти аудиторської діяльності;
- 3) бухгалтери, суб'єкти господарювання, що надають послуги з бухгалтерського обліку;
- 4) суб'єкти господарювання, які здійснюють консультування з питань оподаткування;
- 5) особи, які надають послуги зі створення, забезпечення діяльності або управління юридичними особами.

7. Проведення та створення касових операцій в банку

3 червня 2019 року набула чинності постанова Національного банку України від 18.04.2019 р. № 62, якою були внесені зміни до Інструкції про ведення касових операцій банками в Україні (№103), а саме: з'явився новий п.1111, відповідно до якого: банк (філія, відділення) на виконання вимог законодавства України про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, а також з урахуванням ризик-орієнтованого підходу має забезпечити вжиття заходів, спрямованих на вивчення клієнтів – суб'єктів господарювання, які здійснюють касові операції для подальшого здійснення готівкових розрахунків, з метою спростування або підтвердження підозр щодо здійснення клієнтом фінансових операцій, які містять ознаки фіктивності.

При цьому банк (філія, відділення), застосовуючи ризик-орієнтований підхід, має забезпечити отримання від клієнта - суб'єкта господарювання підтверджуючих документів (такими документами можуть бути: закупівельний акт; закупівельна відомість; податковий розрахунок сум доходу, нарахованого (сплаченого) на користь фізичних осіб, і сум утриманого з них податку, кредитний договір; договір поставки; договір транспортування; договір зберігання)), на підставі яких здійснюються готівкові розрахунки.

Важливим у зв'язку з цим є той момент, що стосується індивідуального запобігання кримінальним правопорушенням, цей перелік не є виключним і залежить від того, для якої саме мети знімається готівка.

Оскільки, критеріїв щодо суми знятої готівки, при досягненні якої банки можуть вимагати від клієнта такі документи, немає, банк має право витребувати від підприємства документальне підтвердження на будь-яке зняття готівки з метою доведення його зв'язку з господарською діяльністю, розпочинаючи з 03.06.2019 р., як це передбачено Законом України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом або фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового

знищення»¹. Тобто, потрібно бути готовим їх надати, якщо того вимагатиме банк.

Якщо ж документи заявник не надав, то готівку можуть не видати і взагалі банк може відмовити підприємству у подальшому обслуговуванні (ст. 10 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»²).

Відсутність документального підтвердження буде розцінюватись як ознака фіктивної операції з відповідними наслідками передбаченими законом.

Норми п. 1111 Інструкції №103 також поширюються на зняття готівки з корпоративної картки.

При цьому, оскільки, під касою банку Інструкція розуміє і банкомати, через які знімається готівка, а також пункти дистанційного обслуговування, то згідно з абзацом г) пп. 164.2.17 Податкового кодексу України до загального місячного (річного) оподатковуваного доходу платника податку включається дохід, отриманий платником податку як додаткове благо, зокрема у вигляді суми грошового відшкодування будь-яких витрат платника податку, крім тих, що обов'язково відшкодовуються згідно із законом за рахунок бюджету або звільняються від оподаткування згідно з цим розділом³.

Крім цього, відповідно до вимог пп.14.1.47 Податкового кодексу України – це додаткові блага – кошти, матеріальні чи нематеріальні цінності, послуги, інші види доходу, що виплачуються (надаються) платнику податку податковим агентом.

Поряд з цим, якщо такий дохід не є заробітною платою та не пов'язаний з виконанням обов'язків трудового найму або не є винагородою за цивільно-правовими договорами (угодами), укладеними з таким платником податку (крім випадків, прямо передбачених нормами розділу IV ПКУ), у свою чергу абзацом б) пп. 170.9.1 ПКУ передбачено, що до оподатковуваного доходу платника не включаються та не оподатковуються документально підтверджені витрати, здійснені за рахунок готівкових чи безготівкових коштів, наданих платнику податку під звіт роботодавцем на організацію та проведення прийомів, презентацій, свят, розваг та відпочинку, придбання та розповсюдження

¹ Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України від 06 грудня 2019 року № 361-IX. Відомості Верховної Ради України. 2020. № 25. Ст. 171

² Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України від 06 грудня 2019 року № 361-IX. Відомості Верховної Ради України. 2020. № 25. Ст. 171

³ Податковий кодекс України: прийнятий 02 грудня 2010 року. Відомості Верховної Ради України. 2011. № № 13-17. Ст. 112.

подарунків, у встановлених межах, що здійснені таким платником та/або іншими особами з рекламними цілями.

Таким чином, кошти, що знімаються з розрахункового рахунку в банку можуть бути використані лише на цілі, пов'язані з господарською діяльністю підприємства.

У разі зняття коштів через корпоративну платіжну картку працівниками підприємства, або отримання готівки з каси банку, ці кошти вважаються виданими під звіт.

При цьому у разі відсутності підтверджуючих документів про витрачання коштів, що видані під звіт на цілі, пов'язані з господарською діяльністю, такі кошти визнаються додатковим благом працівника та підлягають оподаткуванню (з «натуральним коефіцієнтом» та військовим збором.

8. Як встановлено в ході даного дослідження, вагомим фактором у роботі клієнтів на сьогодні є інтернет-банкінг, тобто дистанційне обслуговування клієнтів банків через Всесвітню мережу, або інтернет-банкінг (англ. – e-banking). Для України це не є ноу-хау.

Так, юридичні особи використовують дистанційне керування банківськими рахунками ще з середини 90-х років.

У роздрібному інтернет-банкінгу першопроходцем став ПриватБанк, що в 2001 році запустив систему Приват24¹.

При цьому, головне, що відлякує в інтернет-банкінгу – ризик шахрайства. Саме з цієї причини багато банків до останнього не впроваджували в своїх онлайн-системах можливість здійснення платежів.

Слід зазначити, що останнім часом рівень захисту банківських мереж істотно виріс, а функціонал інтернет-банкінгів розширився.

У той самий час, варто зауважити, що основним слабким місцем інтернет-банкінгу є недбале ставлення клієнтів до дотримання правил роботи з системою.

Як показує практика, найчастіше клієнти забувають періодично міняти паролі для доступу в систему, або, що ще гірше, повідомляють свої паролі стороннім особам. І це при тому, що головне правило безпеки при використанні інтернет-банкінгу - ніколи і нікому, усно, по електронній пошті, або по телефону не повідомляти свої паролі для входу в інтернет-банкінг. Хоча варто констатувати, що той чи інший вид захисту застосовується в залежності від спектру послуг, що надаються користувачам через інтернет-банкінг.

Зокрема, якщо до переліку функціоналу відноситься тільки перегляд стану рахунку - досить захисту тільки у вигляді введення пароля і логіна, якщо

¹ Панов М. Відмежування незаконних дій з платіжними засобами (ст. 200 КК України) від суміжних суспільно небезпечних діянь та встановлення сукупності з іншими злочинами. Право України. 2010. № 1. С. 82-89.

ж інтернет-банкінг дає можливість здійснювати платежі в межах лімітованих сум - банки практикують захист у вигляді електронного цифрового підпису.

При цьому, генератор пароля зазвичай застосовують як захист, при здійсненні через інтернет-банкінг платежів без обмежень.

Як встановлено у ході даного наукового дослідження, для автентифікації (авторизації) платіжних операцій в інтернет-банкінгу банками використовуються такі методи:

а) одноразові паролі (OTP). (Найзручніший формат для користувача).

При цьому, паролі можуть генеруватися на стороні банку: в такому випадку користувач має можливість отримувати їх різними способами – на банкоматі, у вигляді SMS-повідомлення (в Україні найбільш поширений на сьогодні спосіб), у вигляді списку (TAN-коди) і т.п.

Одноразові паролі можуть також генеруватися на стороні клієнта з використанням автономних генераторів одноразових паролів (токенів), ПЗ або рішень інтегрованих в смарт-карти останнього покоління;

б) електронно-цифровий підпис (ЕЦП).

Як свідчить практика, електронний цифровий підпис може використовуватися юридичними і фізичними особами як аналог власноручного підпису для надання електронному документу юридичної сили.

Цей підпис може перебувати на USB-флешках, смарт-картах, а також у вигляді JAVA-аплетів (використовуватися через веб-браузер).

Знову ж таки, використання ЕЦП хоча і найбільш рекомендовано НБУ, у той самий час не є зручним рішенням для кінцевого користувача, позаяк USB-флешки мають апаратну залежність (тільки на пристроях з USB-портами), тобто з такими пристроями як смартфони або планшети, їх використовувати неможливо.

Як показали результати даного дослідження, смарт-карти в більшості своїй також мають апаратну залежність - необхідна наявність рідера смарт-карт, який повинен бути завжди з користувачем для виконання платежів.

Більш того, рішення на базі JAVA-аплетів підходять тільки для десктопів або ноутбуків, а також вимагають наявності браузера з підтримкою JAVA, установки віртуальної JAVA-машини і більш високого рівня підготовки користувачів, так як процес генерації вимагає уваги і пов'язаний з рядом обмежень (прив'язкою до IP-адреси комп'ютера, обмеженням по кількості згенерованих паролів, необхідністю знання процедури деактивації паролів по закінченню їх терміну дії та ін.).

Виходячи з отриманих результатів даного дослідження, як видається, під час роботи в системі Інтернет-банкінгу рекомендується здійснювати необхідні заходи безпеки від протиправних дій шахраїв, а саме:

1) стежити за тривалістю WEB-сесії, яка з метою забезпечення безпеки зазвичай обмежена 10 хвилинами;

- 2) для навігації в системі використовувати виключно посилання і кнопки системи Інтернет-банкінгу банку;
- 3) не використовувати кнопки навігації браузера (наприклад, «Вперед» / «Назад»);
- 4) перед тим як змінити пароль, перевірити сертифікат безпеки банківського сервера;
- 5) звертати увагу на повідомлення браузера при їх появі;
- 6) відслідковувати історію підключень до системи Інтернет-банкінгу;
- 7) відслідковувати історію змін пароля;
- 8) звертати увагу на зображення унікального аватара при його наявності;
- 9) завжди використовувати кнопку «Вихід» для завершення сеансу роботи в системі Інтернет-банкінгу;
- 10) не використовувати функцію збереження паролів, яку може запропонувати браузер.

Як свідчить практика, в даний час у фінансових установ є широкий спектр інструментів для забезпечення безпеки використання клієнтами своїх коштів (всілякі сертифікати, генератори кодів доступу, електронні цифрові підписи, віртуальні клавіатури і багато іншого).

Поряд з цим, необхідно визнати, що у будь-якому випадку, який би не був рівень безпеки банківської системи, самим ключовим гарантом збереження власних фінансів є безпосередньо сам клієнт.

При цьому варто також констатувати, що у технологічній складовій системи безпеки інтернет-банкінгу можна виокремити два напрямки - авторизацію користувача системи і авторизацію платіжних операцій, що здійснюються дистанційно.

Зокрема, ідентифікація користувача системи проводиться банком з використанням статичного логіна і пароля, який повинен періодично змінюватися для зменшення ризиків компрометації та запобігання вчиненню кримінальних правопорушень щодо клієнтів банків.

9. Актуалізація даних.

Як показник результату цієї наукової розробки найпоширенішою проблемною ситуацією, з якою зіштовхуються клієнти банку, є актуалізація даних, яку згідно закону потрібно проходити раз на рік.

Актуалізація даних - це підтвердження наявної інформації та отримання додаткових необхідних даних про клієнта Банку, в тому числі ідентифікаційних, шляхом отримання документального підтвердження наявності (відсутності) змін у них.

Актуалізація даних обов'язкова процедура для всіх банків та їх клієнтів згідно з постановою НБУ № 65 від 19.05.2020 р.¹, враховуючи, що Національний банк є одним з органів державного фінансового моніторингу України, (діяльність із виявлення незаконно отриманих доходів та запобігання фінансуванню тероризму).

Національний банк встановлює до банків та небанківських установ вимоги щодо протидії відмиванню незаконно отриманих доходів та перевіряє їх дотримання.

Зокрема, здійснюючи фінансовий моніторинг, банки і небанківські фінансові установи перевіряють клієнтів та аналізують їх фінансові операції. При цьому, у разі виявлення підозрілих операцій, банки зобов'язані інформувати Державну службу фінансового моніторингу та правоохоронні органи України щодо таких фактів².

Необхідно також зазначити, що Національний банк діє відповідно до Міжнародних стандартів з протидії відмиванню доходів та фінансуванню тероризму і розповсюдженню зброї масового знищення FATF³.

У свою чергу, банк, як суб'єкт первинного фінансового моніторингу, зобов'язаний здійснювати належну перевірку нових клієнтів, а також існуючих клієнтів (представників клієнтів) та забезпечити актуальність отриманих та існуючих документів, даних та інформації про клієнта.

Крім цього, банк може активізувати заходи щодо актуалізації даних про клієнтів за допомогою дистанційної системи обслуговування, засобів електронної пошти із застосуванням КЕП удосконаленого електронного підпису, телефонів, кол-центру, інших каналів зв'язку в межах технічних можливостей установи, але у будь-якому разі він здійснює документування вжиття зазначених заходів таким чином, щоб бути спроможним продемонструвати їх належне вжиття (шляхом збереження відповідних записів і файлів).

Таким чином, проведений аналіз практичних проблем, що мають місце у банківській та запобіжній діяльності у зазначеній галузі суспільних відносин, дає підстави констатувати, що цей процес в Україні є таким, що потребує суттєвого удосконалення як на нормативно-правовому та прикладному рівнях, так і на науковому рівні.

¹ Про затвердження Положення про здійснення банками фінансового моніторингу: постанова Правління Національного банку України від 19 травня 2020 року № 65. Офіційний вісник України. 2020. № 62. Ст. 1920

² Про затвердження Положення про здійснення банками фінансового моніторингу

³ Гаврилук Р. О. Директива РЄ «Про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання грошових коштів і фінансування тероризму» як нормативний орієнтир Української держави у сфері правового регулювання аналогічних суспільних відносин. Теорія та практика адаптації банківського законодавства України до вимог ЄС: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 03 листопада 2017 року). Yerevan: Eurasian Social Science Association, 2018. С. 8-17.

Зазначений висновок ґрунтується на тих результатах спеціальних наукових пошуків, що здійснені з цього приводу та у контексті існуючих у сфері запобігання та протидії кримінальним правопорушенням у цілому в Україні. До таких можна віднести роботи А. М. Ключко та В. В. Нежевело¹; В. Д. Поливанюка²; І. В. Сингаївської³ та ін.

Поряд з цим, виходячи із закріплених у цій роботі завдань, заслуговують на увагу й інші результати застосування у ході даного дослідження методу «включеного спостереження» (вивчення банківських проблем шляхом безпосередньої участі у цій діяльності як працівника банківської установи).

У цьому контексті можна назвати такі питання індивідуального характеру, що негативно впливають як на ефективність банківської, так і запобіжної діяльності у зазначеній галузі суспільних відносин, а саме:

1. Задоволеність клієнта.

Звісно, що кожен працівник банку повинен неодмінно допомогти клієнту у вирішенні будь-якого питання, але клієнти вже знають і стикались з опитуванням задоволеності обслуговування.

Як показує практика, не кожен клієнт оцінює задоволеність обслуговуванням саме працівника, а часто оцінку дають саме банківському продукту, або ж банку в цілому. На превеликий жаль, клієнти навіть не підозрюють що у працівників є певні рейтинги та норми задоволеністю обслуговування.

Зокрема, якщо клієнт має заборгованість перед банком або ж проблемне питання, яке потребує більше часу на вирішення, клієнт з «пересердя» ставить негативну оцінку, від цього страждає саме працівник банку, адже його показники погіршуються, що не дає змоги досягнути певних результатів (нормативів) і отримати додаткове преміювання, а подекуди навіть є випадки пониження в посаді і звільнення з роботи працівника банку як некваліфікованого.

2. Нормативи - це особливі внутрішні норми які повинен виконати співробітник банку щоб отримати доплату до основної ставки зарплати.

Оплата праці співробітника банку на ринку України виглядає дуже гарно і у деяких клієнтів складається враження, що ці особи отримують значні суми. Насправді ж виплати наближені до сьогоденної реальності і часто не перевищують мінімального розміру заробітної плати, встановленої на законодавчому рівні.

¹ Ключко А. М., Нежевело В. Р. Детермінанти злочинності у сфері банківської діяльності України. Юридичний науковий електронний журнал. 2017. № 6. С. 297-301

² Поливанюк В. Д. Криміналістична характеристика злочинів, вчинених у банківській системі. URL: <https://forinsurer.com/public/03/11/18/839>

³ Сингаївська І. В. Фальшивомонетництво в Україні: кримінально-правовий та кримінологічний аспекти: монографія. Луганськ: Віртуальна реальність. 2010. 358 с

Зокрема, оплата праці середньостатистичного працівника банку складається з основної, подекуди, мінімальної заробітної плати і преміювання, яке напряму залежить від виконаних норм.

Часто клієнти стикаються з тим що банкіри пропонують той чи інший продукт банку, подекуди «добровільно-примусово», без згоди клієнта (видають їм ще одну картку чи кредит).

Справа у тому, що банківські працівники змушені це робити, адже у них є свої нормативи, і керівництво банку встановлює їх для залучення більшої кількості клієнтів і продажу, відповідно, більшої кількості банківських продуктів.

Надзвичайно складно дотримуватись цих норм, оскільки у такому випадку працівники банків перетворюються на «продавців», що негативно відбивається як на їх професійних якостях так і на відношенні до клієнтів даних установ.

Подекуди, саме продаж того чи іншого продукту банку стає основним в роботі, оскільки виникає острах: не виконання нормативів і як наслідок - вимушеність пояснювати керівництву установи причину цього; потрапити в низький рейтинг і не отримати додаткову виплату.

За клієнтами потрібно «бігати», впрошувати, наполягати, і нерідко «замовчувати» всі, так би мовити, не дуже привабливі нюанси банківського продукту, через що останні часто зайво витрачають (переплачуючи) власні кошти.

3. Практика також показує, що працівник, зокрема, контактного центру щоденно стикається з нормативами, які повинен виконувати.

Основним показником є так званий FCR – це частка звернень клієнтів, у яких проблема була вирішена з першого разу.

Якщо клієнт телефонує до оператора банку і вирішує своє питання з першого разу то оператору зараховується 100% вирішення питання.

У той самий час, у випадку якщо протягом дня до оператора зателефонувало 50 клієнтів і певний відсоток звернувся повторно, показник спеціаліста зменшується, що впливає на його рейтинг порівняно з іншими колегами.

Але цей показник, на думку і операторів і лінійного керівництва, часто є не зовсім коректним.

Припустимо, клієнт має декілька організацій і протягом дня в нього виникло питання по абсолютно різним банківським продуктам, у зв'язку з чим він змушений телефонувати повторно. Проте, це не враховується при оцінці оператора, тобто показник падає незалежно від того, скільки часу та зусиль витратив працівник банку на вирішення питання, а це підвищує рівень професійного стресу окремо взятого працівника банку, адже не підлягає коригуванню FCR та зменшує рейтинг.

Ще одним показником який впливає на рейтинг є дисципліна – звісно вона має бути, але, знову ж таки, якщо в оператора дисципліна на ранок припустимо 100%, і якщо йому потрібно перетелефонувати клієнту, або ж він не

вчасно виходить в робочу перерву, через те, що його затримав клієнт, чи припустимо виникло складне питання, для якого працівнику банку потрібно брати додатковий час на вирішення, - дисципліна падає. І вона ні в якому разі не повинна бути менше 85%, що особливо важко зробити у разі масових труднощів, як наприклад виникнення технічних збоїв чи прохання клієнта перетелефонувати повторно.

І, звісно ж, є ще й показник швидкості прийняття дзвінка, тобто, як тільки оператор звільнився у нього є лише 10 секунд для відпочинку, і відразу ж після поступлення дзвінка в секунді брати слухавку з наступним клієнтом, адже там також є свій рейтинг.

Отже, враховуючи зазначене вище, можна зробити висновок про те, що працівники банківських установ в деякій мірі залежні від системи банку, рейтингових показників і норм, які потрібно виконувати, а це є основним фактором частих кадрових змін, звільнень а також морального і психологічного перенавантаження цих осіб, подекуди навіть бажання «помсти» будь-яким способом працівниками банку банківській установі шляхом вчинення кримінального правопорушення у виді шахрайства з фінансовими ресурсами, зловживання службовим становищем, розголошенням банківської таємниці тощо.

Таким чином, застосування у даній науковій розробці такого наукового підходу, як «від загального до особливого та конкретного» дало можливість не тільки визначити сучасний стан запобіжної діяльності у банківській системі України (зокрема, негативні тенденції збільшення у 2016-2021 р. р. кількості вчинених у цій галузі суспільних відносин кримінальних правопорушень, особливо шахрайства з фінансовими ресурсами), але й встановити детермінанти, що спричинюють та обумовлюють вчинення суспільно небезпечних діянь у банківській сфері, на корпоративному рівні (тобто в умовах функціонування тих чи інших банківських установ), а також на індивідуальній основі (з боку конкретно взятих осіб з числа клієнтів або працівників банку)¹.

При цьому однією з ключових детермінант, що входить до «причинного ланцюга» злочинності² у сфері банківської діяльності, є неналежне нормативно-правове забезпечення даного процесу, що й стало у даній роботі спеціальним завданням наукового пошуку³.

¹ Колб Р. О., Коваленко В. В. Про зміст кримінологічної характеристики злочинів. Кримінально-правові та кримінологічні аспекти протидії злочинності: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 24 листопада 2017 р.). Одеса: ОДУВС, 2017. С. 116-118.

² Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: у 3-х кн. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. Кн. 1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. 424 с.

³ Колб Р. О. Банківська установа як суб'єкт запобігання злочинам: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Запоріжжя: КПУ, 2021. 20 с.

2.1. Конституційні та інші нормативно-правові засади забезпечення діяльності банків як суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням

У науковій літературі слово «забезпечення» означає задовольнити кого-, що-небудь у якихось потребах; надавати кому-небудь достатні матеріальні засоби до існування; створювати надійні умови для здійснення чого-небудь; гарантувати щось¹.

У свою чергу, словосполучення «нормативно-правове» означає те, що вживається у сфері правових відносин залежно від юридичної сили і дотримання ієрархії нормативного акта².

Взявши це визначення за основу, деякі органи держаної влади в Україні сформулювали поняття «нормативно-правового акту», під яким слід розуміти офіційний письмовий документ, прийнятий чи виданий уповноваженим на це суб'єктом нормотворення у визначеній законодавчій формі та за встановленою законодавством процедурою, який спрямовано на регулювання суспільних відносин, містить нормативні приписи, розрахований на багаторазове застосування й дія якого не вичерпується одноразовим виконанням³.

Закріплено цей термін і в Законі України «Про нормативно-правові акти»⁴.

У такому ж контексті можна розглядати й зміст поняття «законодавче» та «конституційне»⁵.

Отже, якщо узагальнити отриману вище інформацію та її систематизувати згідно законів формальної логіки⁶, то під «конституційним, законодавчим та іншим нормативно-правовим забезпечення діяльності банків як суб'єктів запобігання кримінальним правовідношенням» слід розуміти визначену та гарантовану у відповідних нормативно-правових джерелах процедуру здійснення запобіжної діяльності банківськими установами усіх форм власності у галузі їх безпосереднього суспільного призначення та функціонування, з метою недопущення та протидії вчиненню у ній кримінальних правопорушень.

Таким чином, до системоутворюючих ознак, що складають зміст даного поняття, варто віднести наступні із них:

¹ Словник української мови: в 11 томах. Київ: Наукова думка, 1972. Т. 3. 687 с.

² Нормативно-правовий термін. Вікіпедія. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki>

³ Щодо визначення поняття нормативно-правового акту при встановленні надбавки за високі досягнення в праці або виконання особливо важливої роботи: Лист Державної митної служби України від 04 грудня 2008 року № 17/1-6/2073 –ЕП. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>

⁴ Про нормативно-правові акти: Закон України від 05 квітня 2001 року № 32369-III. URL: zakon.rada.gov.ua

⁵ Про нормативно-правові акти: Закон України від 05 квітня 2001 року № 32369-III. URL: zakon.rada.gov.ua

⁶ Гребеньков Г. В. Человек в правовом бытии: Введение в правовую персоналию: монография. Донецк: Донецк. юрид. ин-т МВД Украины, 2013. 540 с.

1. Визначену на нормативно-правовому рівні діяльність запобіжного характеру.

У даному випадку мова ведеться про те, що діяльність банківської системи в Україні має чіткі правові засади, що забезпечуються як конституційними та законодавчими джерелами, так і на підзаконному (відомчому) рівні.

При цьому, поряд з основною своєю функціональною соціально-правовою природою, банківські установи об'єктивно вимушені займатись й запобіганням вчиненню кримінальних правопорушень у цій галузі суспільних відносин, тобто банк, як окремо взята юридична особа, має дуалістичну спрямованість при реалізації своїх функцій і завдань.

З огляду цього, й слід вести мову про банківську установу як суб'єкт запобігання кримінальним правопорушенням.

2. Запобіжна діяльність банків має бути гарантована на нормативно-правовому рівні.

Гарантія – це умови, що забезпечують успіх чого-небудь¹, а в контексті змісту юридичної гарантії – то це є законодавчо закріплені засоби охорони прав і свобод громадян, способи їх реалізації, а також засоби охорони правопорядку, інтересів суспільства і держави².

У юридичній літературі мова ведеться також про гарантії законності, тобто про об'єктивні умови і суб'єктивні фактори, а також спеціальні засоби і заходи, за допомогою яких забезпечується режим законності³.

Виходячи з означених вище теоретичних підходів, правовими гарантіями діяльності банківських установ виступають ті законодавчі акти, які визначають їх правовий статус як суб'єктів запобігання та протидії кримінальним правопорушенням у вказаній галузі суспільних відносин.

3. Запобіжна діяльність банків України витікає із змісту конституційних, законодавчих та інших нормативно-правових актів, які регламентують їх соціально-правову природу у системі суспільних відносин, а також визначають функції і завдання щодо забезпечення прав і законних інтересів усіх учасників банківської діяльності.

Перелік нормативно-правових джерел, що складають зміст терміну «законодавство», визначений у рішенні Конституційного Суду України від 09 липня 1998 року № 12-пр/98⁴, а інших – у Законі України «Про нормативно-правові акти»¹.

¹ Великий тлумачний словник української мови / укл. О. Єрошенко. Донецьк: ТОВ «Глорія Трейд», 2012. 864 с.

² Великий тлумачний словник української мови.

³ Кельман М. С., Котуха О. С., Коваль І. М. Загальна теорія держави і право: підручник / за заг. ред. д.ю.н. проф. М. С. Кельмана. Тернопіль: Терно-граф, 2018. 804 с.

⁴ Рішення Конституційного Суду України «У справі за конституційним зверненням Київської міської ради, професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21

При цьому варто констатувати, що функції та завдання банківських установ як суб'єктів запобігання кримінальних правопорушень витікають не стільки із загальних нормативно-правових актів з питань запобіжної діяльності, скільки із змісту тих законів, що визначають статус і порядок функціонування банків в Україні, що є додатковим аргументом дуалістичності соціально-правової природи цих установ.

4. Запобіжна діяльність банків України передбачає відповідну процедуру реалізації відповідних функцій і завдань з означених питань.

У доктринальних джерелах під процедурою розуміють офіційно встановлений чи у звичайний порядок здійснення, виконання або оформлення чого-небудь².

Знову ж таки, порядок дій банківських установ України, що стосуються запобігання та протидії кримінальним правопорушенням у зазначеній сфері суспільних відносин, визначений, у першу чергу, у нормативно-правових актах, які регулюють зміст банківської діяльності.

І ця обставина свідчить про те, що у такому статусі банки діють як суб'єкти запобіжної діяльності.

Як з цього приводу слушно зауважили А. Х. Степанюк та К. А. Автухов, втілення в життя норм матеріального права, установлення правопорядку є неможливим поза належною процедурою, визначеною не тільки формально, а й спрямованою на реалізацію принципів свободи, рівності й гуманізму³.

5. Запобіжною діяльністю мають займатись банківські установи усіх форм власності.

Такий висновок ґрунтується на законодавчо-визначених положеннях, які регулюють банківську діяльність в Україні, у тому числі Закон України «Про Національний банк України», у ст. 7 якого серед інших функцій його діяльності є й та, що стосується даної проблематики, а саме:

1. встановлює для банків правила проведення банківських операцій, бухгалтерського обліку і звітності, захисту інформації, коштів та майна (п. 4 ч. 1 даної статті Закону);

2. здійснює банківське регулювання та нагляд на індивідуальній та консолідованій основі (п. 1 ч. 1 цієї статті);

Кодексу законів про працю України (справа про офіційне тлумачення терміну «законодавство») від 09 липня 1998 року № 12-пр/98. Офіційний вісник України. 1998. № 32. Ст. 1209.

¹ Про нормативно-правові акти: Закон України від 05 квітня 2001 року № 32369-III. URL: zakon.rada.gov.ua

² Великий тлумачний словник української мови / укл. О. Єрошенко. Донецьк: ТОВ «Глорія Трейд», 2012. 864 с.

³ Степанюк А. Х., Автухов К. А. Процесуальні аспекти доктрини кримінально-виконавчого права. Правова доктрина України: у 5 т. Харків: Право, 2013. Т. 5: Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. С. Батиргарєєва та ін., за заг. ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова. С. 784-798

3. здійснює погодження статутів банків і змін до них, ліцензування банківської діяльності та операцій у передбачених законом випадках, веде Державний реєстр банків, створює та веде Кредитний реєстр Національного банку України (п.9 ч. 1 цієї статті Закону)¹.

6. Запобіжною діяльністю банківські установи займаються лише у сфері їх функціонування, позаяк вони не наділені статусом правоохоронного органу², а також не віднесені до оперативних підрозділів (ст. 5 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»³) та слідчих⁴.

7. Метою діяльності банківських установ як суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням є недопущення та протидія вчиненню цих суспільно небезпечних діянь.

Зазначена мета, хоча дещо й не кореспондується із змістом і метою банківської діяльності, але витікає з її змісту, як об'єктивно необхідна та невід'ємна у контексті необхідності реалізації банківськими установами визначених у законі основних та інших функцій, а також функціональних завдань.

Саме з цих міркувань й визначена у даній роботі роль банківських установ у системі суб'єктів соціальної профілактики.

При цьому варто також констатувати, що тільки при дотриманні та реалізації усіх сформульованих у цій роботі системоутворюючих ознак поняття «конституційне, законодавче та інше нормативно-правове забезпечення діяльності банків як суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням», можливо вести мову про банківські установи як про суб'єкти запобігання кримінальним правопорушенням.

У той самий час, для забезпечення такої діяльності варто вирішити низку існуючих у зв'язку з цим проблем.

У першу чергу, мова ведеться про те, що, зокрема, в Конституції України немає жодної правової норми, яка зобов'язувала б займатись будь-кого запобіжною діяльністю.

Проте, як з цього приводу слушно зауважив А. П. Закалюк, в Основному законі міститься ряд статей, аналіз яких дає змогу визначити ставлення Конституції

¹ Про Національний банк України: Закон України від 20 травня 1999 р. № 679-XIV. Відомості Верховної Ради України. 1999. № 29. Ст. 238

² Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів: Закон України від 23 грудня 1994 року. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 11. Ст. 50.

³ Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 року № 2135-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 22. Ст. 303.

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України: прийнятий 13 квітня 2012 р. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13. Ст. 88.

до цієї державної і, загалом, суспільної діяльності, конституційні основи її здійснення¹.

Зокрема, в ст. 1 Конституції України визначено дві ознаки, які мають пряме відношення до банківської діяльності, а саме – Україна є соціальною та правовою державою.

Так, у ч. 1 ст. 1 Закону України «Про банки та банківську діяльність» у зв'язку з цим зазначено, що цей Закон визначає, крім структури банківської системи, економічні, організаційні і правові засади створення та діяльності банків².

Більш того, метою цього Закону є:

а) правове забезпечення захисту інтересів вкладників та інших клієнтів банків (у контексті змісту банківської діяльності, це визначає також і діяльність, спрямовану на запобігання кримінальним правопорушенням з означених питань);

б) сталого розвитку і стабільності банківської системи (у сенсі банківської діяльності це означає й соціальний захист інтересів клієнтів банків у разі виникнення відповідних ризиків (наприклад, шляхом відшкодування завданих збитків з Фонду гарантування вкладів фізичних осіб³));

в) створення сприятливих умов для розвитку економіки (цей елемент мети включає і питання соціального захисту населення);

г) створення належного конституційного середовища на фінансовому ринку⁴ (зазначена частина мети банківської діяльності передбачає дію не тільки природних законів ринку, але й його захист визначеними у нормативно-правових актах засобами, тобто має і запобіжну складову банківської діяльності).

Звичайно, що, виходячи з сучасних історичних та правових реалій (1991-2021 р. р.), які стали наслідком неналежного рівня забезпечення та протидії кримінальним правопорушенням в Україні, цілком логічним кроком було б закріплення в Конституції України функції держави запобіжного характеру.

Правовою підставою для видозміни Конституції України з означеного питання може стати зміст ст. 3 Основного закону, в якому закріплено положення про те, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість держави. Крім цього, у зазначеній статті визначено ще два ключових напрями запобіжної діяльності, а саме:

а) держава відповідає перед людиною за свою діяльність;

¹ Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: у 3-х кн. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. Кн. 1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. 424 с.

² Про банки та банківську діяльність: Закон України від 07 грудня 2000 р. № 2121-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 5-6. Ст. 30.

³ Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб: Закон України від 20 вересня 2001 р. № 2740-III. URL: zakon.rada.gov.ua. (втратив чинність на підставі Закону України від 21.09.2012 р. № 4452-VI) URL: <https://zakon.rada.gov.ua>.

⁴ Про банки та банківську діяльність: Закон України від 07 грудня 2000 р. № 2121-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 5-6. Ст. 30.

б) утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Враховуючи ці положення та даючи так зване розширене тлумачення їх змісту¹, цілком логічним було б доповнення ст. 3 Конституції України частиною третьою наступного змісту:

«Держава зобов'язана вжити передбачені законом заходи щодо запобігання протиправних посягань на права і законні інтереси людини».

При такому підході підвищиться не тільки рівень запобіжної діяльності в Україні, але й будуть розширені правові засади функціонування державних органів як суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням, включаючи Національний банк України та інші державні банківські установи.

Щодо банків інших форм власності, то це питання може регулюватись Національним банком України при затвердженні їх статутів і видачі ліцензій на підставі своїх повноважень і функцій (ст. ст. 6, 7 Закону України «Про Національний банк України»²).

Стосовно інших положень Конституції України, то у них також у тій чи іншій мірі мова ведеться про запобіжний характер діяльності держави, їх органів, установ, підприємств і організацій (ст. ст. 13, 14, 27, 29, 30, 41, 50 ін.), що й використано у цій роботі при обґрунтуванні внесення змін і доповнень у чинне банківське законодавство України, враховуючи його недосконалість, правові прогалини та колізії.

Зокрема, у базовому нормативно-правовому акті, який регламентує банківську сферу, – Законі України «Про банки та банківську діяльність» взагалі відсутня спеціальна стаття, у якій були б визначені правові засади їх функціонування.

У свою чергу, в ч. 2 ст. 6 «Організаційно-правова форма банку» зазначеного Закону вказано не перелік цих правових джерел, а відсылна диспозиція такого змісту: «Особливості правового статусу, діяльності, реорганізації та ліквідації банків визначаються цим Законом та Законом України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб».

І жодного слова не сказано у зв'язку з цим про Конституцію України та міжнародні договори, які стали частиною національного законодавства та є невід'ємною його частиною³.

¹ Теорія держави і права: підруч. для студ. вищ. навч. закл., О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін., за ред. О. В. Петришина. Харків: Право, 2014. 368 с.

² Про Національний банк України: Закон України від 20 травня 1999 р. № 679-XIV. Відомості Верховної Ради України. 1999. № 29. Ст. 238

³ Рішення Конституційного Суду України «У справі за конституційним зверненням Київської міської ради, професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про офіційне тлумачення терміну «законодавство») від 09 липня 1998 року № 12-пр/98. Офіційний вісник України. 1998. № 32. Ст. 1209

Більш того, у ст. 6, як власне, у цілому в Законі України «Про банки та банківську діяльність» мова про те, що до правової основи функціонування цих установ відносяться й рішення Національного банку України та його Правління (ст. 4 цього Закону та ст. ст. 2, 6, 7, 7-1 Закону України «Про Національний банк України») не ведеться.

При такому законодавчому підході залишились поза увагою й питання здійснення банківськими установами запобіжної діяльності, що суперечить як системі нормативно-правових актів, які регулюють зазначену галузь суспільної діяльності (наприклад, Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»; «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб»; «Про Національний банк України»; ін.), так і внутрішній структурі самого ж Закону України «Про банки і банківську діяльність».

Зокрема, у структурі вказаного Закону можна виокремити наступні положення, що мають пряме відношення до змісту запобігання кримінальним правопорушенням у цій галузі суспільних відносин, а саме:

1) ст. 1, у якій мова ведеться про предмет і мету банківської діяльності та, частково і опосередковано, – про запобіжний її аспект у виді правового забезпечення захисту законних інтересів вкладників та інших клієнтів банків;

2) ст. 9, де закріплені правові засади здійснення банківського нагляду на консолідованій основі;

3) ст. 18, у якій визначені підстави для відмови в погодженні статуту юридичної особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність;

4) ст. 19-1, де вказані підстави для відмови у видачі банківської ліцензії;

5) ст. 44, у якій зазначені правові підстави для здійснення внутрішнього контролю та управління ризиками;

6) ст. 45, де визначені такі ж засади щодо проведення внутрішнього аудиту банку;

7) ст. 46, у якій закріплено обов'язки банків щодо інформування Національного банку України;

8) глава 8, де встановлені вимоги до діяльності банку (ст. ст. 47-54);

9) глава 10 (ст. ст. 60-62), у якій визначено зміст банківської таємниці та правові засади її забезпечення;

10) глава 11 (ст. 63), де мова ведеться про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення;

11) розділ IV, у якому закріплені правові засади регулювання банківської діяльності та здійснення банківського нагляду (ст. ст. 66-67-1);

12) глава 13, у якій визначено порядок здійснення бухгалтерського обліку, звітності та проведення аудиту в банках;

13) глава 14 (ст. ст. 71-72), у якій затверджені умови і правовий порядок проведення інспекційних перевірок банків;

14) глава 14-1 (ст. ст. 73-74), де мова ведеться про заходи впливу (по змісту – це, власне, запобіжні заходи), що застосовуються до порушників у банківській системі¹.

Враховуючи зазначені положення Закону України «Про банки та банківську діяльність», а також з метою їх удосконалення, впорядкування та здійснення інших заходів, спрямованих на усунення існуючих у ньому прогалин, протиріч і колізій, варто було б ст. 6 цього Закону виключити та викласти у новій назві та редакції, а саме:

1. «Стаття 6. Законодавство України про банківську діяльність. Правовий статус рішень Національного банку України.

Законодавство України про банківську діяльність становить Конституція України, міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, цей Закон та інші закони.

Відповідно до вимог Закону України «Про Національний банк України», письмові рішення Національного банку, видані в належному порядку та в межах його повноважень і за змістом не суперечать чинному законодавству та не пов'язані з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина, підлягають виконанню іншими банківськими установами та їх філіями, включаючи й за кордоном.

У разі суперечності норм цього Закону нормам інших законодавчих актів, включаючи відповідні Кодекси України, норми зазначеного Закону мають перевагу».

2. «Стаття 6-1. Організаційна форма банківської діяльності.

Банки в Україні та їх філії створюються у формі акціонерного товариства або кооперативного банку та діють відповідно до чинного законодавства у сфері банківської діяльності, що зазначено в ст. 6 цього Закону, а також Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» та законодавства про акціонерні товариства з урахуванням особливостей, встановлених цим Законом».

При такому підході та реалізації, зокрема, цієї теоретичної моделі, логічно було б по-іншому викласти й зміст ст. 1 Закону України «Про банки та банківську діяльність», а саме – змінити назву цієї правової норми та її диспозицію у цілому, закріпивши їх таким чином:

«Стаття 1. Мета, предмет і завдання Закону.

Метою цього Закону є правове забезпечення захисту законних інтересів вкладників та інших клієнтів банківської системи, включаючи діяльність по

¹ Про банки та банківську діяльність: Закон України від 07 грудня 2000 р. № 2121-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 5-6. Ст. 30

запобігання у ній кримінальних та інших правопорушень, а також охорони банківської таємниці, та сталого розвитку і стабільності банківської системи, створення сприятливих умов для розвитку економіки і належного конкурентного середовища на фінансовому ринку на підставі чинного законодавства з питань банківської діяльності в Україні.

Предметом даного Закону є визначення банківської системи, її органів управління, порядку здійснення банківського нагляду, аудиту інспекційних перевірок банків та заходів впливу, які застосовуються до порушників банківського законодавства, а також встановлення організаційних і правових засад створення, діяльності, реорганізації і ліквідації банків.

Завданнями зазначеного Закону є визначення сфери його застосування, підстав для відмови в погодженні статуту юридичної особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність, та підстав для відмови у видачі банківської ліцензії, порядку взаємодії банківських установ поміж собою та з іншими державними органами, включаючи правоохоронні, а також правових умов, які є обов'язковими при затвердженні статутів окремо взятих банків».

Проте, варто визнати, що якщо застосовувати при цьому системний підхід, то відповідної видозміни у зв'язку з цим потребують й інші нормативно-правові акти, які стосуються банківської та запобіжної діяльності у зазначеній галузі суспільних відносин.

Знову ж таки, у цьому сенсі звертають на себе увагу окремі положення Закону України «Про Національний банк України».

Так, у даному Законі відсутня така норма, яка визначала б завдання вказаної установи, що є необхідною та обов'язковою для будь-якого державного органу.

При цьому, якщо врахувати той факт, що завдання банківських установ не закріплені і в базовому Законі України «Про банки і банківську діяльність», то ця проблема набуває не тільки і не стільки теоретичної значущості, скільки має прикладний характер для банківської системи.

Саме тому та з метою усунення цієї правової прогалини, як видається, необхідно Закон України «Про Національний банк України» доповнити ст. 2-1 «Завдання Національного банку України» та викласти її у наступному змісті:

«Завдання Національного банку визначаються Конституцією України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, цим Законом, іншими законодавчими актами України та які зумовлені предметом і метою банківської діяльності, що визначені на законодавчому рівні.

До особливих завдань Національного банку України належить налагодження взаємодії як всередині банківської системи, так і поза її межами, а також здійснення координації діяльності банківських установ згідно визначених у законі повноважень і функцій».

Крім цього, ч. 1 ст. 7 Закону України «Про Національний банк України» слід доповнити пунктом 39 наступного змісту:

«Для запобігання вчинення кримінальних та інших правопорушень у сфері банківської діяльності Національний банк вправі створювати відповідні підрозділи, здійснювати інспекційні перевірки банків, а також проводити внутрішній та зовнішній аудит їх діяльності».

Такий підхід не тільки витікає із змісту розділу XII (ст. ст. 69,70) зазначеного Закону, але й з відповідних норм (ст. ст. 9, 44, 45, 63, глава 13, ст. ст. 71-72 та 73, 74) Закону України «Про банки та банківську діяльність».

У контексті вирішення завдань цієї наукової розробки, важливе значення для удосконалення змісту запобіжної діяльності банківських установ як суб'єктів соціального контролю та профілактики, без сумніву, відіграють й інші закони, які регулюють вказану галузь суспільних відносин.

Проте, варто при цьому зазначити, що без видозміни змісту двох проаналізованих у цій роботі законів, об'єктивно неможливо системно вирішити проблему щодо наділення банків запобіжними функціями і завданнями, навіть при тому, що у нормативно-правових актах, що стосуються банківської діяльності є відповідні норми (статті, глави, розділи тощо), які мають у собі профілактичну складову (як от: запобігання та протидія легалізації (відмиванню) доходів, одержаних кримінальним шляхом; право на застосування заходів впливу до порушників банківського законодавства; позбавлення ліцензій на зайняття банківською діяльністю тощо).

У той самий час, як показали результати даного дослідження, чимало потенційних можливостей з означених питань міститься й у рішеннях Національного банку України.

Зокрема, як це витікає із змісту ст. 56 Закону України «Про Національний банк України», зазначена установа (як особливий центральний орган державного управління (ст. 2 цього Закону)), видає нормативно-правові акти з питань, що віднесені до його повноважень, які є обов'язковими для органів державної влади і органів місцевого самоврядування, юридичних та фізичних осіб.

При цьому, слід звернути увагу на декілька особливостей, що впливають на зміст рішень Національного банку України:

1. Ці рішення видаються у виді розпорядних актів з питань організаційно-розпорядного характеру або індивідуальної дії, які не є нормативно-правовими актами (ч. 3 ст. 56 зазначеного Закону), що суперечить як в цілому логіці цього Закону, так і ст. 4 Закону України «Про банки та банківську діяльність», згідно до вимог якої Національний банк України здійснює нормативно-правове забезпечення операцій, які вчиняються спеціалізованими банками.

Враховуючи зазначене, слід виключити з ч. 3 ст. 56 Закону України «Про Національний банк України» слово «не», надавши таким чином розпорядним актам цієї банківської установи нормативно-правового характеру.

2. Ці рішення видаються у формі:

а) постанов Правління Національного банку України;

б) інструкцій, положень і правил, що затверджуються постановами Правління НБУ.

При цьому, зазначені рішення не можуть суперечити законам України та іншим законодавчим актам України, і не мають зворотної сили, крім випадків, коли вони згідно із законами пом'якшують або скасовують відповідальність (ч. 4 ст. 56 зазначеного Закону).

Поряд з цим варто звернути увагу на той факт, що у даній нормі немає жадного слова про Конституцію України, згідно ст. 8 якої її положення мають найвищу юридичну силу, а також ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори», у якій зазначено, що останні, згоду на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, мають перевагу у правозастосуванні при умові, якщо регулюють певну сферу суспільної діяльності поряд з відповідними нормами вітчизняного законодавства.

Виходячи з цього та враховуючи, що серед правових підстав діяльності Національного банку України (ст. 2 Закону України «Про Національний банк України») відсутні зазначені вище правові джерела (міжнародні договори), логічно було б друге речення ч. 4 ст. 56 даного Закону доповнити словосполученням «Конституції України та міжнародним договором, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», та викласти її у новій редакції:

«Нормативно-правові акти Національного банку України не можуть суперечити Конституції України, та міжнародним договорам, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, Законом України та іншим законодавчим актам України і не мають зворотної сили, крім випадків, коли вони згідно із законом пом'якшують або скасовують відповідальність».

Знову ж таки, даючи розширене тлумачення словосполучення «законодавчі акти України», у даному випадку варто виходити із змісту рішення Конституційного Суду України від 09 липня 1998 року № 12-пр/98, відповідно до якого, крім Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, до таких актів відносяться: закони України, постанови Верховної Ради України, постанови (декрети) Кабінету Міністрів України¹.

3. Ці рішення приймаються з урахуванням вимог Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності»², тобто фактично також носять нормативно-правовий характер.

4. Ці рішення публікуються у тих офіційних відомостях, у яких оприлюднюються прийняті нові закони та інші нормативно-правові акти, що теж свідчать про належність цих рішень до переліку останніх.

¹ Про банки та банківську діяльність: Закон України від 07 грудня 2000 р. № 2121-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 5-6. Ст. 30

² Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності: Закон України від 11 вересня 2003 року № 1160-VI. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 9. Ст. 79

5. Ці рішення можуть бути оскаржені відповідно до законодавства України.

Зокрема, предметом розгляду в судах адміністративної юрисдикції, згідно Кодексу адміністративного судочинства України, є й рішення Національного банку України (ст. 4)¹.

6. Ці рішення (нормативно-правові акти чи індивідуальні акти), дії або бездіяльність Національного банку чи його посадових та службових осіб можуть бути оскаржені до суду виключно з метою їх законності (ч. 1 ст. 74 Закону України «Про Національний банк України»).

Знову ж таки, співставивши це положення не тільки із змістом ст. 56 зазначеного Закону, але й інших законів, зокрема Кодексу адміністративного судочинства України, а, головне, – із ст. 124 Конституції України, відповідно до положень якої юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір, то, навіть не чекаючи з цього приводу офіційного тлумачення ч. 1 ст. 74 Закону України «Про Національний банк України»², можна зробити очевидний висновок про те, що вказана норма суперечить Основному закону, а тому має бути вилучена із вказаної статті Закону України «Про Національний банк України».

Крім цього, закріплене в ст. 74 зазначеного Закону положення не відповідає й змісту ст. 55 Конституції України, у якій зазначено, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішення, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

При цьому, ні в ст. 55, ні в ст. 124 Основного закону України жодних обмежень щодо предмету судового розгляду не встановлено.

Такий підхід, крім цього, підтверджується змістом ч. 2 ст. 41 КК України, відповідно до якої наказ або розпорядження (у даному випадку – рішення Національного банку України) є законними, якщо вони видані відповідною особою, в належному порядку та в межах її повноважень і за змістом не суперечать чинному законодавству та не пов'язані з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина.

Отже, видозміна ч. 1 ст. 74 Закону України «Про Національний банк України» є необхідною та нормативно вмотивованою.

Важливість вирішення цього питання обумовлюється ще й тим, що у сенсі здійснення банківськими установами функцій щодо запобігання кримінальним правопорушенням у галузі банківської діяльності дотримання принципу законності є обов'язковим системним елементом їх функціонування.

Саме з цих міркувань і було запропоновано у цій роботі надати Національному банку України таку функцію, як запобігання вчиненню у банківській сфері кримінальних правопорушень, а також внести у зв'язку з цим

¹ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України: Закон України від 06 липня 2005 року № 2747-VI. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 35-36, 37. Ст. 446

² Про захист персональних даних: Закон України від 01 червня 2010 року № 2297-VI. Відомості Верховної Ради України. 2010. № 34. Ст. 481

науково обґрунтовані зміни у базовий Закон України «Про банки та банківську діяльність».

При цьому необхідно зазначити, що у даній роботі авторська позиція із вказаної проблематики базується на сучасних наукових розробках, а саме – на результатах монографічного дослідження О. В. Уткіної «Система управління банківськими ризиками легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом» (2019 рік); С. С. Мельника «Виявлення та запобігання фінансовому шахрайству у забезпеченні фінансової безпеки комерційних банків» (2019 рік); А.А.Сисоевої «Аналіз ринку великих даних у банківській сфері» (2017 рік) та інших учених.

Поряд з цим, заслуговує на увагу узагальнений висновок, що стосується змісту запобіжної діяльності, включаючи й банківську сферу України, який у свій час зробив А.П. Закалюк, а саме: закон має бути оптимально узгоджений із чинним законодавством та не повинен суперечити Конституції України та міжнародним зобов'язанням нашої держави¹, що є досить актуальним з огляду на існуючі у банківській сфері проблеми запобіжного характеру, правові прогалини та колізії.

Отже, сьгоднішнє конституційне, законодавче та інше нормативно-правове забезпечення діяльності банків як суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням в Україні не в повній мірі відповідає тим реаліям, які склались у зазначеній сфері суспільних відносин, що виступає однією з детермінант, яка спричинює та обумовлює вчинення вказаних вище суспільно небезпечних діянь, а також негативно впливає не тільки на ефективність банківської, але інших видів діяльності цих установ, включаючи у тому числі й діяльність профілактичного змісту².

2.3. Принципи запобіжної діяльності банківських установ

Як свідчить суспільна практика, для будь-якого суб'єкта тієї чи іншої діяльності характерною ознакою є те, що вона ґрунтується на певних принципах (правилах, покладених в основу діяльності якої-небудь організації)³.

Як з цього приводу слушно зауважив В. В. Василевич, категорія «принцип» знаходиться в основі розуміння діяльності, пронизує всю систему знання і субординує його⁴.

Виходячи з цього, деякі науковці у контексті досліджуваної у цій роботі проблематики зробили наступний висновок: оскільки банківська система зайняла

¹ Кримінологія: навч. посібник / О. М. Джужа, В. В. Василевич, О. Г. Колб та ін.; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. О. М. Джужи. Київ: Атіка, 2009. 312с.

² Колб Р. О. Банківська установа як суб'єкт запобігання злочинам: автореф.дис. ...канд.юрид.наук: 12.00.08. Запоріжжя: КПУ, 2021. 20 с.

³ Великий тлумачний словник української мови / укл. О. Єрошенко. Донецьк: ТОВ «Глорія Трейд», 2012. 864 с.

⁴ Василевич В. В. Кримінологічна політика України: монографія. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2020. 435 с.

одне з важливих місць в розвитку економіки країни та в житті пересічної людини, необхідна усвідомленість її цінності для банку, приведення у відповідність норм банківського права природним потребам людини, дотримання цими установами принципів верховенства права, справедливості, рівності та свободи¹.

У науковій літературі у зв'язку з цим можна й зустріти й оціночні судження щодо ролі принципів права у врегулюванні тих чи інших суспільних відносин². Виходячи з отриманих результатів даного дослідження, можна констатувати, що наявність принципів у банківському законодавстві України обумовлено наступними об'єктивними властивостями права та тим, що вони:

а) об'єктивно виходять із самої цієї діяльності (банківської та похідної від неї – запобіжної);

б) містять у собі теоретико-пізнавальну складову цього процесу (зокрема, в здійсненні заходів запобіжного характеру у банківській сфері);

в) допомагають розрізнити і визначити те, що лежить в основі кримінальних правопорушень, які вчиняються у галузі банківських відносин;

г) визначають необхідність здійснення кримінологічної профілактики як суспільно бажаний закон руху і протидії кримінальним правопорушенням у сфері банківської діяльності;

г) окреслюють систему логічно пов'язаних між собою структурних компонентів запобіжної діяльності у цій галузі суспільних відносин поміж собою, а також прямих і зворотних зв'язків із зовнішніми елементами (суб'єктами запобігання кримінальним правопорушенням у цілому в Україні) цієї системи кримінологічної профілактики³.

При цьому варто зазначити, що подібне уявлення про природу принципів формує переконання, що держава не створює принципи права, а тільки, як вірно зробив у зв'язку з цим висновок С. П. Погребняк, закріплює їх в юридичних актах⁴.

Поряд з цим, на переконання А. Х. Степанюка, у принципах певної галузі права та законодавства повинні знайти своє відображення і конкретизацію як загальнолюдські (типологічні і галузеві), так і міжгалузеві і галузеві принципи права⁵.

Якщо ці теоретичні «моделі» застосувати до пізнання ролі та змісту принципів діяльності банківських установ, то, як обґрунтовано доводять у своїх

¹ Верховенство права: традиція доктрини і потенціал практики: монографія / за заг. ред. М. Г. Патеї-Братасюк. Київ: Вид-во Європейського ун-ту, 2010. 536 с.

² Філософський словник / за ред. В. І. Шинкарука. 2-ге вид. Київ: Голов. ред. УРЕ, 1986. 687 с.

³ Василюк В. В. Кримінологічна політика України: монографія. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2020. 435 с.

⁴ Погребняк С. П. Принципи права: доктринальне питання. Правова доктрина України: а 5 т. Харків: Право, 2013. Т. 1: Загальнотеоретична та історична юриспруденція / В. Я. Тацій, О. Д. Святоцький, С. І. Максимов та ін.; за заг. ред. О. В. Петришина. С. 396-415.

⁵ Степанюк А. Х. Принципи кримінально-виконавчого права. Вибрані праці / укл. К. А. Автухов. Харків: Право, 2017. С. 253-304.

роботах фахівці даної спеціальності, у зазначену галузь права і законодавства необхідно активно втілювати відповідні принципи, позаяк лише взаємна співпраця банку та клієнта, що заснована на дотриманні, у першу чергу, принципу верховенства права, справедливості, повазі до честі, гідності, свободи може принести взаємну вигоду для обох сторін¹.

У свою чергу, у ст. 4 у Закону України «Про засади державної системи запобігання злочинам» запропоновано запобіжну діяльність здійснювати з урахуванням принципів міжнародного права, Конституції України, з прав людини і громадянина, а також на принципах законності, демократизму, гласності, соціальної справедливості, комплексності, своєчасності та достатності заходів запобігання кримінальним правопорушенням².

Як видається, ще на один аспект досліджуваної проблематики варто звернути увагу, а саме – в теорії права мова ведеться не тільки про принципи права, але й про принципи нормотворчості та принципи застосування норм права³, що, без сумніву, варто враховувати при обґрунтуванні будь-яких наукових підходів з означеного питання.

Як у зв'язку з цим зробив висновок С. П. Погребняк, принципи права – це найбільш загальні й стабільні вимоги, які сприяють утвердженню та захисту суспільних цінностей, визначають характер права і напрями його подальшого розвитку⁴.

Саме у такому сенсі й розглянуто у цій науковій розробці питання щодо принципів діяльності банків як суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням та сформульовано авторське їх визначення.

Зокрема, під «принципами діяльності банківських установ як суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням» слід розуміти такі правила їх функціонування у зазначеній галузі суспільних відносин, що ґрунтуються на нормах Конституції України, міжнародних договорах, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, законах, що регулюють статус банків та їх повноваження, а також на положеннях інших законодавчих актів, що визначають зміст і характер банківської та запобіжної діяльності, з урахуванням науково обґрунтованих ідей, поглядів та доктрин, і встановлюють таким чином на цій

¹ Верховенство права: традиція доктрини і потенціал практики: монографія / за заг. ред. М. Г. Патей-Братасюк. Київ: Вид-во Європейського ун-ту, 2010. 536 с.

² Василевич В. В. Кримінологічна політика України: монографія. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2020. 435 с.

³ Теорія держави і права: підруч. для студ. вищ. навч. закл., О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін., за ред. О. В. Петришина. Харків: Право, 2014. 368 с.

⁴ Погребняк С. П. Принципи права: доктринальне питання. Правова доктрина України: а 5 т. Харків: Право, 2013. Т. 1: Загальнотеоретична та історична юриспруденція / В. Я. Тацій, О. Д. Святоцький, С. І. Максимов та ін.; за заг. ред. О. В. Петришина. С. 396-415.

основі найбільш важливі вимоги, які адресуються всім суб'єктам і учасникам даної галузі права та законодавства.

Таким чином, до системоутворюючих ознак, що складають зміст виведеного поняття, можна віднести наступні із них:

1. Сформульовані принципи – це правила функціонування банківських установ у зазначеній сфері їх діяльності.

Вказані правила (загальнообов'язкові норми поведінки) склались з моменту історії виникнення банків, їх розвитку та життєдіяльності у сучасних умовах їх функціонування у соціумі, традиції, звичаї, стереотипи поведінки тощо¹.

До цих правил відносяться й ті, що встановлені у нормах права і це можна вважати однією з особливостей банківської діяльності, які необхідно враховувати при здійсненні заходів запобігання кримінальним правопорушенням у даній галузі суспільних відносин.

2. Зазначені правила стосуються лише банківської діяльності.

Відповідно до положень ст. 2 Закону України «Про банки та банківську діяльність», банківська діяльність – це залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб.

З цього випливає, що вчинення працівниками банків та іншими суб'єктами і учасниками вказаної діяльності правопорушень у побуті або на сімейному ґрунті, або в іншій галузі суспільних відносин, не може складати зміст об'єктів запобігання банківськими установами кримінальних правопорушень у банківській сфері.

3. Принципи діяльності банків як суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням базуються на відповідних нормативно-правових актах, що регулюють зазначену сферу суспільних відносин.

Структурно вони мають такий вигляд:

а) Конституція України;

б) міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (ст. 9 Конституції України, ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори», Віденська конвенція про права міжнародних договорів 1949 року²;

в) закони України «Про банки та банківську діяльність»; «Про Національний банк України»; «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»; ін.);

г) постанови Верховної Ради України;

г) постанови (декрети) Кабінету Міністрів України;

д) рішення Національного банку України.

¹ Прит А., Лестер О. Обманные операции в банковском деле. Перев. с англ., Москва: Перспектива, 1995. 224 с.

² Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1949 року. Відомості Верховної Ради Української РСР. 1986. № 17. Ст. 343.

При цьому правила співвідношення між зазначеними нормативно-правовими актами визначені в ст. 8 та ч. 2 ст. 9 Конституції України, а також в ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори» та в Законі України «Про нормативно-правові акти».

У свою чергу, у рішенні Конституційного Суду України від 09 липня 1998 року № 12-пр/98 (справа про офіційне тлумачення терміну «законодавство») визначено перелік нормативно-правових актів, що відносяться до законодавчих¹.

Разом з тим, варто зауважити, що тільки ті принципи, що закріплені у Конституції та інших законах України, мають бути відображені у змісті законодавчих актів, які регулюють банківську сферу.

Такий підхід витікає із змісту ч. 2 ст. 19 Конституції України та стосується усіх банківських установ різних форм власності, виходячи з того, що правила «гри» у банківській галузі (видача та позбавлення ліцензій на право зайняття банківською діяльністю; правове регулювання фінансово-банківських відносин; здійснення банківського нагляду, т. ін.) встановлює Національний банк України.

4. Принципи визначають зміст і характер банківської та запобіжної діяльності у вказаній галузі суспільних відносин.

Поряд з цим, слід зауважити, що якщо зміст банківської діяльності чітко визначений на законодавчому рівні (зокрема, в ст. 2 Закону України «Про банки та банківську діяльність»), то поняття запобіжної діяльності не закріплено, не тільки законодавчо, але й взагалі не врегульовано в інших нормативно-правових актах України, що, як показали результати даного наукового дослідження, негативно впливає як на перший, так і на другий рівні діяльності банківських установ як суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням.

З метою усунення вказаної правової прогалини логічно було б доповнити ч. 1 ст. 2 Закону України «Про банки та банківську діяльність» новим абзацом такого змісту:

«Запобігання кримінальним та іншим правопорушенням у сфері банківської діяльності – це комплекс науково обґрунтованих та закріплених у законодавчих та інших нормативно-правових актах заходів, що регулюють цю галузь суспільних відносин, які здійснюються банками спільно з іншими суб'єктами профілактики з метою недопущення, припинення та протидії зазначеним суспільно небезпечним діянням, а також для усунення, блокування, нейтралізації тощо детермінант, що породжують або обумовлюють їх вчинення».

5. Принципи банківської та запобіжної діяльності у банківській сфері базуються на обґрунтованих наукових ідеях, поглядах, концепціях, доктринах тощо.

¹ Рішення Конституційного Суду України «У справі за конституційним зверненням Київської міської ради, професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про офіційне тлумачення терміну «законодавство») від 09 липня 1998 року № 12-пр/98. Офіційний вісник України. 1998. № 32. Ст. 1209.

Як показали результати даної наукової розробки, у жодному нормативно-правовому акті, що регулює банківську діяльність України, на жаль, мова з цього приводу не ведеться, а це, у свою чергу, негативно впливає й на ефективність кримінальної профілактики у зазначеній галузі суспільних відносин.

Виходячи з цього та з метою впорядкування нормативно-правового забезпечення банківської та запобіжної діяльності, варто ст. 1 «Предмет та мета закону» Закону України «Про банки та банківську діяльність» доповнити частиною третьою наступного змісту:

«Для забезпечення реалізації цього Закону в банківській системі на підставі рішення Національного банку України можуть створюватись науково-методичні та аналітично-дослідні підрозділи, у яких на працюючих у них осіб поширюється повною мірою статус банківських працівників».

При цьому слід зазначити, що така практика у банківській сфері України є досить поширеною¹, але досі є невнормованою.

Як приклад, можна назвати розроблену працівниками «Приватбанку» Політики прийняття клієнтів (Customer acceptance policy), яка визначає на сьогодні сегменти клієнтів, з якими ця банківська установа не встановлюватиме ділових відносин².

Як у зв'язку з цим слушно зауважив С. П. Погребняк, «ідея» відображає генетичний аспект принципу, допомагає продемонструвати, що принципи є інтелектуально-духовними засадами права³.

6. Принципи визначають найбільш важливі вимоги, які адресуються всім суб'єктам і учасникам даної галузі права та законодавства.

Зокрема, у главі 8 Закону України «Про банки та банківську діяльність» визначені вимоги до діяльності банківських установ, а саме:

а) Національний банк України з метою захисту прав вкладників та інших кредиторів має право встановлювати додаткові вимоги до всіх банків (ст. 47 даного Закону);

б) банкам забороняється здійснювати ризикову діяльність, що загрожує інтересам вкладників чи інших кредиторів банку (ч. 1 ст. 48).

При цьому необхідно враховувати, що відповідно ч. 1 ст. 42 КК України, не є кримінальним правопорушенням діяння (дія чи бездіяльність), яке заподіяло

¹ Національний банк створить центр реагування на інциденти кібербезпеки у банківській системі та платіжному просторі України. URL: <https://bank.gov.ua/ua/news/all/natsionalniy-bank-stvorit-tsentr-reaguvannya-na-intsidenti-kiberbezpeki-u-bankivskiy-sistemi-ta-platijnomu-prostori-ukrayini>.

² Політика прийняття клієнтів (Customer acceptance policy): затверджена рішенням Наглядової ради Приватбанку від 29 вересня 2020 року № 53/20. URL: <https://Privatbank.ua>.

³ Погребняк С. П. Принципи права: доктринальна питання. Правова доктрина України: а 5 т. Харків: Право, 2013. Т. 1: Загальнотеоретична та історична юриспруденція / В. Я. Тацій, О. Д. Святоцький, С. І. Максимов та ін.; за заг. ред. О. В. Петришина. С. 396-415.

шкоду правоохоронним інтересам, якщо це діяння було вчинено в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети.

Поняття «виправданого ризику» (а, це є одним із системних елементів банківської діяльності) дано в ч. 2 ст. 42 КК: таким він визнається, якщо мету, що була поставлена, не можна було досягти в даній обстановці дією (бездіяльністю), не поєднаною з ризиком, і особа, яка допустила ризик, обгрунтовано розраховувала, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди правоохоронуваним інтересам.

У той самий час, ризик не визнається виправданим, якщо він завідомо створював загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи інших надзвичайних подій (ч. 3 ст. 42 КК).

У Законі України «Про банки і банківську діяльність» до таких ризикових операцій можна віднести, наприклад, надання цими установами банківських кредитів, під якими розуміється будь-яке зобов'язання банку надати певну суму грошей, будь-яка гарантія, будь-яке зобов'язання придбати право вимоги боргу, будь-яке продовження строку погашення боргу, яке надано в обмін на зобов'язання боржника щодо повернення заборгованої суми, а також на зобов'язання на сплату процентів та інших зборів з такої суми (ст. 2 даного Закону).

Ризиками у банківській діяльності України вважаються такі діяння, що пов'язані з визначенням нормативу достатності (адекватності) регулятивного капіталу банку; професійним судженням; профілям ризику банку; розрахунковими банківськими операціями; фінансовим оздоровленням банку; ін. (ст. 2 зазначеного вище Закону).

Важливість визначення ризиків у банківській діяльності на нормативно-правовому рівні зумовлена двома ключовими моментами – необхідністю забезпечення цієї діяльності та отримання у зв'язку з цим прибутку, а також завданнями (зокрема, як і в будь-якій іншій галузі суспільних відносин) щодо запобігання у ній кримінальним правопорушенням.

З огляду цього, вимоги, що встановлюються для банківських установ, є об'єктивно необхідними та достатніми для відвернення шкоди правоохоронуваним інтересам у банківській сфері України.

Саме тому, законодавець визначив у главі 8 Закону України «Про банки і банківську діяльність» й інші вимоги, що пред'являються до суб'єктів та учасників банківської діяльності.

При цьому необхідно зазначити, що у вказаному Законі також чітко встановлені як суб'єкти, так і учасники банківської діяльності (зокрема, у ст. ст. 2, 50, 72; ін.), що має пряме відношення до запобігання кримінальним правопорушенням у цій галузі суспільних відносин, а також виступає додатковим аргументом щодо закріплення у законодавчих та інших нормативно-правових актах, що регулюють дану діяльність, її принципів.

Як показало вивчення нормативно-правових актів з питань банківської діяльності, у жодному із них немає спеціальної статті (розділу, глави, параграфа тощо), яка мала б назву «Принципи банківської діяльності», що теж виступає однією із детермінант, яка спричинює та обумовлює наявність кризових та протиправних явищ і процесів у цій галузі суспільних відносин.

Проте, мова про принципи банківської діяльності у деяких законодавчих та інших правових джерелах, які регулюють цю сферу, все таки ведеться, що має велике значення й для здійснення у цій галузі суспільних відносин функції щодо запобігання кримінальним правопорушенням.

Результати проведеного аналізу відповідних норм, які є базисними для банківських установ, дають можливість стверджувати, що у нормативно-правових джерелах можна виокремити наступні принципи банківської діяльності, які у тому числі у своєму змісті мають і елементи запобіжного характеру, в саме – у Законі України «Про банки та банківську діяльність» до таких можна віднести наступні принципи:

- 1) Економічної незалежності банків (ст. 5).
- 2) Власного ризику (ст. 2).
- 3) Банківської таємниці (ст. ст. 2, 60-62).
- 4) Достатності капіталу та левериджу, також достатності ліквідності (ст. ст. 35, 35-2).
- 5) Захисту інтересів банку (ст. 43).
- 6) Конкуренції у банківській системі (ст. 53).
- 7) Достовірності реклами (ст. 54).
- 8) Доступності клієнта до інформації (ст. 56).
- 9) Запобігання легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення (ст. 63).
- 10) Звітності банків і банківських груп (ст. 69).
- 11) Банківської відповідальності (ст. ст. 73-74).
- 12) Відшкодування завданої шкоди (ст. 79-1).

Аналогічний підхід (закріплення принципів банківської діяльності в окремих нормах закону, без їх систематизації, а також в опосередкованій формі) застосовано і в Законі України «Про Національний банк України» та в інших нормативно-правових актах з означених питань, що не можна визнати вдалою законодавчою позицією, позаяк це негативно впливає як на зазначений вид суспільних відносин, так і на запобігання у банківській сфері кримінальним правопорушенням.

Для упорядкування правового механізму та усунення існуючих прогалин і колізій з питань, що стосуються банківської діяльності, як видається, Закон України «Про банки і банківську діяльність» необхідно доповнити ст. 1-1 «Принципи банківської діяльності», у якій закріпити ті принципи, мова про які велась у цій

роботі вище (12 принципів, що знайшли своє відображення у відповідних статтях цього Закону).

Та, у контексті досліджуваної у даній роботі проблематики, це буде недостатньо, позаяк необхідне створення належних правових умов для здійснення у банківській сфері запобіжної діяльності шляхом, зокрема, доповнення Закону України «Про банки та банківську діяльність» принципами запобігання кримінальним правопорушенням.

Як встановлено в ході даного наукового пошуку, у науковій літературі та в деяких проектах нормативно-правових актів мова ведеться про такі принципи запобіжної діяльності як: законності, демократизму, гласності, соціальної справедливості, комплексності, своєчасності та достатності¹.

Без сумніву, що їх закріплення у Законі України «Про банки і банківську діяльність» у виді спеціальної ст. 1-2 «Принципи запобіжної діяльності у банківській сфері» позитивно вплинуло б на ефективність як першого, так і другого видів функціонування цих установ у зазначеній галузі суспільних відносин.

Такий висновок витікає із змісту аналізу сформульованих на доктринальному рівні принципів запобігання кримінальним правопорушенням². Зокрема, принцип законності несе у собі конституційне начало, відповідно до вимог якого утвердження і забезпечення прав і законних інтересів усіх суб'єктів та учасників банківської діяльності є головним обов'язком Національного банку України як особливого державного органу управління у банківській системі, а також інших банківських установ у межах їх повноважень та у спосіб, передбачений Конституцією України (ст. ст. 1, 3, 19, ін.) та законами України, що регулюють банківську сферу.

Хоча, варто визнати, що науковці принцип законності у запобіжній діяльності трактують дещо по-іншому. Так, В. В. Василевич обґрунтовано вважає, що на нормативному рівні він має мати такий вигляд:

«Діяльність суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням реалізується у суворій відповідності до вимог законодавства України. Заходи запобігання кримінальним правопорушенням застосовуються при наявності встановлених законодавством України підстав при неухильному дотриманні прав і законних інтересів осіб, щодо яких вони застосовуються. Наказ або розпорядження є законними, якщо вони віддані відповідною особою, в належному порядку та в межах її повноважень і за змістом не суперечить чинному законодавству та не пов'язані з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина»³.

¹ Василевич В. В. Кримінологічна політика України: монографія. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2020. 435 с.

² Василевич В. В. Кримінологічна політика України: монографія.

³ Василевич В. В. Кримінологічна політика України: монографія. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2020. 435 с.

Як у зв'язку з цим зазначено у п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 грудня 2003 року № 15 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень», суди у таких випадках мають з'ясовувати всі фактичні обставини справи; службове становище і коло повноважень особи тощо, та вимагати від органів досудового слідства долучення до матеріалів кримінальних повноважень копій нормативно-правових актів, інструкцій, інших документів, що розкривають характер повноважень службової особи¹ (у контексті змісту принципу законності – визначати законність дій чи бездіяльності такої особи).

Без сумніву, що зазначені роз'яснення варто враховувати при написанні наукових коментарів, навчальних посібників, методичних рекомендацій з питань банківської діяльності у виді так званого розширеного тлумачення норм права, що тільки підвищить як її рівень, так і ефективність запобігання банками кримінальним правопорушенням.

Стосовно ще одного принципу запобіжної діяльності у банківській сфері – демократизму запобігання кримінальним правопорушенням, то його сутність у нормативно-правових актах, які регулюють зазначену галузь суспільних відносин, зумовлена такими кваліфікаційними критеріями банківської діяльності, як:

- а) мета такої діяльності (ст. 1 Закону України «Про банки і банківську діяльність»);
- б) максимальна незалежність банків (ст. 5 цього Закону);
- в) вимогами до учасників банків (ст. 14 даного Закону);
- г) вимогами до Статутів банків (ст. 16 зазначеного Закону);
- г) наслідками порушення порядку набуття або збільшення істотної участі у банку (ст. 34-2 вказаного Закону).

В той самий час, у Законі України «Про Національний банк України» до таких кваліфікаційних умов діяльності можна віднести ті положення, що стосуються змісту принципу демократизму, а саме:

- 1) економічна самостійність (ст. 4).

При цьому варто звернути увагу на той факт, що Національний банк, будучи особливим центральним органом державного управління (ст. 2), не відповідає за зобов'язаннями органів державної влади, а останні не відповідають за зобов'язання першого, крім випадків, коли вони добровільно беруть на себе такі зобов'язання (ст. 4) – і це є проявом демократизму у відношеннях держави та її окремих органів.

Більш того, такі ж правила (принцип) встановлені між Національним банком України та іншими фінансовими установами;

- 2) прибуток до розподілу (ст. 5-1).

¹ Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень: постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 грудня 2003 року № 15. Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах / упоряд. В. В. Рожнова, А. С. Сизоненко, Л. Д. Удалова. Київ: ПАЛИВОДА А. В., 2011. С. 254-258.

Зокрема, згідно чинного законодавства банк України не має на меті отримання прибутку, визначаючи його до розподілу шляхом зменшення прибутку на суму нереалізованих доходів (ст. 5-1);

3) нормативи обов'язкового резервування (ст. 26).

Знову ж таки, відповідно до закону, Національний банк встановлює банкам норматив обов'язкового резервування коштів, тобто проявляє демократизм у відносинах з підлеглими банками, турбуючись таким чином не тільки про фінансове благополуччя цієї системи в цілому, але й про окремо взятую банківську установу (ст. 20); ін.

Отже, на законодавчому рівні у банківській сфері принцип демократизму має своє відповідне відображення у тих чи інших статтях Закону України «Про Національний банк України».

У свою чергу, в теорії права цей принцип тлумачиться як гарантована законом участь у запобіжній діяльності як населення в цілому, так і громадських і релігійних організацій; вивчення громадської думки щодо застосування тих чи інших заходів у запобіганні кримінальним правопорушенням тощо¹.

Інші ж науковці небезпідставно вважають, що демократизм запобігання кримінальним правопорушенням означає його здійснення широкою системою державних органів, за участю в цій діяльності органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань і громадян².

З огляду цього, цікавим є підхід законодавця, відповідно до якого при виконанні своєї основної функції (ст. 6) Національний банк України має виходити із пріоритетності досягнення та підтримки цінової стабільності в державі (ст. 6 Закону України «Про Національний банк України»), незалежно від діяльності останньої у цьому напрямі.

Як встановлено в ході даного дослідження, досить проблемним з огляду реалізації на практиці, але й, одночасно, необхідним у правовому забезпеченні запобігання кримінальним правопорушенням у банківській сфері та в банківській діяльності, зокрема, є визначений у Законі України «Про Національний банк України» та «Про банки та банківську діяльність» принцип гласності.

Слово «гласність» означає доступний для широкої громадськості, відкритий, публічний³.

У Законі України «Про банки і банківську діяльність» принцип гласності відображений у його нормах, що стосуються:

а) банківського нагляду на консолідованій основі (ст. 9);

¹ Профілактики злочинів: підручник / О. М. Джужуа, В. В. Василевич, О. Г. Кролб та ін.; за заг. ред. д.ю.н. проф. О. М. Джужи. Київ: Атіка, 2011. 720 с.

² Василевич В. В. Кримінологічна політика України: монографія. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2020. 435 с.

³ Великий тлумачний словник української мови / укл. О. Єрошенко. Донецьк: ТОВ «Глорія Трейд», 2012. 864 с.

- б) учасників банків (ст. 14);
- в) підстав для відмови в погодженні статусу юридичної особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність (ст. 18) та для відмови у видачі банківської ліцензії (ст. 19-1);
- г) внутрішнього контролю та внутрішнього аудиту банку (ст. ст. 45, 46);
- г) обов'язків щодо інформування Національного банку України (ст. 46);
- д) обмеження щодо діяльності банків (ст. 48);
- е) порядку розкриття банківської таємниці (ст. 62-2);
- є) звітності банків (ст. 69);
- ж) зовнішнього аудиту банків (ст. 70);
- з) інші норми цього Закону.

Відповідно до вимог ст. 1 Закону України «Про доступ до публічної інформації» інформація, що пов'язана із змістом банківської діяльності, відноситься до публічної та є відкритою, крім випадків, встановлених законом¹.

Враховуючи, що зазначене положення відсутнє у Законі України «Про банки і банківську діяльність», логічно було б ст. 46 доповнити частиною 5 такого змісту:

«Інформація про банківську діяльність відноситься до публічної та є відкритою, крім випадків, встановлених у цьому та інших законах України».

Як встановлено в ході даного наукового пошуку, важливу роль в організації запобіжних заходів у сфері банківської діяльності відіграє й принцип соціальної справедливості.

Як з цього приводу слушно зауважив В. В. Василевич, соціальна справедливість запобігання кримінальним правопорушенням проявляється у тому, що цей принцип закріплюється у законі з метою забезпечення законних інтересів осіб та відновлення їх порушених прав і свобод.

При цьому застосування заходів запобігання суспільно небезпечним діям має відповідати характеру і ступеню суспільної небезпеки цих діянь².

У теорії права принцип справедливості (як одна з основних засад права, яка є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин та одним із загальнолюдських вимірів права³) розглядається у трьох аспектах:

¹ Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13 січня 2011 року № 2939-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 32. Ст. 314.

² Василевич В. В. Кримінологічна політика України: монографія. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2020. 435 с.

³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02 листопада 2004 року № 15-рп/2004. URL: zakon.rada.gov.ua.

1) з точки зору формальної справедливості – до однакового слід ставитись однаково (властивість права, виражена у рівному юридичному масштабі поведінки¹);

2) з огляду змістовної справедливості, який проявляється у формі пропорційності². Як з цього приводу зазначено в рішенні Конституційного Суду України від 20 червня 2007 року № 5-рп/2007 (справа про кредиторів підприємств комунальної власності)³;

3) як процедурна справедливість, яка вимагає додержання процедурних правил, спрямованих на забезпечення справедливості результату, незалежно від інших обставин⁴.

Зокрема, у ст. 7 КПК України у зв'язку з цим визначені загальні засади кримінального провадження, які у загальному мають забезпечувати реалізацію у кримінальному судочинстві принципу справедливості.

У свою чергу, у Законі України «Про банки і банківську діяльність» цей принцип відображений у таких нормах, що визначають зміст:

- а) банківської системи України (ст. 4);
- б) учасників банків (ст. 14);
- в) мінімального розміру статутного капіталу (ст. 31);
- г) істотної участі в структурі власності банку (ст. 34);
- г) наслідків порушення порядку набуття або збільшення істотної участі у банку (ст. 34-2);
- д) обов'язків щодо захисту інтересів банку (ст. 43);
- е) регулювання відносин банку з клієнтом (ст. 55);
- е) заходів впливу до порушників порядку зайняття банківською діяльністю (ст. ст. 73, 74); ін.

При цьому варто зазначити, що аналогічні правові норми, які стосуються змісту принципу соціальної справедливості запобігання кримінальним правопорушенням у банківській сфері, закріплені й в Законі України «Про Національний банк України».

Поряд з цим, як показали результати даного дослідження, немаловажну роль у запобіжній діяльності, що здійснюється у банківській системі України, відіграють й інші, виведені в науці принципи з означених питань, а саме – комплексний підхід

¹ Теорія держави і права: підруч. для студ. вищ. навч. закл., О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін., за ред. О. В. Петришина. Харків: Право, 2014. 368 с.

² Теорія держави і права: підруч. для студ. вищ. навч. закл.

³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням відкритого акціонерного товариства «Кіровоградобленерго» про офіційне тлумачення положень частини восьмої статті 5 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» / справа щодо кредиторів підприємств комунальної власності) від 20 червня 2007 року № 50рп/2007. URL: <https://zakon.rada.gov.ua>.

⁴ Теорія держави і права: підруч. для студ. вищ. навч. закл.

та своєчасність і достатність заходів, що стосуються змісту запобігання кримінальним правопорушенням у цій галузі суспільних відносин.

У наукових джерелах під комплексним підходом у сфері запобігання та протидії злочинності розуміють застосування взаємопов'язаних заходів економічного, соціально-політичного, правового, психолого-педагогічного, організаційного, технічного та іншого характеру, спрямованих на усунення причин злочинів і умов, що сприяють їх вчиненню; поєднання загального та індивідуального запобігання злочинам; скоординована взаємодія суб'єктів запобігання злочинам¹.

У законодавстві про банківську діяльність в Україні кожен нормативно-правовий акт відображає принцип комплексного підходу, що має бути використано й при реалізації заходів, спрямованих на запобігання кримінальним правопорушенням у даній галузі суспільних відносин².

Зокрема, у Законі України «Про банки і банківську діяльність» цей принцип знайшов відображення у таких нормах, що стосуються:

- а) предмет і мета Закону (ст. 1);
- б) банківської системи (ст. 4);
- в) організаційно-правової форми банку (ст. 6);
- г) реорганізації банку (ст. ст. 26-29);
- г) управління банком (ст. ст. 37-46);
- д) відносин банку з клієнтами (ст. ст. 55-59);
- е) запобігання та протидія легалізації (відмиванню) коштів, здобутих злочинним шляхом (ст. 63);
- є) заходів впливу (ст. ст. 73-74).

У теорії права ученими здійснено наукове тлумачення й принципу «своєчасності та достатності заходів запобігання кримінальним правопорушенням», а саме: заходи такого змісту і спрямованості застосовуються при виникненні загрози вчинення зазначених суспільно небезпечних діянь конкретними особами в такому обсязі і з такою інтенсивністю, які дозволяють не допустити їх вчинення³.

У нормативно-правових актах з питань банківської діяльності України цей принцип теж має своє відображення. Так, у Законі України «Про банки і банківську

¹ Васи́левич В. В. Кримінологічна політика України: монографія. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2020. 435 с.

² Колб Р. О., Марисюк К. Б. Про роль принципів нормотворчості у змісті діяльності банків, пов'язаної із запобіганням злочинам. Кримінологічна теорія і практика: досвід, проблеми сьогодення та шляхи їх вирішення: матеріали міжвідом. наук.-практ. кругл. ст. (м. Київ, 28 травня 2020 р.). Київ: НАВС, 2020. С. 78-80.

³ Васи́левич В. В. Кримінологічна політика України: монографія. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2020. 435 с.

діяльність» принцип своєчасності та достатності знайшов своє місце у тих нормах, що стосуються:

1) підстав для відмови в погодженні статуту юридичної особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність (ст. 18) та підстав для відмови у видачі банківської ліцензії (ст. 19-1);

2) наслідків порушення порядку набуття або збільшення істотної участі у банку (ст. 34-2);

3) обмеження щодо діяльності банків (ст. 48);

4) заходів впливу (ст. ст. 73-74).

Відповідні норми є й, зокрема, в Законі України «Про Національний банк України».

Поряд з цим, варто зазначити, що деякі з них мають низьку ефективність запобігання кримінальним правопорушенням у зазначеній галузі суспільних відносин у зв'язку з відсутністю у даному нормативно-правовому акті чітко визначених в окремій статті принципів банківської та запобіжної діяльності.

Для вирішення цієї проблеми варто Закон України «Про Національний банк України» доповнити ст. 2-1 «Принципи діяльності Національного банку України» такого змісту:

«Національний банк України здійснює свою та координує діяльність банківської системи, керуючись наступними принципами:

1) верховенства права;

2) законності;

3) конфіденційності;

4) економічної самостійності;

5) підзвітності;

6) функціональної діяльності;

7) стабільності;

8) взаємодії з державними органами влади та місцевого самоврядування;

9) координації та впорядкування діяльності банківських установ усіх форм власності».

Отже, проведений аналіз нормативно-правових актів України, які регулюють банківську сферу з питань забезпечення цієї діяльності відповідними принципами, включаючи й ті, що стосуються запобігання кримінальним правопорушенням у даній галузі суспільних відносин¹, дозволяє зробити висновок про те, що хоча у зазначених правових джерелах фрагментарно й закріплені деякі із них, але окремої норми, в якій би були чітко перераховані вказані принципи не має, що не тільки впливає на ефективність банківської, але й запобіжної діяльності, а

¹ Колб Р. О., Джужа О.М. Принципи нормотворчої діяльності у запобіганні корупційним ризикам та злочинам у банківській сфері України. Захист прав і свобод людини та громадянина в умовах формування правової держави: збірник тез ІХ Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Львів, 30 травня 2020 р.). Львів: Видавництво університету «Львівська політехніка», 2020. С. 131-133.

також суттєво знижує рівень системного підходу до вирішення завдань та реалізації мети функціонування банків в нашій державі¹.

References:

1. Premier-bankinh AB «Ukrhazbank». Elektronnyi resurs. Rezhym dostupu: <https://www.ukrgasbank.com/ru/vip/continfo>.
2. Anatomiiia kiberzlochynu: kluchovi trendy 2020 roku. URL: <https://ecpl.com.ua/news/anatomiiia-kiber-zlochynu>
3. Vasylevych V. V. Kryminolohichna polityka Ukrainy: monohrafiia. Kyiv: Nats. akad. vnutr. sprav, 2020. 435 s.
4. Velykiy tlumachnyi slovnyk ukrainskoi movy / ukl. O. Yeroshenko. Donetsk: TOV «Hloriia Treid», 2012. 864 s.
5. Verkhovenstvo prava: tradytsiia doktryny i potentsial praktyky: monohrafiia / za zah. red. M. H. Patei-Bratasiuk. Kyiv: Vyd-vo Yevropeiskoho un-tu, 2010. 536 s.
6. Videnska konventsiiia pro pravo mizhnarodnykh dohovoriv 1949 roku. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainiskoi RSR. 1986. № 17. St. 343.
7. Vidkryto spravu shchodo 9 mlrd. hrn., zibranykh cherez bank «Arkada». Finansovyi klub. URL: <https://finclub.net/ua/news/vidkryto-spravu-shchodo-9-mlrd-hrn-zibranykh-cherez-bank-arkada.html>
8. Havryliuk R. O. Dyrektyva Rİe «Pro zapobihannia vykorystanniu finansovoi systemy z metoiu vidmyvannia hroshovykh koshtiv i finansuvannia teroryzmu» yak normatyvnyi oriiientyr Ukrainiskoi derzhavy u sferi pravovoho rehuliuвання analogichnykh suspilnykh vidnosyn. Teoriia ta praktyka adaptatsii bankivskoho zakonodavstva Ukrainy do vymoh YeS: materialy mizhnar. nauk.-prakt. konf. (m. Kyiv, 03 lystopada 2017 roku). Yerevan: Eurasian Social Science Association, 2018. S. 8-17.
9. Hlotov M. Yak zakhystyty svoi hroshi na karttsi. Internet-vydannia «Ukrainska pravda». URL: <https://www.epravda.com.ua/columns/2015/07/8/549843/>
10. Hrebenkov H. V. Chelovek v pravovom bytyu: Vvedenye v pravovuiu personaliyu: monohrafiia. Donetsk: Donetsk. yuryd. yn-t MVD Ukrainy, 2013. 540s.
11. Zakaliuk A. P. Kurs suchasnoi ukrainskoi kryminolohii: teoriia i praktyka: u 3-kh kn. Kyiv: Vydavnychiy Dim «In Yure», 2007. Kn. 1: Teoretychni zasady ta istoriia ukrainskoi kryminolohichnoi nauky. 424 s.
12. Kelman M. S., Kotukha O. S., Koval I. M. Zahalna teoriia derzhavy i pravo: pidruchnyk / za zah. red. d.yu.n. prof. M. S. Kelmana. Ternopil: Terno-hraf, 2018. 804 s.
13. Kystiakovskyi B. A. Sotsyalnye nauky y pravo. Ocherky po metodolohyy sotsyalnykh nauk y obshchei teoryy prava. Moskva: Yzd-vo M. y S. Sabashnykovykh, 1016. 704 s.
14. Klochko A. M., Nezhevelo V. R. Determinanty zlochynnosti u sferi bankivskoi diialnosti Ukrainy. Yurydychni naukovyi elektronnyi zhurnal. 2017. № 6. S. 297-301
15. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy: Zakon Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 06 lypnia 2005 roku № 2747-VI. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2004. № 35-36, 37. St. 446

¹ Колб Р. О. Банківська установа як суб'єкт запобігання злочинам: автореф.дис. ...канд.юрид.наук: 12.00.08. Запоріжжя: КПУ, 2021. 20 с.

16. Kolb R. O. *Bankivska ustanova yak sub'iekt zapobihannia zlochynam: avtoref.dys. ...kand.yuryd.nauk: 12.00.08. Zaporizhzhia: KPU, 2021. 20 s.*

17. Kolb P. O. *Rol konkretnoi zhyttievoi sytuatsii shchodo vchynennia kryminalnykh pravoporushen u bankivskii sferi Ukrainy. Aktualni problemy kryminalnoho prava, protsesu, kryminalistyky ta operatyvno-rozshukovoi diialnosti : tezy IV Vseukr. nauk.-prakt. konf. (m. Khmelnytskyi, 26 liutoho 2021 r.). Khmelnytskyi : Vyd-vo NADPSU, 2021. S. 124-125*

18. Kolb R. O. *Osoblyvosti diialnosti bankivskykh ustanov shchodo nadannia dokumentiv vidnosno zasudzhenykh do pokarannia u vydi pozbavlennia prava obiiamaty pevni posady abo zaimatysia pevnoiu diialnistiu. Problemy kryminalno-pravovoho, kryminalnoho protsesualnoho ta kryminalistychnoho zabezpechennia prav osoby v Ukraini: materialy mizhnar.konfer. (m. Lviv, 7 chervnia 2019 r.). Lviv: INPPNU «Lvivska politekhnikha», 2019. S. 109-111.*

19. Kolb R. O., Dzhuha O.M. *Pryntsypy normotvorchoi diialnosti u zapobihanni koruptsiinym ryzykam ta zlochynam u bankivskii sferi Ukrainy. Zakhyst prav i svobod liudyny ta hromadianyna v umovakh formuvannia pravovoi derzhavy: zbirnyk tez IX Vseukr. nauk.-prakt. konf. (m. Lviv, 30 travnia 2020 r.). Lviv: Vydavnytstvo universytetu «Lvivska politekhnikha», 2020. S. 131-133.*

20. Kolb R. O., Kovalenko V. V. *Pro zmist kryminolohichnoi kharakterystyky zlochyniv. Kryminalno-pravovi ta kryminolohichni aspekty protydii zlochynnosti: materialy Vseukr. nauk.-prakt. konf. (m. Odesa, 24 lystopada 2017 r.). Odesa: ODUVS, 2017. S. 116-118.*

21. Kolb R. O., Marysiuk K. B. *Pro rol pryntsytipiv normotvorchosti u zmisti diialnosti bankiv, pov'iazanoi iz zapobihanniam zlochynam. Kryminolohichna teoriia i praktyka: dosvid, problemy sohodennia ta shliakhy yikh vyrishennia: materialy mizhvidom. nauk.-prakt. kruhl. st. (m. Kyiv, 28 travnia 2020 r.). Kyiv: NAVS, 2020. S. 78-80.*

22. *Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy: pryiniaty 13 kvitnia 2012 r. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13. St. 88.*

23. *Kryminolohiia: navch. posibnyk / O. M. Dzhuha, V. V. Vasylevych, O. H. Kolb ta in.; za zah. red. d-ra yuryd. nauk, prof. O. M. Dzhuhy. Kyiv: Atika, 2009. 312s.*

24. *Natsionalnyi bank stvorit tsentr reahuvannia na intsydenty kiberbezpeky u bankivskii systemi ta platizhnomu prostori Ukrainy. URL: <https://bank.gov.ua/ua/news/all/natsionalniy-bank-stvorit-tsentr-reaguvannya-na-intsidenti-kiberbezpeki-u-bankivskiy-sistemi-ta-platizhnomu-prostori-ukrayini>.*

25. *Normatyvno-pravovyi termin. Vikipediia. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki>*

26. *Oliinychuk O. Bankivski kartky yak ob'iekt shakhraistva: stan i protydiia yavnyshcha. Aktualni problemy pravoznavstva. 2017. Vyp. 1 (9). S. 91-94*

27. *Panov M. Vidmezhuвання nezakonnnykh dii z platizhnymy zasobamy (st. 200 KK Ukrainy) vid sumizhnykh suspilno nebezpechnykh diian ta vstanovlennia sukupnosti z inshymy zlochynamy. Pravo Ukrainy. 2010. № 1. S. 82-89.*

28. *Pohrebniak S. P. Pryntsypy prava: doktrynalna pytannia. Pravova doktryna Ukrainy: a 5 t. Kharkiv: Pravo, 2013. T. 1: Zahalnoteoretychna ta istorychna yurysprudentsiia / V. Ya. Tatsii, O. D. Sviatotskyi, S. I. Maksymov ta in.; za zah. red. O. V. Petryshyna. S. 396-415.*

29. *Podatkovyi kodeks Ukrainy: pryiniaty 02 hrudnia 2010 roku. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2011. № № 13-17. St. 112.*

30. Polyvaniuk V. D. Kryminalistychna kharakterystyka zlochyniv, vchynenykh u bankivskii systemi. URL: <https://forinsurer.com/public/03/11/18/839>

31. Polityka pryiniattia kliientiv (Customer acceptance policy): zatverdzhena rishenniam Nahliadovoi rady Pryvatbanku vid 29 veresnia 2020 roku № 53/20. URL: <https://Privatbank.ua>.

32. Pryt A., Lester O. *Обманные оператыы в банковском деле*. Perv. s anh., Moskva: Perspektiva, 1995. 224 s.

33. Priorytetni napriamy rozvytku pravovoi nauky na 2016-2020 r. r: zatverdzhenni postanovoiu zahalnykh zboriv Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy vid 3 bereznia 2016 roku. URL: <chrome-extension://efaidnbmnmbpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.aprnu.kharkiv.org%2Fdoc%2Fstrategiya.pdf&cflen=307688&chunk=true>

34. Pro banky ta bankivsku diialnist: Zakon Ukrainy vid 07 hrudnia 2000 r. № 2121-III. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2001. № 5-6. St. 30.

35. Pro biuro ekonomichnoi bezpeky: Zakon Ukrainy vid 28 sichnia 2021 roku № 1150-20. Ofitsiyni visnyk Ukrainy. 2021. № 25. St. 1151.

36. Pro derzhavnyi zakhyst pratsivnykiv sudu i pravookhoronnykh orhaniv: Zakon Ukrainy vid 23 hrudnia 1994 roku. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2002. № 11. St. 50.

37. Pro dostup do publichnoi informatsii: Zakon Ukrainy vid 13 sichnia 2011 roku № 2939-VI. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2011. № 32. St. 314.

38. Pro zapobihannia ta protydiuu lehalizatsii (vidmyvanniu) dokhodiv, oderzhanykh zlochynnym shliakhom, finansuvanniu teroryzmu ta finansuvanniu rozpovsiudzhennia zbroi masovoho znyshchennia: Zakon Ukrainy vid 06 hrudnia 2019 roku № 361-IX. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2020. № 25. St. 171

39. Pro zasady derzhavnoi rehuliatornoi polityky u sferi hospodarskoi diialnosti: Zakon Ukrainy vid 11 veresnia 2003 roku № 1160-VI. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2004. № 9. St. 79

40. Pro zatverdzhennia Instruksii pro poriadok vidkryttia i zakryttia rakhunkiv kliientiv bankiv ta korespondentskykh rakhunkiv bankiv – rezydentiv i nerezydentiv: postanova Pravlinnia Natsionalnogo banku Ukrainy vid 23 bereznia 2009 roku № 158. Ofitsiyni visnyk Ukrainy. 2009. № 28. St. 948

41. Pro zatverdzhennia Polozhennia pro zdiisnennia bankamy finansovoho monitorynhu: postanova Pravlinnia Natsionalnogo banku Ukrainy vid 19 travnia 2020 roku № 65. Ofitsiyni visnyk Ukrainy. 2020. № 62. St. 1920.

42. Pro zakhyst personalnykh danykh: Zakon Ukrainy vid 01 chervnia 2010 roku № 2297-VI. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2010. № 34. St. 481

43. Pro Natsionalnyi bank Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 20 travnia 1999 r. № 679-XIV. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 1999. № 29. St. 238

44. Pro normatyvno-pravovi akty: Zakon Ukrainy vid 05 kvitnia 2001 roku № 32369-III. URL: zakon.rada.gov.ua

45. Pro operatyvno-rozshukovu diialnist: Zakon Ukrainy vid 18 liutoho 1992 roku № 2135-KhII. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 1992. № 22. St. 303.

46. Pro sudovu praktyku u spravakh pro perevyshchennia vlady abo sluzhbovykh povnovazhen: postanovy Plenumu Verkhovnogo Sudu Ukrainy vid 26 hrudnia 2003 roku

№ 15. *Postanovy Plenumu Verkhovnoho Sudu Ukrainy u kryminalnykh spravakh / uporiad.* V. V. Rozhnova, A. S. Syzonenko, L. D. Udalova. Kyiv: PALYVODA A. V., 2011. S. 254-258.

47. *Pro Fond harantuvannia vkladiv fizychnykh osib: Zakon Ukrainy vid 20 veresnia 2001 r. № 2740-III.* URL: zakon.rada.gov.ua. (vtratyv chynnist na pidstavi Zakonu Ukrainy vid 21.09.2012 r. № 4452-VI) URL: <https://zakon.rada.gov.ua>.

48. *Profilaktyky zlochyniv: pidruchnyk / O. M. Dzhuzhva, V. V. Vasylevych, O. H. Krolb ta in.; za zah. red. d.yu.n. prof. O. M. Dzhuzhy.* Kyiv: Atika, 2011. 720 s.

49. *Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy «U spravi za konstytutsiinym zvernenniam Kyivskoi miskoi rady, profesiinykh spilok shchodo ofitsiinoho tlumachennia chastyny tretoi statii 21 Kodeksu zakoniv pro pratsiu Ukrainy (sprava pro ofitsiine tlumachennia terminu «zakonodavstvo») vid 09 lypnia 1998 roku № 12-pr/98.* Ofitsiinyi visnyk Ukrainy. 1998. № 32. St. 1209.

50. *Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym zvernenniam vidkrytoho aktsionernoho tovarystva «Kirovohradoblenerho» pro ofitsiine tlumachennia polozhen chastyny vosmoi statii 5 Zakonu Ukrainy «Pro vidnovlennia platospromozhnosti borzhnyka abo vyznannia yoho bankrutom» / sprava shchodo kredytoriv pidpriemstv komunalnoi vlasnosti) vid 20 chervnia 2007 roku № 50rp/2007.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua>.

51. *Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam Verkhovnoho Sudu Ukrainy shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti polozhen statii 69 Kryminalnoho kodeksu Ukrainy (sprava pro pryznachennia sudom bilsh m'iakoho pokarannia) vid 02 lystopada 2004 roku № 15-rp/2004.* URL: zakon.rada.gov.ua.

52. *Synhaivska I. V. Falshyvomonetsnytvo v Ukraini: kryminalno-pravovyi ta kryminolohichnyi aspekty: monohrafiia.* Luhansk: Virtualna realnist. 2010. 358s.

53. *Slovyk ukrainskoi movy: v 11 tomakh.* Kyiv: Naukova dumka, 1972. T. 3. 687 s.

54. *Stepaniuk A. Kh. Pryntsypy kryminalno-vykonavchoho prava. Vybrani pratsi / ukl. K. A. Avtukhov.* Kharkiv: Pravo, 2017. S. 253-304.

55. *Stepaniuk A. Kh., Avtukhov K. A. Protsesualni aspekty doktryny kryminalno-vykonavchoho prava. Pravova doktryna Ukrainy: u 5 t. Kharkiv: Pravo, 2013. T. 5: Kryminalno-pravovi nauky v Ukraini: stan, problemy ta shliakhy rozvytku / V. Ya. Tatsii, V. I. Borysov, V. S. Batyrhareieva ta in., za zah. red. V. Ya. Tatsiia, V. I. Borysova. S. 784-798*

56. *Teoriia derzhavy i prava: pidruch. dlia stud. vyshch. navch. zakl., O. V. Petryshyn, S. P. Pohrebniak, V. S. Smorodynskiyi ta in., za red. O. V. Petryshyna.* Kharkiv: Pravo, 2014. 368 s.

57. *Filosofskiyi slovyk / za red. V. I. Shynkaruka. 2-he vyd.* Kyiv: Holov. red. URE, 1986. 687 s.

58. *Shpek R. Problemy rozkryttia zlochyniv u bankivskii sferi. Internet-portal FinPost.* URL: <http://finpost.com.ua/news/5429>

59. *Shchodo vyznachennia poniattia normatyvno-pravovoho aktu pry vstanovlenni nadbavky za vysoki dosiahnennia v pratsi abo vykonannia osobylyvo vazhlyvoi roboty: Lyst Derzhavnoi mytnoi sluzhby Ukrainy vid 04 hrudnia 2008 roku № 17/1-6/2073 –EP.* URL: <http://zakon.rada.gov.ua>

РОЗДІЛ III Кримінологічне забезпечення як наукова проблема

БЕСЧАСТНИЙ Віктор Миколайович
доктор юридичних наук
керівник Секретаріату
Конституційного Суду України
<https://orcid.org/0000-0003-2491-773X>

- 3.1. Сучасний стан і тенденції злочинності в Україні
- 3.2. Поняття кримінологічного забезпечення і його місце в загальній теорії протидії злочинності

Criminological support as a scientific problem

*Doctor of Law V. M. Beschastnyy
Head of the Secretariat of the Constitutional Court of Ukraine*

Кримінологическое обеспечение как научная проблема

*Доктор юридических наук В. Н. Бесчастный
руководитель Секретариата Конституционного Суда Украины*

Ключові слова: злочинність, реєстраційна процедура, досудове розслідування, злочини проти власності, правоохоронна та судова практика, злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності.

Keywords: crime, registration procedure, pre-trial investigation, crimes against property, law enforcement and judicial practice, crimes in the sphere of official activity and professional activity.

Ключевые слова: преступность, регистрационная процедура, досудебное расследование, преступления против собственности, правоохранительная и судебная практика, преступления в сфере служебной и профессиональной деятельности.

АНОТАЦІЯ

Метою дослідження є формування цілісної концепції кримінологічного забезпечення протидії злочинності в Україні як системи знань про сутність, форми, види і засоби такого забезпечення, а також основні напрями його удосконалення у кримінально-превентивній практиці та протидії злочинності в цілому. Методологічною основою дослідження є діалектичний метод наукового пізнання, що дає змогу розглядати правові, функціональні, організаційні та процедурні аспекти протидії злочинності у їх розвитку, взаємозв'язку та взаємовпливові. Положення та висновки

розділу ґрунтуються на нормах Конституції України, законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів, які визначають правові засади організації та здійснення кримінологічного забезпечення протидії злочинності в Україні.

SUMMARY

The aim of the study is to form a holistic concept of criminological support for crime in Ukraine as a system of knowledge about the nature, forms, types and means of such support, as well as the main directions of its improvement in criminal prevention practice and crime prevention in general, which allows to consider the legal, functional, organizational and procedural aspects of combating crime in their development, relationship and interaction. The provisions and conclusions of the section are based on the norms of the Constitution of Ukraine, legislative and by-laws that determine the legal basis for the organization and implementation of criminological support for combating crime in Ukraine.

АННОТАЦИЯ

Целью исследования является формирование целостной концепции криминалогического обеспечения противодействия преступности в Украине как системы знаний о сущности, формах, видах и средствах такого обеспечения, а также основные направления его усовершенствования в уголовно-превентивной практике и противодействия преступности в целом. Методологической основой исследования является диалектический метод научного познания, что позволяет рассматривать правовые, функциональные, организационные и процедурные аспекты противодействия преступности в их развитии, взаимосвязи и взаимовлиянии. Положения и выводы раздела основываются на нормах Конституции Украины, законодательных и подзаконных нормативно-правовых актов, определяющих правовые основы организации и осуществления криминалогического обеспечения противодействия преступности в Украине.

3.1. Сучасний стан і тенденції злочинності в Україні

Сучасна злочинність в Україні характеризується високим рівнем, несприятливою динамікою та структурою. Так, за 11 місяців 2016 року було зареєстровано 584,8 тис. злочини, в той час як за аналогічний період 2015 року – 515,5 тис. без урахування тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим (далі – АРК) та окремих районів Донецької та Луганської областей. Це – найвищий показник, починаючи з 1997 року, коли після тривалого зростання й піку злочинності у 1995 році (641,8 тис. злочинів) було виявлено 589,2 тис. злочинів та засуджено 237,8 тис. осіб. При цьому зростання злочинності відбувається на фоні планомірного зниження ефективності діяльності як щодо їх розкриття, так і запобігання (див. діаграму 1)¹.

¹ Абросімова Ю. А. Злочинність неповнолітніх та запобігання їй на регіональному рівні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Дніпропетровськ, 2009. 201 с.

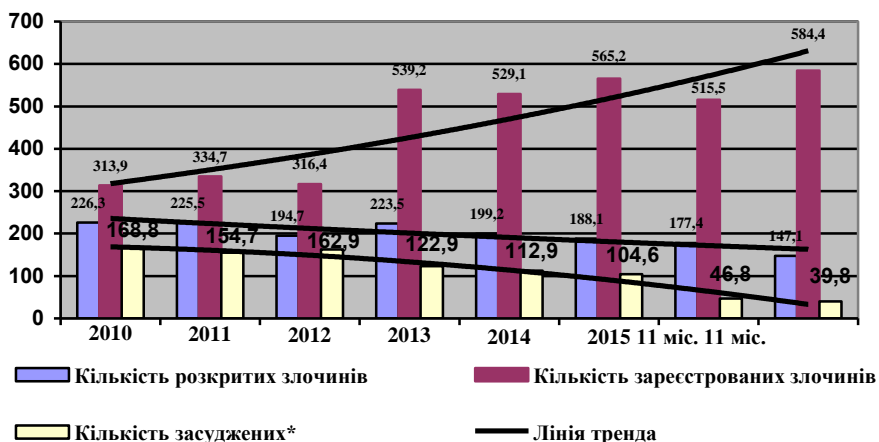
ДЕЛІКТОЛОГІЯ

Як бачимо, динаміка злочинності протягом останніх 6 років характеризується хвилеподібними коливаннями, найвище значення амплітуди яких припадає на 2016 р., а найнижче – на 2010 р. Однак, вираженою є загальна тенденція до зростання як рівня злочинності. Абсолютний приріст 2016 р. (показники за 11 місяців) щодо базового 2010 р. складає *270,5 тис.* злочинів. Темп зростання у 2016 році, розрахований базисним методом, складає *1,862*, темп приросту – *86,2 %*. Темп зростання у 2016 році, розрахований ланцюговим методом (за 11 місяців 2016 та 2015 рр. відповідно), складає *1,134*, темп приросту – *13,4 %*. Середньорічний абсолютний приріст за 2010–2016 рр. становить *45 тис.* злочинів, середній темп зростання – *1,093*, середній темп приросту – *9,3 %*.

Слід зауважити, що на викладені показники динаміки злочинності суттєво вплинула низка правових та організаційно-управлінських факторів, серед яких превалюють зміни у реєстраційній процедурі, що застосовується до фіксації заяв і повідомлень про вчинені злочини, а також новий процесуальний порядок реагування на них з боку правоохоронних органів, встановлені КПК України. Ці обставини значною мірою обумовили зростання кількості зареєстрованих злочинів у 2013 р. на 62 % порівняно з 2012 р. та подальше закріплення рівня злочинності на позначці, не нижчій за 520 тис. щороку. У зв'язку з цим більш об'єктивними та показовими є дані про злочинність хоча і на коротшому, втім, значно більш однорідному за характером факторів штучного впливу на статистичне відображення її динаміки інтервалі часу – з 2013 по 2016 рр.

Діаграма 1

Графічне зображення динаміки злочинності та судимості в Україні
(абсолютні показники рівня за 2010–2016 рр.)



* Дані про рівень судимості за останні два періоди часової вісі діаграми наведені за I півріччя 2015 та 2016 рр. відповідно.

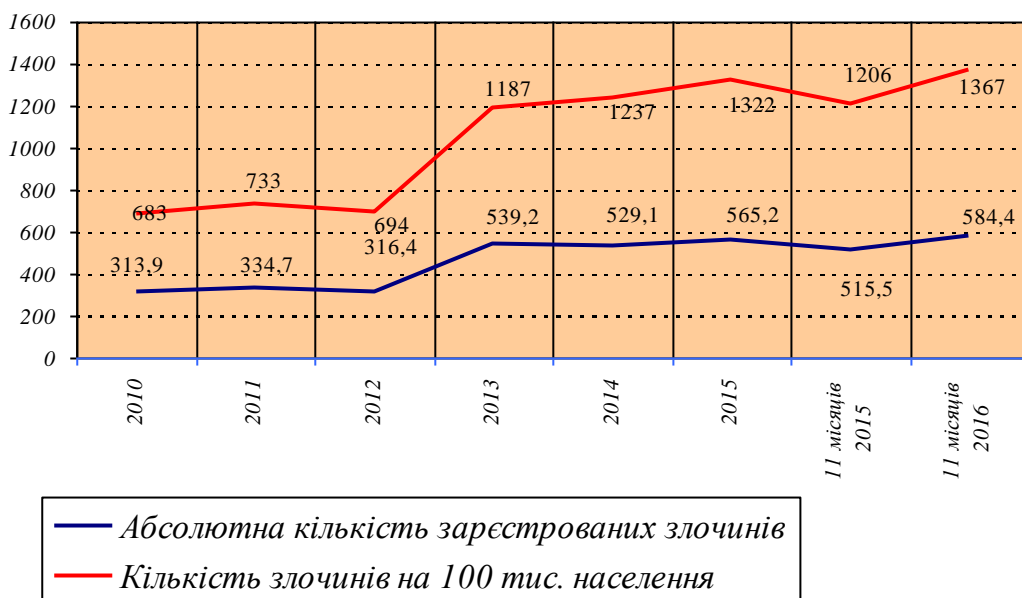
Так, абсолютний приріст 2016 р. (показники за 11 місяців) по відношенню до базового 2013 р. складає *45,2 тис.* злочинів. Темп зростання у 2016 році, розрахований базисним методом, складає *1,084*, темп приросту – *8,4 %*. Темп зростання у 2016 р. (показники за 11 місяців), розрахований ланцюговим методом, відповідає зазначеним вище показникам співвідношення з 2015 р. Середньорічний абсолютний приріст за 2013–2016 рр. становить *32,4 тис.* злочинів, середній темп зростання – *1,021*, середній темп приросту – *2,1 %*¹.

Таким чином, за коректних вихідних правових та організаційно-управлінських умов аналізу показники динаміки злочинності дійсно виявляють несприятливу тенденцію. Проте інтенсивність негативних змін у статистичному відображенні стану злочинності виявляється на порядок нижчою, аніж в інтервалі 2010–2016 рр. Однак і їх інтерпретація вимагає врахування фактора скорочення території обліку злочинів, до якої з другого кварталу 2014 року не потрапляють АРК та окремі райони Донецької і Луганської областей, тимчасово непідконтрольні українській владі. Ця обставина диктує необхідність визнати те, що помірне зниження у 2014 році рівня злочинності в реальній дійсності не відбулося. Згідно з оцінками Державної служби статистики України, на вказаних територіях постійно проживає близько 2,5 млн осіб. Звісно, комплекс причин та умов кримінальної активності серед цього населення певною мірою відрізняється від того, який формується на іншій території України. Однак є всі підстави для екстраполяції загального тренду розвитку криміногенної обстановки і на них. А надто з урахуванням того, що АРК, Донецька та Луганська області традиційно належали до найбільш криміногенних. Відтак, реальний стан кримінальної загрози у 2014 році характеризується подальшою тенденцією до інтенсифікації. Це, зокрема, підтверджується аналізом відносних показників злочинності (див. діаграму 2)².

¹ Матеріали до засідання Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності щодо діяльності органів Національної поліції України: лист № 10305/01/25-2016. 37 с.

² Звітність : судова статистика (2010–2016 рр.) // Судова влада України: офіційний веб-портал. URL: http://court.gov.ua/sudova_statystyka/ (дата звернення: 20.09.2016).

Графічне зображення рівня злочинності та коефіцієнтів злочинної інтенсивності на 100 тис. населення у динаміці (2010–2016 рр.)



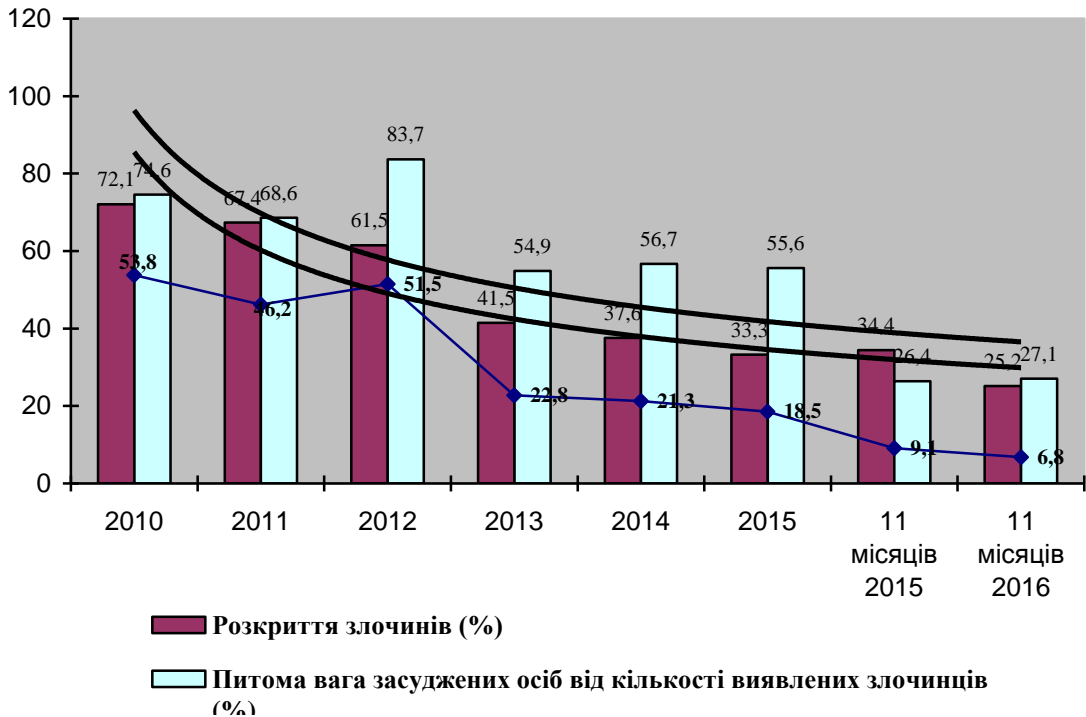
Як бачимо, починаючи з 2013 р., фіксується постійне зростання коефіцієнту злочинної інтенсивності, в тому числі й у 2014 р., в якому за абсолютними показниками відображається зниження рівня. Отже, маємо констатувати усталення стійкого негативного тренду до погіршення кримінологічної ситуації. Не останню роль у цьому відіграє триваюча істотна дисфункція правоохоронної та судової системи, про що можна зробити висновок, виходячи з рівня та динаміки розкриття злочинів і практики судочинства у кримінальних провадженнях. Їх показники відображають зворотну залежність від рівня злочинності та характеризуються постійним зниженням, починаючи з 2010 року¹. За рівнем розкриття злочинів виняток становить 2012 р., а за рівнем судимості – 2011 р., коли фіксується помірне їх зростання порівняно з попередніми періодами (див. діаграму 1). Але в площині аналізу відносних показників ця обставина спостерігається не повною мірою; в

¹ Стан та структура злочинності в Україні (2010–2012 рр.): статистика МВС. URL: <http://www.mvs.gov.ua/ua/> (дата звернення: 20.09.2016).

наявності постійне зниження ефективності правоохоронної діяльності щодо реагування на злочини (див. діаграму 3)¹.

Діаграма 3

Графічне зображення динаміки питомої ваги розкриття злочинів та засудження осіб, винних у їх вчиненні (2010–2016 рр.)



Максимальний відсоток розкриття злочинів за період 2010–2016 рр. був забезпечений у 2010 р. і становив 72,1 %. Мінімальний, у 2016 р. – 25,2 %. Таким чином, у минулому році розкривався лише кожен четвертий злочин із зареєстрованих. При цьому важливо наголосити на тому, що зазначене падіння розкриття злочинів відображається не лише у даних питомої ваги від загальної їх зареєстрованої кількості. Вказана тенденція спостерігається і при аналізі абсолютних величин, а саме: якщо у 2010 р. було розкрито 226,3 тис. злочинів, то у 2014 р. – 199,2 тис., у 2015 р. – 188,1 тис., а за 11 місяців 2016 р. – 147,1 тис., що менше ніж за аналогічний період 2015 р. на 30,3 тис.

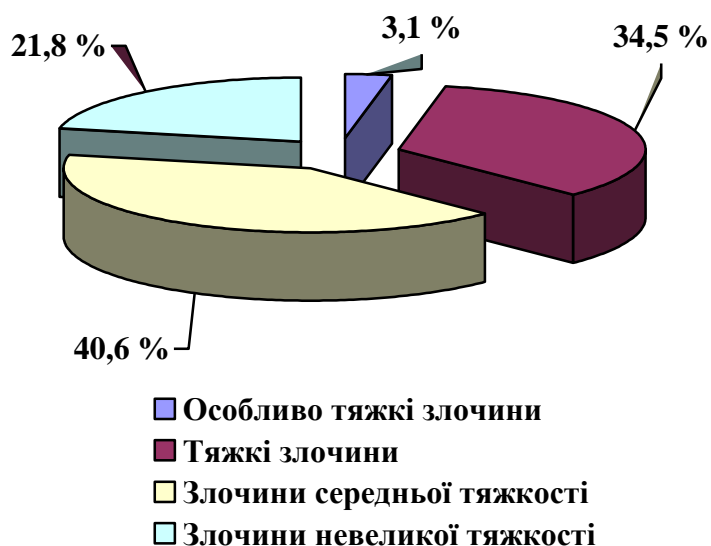
¹ Аналітичні огляди щодо стану здійснення правосуддя (2010–2015 рр.): судова статистика. URL: http://court.gov.ua/sudova_statystyka/ (дата звернення: 20.09.2016).

Але відбувається планомірне зниження ефективності не лише розкриття злочинів. Маємо констатувати й суттєве падіння якості досудового розслідування, що, крім цього, відображається й на стані судового розгляду кримінальних проваджень. Зокрема, у 2016 році (у показниках за 11 місяців) засуджено було лише 27,1 % від виявлених правоохоронними органами осіб, які вчинили злочини. Причини цього – низька якість розслідування (в тому числі й обумовлена надто великим навантаженням на слідчих), що втілюється у недостатньому відсотку доведення проваджень до стадії судового розгляду, а також у деякому зростанні кількості виправдувальних вироків, який, втім, і зараз не перевищує 1 %.

Структура сучасної злочинності в Україні характеризується значною часткою тяжких та особливо тяжких злочинів, загальний відсоток яких у 2016 році сягнув 35,5 %. При тому суттєвою залишається й питома вага злочинів середньої тяжкості (див. діаграму 4)¹.

Діаграма 4

Графічне зображення структури злочинності за ступенем тяжкості злочинів (11 місяців 2016 р.)

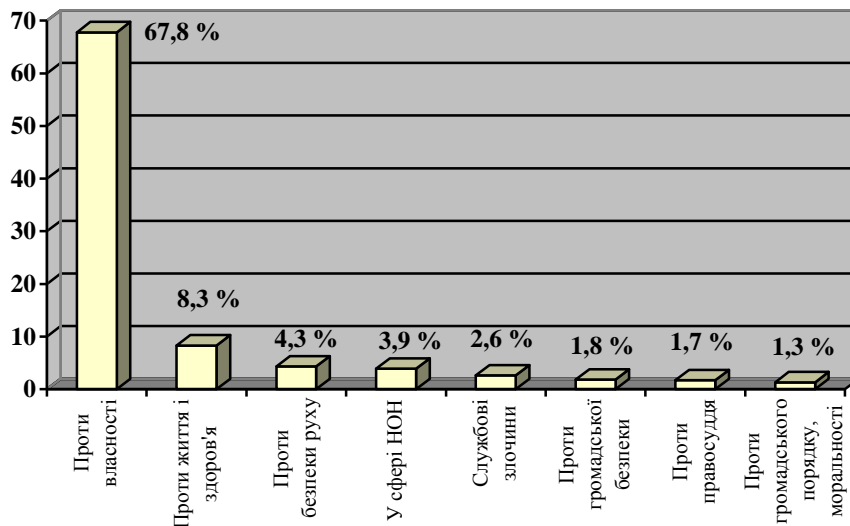


¹ Звітність : судова статистика (2010–2016 рр.) // Судова влада України: офіційний веб-портал. URL: http://court.gov.ua/sudova_statystyka/ (дата звернення: 20.09.2016).

Залежно від об'єкта посягання традиційно переважають злочини проти власності, частка яких у загальній структурі злочинності у 2016 році склала 67,8 %, або 396 091 злочин (див. діаграму 5).

Діаграма 5

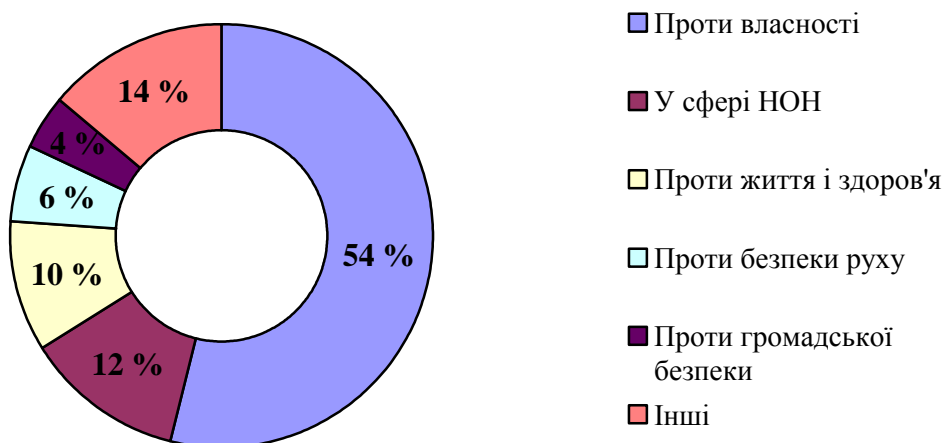
Графічне зображення структури злочинності залежно від об'єкта злочинного посягання (злочини з найбільшою питомою вагою в структурі за 11 місяців 2016 р.)



Від структури злочинності певною мірою відрізняється структура судимості, що свідчить про дисбаланс між правоохоронною та судовою практикою, існуючими недоліками в організації розкриття та розслідування злочинів (див. діаграму 6)¹.

¹ Матеріали до засідання Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності щодо діяльності органів Національної поліції України: лист № 10305/01/25-2016. 37 с.

Графічне зображення структури судимості (злочини з найбільшою питомою вагою в структурі за 11 місяців 2016 р.)



Привертають увагу відмінності у структурі злочинності та судимості, а також низький відсоток судимості за злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, а також злочини проти правосуддя.

Серед зареєстрованих злочинів проти власності превалюють крадіжки – 304 697 тис. (76,9 % від всіх злочинів проти власності). Грабежі та розбої складають 6,4 % (25 528 злочинів) та 0,9 % (3607 злочинів) відповідно, шахрайства – 11,5 % (45 735 злочинів), 4,3 % – інші. Таке співвідношення загально кримінальних корисливих злочинів є традиційним для структури злочинності в Україні та не вирізняється специфічними змінами протягом останніх п'яти – шести років.

Характер злочинності найбільшою мірою залежить від питомої ваги в її структурі злочинів проти життя і здоров'я особи. У 2016 році цей показник склав 8,3 %, у 2015 – 9,5 %, у 2014 – 11,7 %, у 2013 – 12 %. Таким чином, динаміка питомої ваги злочинів проти життя і здоров'я у загальній структурі злочинності має зворотне значення динаміці її абсолютних показників. Це означає, що, по-перше, темпи приросту загальної злочинності суттєво випереджають темпи приросту злочинів проти життя і здоров'я особи та, по-друге, в цілому від останніх не залежить. Тобто загальне зростання злочинності визначається негативною динамікою інших видів злочинів.

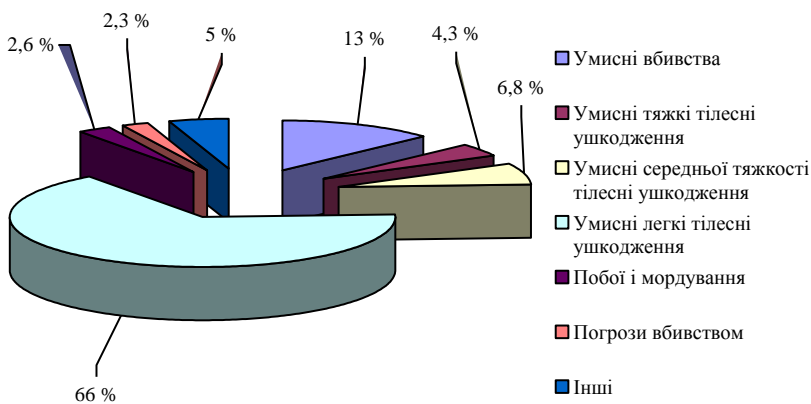
У структурі злочинів проти життя і здоров'я особи превалюють умисні легкі тілесні ушкодження. У 2016 році їх показник в абсолютних величинах сягнув позначки у 32046 злочинів, що становить 66 %. Після них найбільшою

питомою вагою характеризуються умисні вбивства, яких за вказаний період було зареєстровано 6329 (див. діаграму 7)¹.

Традиційно значною є частка так званих «побутових» вбивств та тілесних ушкоджень. Разом з тим, 2014–2015 рр. характеризуються інтенсивним зростанням бойових та небойових втрат військовослужбовців та працівників правоохоронних органів у зоні проведення антитерористичної операції (далі – АТО).

Діаграма 7

**Графічне зображення структури злочинів проти життя і здоров'я
(11 місяців 2016 р.)**



Втім, динаміка умисних вбивств демонструє тенденцію до планомірного зниження рівня протягом останніх двох років (щодо умисних тяжких тілесних ушкоджень зниження відбулося тільки у 2016 р.). Так, якщо у 2010 р. було зареєстровано 2356 умисних вбивств та 3777 умисних тяжких тілесних ушкоджень, то у 2013 р. – 5861 умисних вбивств та 3026 умисних тяжких тілесних ушкоджень, у 2014 р. – 11466 умисних вбивств та 3132 умисних тяжких тілесних ушкоджень, у 2015 р. – умисних 8367 вбивств та 3462 умисних тяжких тілесних ушкоджень (див. діаграму 8)².

Така динаміка зумовлена змінами у характері та інтенсивності АТО в окремих районах Донецької та Луганської областей. Зокрема, варто

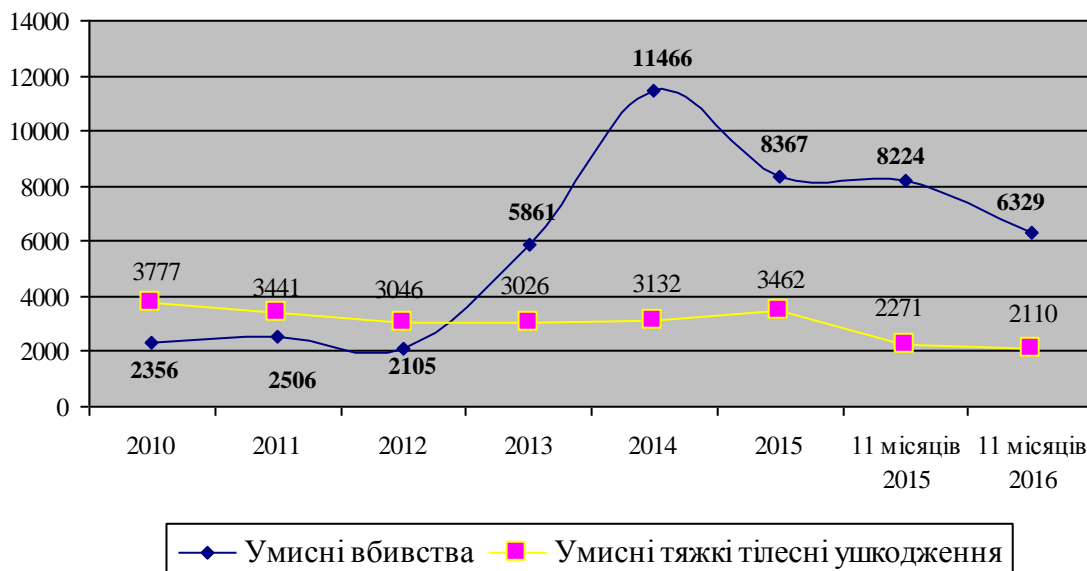
¹ Матеріали до засідання Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності щодо діяльності органів Національної поліції України: лист № 10305/01/25-2016. 37 с.

² Звітність : судова статистика (2010–2016 рр.) // Судова влада України: офіційний веб-портал. URL: http://court.gov.ua/sudova_statystyka/ (дата звернення: 20.09.2016).

констатувати перехід її з гарячої фази до інертного етапу з тенденціями до стратегічного «заморожування» й перманентним збройним протистоянням локального масштабу на окремих ділянках лінії тимчасового розмежування. Цілком закономірно, що ця тенденція супроводжується зменшенням кількості жертв такого протистояння. За даними Міністерства оборони України, у 2016 р. бойові втрати склали 211 осіб, що є найменшим показником з 2014 р.

Діаграма 8

Графічне зображення динаміки умисних вбивств та умисних тяжких тілесних ушкоджень (2010–2016 рр.)



Разом з тим, на фоні зниження кількості умисних вбивств, зумовлених збройним протистоянням у зоні проведення АТО, спостерігається подальше зростання вбивств, що вчиняються на побутовому підґрунті. Такий висновок випливає з арифметичної різниці загальної кількості умисних вбивств та бойових втрат і порівнянням її з показниками 2013 року. У кримінально-правовій структурі умисних вбивств переважають саме некваліфіковані їх види (основні склади злочинів). У 2016 р. частка останніх складала 87,5 %. Зауважимо, що мають місце несприятливі зміни у структурі кваліфікованих видів умисних вбивств. Зокрема, якщо протягом 2005–2013 рр. серед вбивств з обтяжуючими ознаками переважали умисне вбивство двох і більше осіб (близько 17 %), умисне вбивство, вчинене за попередньою змовою групою осіб (близько 10 %), умисне вбивство з корисливих мотивів (близько 9 %), то у 2016 році картина дещо змінилася:

домінують вбивства за попередньою змовою групою осіб (15,3 %), з корисливих мотивів (14,5 %), двох і більше осіб (14,2 %), особою, яка раніше вчинила умисне вбивство (11,3 %). Особливе занепокоєння викликає остання категорія, що свідчить про гостру кризу як інституту виконання покарань, так і оперативно-розшукової профілактики, адміністративного нагляду.

53,4 % умисних вбивств вчиняється у стані алкогольного сп'яніння. 24,1 % умисних вбивств вчиняються особами, які раніше притягалися до кримінальної відповідальності (рецидивістами). Серед вбивць переважають чоловіки (94 %), віком 21–40 років (62 %), неодружені (64 %), працездатні, але непрацюючі (58 %), із загальною середньою або професійно-технічною освітою (73 %).

З наведених даних можна зробити висновок про те, що протягом останніх двох років змінилися базові фактори детермінації цих злочинів у бік послаблення їх дії. Загальне ж зростання злочинності та кримінальної активності населення в Україні не суттєво пов'язане зі вчиненням злочинів проти життя і здоров'я. Однак, зберігається істотна їх поширеність, а в їх структурі значну частку займають умисні вбивства. Останні є вельми чутливими індикаторами загального стану злочинності, обтяженого стійкими насильницькими асоціальними практиками в українському суспільстві.

Зауважимо, що в структурі загальної злочинності вагомим є показник рецидиву. Так, серед всіх виявлених осіб, які вчинили злочини, близько третини вже притягалися до кримінальної відповідальності. Приблизно 50 % з останніх на момент вчинення злочину мали непогашену або не зняту судимість. 13,5 % виявлених осіб вчинили злочин у стані алкогольного сп'яніння; 62,7 % на момент кримінальної активності ніде не працювали і не навчалися, 14,1 % мали офіційний статус безробітного. Таким чином, близько 75 % всіх злочинів – так звані «виключені», тобто соціально дезадаптовані особи, які не мають налагоджених суспільно корисних зв'язків, визначеного місця у структурі соціодинаміки. Але даний факт є симптоматичним не тільки і не стільки в розрізі специфічного стану злочинності в Україні, що відтворюється значною мірою маргіналізованому суспільстві, скільки в аспекті істотної дисфункції правоохоронної системи, поза зоною впливу якої залишаються організовані форми кримінальної активності, а надто у політичній, економічній сферах.

Про це свідчать і дані офіційної статистичної звітності¹, відповідно до яких організовані групи (далі – ОГ) та злочинні організації (далі – ЗО) найчастіше вчиняють шахрайство (38,4 %). Далі за поширеністю вчинюваних ОГ та ЗО злочинів фіксуються злочини у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів (29,3 %), крадіжки (19,1 %),

¹ Про результати роботи з організованими групами та злочинними організаціями (2016 рік): статистична інформація Генеральної прокуратури України. URL: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html> (дата звернення: 20.09.2016).

ДЕЛІКТОЛОГІЯ

розбої (6,5 %), привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (3,8 %), інші (2,9 %). Тобто абсолютну більшість зареєстрованих злочинів, вчинених ОГ та ЗО слід віднести до загальнокримінальних. Лише незначну їх кількість вдається виявити та припинити у сфері економіки і лише у секторі фінансово-кредитної діяльності. Агропромисловий комплекс, а також нафтогазова, інша добувна галузі, сфери раціонального користування природними ресурсами (зокрема, земельними, лісовими, корисними копалинами, водними біоресурсами тощо), зовнішньоекономічна, логістична діяльність зостаються практично не захищеними від впливу ОГ та ЗО, діяльність яких визначає характер і динаміку негативних структурних трансформацій національної економіки, її стагнацію загалом.

Окремі показники діяльності правоохоронних органів у справі протидії організованій злочинності відображені у таблиці 1.1.

Як бачимо, починаючи з 2010 року, фіксується планомірне та суттєве зниження кількості виявлених організованих груп та злочинних організацій. Окрім падіння у 2016 р. загального показника щодо кількості виявлених ОГ та ЗО, порівняно з 2010 р., привертають увагу й деякі негативні структурні зміни відповідних результатів правоохоронної діяльності. Особливо відчутним вони є в розрізі викриття діяльності ОГ та ЗО з транснаціональними зв'язками, яких у 2016 р. виявлено лише 4, порівняно з 40 – у 2010 р., 28 – у 2014 р. та 4 – у 2015 р. Серед іншого ця обставина пов'язується з розривом оперативно-службових зв'язків вітчизняних правоохоронних органів із правоохоронними органами Російської Федерації – країни, з ОГ та ЗО якої традиційно найбільш потужними виявлялися кримінальні зв'язки українських злочинних угруповань. Відтак, втрачено можливості вжиття узгоджених оперативно-розшукових заходів щодо виявлення та припинення діяльності ОГ та ЗО з транснаціональними (українсько-російськими) зв'язками, притягнення їх організаторів та учасників до кримінальної відповідальності.

Таблиця 1.1

Окремі зведені показники динаміки й структури організованої злочинності в Україні (2010 – 11 місяців 2016 рр.)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Створення злочинної організації	-	-	-	8	5	18	29
Бандитизм	-	16	12	14	12	17	17
Виявлено організованих груп (ОГ) і злочинних організацій (ЗО), із них:	397	395	258	185	166	135	126

РОЗДІЛ III Кримінологічне забезпечення як наукова проблема

з корумпованими зв'язками	29	38	37	33	32	11	15
з транснаціональними зв'язками	40	28	38	38	28	4	4
у фінансово-кредитній системі	-	-	-	4	3	-	3
сформовані на етнічній основі	16	26	19	21	19	8	6
Тривалість діяльності організованих груп і злочинних організацій							
До одного року	304	296	193	140	120	97	103
До двох років	51	53	33	14	25	22	13
Від 3-х до 6-ти років	40	42	31	4	2	4	3
Більше 6-ти років	2	4	1	2	2	0	1
Виявлено осіб, які вчинили злочини у складі ОГ і ЗО	1588	1584	1238	662	676	570	566

* – статистичні дані відсутні.

Також принагідно зауважимо, що у 2016 р. не засуджено жодного організатора чи учасника ОГ та ЗО. Не в останню чергу це зумовлено ліквідацією у 2015 році спеціалізованих підрозділів МВС з боротьби з організованою злочинністю та пов'язаними з цим наслідками в оперативній обстановці, слідчій і судовій практиці.

Проблематичною також є й кримінологічна ситуація, пов'язана з відтворенням в Україні терористичних загроз (див. діаграму 9)¹.

Інтенсифікація терористичної загрози відбувається у 2014 році й триває донині. Це зумовлено численними посяганнями на територіальну цілісність України, активною розвідувально-підривною діяльністю, спрямованою на ослаблення держави, залякування населення, загострення внутрішньополітичної конфронтації, економічної нестабільності, посилення соціально-психологічної напруженості.

¹ Про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування (2013–2016 рр.): статистична інформація Генеральної прокуратури України. URL: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html> (дата звернення: 20.09.2016).

Графічне зображення динаміки злочинів терористичної спрямованості
(2013 – 11 місяців 2016 рр.)

Теоретичний аналіз якісної складової терористичної загрози для сучасної України дозволяє виділити декілька кримінологічних різновидів терактів, які потенційно можуть вчинятися на території нашої держави:

- *теракт як засіб стимуляції репресивної свідомості*. Остання виражається у посилення соціального попиту на авторитарний стиль управління, скорочення обсягу прав і свобод заради забезпечення безпеки;

- *теракт як засіб провокації міжнародного ускладнення, дезінтеграції політичних альянсів*. Найбільш вірогідними потенційними жертвами цього різновиду терактів є: а) представники міжнародних делегацій, що перебувають з офіційними візитами в Україні; б) представники міжнародних місій, що діють в Україні; в) представники національних та сексуальних меншинств, окремих релігійних течій;

- *теракт як засіб ініціювання військових інтервенцій (casus belli)*. Організаторами цього різновиду терактів можуть бути стратегічні військові супротивники згідно з Воєнною доктриною України. Найбільш вірогідними потенційними жертвами терактів цього різновиду є мешканці АРК;

РОЗДІЛ III Кримінологічне забезпечення як наукова проблема

- теракт як форма політичної комунікації, спосіб асиметричного реагування як внутрішньодержавних, так і зовнішніх політичних акторів на політичну кон'юнктуру глобального, регіонального, національного масштабів. В цьому аспекті теракти можуть розглядатися як засіб «проштовхування» проблеми в політичний та новинний порядок дня шляхом створення атмосфери страху;

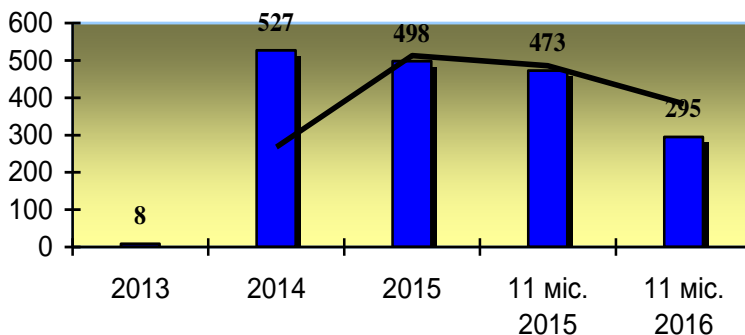
- теракт як спосіб помсти, залякування. Найбільш вірогідними потенційними жертвами терактів цього різновиду є: а) мешканці територій, що прилягають до лінії розмежування сил протистояння в окремих районах Донецької та Луганської областей; б) учасники масових акцій українського національно-патріотичного змісту¹.

Серед тривожних тенденцій відтворення терористичної загрози варто вказати й на суттєве зменшення кількості виявлених терористичних груп та терористичних організацій, фінансування тероризму на фоні зростання у 2016 р. кількості терористичних актів, що свідчить про зниження ефективності оперативно-розшукової діяльності підрозділів СБУ превентивного характеру.

Виняткової актуальності ця обставина набуває в розрізі поширення злочинів проти основ національної безпеки. Починаючи з 2014 р., фіксується значний та різкий їх приріст. Порівняно з рівнем 2013 р., коли було зареєстровано лише 8 злочинів вказаної категорії, у 2014 р. відбувається їх зростання у 65 разів – до 527 злочинів, що є найвищим показником рівня за всю історію незалежної України. Разом з цим, статистичні дані засвідчують, що відмічається поступове падіння рівня кримінальної загрози національній безпеці протягом останніх двох років (див. діаграму 10)².

Діаграма 10

Графічне зображення динаміки злочинів проти основ національної безпеки



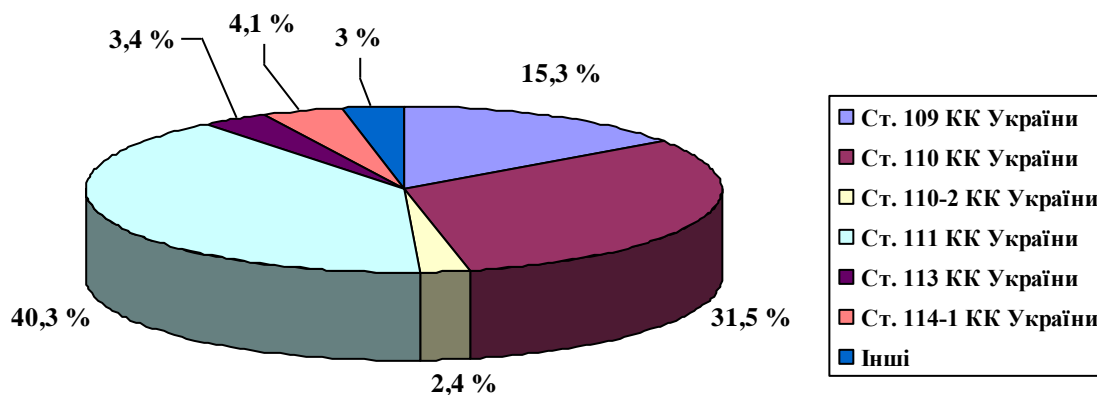
¹ Бесчастний В. М. Кримінологічний аналіз стану злочинності в Україні. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 1. С. 207–213.

² Про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування (2013–2016 рр.): статистична інформація Генеральної прокуратури України. URL: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html> (дата звернення: 20.09.2016).

Змінюється і структура злочинів проти основ національної безпеки. Так, якщо у 2014 р. найбільшу питому вагу мали посягання на територіальну цілісність і недоторканність України (ст. 110 КК України – 54 %) і дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади (ст. 109 КК України – 17,3 %), то у 2016 році їх частка склала 31,5 % та 15,3 % відповідно. Натомість найбільш поширеною у минулому році виявилася державна зрада (ст. 111 КК України), питома вага якої сягнула 40,3 % порівняно з 12,3 % у 2014 р. та 16 % у 2015 р. Загальна структура злочинів проти основ національної безпеки за 11 місяців 2016 року відображена на діаграмі 11.

Діаграма 11

Графічне зображення структури злочинів проти основ національної безпеки (11 місяців 2016 року)

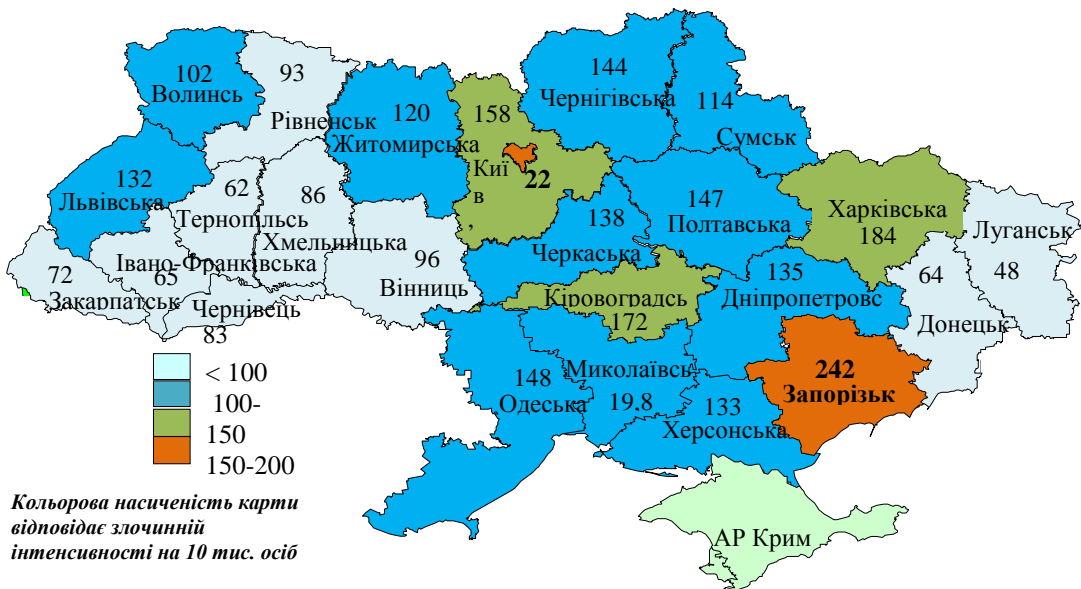


Переважає більшість осіб, які вчиняють державну зраду, – колишні працівники правоохоронних органів України, які вступили на службу до силових структур квазідержавних органів влади на території АРК та окремих районах Донецької і Луганської областей. Виявлення та реєстрація таких злочинів не становить надто великих труднощів і здійснюється переважно за допомогою збирання відповідної інформації з мережі Інтернет. Така робота хоча і є важливою, однак не відображає адекватної реакції на характер і ступінь загроз національній безпеці та у сукупності з показниками протидії тероризму може свідчити про послаблення ефективності оперативно-розшукової діяльності СБУ.

Аналіз географії злочинності в Україні засвідчує, що найвищий коефіцієнт злочинної інтенсивності на 10 тис. населення протягом 2015–2016 рр. спостерігається у Запорізькій області (242 злочини), м. Києві (246 злочинів), а також Харківській (184 злочини), Кіровоградській (173 злочини), Київській (158 злочинів), Миколаївській (154 злочини) та Одеській (148 злочинів) областях. Найнижчий злочинна інтенсивність в означений період зафіксована в Тернопільській (62 злочини), Івано-Франківській (65 злочинів), Закарпатській (72 злочини) та Чернівецькій (83 злочини) областях (див. діаграму 11)¹.

Діаграма 11

**Графічне зображення географії злочинності в Україні
(усереднені дані 2015–2016 років)**



Переважна більшість злочинів (77,8 %) вчиняється у містах та селищах міського типу. На мешканців сіл та селищ припадає не більше 19,5 % всіх зареєстрованих злочинів. 2,7 % злочинів вчиняється поза межами населених пунктів. Така картина територіального розподілу кримінальної активності відповідає тенденціям урбанізації в Україні, яка в тому числі впливає й на зміну не лише географії, а й характеру злочинності в цілому.

¹ Про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування (2013–2016 рр.): статистична інформація Генеральної прокуратури України. URL: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html> (дата звернення: 20.09.2016).

Що стосується сучасних тенденцій злочинності в Україні, на початку варто зауважити, що в основі свого відтворення сучасна злочинність має як закономірності об'єктивно історичного характеру, так і низку спонтанних факторів генерації суспільних протиріч економічного, політичного, культурно-психологічного характеру, військово-політичної напруженості. Водночас частка загальнокримінальних корисливих злочинів щорічно коливається на рівні 65–70 % у структурі загальної злочинності протягом останніх десяти років. Якщо ж до цієї суми додати частку корисливої злочинності економічної спрямованості (в тому числі й у сфері службової діяльності), злочинів проти довкілля, пов'язаних із незаконним привласненням чи використанням об'єктів природи, злочини, пов'язані зі незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів, а також вогнепальної зброї, низку інших злочинів, об'єднаних корисливим мотивом, то виявляється, що близько 95 % всіх злочинів в Україні мають саме корисливий характер. Ця теза підтверджує відоме в кримінологічній науці положення щодо примату соціально-економічних факторів у детермінаційному комплексі вітчизняної злочинності, що зумовлено особливостями перехідного періоду, фундаментальною трансформацією (а в щодо низки параметрів – просто з деструкцією) системи та ідеології господарювання та іншими чинниками.

Окремі аспекти залежності між узагальненими показниками стану економічного розвитку українського суспільства та злочинністю відображені у таблиці 1.2¹.

Хоча соціально-економічні фактори і не є специфічними для злочинності (вони впливають на соціодинаміку в цілому), однак мають виражений зв'язок з кримінальною активністю населення. На користь цієї обставини свідчать й наступні аргументи:

1) збільшення з початку 2016 року на 5% споживчих цін у тому числі на: продукти харчування та безалкогольні напої на 2,1 %; комунальні послуги, воду, електроенергію (на 25 %), газ та інші види палива – на 22,3 %; предмети домашнього вжитку, побутову техніку, поточне утримання житла – на 2,5 %; охорону здоров'я – на 5,2 %.

1. зниження у 2016 році реальних доходів населення на 15%;

3) зростання безробіття до 9,9 % (2015 рік – 9,6 %);

4) зниження рівня соціального захисту малозабезпечених верств населення (у січні-липні 2016 року за субсидіями звернулись 3,7 млн домогосподарств, що на 44 % більше ніж у 2015 році).

Додаткові відомості щодо динаміки змін майнового становища громадян наведено у діаграмі 12¹.

¹ Демографічна та соціальна статистика. Населення та міграція: статистична інформація Державної служби статистики України. URL: <http://www.ukrstat.gov.ua/> (дата звернення: 20.09.2016).

Таблиця 1.2

Порівняльна таблиця кількості населення України, даних економічного благополуччя, злочинної інтенсивності та міжнародного індексу щастя

Рік	Постійне населення (тис. осіб)	Чисельність населення із середньодушовим загальним доходом, нижчим за прожитковий мінімум (% від загальної кількості населення)	Абсолютна кількість злочинів (тис.)	Індекс злочинної інтенсивності на 100 тис. населення	Міжнародний індекс щастя**
2000	49115	80,2	567,8	1156	-
2001	48663,6	82,7	514,6	1057	-
2002	48240,9	83,3	460,4	954	-
2003	47823,1	76,2	566,4	1184	-
2004	47442,1	65,6	527,8	1112	-
2005	47100,5	55,3	491,8	1042	-
2006	46749,2	49,7	428,1	915	22,2
2007	46465,7	12,7	408,2	878	-
2008	46192,3	7,1	390,2	844	-
2009	45963,3	5,8	439,5	956	38,1
2010	45782,6	8,8	313,9	683	-
2011	45598,2	7,8	334,7	733	-
2012	45453,3	9,1	316,4	694	37,6
2013	45553,0	8,4	539,2	1187	-
2014*	42929,3	8,6	529,1	1237	-
2015*	42760,5	8,9	565,2	1322	46,8
2016*	42620,1	9,1	584,4	1367	-

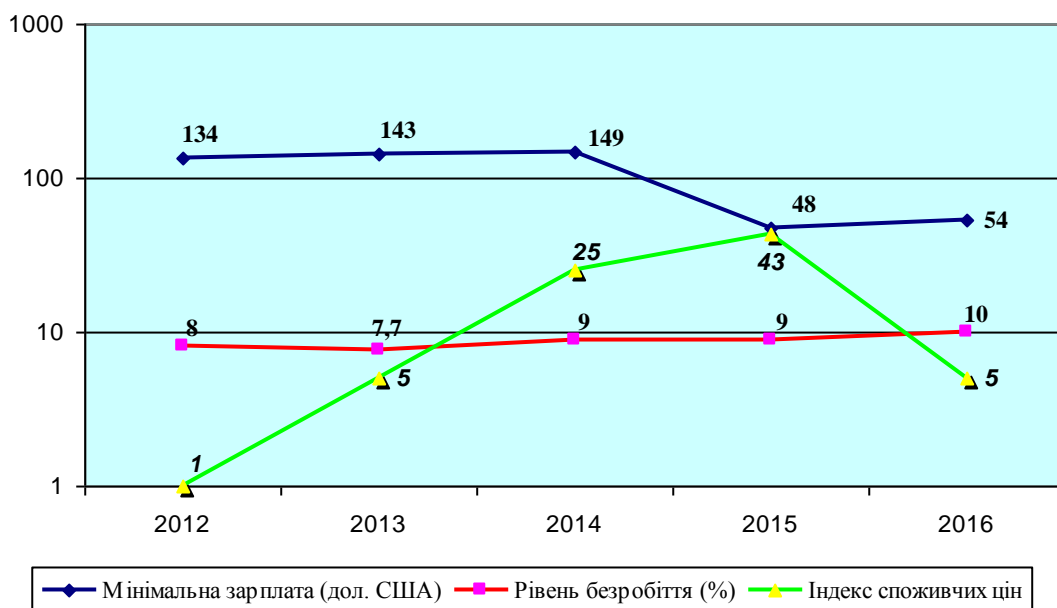
* Без урахування тимчасово окупованої території АРК та території проведення АТО в окремих районах Донецької та Луганської областей. 2016 рік – показники за 11 місяців.

1 Демографічна та соціальна статистика. Доходи та умови життя: статистична інформація Державної служби статистики України. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/menu/menu_u/virdg.htm (дата звернення: 20.09.2016).

** Міжнародний індекс щастя (англ. Happy Planet Index) – комплексний показник розвитку людського потенціалу, який розраховується ООН, починаючи з 2006 року у трирічному інтервалі. Для його розрахунку використовуються три базові індикатори: суб'єктивна задоволеність життям людьми, очікувана тривалість життя та «екологічний слід».

Діаграма 12

Графічне зображення зведених даних про динаміку мінімальної заробітної плати, рівня безробіття та індексу споживчих цін (2012–2016 рр.)



Слід констатувати значне зuboжіння населення. При цьому рівень працевлаштованості в Україні не корелює з рівнем бідності: наявність постійної роботи не гарантує належний рівень статків. Підтвердженням цього є показники внутрішнього валового продукту (далі – ВВП) України¹. І хоча динаміка ВВП до 2013 року демонструє позитивний приріст, таку тенденцію слід пов'язувати зі зростанням сукупного зовнішнього боргу нашої держави. Зокрема, якщо у 2006 році ВВП складав 107753 млн дол. США, а валовий зовнішній борг 54512 млн дол. США, то у 2013 році номінальний ВВП склав 182026 млн дол. США, при валовому зовнішньому боргу у 142079 млн доларів США. У 2015 році номінальний ВВП складав вже 90615 млн дол., валовий зовнішній борг –

¹ Валовий внутрішній продукт України // Финансовый портал Минфин. URL: <http://index.minfin.com.ua/index/gdp/> (дата звернення: 20.09.2016).

117,358 млн дол. США. У 2017 році плануються валютні кредитні надходження в Україну, у зв'язку з чим зустрічний рух ВВП та боргових зобов'язань відновиться. Це є досить тривожним сигналом в контексті забезпечення національної безпеки й збереження суверенності державної влади, відкриває шляхи для маніпулювання зовнішньою і внутрішньою державною політикою важелями економічного впливу. Безумовно, така ретроспектива й загальні риси перспективи макроекономічних показників дають підстави ідентифікувати їх із зоною високих ризиків формування детермінант злочинності найбільш широкого спектру.

Окремо зауважимо, що події, які відбувалися в Україні протягом 2014–2016 рр. й продовжують відбуватися в 2017, пов'язані зі збройним протистоянням загрозам національній безпеці в окремих районах Донецької та Луганської областей, суттєвим чином позначилися на параметрах ринку праці. Це є прямим наслідком спаду виробництва, розриву господарських зв'язків між підприємствами, що залишаються на тимчасово непідконтрольній українській владі території, скороченням штату державного апарату крізь призму оптимізації механізму публічного управління на засадах фінансової заощадливості. Ці обставини зумовлюють домінування корисливої мотивації як у буденному житті, так і у сфері господарських відносин. Прагнення до економії в умовах вкрай обмеженого доступу до джерел доходів спонукає до нівелювання інтересів законності на користь власних, індивідуально позначених інтересів в площині збагачення чи уникнення майнових витрат.

Значне розширення населення за критерієм доходів. Ця проблема тією чи іншою мірою є традиційною не лише для нашої держави й для всіх країн, що розвиваються з використанням ринкових економічних механізмів. Відмінність, глибока диференціація у соціальних свободах є генератором суспільних протиріч, джерелом масштабного конфлікту. Емпіричним підтвердженням істотного розриву в економічних можливостях в українському соціумі є показники індексу Джині – математичного індикатора соціальної стратифікації, що визначається як співвідношення найбільш заможної до найменш заможної частини населення.

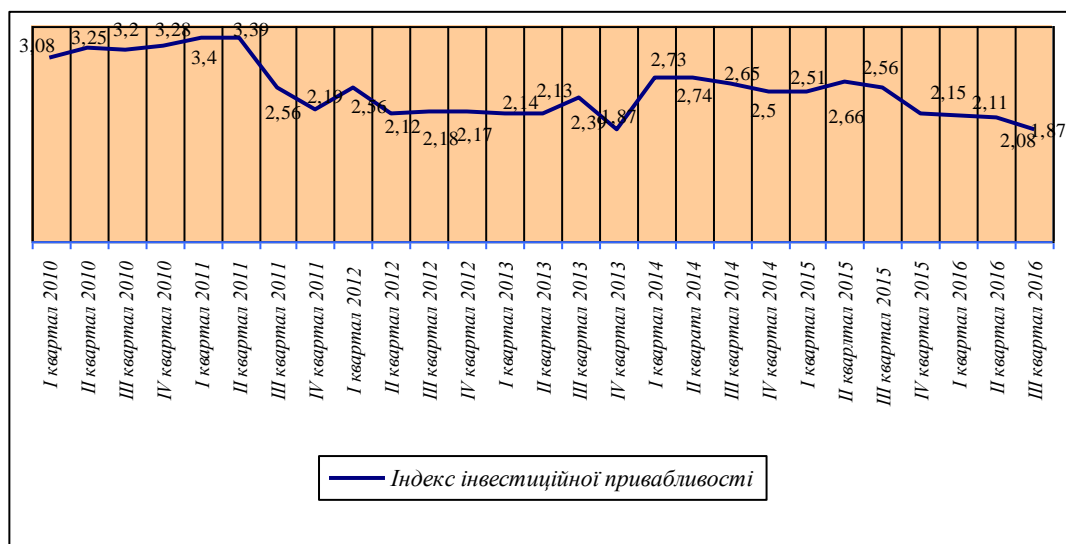
Середньорічні показники індексу Джині (коефіцієнта концентрації) коливаються в межах від 0,3289 до 0,5151. Інакше кажучи, приблизне співвідношення найбагатших до найбідніших в нашій державі складає 1 до 18. Це – критичне співвідношення, яке не в останню чергу стало каталізатором руху спротиву колишньому політичному режиму та який оформився у масові акції громадської непокори в кінці 2013 – початку 2014 рр. Це є свідченням того, наскільки глибоким є детерміністичний зв'язок соціальної, майнової нерівності, розширення з соціальною девіантністю як такою. Її негативні форми знаходять свій прояв у злочинній активності, яка, окрім іншого, відтворюється й у корисливих злочинах.

Низька інвестиційна привабливість України, що зберігається в Україні протягом тривалого часу та блокує можливості розширення іноземних капіталовкладень у вітчизняну економіку (див. діаграму 13). Зниження інвестиційної привабливості спричиняє відток капіталів, рецесію економічного розвитку, відсутність можливостей впливань у проблемні сектори економіки та їх реструктуризації, пожвавлення розвитку. Цей фактор живить підґрунтя для безробіття, гальмує загальне економічне зростання, які, в свою чергу, прямо впливають на домінування корисливої мотивації у провідному виді діяльності населення, нехтування іншими інтересами, в тому числі й загальносоціальними на користь індивідуалістичним.

28.09.2016 року було опубліковано індекс конкурентоспроможності, який щороку визначають представники Всесвітнього економічного форуму. Згідно з рейтингом інвестиційної привабливості, який охоплює два роки – 2016 та 2017, Україна опинилася на 85-й зі 140 позицій. У 2015 році країна «просіла» з 76-го на 79-те місце. Серед основних причин – високий рівень корупції, тіньового лобізму, високий рівень невиконання судових рішень, бойові дії на Сході України, низький рівень правових гарантій діяльності іноземних інвесторів, відсутність виваженої, комплексної державної програми економічного зростання¹.

Діаграма 13

**Індекс інвестиційної привабливості України
за даними Європейської Бізнес Асоціації (2010–2016 рр.)**



¹ Індекс інвестиційної привабливості України // Європейська Бізнес Асоціація. URL: <http://www.eba.com.ua/uk/about-eba/indices/investment-attractiveness-index> (дата звернення: 20.09.2016).

Щодо останнього зауважимо, що на публічно-програмному рівні у вітчизняному правовому просторі фігурує такий документ, як «Стратегія інноваційного розвитку України на 2010–2020 роки в умовах глобалізаційних викликів» (затверджена постановою ВРУ від 21.10.2010 р. № 2632-VI), який визначає ключові напрямки та засади системного розвитку нашої країни з урахуванням економічної, політичної, інтелектуальної, технологічної перспективи. Аналіз зазначеної Стратегії дозволяє стверджувати, що її розробники, піддаючи нищівній критиці неоліберальне реформаторське минуле нашої країни, стоять на позиціях інноваційно-інвестиційної моделі економічного зростання, яка є специфічним різновидом концепції неінституціоналізму, що ґрунтується на переорієнтуванні економічних відносин із фінансово-посередницьких на наукоємні, технологічні¹.

Визнаючи в цілому високий рівень наукової обґрунтованості означеної Стратегії, слід все ж визнати, що вона спирається на ринкові механізми трансформації економічного середовища. Разом з тим, серед низки європейських, американських вчених-економістів, соціологів, політологів, юристів, кримінологів останнім часом стверджується переконання у неефективності класично-ліберального способу організації ринкового господарювання. Це зумовлено такими іманентними, незмінними його супутниками, як дедалі зростаючий рівень безробіття (у міру автоматизації виробництва, запровадження новітніх технологій), вкрай нераціональне використання природних ресурсів (за рахунок запровадження виробничої тактики «запланованих дефектів» й стимулювання рівня споживання), тіньова економіка, колосальний дисбаланс у розподілі матеріальних благ, як наслідок – відсутність доступу більшості населення до засобів виробництва, недоступність вищої освіти для значної кількості людей, зниження соціальних витрат, підвищений рівень злочинності тощо².

Серед культурно-психологічних факторів насамперед привертає увагу **масова психологія споживацтва й корисливості**, що є, як справедливо зазначає Ю. В. Орлов, наслідком тривалого розвитку ринкової (економіко-ліберальної) ідеології як на рівні управління економікою, так і на рівні міжособистісних відносин, правовідносин (правовий економізм), відносин у сфері політики. Об'єктивно зумовлений тривалий період особистісної

¹ Орлов Ю. В. Політико-кримінологічна теорія протидії злочинності: монографія. Харків: Діса плюс, 2016. 656 с.

² Орлов Ю. В. Політико-кримінологічна теорія протидії злочинності: монографія. Харків: Діса плюс, 2016. 656 с.

несвободи, пов'язаний з підкоренням людини зовнішнім обставинам та необхідності постійного руху заради заробітку, виробив у сучасної людини типового ліберального мислення (*self-made man*) своєрідну залежність від цього руху. Бурний розвиток капіталізму у західних суспільствах протягом ХІХ–ХХ ст., поєднаний з поширенням та утвердженням протестантської етики (а особливо її радикально-фундаментального варіанта – пуританського кальвінізму) спричинив парадоксальний наслідок у сфері суспільної моралі. Його суперечливість виявляється при зіставленні теоретичних конструктів лібералізму в політиці та економіці з практичними наслідками його реалізації у сфері практичної етики. Вільна, відповідальна, відірвана від держави (держава як засіб забезпечення безпеки та соціальної компенсації) особистість концентрується довкола «священної корови» лібералізму – власності. Саме власність та націлена на її здобуття праця поступово, але невідворотно, замість «визволення» людини з пут необхідності та здійснення її до сфер особистісного розвитку, реалізації власного людського потенціалу *поза суспільним виробництвом й обміном*, міцно прикувала її до свого сакралізованого образу¹.

Когнітивна, орієнтуючо-праксеологічна ригідність сучасного *homo faber* сприяла формуванню ринкового типу характеру. Звідси беруть свій початок численні соціальні хвороби – злочинність, суїцидальність, алкоголізація, проституція тощо. В цьому контексті варто вести мову не про заперечення значення сутності лібералізму, а про розбіжності в ідеї та практиці реалізації ліберальної ідеології. Існування подвійних стандартів (індивідуалізму та «гуманістичного універсалізму») – це об'єктивне явище сьогодення, що є наслідком розриву між етикою, з одного боку, та економікою і політикою – з іншого. Такий дисонанс призводить до виснаження природних ресурсів, провокує інтенсифікацію як внутрішньодержавної, так і міжнародної політичної злочинності².

За слушною думкою Ю. В. Орлова підсилює криміногенні ефекти ринкового типу характеру розшарування, крайній розрив, нерівність населення України за ступенем доходів. Економічна природа цього стану соціального розвитку має в своїй основі не менш значущий суспільно-психологічний підтекст, який *виражається у тенденціях маргіналізації та поширення соціальної несправедливості*. З подальшим розвитком ринкових відносин ця проблема дедалі більше загострюється. Більше того, вона обтяжується досягненнями цивілізації у галузі телекомунікацій, які виводять її на якісно інший психологічний рівень. Криміногенним виявляється не стільки сам факт

¹ Орлов Ю. В. Політико-кримінологічна теорія протидії злочинності: монографія. Харків: Діса плюс, 2016. 656 с.

² Орлов Ю. В. Політико-кримінологічна теорія протидії злочинності: монографія. Харків: Діса плюс, 2016. 656 с.

розриву, скільки його масове переживання в умовах постійного межового контакту. Співіснування конфліктно диференційованих соціальних підструктур навіть у межах невеликих соціальних співтовариств – реальність сьогодення. А надто ця проблема генерується до глобальних масштабів завдяки поширенню засобів масової комунікації. Останні ж виявляються й каналами агресивного інформаційного впливу маскультурних зразків. За таких умов цілком закономірним видається те, що органічною частиною детермінаційного комплексу злочинності є протиріччя, природа яких описується аналітичною схемою розриву між бажаними, соціально заохочувальними цілями та легальними засобами їх досягнення¹.

Також на думку Ю. В. Орлова, з якою ми цілком погоджуємось, варто враховувати й дію **феномену патерналізму суспільної політичної та економічної свідомості, що зумовлено історичними особливостями трансформації відношення громадян до державної влади, політичних лідерів.** На території України локалізуються географічні зони, в яких зазначені трансперсональні чинники і якості, враховуючи їх політичну історію та тривалість перебування під владою Російської, Австро-Угорської імперій, Польщі, СРСР, мають більш значний (Східний регіон) та менш значний (Західний регіон) вплив. Відтак, дещо різними традиційно є й політичні настрої, електоральні тенденції, які досить часто використовуються в цілях ескалації внутрішнього протистояння, нарощування нетерпимості, агресивності. У середньостроковому горизонті подій – ці чинники залишатимуться в числі найбільш потенційно небезпечних в контексті детермінації політичної злочинності².

Потужне криміногенне значення для сучасної України має й **низький рівень культури політичної комунікації взагалі та акумуляції й артикуляції політичними акторами інтересів різних верств населення зокрема.** Йдеться про нерозвиненість мережі підтримання зв'язку між політичними акторами різних рівнів. Громадські приймальні депутатів та місцеві осередки політичних партій в Україні виконують радше номінальну, аніж реальну функцію. Незначний відсоток акумульованих на нижчому рівні проблем, соціальних запитів, лише частково знаходить свій подальший рух у політичному процесі через канали артикуляції: розроблення, подання законопроектів, виступи на пленарних та сесійних засіданнях ВРУ, телевізійних ток-шоу, у віртуальному просторі – через активність в соціальних мережах. При цьому використання таких каналів досить

¹ Орлов Ю. В. Політико-кримінологічна теорія протидії злочинності: монографія. Харків: Діса плюс, 2016. 656 с.

² Орлов Ю. В. Політико-кримінологічна теорія протидії злочинності: монографія. Харків: Діса плюс, 2016. 656 с.

часто стає самостійним предметом політико-корупційних угод¹. Це призводить до закритості елітного ядра організації політичної системи, суттєвого розриву між первинними й вторинними політичними акторами, політикою та іншими соціальними інститутами. До цієї проблеми долучається й низка відверто кримінальних форм компенсації нерозвинених механізмів акумуляції політичних ризиків та пов'язаних з ними суспільних процесів. Передусім, йдеться про тіньовий лобізм і тероризм².

Нездатність конкурувати у політико-інформаційному просторі легальними способами, терористичні організації (в тому числі й окремі держави), вдаються до терактів, радикально змінюючи актуальний контекст соціальних взаємодій. На перше місце в ньому висуваються вітальні проблеми, колишні вимоги та критика режиму поступається місцем запитам у посиленні безпеки, помсті, в якій, серед іншого, знаходить вихід агресивний потенціал. А в контексті розгортання ресентименту, теракти відіграють роль його каталізатора. В такій ситуації особистість автоматично афіліюється з державою, яка оголошує себе провідником боротьби з тероризмом; таким чином, продукується лояльність до провладної політичної еліти, а її критика ідентифікується із загрозами національній безпеці, зрадою національних інтересів. Такий інформаційний ланцюг емоційного та інтелектуального «окостеніння» призводить до штучної диференціації суспільства на тих, хто «за», і тих, хто «проти» влади. Не заснована на раціональному обґрунтуванні соціально-групова дихотомія швидко інтегрується до образів соціальної структури, закріплюється там та несе в собі потужний деструктивний потенціал агресивності, ксенофобії. Останні водночас виконують і функції захисту суспільно-психологічних системних новоутворень, забезпечуючи їх стійкість та перманентну криміногенність³.

Ю. В. Орлов справедливо зауважує, що на стан злочинності впливає також і поширений в Україні *політико-правовий популізм*. Як властивість політичного режиму, він передбачає фундаментальні розбіжності між проголошеними стратегіями у різних сферах соціального управління та реальними кроками щодо їх реалізації. Політичний популізм несе в собі елементи пропаганди та риторики, може ставати основою для підсилення емоційності та зміцнення автентичності. Водночас популістські електоральні ефекти не є тривалими. За короткостроковим піднесенням завжди йде період

¹ Орлов Ю. В. Політико-кримінологічна теорія протидії злочинності: монографія. Харків: Діса плюс, 2016. 656 с.

² Орлов Ю. В. Політико-кримінологічна теорія протидії злочинності: монографія. Харків: Діса плюс, 2016. 656 с.

³ Орлов Ю. В. Політико-кримінологічна теорія протидії злочинності: монографія. Харків: Діса плюс, 2016. 656 с.

фрустрації, пов'язаний із розчаруванням, зневірою у спроможності публічної адміністрації, недовіри до державної влади, девальвацією її легітимності¹.

Окремо варто наголосити й на *військово-політичних та організаційно-управлінських факторах злочинності в Україні*, які, передусім, проявляються у побічних криміногенних наслідках проведення АТО, а також суттєвих недоліках реформаційного процесу взагалі та правоохоронної системи, зокрема.

Проведення АТО спричиняє *витік зброї* з території її проведення в незаконний обіг внаслідок недоліків контролю та її обліку. За 11 місяців 2016 р. з незаконного обігу вилучено 1017 одиниць вогнепальної зброї (2015 р. – 1,3 тис.), у тому числі гранатомети (реактивні установки), 58 автоматів, карабіни та гвинтівки (у т. ч. мисливські), 349 пістолетів, 65 обрізів мисливської зброї, 98 одиниць саморобної зброї, а також 1442 гранати, 15 мін та 18 саморобних вибухових пристроїв, 100 тис. патронів до різних видів зброї). На цьому фоні спостерігається збільшення кількості злочинів, учинених з використанням вогнепальної зброї, порівняно з періодом до початку АТО (за 8 місяців 2012 р. – 266 злочини, 2013 р. – 352, 2014 р. – 1117, 2015 р. – 807, 2016 р. – 417)².

Варто також акцентувати і на криміногенній ролі соціально-правових, економічних, побутових *проблем внутрішньо переміщених осіб*, найбільша кількість яких зареєстрована у Дніпропетровській, Запорізькій, Харківській, та Херсонській областях. *Загалом* взято на облік 1,8 млн переселенців або 1,4 млн сімей з Донбасу і Криму. При цьому приблизно 800 тис. ще не зареєструвались. Вказана група громадян не є однорідною. Певна кількість переселенців досить успішно інтегруються до соціального середовища на іншій місцевості. Разом з тим кримінологічний інтерес становлять ті внутрішньо переміщені особи (а їх питома вага порівняно з корінним населенням, безсумнівно, вища), які опинилися у складних побутових, економічних умовах. Значна кількість з них мали досвід перебування в ситуації ведення бойових дій, що виявилось потужним психотравмуючим фактором. Останній накладається на проблеми соціально-правового, психологічного характеру, з якими стикаються внутрішньо переміщені особи, їх ексклюзивності, виключності.

Окремий кримінологічно значущий аспект цієї проблематики – стигматизація, що виявляється у численних формах: від організації місць компактного проживання таких осіб (так звані «модульні містечка») й до особливих мовних кліше, що використовуються як в офіційній документації органів державної влади і місцевого самоврядування, так і загальному

¹ Орлов Ю. В. Політико-кримінологічна теорія протидії злочинності: монографія. Харків: Діса плюс, 2016. 656 с.

² Про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування (2013–2016 рр.): статистична інформація Генеральної прокуратури України. URL: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html> (дата звернення: 20.09.2016).

медійному, побутовому дискурсі. Проблеми, пов'язані із соціальним тавруванням внутрішніх переселенців, виникають і при працевлаштуванні. Процес адаптації ускладнюється і через загострене сприйняття навколишньої дійсності самим переселенцем, який приглядається до себе й свого оточення, схильний перебільшувати значення реакцій на себе та свої дії, приймати нейтральні твердження за оціночні.

Окрім іншого, суттєвим психотравмуючим чинником для внутрішніх переселенців виявляється втрата ними свого житла, що детермінує ефекти соціальної дезорганізації, психологічного відчуження. В свою чергу, це є факторами зростання та підтримання на високому рівні тривожності – однієї з найбільш потужних детермінант агресії.

Проведення АТО має також своїм наслідком **зростання кількості соціально невлаштованих осіб, які мають досвід бойових дій та психологічні проблеми**. За оцінками фахівців Науково-дослідного центру гуманітарних проблем та Соціально-психологічного центру Збройних Сил України близько 80 % учасників АТО отримують психологічні травми. При цьому для 30–40 % це можуть бути безповоротні психогенні втрати, тобто психологічні травми переходять у психіатричні. Найбільша вираженість ознак посттравматичного стресового розладу виявляється приблизно у 60 % учасників АТО, які потребують додаткового медико-психологічного обстеження та супроводу¹.

Найчастіше, зазначає В. В. Шкуро, проявляються такі ознаки посттравматичного стресового розладу, як порушення сну та прояви депресії – 46 %; загальна тривожність – 42 %; високий рівень агресії та невмотивованої пильності – 37,5 %; зловживання алкогольними напоями та лікарськими препаратами, невимушені спогади, почуття провини – 33,3 %. Означені вище особистісні деформації в багатьох випадках стають імпульсом до розвитку агресивних та суїцидальних схильностей: після повернення із зони АТО на фоні означених набутих рис з'являються суїцидальні думки, загострюється почуття безвиході, безперспективності та несправедливості, тривожності. Труднощі із соціальною реінтеграцією, реадаптацією, що з'являються як наслідок розвитку зазначених якостей, продукують підвищену агресивність як щодо об'єктів зовнішнього середовища, так і щодо себе².

Суттєво впливають на стан злочинності і недоліки реформування правоохоронних органів. Варто констатувати прорахунки у кадровій політиці, що спричинило відтік досвідчених працівників, зниження службової мотивації

¹ Шкуро В. В. Кримінологічна характеристика та протидія суїцидальності як фоновому для злочинності явищу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 ; Харківський національний університет внутрішніх справ, 2016. 250 с.

² Шкуро В. В. Кримінологічна характеристика та протидія суїцидальності як фоновому для злочинності явищу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 ; Харківський національний університет внутрішніх справ, 2016. 250 с.

тощо. На початок вересня 2016 року штатна кількість Національної поліції становила 149,8 тис., працівників, що на 1,5 % більше ніж на початку 2016 року (147,5 тис.). Фактично працює 127, тис. співробітників або 84,3 %, а **некомплект становить 23,6 тис або 15,7 %**. Окрім цього, на 0,2% (з 14306 до 14280) відбулося зменшення штатної кількості працівників підрозділів досудового розслідування, **некомплект яких становить 1,8 тис. або 12 %** (фактична чисельність – 12,5 тис.)

При цьому у 2014–2016 рр. було суттєво скорочено набір у вищі навчальні заклади зі специфічними умовами навчання. Це дає підстави для висновку: у 2018–2020 рр. проблема некомплекту підрозділів Національної поліції ще більше загостриться, що негативно вплине на криміногенну ситуацію в державі у середньостроковій перспективі.

У 2016 році на **грошове забезпечення** для Національної поліції виділено асигнування в розмірі 9,3 млрд грн., що забезпечує лише 58 % від нормативної потреби. У бюджеті на 2017 рік заплановано 15,5 млрд грн., що дещо має покращити ситуацію. Втім, і за такого рівня фінансування неохопленими лишаються щонайменше 35 % потреб правоохоронного відомства на 2017 рік. Зважаючи на високі темпи інфляції, цей відсоток збільшуватиметься.

СБУ у 2017 році отримає з державного бюджету приблизно стільки ж, як і у 2017 році, – 6,2 млрд. грн. З них лише 11,5 млн – на Антитерористичний центр, 950 млн – на Службу зовнішньої розвідки. З урахуванням тенденції до зниження ефективності превентивної, оперативно-розшукової діяльності СБУ у розрізі протидії тероризму, а також злочинам проти основ національної безпеки, варто очікувати подальше загострення криміногенної ситуації й за цими показниками [46, с.17-22].

Викладені обставини дають підстави для загального висновку: у середньостроковій перспективі (2017–2021 рр.) негативні тенденції відтворення злочинності в Україні зберігатимуться. Приріст злочинів забезпечуватиметься в основному за рахунок кримінальної активності корисливої спрямованості, передусім – крадіжок, а також злочинів проти життя і здоров'я особи, у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів. Імовірно, з третього кварталу 2021 року можна очікувати стабілізацію криміногенної ситуації та закладення нових тенденцій до її покращення за умов:

а) забезпечення у 2017 році належного обсягу державного замовлення на підготовку у вищих навчальних закладах зі специфічними умовами навчання працівників для Національної поліції, а також працівників органів прокуратури та СБУ з урахуванням стану та прогнозних показників некомплекту практичних підрозділів;

б) стабілізації курсу національної грошової одиниці, поживлення реального сектору економіки, інвестиційного клімату, зниження безробіття, посилення соціального захисту відповідних категорій населення;

в) модернізації промисловості, впровадження інноваційних технологій;

г) реальної активізації антикорупційної діяльності, відновлення роботи спеціалізованих підрозділів по боротьбі з організованою злочинністю. Майбутнє Державне бюро розслідувань об'єктивно не зможе повністю закрити цей напрям кримінологічної, оперативно-службової, юрисдикційної діяльності;

д) стабільності внутрішньополітичної ситуації та фоні продовження тенденції до «заморожування» конфлікту в окремих районах Донецької та Луганської областей.

Таким чином, до 2021 року зберігатиметься планомірне ускладнення криміногенної ситуації. Цей сценарій є стабільно негативним та забезпечить приблизно 2,1–2,5 % середньорічного темпу приросту злочинності в означеній перспективі. Проте існує імовірність й інших, радикально негативних сценаріїв. Їх ідентифікація залежатиме від значної кількості факторів, комбінація яких може набувати найбільш варіативних значень.

У цьому аспекті кримінологічний прогноз варто пов'язувати із положеннями Концепції розвитку сектору безпеки і оборони України, затвердженої Указом Президента України від 14.03.2016 року № 92/2016. Відповідно до цього документу, найбільш актуальними у середньостроковій перспективі визначено такі загрози криміногенного характеру:

- агресивні дії Росії, що здійснюються для виснаження української економіки і підризу суспільно-політичної стабільності з метою знищення держави Україна і захоплення її території, застосування воєнної сили, а також технологій гібридної війни;

- тимчасова окупація Російською Федерацією території Автономної Республіки Крим і міста Севастополя та подальші дії щодо дестабілізації обстановки у Балто-Чорноморсько-Каспійському регіоні;

- розвідувально-підризна і диверсійна діяльність Російської Федерації та інших держав, дії, спрямовані на розпалювання міжетнічної, міжконфесійної, соціальної ворожнечі і ненависті, сепаратизму і тероризму, створення і всебічна підтримка маріонеткових квазідержавних утворень на тимчасово окупованій території частини Донецької та Луганської областей;

- діяльність на території України екстремістських злочинних озброєних угруповань, що спрямована на дестабілізацію внутрішньої соціально-політичної ситуації в Україні, порушення функціонування органів державної влади, органів місцевого самоврядування та блокування важливих об'єктів промисловості й інфраструктури;

- можливе використання території України для ведення бойових дій у разі виникнення воєнного конфлікту між державами-членами НАТО і Російською Федерацією.

Нерозв'язаними проблемами у секторі безпеки та оборони залишаються:

- неефективність механізму запобігання й нейтралізації сучасних загроз національній безпеці України;

- довготривале фінансове та матеріальне забезпечення складових сектору безпеки і оборони за залишковим принципом, недосконалість процесу формування, координації та взаємодії складових сектору безпеки і оборони під час вирішення спільних завдань із забезпечення національної безпеки;

- недосконалість і неефективна взаємодія між центральними та місцевими органами державної влади, насамперед з питань запобігання і боротьби з тероризмом;

- недостатня ефективність діяльності суб'єктів сектору безпеки і оборони України у протидії кіберзагрозам воєнного, розвідувального, кримінального, терористичного та іншого характеру.

Таким чином, радикально негативні траєкторії відтворення злочинності можуть розвиватися за такими сценаріями:

I. *Продовження тенденції до «заморожування» конфлікту в окремих районах Донецької та Луганської областей при ускладненні внутрішньополітичної ситуації*, перерозподіл сфер політичного, економічного, кримінального впливу. В цьому разі варто очікувати середньорічний темп приросту злочинності в 25–30 %. Й надалі переважатимуть злочини корисливої спрямованості. Суттєво активізується організована злочинність, зростатиме загроза бандитизму, торгівлі людьми.

II. *Перехід конфлікту в окремих районах Донецької та Луганської областей у «гарячу» фазу збройного протистояння при збереженні внутрішньополітичної умовної стабільності*, здатності органів державної влади консолідуватися задля оперативного прийняття важливих для країни політичних та інших рішень. Цей сценарій залежно від інтенсивності перебігу передбачатиме: а) відновлення часткової або повної мобілізації населення; б) організаційно-управлінські проблеми на підприємствах, установах, організаціях у зв'язку з мобілізацією; в) зростання соціально-психологічної напруженості, пов'язане з людськими жертвами; г) зростання міграційних потоків, у тому числі з метою ухилення від мобілізації тощо. Окрім середньострокового темпу приросту корисливої злочинності на рівні 35 - 40 %, це сприятиме інтенсифікації військових злочинів, а також злочинів проти громадської безпеки, громадського порядку та моральності, основ національної безпеки. Значно підвищиться ризик терористичної загрози, критична інфраструктура стане об'єктом як терористичних атак, так і актів диверсії.

III. *Перехід конфлікту в окремих районах Донецької та Луганської областей у «гарячу» фазу збройного протистояння при втраті внутрішньополітичної умовної стабільності, блокування функціональної спроможності органів державної влади.* Цей сценарій найбільш несприятливий; його розгортання найбільше загрожує національній безпеці, створюються потужні ризики для втрати державності. При цьому можуть бути збережені номінальні атрибути, але з переходом важелів публічного адміністрування під контроль суб'єкта зовнішньополітичного, воєнного, агресивного впливу. Стан злочинності різко погіршиться за всіма показниками, правоохоронні органи повністю втратять контроль за розвитком криміногенної обстановки, суттєво зросте кількість актів державної зради та інших злочинів проти основ національної безпеки. Останні стануть визначальними для всієї соціодинаміки українського суспільства.

Кожен із наведених сценаріїв тією чи іншою мірою є вірогідним. Окрім внутрішньодержавних чинників, їх реалізація не в останню чергу залежить і від зовнішніх, геополітичних факторів. У цьому аспекті несприятливими для України є тенденції до внутрішньої політичної дезінтеграції Європейського Союзу, посилення правонаціоналістичних політичних настроїв серед країн-членів ЄС. Значною мірою майбутня стратегія ЄС щодо України, в тому числі і перш за все у сфері безпеки, залежатиме від виборів президента у Франції та канцлера в Німеччині – країнах, що традиційно мають найбільш потужний вплив на зовнішню політику ЄС. Й досі чітко не визначена позиція адміністрації новообраного президента США щодо ситуації в Україні. Відтак, викладені прогнозні сценарії варто сприймати як найбільш узагальнені. Варто зважати на те, що: а) кожен з них є імовірним; б) кожен окремий різновид злочинності здатен розвиватися за власними специфічними закономірностями, що диктує необхідність у більш деталізованих за видами кримінальної активності прогнозах; в) варто інтегрувати програми протидії злочинності та забезпечення національної безпеки і передбачити плани заходів за кожним із сценаріїв [47, с.103-114].

3.2. Поняття кримінологічного забезпечення і його місце в загальній теорії протидії злочинності

Злочинність і боротьба з нею є надзвичайно складними питаннями. Нестабільність суспільно-політичної, економічної ситуації та військові дії в Україні створили умови для розвитку злочинності. Стрімкі темпи зростання останньої створюють реальну загрозу національній безпеці, а тому перед суб'єктами протидії злочинності постають завдання швидкого реагування на нові виклики. У зв'язку з цим розробка питань кримінологічного забезпечення як науково-практичної концепції є досить актуальною.

Загалом питання забезпечення боротьби зі злочинністю були предметом досліджень В. М. Бурлакова, М. Г. Вербенського, Я. І. Гілінського, В. В. Голіни, В. О. Глушкова, О. І. Гурова, І. М. Даньшина, А. І. Долгової, І. І. Карпеця, О. В. Ківель, О. Г. Колба, О. М. Костенка, В. М. Кудрявцева, О. М. Литвака, О. М. Литвинова, В. В. Лунєєва, В. А. Мисливого, А. А. Музики, С. С. Овчинського, В. П. Тихого, В. М. Трубникова, В. І. Шакуна, Д. А. Шестакова, П. Л. Фріса, О. Н. Ярмиша та інших науковців. Проте комплексного дослідження ми не мали, хоча потреба в ньому є актуальною як для теорії, так і для практики.

Словосполучення «кримінологічне забезпечення» зустрічається у вітчизняних та закордонних науковців частіше в контексті якогось окремого напрямку діяльності. Існуючі визначення розкриваються як заходи недопущення злочинних посягань. В останньому відбувається підміна понять, невідповідність дефініції та порушення логіки. З огляду на це, метою даного підрозділу є спроба визначити кримінологічне забезпечення та його місце в загальній теорії протидії злочинності.

Спочатку звернемося до розуміння ключових категорій. Термін «забезпечення» має досить широке значення:

2. постачати щось у достатній кількості;
3. задовольняти кого-, що-небудь у якихось потребах;
4. надавати кому-небудь достатні матеріальні засоби для існування;
5. створювати надійні умови для здійснення чого-небудь;
6. гарантувати щось;
7. захищати, охороняти кого-, що-небудь від небезпеки¹.

Нас найбільше цікавить визначення «створювати умови для здійснення чого-небудь».

Слово «створювати» також має багато значень, серед яких: формувати що-небудь; підготовляти що-небудь, забезпечувати чимось тощо².

Саме поняття «умова» має досить широкий спектр трактувань:

- необхідна обставина, яка робить можливим здійснення чого-небудь або сприяє чомусь;
- обставини, особливості реальної дійсності, при яких відбувається або здійснюється що-небудь;
- правила, вимоги, виконання яких забезпечує що-небудь³.

¹ Великий тлумачний словник сучасної української мови. URL: <http://www.slovnuk.net/?swrd=%e7%e0%e1%e5%e7%ef%e5%f7%f3%e2%e%f2%e8> (дата звернення: 20.09.2016).

² Новий тлумачний словник української мови: у 3 т. Вид. 2-е, випр. Київ: Аконіт, 2006. Т. 3/уклад. В. Яременко, О. Сліпушко. 864 с.

³ Новий тлумачний словник української мови: у 3 т. Вид. 2-е, випр. Київ: Аконіт, 2006. Т. 3/уклад. В. Яременко, О. Сліпушко. 864 с.

Сукупність умов і обставин, що утворюють певне становище, викликають ті чи інші взаємини людей – це ситуація¹.

Таким чином, забезпечення – створення умов, в результаті яких має настати сприятлива для певної діяльності ситуація або їх множина. Щодо теми нашого дослідження, то сприятливі умови необхідно створити для протидії злочинності.

Протидія злочинності – багаторівнева система заходів. У юридичній літературі протидія злочинності визначається як цілеспрямований вплив держави, суспільства, фізичних та юридичних осіб на процеси детермінації і причинності злочинності з метою недопущення у злочинність нових осіб, вчинення нових кримінальних діянь, розширення криміналізації суспільних відносин².

Протидія злочинності, на думку О. М. Литвинова, – це особливий інтегрований, багаторівневий об'єкт соціального управління, що являє собою різноманітну за формами діяльність відповідних суб'єктів (державних, недержавних органів та установ, громадських формувань і окремих громадян), які взаємодіють у вигляді системи різнорідних заходів, спрямованих на пошук шляхів, засобів та інших можливостей ефективного впливу на злочинність з метою зниження інтенсивності процесів детермінації злочинності на усіх рівнях, нейтралізації дії її причин та умов для обмеження кількості злочинних проявів до певного рівня³.

Розглянемо детальніше кримінологічне забезпечення в літературі. Про нього згадують Ю. А. Комісарчук в дисертаційному дослідженні «Детінізація економічних відносин в Україні (кримінально-правове та кримінологічне забезпечення)», В. В. Голіна в науковій статті «Кримінологічне забезпечення діяльності суб'єктів запобігання злочинності і боротьби з нею в Україні», О. В. Ківель в дисертаційному дослідженні «Кримінологическое обеспечение защиты прав несовершеннолетних», Д. О. Симоненко в науковій статті «Кримінологическое обеспечение оперативно-розыскной деятельности», О. М. Храмцов у монографії «Кримінально-правове та кримінологічне забезпечення охорони особи від насильства» та деякі інші науковці. Проте аналіз їхніх робіт свідчить про нерозробленість категорії, що розглядається в даному підрозділі.

Кримінологічне забезпечення національної безпеки, як зазначає О. В. Ківель у дослідженні питання захисту прав неповнолітніх, передбачає розробку і реалізацію компетентними державними органами і громадськими

¹ Новий тлумачний словник української мови: у 3 т. Вид. 2-е, випр. Київ: Аконті, 2006. Т. 3/уклад. В. Яременко, О. Сліпушко. 864 с.

² Кримінологія: учебник для вузов/под общ. ред. д. ю. н., проф. А. И. Долговой. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Норма, 2005. 912 с.

³ Кримінологічний довідник: довідкове видання/за наук. ред. д-ра юрид. наук, професора, академіка НАПрН України Бандурки О. М.; за заг. ред. д-ра юрид. наук, професора Джужі О. М. і д-ра юрид. наук, професора Литвинова О. М. Харків: Золота миля, 2013. 412 с.

структурами різних політичних, ідеологічних, економічних, соціально-психологічних, правових та інших заходів, спрямованих на недопущення (попередження) злочинних посягань на права дітей¹. Варто зазначити, що це одна із небагатьох дефініцій в літературі. Автор не розкриває в авторефераті свого дисертаційного дослідження, що саме слід розуміти під політичними, ідеологічними, економічними, соціально-психологічними, правовими та іншими заходами, проте вказує, що вони спрямовані на попередження злочинних посягань. Тобто кримінологічне забезпечення є поняттям дуже схожим на саме попередження злочинів. Помилковість такої думки в тому, що досліджуваний процес є допоміжним до боротьби зі злочинністю, таким, що його супроводжує. Інакше, з точки зору логіки, відбувається підміна понять.

Далі О. В. Ківель справедливо підкреслює, що кримінологічне забезпечення захисту прав неповнолітніх здатне сформувати аналітичний потенціал системи профілактики, дозволяє зробити її більш цілеспрямованою, справді системною та ефективною, здійснюючи переорієнтацію правоохоронної системи з пошуків кримінологічних загроз на об'єкт, якому, власне, і повинна бути гарантована кримінологічна безпека. Воно набуває сьогодні принципово нового теоретичного і практичного значення для здійснення державної політики у сфері контролю над злочинністю проти неповнолітніх, дає поштовх для оновлення існуючих у цій галузі наукових ідей².

Таким чином, кримінологічне забезпечення – це створення умов, в результаті яких має настати сприятлива для діяльності суб'єктів протидії злочинності ситуація або їх множина. Інакше кажучи, воно являє собою допоміжну діяльність у вигляді створення сприятливих умов для здійснення відповідними суб'єктами (державними, недержавними органами та установами, громадськими формуваннями і окремими громадянами) впливу на злочинність з метою зниження інтенсивності процесів детермінації злочинності, нейтралізації дії її причин та умов для обмеження кількості злочинних проявів до певного рівня.

Основний зміст досліджуваного явища полягає у створенні та підтриманні сприятливих умов для діяльності суб'єктів протидії злочинності, а значення – у можливості ефективно впливати на неї.

¹ Ківель О. В. Кримінологическое обеспечение защиты прав несовершеннолетних: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2012. 18 с. URL: <http://www.dslib.net/kriminal-pravo/kriminologicheskoe-obespechenie-zawity-prav-nesovershennoletnih.html> (дата звернення: 20.09.2016).

² Ківель О. В. Кримінологическое обеспечение защиты прав несовершеннолетних: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2012. 18 с. URL: <http://www.dslib.net/kriminal-pravo/kriminologicheskoe-obespechenie-zawity-prav-nesovershennoletnih.html> (дата звернення: 20.09.2016).

Перейдемо до другого питання даного підрозділу – визначення місця кримінологічного забезпечення в загальній теорії протидії злочинності. Остання в Україні залишається не до кінця розробленою. Науковці часто звертають увагу на доцільність дослідження злочинності та її протидії через міжгалузевий підхід. Однак приклади реальної інтеграції знань у єдину теорію протидії злочинності є поодинокими.

При цьому слід пам'ятати, що кінцевою метою будь-якої науки є створення єдиної теорії, яка описувала б всю її предметну сферу пізнання. Повною мірою це твердження стосується і кримінології, яка не полишає спроб створити «загальну теорію протидії злочинності». Останнім часом сподівання на побудову цієї теорії значно зросли, бо ми набагато більше дізналися про злочинність та протидію їй¹.

Передусім наголосимо, що для того, щоб створити якість концептуальне знання, ми маємо прийняти якусь картину світу. Певною мірою такою картиною є і наукова теорія в цілому. Стверджуючи це, будемо виходити з того, що: теорія – це модель, доповнена набором правил, що пов'язують теоретичні величини з нашими спостереженнями. Ця модель існує лише у нас у голові і не має іншої реальності (який би зміст ми не вкладали в це поняття). Теорія вважається досконалою, якщо вона задовольняє двом вимогам, а саме вона повинна: по-перше, точно описувати широкий спектр спостережень у межах моделі, що містить лише кілька довільних елементів, і, по-друге, надавати певні передбачення щодо результатів майбутніх спостережень.

Як відомо, будь-яка теорія завжди має тимчасовий характер у тому сенсі, що вона виступає лише гіпотезою, яку не можна довести. Скільки разів не констатували б відповідність емпіричним даним, не можна бути впевненим у тому, що наступного разу спостереження або експеримент не суперечитимуть теорії. Крім того, будь-яку теорію можна спростувати, пославшись на одне-єдине спостереження, яке не узгоджується з її прогнозами. В нашому ж випадку лише перерахуємо ті застереження, що лежать на поверхні, характеризують стан справ у системі протидії злочинності та якість наших знань щодо неї:

1. ми не знаємо реального обсягу злочинності;
2. ми не знаємо справжніх соціальних, економічних і навіть фізичних наслідків злочинності;
3. ми не знаємо справжньої ефективності боротьби зі злочинністю;
4. ми не маємо адекватного прогнозу її можливого розвитку на основі інтенсивних змін у країні й світі;

¹ Литвинов О. М. І знову про загальну теорію протидії злочинності. Сучасна кримінологія: досягнення, проблеми, перспективи: матер. Міжнар. наук. конф., присв. 50-річчю каф. кримінології та кримінально-виконавчого права, Харків, 9 грудня 2016 р./за ред. В. Я Тація, Б. М. Головкина. Харків: Право, 2016. С. 62–65.

5. ми не знаємо справжньої ціни злочинності, у скільки злочинність обходиться державі й суспільству;

6. ми не знаємо, скільки порожніх і соціально шкідливих дій вчиняє система кримінальної юстиції у своїх власних інтересах замість боротьби зі злочинністю;

7. ми системно не вивчаємо ці проблеми;

8. ми звикли до цього незнання як до усталеної парадигми¹.

Такою є логіка наукового пошуку, хоча, звичайно ж, ви завжди маєте право сумніватися в компетентності того, хто проводив спостереження і/або експеримент. До того ж, на практиці часто буває так, що нова теорія насправді виявляється розширенням попередньої.

Таким чином, якщо ми і знайдемо повну систему основних законів, яким підкорюється протидія злочинності, перед нами на багато років вперед, як виклик нашому інтелекту, буде стояти завдання розробки нових наближених методів, за допомогою яких ми могли б успішно прогнозувати можливі результати в реальних складних ситуаціях. Повна, несуперечлива «загальна теорія» – це лише перший крок; наша мета – глибоке розуміння всього, що відбувається зі злочинністю та протидією їй.

Все ж спробуємо окреслити загальні контури вказаної теорії. Подивимося на характеристику протидії злочинності, а саме:

1) протидія являє собою специфічну сферу соціального управління, а не безсистемний, хаотичний набір різних заходів;

2) найбільшою рисою протидії злочинності є її багаторівневий характер. Це виражається, зокрема, в тому, що вона складається з подолання причин злочинності у цілому, причин окремих її різновидів, а також причин та умов конкретних злочинів;

3) протидія злочинності здійснюється як у процесі вирішення спільних завдань соціального та економічного розвитку, так і під час реалізації спеціально-кримінологічних заходів;

4) процес протидії злочинності складається зі взаємодії різних її суб'єктів. Серед них – органи влади та управління, правоохоронні органи, адміністрації підприємств і установ, громадські формування, окремі громадяни;

5) в ієрархії цілей, що стоять перед системою протидії злочинності, найважливішою є мета раннього запобігання. Йдеться про запобігання несприятливому формуванню особистості, тобто навіть самій можливості виникнення криміногенних особистісних якостей. Тим самим коріння злочинної поведінки припинялися б на початковому етапі. Поняття «запобігання

¹ Бандурка О. М., Литвинов О. М. Парадокси протидії злочинності. Вісник Кримінологічної асоціації. 2013. № 3. С. 83–90.

злочинності» є збірним, комплексним і «на індивідуальному рівні включає в себе профілактику, запобігання і припинення»¹.

Взагалі у літературі використовується ціла низка термінів і визначень для характеристики запобіжної діяльності: «превенція», «профілактика», «попередження», «припинення», «запобігання», «протидія» тощо. Вони частково перетинаються, а частково відрізняються і доповнюють один одного. Не вдаючись до ретельного дослідження цих понять, візьмемо за основу прийняту більшістю систему поглядів на зазначене.

Запобігання злочинам здійснюється за трьома головними напрямками:

- а) кримінологічна профілактика;
- б) відвернення злочинів;
- в) припинення злочинів.

Коротко розглянемо їх по черзі з метою визначення місця кримінологічного забезпечення. Під профілактикою злочинів розуміють особливий вид соціального управління, що покликаний гарантувати безпеку правоохоронних цінностей і полягає в розроблені і здійсненні системи цілеспрямованих заходів щодо виявлення та усунення причин злочинів, умов, які сприяють їх вчиненню, а також запобіжного впливу на осіб, схильних до протиправної поведінки. Профілактика, як зауважив В. В. Голіна, означає завчасне вжиття заходів, які здатні перешкодити реалізації небажаних явищ, подій, зв'язків, наслідків чогось.

У свою чергу, залежно від того, на які криміногенні явища і процеси спрямовані профілактичні заходи, їх за принципом професіоналізації і спеціалізації об'єднали в окремі види профілактики:

- 1) профілактику випередження;
- 2) профілактику обмеження;
- 3) профілактику усунення;
- 4) профілактику захисту.

Профілактика випередження – це вид запобіжної діяльності спеціалізованих суб'єктів, що спрямована на недопущення виникнення і поширення криміногенних явищ і процесів у суспільному житті. Вона необхідна для того, щоб заздалегідь інформувати представників влади про суспільно небезпечні явища, що можуть виникнути в разі здійснення тих чи інших соціально-економічних заходів і безпосередньо або опосередковано детермінувати певні злочинні прояви. Як з цього приводу справедливо зауважив В. В. Лунєєв, інші галузі права, на які покладено завдання оптимального правового регулювання суспільних відносин у різних сферах, а саме в них зосереджено головні причини й умови, що сприяють вчиненню злочинів, міцно

¹ Бандурка О. М., Литвинов О. М. Протидія злочинності та профілактика злочинів: монографія. Харків: Вид-во ХНУВС, 2011. 308 с.

відгородились від надання будь-якої допомоги у вирішенні кримінологічних проблем.

Профілактика обмеження передбачає вжиття таких запобіжних заходів, що перешкоджають поширенню в країні, регіоні, місті криміногенних явищ, детермінації окремих видів злочинності та формуванню типових рис різних категорій злочинців. Оскільки у науковій літературі профілактика обмеження спеціально не виділяється і частіше розглядається як метод загальної профілактики злочинності, то К. Ю. Ігошев та І. В. Шмаров зауважили, що відповідно до цільової орієнтації, методи загальної профілактики можуть охоплювати різні способи організації та управління діяльністю, спрямованою на нейтралізацію, обмеження факторів і явищ, які детермінують окремі злочинні прояви та формують типологічні риси тих чи інших категорій злочинців.

Профілактика усунення визначає таку діяльність суб'єктів, яка ліквідує негативні явища та процеси, що активізують злочинні прояви¹. А саме починаючи від недоліків, зумовлених порушенням функцій державних органів, господарюючих суб'єктів, громадських організацій, службових осіб і поведінкою громадян, до криміногенних явищ та процесів, які охоплюють значну частину населення. Конкретні криміногенні об'єкти та їх прояви при цьому не просто «виштовхують» з однієї життєвої сфери в іншу, а реально знешкоджуються, руйнуються, придушуються, взагалі перестають існувати.

Профілактика захисту розглядається як сукупність заходів, що здійснюються з метою ліквідації умов, які сприяють виникненню злочинних проявів та (опосередковано) антигромадських поглядів. Вона має на меті створення достатнього захисту і безпеки людей та речей, а також формування зовнішніх перешкод на шляху посягання на суспільні цінності. Мова йде, з одного боку, про засоби особистого захисту та збереження майна, а з іншого – правосвідомість можливих злочинців.

Розглянувши профілактику та її складові, перейдемо до відвернення злочинів. За ним визнається самостійність і специфічність, оскільки центр ваги запобіжної роботи переноситься на стадію, коли з'являється умисел та приймається рішення про вчинення злочину. Відвернення злочинів має місце тоді, як зазначає В. В. Голіна, коли злочинна поведінка проходить етап від формування злочинного мотиву до початку виконання діяння. На його переконання, відвернення злочинів – це активна специфічна запобіжна діяльність держави та її інституцій, громадськості і громадян, розрахована як на необмежене коло, так і на конкретних осіб, які замислюють вчинення злочинів, домовляються про це заздалегідь, позитивно сприймають злочинний спосіб життя і кримінальну субкультуру, з метою дискредитування злочинної

¹ Голіна В. В. Запобігання злочинності (теорія і практика): навч. посіб. Харків: НЮАУ, 2011. 120 с.

ДЕЛІКТОЛОГІЯ

поведінки, відмови від загальної мотивації та наміру або продовження злочинної діяльності.

У юридичній літературі виділяють загальне відвернення та індивідуальне. Під загальним відвернення злочинів розуміють сукупність спеціальних заходів, спрямованих на певне коло або групу осіб щодо усунення або нейтралізації їх злочинних намірів, добровільної відмови від злочинної діяльності. А індивідуальне відвернення злочинів являє собою специфічний комплекс заходів, які здійснюються різними суб'єктами запобіжної діяльності щодо осіб, про яких достовірно відомо, що вони замислюють учинення злочинів з метою активного втручання і впливу на свідомість, волю, поведінку, спосіб життя. При цьому заходи індивідуального відвернення злочинів реалізуються на практиці у формі:

- а) переконання (індивідуальна переорієнтація антигромадської настанови);
- б) примусу;
- в) перестереження;
- г) допомоги¹.

Розглянемо останній напрям запобігання злочинам – їх припинення. Воно розглядається в контексті кримінально-правової теорії розвитку злочинної діяльності, а саме з моменту виявлення наміру про злочин до його повного здійснення. Виходячи з цього, припинення злочинів – це виявлення осіб, які готують вчинення злочину або намагаються безпосередньо його здійснити (замах на злочин), і прийняття до таких осіб відповідних заходів. У зв'язку з цим припинення злочинів розглядається в науці та на практиці як суцільно професійна оперативно-розшукова діяльність спеціалізованих суб'єктів запобігання злочинам, в основному, правоохоронних органів.

Таким чином, стисло проаналізувавши систему теорії протидії злочинності, можемо перейти до визначення в ній місця кримінологічного забезпечення. Воно являє собою інтегровану теорію, що відображається в складових загальної теорії, а саме:

- 1) забезпечення кримінологічної профілактики: а) забезпечення профілактики випередження; б) забезпечення профілактики обмеження; в) забезпечення профілактики усунення; г) забезпечення профілактики захисту;
- 2) забезпечення відвернення злочинів;
- 3) забезпечення припинення злочинів.

Підводячи підсумки даного підрозділу, зазначимо наступне. По-перше, кримінологічне забезпечення – це створення умов, в результаті яких має настати сприятлива для діяльності суб'єктів протидії злочинності ситуація або їх множина.

¹ Голіна В. В. Запобігання злочинності (теорія і практика): навч. посіб. Харків: НЮАУ, 2011. 120 с.

Інакше кажучи, воно являє собою допоміжну діяльність у вигляді створення сприятливих умов для здійснення відповідними суб'єктами (державними, недержавними органами та установами, громадськими формуваннями й окремими громадянами) впливу на злочинність з метою зниження інтенсивності процесів детермінації злочинності, нейтралізації дії її причин та умов для обмеження кількості злочинних проявів до певного рівня.

Основний зміст досліджуваного явища полягає у створенні та підтриманні сприятливих умов для діяльності суб'єктів протидії злочинності, а значення у можливості ефективно впливати на неї.

По-друге, кримінологічне забезпечення – окрема інтегрована теорія в структурі загальної теорії протидії злочинності, яка тісно переплітається з її складовими, а саме: 1) забезпечення кримінологічної профілактики: а) забезпечення профілактики випередження; б) забезпечення профілактики обмеження; в) забезпечення профілактики усунення; г) забезпечення профілактики захисту; 2) забезпечення запобігання злочинам; 3) забезпечення припинення злочинів.

References:

1. Abrosimova Yu. A. *Zlochynnist nepovnitnikh ta zapobihannia yii na rehionalnomu rivni: dys. ... kand. yuryd. nauk: 12.00.08. Dnipropetrovsk, 2009. 201 s.*
2. *Materialy do zasidannia Komitetu z pytan zakonodavchoho zabezpechennia pravookhoronnoi diialnosti shchodo diialnosti orhaniv Natsionalnoi politsii Ukrainy: lyst № 10305/01/25-2016. 37 s.*
3. *Zvitnist : sudova statystyka (2010–2016 rr.) // Sudova vlada Ukrainy: ofitsiyni veb-portal. URL: http://court.gov.ua/sudova_statystyka/ (data zvernennia: 20.09.2016).*
4. *Stan ta struktura zlochynnosti v Ukraini (2010–2012 rr.): statystyka MVS. URL: <http://www.mvs.gov.ua/ua/> (data zvernennia: 20.09.2016).*
5. *Analitychni ohliady shchodo stanu zdiisnennia pravosuddia (2010–2015 rr.): sudova statystyka. URL: http://court.gov.ua/sudova_statystyka/ (data zvernennia: 20.09.2016).*
6. *Pro rezultaty roboty z orhanizovanyimi hrupamy ta zlochynnymi orhanizatsiiamy (2016 rik): statystychna informatsiia Heneralnoi prokuratury Ukrainy. URL: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html> (data zvernennia: 20.09.2016).*
7. *Pro zareiestrovani kryminalni pravoporushennia ta rezultaty yikh dosudovoho rozsliduvannia (2013–2016 rr.): statystychna informatsiia Heneralnoi prokuratury Ukrainy. URL: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html> (data zvernennia: 20.09.2016).*
8. *Beschastnyi V. M. Kryminolohichnyi analiz stanu zlochynnosti v Ukraini. Pidpriemnystvo, gospodarstvo i pravo. 2017. № 1. S. 207–213.*
9. *Demohrafichna ta sotsialna statystyka. Dokhody ta umovy zhyttia: statystychna informatsiia Derzhavnoi sluzhby statystyky Ukrainy. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/menu/menu_u/virdg.htm (data zvernennia: 20.09.2016).*
10. *Valovyyi vnutrennyi produkt Ukrainy // Fynansovyyi portal Myfnyn. URL: <http://index.minfin.com.ua/index/gdp/> (data zvernennia: 20.09.2016).*

11. Indeks investytsiinoi pryvablyvosti Ukrainy // Yevropeiska Biznes Asotsiatsiia. URL: <http://www.eba.com.ua/uk/about-eba/indices/investment-attractiveness-index> (data zvernennia: 20.09.2016).

12. Orlov Yu. V. Polityko-kryminolohichna teoriia protydii zlochynnosti: monohrafiia. Kharkiv: Disa plius, 2016. 656 s.

13. Shkuro V. V. Kryminolohichna kharakterystyka ta protydiia suitsydalnosti yak fonovomu dlia zlochynnosti yavyshchu : dys. ... kand. yuryd. nauk : 12.00.08 ; Kharkivskiy natsionalnyi universytet vnutrishnikh sprav, 2016. 250 s.

14. Velykyi tlumachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy. URL: <http://www.slovnyk.net/?swrd=%e7%e0%e1%e5%e7%ef%e5%f7%f3%e2%ef2%e8> (data zvernennia: 20.09.2016).

15. Novyi tlumachnyi slovnyk ukrainskoi movy: u 3 t. Vyd. 2-e, vypr. Kyiv: Akonit, 2006. T. 3/uklad. V. Yaremenko, O. Slipushko. 864 s.

16. Kryminolohiia: uchebnyk dlia vuzov/pod obshch. red. d. yu. n., prof. A. Y. Dolhovoi. 3-e yzd., pererab. y dop. Moskva: Norma, 2005. 912 s.

17. Kryminolohichniy dovidnyk: dovidkove vydannia/za nauk. red. d-ra yuryd. nauk, profesora, akademika NAPrN Ukrainy Bandurky O. M.; za zah. red. d-ra yuryd. nauk, profesora Dzhuzhi O. M. i d-ra yuryd. nauk, profesora Lytvynova O. M. Kharkiv: Zolota mylia, 2013. 412 s.

18. Kyvel O. V. Kryminolohycheskoe obespechenye zashchyty prav nesovershennoletnykh: avtoref. dys. ... kand. yuryd. nauk: 12.00.08. Moskva, 2012. 18 s. URL: <http://www.dslib.net/kriminal-pravo/kriminologicheskoe-obespechenie-zawity-pravnesovershennoletnih.html> (data zvernennia: 20.09.2016).

19. Lytvynov O. M. I znovu pro zahalnu teoriuu protydii zlochynnosti. Suchasna kryminolohiia: dosiahnennia, problemy, perspektyvy: mater. Mizhnar. nauk. konf., prysv. 50-richchiiu kaf. kryminolohii ta kryminalno-vykonavchoho prava, Kharkiv, 9 hrudnia 2016 r./za red. V. Ya Tatsiia, B. M. Holovkina. Kharkiv: Pravo, 2016. S. 62–65.

20. Bandurka O. M., Lytvynov O. M. Paradoksy protydii zlochynnosti. Visnyk Kryminolohichnoi asotsiatsii. 2013. № 3. S. 83–90.

21. Bandurka O. M., Lytvynov O. M. Protydiia zlochynnosti ta profilaktyka zlochyntiv: monohrafiia. Kharkiv: Vyd-vo KhNUVS, 2011. 308 s.

РОЗДІЛ IV Теоретико-методологічні засади дослідження запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями

ДОВБАНЬ Ігор Миколайович
доктор юридичних наук
директор виконавчий ПрАТ «Київ – Дніпровське
міжгалузеве підприємство промислового залізничного транспорту»
<https://orcid.org/0000-0001-8590-2334>

4.1. Державна служба та державний службовець як об'єкти кримінологічного дослідження

4.2. Методологічні засади дослідження проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями

4.3. Стан наукових досліджень проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями

Theoretical and methodological principles of research on the prevention of crimes committed by civil servants

*Doctor of Laws I. M. Dovban
Executive Director of PJSC "Kyiv - Dniprovsk
interbranch enterprise of industrial railway transport"*

Теоретико-методологические основы исследования предотвращения преступлений, совершаемых государственными служащими

*Доктор юридических наук И. Н. Довбань
директор исполнительный ЧАО «Киев – Днепровское
межотраслевое предприятие промышленного железнодорожного
транспорта»*

Ключові слова: державна служба, державний службовець, злочини, кримінально-правова характеристика, кримінологічна характеристика, запобігання, правове регулювання, зарубіжний досвід.

Keywords: public service, public servant, crimes, criminal and law characteristics, criminological characteristics, prevention, legal regulation, foreign experience.

Ключевые слова: государственная служба, государственный служащий, преступления, уголовно-правовая характеристика, кримінологическая характеристика, предотвращение, правовое регулирование, зарубежный опыт.

АНОТАЦІЯ

Стан наукових досліджень проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, представлено науковими та навчально-методичними працями, в яких висвітлено актуальні питання й комплексні науково-прикладні проблеми, пов'язані з галузевими і міжгалузевими засадами проходження державної служби, роботи державних службовців, кримінально-правові й кримінологічні аспекти цього напрямку, що виконувалися в різні часи українськими й зарубіжними дослідниками. Такі доробки утворили методологічне підґрунтя дослідження і були використані для обґрунтування чи спростування різноманітних гіпотез. Проведений аналіз наявних на сьогодні наукових джерел засвідчив, що комплексного дослідження, пов'язаного із розробленням теоретико-прикладних та правових засад запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями в Україні, у жодному з них не здійснено, що й зумовило вибір даної теми розробки та її актуальність, а також надало можливість визначити об'єкт і предмет дослідження та його мету й завдання, що відображені у змісті розділів і підрозділів дисертації.

SUMMARY

The state of scientific research on the prevention of crimes committed by civil servants is represented by scientific and educational works, which highlight current issues and complex scientific and applied problems related to sectoral and intersectoral principles of civil service, civil servants, criminal legal and criminological aspects of this area, performed at different times by Ukrainian and foreign researchers. Such developments formed the methodological basis of the study and were used to substantiate or refute various hypotheses. The analysis of currently available scientific sources showed that a comprehensive study related to the development of theoretical and applied and legal framework for the prevention of crimes committed by civil servants in Ukraine, none of them was not carried out, which led to the choice of this topic and its development. relevance, as well as provided an opportunity to determine the object and subject of research and its purpose and objectives, which are reflected in the content of sections and subsections of the dissertation.

АННОТАЦИЯ

Состояние научных исследований предотвращения преступлений, совершаемых государственными служащими, представлено научными и учебно-методическими трудами, в которых освещены актуальные вопросы и комплексные научно-прикладные проблемы, связанные с отраслевыми и межотраслевыми основами прохождения государственной службы, работы государственных служащих, уголовно-правовые и криминалогические аспекты этого направления, которые выполнялись в разное время украинскими и зарубежными исследователями. Такие наработки образовали методологическую основу исследования и были использованы для обоснования или опровержения различных гипотез. Проведенный анализ имеющихся сегодня научных источников показал, что комплексное исследование, связанное с разработкой теоретико-прикладных и правовых основ предотвращения преступлений, совершаемых государственными служащими в Украине, ни в одном из них не осуществлено, что и обусловило выбор данной темы разработки и ее актуальность, а также позволили

определить объект и предмет исследования и его цели и задачи, отраженные в содержании разделов и подразделений диссертации.

4.1. Державна служба та державний службовець як об'єкти кримінологічного дослідження

Сучасний етап реформування (розвитку) державної служби України, пов'язаний із прийняттям 10 грудня 2015 р. нового Закону України «Про державну службу»¹, характеризується низкою поступальних процесів, повноцінна реалізація яких ускладнюється таким суспільно небезпечним явищем, як злочинність. Так, дані проведеного нами експертного опитування показали, що 68,0 % респондентів оцінюють рівень ефективності функціонування державної служби в Україні як задовільний і 32,0 % – як незадовільний. При цьому до основних чинників, які негативно позначаються на ефективності функціонування державної служби в Україні, респонденти віднесли такі, як: соціально-економічні (криза в окремих сферах народного господарства й державного управління) – 64,0 %; правові (недоліки правового регулювання, в тому числі державної служби) – 45,2 %; кримінологічні (злочинність державних службовців) – 69,2 %; інші (моральний, культурний, освітній, професійний та інші рівні державних службовців) – 21,0 % (дод. Б). У свою чергу, вияви злочинності можуть мати як загальний характер, так і спеціальний.

Злочинність державних службовців, як сукупність учинених ними протягом визначеного періоду часу злочинів і відповідних суб'єктів, належить до спеціальних та характеризується підвищеною суспільною небезпечністю, тобто об'єктивною властивістю описаного у кримінальному законі діяння (дії чи бездіяльності) створювати загрозу або заподіювати шкоду об'єктам кримінально-правової охорони². Факторами підвищеної суспільної небезпечності злочинності державних службовців виступають:

– по-перше, відповідні злочини вчиняються під час виконання державними службовцями соціально значущих завдань державної служби, визначених у ч. 1 ст. 1 Закону України «Про державну службу». Тобто за обставин нехтування інтересами держави на користь власних, переважно корисливих, що свідчить про найвищий рівень правового нігілізму. Та обставина, що особа вчиняє злочин, перебуваючи на посаді державної служби, свідчить про виключну наполегливість винного в його впертому намірі використовувати службове становище для власних цілей. Тому надзвичайна ситуація, за якої державний службовець учиняє злочин, свідчить про велику суспільну небезпечність особи злочинця і повинно бути враховане під час призначення покарання. Учinenня злочину під час

¹ Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII. Відомості Верховної Ради. 2016. № 4. Ст. 43.

² Міжнародна поліцейська енциклопедія: у 10 т. / відп. ред. Є. М. Моїсєєв, І. Р. Романенко, В. Я. Тацій, Ю. С. Шемшученко. Київ: Атіка. 2007. Т. IV. 1132 с.

перебування на посаді державної служби свідчить про уперте небажання посадовця сумлінно ставитися до виконання своїх функціональних обов'язків, є зухвалим викликом суспільству і закон повинен на це реагувати. Тому, наприклад, закон (КК України) установлює підвищену кримінальну репресію у разі вчинення корупційних злочинів, що виявляється в нормах ст. 45–48, ч. 1 ст. 69, ч. 4 ст. 74, ч. 1 ст. 75, ч. 1 ст. 79, ч. 3 ст. 81, ч. 4 ст. 82, ч. 4 ст. 86, ч. 3 ст. 87, ч. 2 ст. 91 (шляхом застосування конструкції «крім корупційних злочинів» та інших подібних при встановленні менш сприятливих (або шляхом повного їх виключення) обставин застосування тих або інших заохочувальних інститутів кримінального права), а також відповідним чином вибудовуючи систему кримінально-правових санкцій у межах норм Особливої частини закону про кримінальну відповідальність;

– по-друге, вчинення державними службовцями злочинів зменшує довіру з боку населення до апарату держави, нівелюючи таким чином запобіжні можливості як загальних, так і спеціальних суб'єктів протидії злочинності;

– по-третє, вчинення таких злочинів, як правило, є частиною більш широких так званих «злочинних схем», у яких також беруть участь й інші суб'єкти, часто не будучи притягнутими до кримінальної відповідальності внаслідок невикриття. За таких обставин кримінально-правовими й кримінологічними факторами підвищеної суспільної небезпечності злочинності державних службовців є множинність злочинів та їхня латентність відповідно¹.

Остання позиція отримала визнання і в сучасній кримінологічній науці. Так, професор С. Ф. Денисов відмічає, що «за роки незалежності країни корупція набула ознак системного явища через ураження життєво важливих інститутів суспільства та перетворення її на функціонально важливий спосіб їх існування. Саме корупційні діяння можна вважати найбільш латентним видом кримінальних правопорушень. Глибоко враженими корупцією прийнято вважати правоохоронну сферу, освіту та медицину, однак це соціально негативне явище охоплює набагато ширше коло відносин»².

За наведених обставин важливим, на нашу думку, є саме дослідження злочинів, що вчиняються державними службовцями, яке ґрунтується не стільки на кримінальній статистиці, скільки вивченні об'єктивної дійсності, безпосереднього спостереження, опитуванні та анкетуванні респондентів, визначенні їх латентності під час виконання відповідними суб'єктами функцій держави.

¹ Довбань І. М. Кримінологічна модель запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями. Порівняльно-аналітичне право. 2019. № 6. С. 392–395. URL: http://pap-journal.in.ua/wp-content/uploads/2020/08/PAP_6_2019.pdf.

² Державна служба в Україні: теоретико-правова характеристика у контексті реформування законодавства: монографія / за ред. С. В. Ківалова, Л. Р. Білої-Тіунової. Одеса: Фенікс, 2013. 438 с.

Зазначений підхід дає нам можливість подивитися на проблему злочинності державних службовців, і на її кінцевий продукт – особу, яка вчиняє відповідні злочини, оцінити різні сторони її поведінки під час обіймання посад державної служби, зокрема: суспільну свідомість і психологію; соціальну самоорганізацію, комунікативну та нормативну сфери дотримання норм і правил проходження служби в державних органах¹. Так, вивчення емпіричних даних засвідчує, що погляд на державну службу та можливості використання службового становища для вчинення злочинів, розміри збитків, латентність цього суспільно небезпечного явища перебуває в кореляційному зв'язку зі становищем державного службовця у відповідній ієрархії (категорії) посад державної служби.

Це підтверджується й дослідженнями українських кримінологів, а саме що державні службовці найвищого рівня і партійні діячі впливають на економічні та соціальні процеси з метою отримання політичної та економічної вигоди, зміцнення свого владного статусу і впливу. Одним із прикладів такої злочинної діяльності є корупційні дії народного депутата, пов'язані з отриманням неправомірної вигоди від компанії-нерезидента за видобуток бурштину в Україні та легалізації нелегального видобутку бурштину в Житомирській області. Також справедливим є висновок О. Ю. Бусол щодо однієї з основних рис законодавчої антикорупційної політики України в сучасний період: «Статистика правоохоронних органів та аналіз повідомлень ЗМІ дають підстави для висновку, що антикорупційне законодавство в сучасний період застосовувалося вибірково, головним чином стосовно державних службовців нижчих категорій і посадових осіб або окремих чиновників вищих категорій, злочинні діяння яких набули особливого резонансу в суспільстві»².

Тому й доречним буде використання в цьому разі терміну «феномен» дотично до злочинності державних службовців, оскільки згідно з тлумачним словником, «феномен» – це рідкісне, незвичайне, виняткове явище, котре іноді важко пояснити. Важкість такого пояснення полягає в нерозумінні державними службовцями, котрі належать до особи відповідного злочинця, а також нехтуванні таким критерієм ефективності державної служби як службова лояльність, яка є моральною передумовою загальносоціального запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями.

Розкриваючи зміст першого підрозділу, насамперед варто відмітити, що постановка проблеми про категорії «державна служба» та «державний службовець» як об'єкти кримінологічного дослідження ставиться на порядок денний вітчизняної кримінологічної науки вперше.

¹ Довбань І. М. Злочинність державних службовців як цілісний комплексний феномен. Південноукраїнський правничий часопис. 2019. № 4. Ч. 1. С. 102–104.

² Бусол О. Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2015. 479 с.

До цього, як нами буде констатовано більш детально далі в роботі (підрозділ 1.3), означені категорії розглядалися з позицій інших галузей юриспруденції. І саме неналежний кримінологічний супровід функціонування державної служби в Україні призвів до того, що з-поміж інших криміногенних факторів наявна проблема вчинення державними службовцями злочинів під час обіймання посад різних категорій державної служби. Особливою латентністю в цьому відношенні вирізняються посади категорії «А», тобто найвищого корпусу державної служби.

За таких обставин наявна проблема потребує формування якісно нового і що найголовніше комплексного підходу до визначення категорій «державна служба» та «державний службовець» як об'єктів кримінологічного дослідження.

Розуміючи складність і комплексність досліджуваної проблематики, під час аналізу державної служби та державного службовця як об'єктів кримінологічного дослідження ми спиралися насамперед на законодавчі положення, що визначають основи функціонування державної служби й роботи державних службовців, а також положення сучасної кримінологічної науки, що визначають її предмет (з його складовими) та різноманітні підходи до розуміння об'єктів кримінологічного дослідження.

Насамперед заслуговують на увагу такі фундаментальні положення Конституції України:

– *по-перше*, на підставі ч. 2 ст. 3, «права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави». Важливо наголосити, що виконання обов'язків державою перед своїми громадянами щодо захисту їхніх прав і свобод здійснюється різноманітними способами і суб'єктами, у тому числі і шляхом функціонування державної служби та державними службовцями, завдання яких – забезпечити належний рівень виконання завдань відповідного напряму публічної служби.

Зважаючи на це, особи, які перебувають на службі у держави (державні службовці), долучені до виконання найважливішої місії, що підвищує їх відповідальність за той чи інший напрям (галузь, сферу) діяльності у сфері гарантування прав і свобод людини. За таких обставин державна служба розглядається як антикриміногенний чинник, оскільки згідно зі спеціальним законодавством, що визначає засади діяльності окремих правоохоронних органів, служба в них є державною службою особливого характеру (такий характер залежить від відповідних галузевих завдань).

Тому варто погодитися з українськими кримінологами, що «виконання обов'язків державою перед своїми громадянами щодо їх захисту прав і свобод здійснюється різноманітними способами, у тому числі і шляхом протидії

злочинності правоохоронними органами, завдання яких забезпечити належний правопорядок у країні»¹;

– *по-друге*, зважаючи на положення ст. 6, за яким «державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову», наявна диференціація повноважень державної служби в Україні;

– *по-третє*, ч. 2 ст. 19 визначає ключову засаду дотримання державними службовцями режиму законності у своїй діяльності, закріплюючи, що «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»;

– *по-четверте*, конституційна гарантія доступу громадян до державної служби, закріплена у ст. 38;

– *по-п'яте*, передбачений ст. 42 обмежений характер підприємницької діяльності депутатів, посадових і службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування;

– *по-шосте*, заборона для народних депутатів України обіймати посади на державній службі (ст. 78);

– *по-сьоме*, законодавчий характер визначення основ державної служби (п. 12 ст. 92) [272]. Таким актом є Закон України «Про державну службу» від 10.12.2015 р. № 889-VIII. До цього діяв однойменний Закон в редакції 1993 р.

Правильне розуміння категорій «державна служба» та «державний службовець» як об'єктів кримінологічного дослідження неможливе без визначення відповідних понять у їх галузевому значенні.

Закон дає визначення державної служби як публічної, професійної, політично неупередженої діяльності із практичного виконання завдань і функцій держави, зокрема щодо:

1) аналізу державної політики на загальнодержавному, галузевому і регіональному рівнях та підготовки пропозицій стосовно її формування, у тому числі розроблення та проведення експертизи проектів програм, концепцій, стратегій, проектів законів та інших нормативно-правових актів, проектів міжнародних договорів;

2) забезпечення реалізації державної політики, виконання загальнодержавних, галузевих і регіональних програм, виконання законів та інших нормативно-правових актів;

3) забезпечення надання доступних і якісних адміністративних послуг;

4) здійснення державного нагляду та контролю за дотриманням законодавства;

¹ Богатирьов І. Г., Кисельов М. О. Кримінологічні засади запобігання злочинності у великому місті на регіональному рівні: монографія. Бровари: ПФПА, 2010. 160 с.

5) управління державними фінансовими ресурсами, майном та контролю за їх використанням;

б) управління персоналом державних органів;

7) реалізації інших повноважень державного органу, визначених законодавством (ч. 1 ст. 1 Закону України «Про державну службу»).

У свою чергу, відповідно до ч. 2 ст. 1 Закону України «Про державну службу», державний службовець – це громадянин України, який займає посаду державної служби в органі державної влади, іншому державному органі, його апараті (секретаріаті) (далі – державний орган), одержує заробітну плату за рахунок коштів державного бюджету та здійснює встановлені для цієї посади повноваження, безпосередньо пов'язані з виконанням завдань і функцій такого державного органу, а також дотримується принципів державної служби.

А згідно з п. 4 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державну службу», посада державної служби – визначена структурою і штатним розписом первинна структурна одиниця державного органу з установленими відповідно до законодавства посадовими обов'язками у межах повноважень, визначених ч. 1 ст. 1 цього Закону¹.

Окресливши поняття «державна служба» та «державний службовець», важливо з'ясувати, як вони співвідносяться з кримінологією, для того, щоб визначитись, чи доречно говорити про них як про об'єкти кримінологічного дослідження.

Розгляд із кримінологічних позицій державної служби та державного службовця видається нам більш багатоманітним, якщо порівнювати із кримінально-правовою характеристикою досліджуваних нами злочинів, чому присвячено розділ 2 нашої роботи. Такі наші судження ґрунтуються на тому, що кримінологія, порівняно з кримінальним правом, не обмежується нормами права, виступаючи не виключно юридичною, а соціально-правовою наукою.

На цей рахунок досить лаконічним є судження вітчизняних учених, що «<...> за широтою свого предмета, методологічним рівнем узагальнення і спрямованістю на запобігання та протидію злочинності кримінологія охоплює аналогічно спрямовані але значно вужчі за своїм предметом науки кримінально-правового циклу».

Наприклад, така кримінально-правова категорія, як суб'єкт злочину, трансформується у кримінологічну – особу злочинця – зі значно більшим обсягом ознак, включаючи з-поміж інших і кримінально-правові. Варто зазначити, що окремі з ознак особи злочинця (наприклад, соціально-рольові, тобто категорія посади державної служби особи, яка вчинила злочин), не впливають на кримінально-правову кваліфікацію, проте нехтувати ними з

¹ Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII. Відомості Верховної Ради. 2016. № 4. Ст. 43.

кримінологічних позицій із метою вироблення відповідних заходів індивідуального та групового запобігання – з позицій науки – методологічно невірно, а щодо практики – недоцільно та неефективно.

Також галузевий розподіл злочинності у сфері державної служби не чинить такого впливу на кваліфікацію, як скажімо, відповідна диференціація на діяльність спеціалізованих суб'єктів (органів Національної поліції України, органів безпеки, НАБУ, ДБР, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної прикордонної служби України) щодо запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, в тій чи іншій галузі (цивільна чи правоохоронна державна служба [262], специфіка механізму вчинення злочинів, зважаючи на галузеву специфікацію – податкова, митна, природоохоронна сфери тощо).

Більше того, розглядаючи державну службу та державного службовця як об'єкти кримінологічного дослідження, доречно звернути увагу, що саме кримінологічне знання виступає первинним по відношенню до кримінально-правового, створюючи кримінологічні передумови для криміналізації відповідних діянь у сфері державної служби. У свою чергу, виключення (як це було, наприклад, зі ст. 365¹, 423 і 424 КК України в 2014 р. [485]) відповідних кримінально караних діянь із КК України не виключає їх вивчення в межах так званих «фонових» для злочинності явищ, що забезпечується кримінологічною наукою.

З іншого боку, кримінологічні дослідження зумовлюють і криміналізацію відповідних діянь, наприклад, у сфері правоохоронної державної служби. Так, наприклад, на підставі Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції» від 21.02.2014 № 746-VII ст. 365 «Перевищення влади або службових повноважень» КК України було видозмінено на «Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу».

Водночас кримінологія ґрунтується й на положеннях кримінального права, по-перше, вивчаючи злочинність, як сукупність злочинів, по-друге, вкладаючи в особу злочинця «легальний» елемент – суб'єкта злочину, і по-третє, протидіючи злочинності кримінально-правовими засобами. Зазначені положення повною мірою застосовувані щодо злочинів, що вчиняються державними службовцями.

Щодо розуміння державної служби і державного службовця як об'єктів не лише кримінологічного дослідження, а і суміжних галузей наукового знання, зокрема кримінально-правової охорони, аргументують і сучасні українські вчені. У контексті цього слушними є роздуми О. В. Тулякова і Д. Г. Михайленка, що «формування демократичної правової держави в Україні є неможливим без удосконалення усіх видів службової діяльності. Від якості та

об'єктивності реалізації службовими особами своїх повноважень залежать доля політичних, соціальних, економічних реформ, розвиток громадянського суспільства в Україні, а також рівень довіри Українського народу до державної влади. У зв'язку із цим, розробка теоретичних і прикладних питань кримінально-правової охорони інтересів, у тому числі державної служби, є актуальною, а їх вивчення у світлі реформи антикорупційного законодавства набуває все більшого значення»¹.

Ведучи мову про ефективне функціонування різних напрямів державної служби, як українські, так і зарубіжні кримінологи відмічають, що недоліки за тим чи іншим напрямом реалізації функцій держави позначається як на загальних, так і спеціальних детермінантах того чи іншого виду злочинності (корисливої, професійної, економічної, корупційної, рецидивної тощо). У свою чергу, із покращенням відповідних складових дослідники пов'язують пропонувані ними загальносоціальні та спеціально-кримінологічні заходи запобігання відповідним видам (групам) злочинів.

Зокрема, недоліки у функціонуванні державної служби впливають на формування відповідним чином особи злочинця – державного службовця. Це може бути корупційна злочинність, економічна, злочинність у бюджетній сфері тощо. У свою чергу, якщо криміногенну зараженість набув відповідний керівник (посадова особа державної служби), то в подальшому може йтися про відсутність позитивного (або наявність негативного) прикладу для підлеглих, що формує і у них відповідний механізм злочинної поведінки у тій чи іншій (пов'язаній із посадовими можливостями) сфері суспільних відносин (операції з нерухомістю, землею, цінними паперами, бюджетними коштами, або отримання неправомірної вигоди тощо). Тому іноді особи, які не згодні миритися з подібним станом справ, не бажаючи брати негативний приклад, часто накопичують «негативний потенціал невдоволення», що в результаті може призвести до відтоку професійного, порядного ядра професіоналів, які вирішили не пов'язувати свою діяльність та не «бруднити репутацію». Як результат – невдоволення рівнем життя (через «існування» лише на одну офіційну зарплату, рівень якої залишає бажати кращого), низький престиж служби й плінність кадрів.

За таких умов посилюється явище латентності злочинності у сфері державної служби, що пов'язано з такими факторами: 1) корпоративна етика; 2) особливість менталітету «замовчування»; 3) побоювання розголошувати інформацію, аби не відчувати в подальшому примус з боку відповідного злочинця-посадовця, який обіймає керівну посаду.

¹ Туляков О. В., Михайленко Д. Г. Кримінальна відповідальність державного службовця. Державна служба в Україні: теоретико-правова характеристика у контексті реформування законодавства: монографія / за ред. С. В. Ківалова, Л. Р. Білої-Тіунової. Одеса: Фенікс, 2013. С. 354–374.

Іншою проблемою, що пов'язана з різними аспектами дисфункції державної служби, є вчинення злочинів особами, що обіймають відповідні посади на державній службі, використовуючи службове становище у злочинних цілях. Проблема посилюється і вчиненням злочинів особами, які самі покликані за функціональною сферою протидіяти злочинності.

Злочинність серед державних службовців варто виокремлювати за ознакою сфери вчинення відповідних злочинів. Таке виокремлення значною мірою відображає і підґрунтя (кримінологічні фактори), на якому вчиняються злочини державними службовцями.

Проведений науково-практичний пошук серед проблем засвідчує, що нині кримінальна статистика не оперує уніфікованим критерієм «злочини, вчинені державними службовцями». Не сприяє формуванню цілісної кримінологічної картини й той факт, що не всі державні органи оприлюднюють статистику щодо злочинів, вчинених службовцями, які працюють (проходять службу) в тій чи іншій сфері.

За таких обставин цілком закономірно, що на сьогодні в науці і на практиці відсутнє визначення поняття «злочини, що вчиняються державними службовцями». На нашу думку, даний термін варто визначати у двох аспектах: у широкому та вузькому (галузевому) розумінні.

У широкому розумінні «злочини, що вчиняються державними службовцями» – це вся сукупність суспільно небезпечних діянь, де суб'єктом вчинення може бути як державний службовець, так і інша фізична особа.

У вузькому розумінні під категорією «злочини, що вчиняються державними службовцями» варто розглядати лише ті діяння, вчинення яких можливе завдяки обійманню державним службовцем відповідної посади в органах державної влади й виконання функцій держави. Саме в такому ключі ми й розглядаємо досліджуване поняття, оскільки нас цікавить власне кримінологічний механізм їх детермінації, зумовлений недоліками у функціонуванні державної служби, а не інших сфер суспільних відносин.

Водночас важливо розуміти, що використання державним службовцем свого посадового становища (з метою організації, приховування тощо) може робити його співучасником злочинів, первинний механізм вчинення яких не пов'язаний зі сферою державної служби (наприклад, незаконний видобуток корисних копалин, браконьєрство, злочинні операції з нерухомістю, контрабанда тощо). Такі злочини також мають бути піддані постійному моніторингу з боку спеціальних суб'єктів запобігання (органів Національної поліції України, органів безпеки, НАБУ, ДБР, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної прикордонної служби України).

Також важливо зазначити, що будь-який злочин, вчинений державним службовцем, як у широкому, так і вузькому розумінні, може передбачати як

умисну, так і необережну форми вини. При цьому необережна форма вини властива переважно такому злочину, як службова недбалість (ст. 367 КК України). Цей злочин належить до злочинності у сфері державної служби виключно у вузькому розумінні. Решта суспільно небезпечних діянь, вчинюваних досліджуваною категорією суб'єктів, можуть розглядатися в обидвох аспектах.

Вивчаючи державну службу та державного службовця як об'єкти кримінологічного дослідження, нами запропоновано авторське визначення поняття «злочини, що вчиняються державними службовцями» – це різноманітні (оскільки посягають на різні родові об'єкти в межах Особливої частини КК України) суспільно небезпечні діяння, вчинювані державними службовцями переважно з умисної форми вини й корисливого мотиву, шляхом використання можливостей, зумовлених посадою в державній службі.

Отже, окрім інших вищенаведених ознак, для умисних злочинів у сфері державної служби характерним і переважним є саме корисливий мотив – тобто особисте збагачення, нехтуючи інтересами й авторитетом державної служби. За таких обставин можна говорити про дуалістичний характер об'єкта злочину: з одного боку – це суспільні відносини, на які посягає той чи інший злочинний акт поведінки (тобто економічні, бюджетні тощо), а з іншого – авторитет державної служби, який підривається в силу особливого посадового становища суб'єкта злочину (державного службовця).

Таким чином, зважаючи на специфіку досліджуваних суспільних відносин, державну службу та державного службовця як об'єкти кримінологічного дослідження варто розглядати у двох аспектах:

1) як інструментарій запобіжного впливу на злочинність шляхом реалізації загальносоціальних та спеціально-кримінологічних програм загальносуспільного розвитку (в першому випадку) та боротьби (протидії, запобігання) зі злочинністю (у другому випадку); за таких обставин державні службовці (цивільних відомств або правоохоронних органів) виступають відповідно загальними та спеціальними суб'єктами запобігання злочинам;

2) як сферу криміногенних ризиків (можливість використання посади в державній службі для вчинення (полегшення вчинення) злочинів), об'єкт злочинних посягань (інтереси державної служби; функції держави, що дестабілізуються, тощо) й державного службовця як особу злочинця й потерпілого (тобто у кримінологічному й віктимологічному аспектах).

Така структурно-логічна схема дає можливість вибудувати комплексний науковий підхід на досліджувану проблематику, показавши криміногенну й антикриміногенну ролі кожної зі складових.

Актуалізована в цьому підрозділі роботи потреба вивчення державної служби та державного службовця як об'єктів кримінологічного дослідження пропонується нами для кращого сприйняття у вигляді відповідної структурно-

логічної схеми, якою є авторська кримінологічна модель запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями¹.

Проведений науковий пошук засвідчив, що сучасні кримінологи вбачають одним із перспективних напрямів фундаментальних досліджень подальшу теоретичну розробку поняття «модель» у кримінології. При цьому наголошується, що кримінологічне моделювання – це передусім вміння виділити головне. Моделі мають бути простими, однак до їх складу повинні належати всі найважливіші частини системи, що досліджується, а також найважливіші функції та зв'язки, внутрішньосистемні та зовнішні. Однак таких елементів повинно бути небагато, інакше буде досить складно провести аналіз. Для того, щоб знайти головні частини та зв'язки системи, кримінологи радять зосередитись на трьох важливих моментах: 1) визначити головну мету системи та головні функції, які вона виконує; 2) зрозуміти роботу системи та визначити головні частини (підсистеми), що беруть участь у виконанні головної функції; 3) встановити важливі зв'язки між цими частинами. За таких обставин дослідники зазначають про необхідність більш детальної розробки перш за все кримінологічних моделей особистості злочинця, злочинної поведінки, причин та умов злочинності, запобігання (протидії) злочинності.

Спираючись на доктринальні положення кримінологічної науки, а також використовуючи функціональний підхід й відповідну структурно-логічну схему дослідження, пропонуємо розглядати кримінологічну модель запобігання злочинності державних службовців як систему таких елементів:

1. *Методологія дослідження проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями*, – це комплексна наукова категорія кримінологічної науки, яка містить багаторівневий методологічний інструментарій теоретичного й емпіричного блоків, передбачаючи єдність (систему) загальнонаукових та спеціально-наукових методів із визначеним алгоритмом (методикою) їх застосування для всебічного й повного вирішення поставлених завдань наукового пошуку.

Таку методологію становлять у їх сукупності: діалектичний метод; методи аналізу та синтезу; метод сходження від простого до складного, від абстрактного до конкретного; історико-правовий метод; хронологічний метод; порівняльний (компаративний) метод; системно-структурний метод; формально-юридичний (догматичний) метод; правничо-герменевтичний метод; соціологічні методи (зокрема метод експертних оцінок); статистичні методи; метод правового моделювання.

¹ Довбань І. М. Кримінологічна модель запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями. Порівняльно-аналітичне право. 2019. № 6. С. 392–395. URL: http://pap-journal.in.ua/wp-content/uploads/2020/08/PAP_6_2019.pdf.

2. Поняття та основні кількісно-якісні показники *злочинності державних службовців*. Так, злочинність державних службовців визначається нами як сукупність учинених ними протягом визначеного періоду часу злочинів і відповідних суб'єктів. При цьому на сьогодні, за умов дії Закону України «Про державну службу» 2015 р., державні службовці залежно від посади поділяються на категорії «А», «Б», «В».

При цьому, виходячи з проведеного нами аналізу даних офіційної статистики [579], злочинність державних службовців є сталою за останні роки з такими властивими їй тенденціями:

1) відносно стабільні кількісні показники протягом 2016–2020 рр. із незначною динамікою змін (як у бік збільшення, так і зменшення), а саме: 2016 р. – 164 злочини, 2017 р. – 235, 2018 р. – 202, 2019 р. – 145, 2020 р. – 132 злочини;

2) посягання на різні об'єкти кримінально-правової охорони:

– життя та здоров'я особи (розділ II КК України) – 2017 р. (2 злочини), 2018 р. (2 злочини), 2020 р. (2 злочини – ст. 122);

– воля, честь та гідність особи (розділ III КК України) – 2018 р. (1 злочин – ст. 146);

– виборчі, трудові та інші особисті прав і свободи людини і громадянина (розділ V КК України) – 2017 р. (1 злочин);

– власність (розділ VI КК України) – 2016 р. (16 злочинів: 1 – ст. 185, 9 – ст. 190, 6 – ст. 191), 2017 р. (23 злочини: 9 – ст. 190, 14 – ст. 191), 2018 р. (19 злочинів: 1 – ст. 185, 1 – ст. 186, 7 – ст. 190, 10 – ст. 191), 2019 р. (10 злочинів: 1 – ст. 187, 1 – ст. 189, 2 – ст. 190, 6 – ст. 191), 2020 р. (15 злочинів: 1 – ст. 185, 1 – ст. 189, 3 – ст. 190, 10 – ст. 191);

– сфера господарської діяльності (розділ VII КК України) – 2017 р. (1 злочин – ст. 209), 2018 р. (1 злочин – ст. 209), 2020 р. (1 злочин – ст. 200);

– докiлля (розділ VIII КК України) – 2016 р. (1 злочин), 2017 р. (1 злочин);

– громадська безпека (розділ IX КК України) – 2016 р. (3 злочини: 1 – ст. 255, 2 – ст. 263), 2017 р. (1 злочин – ст. 263), 2018 р. (1 злочин – ст. 263), 2020 р. (3 злочини: 1 – ст. 255, 2 – ст. 263);

– безпека руху та експлуатації транспорту (розділ XI КК України) – 2016 р. (3 злочини: 2 – ст. 286, 1 – ст. 289), 2018 р. (4 злочини – ст. 286), 2020 р. (5 злочинів: 4 – ст. 286, 1 – інший);

– громадський порядок та моральність (розділ XII КК України) – 2017 р. (1 злочин – ст. 296), 2019 р. (1 злочин – ст. 296), 2020 р. (1 злочин – ст. 296);

– сфера обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та здоров'я населення (розділ XIII КК України) – 2017 р. (2 злочини: 1 – ст. 307, 1 – ст. 309), 2020 р. (3 злочини: 1 – ст. 307, 1 – ст. 311, 1 – ст. 317);

– державна таємниця, недоторканність державних кордонів, забезпечення призову та мобілізації (розділ XIV КК України) – 2016 р. (1 злочин), 2019 р. (1 злочин);

– авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та злочини проти журналістів (розділ XV КК України) – 2016 р. (3 злочини: 1 – ст. 345, 1 – ст. 358, 1 – інші), 2017 р. (5 злочинів: 1 – ст. 342, 1 – ст. 345, 1 – ст. 358, 2 – інші), 2018 р. (3 злочини: 1 – ст. 358, 2 – інші), 2019 р. (4 злочини: 1 – ст. 345, 1 – ст. 358, 2 – інші), 2020 р. (1 злочин – ст. 342);

– сфера використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку (розділ XVI КК України) – 2017 р. (2 злочини: 1 – ст. 361, 1 – інші), 2018 р. (6 злочинів – ст. 362), 2019 р. (6 злочинів: 1 – ст. 361², 5 – ст. 362), 2020 р. (3 злочини – ст. 362);

– сфера службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (розділ XVII КК України) – 2016 р. (137 злочинів: 7 – ст. 364, 20 – ст. 366, 5 – ст. 367, 85 – ст. 368, 3 – ст. 369, 17 – ст. 369²), 2017 р. (195 злочинів: 12 – ст. 364, 1 – ст. 365, 61 – ст. 366, 21 – ст. 366¹, 11 – ст. 367, 74 – ст. 368, 8 – ст. 369, 7 – ст. 369²), 2018 р. (165 злочинів: 12 – ст. 364, 34 – ст. 366, 17 – ст. 366¹, 12 – ст. 367, 67 – ст. 368, 5 – ст. 369, 18 – ст. 369²), 2019 р. (122 злочини: 11 – ст. 364, 1 – ст. 365², 19 – ст. 366, 4 – ст. 366¹, 7 – ст. 367, 65 – ст. 368, 4 – ст. 369, 11 – ст. 369²), 2020 р. (98 злочинів: 9 – ст. 364, 20 – ст. 366, 3 – ст. 366¹, 11 – ст. 367, 41 – ст. 368, 14 – ст. 369²);

– правосуддя (розділ XVIII КК України) – 2017 р. (1 злочин – ст. 382), 2019 р. (1 злочин);

3) домінування у їх системі злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (2016 р. – 83,5 %, 2017 р. – 83,0 %, 2018 р. – 81,7 %, 2019 р. – 84,1 %, 2020 р. – 74,2 %) й злочину, передбаченого ст. 368 «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою» (2016 р. – 51,8 %, 2017 р. – 31,5 %, 2018 р. – 33,2 %, 2019 р. – 44,8 %, 2020 р. – 31,1 %) (дод. А, рис. 1.1.2).

Саме тому основні зусилля загальних і спеціальних суб'єктів запобіжної діяльності мають спрямуватися на недопущення злочинів у сфері службової діяльності, що вчиняються державними службовцями.

3. *Причини та умови вчинення злочинів державними службовцями.* Це власне вивчення детермінаційного комплексу злочинності державних службовців із метою вироблення заходів запобігання досліджуваним злочинам. При цьому, поряд із загальними теоретико-методологічними підходами до процесів детермінації в кримінології, стосовно злочинів, що вчиняються державними службовцями, вважаємо за доречне виділяти такі групи детермінант: 1) соціально-економічні; 2) соціально-правові; 3) спеціальні галузеві; 4) індивідуальні.

4. *Кримінологічна характеристика державних службовців, які вчиняють злочини*, в межах якої заслуговують на увагу такі ознаки: 1) соціально-демографічні; 2) соціально-рольові; 3) морально-психологічні; 4) кримінально-правові; 5) кримінологічні. Таке змістовне наповнення зазначеного структурного елемента покладено в основу розроблення кримінологічної характеристики державних службовців, які вчиняють злочини. Доречно звернути увагу, що дослідники відзначають особливі вимоги до публічної (державної) служби в контексті відсутності судимості [647, с. 60–61], тому вчинення державним службовцем злочину протирічить подальшому його перебуванню на посаді з виконання функцій держави. Такі судження повною мірою корелюють із правовим регулюванням проходження державної служби в Україні та підтверджуються даними проведеного нами експертного опитування (дод. Б).

5. *Правове, організаційне забезпечення й система заходів запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями*. Ця складова кримінологічної моделі охоплює такі предметні блоки (розділи), як: 1) правове регулювання запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями; 2) прогнозування злочинів, що вчиняються державними службовцями; 3) планування заходів запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями; 4) система (загальносоціальні, спеціально-кримінологічні, індивідуально-профілактичні) заходи запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями.

Таким чином, сформульована кримінологічна модель запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, ґрунтується на єдності й функціональному призначенні таких системоутворюючих елементів: 1) методології дослідження проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями; 2) понятті та основних кількісно-якісних показниках злочинності державних службовців; 3) причинах та умовах вчинення злочинів державними службовцями; 4) кримінологічній характеристиці державних службовців, які вчиняють злочини; 5) правовому, організаційному забезпеченні й системі заходів запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями.

Підсумовуючи матеріал, викладений у цьому підрозділі, наведемо такі висновки:

1. Для сфери функціонування державної служби України в умовах дії нового Закону України «Про державну службу» 2015 р. характерним є дуалізм реформування (розвитку), що полягає в низці поступальних процесів і в такому суспільно небезпечному явищі як злочинність. За таких обставин злочинність державних службовців як цілісний комплексний феномен визначається як сукупність учинених ними протягом визначеного періоду часу злочинів і відповідних суб'єктів, яка належить до спеціальних видів злочинності та характеризується підвищеною суспільною небезпечністю.

2. Зважаючи на специфіку досліджуваних суспільних відносин, державну службу та державного службовця як об'єкти кримінологічного дослідження варто розглядати у двох аспектах:

1) як інструментарій запобіжного впливу на злочинність шляхом реалізації загальносоціальних та спеціально-кримінологічних програм загальносуспільного розвитку (в першому випадку) та боротьби (протидії, запобігання) зі злочинністю (у другому випадку); за таких обставин державні службовці (цивільних відомств або правоохоронних органів) виступають відповідно загальними та спеціальними суб'єктами запобігання злочинам;

2) як сферу криміногенних ризиків (можливість використання посади в державній службі для вчинення (полегшення вчинення) злочинів), об'єкт злочинних посягань (інтереси державної служби; функції держави, що дестабілізуються, тощо) й державного службовця як особу злочинця й потерпілого (тобто у кримінологічному й віктимологічному аспектах).

Така структурно-логічна схема дає можливість вибудувати комплексний науковий підхід на досліджувану проблематику, показавши криміногенну й антикриміногенну ролі кожної зі складових.

Отже, нині наявна досить складна теоретична та прикладна проблема, яка має всі ознаки актуальності та практичної значущості, що потребує розв'язання з урахуванням новітніх методологій, технологій і підходів, а також концептуального аналізу та переопрацювання тих наукових здобутків, які сформувались у науці кримінального права, кримінології та інших галузях суспільствознавства.

Тому для забезпечення оптимального наукового пошуку з предмета дослідження нами було сформовано відповідний методологічний інструментарій, чому присвячено наступний підрозділ роботи.

4.2. Методологічні засади дослідження проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями

Вироблення методологічного інструментарію будь-якого фундаментального дослідження, що претендує на визнання його науково цілісним, органічним і репрезентативним, є невіддільною атрибутикою сучасної правової науки. І кримінологія в цьому плані не становить винятку.

Варто зазначити, що методологія дослідження проблем запобігання корупційним злочинам загалом та злочинам, що вчиняються державними службовцями, зокрема нині є однією з найменш розроблених галузей. Такий стан наукових розробок у цій сфері пов'язано як з об'єктивними, так і суб'єктивними чинниками. Насамперед, на думку В. Є. Тарасенка, це пов'язано з тим, що методологічні засади юридичної науки довгий час перебували в тенетах марксистсько-ленінського підходу, які гальмували їх розвиток. Вважаємо, що основною проблемою відсутності самостійних наукових розвідок

у сфері запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, є брак оприлюднених статистичних даних у відповідній сфері, складність виокремлення масиву відповідної інформації з вироків суду, а також негативне кримінологічне явище латентності злочинності у сфері державної служби. Лише протягом останніх років, завдяки виокремленню у статистичній інформації Офісу Генерального прокурора (до 2020 р. – Генеральної прокуратури України) спеціальної форми звітності за облікованими кримінальними правопорушеннями за відповідний рік, можливо отримати офіційну картину стану кримінальних правопорушень, вчинених державними службовцями, серед яких переважають (становлячи понад 80 %) кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, котрі вчиняються особами, які належать до посад категорій «А» (0,9 %), «Б» (42,6 %), «В» (56,5 %) (за статистикою 2020 р.). Водночас, за межами кримінальної статистики перебуває так зване «сіре число», котре становлять латентні злочини, вчинені державними службовцями всіх категорій, за повної відсутності протягом 2018 р. серед суб'єктів досліджуваних злочинів державних службовців, що належать до категорії «А».

Більш детальне (порівняно з тим, що міститься в матеріалах Офісу Генерального прокурора (до 2020 р. – Генеральної прокуратури України)) вивчення обвинувальних вироків та матеріалів кримінальних проваджень дало можливість з'ясувати низку кількісно-якісних показників злочинності у сфері державної служби, що наведені нами в підрозділі 3.1 дослідження.

Зазначимо, що розроблення методології дослідження має як теоретичне, так і прикладне значення. Теоретичне полягає в тому, що методологія дослідження – один із важливих інструментаріїв наукового пошуку. Саме методологія має не тільки предметний, а й пізнавальний зміст, тому що вона нероздільно пов'язана з переглядом існуючого понятійного апарата, передумов і підходів до інтерпретації матеріалу, що вивчається. Прикладне значення виявляється в тому, що успіх вивчення злочинності державних службовців (що часто має латентний характер) у багатьох випадках зумовлений комплексним підходом до всіх методів наукового пізнання і сприяє отриманню необхідного результату у вигляді новизни досліджуваної проблематики.

Розпочнемо з аналізу основоположних понять і категорій. Сучасна наука (в тому числі юридична) дуалістично підходить до розуміння сутності поняття «методологія», хоча буквально, походячи з грецької мови («*μεθόδος*»), воно означає – правильний, вірний шлях, шлях дослідження. У свою чергу, дуалізм тлумачення поняття «методології» зводиться до широкого й вузького його значень. Так, у широкому розумінні термін «методологія» тлумачиться як теорія людської діяльності – «це діяльність пізнання, мислення або, якщо говорити точніше, вся діяльність людства, включаючи не лише власне пізнання, а й виробництво. Звідси виходить, що методологія <...> є теорія людської

діяльності». За такого підходу окремі вітчизняні вчені навіть виокремлюють такий напрям у межах галузевої науки та її методологічного інструментарію, як діяльнісна методологія. У свою чергу, у вузькому розумінні методологію визначають як сукупність методів, прийомів, процедур наукового дослідження.

Для більш зрозумілого сприйняття поняття «методологія» сучасні вчені-правознавці й кримінологи схилиються до використання вузького розуміння означеного терміну, дотримуючись позиції, що саме методологія визначає комплекс методів дослідження, які дозволяють досліднику показати їх співвідношення та функціональне призначення у процесі наукового пошуку.

Наведемо основні з найпоширеніших дефініцій. При цьому варто наголосити, що одним з аспектів методології сучасної юридичної науки є рецепція дефініцій загальної теорії права у галузеву науку. Тому шляхом сходження від загального до конкретного сформулюємо визначення поняття «методологія дослідження проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями». Для цього почнемо із загальноправових визначень методології.

Так, українська вчена – теоретик права, академік Н. М. Оніщенко визначає методологію як сукупність принципів, методів, засобів та процедур теоретико-правового характеру. Інші авторитетні вітчизняні вчені С. Д. Гусарев та О. Д. Тихомиров під методологією юридичної науки розуміють систему принципів і способів організації, побудови та здійснення теоретико-пізнавальної юридичної діяльності в галузі дослідження державно-правової дійсності, а також вчення про цю систему. Слушною є і позиція українського вченого-теоретика П. М. Рабиновича, що методологія – це система підходів, способів наукового дослідження і теоретичні засади їх використання при вивченні правових явищ.

Учені – представники галузевих напрямів дотримуються схожих поглядів на зміст поняття методології та доцільність формування її багаторівневості (поліметодологізм).

Зокрема відомий український кримінолог академік А. П. Закалюк був переконаний, що предмет методології науки становить сукупність теоретичних передумов, методів та засобів наукового дослідження. При цьому, до джерел наукової методології він відніс: 1) світоглядні постулати філософії щодо сутності пізнання, його меж і можливостей, абсолютності та відносності знання; 2) загальні гносеологічні закономірності, принципи, ступені пізнання; 3) логічні залежності та зв'язки, методи і способи наукового пізнання, що формує сама наука.

Інший представник київської кримінологічної школи професор О. М. Джужа дійшов слушного висновку, що в основі методології лежать закони і категорії діалектики. Це – база як для загальнонаукових, так і спеціальних методів (соціологічних, статистичних, психологічних тощо). Останні методи,

наголошує поіменований учений, не є кримінологічними, але свою специфіку вони отримують через особливості предмета і завдань саме кримінологічних досліджень.

Представники харківської кримінологічної школи під методологією науки розуміють: 1) систему теоретико-світоглядних концепцій, що визначають похідні принципи наукового пошуку й аналізу та методів пізнання, які застосовуються при проведенні дослідження (В. С. Батиргарєєва); 2) набір відправних положень і вимог теорії пізнання, вихідних філософсько-діалектичних законів і категорій, а також логічних приписів та прийомів, якими користується наука при описі та аналізі різних аспектів об'єктивної діяльності, а також при пошуку нових знань про них (І. М. Даньшин); 3) систему основних поглядів, принципів розуміння навколишнього світу, що є базовим для наукового пізнання, згідно з якою визначаються напрями наукового пошуку, пояснюються виявлені закономірності, здійснюються прогнози розвитку явищ (В. Ф. Оболенцев).

Учена-криміналіст професор О. П. Рябчинська дефінує методологію як учення про методи пізнання та/або систему наукових принципів, на основі яких базується дослідження і здійснюється вибір сукупності пізнавальних засобів, методів та прийомів. Загалом наведені визначення методології є такими, що відображають позицію сучасної правової науки на означене поняття.

При цьому важливо враховувати позицію як учених із загальної, так і галузевої юриспруденції, що обрання конкретних методів зумовлюється об'єктом дослідження, визначаючи цінність й унікальність кожної наукової розробки. Виходячи з наведених суджень, методологія фундаментального дослідження буде якісно відрізнятися від методології прикладного дослідження, оскільки останнє більшою мірою спиратиметься на емпіричні методи, метод моделювання тощо. При цьому єдність спостерігатиметься у загальнонаукових методах, а відмінність – у спеціально-наукових.

Розробляючи методологію дослідження злочинності державних службовців, важливо враховувати аргументи сучасних учених щодо багаторівневості відповідного методологічного інструментарію. Зокрема, слухним є судження українського дослідника В. М. Братасюка, що «<...> монометодологія, якою ще донедавна послуговувалися наші правознавці, повинна уступити місце поліметодологізму. <...> Поліметодологічний, комплексний підхід до права дозволить отримати цілісний образ права, адекватне його трактування, право постане не частковим, а багатовимірним, людиномірним, культурно-цивілізаційним надбанням»¹.

¹ Братасюк В. М. Правова реальність як форма прояву інтелектуальної традиції епохи (на матеріалах романо-германської правової сім'ї): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12. Київ, 2005. 194 с.

У розвиток суджень В. М. Братасюка, у нас є всі підстави підтримати позицію зарубіжного вченого В. М. Сирих про те, що абсолютних «стерильних» методів, які б використовувалися виключно для пізнання правової матерії в умовах інтенсивної інтеграції наукового знання, яким характеризується постмодерн, немає і бути не може. Тому критерієм розмежування спеціально-юридичних та загальнонаукових методів, як зауважує поіменований дослідник, є не стільки сфера її використання, скільки ступінь модифікації, глибина пристосування тих чи інших методів до специфіки правових досліджень.

За таких обставин поняття «методологія дослідження проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями» є системним явищем, оскільки спирається на широкий спектр методів, поділяючи їх на основні та допоміжні, однак усі вони тісно пов'язані між собою, доповнюють один одного. За таких обставин наукове знання, отримане внаслідок застосування цілісної методології, буде відрізнятися від того, що здобує завдяки використанню одного конкретно-наукового методу (історичного, компаративного, статистичного, соціологічного, формально-юридичного, герменевтичного тощо).

Водночас варто враховувати і такі категорії, як єдність та диференціація у процесі формулювання методологічних засад дослідження злочинності державних службовців. Такий підхід дає можливість: по-перше, чітко й самостійно застосувати у процесі дослідження того чи іншого елемента кримінологічної характеристики злочинів, що вчиняються державними службовцями, той чи інший загальнонауковий або спеціально-науковий метод й отримати конкретний науковий результат; по-друге, об'єднавши здобуті результати, співставивши між собою різні методи (наприклад, діалектичний, порівняльний, статистичний, моделювання тощо) отримати цілісний дослідницький результат у формі вирішення наукової проблеми, що полягає в необхідності розроблення й обґрунтування теоретико-прикладних і правових засад запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями в Україні.

Отже, доходимо висновку, що методологія дослідження проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, є багаторівневою та використовує практично весь методологічний арсенал сучасної кримінологічної науки.

Поряд із поняттям методології дослідження в науці існує методика дослідження. Ці категорії тісно пов'язані між собою, доповнюють одна одну, проте не є тотожними. Висловлюючись лаконічно, методика визначає алгоритм застосування методології відповідного наукового пошуку і є динамічною категорією, що «запускає» статичну сукупність відповідних методів дослідження.

Тому слушною в контексті викладеного є думка зарубіжного вченого О. М. Подрядова, що методика кримінологічного дослідження визначає успіх чи невдачу всього дослідження, якими б сильними не були теоретичні постулати самого дослідження, і означає методи спостереження, зведення й групування, оброблення та аналізу кримінологічної інформації, але – головне – процедуру самого дослідження, вибір методів або їх груп, послідовність застосування методів і, нарешті, способи завершення дослідження¹.

Вивчення та узагальнення наукової та навчально-методичної літератури дає підстави для висновку про те, що під час проведення дослідження необхідно дотримуватися низки обов'язкових умов його ефективності. До таких умов, на думку сучасного українського кримінолога професора І. М. Копотуна, належать:

1) *оптимальне поєднання об'єктивних і суб'єктивних методів* кримінологічного дослідження. При цьому слід пам'ятати, що об'єктивний метод – це отримання інформації не від осіб, а з будь-яких інших джерел. Але і в цьому випадку інформація може бути отримана перекручена, тому що в кінцевому результаті об'єктивні джерела є в деяких випадках наслідком суб'єктивної роботи (наприклад, звіти за напрямами діяльності органу, установи, що складаються людьми). Інша справа, що вони склалися і готувалися не спеціально для цього дослідження, а для інших цілей. У свою чергу, суб'єктивні методи – це отримання кримінологічної інформації безпосередньо від респондентів – із позицій нашого дослідження це державні службовці або співробітники правоохоронних органів;

2) проведення дослідження за допомогою *об'єктивних методів*, оскільки це є певною гарантією того, що застосовувані спочатку суб'єктивні методи не «заведуть дослідника у глухий кут або не направлять помилковим шляхом». Наприкінці діяльності можна скорегувати деякі висновки дослідження, не прийняти до уваги певні результати, обґрунтувавши, звичайно, чому і т. п.;

3) *раціональне поєднання вивчення злочинності у системі державної служби та впливу на державних службовців* із метою підвищення ефективності їхньої професійної діяльності, ранньої профілактики та прогнозування індивідуальної кримінально-протиправної поведінки, а також надання за результатами дослідження рекомендацій щодо вдосконалення відповідного сегмента державної служби;

4) *оперативність* дослідження, його своєчасність, забезпечення негайного впровадження результатів у практику діяльності державних органів;

¹ Подрядов А. Н. Комплексные криминалогические исследования в административном районе крупного промышленного центра (методология, общая процедура). Конкретные криминалогические исследования в условиях района крупного промышленного центра: материалы науч.-практ. конф.; редкол.: В. П. Бахин, Г. А. Коновалов, А. Н. Подрядов, В. Г. Смирнов. Омск: НИиРИО ОмВШМ МВД СССР, 1974. С. 9–70.

5) забезпечення *достовірності* одержуваної інформації за допомогою:

а) добору респондентів із дотриманням принципу вибірки і джерел одержання об'єктивної інформації;

б) використання в методиках способів, що надають можливість виявити й усунути неправдиву інформацію;

в) розрахунку коефіцієнта статистичної репрезентативності;

б) *комплексності* дослідження – включення в методикку найрізноманітніших методів, що виявляють із різних боків один і той же елемент предмета дослідження, наприклад, детермінанти, що впливають на вчинення злочинів державними службовцями, – і соціологічних, і психологічних, і власне кримінологічних методів.

Проводячи кримінологічне дослідження у сфері державної служби, ми встановили, що тенденції злочинності серед державних службовців не завжди збігаються з динамікою всієї злочинності у країні (поряд із наявністю 15 родових об'єктів, на які посягають кримінально протиправні діяння, що вчиняються державними службовцями, понад 80 % – це злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг); що злочинність у сфері державної служби має свої специфічні закономірності, які відрізняються від інших типів злочинності; що вона володіє особливими чинниками, котрі на неї впливають, причинами та умовами. Саме тому специфічними мають бути і методи впливу на неї. Далі розглянемо методи, застосовані нами у процесі дослідження запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями в Україні.

Починаючи характеристику методологічного інструментарію, зазначимо, що основоположним теоретичним загальнонауковим методом дослідження проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, є *діалектичний метод*. Варто наголосити, що, порівняно з іншими методами, діалектичний метод у кримінології набув своєї якісної специфіки, органічно «вписавшись» у кримінологічну теорію. Про це, зокрема, свідчать такі наукові підходи. Так, аксіоматичним з методологічних позицій є аргументація, за якою замало однієї теорії (зокрема теорії пізнання), у діалектиці прийнято виділяти активні зв'язки взаємодії, діяльності суб'єкта щодо пізнання того чи іншого явища, що в підсумку сприяє вирішенню конкретного наукового завдання. Тому влучним із цього приводу є вислів М. О. Бердяєва, що «те, що зветься буттям, визначається не думкою, а пізнанням, не ідеєю, а цілісним суб'єктом, тобто і почуттям, і волею, і всією спрямованістю».

Проаналізувавши велику кількість кореляційних зв'язків у правовій і кримінологічній науці (у тому числі такі категорії, як діалектика права, діалектика правопорушення, діалектика пізнання злочинності, діалектика соціального контролю), зарубіжні вчені А. Лепс, Л. І. Спиридонов, І. Л. Честнов розробили спеціальну кримінологічну теорію – «діалектичну кримінологію».

Вітчизняний розробник політико-кримінологічної теорії протидії злочинності Ю. В. Орлов також пропонує авторський підхід до використання діалектичного методу з позиції спроможності за його допомогою виявляти й пояснювати тісні зв'язки в межах предмета дослідження, визначаючи його як діалектичний детермінізм.

Окрім того, застосування діалектичного методу під час дослідження проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, дало змогу, використовуючи філософські категорії «можливість» та «дійсність», виділити дві основні форми злочинності державних службовців – потенційну (в тому числі латентну) й реальну (що відображена в офіційній кримінальній статистиці).

Чільне місце в методологічному інструментарії дослідження проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, посідають парні методи – *аналізу та синтезу*. Етимологічно аналіз (від грец. analysis) – розкладання, роз'єднання, синтез (від грец. synthesis) – складання, поєднання).

Вони тісно пов'язані між собою і мають застосовуватися «у парі» в силу того, що для формулювання ряду авторських дефініцій ми спочатку досліджували окремо поняття «злочини», «злочинність», «методи», «методологія», «державна служба», «державний службовець», «кримінологічна характеристика», «запобігання» тощо (метод аналізу), а потім шляхом синтезу формулювали цілісні визначення. Тобто використовували як взаємодоповнюючі методи аналізу та синтезу. Самостійно кожен із названих методів також застосовувався нами у процесі дослідження.

Зокрема, ми солідарні з позицією професора І. М. Копотуна, що вивчення будь-якої проблеми розпочинається з її аналізу¹ який розуміють як метод дослідження, що полягає в мисленому розчленуванні цілого або взагалі складного явища на його складники, більш прості елементарні частини й виділенні окремих сторін, властивостей, зв'язків. Така позиція узгоджується і з загальнонауковим розумінням аналізу як методу уявного чи реального розподілу цілого на частини. Такий розподіл у процесі нашого дослідження дав можливість з'ясувати, які саме склади злочинів утворюють збірне поняття «злочинність державних службовців». Натомість метод синтезу дав можливість показати підвищену суспільну небезпеку цього виду злочинності, часто через інститут множинності злочинів, адже було враховано загальнонаукову дослідницьку позицію, що синтез зберігає індивідуальні властивості об'єднаних об'єктів.

Метод синтезу використано і для узагальнення отриманої емпіричним шляхом інформації, що дала можливість підтвердити або спростувати низку

¹ Копотун І. М. Запобігання злочинам, що призводять до надзвичайних ситуацій у виправних колоніях: монографія. Київ: ПП «Золоті ворота», 2013. 472 с.

висунутих перед початком дослідження теоретичних гіпотез. Така методика відповідає сформульованому вітчизняним кримінологом Ю. В. Орловим методологічному підходу, згідно з яким «<...> важливим завданням трансформації сучасної науки є не лише формування нових методологій, а й нових парадигм світобачення, заснованих на синтезі, а не протиставленні знання апостеріорі та апріорі. Саме завдяки останньому має досягатися взаємовплив та корегування, позитивне перетворення суцього та належного, онтологічних явищ, процесів та феноменологічних конструктів».

Отже, використання у дослідженні проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, такого загальнонаукового філософського методу, як синтез, дало змогу поєднати знання, наявне до здобуття відповідного досвіду (доемпіричне знання, або знання апріорі), та знання, отримане на підставі досвіду (постемпіричне знання, або знання апостеріорі). Використання цього методу зумовлено також і специфікою процесів у сфері державної служби, явищем латентності злочинності у відповідній галузі й іншими теоретико-прикладними підставами.

Теоретико-методологічною основою такого наукового підходу у процесі пізнання злочинності у сфері державної служби є вчення німецького філософа І. Канта, який у своїй відомій праці «Критика чистого розуму» довів здатність розуму апріорі здійснювати пізнавальні синтетичні операції до та незалежно від експерименту. Наукове пізнання – вказував І. Кант – не може залежати від вірогідності одного досвіду, воно має містити внутрішню необхідність, тобто бути знанням до практики.

Зазначимо, що сформульовані нами судження знаходять підтримку і серед сучасних українських кримінологів, які, досліджуючи з кримінологічних позицій сучасні політичні процеси (Ю. В. Орлов), відмічають, що застосування синтетичних аналітичних апріорних форм є необхідним з огляду на специфіку політико-кримінологічних проблем, дослідження яких досить часто не має під собою емпіричної підстави. Також поіменований учений додає, що загалом кримінологічна наука сьогодні потребує впровадження якісно нових підходів до формування своєї предметної області пізнання, розширення останньої за рахунок налагодження та розвитку міждисциплінарних зв'язків при збереженні формалізованих меж. Ця потреба зумовлена як переосмисленням сутності злочинності, так і необхідністю зміни контейнерного формату дослідження її детермінант, а також стратегій кримінально-превентивної діяльності, виходу за межі позитивістської прагматики.

По суті, окреслені концептуальні засади зумовлюють комплексний та органічний підхід як до формування предмета й завдань дослідження, так і до його методологічного інструментарію.

Звернення у процесі наукового пошуку до *методу сходження від простого до складного, від абстрактного до конкретного* дало можливість: по-

перше, прослідкувати еволюцію виникнення юридичної відповідальності за вчинення злочинів особами, які виконують функції держави, до формування інституту державних службовців як спеціальних суб'єктів злочинів; по-друге, деталізувати кримінологічні засади запобігання злочинам у сфері державної служби залежно від категорії посад державної служби осіб, які вчиняють досліджувані злочини.

Історико-правовий метод, під яким у сучасній юридичній науці розуміється сукупність прийомів вивчення права з огляду на його історичну еволюцію, використано для з'ясування генезису інституту державної служби в механізмі (апараті) держави, її антикриміногенного й іншого соціально корисного потенціалу, виникнення криміногенних (переважно корупціогенних, корисливих тощо) ризиків під час виконання відповідними особами функцій держави, еволюції кримінальної відповідальності державних службовців і системи кримінологічних заходів запобігання злочинам, що ними вчиняються, тощо.

Використання історико-правового методу оцінюється нами не лише з позиції «сухої» теорії, а і зважаючи на його певною мірою прикладне значення. Адже враховуючи важливу роль історичного досвіду як в організації кримінально-превентивної діяльності, так і в державному управлінні в цілому, варто наголосити на необхідності вчасного надання офіційних наукових та правових оцінок окремим аспектам функціонування державної служби на різних етапах українського державотворення, а також діяльності окремих керівників державної служби найвищої категорії («А») та їх впливу на стан законності у ввірених їм підрозділах того чи іншого сегмента державної служби.

Звернення у процесі дослідження до цього методу надало можливість виокремити історичну періодизацію становлення та розвитку системи запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, шляхом розгляду п'яти періодів: 1) стародавній період – від утворення держав у Стародавньому світі до утворення на теренах сучасної України першого централізованого державного утворення – Київської Русі (IX ст.); 2) дореволюційний період (до 1917 р.); 3) період українського державотворення (1917–1921 рр.); 4) радянський період (1922–1991 рр.); 5) сучасний період (із 1991 р. й дотепер). Детальна характеристика кожного з наведених періодів відображена нами в монографії та окремих публікаціях.

Історичний (ретроспективний) метод має своїм антиподом метод прогнозування (перспективний). Вивчення дотичних до предмета нашого дослідження наукових праць засвідчило схожий характер проблем, що існують за напрямом криміногенності державної служби та криміногенності політики. Так, Ю. В. Орлов, наголошуючи на необхідності кримінологічної оцінки історичних фактів, що мали місце в межах функціонування як ретроспективно віддалених, так і більш наближених політичних режимів минулого й сучасності,

оцінки діяльності окремих політичних акторів, їх «команд», підкріплюючи власні судження результатами досліджень зарубіжних учених Д. А. Шестакова, С. П. Мельгунова, звертає увагу наукової спільноти, що феномен політичної злочинності у її системному зрізі полягає в тому, що «<...> її дослідження можливе лише ретроспективне або перспективне, але ніяк не актуальне. Звісно, можна вести мову про кримінологічний аналіз окремих випадків злочинної діяльності представників вищих, центральних чи місцевих органів державної влади. Проте, він буде нерепрезентативним з огляду на властивості самозбереження будь-якої системи, в тому числі й відповідних конфігурації політичної системи, які виявляють інтегративні зі злочинністю значення».

Отже, із наведених суджень випливає висновок про латентність актуальної політичної злочинності. Із кримінологічно-правових позицій за своєю складною природою найближче до політичної перебуває злочинність державних службовців. Простежуються і схожі показники «латентності», скажімо, представників політичної влади й найвищого корпусу державної служби (зокрема державних службовців категорії «А»). Проте зрозуміло, що не варто ототожнювати політичні посади із найвищими посадами в державній службі, що впливає з норм Закону України «Про державну службу» (зокрема ст. 3).

Тісно з історико-правовим пов'язаний *хронологічний метод*, що застосовувався в окремих випадках для послідовного викладення низки еволюційних процесів української юридичної історіографії й нормотворчих процесів у галузі державної служби України.

Зважаючи на сучасні процеси глобалізації, потребує подальшого свого розроблення в царині кримінологічної науки й *порівняльний (компаративний) метод*. Сьогодні він вже набув свого розвитку у теорії права, кримінальному й кримінально-виконавчому праві та інших галузевих юридичних науках. В Україні в межах кримінології компаративну складову розроблюють професори В. В. Василевич, О. М. Джужа, С. І. Нежурбіда та ін., спираючись на низку зарубіжних фундаментальних праць з відповідного напрямку наукового пошуку, що виокремлюється у спеціальну кримінологічну теорію – порівняльну кримінологію. У контексті предмета нашого дослідження сутність цього методу зводиться до використання позитивних надбань зарубіжної кримінологічної теорії і практики щодо запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями. При цьому дослідницький процес вивчення зарубіжного досвіду запобігання вчиненню державними службовцями корупційних злочинів має враховувати не лише широту географічного критерію, а і критерії функціональності та раціональності, національні й соціокультурні особливості, а також ґрунтуватися на методологічних підходах, спроможних забезпечити повноту, об'єктивність та ефективність відповідного наукового пошуку.

Зважаючи на усвідомлення цілісності й комплексності інституту державної служби в її кримінологічному аспекті, застосовано *системно-*

структурний метод, адже державна служба є динамічною системою, що складається з низки елементів. Антикриміногенну складову діяльності державної служби, кримінально протиправні ризики її функціонування як в Україні, так і в зарубіжних країнах, можна пізнати лише у тісному взаємозв'язку її складових, в усій повноті цих взаємозв'язків, взаємозалежностей, взаємовпливів тощо. Це такі елементи, як: державна служба й державний службовець як об'єкти кримінологічного дослідження, державний службовець як суб'єкт злочину, кримінологічна характеристика відповідних злочинів, кримінологічна експертиза нормативно-правових актів у сфері державної служби, система заходів прогнозування, планування й запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, тощо. Звертаючись до теоретико-методологічних засад, цікавими для нашого дослідження є роздуми академіка О. Ф. Скаун, що «системно-структурний метод дозволяє досягнути взаємодію держави та права як комплексний процес з усіма його проявами, простежити зв'язки між причиною і наслідком у державно-правових явищах».

З огляду на правову регламентацію процесів функціонування державної служби й роботи державних службовців, недоліки в чому виступають детермінантами вчинення досліджуваних злочинів, а також законодавчо визначений порядок застосування заходів кримінальної відповідальності, запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, у процесі дослідження використано *формально-юридичний (догматичний) метод*, який, по-перше, є одним із фундаментальних методів для досліджень, де об'єкт і предмет пов'язані з правовими категоріями, оскільки, на думку професора С. С. Алексеева, «у результаті аналітичного опрацювання догми права, якщо цей процес здійснено відповідно до вимог формальної логіки, відкривається деталізована юридична картина тієї чи іншої ділянки, фрагмента правової реальності, виявляється їх юридичний зміст, відпрацьовуються найбільш доцільні форми і способи юридичних дій»¹; по-друге, як наголошує український дослідник В. М. Братасюк, «формально-догматичний метод дає можливість установити зовнішні ознаки правових явищ, їх відмінності одне від іншого, виробити поняття, дати їх визначення і виразити у конкретних формулах. Як приклад, такими поняттями є: правова норма, нормативно-правовий акт, система права, суб'єкт права, дієздатність, правоздатність, гіпотеза, санкція, диспозиція, злочин та ін.»

Сучасна методологія кримінологічної науки звертається також до методів, що є результатом злиття декількох галузей знань. Одним із таких методів, використаних у процесі дослідження проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, є *правничо-герменевтичний метод*, що поєднує юридичні й лінгвістичні знання.

¹ Алексеев С. С. Восхождение к праву: поиски и решения. Москва: Норма, 2003. 748 с.

Спираючись на теоретичні знання, закладені загальною герменевтикою (від грец. «hermeneutikos» – той, що тлумачить), під якою прийнято розуміти теорію «операцій розуміння у їх співвідношенні з інтерпретацією текстів», за допомогою правничо-герменевтичного методу, враховуючи власний досвід роботи на різних посадах державної служби, у процесі відповідного наукового пошуку цей метод застосовано для:

- аналізу праворозуміння державних службовців (від якого залежить або сумлінне дотримання норм права, або зловживання ними, що призводить до вчинення злочинів проти інтересів державної служби);

- тлумачення норм права, що регламентують проходження державної служби, кримінальну відповідальність державних службовців, визначають систему запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, тощо;

- вивчення та інтерпретації текстів міжнародних документів, що визначають норми поведінки посадових осіб державної служби, а також навчально-наукових видань (дисертацій, монографій, підручників, посібників, наукових статей, матеріалів конференцій тощо) із предмета дослідження.

Такий авторський підхід загалом корелює із загальнонауковою методологією пізнання сучасної герменевтики – вчення про розуміння – адже за справедливим судженням засновника сучасної правової герменевтики Г. Гадамера, людина ніколи не підходить до предмета дослідження нейтрально, байдуже, вона завжди пов'язана своєю культурою, традицією, часом.

У процесі дослідження проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, на емпіричному рівні доцільним вважаємо використання низки *соціологічних методів*, а саме: інтерв'ювання (шляхом експрес-опитування) та анкетування різних категорій респондентів (державних службовців, суддів, працівників правоохоронних та правозахисних органів, різних верств населення). Дуже часто, виходячи зі статусу респондентів (учені, досвідчені представники практичних органів, зважаючи на предмет дослідження, міжнародні експерти тощо), соціологічний метод у формі анкетування дослідники іменують *методом експертних оцінок*. Цей метод у контексті нашого дослідження використано як свого роду «перевірочний лакмусовий папірець» для підтвердження або спростування окремих положень, здобутих у процесі наукового пошуку. Для досягнення відповідних наукових завдань було опитано 118 детективів НАБУ, 57 слідчих ДБР, 85 прокурорів, 340 державних службовців.

Заразом, на необхідності використання у кримінологічних дослідженнях спорідненої проблематики низки емпіричних соціологічних методів (зокрема інтерв'ювання, анкетування тощо) наголошується у спеціальній науковій літературі. Зокрема дослідник зарубіжного досвіду запобігання посадовій злочинності С. К. Іліє серед методологічних проблем, пов'язаних із використанням виключно статистичних (без урахування соціологічних) методів,

виділяє такі об'єктивні обставини: 1) неповнота відображення у кримінальній статистиці відомостей про особу посадових злочинців; 2) нечіткість інформації щодо кримінологічно значимих відомостей про особу відповідних злочинців у матеріалах кримінальних справ про посадові злочини. Тому поіменований дослідник вважає доречним і перспективним звернення у процесі відповідного наукового пошуку кримінологічно значимих ознак особи посадових злочинців (особливо його морально-психологічних властивостей) до таких методів, як соціологічні опитування, інтерв'ювання, методики психологічного тестування. Схожої позиції під час кримінологічного аналізу особи злочинця дотримуються й інші зарубіжні кримінологи, пропонуючи низку авторських методик.

Долучаючись до висловлених суджень, переконані, що застосування у процесі надання кримінологічної характеристики державних службовців, які вчиняють злочини, поряд із статистичними методами, методами вивчення документів (вироків, кримінальних проваджень тощо), також і низки соціологічних методів (серед яких найпоширенішими й доцільними в контексті нашого дослідження є інтерв'ювання та анкетування), значно підвищує репрезентативність та достовірність відповідного наукового пошуку.

У свою чергу, застосування *статистичних методів* під час дослідження дало змогу досягти низки наукових завдань через отримання кримінологічно значимих результатів щодо з'ясування стану, структури й динаміки вчинення злочинів державними службовцями в Україні, детермінантів, що впливають на вчинення злочинів державними службовцями, надання кримінологічної характеристики державних службовців, які вчиняють злочини, отримання сучасних статистичних даних щодо діяльності суб'єктів запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, а також аналізу судової практики у справах про досліджувані злочини.

Серед низки завдань розв'язання комплексної наукової проблеми вчинення злочинів державними службовцями в Україні є вироблення пропозицій щодо: вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність за відповідні злочини; оптимізації системи (правового регулювання й відповідних заходів) запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями; обґрунтування перспектив впровадження зарубіжного досвіду запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, в Україні. Тому для їх вирішення у процесі наукового пошуку використано *метод правового моделювання*.

Отже, виходячи з отриманих у ході даного дослідження результатів, можна сформулювати наступне визначення поняття «методологія дослідження проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями» – це комплексна наукова категорія кримінологічної науки, яка містить багаторівневий методологічний інструментарій теоретичного й емпіричного блоків, передбачаючи єдність (систему) загальнонаукових та спеціально-

наукових методів із визначеним алгоритмом (методикою) їх застосування для всебічного й повного вирішення поставлених завдань наукового пошуку.

Таку методологію становлять у їх сукупності: діалектичний метод; методи аналізу та синтезу; метод сходження від простого до складного, від абстрактного до конкретного; історико-правовий метод; хронологічний метод; порівняльний (компаративний) метод; системно-структурний метод; формально-юридичний (догматичний) метод; правничо-герменевтичний метод; соціологічні методи (зокрема метод експертних оцінок); статистичні методи; метод правового моделювання.

4.3. Стан наукових досліджень проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями

Вивчення наукових джерел засвідчує, що нині як в Україні, так і за кордоном комплексних праць, присвячених всебічному та глибокому дослідженню проблем, пов'язаних із теоретико-прикладними та правовими засадами запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, практично немає, що й стало додатковим аргументом при виборі теми даного дослідження. Водночас проведений аналіз стану наукових досліджень показує, що окреслена проблематика вивчалась переважно з позицій державного управління, адміністративного права (насамперед дотично фундаментальних категорій у цій сфері «державна служба», «державний службовець», «управління в галузі державної служби») та лише фрагментарно – у межах кримінального права та кримінології. Тому вказаний напрям кримінологічних досліджень є своєчасним і перспективним.

За наведених обставин, слідуючи методологічним підходам, окресленим у попередньому підрозділі, вважаємо, що комплексний кримінологічний аналіз проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, зумовлює необхідність аналізу стану розробки в науці відповідних проблем. Такий аналіз дає можливість узагальнити досягнуті в цій сфері результати та визначити коло питань, які потребують додаткового кримінологічного дослідження.

Великий масив інформації, дотичної до проблем кримінально-правової, кримінологічної характеристик і системи запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, міститься в монографічних і дисертаційних дослідженнях.

Хоча в Україні донині не захищено докторської дисертації з проблематики теоретико-прикладних і правових засад запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, наявні фундаментальні праці зі спорідненої сфери, а відповідні кандидатські роботи слугують своєрідними «відправними пунктами» при формуванні поглибленого наукового пошуку на

наявні у відповідному сегменті кримінально-правової та кримінологічної науки проблеми.

Щодо робіт кримінально-правового, кримінологічного та кримінально-виконавчого блоку, то варто звернути увагу на такі наукові розробки, виконані українськими вченими.

Зокрема, з кримінально-правового напрямку варто відмітити монографічне дослідження, виконане О. В. Туляковим та Д. Г. Михайленком на тему «Кримінальна відповідальність державного службовця» у межах комплексної монографії «Державна служба в Україні: теоретико-правова характеристика у контексті реформування законодавства» (2013 р.)¹. Цінність названої наукової розробки полягає в тому, що в ній окреслено особливості кримінальної відповідальності державного службовця. Водночас, в силу комплексності й складності порушеної проблеми названій роботі властиві окремі дискусійні моменти. Так, авторами сконцентровано увагу на корупційних злочинах, що вчиняються державними службовцями, залишивши при цьому за межами наукового пошуку інші суспільно небезпечні діяння, що входять до структури злочинності державних службовців в Україні, виходячи з даних офіційної статистики (котрі, як зазначається нами в нашому дослідженні, охоплюють 15 розділів Особливої частини КК України). Видається, це зроблено з таких міркувань. Про це, зокрема, свідчить уточнення дослідників, що «<...> кримінальна відповідальність державних службовців порівняно з відповідальністю загальних суб'єктів характеризується значною кількістю особливостей, які неможливо розглянути з рамок роботи подібного рівня, що зумовило окреслення лише деяких із них». Натомість одразу поіменовані дослідники роблять цілком протилежний висновок, що у зв'язку із тим, що КК України не містить жодної прямої вказівки на державного службовця, як на спеціального суб'єкта злочину, «<...> з точки зору Кримінального закону специфіки відповідальності саме державних службовців не існує, окрім того, що до них, як і до деяких інших суб'єктів, не може бути застосовано такий вид покарання, як виправні роботи». Водночас розгортання подібної дискусії не завадило авторам констатувати, що «<...> це не усуває необхідності та доцільності теоретично виокремлювати підстави кримінальної відповідальності державних службовців та описувати їх, оскільки це сприяє кращому розумінню КК України».

Натомість заслуговує позитивної оцінки саме поглиблений кримінально-правовий аналіз О. В. Туляковим та Д. Г. Михайленком саме групи корупційних злочинів, зважаючи на те, що «<...> кримінально-правовий механізм протидії

¹ Туляков О. В., Михайленко Д. Г. Кримінальна відповідальність державного службовця. Державна служба в Україні: теоретико-правова характеристика у контексті реформування законодавства: монографія / за ред. С. В. Ківалова, Л. Р. Білої-Тіунової. Одеса: Фенікс, 2013. С. 354–374.

корупції зазнав суттєвих реформ і потребує низки наукових досліджень з метою встановлення його змістовних характеристик, правильного застосування й удосконалення». Підкреслимо, що такий висновок поіменованих учених на час підготовки ними відповідної монографії (2013 р.) був дуже новаторським і мав доктринальне забарвлення, оскільки лише через рік – у 2014 р. (прийняття Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14.10.2014 р. № 1698-VII) у КК України було сформовано систему корупційних злочинів через визначення їх законодавчого переліку на рівні примітки до ст. 45 й окреслення відповідних складів злочинів у відповідних статтях Особливої частини КК України. Заразом наведені в аналізованій науковій розробці українських учених-криміналістів судження є методологічною основою для розвитку сучасної системи кримінально-правової протидії злочинам, що вчиняються державними службовцями загалом, так і корупційним злочинам зокрема.

Продовжуючи науковий аналіз у межах цього тематичного блоку, варто підкреслити, що чи не єдиною дисертаційною розробкою з кримінології, у якій звернено увагу на запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, є дисертація «Запобігання зловживанню владою або службовим становищем, що вчиняється державними службовцями» на здобуття наукового ступеня доктора філософії в галузі 08 «Право», виконана В. О. Мартиненком (2019 р.). У ній дисертант вирішив такі завдання: охарактеризував запобігання зловживанню владою або службовим становищем, що вчиняється державними службовцями, як об'єкт кримінологічного дослідження; розкрив особливості кримінальної відповідальності за зловживання владою або службовим становищем, що вчиняється державними службовцями; розглянув міжнародно-правові засади та зарубіжний досвід запобігання зловживанню владою або службовим становищем, що вчиняється державними службовцями; визначив сучасний стан і тенденції розвитку зловживань владою або службовим становищем, що вчиняється державними службовцями; систематизував детермінанти зловживань владою або службовим становищем, що вчиняється державними службовцями; надав кримінологічну характеристику державних службовців, які зловживають владою або службовим становищем; з'ясував правовий статус суб'єктів, уповноважених запобігати зловживанню владою або службовим становищем, що вчиняється державними службовцями; сформулював концептуальне бачення загальносоціальних та спеціально-кримінологічних заходів запобігання зловживанню владою або службовим становищем, що вчиняється державними службовцями; удосконалив індивідуально-профілактичні заходи запобігання зловживанню владою або службовим становищем, що вчиняється державними службовцями. Незважаючи на значний внесок цієї розробки у розвиток кримінологічної науки, у ній наведено кримінологічну характеристику та запобігання лише одному складу

злочину (передбаченому ст. 364 «Зловживання владою або службовим становищем» КК України), що вчиняється державними службовцями. Натомість за межами кримінологічних розробок залишилися інші злочини, що вчиняються досліджуваною категорією осіб. Тому в нашій роботі ми підійшли до даного питання більш системно й комплексно.

Із позицій карально-виховного впливу цікавими є дослідження, виконані А. В. Градецьким, у виді кандидатської дисертації «Особливості карально-виховного впливу на засуджених, колишніх суддів та співробітників правоохоронних органів, які відбувають покарання у виді позбавлення волі» (2010 р.) та підготовленої на її основі колективної (автори В. А. Бадира, А. В. Градецький, С. Ф. Денисов, Т. А. Денисова, В. М. Пальченкова, О. П. Рябчинська) монографії «Покарання та його карально-виправний вплив на засуджених, колишніх співробітників правоохоронних органів» (2011 р.). Результати названих наукових досліджень у контексті нашого наукового пошуку цікаві насамперед тому, що в них співробітники правоохоронних органів показані не лише як особи, які мають військові або спеціальні звання, персонал установ виконання покарань тощо, а і як державні службовці.

У межах розроблюваної проблематики найбільша кількість праць стосується як корупції загалом, так і різних її варіацій, дотичних до предмета дослідження, а саме: корупційна злочинність, корупція серед державних службовців, корупційна злочинність серед державних службовців тощо.

Тому основними працями варто назвати:

– докторські дисертації М. І. Мельника («Кримінологічні та кримінально-правові проблеми протидії корупції», 2002 р.), О. Ю. Бусол («Протидія корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії», 2015 р.) та ін.;

– кандидатські дисертації Є. В. Невмержицького («Корупція як соціально-політичне явище: особливості проявів і механізми подолання в сучасній Україні», 1999 р.), О. І. Ромців («Особливості подолання протидії під час розслідування злочинів у сфері службової діяльності», 2016 р.), О. В. Шевченка («Кримінологічна характеристика та запобігання корупційній злочинності», 2012 р.), О. В. Шемякіна «Протидія і запобігання корупційним злочинам у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг», 2013 р.) та ін.;

– монографії М. І. Мельника («Корупція: сутність, поняття, заходи протидії», 2001 р., «Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії)», 2004 р.), Г. В. Кохана «Явище політичної корупції: теоретико-методологічний аналіз» (2013 р.), О. Ю. Бусол («Протидія корупційній злочинності в Україні у сучасний період», 2014 р.).

– навчальні посібники «Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика» (П. П. Андрушко, А. А. Стрижевська,

2006 р.), «Корупція в Україні: причини поширення та механізми протидії» (автори – С. В. Дрьомов, Ю. Г. Кальниш, Д. Б. Клименко, Г. О. Усатий, Л. М. Усаченко, 2010 р.), «Корупційна злочинність в Україні: сучасний стан, детермінанти та запобігання» (колектив авторів Національної академії внутрішніх справ за ред. О. М. Джузи, Е. В. Расюка, 2018 р.) та ін.

Проведений аналіз сучасних наукових доробків з означеної проблематики засвідчує наступне:

– по-перше, за даними більшості вітчизняних і зарубіжних досліджень корупція характеризується використанням посадових повноважень, статусу посади, а також її авторитету для задоволення особистого інтересу або інтересів третіх осіб. При цьому як суб'єкт корупційних діянь розглядається особа, наділена державною владою;

– по-друге, при визначенні поняття «корупція» вченими в деяких випадках розглядається роль й іншої сторони, яка часто добровільно, з корисливих інтересів пропонує неправомірну вигоду (у класичному розумінні – «хабар»), розуміючи, що її дії незаконні.

Вбачаємо, що наведена дуалістична схема є класичною, вона може варіюватися залежно від суб'єктного складу, котрий визначається антикорупційним законодавством на тому чи іншому етапі розвитку суспільства, котре вирізняється мінливістю й динамізмом антикорупційної політики держави¹.

Злочинність державних службовців має прямий негативний вплив на таку категорію, як внутрішня безпека суспільства, а за певних умов поширюється і на зовнішню, особливо за сучасних умов проведення на Сході України антитерористичної операції, а згодом – операції Об'єднаних сил.

За таких обставин у межах підрозділу, присвяченого з'ясуванню стану наукових досліджень проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, заслуговує на увагу монографія Ю. В. Нікітіна «Протидія злочинності в системі забезпечення внутрішньої безпеки українського суспільства» (2009 р.). Так, у наведеній праці з-поміж інших сфер поіменованим ученим було виділено державну (що включає також окремі недоліки функціонування державної служби наслідком чого є злочинність, у тому числі корупційна, державних службовців). Загалом Ю. В. Нікітіним було виокремлено 7 сфер, які тим або іншим чином пов'язано з дестабілізуючими процесами в державі, такі як: 1) державна – влада все ще не діє досить ефективно, проявляються регіональні сепаратистські погляди, набула

¹ Довбань І. М. Доктринальні підходи до визначення корупції як найпоширенішої форми вияву злочинності державних службовців в Україні. Сучасне державотворення та правотворення: питання теорії та практики: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 11–12 груд. 2020 р.). Причорноморська фундація права. Одеса: ГО «Причорноморська фундація права», 2020. С. 146–149.

загрозливих масштабів корупція, вкрай слабка виконавська дисципліна службовців тощо; 2) економічна – протягом десятиріччя іде постійний спад виробництва у багатьох галузях економіки, непередбачуваними темпами банкрутують і ліквідуються стратегічно важливі підприємства; 3) соціальна – соціальний стан в державі залишається незбалансованим, зростає соціальна напруга в різних регіонах держави; 4) правова – іде постійне зростання рівня злочинності, втрачаються пріоритети законслухняності, іде процес криміналізації суспільства; 5) суспільна – нестабільна демографічна ситуація в державі, різке скорочення народжуваності і середньої тривалості життя значної кількості населення; 6) екологічна – стан природного середовища держави значною мірою не покращився, непоодинокі екологічні катастрофи, що впливають на навколишнє середовище; 7) військова – державний кордон і досі в багатьох місцях чітко не визначений та не демілітаризований.

Ураховуючи те, що кожна з перелічених сфер на підставі Закону України «Про державну службу» передбачає реалізацію відповідної функції держави, вони можуть бути «полем» вчинення відповідних злочинів державними службовцями, а тому потребують пильної уваги з боку спеціальних суб'єктів запобіжної діяльності.

Окремий блок робіт у межах здійснюваного наукового пошуку становлять праці вчених, які досліджували питання запобігання злочинам з боку працівників правоохоронних органів, служба в яких, як зазначається у відповідних галузевих (профільних законах), становить особливий вид державної служби. До таких робіт належать докторські дисертації О. А. Мартиненка «Злочини серед працівників ОВС України: їх детермінація та попередження» (2007 р.), Я. О. Ліховіцького «Кримінологічні засади запобігання злочинам, що вчиняються персоналом Державної кримінально-виконавчої служби України» (2018 р.), кандидатські С. А. Шалгунової «Кримінально-правові та кримінологічні заходи попередження хабарництва серед співробітників органів внутрішніх справ» (1999 р.), О. М. Ігнатова «Попередження насильницьких злочинів, що вчиняються працівниками органів внутрішніх справ України» (2007 р.), а також монографічні дослідження, дотичні до означеної проблематики, зокрема «Детермінація та попередження злочинності серед персоналу органів внутрішніх справ України» (О. А. Мартиненко, 2005 р.), «Кримінологічні та оперативно-розшукові засади запобігання злочинам і правопорушенням, що вчиняються персоналом виправних колоній» (В. В. Коваленко, О. М. Джу́жа, О. Г. Колб та ін., 2011 р.) та інші праці, виконані як вітчизняними, так і зарубіжними вченими.

Зважаючи на комплексний та міждисциплінарний характер функціонування державної служби в Україні, теоретико-методологічну цінність для нашого дослідження становлять дисертаційні розробки з інших юридичних спеціальностей, на окремі з яких варто звернути увагу.

Так, загальнотеоретичні питання (генезис, поняття, соціально-правова природа, завдання, принципи тощо) щодо функціонування державної служби досліджували на рівні докторських і кандидатських дисертаційних робіт Ю. П. Битяк («Державна служба в Україні: проблеми становлення, розвитку та функціонування», 2006 р.), І. Е. Данильєва («Принципи організації та функціонування державної служби в Україні», 2005 р.), К. М. Зубов («Правообмеження у державній службі України», 2010 р.) та ін.

Цей блок праць, точніше його теоретико-методологічний інструментарій, надав можливість розвинути наявні в науці доробки й сформулювати авторський підхід до категорій «державна служба» та «державний службовець» як об'єктів кримінологічного дослідження.

У загальноуправлінському аспекті державну службу досліджували Д. В. Балух («Управління державною службою в Україні», 2009 р.), А. М. Волощук («Теоретико-правові аспекти реалізації державного управління в умовах демократизації політичної системи», 2004 р.), О. О. Кравченко («Управління державною службою в Україні: організаційно-правові засади», 2010 р.) та ін.

Серед сучасних фундаментальних джерел варто відзначити колективну монографію «Державна служба в Україні: теоретико-правова характеристика у контексті реформування законодавства» (2013 р.), у якій, зокрема, окрему главу 5.1 присвячено саме питанням кримінальної відповідальності державного службовця, а також монографію А. Б. Грищук «Державна служба в Україні: адміністративно-правовий вимір» (2018 р.).

У розвиток методологічних засад нашого дослідження, розвиваючи діалектичні категорії загального й особливого, ми також звернули увагу на низку наукових праць українських учених, у яких досліджено питання диференціації інституту «державної служби» на види. Тому в контексті управління та функціонування окремих видів державної служби варто виділити: дисертаційне дослідження на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук у галузі адміністративного права О. О. Бандурки «Управління Державною податковою службою в Україні: організаційно-правові аспекти» (2007 р.), а також кандидатські дисертації з відповідної спеціальності, зокрема таких авторів, як: В. М. Александров («Військова служба як особливий вид державної служби в Україні», 2008 р.), О. В. Артеменко («Організаційно-правові засади проходження державної служби працівниками ДПС України», 2004 р.), О. І. Бедного («Організаційно-правові основи служби в органах місцевого самоврядування в Україні», 2002 р.), Ф. В. Бортняка («Форми та методи діяльності державної виконавчої служби», 2008 р.), І. Ф. Коржа («Військова служба в Україні: вступ, просування, припинення», 2004 р.), П. І. Павленка («Правовий статус службовця органів внутрішніх справ: проблеми загальної теорії», 2003 р.), А. І. Перепелиці («Організаційно-правові засади діяльності державної виконавчої служби в

Україні», 2005 р.), О. І. Ткачука («Правовий статус посадових осіб митної служби України», 2008 р.), О. В. Шакірової («Правовий та соціальний захист працівників державної податкової служби в Україні (організаційно-правові аспекти)», 2004 р.). Також із цього напрямку зазначаємо колективну монографію В. С. Венедиктова та М. І. Іншина «Статус працівників органів внутрішніх справ України як державних службовців» (2003 р.) та ін.

Вищеназвані роботи важливі в тому контексті, що сформульовані авторами вищезгаданих наукових розробок положення в частині підвищення ефективності управління державною службою важливі як вихідні методологічні засади при розробленні загальносоціальних заходів запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями.

Також у контексті формування тих або інших кримінологічних категорій (виведення кримінологічного портрету державного службовця, формування кримінологічної моделі запобігання досліджуваним злочинам тощо) варті уваги наукові доробки, в яких висвітлені питання добору, навчання, підвищення кваліфікації державних службовців й інші кадрові аспекти функціонування державної служби. Серед наукових робіт, виконаних українськими вченими з цього напрямку можна виділити дисертації В. Р. Кравця «Атестація державних службовців в Україні» (2003 р.), О. С. Продаєвича «Проходження державної служби в Україні: організаційно-правовий аспект» (2008 р.), В. А. Яцюка «Удосконалення підвищення кваліфікації державних службовців в Україні: організаційно-правовий аспект» (2001 р.), Л. В. Прудіус («Управління якістю державної служби України», 2018 р.) та ін.

Окремі категорії посад державних службовців знайшли свій науковий супровід у розробках таких учених з адміністративного права, як Л. В. Крупної, О. В. Литвина, У. І. Ляхович, С. М. Одегової та ін.

Також правовідносини за участю державних службовців в Україні досліджені на рівні інших (окрім адміністративного) галузей права, зокрема конституційного, трудового. Такий плюралізм поля наукового пошуку свідчить про комплексний і міжгалузевий характер проблем, пов'язаних із функціонуванням державної служби та роботою державних службовців як в Україні, так і в зарубіжних країнах.

Заразом наголосимо, що в сучасній кримінологічній науці постає проблема щодо проведення комплексних міжгалузевих досліджень. Наприклад, Ю. В. Орлов нині наголошує на необхідності актуалізації зв'язків між кримінологією та політологією, а також в інших сферах знань. Також проаналізувавши наукові доробки зарубіжних учених, проектуючи їх на сучасну українську реальність, поіменованій дослідник дійшов справедливого висновку, що постає нагальна проблема у міжгалузевому, міжсистемному упорядкуванні існуючих знань, їх синхронізація, адаптація під суспільні запити у вирішенні комплексних задач, таких, наприклад, як ефективна протидія злочинності.

Зважаючи на викладене, варто звернути увагу і на блок наукових праць, в яких висвітлено питання про різні види юридичної відповідальності державних службовців. До основних із них належать праці щодо цивільно-правової, дисциплінарної, адміністративної та кримінальної відповідальності зазначених суб'єктів державного управління. Таким чином, відмічаємо недостатню наукову розробленість питань кримінальної відповідальності державних службовців як загалом, так і за видами державної служби, адже в наявних наукових розробках ідеться лише про декілька складів злочинів.

Також недостатньо розробленим є і кримінологічний напрям досліджуваної проблематики. Серед наявних на сьогодні робіт, які торкаються предмета дослідження з цієї точки зору відмічаємо кандидатські дисертації О. С. Новакова («Кримінологічна характеристика та профілактика злочинів, які вчиняються працівниками міліції у сфері службової діяльності», 2003 р.), Я. С. Остапенко («Службове підроблення: кримінологічна характеристика та запобігання», 2017 р.), дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора філософії в галузі 08 «Право» В. О. Мартиненка («Запобігання зловживанню владою або службовим становищем, що вчиняється державними службовцями», 2019 р.) та інші.

Дуже близькою в контексті змісту нашої наукової розробки є кандидатська дисертація І. В. Бабій «Досудове провадження у кримінальних справах щодо окремих службових осіб, які обіймають особливо відповідальне становище» (2009 р.). Важливість звернення до теоретико-методологічних і правових засад роботи поіменованої дослідниці полягає в тому, що авторка наголосила, що «ця категорія справ у першу чергу відрізняється спеціальним суб'єктом. Мова йде про державних службовців, тобто тих осіб, які в силу професійної діяльності займають посади в державних органах та їх апараті щодо практичного виконання завдань і функцій держави». Також із позицій криміналістичної науки дотично до предмета нашої наукової розробки доречно виділити дисертацію Д. А. Бондаренка «Розслідування зловживань владою або службовим становищем та перевищень влади або службових повноважень (криміналістична характеристика та початковий етап розслідування)» на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук, захищену в 2008 р.

Зарубіжна кримінально-правова та кримінологічна наука активно розробляє проблематику кримінально-правової, кримінологічної характеристик і системи запобігання посадовій та службовій злочинності. Водночас хоча для зарубіжного законодавства властиві соціальні конструкти «державна служба» і «державний службовець», самостійних кримінологічних досліджень монографічного рівня із проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, на пострадянському просторі до сьогодні не проводилося.

Незважаючи на це, у порівняльно-науковому значенні з позицій кримінально-правової та кримінологічної проблематики вагомий інтерес становлять докторські дисертації О. Я. Асніса «Кримінальна відповідальність за службові злочини в Росії: проблеми законодавчого закріплення та правозастосування» (2005 р.), Л. О. Букалєрової «Інформаційні злочини у сфері державного та муніципального управління: законотворчі та правозастосовні проблеми» (2007 р.), Б. В. Волженкіна «Корисливі зловживання по службі (розкрадання, хабарництво, зловживання службовим становищем): кримінально-правова характеристика та проблеми кваліфікації» (1991 р.), С. В. Ізосімова «Теоретико-прикладний аналіз службових злочинів, що вчиняються в комерційних та інших організаціях (кримінально-правовий та кримінологічний аспекти)» (2004 р.), І. М. Ключовської «Теоретичні основи кримінологічного дослідження антикорупційної політики» (2004 р.), С. М. Шапієва «Злочинність і суспільство (кримінологічне теоретико-прикладне дослідження)» (2000 р.), П. С. Яні «Актуальні проблеми кримінальної відповідальності за економічні та посадові злочини» (1996 р.) та інших учених у галузі кримінального права та кримінології.

Серед наукових робіт на рівні кандидатських дисертацій з наук кримінально-правового і кримінологічного профілю варті уваги праці С. В. Авдєєва «Зловживання посадовими повноваженнями: кримінально-правовий та кримінологічний аспекти» (2006 р.), С. Г. Айдаєва «Перевищення посадових повноважень» (2004 р.), Ю. В. Андрєєва «Співробітники виправних установ як суб'єкти злочинів проти державної влади та інтересів державної служби (кримінально-правовий та кримінологічний аспект)» (2002 р.), Ю. Г. Бабаєвої «Кримінальна відповідальність за недопущення, обмеження або усунення конкуренції з використанням службового становища» (2007 р.), А. Г. Безверхова «Посадові (службові) злочини та проступки» (1995 р.), В. П. Берестова «Перевищення повноважень посадовими особами у збройних силах, інших військах і військових формуваннях (кримінально-правова та кримінологічна характеристика)» (2003 р.), Н. В. Бугаєвської «Посадова особа як суб'єкт злочину» (2003 р.), В. О. Волколупової «Посадова особа як суб'єкт кримінальної відповідальності» (2002 р.), К. О. Грекова «Кваліфікація злочинів, що вчиняються шляхом перевищення посадових повноважень» (2007 р.), В. М. Григорєєва «Поняття посадової особи у кримінальному праві» (2001 р.), Х. А. Ібрагімової «Зловживання посадовими повноваженнями в системі соціального захисту (кримінально-правовий та кримінологічний аналіз)» (2002 р.), С. К. Іліє «Кримінологічна характеристика посадової злочинності та її попередження (на матеріалах Республіки Молдова)» (2004 р.), О. О. Кравченко «Зловживання посадовими повноваженнями: кримінально-правова характеристика та попередження» (2004 р.), В. О. Лобирєва «Суб'єкт посадових злочинів: кримінально-правовий та кримінологічний аспекти» (2005 р.),

О. В. Львович «Посадове зловживання: проблеми криміналізації, кваліфікації та відмежування від правопорушень, які не є злочинними» (2004 р.), В. К. Максимова «Поняття корупції (кримінологічний аспект) та заходи її попередження в державному апараті» (2005 р.), Є. В. Мар'їної «Корупційні злочини: галузеве та міжгалузеве узгодження норм» (2010 р.), В. А. Мерзлякової «Кримінальна відповідальність співробітників правоохоронних органів за перевищення посадових повноважень» (2003 р.), М. Т. Оздоева «Посадові злочини: кримінально-правовий аналіз та попередження» (2005 р.), А. В. Онуфрієнка «Система злочинів корупційної спрямованості» (2015 р.), С. Г. Пільнікова «Посадова особа як співучасник злочину, вчиненого у сфері економіки» (2004 р.), О. А. Плехової «Кримінальна відповідальність за зловживання та перевищення посадових повноважень» (2006 р.), Ю. В. Портнової «Посадова особа як спеціальний суб'єкт злочину» (2004 р.), М. М. Ревякіна «Кримінально-правові та кримінологічні заходи протидії злочинам, що вчиняються посадовими особами» (2004 р.), О. С. Стреніна «Кваліфікація зловживання посадовими повноваженнями» (2003 р.), М. А. Федоровської «Кримінально-правові, кримінологічні та організаційні проблеми протидії корупції і посадовим злочинам» (2003 р.), М. Н. Хачатурян «Спеціальний суб'єкт з ознаками державної посадової особи та державного цивільного службовця» (2005 р.), А. К. Щегуліної «Кримінологічна характеристика та попередження посадових злочинів у бюджетній сфері» (2006 р.), І. М. Юзефовича «Кримінально-правові заходи боротьби зі злочинами проти інтересів державної служби та служби в органах місцевого самоврядування, а також інтересів служби в комерційних та інших організаціях» (2006 р.) та інших фахівців кримінально-правової та кримінологічної науки.

Із юридичних напрямів, на які спираються кримінологи для впорядкування діяльності щодо запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, серед зарубіжних дисертацій варто відмітити: докторські дисертації В. А. Козбаненка «Правове забезпечення статусу державних цивільних службовців (теоретико-адміністративні аспекти)» (2003 р.), О. М. Позднишова «Інститут державної служби у сфері забезпечення громадської безпеки (теоретико-методологічні проблеми)» (2003 р.) та інших учених; кандидатські дисертації Р. В. Андрюшкіна «Кадрове забезпечення державної служби» (2001 р.), О. О. Бондарева «Професійна правосвідомість державних і муніципальних службовців» (2000 р.) [68], Ю. П. Гармаєва «Актуальні питання теорії і практики розслідування посадових злочинів у митних органах» (1998 р.), П. В. Ільїна «Дискусійні проблеми доказування винуватості осіб по посадовим злочинам» (2005 р.), О. М. Караваєва «Заохочення в системі правоохоронної служби» (2005 р.), В. І. Колеснікової «Адміністративно-правові основи атестації державних службовців» (2001 р.), Б. М. Магомедова «Державна служба судових приставів: теоретико-правове

дослідження» (2002 р.), С. П. Мінасяна «Інститут державної цивільної служби в адміністративному законодавстві: проблеми формування» (2005 р.), Н. В. Новосьолової «Обов'язки та права державного службовця» (2001 р.), О. В. Сергеева «Актуальні питання відповідальності державних цивільних службовців за адміністративним правом» (2005 р.), І. А. Смагіної «Гарантії як елемент адміністративно-правового статусу державного та муніципального службовця» (2002 р.), О. С. Сохріна «Особливості початкового етапу розслідування розкрадань грошових коштів посадовими особами фінансової служби органів військового управління» (2006 р.), А. Н. Халікова «Особливості розслідування отримання хабарів посадовими особами правоохоронних органів» (2005 р.), А. В. Ханька «Методика розслідування злочинів, що вчиняються з використанням посадовою особою своїх службових повноважень в умовах інформаційної невизначеності» (2006 р.), А. О. Хоріноєва «Організаційно-правові проблеми державної служби в апаратах судів загальної юрисдикції» (2005 р.), С. О. Шушпанова «Посадовий проступок як підстава дисциплінарної відповідальності державного службовця» (2002 р.) та інших учених-правників.

Із зарубіжних публікацій, окрім дисертаційних робіт, заслуговують на увагу й наукові праці в періодичних виданнях, у яких висвітлюється низка проблемних аспектів функціонування державної служби з кримінально-правових і кримінологічних позицій.

Зокрема, серед наукових праць кримінально-правового блоку можна назвати роботи Н. В. Бугаєвської («Виконання публічних функцій як ознака суб'єкта корупційних злочинів»), «Службовці як суб'єкти корупційних злочинів»), О. С. Євстегнеева, Д. О. Скворцова («Кримінальна відповідальність державного службовця як спеціального суб'єкта в системі посадових злочинів»), І. В. Зоріної («Державний службовець як суб'єкт злочинів»), А. С. Карабельникової («Про суб'єктів корупційних злочинів»), С. Е. Мусейбова («Правова регламентація поняття «державний службовець» як спеціального суб'єкта злочину у кримінальному законодавстві зарубіжних країн»), В. І. Резюка («Суб'єкт розкрадання шляхом зловживання службовими повноваженнями як корупційного злочину, що вчиняється державним службовцем»), Р. О. Сорочкіна («Державний (муніципальний) службовець як спеціальний суб'єкт корупційного злочину в міжнародному праві»), А. М. Халікової («Державний службовець як спеціальний суб'єкт корупційних злочинів»), В. В. Хилюти («Посадова особа як суб'єкт розкрадання, що вчиняється шляхом використання службових повноважень») та інші вчені в галузі кримінального права.

Не менш активно та ефективно розробляється й кримінологічний напрям протидії злочинам у системі державної служби, котрий представлений низкою векторів, зумовлених предметом кримінологічної науки.

Так, у контексті зіставлення кількісно-якісних показників злочинності у системі державної служби заслуговують на увагу праці С. О. Аверінської, В. В. Тактоєвої («Корупційні злочини, що вчиняються державними і муніципальними службовцями: структура та зміст кримінальних покарань»), І. В. Зоріної («Загальна характеристика злочинів, що вчиняються чиновниками проти державної влади та інтересів державної служби», «Статистичний аналіз злочинів, що вчиняються державними службовцями»), А. Б. Маркарян, А. С. Усенка («Механізм незаконної участі у підприємницькій діяльності посадових осіб») та інші вчені в галузі кримінології.

У той самий час, проблематику соціально-психологічних, соціально-правових та спеціальних галузевих детермінантів злочинів у системі державної служби розробляють такі зарубіжні дослідники, як Р. О. Долотов («Причини корупції державних службовців у світлі соціальних причин злочинності: теорії напруги і теорії субкультур»), С. А. Духанін («Соціально-психологічна обстановка в середовищі державних службовців як фактор формування мотивації до вчинення корупційного злочину»), М. П. Клеймьонов, И. М. Клеймьонов («Детермінація службової організованої злочинності»), А. П. Писаренко («Правовий нігілізм – перешкода в боротьбі з корупцією в системі державної служби»), Н. О. Поветкіна, Ю. В. Пятковська, Ю. В. Трунцевський, Є. В. Рижова («Моніторинг корупціогенних факторів та ефективності заходів із попередження корупційних правопорушень у податкових органах»), Т. М. Татубаєв («Соціальні умови, що сприяють правопорушенням з використанням службового становища державними службовцями Республіки Казахстан») та інші дослідники кримінологічного профілю.

Не можна оминати такий тематичний блок, як аналіз різних ознаках кримінологічної характеристики особи злочинця, що обіймає відповідну посаду державної служби чи є службовою особою. У цьому напрямі, поряд з іншими дослідниками, про які йшлося вище, працюють такі вчені, як: Д. М. Іванов («Соціально-психологічні особливості державних службовців, які вчинили корупційні злочини або правопорушення»), М. В. Кроз, Н. О. Ратінова («Особливості самооцінки корупційних злочинців», «Психологічні особливості корупційних злочинців»), О. М. Пастушеня («Антикорупційна стійкість особистості: психологічна характеристика», «Схильність до корупційного злочину та антикорупційна стійкість особистості: порівняльна психологічна характеристика», «Структурно змістовна модель антикорупційної стійкості особистості як основа її психодіагностики і формування») та інші вчені.

Ще більш потужно розвиваються дослідження системи запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями, посадовими і службовими особами. У свою чергу, цей напрям представлений роботами за

загальносоціальним, спеціальним та індивідуальним рівнями запобіжної діяльності.

У контексті сучасних глобалізаційних процесів неможливо обійтися без досліджень порівняльної та міжнародної кримінології. Відтак, за напрямом вивчення зарубіжного досвіду протидії корупції та злочинності державних службовців відмічаємо праці таких дослідників, як: С. Г. Кисельов, О. Б. Опокін («Зарубіжний досвід боротьби з корупцією на державній службі»), А. В. Салов («Протидія транснаціональній корпоративній корупційній злочинності у Великобританії»), Ж. С. Сапарбекова («Проблеми боротьби з корупційними злочинами в Республіці Казахстан»), І. Г. Тимошенко («Соціальний контроль як засіб протидії корупції в зарубіжних державах»), П. В. Трощинський («Нормативно-правове регулювання боротьби сучасної Китайської держави з корупцією»), В. В. Філіппов («Непотизм на державній службі в США: протидія корупції»), Р. С. Хусейнов, В. О. Міронов («Зарубіжний досвід боротьби з корупцією в системі державної служби») та інші вчені-кримінологи.

Заразом, перелічені наукові праці виконані, ґрунтуючись на нормативно-правовій базі зарубіжних країн.

Отже, в цьому підрозділі дослідження наведено наукові та навчально-методичні праці, в яких висвітлено актуальні питання й комплексні науково-прикладні проблеми, пов'язані з галузевими і міжгалузевими засадами проходження державної служби, роботи державних службовців, кримінально-правові й кримінологічні аспекти цього напрямку, що виконувалися в різні часи українськими й зарубіжними дослідниками. Тому ці доробки утворили методологічне підґрунтя нашого дослідження і використані для обґрунтування чи спростування різноманітних гіпотез.

Разом із тим, проведений нами аналіз вищевказаних та інших наукових джерел свідчить, що комплексного дослідження, пов'язаного із розробленням теоретико-прикладних та правових засад запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями в Україні, у жодному з них не здійснено, що й зумовило вибір даної теми розробки та її актуальність, а також надало можливість визначити об'єкт і предмет дослідження та його мету й завдання, що відображені у змісті розділів і підрозділів дисертації.

Тому, з урахуванням сучасних реалій функціонування державної служби в Україні, стану злочинності серед державних службовців та необхідності вжиття заходів щодо його поліпшення вважаємо, що основними напрямками подальших теоретико-прикладних досліджень указаної проблеми мають стати дослідження кримінально-правової та кримінологічної характеристик злочинів, що вчиняються державними службовцями, а також удосконалення заходів запобігання зазначеним кримінально-протиправним діянням.

Вирішення окресленого кола проблемних питань надасть можливість істотно вдосконалити теоретико-правові та організаційні засади запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями в Україні, значно посилити антикриміногенний вплив на різні форми їх вияву, враховуючи категорії посад державної служби.

Безумовна важливість, актуальність і складність теоретичних та прикладних проблем запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями в Україні, а також необхідність розроблення практично спрямованих пропозицій і рекомендацій щодо вдосконалення науково-прикладних засад запобігання злочинним виявам у сфері державної служби зумовлюють необхідність проведення відповідного наукового дослідження¹.

References:

1. *Pro derzhavnu sluzhbu: Zakon Ukrainy vid 10.12.2015 r. № 889-VIII. Vidomosti Verkhovnoi Rady. 2016. № 4. St. 43.*
2. *Mizhnarodna politseiska entsyklopediia: u 10 t. / vidp. red. Ye. M. Moiseiev, I. R. Romanenko, V. Ya. Tatsii, Yu. S. Shemshuchenko. Kyiv: Atika. 2007. T. IV. 1132 s.*
3. *Dovban I. M. Kryminolohichna model zapobihannia zlochynam, shcho vchyniautsia derzhavnymy sluzhbovtsiamy. Porivnialno-analitychne pravo. 2019. № 6. S. 392–395. URL: http://pap-journal.in.ua/wp-content/uploads/2020/08/PAP_6_2019.pdf.*
4. *Derzhavna sluzhba v Ukraini: teoretyko-pravova kharakterystyka u konteksti reformuvannia zakonodavstva: monohrafiia / za red. S. V. Kivalova, L. R. Biloi-Tiunovoi. Odesa: Feniks, 2013. 438 s.*
5. *Dovban I. M. Zlochynnist derzhavnykh sluzhbovtziv yak tsilisnyi kompleksnyi fenomen. Pivdenoukrainskyi pravnychi chasopys. 2019. № 4. Ch. 1. S. 102–104.*
6. *Busol O. Yu. Protydiia koruptsiinii zlochynnosti v Ukraini u konteksti suchasnoi antykoruptsiinoi stratehii: dys. ... d-ra yuryd. nauk: 12.00.08. Kyiv, 2015. 479 s.*
7. *Bohatyrov I. H., Kyselov M. O. Kryminolohichni zasady zapobihannia zlochynnosti u velykomu misti na rehionalnomu rivni: monohrafiia. Brovary: PFPA, 2010. 160 s.*
8. *Tuliakov O. V., Mykhailenko D. H. Kryminalna vidpovidalnist derzhavnoho sluzhbovtsia. Derzhavna sluzhba v Ukraini: teoretyko-pravova kharakterystyka u konteksti reformuvannia zakonodavstva: monohrafiia / za red. S. V. Kivalova, L. R. Biloi-Tiunovoi. Odesa: Feniks, 2013. S. 354–374.*
9. *Bratasiuk V. M. Pravova realnist yak forma proiavu intelektualnoi tradytsii epokhy (na materialakh romano-hermanskoï pravovoï simi): dys. ... kand. yuryd. nauk: 12.00.12. Kyiv, 2005. 194 s.*

¹ Довбань І. М. Обґрунтування актуальності розроблення теоретико-прикладних та правових засад запобігання злочинам, що вчиняються державними службовцями в Україні. Реалії та перспективи розбудови правової держави в Україні: V регіональна наук.-практ. конф. (Чернігів, 8 жовтня 2019 р.). Чернігів: Чернігівський інститут ім. Героїв Крут ПрАТ «ВНЗ «Міжрегіональна Академія управління персоналом», 2019. С. 59–64.

10. Podriadov A. N. *Комплексные криминологические исследования в административном районе крупного промышленного центра (методология, обобщающая процедура). Конкретные криминологические исследования в условиях района крупного промышленного центра: материалы науч.-практ. конф.; редкол.: В. П. Бакун, Н. А. Коновалов, А. Н. Подриадов, В. Н. Смирнов. Омск: НУРЮ ОмВШМ МВД СССР, 1974. С. 9–70.*

11. Kopotun I. M. *Забобіання злочинам, що призводять до надзвичайних ситуацій у виправних колоніях: монографія. Київ: ПП «Золоті ворота», 2013. 472 с.*

12. Alekseev S. S. *Voskhozhdenye k pravu: poysky y resheniya. Moskva: Norma, 2003. 748 s.*

13. Dovban I. M. *Doktrynalni pidkhody do vyznachennia koruptsii yak naiposhyrenishoi formy vyjavu zlochynnosti derzhavnykh sluzhbovtziv v Ukraini. Suchasne derzhavotvorenna ta pravotvorenna: pytannia teorii ta praktyky: materialy mizhnar. nauk.-prakt. konf. (Odesa, 11–12 hrud. 2020 r.). Prychornomorska fundatsiia prava. Odesa: HO «Prychornomorska fundatsiia prava», 2020. S. 146–149.*

14. Dovban I. M. *Obgruntuvannia aktualnosti rozroblennia teoretyko-prykladnykh ta pravovykh zasad zabobihannia zlochynam, shcho vchyniaiutsia derzhavnymy sluzhbovtsiamy v Ukraini. Realii ta perspektyvy rozbudovy pravovoi derzhavy v Ukraini: V rehionalna nauk.-prakt. konf. (Chernihiv, 8 zhovtnia 2019 r.). Chernihiv: Chernihivskiyi instytut im. Heroiv Krut PrAT «VNZ «Mizhrehionalna Akademiia upravlinnia personalom», 2019. S. 59–64.*

РОЗДІЛ V Реалізація концепції відновного ювенального правосуддя у контексті запобігання злочинності

ЮЗІКОВА Наталія Семенівна

доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри адміністративного і кримінального права
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара
<https://orcid.org/0000-0003-0879-2228>

ХОМ'ЯЧЕНКО Світлана Іванівна,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри права Вінницького торговельно економічного інституту
КНТУ

<https://orcid.org/0000-0002-1223-5881>

5.1. Legal nature and essence of restorative justice

5.2. Punishment in the system of measures to combat juvenile delinquency and to restore justice in society

5.3. International rules, principles and recommendations in the field of justice and prevention of juvenile delinquency

Implementation of the concept of restorative juvenile justice in the context of crime prevention

*Doctor of Law Sciences, Professor N. S. Yuzikova
Professor of the Department of Administrative and Criminal Law
Oles Honchar Dnipro National University*

*Candidate of Legal Sciences, Associate Professor S. I. Khomiachenko
Associate Professor of the Department of Law of
Vinnytsia Trade and Economic Institute of KNTEU*

Реализация концепции восстановительного ювенального правосудия в контексте предупреждения преступности

*доктор юридических наук, профессор Н. С. Юзикова
профессор кафедры административного и уголовного права
Днепропетровского национального университета имени Алексея Гончара
кандидат юридических наук, доцент С. И. Хомяченко
доцент кафедры права Винницкого
торгово-экономического института КНТЕУ*

Ключові слова: злочинність неповнолітніх, відновне правосуддя, пробація, превентивна політика, запобігання, ювенальна юстиція, криза покарання.

Key words: juvenile delinquency, restorative justice, probation, preventive policy, prevention, juvenile justice, crisis of punishment.

Ключевые слова: преступность несовершеннолетних, восстановительное правосудие, превентивная политика, пробация, предотвращение, ювенальная юстиция, кризис наказания.

АНОТАЦІЯ

У розділі наведено концептуальний аналіз елементів відновлювального підходу при забезпеченні захисту прав та інтересів неповнолітніх, які перебувають у конфлікті із законом; дана етимологічна характеристика відновного правосуддя та наукових підходів вітчизняних та зарубіжних дослідників проблематики ювенального правосуддя; проаналізовано покарання у системі заходів протидії ювенальній злочинності та відновлення справедливості у суспільстві, практика впровадження відновлювальної медіації; аналізуються міжнародні правила, принципи, рекомендації у сфері здійснення правосуддя та ювенальної превенції, спрямовані на впровадження відновлювально-медіативних технологій у роботі з неповнолітніми правопорушниками та їхніми сім'ями.

SUMMARY

In the Section, a conceptual analysis of the elements of the restorative approach in ensuring protection of the rights and interests of minors in conflict with law is presented; the etymological characteristic of restorative justice and scientific approaches of domestic and foreign researchers of the problems of juvenile justice is given; punishment in the system of measures to counteract juvenile crime and to restore justice in society, the practice of introducing restorative mediation are analyzed; international rules, principles and recommendations in the field of administration of justice and juvenile prevention, which are aimed at introducing restorative and mediation technologies by working with juvenile offenders and their families are analyzed.

АННОТАЦИЯ

В разделе представлен концептуальный анализ элементов восстановительного подхода при обеспечении защиты прав и интересов несовершеннолетних, находящихся в конфликте с законом; дана этимологическая характеристика восстановительного правосудия и научных подходов отечественных и зарубежных исследователей проблематики ювенального правосудия; проанализировано наказание в системе мер противодействия ювенальной преступности и восстановления справедливости в обществе, практика внедрения восстановительной медиации; анализируются международные правила, принципы, рекомендации в сфере осуществления правосудия и ювенальной превенции, которые направлены на внедрение восстановительно-медиативных технологий в работе с несовершеннолетними правонарушителями и их семьями.

5.1. Legal nature and essence of restorative justice

Juvenile delinquency has always been and remains a serious pressing legal and societal problem around the world, which is constantly attracting attention of scholars and legal practitioners. Of particular note is the fact that crimes committed by minors become unmotivated violent, marked by insignificant motives, cynicism and callousness, and are increasingly committed as part of organized groups. For these reasons alone, child delinquents represent a significant concern for both society and the juvenile justice system.

According to the statistics of the Prosecutor General's Office of Ukraine, in 70% of cases, a juvenile offender who has been imprisoned for more than one year is re-imprisoned. Detention, a frequent result of the justice system, only exacerbates these statistics. Detention of youth not only takes them out of society but also has a profoundly negative impact on young people's mental and physical well-being, their education, and their employment ranging from depression and self-harm through reduced future earnings. Additionally, the trauma that youth have experienced before or during the juvenile justice system tends to be ignored in the system, leading to a downward spiral of increasingly deviant and risky behavior, re-traumatization, and chronic juvenile (and adult criminal) justice involvement.

Government policy on juvenile delinquency must often struggle with the appropriate balance of concern over the healthy development of children and adolescents who violate the law and a public desire to punish criminals. This tension between rehabilitation and punishment when dealing with children and adolescents who commit crimes results in an ambivalent orientation toward young offenders. Criminal acts must be suppressed, condemned, and punished. Nevertheless, children and adolescents who commit criminal acts must be educated and supported in a growth process that should be the objective of government policy for all young people, including young offenders.

The main form of criminal liability of minors today is still punishment. However, this approach does not fully take into account the legal and social status of minors. The current system of punishment for minors provided by the Criminal Code of Ukraine does not sufficiently reflect socio-legal specifics of minors as subjects of criminal law, and the current types and rules of punishment do not allow to effectively implement the provisions of criminal law on this category of persons. The peculiarity of the appointment of measures of criminal law in juvenile cases is that the crime harms not only public relations protected by law, but also has a detrimental effect on the development of juvenile, distorts its consciousness. In addition, a juvenile offender is both a subject of crime and an object of legal protection and defense.

A juvenile offender is a person who is in the process of formation, and the crime committed by him in most cases – the result of coincidence of adverse life circumstances. Therefore, the process of his resocialization should, if possible, take place in usual positive social environment for the minor. This situation determines the

specifics of the system of treatment of juvenile offenders, which is to build this system on the basis of special principles, the presence of special entities in it and the maximum consideration of special legal means of influence.

Special consideration for juveniles within the criminal justice system is not a new concept. In Roman law, the principle of *doli incapax* protected young children from prosecution owing to the presumption of a lack of capacity and understanding required to be guilty of a criminal offence. Most countries have some provision for special treatment of children who come into conflict with the law, however, the degree to which this is provided varies across the world^{1, 2}.

It should be noted that the penal system does not solve the existing problems, it is not able to achieve the main goal of criminal justice – correction and prevention, as well as not fully take into account the interests of victims.

Thus, the issue of the effectiveness and expediency of implementing changes in the criminal process of restorative justice remains relevant.

The sentencing of an individual convicted of a criminal offence is largely driven by three key considerations: retribution (punishment), deterrence and rehabilitation. In the case of juvenile offenders, the principle of rehabilitation is often assigned the greatest weight³.

At the same time, the purpose of punishment for a crime committed by a juvenile differs significantly from the general rule provided for in Art. 50 of the Criminal Code of Ukraine. In this case, the main purpose of punishment is rehabilitation (correction) of a minor as the implementation of the principle of best interests of the child.

The development of restorative ways of responding to crime has been a response to the prevailing punitive orientation of existing criminal justice.

The problem of the development of alternative justice has been studied by many domestic and foreign scholars and practicing lawyers. Restorative justice originated and began developing in the 1970s, primarily in the Anglo-Saxon legal system, and later its reception took place in the legislation of the Romano-Germanic legal family⁴. It is believed that this movement originated from the experiment that took place in the Canadian city Kitchener in 1974 («Kitchener experiment»)⁵. Some

¹ Muncie J, Goldson B. Comparative Youth Justice. Sage, 2006. [Google Scholar]

² Hazel AN. Cross-National Comparison of Youth Justice. Youth Justice Board, 2008. [Google Scholar]

³ Piquero A, Steinberg L. Rehabilitation Versus Incarceration of Juvenile Offenders: Public Preferences in Four Models for Change States. MacArthur Research Network on Adolescent Development and Juvenile Justice, 2008. [Google Scholar]

⁴ Dubovik O.I. Theoretical and legal aspects of restorative justice // Law and civil society. 2015. № 2. С. 4–21. URL: <http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/2-11-2015/item/211-teoretyko-pravovi-aspekty-vidnovnoho-pravosuddya-dubovyk-o-i>.

⁵ Armour M. Restorative Justice: Some Facts and History. Tikkun. 2012. Vol. 27, Iss. 1. P. 25–65. DOI: <https://doi.org/10.1215/08879982-2012-1012>.

roots of restorative justice can also be found in New Zealand, where indigenous traditions have been used to prevent juveniles from being prosecuted¹.

The contemporary practice of restorative justice as it is being practiced today is relatively new. One of the most prominent practitioners of restorative justice, Howard Zehr, dates the beginning of current engagement with restorative justice to an event in 1974 in Canada, when a probation officer and his coworker accompanied two frightened offenders to their victim's home for a conversation of reconciliation².

Zehr has identified the participants and the goal of restorative justice in simple terms: "Restorative justice is a process to involve, to the extent possible, those who have a stake in a specific offense and to carefully and to collectively identify and address harms, needs, and obligations, in order that one put things as right as possible".

There is no single definition of restorative justice, nor any exhaustive narrative of its foundational principles or constituent elements. Restorative justice covers a range of practices that might occur at various points within criminal justice processes generally, and youth justice processes more particularly. In the youth justice sphere restorative justice is typically expressed via pre-court diversion and restorative cautioning, family group conferencing, various victim-offender mediation initiatives and/or sentencing circles. Beyond youth/criminal justice processes, the technologies of restorative justice can increasingly also be found in workplaces, schools and child welfare/child protection systems and, beyond this, in post-conflict and transitional justice contexts including, as an especially notable example, the South African Truth and Reconciliation Commission³.

At a generic level, restorative justice might be defined in a number of ways: as a process; as a set of values, principles and/or goals or, more broadly; as a social movement seeking specific change in the way in which youth and criminal justice systems - and other conflict-resolution processes - operate. Paradoxically, given its well-established presence and widespread application(s), however, there remains contention around precisely what 'restorative justice' might be taken to mean⁴.

Dignan has thought that definitions of restorative justice vary depending on the emphasis placed on the process, values, or outcomes. I will briefly consider each of these in turn⁵.

¹ Zemlyanska V.V. Restorative justice in the criminal process of Ukraine: a guide. Kyiv: Ed. Zakharenko V.O., 2008. 200 p.

² Zehr H. Restorative Justice: The Concept. *Journal Corrections Today*. Volume: 59 Issue: 7. (December 1997) Pages: 68-70

³ Tutu, D. *No Future Without Forgiveness*. New York : Doubleday. 1999. 244 pp.

⁴ Vaandering, D. (2011) 'A faithful compass: Rethinking the term restorative justice to find clarity', *Contemporary Justice Review* 14(3): 307-328.

⁵ Dignan J. *Understanding victims and restorative justice*. London: Open University Press. 2005.

As correctly noted, Daly and Proietti-Scifoni have observed that even the most prominent contributors to both the theory and practice of restorative justice have failed to reach agreement with regard to exact definitions and absolute meanings. Some perspectives even appear to imply that restorative justice embraces almost any ‘alternative’ approach to conventional ‘justice’ and, as a consequence, it has developed in a rather incoherent and piecemeal manner, both nationally and internationally¹.

Tony Marshall conceptualises restorative justice as a ‘process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future’².

Restorative justice aims to reestablish the balance that has been offset as a result of a crime by involving the primary stakeholders (i.e. victim, offender, and the affected community) in the decision-making process of how best to restore this balance. The focus is on healing as opposed to punishment. Other important principles of restorative justice include offender accountability for wrongdoing, respect for all participants, and the centrality of the victim throughout the process.

Restorative justice views crime not as a violation against the state (as is suggested by the current U.S. justice model), but rather as a violation of relationships that occurs between people (Zehr, 1990). As a result, restorative justice solutions focus on the need for harms caused during crime to be repaired to the extent possible. Through this lens, punishment is a secondary function of the justice system. Instead, restorative justice advocates believe that the first justice-related need is for offenders to acknowledge their guilt and make efforts to repair harms to victims physically (through reparations and restitution) and metaphorically (through listening, acknowledging, and apologizing). In this way, victims' needs are better met and offenders have the opportunity to fulfill their obligations to both victims and the community³.

Programs of restorative justice are successful in many European countries. The main component of restorative justice programs is some form of dialog or interaction between the offender and the victim or a victim surrogate, with some programs extending participation to family and community members. In particular, these programs include Victim-Offender Mediation, Family Group Conferencing, and Sentencing Circles. Furthermore, some routine practices of the juvenile justice system such as restitution are consistent with restorative justice principles, and some programs incorporate some aspects of the framework, such as teen courts.

¹ Kathleen Daly and Gitana Proietti-Scifoni *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice* Edited by Michael Tonry. New York: Oxford University Press.2011, pp.207-253.

² Marshall T. *Restorative Justice: an overview* / T. Marshall. – London : Home Office Research Development and Statistics Directorate, 1999. – 24 p.

³ *Restorative Justice Legislation in the American States: A Statutory Analysis of Emerging Legal Doctrine* // Shannon M. Sliva, Carolyn G. Lambert *Journal of Policy Practice*77—95, 2015 DOI: 10.1080/15588742.2015.1017687

It is worth noting that restorative justice programs and practices focus on restoring the harm done by a criminal act, rather than focusing on punishment. The evidence regarding the effectiveness of these programs in reducing continued delinquent behavior is promising, but given methodological weaknesses of the literature do not allow for a strong positive conclusion. Similarly, non-delinquency outcomes for youth are promising, but inconsistent, with the exception of the youth's perceptions of fairness, which were greater for the restorative justice programs. There was also strong evidence for the effectiveness of these programs for victims. Victim participants appear to experience improved outcomes related to perceptions of fairness and satisfaction. Additional high quality research of these programs is clearly warranted given these promising, but uncertain findings.

Positive experience of these countries makes it possible to assert the feasibility of implementing restorative justice programs in Ukraine.

At present, at the theoretical level, there is no unity of scientific views on understanding the essence of restorative justice and its main components.

The restorative justice system as a term may be new to scholars of dispute resolutions and other such programs, however restorative practices or mechanism for resolutions of disputes are found in the study of ancient communities and civilization that makes it centuries old mechanism that was available in different countries, communities in different types and shapes, for example it was available in the form of jarga or panchaiyat centuries ago in the communities of South East Asia and was introduced in the form of tahkim in Islam almost 14 centuries earlier than it was coined as a new mechanism and could termed as a restorative justice system by contemporaries scholars in the late 20th centuries.

Albert Eglash was the first to coin the term “restorative justice” to these historic programs. In its current available shape the first VORP, victim offender reconciliation program began for the first time in 1970's in Ontario, Canada. This was supposed to be the first program of such nature for the resolution and reconciliation among the members of a community. This program later took place in the USA and New Zealand in the upcoming years. In New Zealand an act was passed known as ‘children, young person and their families act’ that initiated the first formal use of family group conferences. Canada and the USA adopted the traditional method of circle conferencing in a formal way in 1992. It was for the first time in 1995 when a committee in Africa known as truth and reconciliation committee was created for the reconciliation and undertaking the responsibility of conflict resolution. In 2002, a milestone was achieved when the system of restorative justice was endorsed by the United Nations. Restorative justice system is now an established and well-structured system across the globe and almost every country, state and community¹.

¹ Amjad S., Riaz N. The concept and scope of restorative justice system: Explaining history and development of the system for the immediate need of society. International Journal of Law. Volume 5; Issue 5; September 2019; Page No. 100-104.

The essence of restorative justice is not limited to reconciling the parties and resolving a specific conflict. John Braithwaite, a well-known criminologist, anthropologist, and sociologist and the author of the book 'Crime, Shame and Reintegration' rightly believes that restorative justice is not just a way to reform the criminal justice system, it is a way to transform the entire justice system, family life, and workplace relationships, political relations, is an awareness of the global change in approaches to how we assert justice in the world.

The English scholar E. Ashworth distinguishes between the 'paradigm of punishment' and the 'restorative paradigm', the meaning of the latter is that the task of criminal justice should not be to punish the perpetrator, but to restore the rights of the victim¹.

In addition, restorative justice involves separating the offender from the crime committed by him and preventing a change in his social status, minimizing the consequences of the offense and punishment that could negatively affect the future fate of the juvenile and the awareness of the need to answer for their misdemeanors and their consequences. In criminal proceedings in certain categories of cases, when the crime was committed by a minor, the damage caused to a particular person (victim) may be compensated or otherwise remedied; in this case, the principle of inevitability of punishment can be replaced by the principle of mandatory compensation for damages.

This means that when a minor commits an illegal act, the latter has an obligation to restore the moral, physical and material damage to the victim with the involvement of the offender in social-rehabilitation and rehabilitation program (methodology), and not with the use of punitive justice authorities.

Of scientific interest is a pilot project 'Recovery Program for Juveniles Suspected Committing a Criminal Offense'. The pilot project is based on restorative approaches in criminal proceedings for criminal offenses and minor crimes committed by juveniles, and includes a coordinated organization of effective communication between such juveniles and victims of criminal offenses committed to ensure maximum redress for damages and criminal proceedings with the obligatory use of agreed measures for their resocialization and prevention of repeated criminal offenses:

- a) explanation of the content and the purpose of the program to its participants;
- b) clarification to the suspect of the liability arising in connection with the criminal offence in which he is suspected;
- c) determining the conditions under which a juvenile offender may be released from criminal liability under which criminal proceedings may be closed.

In order to determine the measures that may be provided for in the agreement, as well as to receive advisory support on their selection for a particular minor, the regional center concludes memoranda of cooperation with the State Institution

¹ Ashworth A. Responsibilities, Rights and Restorative Justice // The British Journal of Criminology. – Centre for Crime & Justice Studies, 2002. – № 42. – P. 578–595.

‘Probation Center’, institutions, organizations, which activities are aimed at personal development of minors, their resocialization.

Mediation is an effective component of the participation in the Program. It acts as a voluntary out-of-court procedure in which a juvenile suspected of committing a criminal offense and a victim, through a mediator, try to resolve a conflict by concluding an agreement on the application of the Recovery Program for juveniles suspected of committing a criminal offense. At the time of concluding the agreement, a minor who has committed a criminal offense should:

- recognize the damage caused by the committed criminal offense and apologize to the victim;

- undertake to take measures to fully compensate the damage within a certain period of time (specify the method of compensation – monetary or property compensation);

- take part in the measures recommended by the probation body and institutions, organizations with which the regional center has concluded memoranda of cooperation.

Thus, restorative justice is aimed primarily at promoting the recovery of both the individual and society as a whole. The introduction of the concept of restorative justice will allow Ukraine to build a full-fledged system of criminal justice for juveniles, able to ensure the legality, validity and effectiveness of any decision on a child in a conflict with law related to re0education and further social support.

5.2. Punishment in the system of measures to combat juvenile delinquency and to restore justice in society

Punishment, as a measure of criminal law and the state’s response to crime, serves the purpose of restoring justice, law and order in society; elimination or minimization of the consequences of the conflict between the state, society, community and a person in connection with committing a crime. An acceptable legal and moral situation in the state and society depends on the understanding of the social purpose and significance of punishment, as well as on its proper adequate application. Therefore, the dominant function of punishment can be defined as raising the moral level of citizens of the state and the formation of motivation of law-abiding behavior within the prevailing norms and values in society.

Within the unit, we do not seek to find answers to all questions and ways to solve problems related to the punishment application to minors, as this is beyond the scope of our study. Attention will be focused on the role, significance, social and educational functions of the measures of criminal law in the prevention of juvenile delinquency. Today, this issue has become especially relevant in the context of humanization of national and international criminal policy.

There is no unambiguous assessment of the role of criminal punishment (severity or humanity) in preventing or combating crime. Some studies of foreign

scholars point to the need to humanize criminal policy, but not only because it is a requirement of the international community and today's conditions, but also because increasing the 'prison population' and gaining criminal experience by convicts will not help improving the crime situation and public safety.

There is another approach to the measures of criminal law and the state's response to crime, according to which minor and lenient punishments have no preventive value. Thus, Deng Xiaoping, who was a supporter of harsh punishments, believed that you could not fight crime with a soft hand and not bring out social injuries¹.

Joseph F. Shelley analyzes the problem of measures of the criminal law nature through the prism of public opinion². At first glance, the main element is *revenge*-retribution for the crime and the damage caused. An interesting finding was made by the criminologist in a public opinion poll on punishment – Americans consider imprisonment to be the most acceptable punishment for a crime. This discovery is explained by not so much by the desire of Americans to avenge the crime, but by ignorance of the law in general and the issues of punishment in particular.

Analyzing the importance of preventive imprisonment for the practice of punishment, W. Hellmani concludes that 'the removal of harmful prison isolation requires the creation of a system of criminal sanctions that would allow, on the one hand, to determine the punishment appropriate to the offender's guilt, but if possible without imprisonment, and on the other hand, to ensure the safety of society in the displacement of harmful premises to the institution of the imprisonment execution. Provided that preventive detention meets the requirements of human and civil rights, this correctional and security measure can contribute to a lower level of punishment'³.

The system of measures of criminal law is a deterrent in choosing a course of actions, provided that public is properly informed about their substantive and functional characteristics. In this context, a component of the strategy for the prevention of juvenile delinquency, which was covered in the materials of the 7th UN Congress on The Prevention of Crime and the Treatment of Offenders and is an element of the 'Direct Strategy' – visiting prisons, is of interest. The Congress notes that most of the countries (44 countries) that responded to the Review's questions stated that "visits to prisons are not intended to intimidate, but to deter prisoners and to promote a better understanding of correctional facilities"⁴.

¹ Puminov Andrey. Deng Xiaoping is a dictator and reformer. URL: http://www.peoples.ru/state/politics/deng_xiaoping/ (date of application 10.10.21).

² Criminology / ed. J. F. Shelley; per. from English - SPb.: Peter, 2003 - 864p.

³ Hellmani U. The value of preventive detention for the practice of criminal punishment in Germany / U. Hellmani // Union of Criminalists and Criminologists. - 2013. - No. 1. - P. 92–95.

⁴ UN Congresses on Crime Prevention and Criminal Justice: [coll. materials]: in 3 books. - Book. 2 / Research Institute for the Study of Crime Problems. acad. V.V. Stashis Nat. acad. legal sciences of Ukraine; comp. : V.V. Golina, M.G. Kolodyazhny; under total. ed. Dr. jurid. sciences, prof., cor. NAPRN V.V. Golina. - K.: Law of Ukraine; Kh.: Pravo, 2013. -182 p.

The preventive result will be the acquaintance of minors with the regime of serving a sentence, with restrictions and deprivation as its consequence. However, this acquaintance should be carried out at a high professional level by relevant specialists of the law enforcement system who have experience and knowledge of age psychology.

The most severe and widespread criminal remedy for influencing juvenile delinquency by the state is criminal punishment. According to many scholars who study the issue of juvenile delinquency, criminal punishment applied to minors plays a significant role in combating crime (especially recidivism) and minimizing its consequences, serves as an effective means of special and general prevention.

The preventive effect of punishments on juveniles who have committed a criminal offense is implemented in the process of the execution of such a meaningful component of punishment as fair retribution for a socially dangerous act. It is important to emphasize retribution, not revenge. Therefore, fair retribution is a 'brake' in the process of crime prevention. No matter how severe the sanction is, without practical implementation of fair retribution it is impossible to achieve the ultimate goal of punishment - prevention.

Fixing of legislation to this purpose of punishment, such as correction, does not mean the objective content of punishment and covers the elements of education. The purpose of correction is not before punishment, but before its execution. Punishment does not educate a person – it suppresses, causes fear, and at best, produces a conformist type of behavior.

Punishment, as a means of influencing the personality of a personality of a minor, is able to serve a preventive purpose, not to educate the person. Punitive and educational influence on a juvenile who has committed a crime are autonomous phenomena of different legal nature. The measures of educational influence are not covered by the objective content of punishment, but are combined with punishment in the process of the implementation of punitive-educational influence on the convicted person in order to achieve the goal of the *crime prevention*. In the absence of educational influence, the goal of punishment cannot be achieved, and punishment is fully implemented – and it loses its meaning.

The unity of punitive and educational elements in achieving the goal of punishment –crime prevention – is most fully manifested in the implementation of certain types of punishment. In the execution of punishment, two independent interrelated tasks are solved: the implementation of punitive influence (restrictions and deprivations) and the organization of educational influence that accompanies the execution of punishment.

Analyzing the indicators of the proportion of juveniles sentenced to different types of punishment, it is necessary to note the following. According to court statistics, imprisonment dominates by choosing the measure of punishment for juveniles (the average for last 10 years is over 45 % of the total number of

punishments for juveniles to whom punishment is applied), which is a constant trend. Moreover, the term of imprisonment makes from 3 to 5 years. In addition, the use of the sentence of 2 to 3 years and 5 to 10 years also accounts for a significant share of the overall sentence.

The long-year practice of the Soviet era, when such punishment as imprisonment dominated judicial practice, did not help to reduce juvenile delinquency. A well-known scientist of the last century V.I.Kufaev opposed the use of criminal penalties for juveniles, and, above all, imprisonment (even with reduced terms of imprisonment), stressing that ‘this is unacceptable from the point of view of child protection’¹.

Going on with the analysis of this type of punishment, such as imprisonment, two diametrically opposed examples of the foreign preventive practice deserve attention. The first is characterized by the lack of separate juvenile prisons in Sweden. A special measure for persons who have committed a crime under the age of 18 is to transfer them to closed custody for a period of 14 days to 4 years. This measure is used instead of imprisonment in cases where the court, in choosing the punishment, determines that it should be imprisoned².

Another example is radically different from the experience of Sweden and clearly shows that punishment, even the most severe (death penalty), does not have a proper preventive effect if it is not applied to minors in a range of other measures, including educational, accompanied by proper functioning of social institutions and the effectiveness of socialization agents. Thus, in the Iranian prison Dastgerd Isfahan, the teenager Hannet Mir (a pupil of the 9th grade) for drug tracking was hanged³. The implementation of UN decisions in the ‘war’ on drug crime through the prism of conventional norms is a manifestation of power, the impact of punishment on population in order to control it. However, the most severe punishment does not always achieve the desired goal and is ineffective. More than 2 million drug addicts live in Iran, the largest number in the world. Over the past four years, more than 1800 people have been executed for drug-related crimes, most of them without due process and protection of their interests. Between 2005 and 2011, the number of executions in Iran increased by 600%. As can be seen from the above examples of foreign practice of state response to criminal behavior, the degree of punishment (its severity) is directly proportional to high crime rates, and conversely, humane, differentiated treatment of minors reduces criminal activity of adolescents, while increasing security of society.

¹ Kufaev V. I. Pedagogical measures to combat juvenile delinquency / V. I. Kufaev. - M.: Worker of education, 1927. – 167 p.

² Lysoded O. Conditions of serving a sentence in Swedish prisons / O. Lysoded, A. Stepaniuk // Visnyk prokuratury. - 2003. - № 6. - P. 112.

³ Samuel Oakford. Global drug policy is still deadly and ineffective / Samuel Oakford; United Nations Health and Social Justice Fund. URL : <http://www.rylkov-fond.org/blog/tag/оон/>

Based on objective possibilities and adequacy of the appropriate measure of punishment applied to a juvenile offender, the possibility of its implementation and the reality of the goal can be determined by the effectiveness of the crime prevention. Low efficiency and the low preventive level of punishment in preventive juvenile practice can be stated only when it is proved by scientific-theoretical and empirical means that measures of the criminal law nature and the state's response to the crime in the form of punishment are not able to achieve the minimum goal, which was put before it by society.

5.3. International rules, principles and recommendations in the field of justice and prevention of juvenile delinquency

Adherence to international norms and principles in the field of the child's rights protection in the justice administration requires appropriate political will and readiness to update national legislation, to reform social institutions that ensure stable development of the state, to modernize the crime prevention system and to protect the rights of minors in criminal justice.

Analyzing international principles, rules and recommendations, it is important to note that in Ukraine the priority is given to the Constitution, endowed with the highest legal force. According to Art. 9 of the Constitution, it is provided not for the general priority of international law, but for the priority of the norms of an international treaty, the binding nature of which is approved by the Verkhovna Rada of Ukraine, after which international norms can be considered part of the national legislation¹.

The main thing in the process of the implementation of international norms and standards is the preservation of the national interests of Ukraine, which is possible provided that the originality of the means of the protection of rights and freedoms of a child in Ukraine; measures to prevent and combat juvenile delinquency; own system of juvenile criminal justice, which reflect the economic, political, ideological, religious and cultural-educational features and identity of Ukraine are preserved.

International conventions, declarations and recommendations aimed at ensuring freedom, justice and peace on earth emphasize the need to provide special protection for a child in need for special protection and care, including adequate legal protection, due to his or her physical and mental immaturity.

The development of norms that determine the specifics of treatment and protection of minors who have committed a socially dangerous act is one of the global issues of our time. No country in the world can claim to be a role model in defining the rules for the treatment of juveniles who have committed criminal offences. Even the most democratic and economically developed countries are characterized by an increase in juvenile delinquency, the presence of families with low living standards,

¹ Constitution of Ukraine. URL : <http://zakon4.rada.gov.ua>

and an increase with the number of homeless children. All these factors prove the impossibility of solving the problem of childhood only by national means and necessitate the joint efforts of the world community as a whole, which led to the institution of international legal protection of children's rights, which developed international standards that define the treatment of minors who committed criminal offences.

The need for the international legal regulation of the treatment of children who have violated the law has emerged relatively recently. The disastrous effects of the First World War on the civilian population and the growing interests in the child's protection in most European and North American countries led to the creation by the League of Nations in the *Committee on Child Welfare*, which activity is aimed at combating the spread of child's homelessness, child trafficking. In the interwar period, non-governmental organizations played a significant role in the development of norms for the protection of children's rights. Thus, the International Union for the Rescue of Children was founded, which developed a declaration that contained the basic conditions that society must comply with to ensure the protection of children. *Geneva Declaration of the Children's Rights* of 1924 for the first time at the international level enshrined the need for special protection of children as the most important group of population¹. However, at that time the world community did not have effective organizational structures to achieve the goals proclaimed by the declaration.

In 1959, The UN General Assembly adopted *The Declaration of the Child's Rights*, which became the basis for the development and opening for signing by the states of *The Convention on the Rights of the Child* of 1989². The Convention obliges the adoption of laws, the development of procedures, the establishment of bodies and institutions directly related to minors who have violated the law, are accused or found guilty of violating criminal law. The Convention recommends an extension system of non-punitive measures to influence juveniles who have violated criminal law (guardianship, supervision, counseling, probation, training programs, vocational training and etc.). The recognition of the rights of every child in conflict with the law to be treated humanely and responsibly, which promotes its reintegration and fulfilling a useful role in society, is enshrined.

The UN Convention on the Rights of the Child emphasizes that the child must be fully prepared for independent living in society and brought up in a spirit of the ideals proclaimed in the UN Charter. It is unclear why a child preparing for a life in Ukraine should be brought up in the spirit of the UN ideals, without taking into account moral principles traditional values of the Ukrainian society. Therefore, we believe that the National Program 'National Action Plan for the Implementation of the

¹ Declaration of the Rights of the Child. Website of the United Nations Children's Fund (UNICEF) in Ukraine. URL : www.unicef.org.ua

² Convention on the Rights of the Child: Resolution of the Verkhovna Rada № 789-XII of February 27, 1991 // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine. - 1991. - № 13. - st. 145.

UN Convention on the Rights of the Child' until 2016 begins with the words: 'Ukraine as a member of the international community participates in activities to create a child-friendly environment, in which worthy development and protection of their rights is ensured in compliance with the principles of democracy, equality, peace, social justice, and taking into account moral principles and traditional values of the Ukrainian society, aimed at strengthening family and moral health of children in Ukraine'¹.

A Committee on the Rights of the Child has been established within the UN to ensure the basic directives of the Convention. Each country-member is required to report to the Committee every five years on the implementation of the Convention. The protection of the children's rights is in the field of view of The United Nations Children's Fund (UNICEF).

Within the framework of general principles, the Committee, given the information provided on xenophobic and racist orientation in the activities of radical youth organizations and skinhead groups, is concerned about the growing number of crimes committed on the grounds of racial hatred. At the same time, the Committee is concerned that the issue of 'patriotic education' is a priority in determining funding of state measures to support children's and youth organizations.

It is impossible to agree with this thesis of the Committee, because it is national traditions, patriotic upbringing that form respect for the state, society, people and contribute to the socially acceptable activities of minors. Patriotic upbringing cannot harm society and is not a manifestation of discriminatory currents.

The Committee recommends that the old penal system to be replaced by a restorative system of juvenile justice, which encourages alternatives to imprisonment, mediation, commutation of sentences, probation, counseling, community service and suspended sentences, where possible; to establish at the legislative and practical level a single minimum age from which criminal liability arises, which is in line with the Committee's general comment No. 10 (2007) on the rights of children in the administration of juvenile justice; based on the previous recommendation, to consider the possibility of liquidation of social rehabilitation schools, where children aged 11-14 can be kept in isolation, after finding them guilty in the crime and to develop alternative measures of an educational nature; to strengthen social support services, including by training and increasing the number of specialists in social centers for families, children and youth, in order to provide psychological rehabilitation and appropriate programs for children in conflict with law; to request technical assistance from the United Nations, including the United Nations Children's Fund (UNICEF)

¹ On the National Program "National Action Plan for the Implementation of the UN Convention on the Rights of the Child" for the period up to 2016 Law of Ukraine of 05.03.2009.URL: <http://zakon4.rada.gov.ua>

and The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), and to implement the above recommendations.

The Committee recommends that a system of procedures be established to ensure that the best interests of the child are duly taken into account in the planning and programming of the public policy.

The modernization of the national legislation and the law enforcement practice in recent years indicates the creation of a foundation for the implementation of the key recommendations and taking into account the comments of the Committee on the Rights of the Children. The reformed legislation lays the foundations for criminal justice for minors on the basis of humane, responsible and adequate justice, in accordance with international principles and standards established in developed and civilized countries.

The UN Congresses made a significant contribution to the development of rules, principles and standards of children's rights, including in the context of criminal justice and preventive activities. They influence national policy, promote the exchange of experience and information, mobilize the community and focus on the main issues affecting normal development of the civilization, disturb the scientific community. The UN Congresses on Crime Prevention and Criminal Justice have repeatedly addressed, on the one hand, the study of the causes and consequences of the minors' participation in illegal activities, including criminal activities, on the other hand, the adoption of the appropriate measures against offenders and the search for effective and optimal preventive measures. At the First Congress, the issue of juvenile delinquency was adopted. Within the framework of the Second Congress, new forms of juvenile delinquency were studied: their causes, prevention and control. The Sixth Congress was devoted to the issue of juvenile justice before and after the commission of crimes. A working paper entitled 'Youth, Crime and Justice' was presented to the Seventh Congress, as well as a draft of the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice. The agenda of the Eighth Congress included 'Crime, Prevention, Juvenile Justice and Youth Protection: Key Approaches and Directions', the Secretariat presented a Report on the implementation of the UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice. At the Ninth Congress, the Secretariat presented a working paper on crime prevention strategies, including urban crime and juvenile delinquency and violent crime¹.

The compliance with international norms in the field of the protection of children's rights requires appropriate political will and readiness to update national legislation, to reform social institutions, which ensure the socialization of the child,

¹ UN Congresses on Crime Prevention and Criminal Justice: [coll. materials]: in 3 books. - Book. 1 / Nat. acad. legal sciences of Ukraine; Research Institute for the Study of Crime Problems. acad. V. V. Stashis; count comp.: V.V. Golina, M.G. Kolodyazhny; under total. ed. Dr. jurid. sciences, prof., cor. NAPRN V.V. Golina. - K.: Ed. zhurn. "Right of Ukraine"; Kh.: Pravo, 2013. - 188 p.

the modernization of the system for the prevention of juvenile delinquency and the protection of their rights in the field of juvenile justice.

Justice is the foundation on which civil society is built, and its responsible, humane and effective implementation is a central condition for the development of the state and ensuring the rights and freedoms of the children.

International norms that determine the legal status of a juvenile in criminal proceedings are enshrined in the *UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice* ‘the Beijing Rules’) (hereinafter – the Beijing Rules) ¹.

The Beijing Rules take into account different national conditions and legal systems, reflect the purpose and content of juvenile justice, and recommend principles and practices for the administration of juvenile justice. The Beijing Rules reflect internationally acceptable minimum conditions for the treatment of juveniles who have committed a crime or offense and are involved in criminal justice.

The leading idea of the Beijing Rules is the protection of the rights of minors in criminal proceedings and actions aimed at ensuring the welfare of the child, the adequacy of measures to influence the offender, taking into account the personality, nature and degree of public danger. Emphasis is placed on the exclusive application of the juveniles’ placement in correctional facilities and for the minimum necessary period. Research on juvenile justice, planning and development of the prevention policy should be important.

The national legislation embodied international norms on the professional level of specialists in the field of juvenile justice in the form of specialization in the process of criminal proceedings against a juvenile: carrying out proceedings by an investigator who is specially authorized by the head of the pre-trial investigation body to conduct pre-trial investigations of the minors (CPC Art. 484)²; availability in local and appellate courts of specialization in the implementation of criminal proceedings against minors (Art. 18 of the Law of Ukraine ‘On the Judiciary and the Status of Judges’)³.

The UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (hereinafter: the Riyadh principles) harmoniously combine the components on which the national policy for the prevention of juvenile delinquency should be based: basic principles of policy-making, general directions of prevention, institutions of the child’s socialization, social policy, legal framework for the administration of juvenile justice, research direction and coordination. Standards for the prevention of juvenile delinquency have been set, covering measures to protect minors who have been left

¹ Collection of international legal documents, legislative acts and normative documents for the nutrition of social and legal protection of children. - K.: Capital, 1998. - 516p.

² Kovalenko I. B. Actual criminological aspects of delicate behavior inconsistent / I. V. Kovalenko // Legal Ukraine. - 2004. - No. 6. - P. 57-59.

³ About the court system and the status of the court [Electronic resource]: Law of Ukraine dated 07.07.2010; at the editorial office on 12.02.2015 p. 192-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua>

without parental care, have been abused or are in dangerous situation at 'in the risk group'¹.

The Riyadh principles define the need to eliminate factors that negatively affect the development of the child and create appropriate conditions for their socialization. To this end, comprehensive, interdisciplinary measures to motivate behavior to be free from crime and delinquency are proposed. The focus is also on the application of early precautionary measures; development of joint efforts and a positive role of social institutions in society, such as the family, the education system, the media, the community and young people themselves. At the same time, the priority in the prevention of juvenile delinquency is the focus on the needs of children.

The Riyadh principles recommend the development of progressive policies in the field of juvenile delinquency. Particular attention is paid to the policies aimed at preventing the abuse of alcohol, drugs and other substances. Schools should act as basic and reference centers for the provision of medical, counseling and other assistance to young people, including those who need it and are victims of abuse, neglect and harassment and exploitation. In the field of social policy, governments are urging that priority be given to plans and programs for young people. Referral of young people to correctional facilities should be carried out as a last resort and for the minimum necessary period, and the interests of the adolescent are of paramount importance.

Given a great role of the media in socialization of children and youth, the Riyadh principles recommend: to encourage the media to ensure the young people's access to the information from various national and international sources, to reflect the positive role of youth in society, to disseminate information about the availability in society relevant services and possibilities for youth; to encourage the media in general, television and cinema in particular, to minimize the display of the material related to violence, drug addiction and pornography, and to portray violence and exploitation in a negative way, especially avoiding and promoting the portrayal of children, women and degrading personal relationships, which degrade dignity and to promote the principles of equality.

Special mention should be made of the materials of the *XII UN Congress On Crime Prevention and Criminal Justice*, which provides the international community with an ideal opportunity to sum up the results of many years of work in the field of crime prevention and criminal justice and to continue the course. It also provides an opportunity to critically review the standards and norms that have been developed over the past sixty years and to see how effective they are, while addressing specific challenges posed by new global threats to crime and new forms of crime. This approach makes it possible to identify possible white spots and practical obstacles, as

¹ UN Congresses on Crime Prevention and Criminal Justice: [Sat. materials]: in 3 books. - Book. 2 / Research Institute for the Study of Crime. acad. V.V. Stashis Nat. acad. legal sciences of Ukraine; comp. : V.V. Golina, M.G. Kolodyazhny; under common ed. Dr. Jurid. Sciences, Prof., Corresponding Member NAPrN V.V. Golina. - Kyiv: Law of Ukraine; H.: Pravo, 2013. - 182 p.

well as to work out the ways to overcome them. Such efforts will help to develop a more holistic and comprehensive strategic approach to the establishment, renewal or strengthening of the crime prevention mechanisms and the criminal justice system that can serve as a basis for the provision of technical assistance and education in the field of criminal justice. This strategic approach can strengthen the interdependence between rule-making and operational activities, promote effective law enforcement and establish a just national and international order.

A working document ‘Children, Youth and Crime’ provides an opportunity to summarize international regulatory changes and their implementation in the national legal field of different countries. It allows to prioritize key issues and future measures to ensure safe development of the younger generation. Characterizing public perception of juvenile delinquency, statistics and the role of the media, it was noted in the Congress that the media often misinterpreted attitudes towards juveniles, forcing the public and politicians to take inappropriate measures to overcome behavior of the younger generation, as in some cases, this is a short-term deviation from normal behavior, which is due to the peculiarity of the adolescent. Children and young peoples are unjustifiably accused of increasing the number of violent crimes, although the proportion of violent crimes is growing, but it accounts for a small share of total crime.

Some studies, which were the basis for the report to the participants of the Congress, showed the inaccuracy of media reports about the participation of children and youth in crimes as offenders, as well as misperception of children and youth and their role in crime¹.

The focus of the Congress was on the issues of concern of the international community – crimes committed by female minors. In foreign countries, reports of an increase in violent crimes committed by girls, including girls’ gangs, have been published.

In the United States, the data from the national surveys on criminal victimization confirm that there was no significant increase in the girls’ involvement in violent crime between 1980 and 2003. Danish researchers explain this trend by the fact that in the past, violence by girls is ‘more often forgiven’. Surveys in Sweden show a low number of girls among 9th graders who commit violent crimes².

The results of the International Symposium ‘Participation of Children and Juvenile Justice’ (2009) conducted by the organization ‘International Movement for the protection of Children’ are of scientific interest³.

¹ Twelfth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice (El Salvador, Brazil, 12-19 April 2010). A / CONF.213 / 4.

² Twelfth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice (El Salvador, Brazil, 12-19 April 2010). A / CONF.213 / 4.

³ Defence for Children International 30th Anniversary Symposium «Child Participation and Juvenile Justice» 19 & 20 November 2009 URL : http://www.defenceforchildren.org/files/gabriella/DCISymposium-report_Final.pdf

At the Symposium, the ways and means of forming a culture of children's participation and exchange of tools and positive experience in promoting defending the rights of children to participate in the justice system were discussed. Good practice in the participation of children and young people in the organization and protection of their rights, as well as in the activities of juvenile justice institutions, including juveniles who are deprived of social support or have previously been in conflict with law was demonstrated. The participation of children in crime prevention and administration of juvenile justice, as emphasized by the participants of the Symposium, becomes important only in cases of the participation of those children and youth who are at risk of entering the juvenile justice system.

Particular attention was paid to the release of minors and their preparation for return to society. At the same time, the issues of determining the 'law' and 'legal' component of the best interests of the child were debatable. The experts believe that this is decided individually in each case. Therefore, it is important to reassess the best interests of the child after the application of criminal or alternative measures. 'Lack of resources' as the main reason for short comings that arise when considering cases of minors in court cannot be an excuse. The state allocates millions for the construction of detention centers for minors, and their daily maintenance is quite expensive (for example, 500,00 EUR per day in Belgium). Therefore, the speakers rightly note that this is not only the issue of resources, but also a political choice. The participants of the Symposium also expressed concern over the fact that a juvenile is obliged to admit his guilt as a condition of using alternatives to detention. It is important to find a balance between general principles and decision-making.

Focusing on the importance of coordination between various participants in the juvenile justice process, a cautious approach to the problems of the child in conflict with law, without creating additional problems for the child, was emphasized at the Symposium. For example, you do not need to ask a child to repeat the history of its offence 7 times. The head of Des Mineurs (juvenile police department) in Geneva explained how the police in Geneva works fruitfully with social workers.

Analyzing the implementation of the principles of juvenile justice and respect for the rights of the child, the Congress considered positive features of restitution justice. Restitution programs offer real and effective alternatives to more formal measures applied by the juvenile justice system. Due to their educational impact, they are particularly useful in developing the measures to remove juveniles who have committed a crime from the criminal justice system for adults and alternatives for imprisonment.

A significant number of issues raised at the XII UN Congress On Crime Prevention and Criminal Justice also concern the national legal framework and law enforcement practices. Given the conclusions and recommendations of the Congress in Ukraine, it is necessary to focus on the effective organization and activities of bodies and individuals who protect the rights of the child, provide social support and

administer justice. It is also important to intensify state's efforts to adopt a common approach to justice for juveniles, child victims and witnesses and to take necessary measures to include restitution processes as a means of working with children in conflict with law at all stages of the criminal justice system.

On the importance of preventing juvenile delinquency, supporting and rehabilitating juvenile offenders and their reintegration in society, protecting children who have become victims of witnesses of the crime, including efforts to prevent their re-victimization; meeting the needs of children in prison was emphasized at the XIII UN Congress On Crime Prevention and Criminal Justice (2015)¹.

Today, there are a number of examples of best practices for the treatment of children and their reintegration in society, including the practice of taking a holistic approach and involving all relevant stakeholders. It was noted at the XIII UN Congress that it is extremely important to apply mechanisms for informal dispute resolution. At all these stages of the decision-making process, not only family members but also a child himself must be involved, to the extent that these procedural mechanisms help to protect the best interests of the children-offenders. It is always necessary to adhere to the principle of minimal intervention. In addition, in recognition of the premise that no strategy for reforming crime prevention or criminal justice systems is complete unless it provides effective measures to address recidivism, it is important that a comprehensive strategy to address the problems of children in conflict with law, included effective programs for social integration and reintegration of children as an important means of preventing recidivism and strengthening public safety.

The logical continuation of the issues of crime prevention and criminal justice are the materials of the XIV UN Congress On Crime Prevention and Criminal Justice (2020), where a draft of Kyoto Declaration (Kyoto, Japan, March 7–12, 2021)² 'Activation of Crime Prevention and Measures of Criminal Justice , the Rule of Law: towards the Implementation of the Agenda in Sphere of Sustainable Development for the period till 2030' was adopted. In the draft, the accents for the international community are highlighted, and a wide range of strategic and operational measures in the field of crime prevention and criminal justice, aimed at strengthening the global partnership to enhance crime prevention, criminal justice and the rule of law for the implementation of the UN Sustainable Development Agenda for the period up to 2030, is determined.

¹ Thirteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice (Doha, 12-19 April 2015). Workshop 1: The role of United Nations crime prevention and criminal justice standards and norms in supporting effective, fair, humane and accountable criminal justice systems: experiences and lessons learned in addressing the special needs of women and children, in particular the treatment of offenders and their social reintegration // A/CONF.222/10. – 25 p.

² Fourteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice (Kyoto, 7-12 March 2021). A/CONF.234/L.6 12/16 V.21-00656 – 16p.

During the work of the Congress, concerns were expressed about the situation resulting from the coronavirus disease (COVID-19), which posed complex challenges to the criminal justice system. In the course of the ongoing COVID-19 pandemic, readiness has been expressed for any future similar challenges. At the same time it was pointed out to the need to review criminal justice systems and increase their efficiency, accountability, transparency, inclusiveness and effectiveness in promoting their digitalization.

Particular attention was paid to empowering young people who will be a driving force for positive changes in society and promoting crime prevention, including through the development of social, educational, cultural, recreational and sports youth programs and the organization of youth forums.

The objectives have been identified to strengthen the juvenile justice system or other similar mechanisms that take into account the risk of juvenile delinquency and the degree of their responsibility, as well as their vulnerabilities and causes, including root causes, misconduct and related risk factors, in order to ensure their rehabilitation and reintegration, including by promoting practical application of the relevant provisions of the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (the Beijing Rules). The need to strengthen the measures to promote the rehabilitation and reintegration of children and young people who have been involved in any organized crime group, including gangs and terrorist groups, while protecting their rights and fully recognizing the importance of administering justice and ensuring safety of victims of these criminal groups and society as a whole throughout the implementation of such measures.

The issue of responsible crime prevention, including among minors, is the subject of constant attention of the Economic and Social Council and is reflected in the relevant UN resolutions.

Resolution 1997/30 The administration of juvenile justice was adopted at the 36th plenary meeting as of July 21, 1997 and is aimed at creating specific recommendations for the administration and improvement of the juvenile justice system, which are reflected in the *Guiding Principles for Action in the Interests of Children in the Criminal Justice System* (hereinafter – the Guiding principles for Action)¹. To achieve the declared goal, it is necessary to allocate appropriate resources (human, organizational, technical, financial and information), which must be used effectively at all level (international, regional, national, local and municipal) and to ensure cooperation with relevant partners.

The Guidelines for Action provide for measures of general application and specific objectives. General measures are aimed at policy-making, decision-making, leadership and reform issues related to: a) full reflection of the principles and

¹ Guidelines for Action for Children in the Criminal Justice System, 21.07.1997p. URL : www.un.org/russian/ecosoc/docs/

provisions of the Convention of the Rights of Children, standards and norms of juvenile justice in the context of national and local policy aimed at protecting the interests of children in juvenile justice, which guarantees the rights of the child, does not violate children's rights, promotes fostering a sense of dignity and self-esteem, taking into account the age of the child, their level of development and their right to effective participation in society; b) wide acquaintance of children the level acceptable to them with relevant provisions of UN norms and standards; c) work in society and the media to ensure an understanding of the spirit, purpose and principles of justice, which focuses on the interests of the child in accordance with UN standards and norms in the field of juvenile justice.

In Recommendations Rec (2003) 20 of the Committee of Ministers to the state-members "*On New Methods of Combating Juvenile Delinquency and the Role of Juvenile Justice*" was stipulated that the main objectives of juvenile justice and related measures to combat juvenile delinquency should be aimed at preventing delinquency and recidivism; the reintegration of the offender into society and meeting the needs and interests of victims¹.

The Recommendations focus on the effective functioning of the criminal justice system and the introduction of new means of influencing juvenile offenders, using the potential of social institutions of the family and the community.

The Recommendations focus on addressing violence, drug abuse, alcohol and delinquency, along with juvenile justice. To this end, member-states are encouraged to develop a wide range of innovative and more effective measures to influence the public.

These measures should address criminal behavior and needs of the juvenile offender. Parents or guardians should be involved in their implementation, if possible, it is advisable to use the procedures of mediation, recovery and compensation to the victim. Parents should be required, as appropriate, to participate in parents counseling or training courses to ensure that their child attends school and to assist those involved in the prevention of misconduct in the implementation of community sanctions and measures.

In Recommendations CM / Rec (2010) 1 of the Committee of Ministers to member states On the Rules of Probation special attention is focused on the basic provisions of probation, which is to promote a fair criminal trial as well as public safety by preventing and reducing crime². The Rules of Probation cover a number of measures, which include control, guidance and assistance aimed at social integration of offenders, as well as to promote safe development of society.

¹ Recommendation Rec(2003)20 of the Committee of Ministers to member states concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice. URL : <http://www.coe.int/ru>

² Recommendation CM/Rec (2010)1 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Probation Rules. URL : <https://wcd.coe.int/View>

Among a number of measures, attention should be paid to the recommendation to provide support, advice and information to the families of offenders. Also noteworthy is the recommendation to use the knowledge and experience of rehabilitation and testing practices to develop crime reduction strategies, including through joint activities and partnerships between relevant crime prevention actors.

It is important to implement interventions, corrections and influences on negative, criminally active behavior of minors with maximum mobilization of all resources, including family, educational institutions, communities, volunteers and other public institutions, in order to promote child's welfare and reduce intervention by law, and the effective, fair and human treatment of juveniles in the field of criminal justice.

The main provisions set out in international legal rules and principles make it possible to form a national system of the interests' protection of the child, taking into account relevant international approaches to humane, constructive and adequate response to juvenile delinquency and in assessing the effectiveness and relevance of law enforcement practices in this area.

In addition, in accordance to para.10 of the General Comment No. 10 (2007) of the UN Committee on the Children's Rights 'On the Rights of Children in the Judicial System for Children' in all decisions taken in the context of justice for children, the main task should be to ensure interests of the child. Thus, this means that traditional tasks of criminal justice, such as punishment, must give way to the rehabilitation and restorative goals of justice in the cases of children-offenders¹.

According to para. 23.2 of the Recommendations CM/Rec (2008)11 of the Committee of Ministers of the European Council to member states 'European Rules on Juvenile Offenders Subject to Sanctions or Measures'², preference should be given to such sanctions and measures that may have an educational impact, as well as to facilitate compensation for damages caused by an offense committed by a minor.

It should be noted that international principles and rules serve as a basis for the implementation and regulation of restorative justice in Ukraine. The integration of Ukraine into the world and European community requires our state to adapt its national legislation to international standards and obligations. Full implementation of restorative justice will help create the conditions for reconciliation between victims and offenders and eliminate the consequences caused by criminal offenses, restore justice and balance the needs of the victim, offender and society.

The modern reform vector of the formation of restorative approaches in the juvenile justice system is directed at: first, in accordance with the principles of

¹ General comment No. 10 (2007) Children's rights in the administration of juvenile justice
URL:https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/bodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f10&Lang=en treaty

² International and national legislation in the sphere of the child's rights protection / G. Yanova. - K.: M58 PP "Vidavnistvo" Fortunate Writer", 2015 - 704 p.

humane, constructive and effective treatment of juveniles who have committed criminal offense, in the administration of justice; second, to prevent and combat juvenile delinquency, and most importantly, the need for full development and self-realization of children and youth, which is one of the social values, and social and legal support of children and youth is one of the main priorities of public policy.

References:

1. Amjad S., Riaz N. *The concept and scope of restorative justice system: Explaining history and development of the system for the immediate need of society. International Journal of Law. Volume 5; Issue 5; September 2019; Page No. 100-104.*
2. *About the court system and the status of the court [Electronic resource]: Law of Ukraine dated 07.07.2010; at the editorial office on 12.02.2015 p. 192-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua>*
3. *Collection of international legal documents, legislative acts and normative documents for the nutrition of social and legal protection of children. - K.: Capital, 1998. - 516p.*
4. *Constitution of Ukraine (1996). URL : <http://zakon4.rada.gov.ua>.*
5. *Convention on the Rights of the Child: Resolution of the Verkhovna Rada № 789-XII of February 27, 1991 // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine. - 1991. - № 13. - st. 145.*
6. *Criminology / ed. J. F. Shelley; per. from English - SPb. : Peter, 2003 - 864p.*
7. *Declaration of the Rights of the Child. Website of the United Nations Children's Fund (UNICEF) in Ukraine. URL : www.unicef.org.ua.*
8. *Defence for Children International 30th Anniversary Symposium «Child Participation and Juvenile Justice» 19 & 20 November 2009 URL : http://www.defenceforchildren.org/files/gabriella/DCISymposium-report_Final.pdf.*
9. *Dignan J. (2005) Understanding victims and restorative justice. London: Open University Press.*
10. *Dubovyk O. I. (2015) Teoretyko-pravovi aspekty vidnovnoho pravosuddia. Pravo i hromadianske suspilstvo. № 2. p. 4–21. URL: <http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/2-11-2015/item/211-teoretyko-pravovi-aspekty-vidnovnoho-pravosuddya-dubovyk-o-i>.*
11. *Fourteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice (Kyoto, 7-12 March 2021). A/CONF.234/L.6 12/16 V.21-00656 – 16p.*
12. *Guidelines for Action for Children in the Criminal Justice System, 21.07.1997p. URL : www.un.org/russian/ecosoc/docs/.*
13. *General comment No. 10 (2007) Children's rights in the administration of juvenile justice URL:https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/bodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f10&Lang=en*
14. *Hazel A.N.(2008) Cross-National Comparison of Youth Justice. Youth Justice Board. [Google Scholar].*
15. *Hellmani U. (2013) The value of preventive detention for the practice of criminal punishment in Germany / U. Hellmani // Union of Criminalists and Criminologists. - 2013. - No. 1. - P. 92–95.*
16. *International and national legislation in the sphere of the child's rights protection / G. Yanova. - K.: M58 PP "Vidavnistvo" Fortunate Writer ", 2015 - 704 p.*

17. Kathleen Daly and Gitana (2011) Proietti-Scifoni *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice* Edited by Michael Tonry. New York: Oxford University Press. 2011, pp. 207-253.
18. Kovalenko I. B. *Actual criminological aspects of delicate behavior inconsistent* / I. V. Kovalenko // *Legal Ukraine*. - 2004. - No. 6. - P. 57-59.
19. Kufaev V. I. *Pedagogical measures to combat juvenile delinquency* / V. I. Kufaev. - M.: Worker of education, 1927. - 167 p.
20. Lysoded O. *Conditions of serving a sentence in Swedish prisons* / O. Lysoded, A. Stepaniuk // *Visnyk prokuratury*. - 2003. - № 6. - P. 112.
21. Marshall T. (1999) *Restorative Justice: an overview* / T. Marshall. – London : Home Office Research Development and Statistics Directorate, 24 p.
22. Muncie J., Goldson B. (2006) *Comparative Youth Justice*. Sage. [Google Scholar].
23. *On the National Program "National Action Plan for the Implementation of the UN Convention on the Rights of the Child" for the period up to 2016* Law of Ukraine of 05.03.2009.
24. Piquero A, Steinberg L. (2008) *Rehabilitation Versus Incarceration of Juvenile Offenders: Public Preferences in Four Models for Change States*. MacArthur Research Network on Adolescent Development and Juvenile Justice. [Google Scholar].
25. Puminov Andrey. *Deng Xiaoping is a dictator and reformer*. URL: http://www.peoples.ru/state/politics/deng_xiaoping/ (date of application 10.10.21).
26. *Restorative Justice Legislation in the American States: A Statutory Analysis of Emerging Legal Doctrine* // Shannon M. Sliva, Carolyn G. Lambert *Journal of Policy Practice* 77—95, 2015 DOI: 10.1080/15588742.2015.1017687.
27. *Recommendation Rec(2003)20 of the Committee of Ministers to member states concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice*. URL : <http://www.coe.int/ru>
28. *Recommendation CM/Rec(2010)1 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Probation Rules*. URL : <https://wcd.coe.int/View>
29. *Thirteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice (Doha, 12-19 April 2015). Workshop 1: The role of United Nations crime prevention and criminal justice standards and norms in supporting effective, fair, humane and accountable criminal justice systems: experiences and lessons learned in addressing the special needs of women and children, in particular the treatment of offenders and their social reintegration* // A/CONF.222/10. – 25 p.
30. Tutu, D. (1999) *No Future Without Forgiveness*. New York : Doubleday. 244 pp.
31. *Twelfth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice (El Salvador, Brazil, 12-19 April 2010)*. A / CONF.213 / 4.
32. *UN Congresses on Crime Prevention and Criminal Justice: [coll. materials]: in 3 books*. - Book. 2 / *Research Institute for the Study of Crime Problems*. acad. V.V. Stashis *Nat. acad. legal sciences of Ukraine; comp.:* V.V. Golina, M.G. Kolodyazhny; under total. ed. Dr. *jurid. sciences, prof., cor. NAPRN* V.V. Golina. - K.: *Law of Ukraine; Kh.:* Pravo, 2013. - 182 p.
33. *UN Congresses on Crime Prevention and Criminal Justice: [coll. materials]: in 3 books*. - Book. 1 / *Nat. acad. legal sciences of Ukraine; Research Institute for the Study of*

РОЗДІЛ V Реалізація концепції відновного ювенального правосуддя у контексті запобігання злочинності

Crime Problems. acad. V. V. Stashis; count comp .: V.V. Golina, M.G. Kolodyazhny; under total. ed. Dr. jurid. sciences, prof., cor. NAPRN V.V. Golina. - K.: Ed. zhurn. "Right of Ukraine"; Kh.: Pravo, 2013. - 188 p.

34. *UN Congresses on Crime Prevention and Criminal Justice: [Sat. materials]: in 3 books. - Book. 2 / Research Institute for the Study of Crime. acad. V.V. Stashis Nat. acad. legal sciences of Ukraine; comp. : V.V. Golina, M.G. Kolodyazhny; under common ed. Dr. Jurid. Sciences, Prof., Corresponding Member NAPrN V.V. Golina. - Kyiv: Law of Ukraine; H.: Pravo, 2013. - 182 p.*

35. *Vaandering, D. (2011) 'A faithful compass: Rethinking the term restorative justice to find clarity', Contemporary Justice Review 14(3): 307–328.*

36. *Zehr H. (1997) Restorative Justice: The Concept. Journal Corrections Today. Volume: 59 Issue: 7.(December 1997) Pages: 68-70.*

37. *Zemlyanska V.V.(2008) Restorative justice in the criminal process of Ukraine: a guide. Kyiv: Ed. Zakharenko V.O. 200 p.*

РОЗДІЛ VI Стимулювання до правомірної поведінки в проекті Кримінального кодексу України

ХРЯПІНСЬКИЙ Петро Васильович

доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України,
професор кафедри публічного права Інституту гуманітарних і соціальних
наук Національного технічного університету
«Дніпровська політехніка»,
<https://orcid.org/0000-0002-2894-1086>

ШКОЛА Сергій Миколайович

кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри публічного права
Інституту гуманітарних і соціальних наук
Національного технічного університету «Дніпровська політехніка»
<https://orcid.org/0000-0003-0403-5916>

- 6.1. Зміст стимулювання до правомірної поведінки у кримінальному праві
- 6.2. Система засобів стимулювання до правомірної поведінки у проекті Кримінального кодексу
- 6.3. Види засобів стимулювання до правомірної поведінки у проекті Кримінального кодексу

Stimulation to lawful behavior in the draft Criminal Code of Ukraine

*Doctor of Law, Professor P. V. Khriapinskiy
Honored Worker of Science and Technology of Ukraine,
Professor of the Department of Public Law of the Institute of Humanities and
Social Sciences of the National Technical University "Dnipro Polytechnic
Candidate of Law, Associate Professor S. N. Sckola
Head of the Department of Public Law
Institute of Humanities and Social Sciences
National Technical University "Dnieper Polytechnic"*

Стимулирование к правомерному поведению в проекте Уголовного кодекса Украины

*Доктор юридических наук, профессор П. В. Хряпинський
заслуженный деятель науки и техники Украины,
профессор кафедры публичного права Института гуманитарных и социальных
наук Национального технического университета «Днепропетровская политехника»*

*Кандидат юридических наук, доцент С. Н. Школа
заведующий кафедры публичного права
Институт гуманитарных и социальных наук
Национального технического университета "Днепровская политехника"*

Ключові слова: правомірна поведінка, норми кримінального права, засоби кримінально-правового інструментарію, завдання кримінального закону, права і свободи людини і громадянина, стимулювання, дотримання кримінальних заборон, використання суб'єктивного права, позитивна посткримінальна поведінка.

Keywords: lawful conduct, norms of criminal law, means of criminal law tools, tasks of criminal law, human and civil rights and freedoms, stimulation, observance of criminal prohibitions, use of subjective law, positive postcriminal behavior.

Ключевые слова: правомерное поведение, нормы уголовного права, средства уголовно-правового инструментария, задачи уголовного закона, права и свободы человека и гражданина, стимулирование, соблюдение уголовных запретов, использование субъективного права, положительная посткриминальное поведение.

АНОТАЦІЯ

В проекті Кримінального кодексу України в якості завдання вказано забезпечення правовими засобами прав і свобод людини і громадянина, інтересів суспільства, держави і міжнародного співтовариства від кримінальних правопорушень. Серед засобів його досягнення досліджується стимулювання осіб до правомірної поведінки. Метою дослідження є визначення стимулювання правомірної поведінки як засобу забезпечення правовими засобами прав і свобод людини і громадянина, інтересів суспільства, держави і міжнародного співтовариства від кримінальних правопорушень. Реалізація поставленої мети передбачає вирішення таких завдань, як: 1) окреслення стимулювання правомірної поведінки в широкому сенсі як комплексу юридичного інструментарію, яким володіє кримінальне право як упорядник суспільних відносин; 2) визначення стимулювання у вузькому розумінні як негативного і позитивного кримінально-правового інструментарію у вигляді заборон і дозволів, тому що стимулювання не може полягати в тільки в примусу до того чи іншого варіанту поведінки під страхом покарання; 3) довести, що засоби правового стимулювання (права, обов'язки, заохочення, заборони, покарання тощо), що комбінують у визначений законом спосіб, безпосередньо беруть участь у правовому регулюванні та правовому впливі. Наукова новизна дослідження полягає в тому, що в ньому вперше розглядаються системні питання стимулювання осіб до правомірної поведінки як засобу забезпечення правовими засобами прав і свобод людини і громадянина, інтересів суспільства, держави і міжнародного співтовариства від кримінальних правопорушень. Доведено, що стимулювання до правомірної поведінки кримінально-правовими засобами здійснюється на індивідуальному, груповому та загально соціальному

ціннісно-орієнтовних та психологічних рівнях. Зроблено висновок, що стимулювання правомірної поведінки, як засобу забезпечення правовими засобами прав і свобод людини і громадянина, інтересів суспільства, держави і міжнародного співтовариства від кримінальних правопорушень, здійснюється на індивідуальному, груповому та загально соціальному ціннісно-орієнтовних та психологічних рівнях. Основною формою реалізації є використання та дотримання усіма суб'єктами кримінально-правових приписів (права, обов'язки, заохочення, заборони, покарання, пробація тощо). Абсолютна більшість громадян не вчиняють кримінальні правопорушення (злочини або проступки) у зв'язку із своїми ціннісними установками та моральними принципами. Вказана форма виступає основною, але не вичерпує правомірну кримінально-правову поведінку.

SUMMARY

The draft Criminal Code of Ukraine sets as a task to ensure by legal means the rights and freedoms of man and citizen, the interests of society, the state and the international community from criminal offenses. Among the means to achieve it is the stimulation of individuals to lawful behavior. The purpose of the research is to determine the promotion of lawful conduct as a means of legal protection of human and civil rights and freedoms, the interests of society, the state and the international community from criminal offenses. Realization of the set purpose provides the decision of such tasks, as: 1) delineation of stimulation of lawful behavior in a broad sense as a complex of legal tools which is possessed by criminal law as the organizer of public relations; 2) definition of incentives in the narrow sense as a negative and positive criminal law tools in the form of prohibitions and permits, because incentives can not be only in coercion to a particular option of behavior under penalty of punishment; 3) to prove that the means of legal incentives (rights, responsibilities, incentives, prohibitions, punishments, etc.), which combine in the manner prescribed by law, are directly involved in legal regulation and legal influence. The scientific novelty of the research is that for the first time it deals with systemic issues of encouraging individuals to lawful behavior as a means of legal protection of human and civil rights and freedoms, the interests of society, the state and the international community from criminal offenses. It is proved that the stimulation to lawful behavior by criminal law is carried out at the individual, group and general social value-oriented and psychological levels. It is concluded that the promotion of lawful behavior as a means of legal protection of human and civil rights and freedoms, the interests of society, the state and the international community from criminal offenses, is carried out at the individual, group and general social value-oriented and psychological levels. The main form of implementation is the use and observance by all subjects of criminal law regulations (rights, responsibilities, incentives, prohibitions, punishments, probation, etc.). The main form of implementation is the use and observance by all subjects of criminal law regulations (rights, responsibilities, incentives, prohibitions, punishments, probation, etc.). The vast majority of citizens do not commit criminal offenses (crimes or misdemeanors) due to their values and moral principles. This form is the main, but does not exhaust the lawful criminal behavior.

АННОТАЦІЯ

В проекті Уголовного кодексу України в качестве задачи указано защита правовыми средствами прав и свобод человека и гражданина, интересов общества, государства и международного сообщества от уголовных правонарушений. Среди средств его достижения исследуется стимулирование лиц к правомерному поведению. Целью исследования является определение стимулирования правомерного поведения как гарантирования безопасности правовыми средствами прав и свобод человека и гражданина, интересов общества, государства и международного сообщества от уголовных правонарушений. Реализация поставленной цели предполагает решение таких задач, как: 1) определение стимулирования правомерного поведения в широком смысле как комплекса юридического инструментария, которым владеет уголовное право как регулятор общественных отношений; 2) определение стимулирования в узком понимании как негативного и позитивного уголовно-правового инструментария в виде запретов и дозволений, так как стимулирование не может заключаться в только в принуждения к тому или иному варианту поведения под страхом наказания; 3) доказать, что средства правовой стимуляции (права, обязанности, поощрения, запреты, наказания и т.д.), комбинируют в определенный законом способ, непосредственно участвуют в правовом регулировании и правовом воздействии. Научная новизна исследования заключается в том, что в нем впервые рассматриваются системные вопросы стимулирования лиц к правомерному поведению как средства обеспечения безопасности правовыми средствами прав и свобод человека и гражданина, интересов общества, государства и международного сообщества от уголовных правонарушений. Доказано, что стимулирование к правомерному поведению уголовно-правовыми средствами осуществляется на индивидуальном, групповом и общесоциальном ценностно-ориентированных и психологических уровнях. Основной формой реализации является использование и соблюдение всеми субъектами уголовно-правовых предписаний (права, обязанности, поощрения, запреты, наказания, probation и т.д.). Абсолютное большинство граждан не совершают уголовные правонарушения (преступления или проступки) в связи со своими ценностными установками и моральными принципами. Указанная форма выступает основной, но не исчерпывает правомерное уголовно-правовое поведение.

6.1. Зміст стимулювання до правомірної поведінки у кримінальному праві

Стимулювання до правомірної поведінки є засобом забезпечення прав і свобод людини і громадянина, інтересів суспільства, держави і міжнародного співтовариства від кримінальних правопорушень. Правомірна поведінка найбільш прийнятний засіб активності громадян сучасного суспільства, а також точний критерій спроможності держави здійснювати правове регулювання суспільних відносин. Стимулювання до правомірної поведінки засобами, що притаманне кримінальному законодавству, здійснюється на декількох ціннісно-орієнтовних та психологічних рівнях: індивідуальному, груповому та загально соціальному. Свідомо-вольові вчинки (діяння) правомірної поведінки природно

гармонізуються із основними загально-правовими та галузевими принципами права, ґрунтується на позитивному ставленні до правових приписів і позитивно оцінюється державою. Зміст правомірної кримінально-правової поведінки полягає, насамперед у тому, що громадяни не вчиняють кримінальні правопорушення (злочини або проступки), об'єктивні та суб'єктивні ознаки (склад правопорушення) яких передбачаються чинним кримінальним законодавством. Отже, приходимо до висновку, що у стимулюванні до правомірної поведінки залучається увесь системний комплекс кримінально-правових засобів, у якому виокремлюється підсистеми негативного та позитивного стимулювання з метою дотримання, виконання, використання, застосування суб'єктами прав та обов'язків, заборон та дозволів, покарань та заохочень тощо.

В Концепції нового Кримінального кодексу України, розробленої відповідно до Указу Президента України № 584/2019 від 7 серпня 2019 р. «Питання Комісії з питань правової реформи», поставлені завдання забезпечити підготовку та узагальнення пропозицій стосовно змін до законодавства про кримінальну відповідальність¹. З цього приводу Робоча група з питань розвитку кримінального законодавства під керівництвом Ю.В. Бауліна завершила обговорення Загальної частини та основних розділів Особливої частини нового Кодексу. Текст проекту Кримінального кодексу України (далі - проект КК) опубліковано станом на 15 жовтня 2021 року². Звертає на увагу формулювання завдання Кримінального кодексу України у вигляді забезпечення прав і свобод людини і громадянина, інтересів суспільства, держави і міжнародного співтовариства від злочинів. Вказані завдання проекту КК досягаються шляхом: а) стимулювання осіб до правомірної поведінки; б) застосування кримінально-правових засобів; в) ресоціалізації і реінтеграції осіб, які вчинили злочини (ч. 2 ст. 1.1.2 проекту КК).

Інноваційним є посилення на «стимулювання осіб до правомірної поведінки», яке серед засобів досягнення завдання нового Кримінального кодексу України вказане на першому місці й таке розміщення є не випадковим. Правове стимулювання полягає у різноманітному впливі на особистість чи групу, що формує суспільно-корисну поведінку, в якій діалектично поєднуються суспільні й особисті (групові) потреби та інтереси. Стимулюванню правомірної кримінально-правової поведінки присвятили свої праці такі вітчизняні правники, як : Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В.К. Грищук, О.М. Литвинов, В.О. Навроцький, В.В. Оксамитний, М.І Панов, А.М. Шульга, А.М. Ященко та

¹ Питання Комісії з питань правової реформи. Указ Президента України № 584/2019 від 7 серпня 2019 р. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/584/2019#Text/>

² Проект нового Кримінального кодексу України. Контрольний текст станом на 15.10.2021 р. URL.: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/19/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-18-10-2021.pdf/>

інші. Проте питання стимулювання правомірної поведінки з погляду змісту, системи та видів забезпечення завдання нового Кримінального кодексу України окремо не досліджувалося.

Сучасна кримінально-правова доктрина та кримінальне законодавство перебувають в стані ренесансу ідей реформування кримінального права. До проекту нового Кримінального кодексу, що має ґрунтуватися на засадах міжнародних стандартів, визначені в багатосторонніх конвенціях ООН та Ради Європи, з огляду на тривалий шлях України до асоціації ЄС, важливо, щоб деякі визначення кримінально-правових інститутів були узгоджені із мінімальними нормами ЄС. Ознаки правопорушень та покарань у сфері транскордонної злочинності, особливо за такі тяжкі злочини, як тероризм, торгівля людьми, сексуальна експлуатація жінок та дітей, незаконний обіг наркотиків, незаконний обіг зброї, відмивання грошей, корупція, підробка платіжних засобів, кіберзлочинність, організована злочинність, деякі екологічні злочини та злочини, пов'язані з расизмом і ксенофобією були переконливими та невідворотними для осіб, що їх вчинюють.

Стимулювання до правомірної поведінки як засіб забезпечення прав і свобод людини і громадянина, інтересів суспільства, держави і міжнародного співтовариства від кримінальних правопорушень, здійснюється на індивідуальному, груповому та загально соціальному ціннісно-орієнтовних та психологічних рівнях. Основною формою реалізації є дотримання, виконання, використання і застосування суб'єктами кримінально-правових правовідносин прав, обов'язків, заохочень, заборон, покарань, пробації тощо. Абсолютна більшість громадян не вчиняють кримінальні правопорушення (злочини або проступки) у зв'язку із своїми ціннісними установками та моральними принципами. «Отже, зазначає Ю.В. Баулін, установлюючи коло злочинних діянь, кримінально-правова політика, серед іншого, впливає на свідомість громадян, виховує у них негативне ставлення до злочину як соціального явища, до особи, яка його вчинила, а також регламентує види заохочувальної кримінально значущої поведінки (необхідна оборона, крайня необхідність, виконання наказу та ін.)»¹. Відтак, досліджувана форма виступає основною, але не єдиною, а тому не вичерпує правомірну кримінально-правову поведінку.

Стимулювання до правомірної поведінки є головною метою у механізмі кримінально-правового регулювання (охорони). Правомірна поведінка є найбільш прийнятним засобом активності більшості громадян сучасного суспільства, а також точним критерієм можливості держави здійснювати належним чином правове регулювання суспільних відносин. Загалом за умов правомірної поведінки забезпечується прогресивний розвиток людства,

¹ Сучасна кримінально-правова система в Україні: реалії та перспективи : моногр. Ю.В. Баулін, М.В. Буроменський, В.В. Голіна та ін. Під заг. ред. Ю.В. Бауліна. Київ: ВАІТЕ, 2015. С. 55.

створюється вся сукупність матеріальних і духовних благ, без яких важко уявити сучасне цивілізоване суспільство. Зміст правомірної поведінки одним із перших дослідив В.В. Оксамитний, за поглядами якого правомірна поведінка це обумовлена культурно-моральними поглядами і життєвим досвідом людини діяльність у сфері соціальної дії права, заснована на свідомому виконанні його цілей та вимог. Як бачимо, в цьому змістовному визначенні, по-перше, правомірна поведінка є свідомим вольовим проявом, по-друге, поведінка оцінюється через її порівняння з цілями і вимогами права, по-третє, внутрішні регулятори або мотиви поведінки визначаються культурно-моральними якостями і орієнтаціями особистості, а також її життєвим досвідом. Цей дослідник виокремлює такі риси правомірної поведінки: відповідність праву, соціальну корисність, передбачуваність, масовість прояву, добровільність і свідомість, активність. Корисність правомірної поведінки означає зацікавленість суспільства у дотриманні встановленого правопорядку, у повазі до закону. Масовість визначається тим, що правомірна поведінка властива багатьом або навіть більшості людей, інакше суспільство не могло б нормально функціонувати. Свідомість зводиться до вибору людиною варіантів поведінки: правомірної чи протиправної, оскільки вона вільна в такому виборі, робить його свідомо, керуючись своїми інтересами і потребами, моделюючи в своїй свідомості програму власної поведінки. Активність передбачає самостійність громадянської та моральної позиції людини, усвідомлення нею соціальних наслідків своїх вчинків, співставлення власних інтересів з інтересами інших людей, а також суспільства в цілому¹.

В літературі спостерігається значна кількість визначення понять та розуміння змісту правомірної поведінки в праві. Основні позиції дослідників вказаного питання можна об'єднати в групи за такими ознаками. По-перше, виокремлюється група, що підходить до змісту правомірної поведінки з ціннісної, філософської позиції. Так, В.А. Бачинін визначає правомірну поведінку з позиції сучасної філософської думки, вказуючи, що це суспільно корисна правова поведінка (дія або бездіяльність) людини, що відповідає приписам юридичних норм та охороняється державою². В.Є. Голубовський вказує, що правомірна поведінка – це суспільно необхідна, бажана з точки зору інтересів суспільства свідомо поведінка суб'єктів, суспільно корисна дія (чи бездіяльність), яка виражає їх волю, відповідає вимогам права, його ідеям, нормам, принципам, ґрунтується на позитивному ставленні до правових приписів норм і має позитивну оцінку з боку суспільства, держави³. По-друге,

¹ Оксамитний В.В. Правомірне поведіння людини: моногр. Київ: Наукова думка, 1985. С. 169-170.

² Бачинін В.А. Філософія права і преступления: моногр. Харків: Фолио. 1999. С. 226.

³ Голубовський В.Є. Правомірна поведінка: теоретико-методологічний аспект. Часопис Київського університету права. 2012. № 1. С. 71–72.

формально-юридичний напрямок природно пов'язує правомірну поведінку із відповідністю правовим нормам та принципам. Скажімо, П.М. Рабінович визначає правомірну поведінку як вчинки (діяння), які не суперечать приписам правових норм або основним принципам права правової держави¹. В.М. Кудрявцев вважав, що правомірна поведінка – це суспільно необхідна, бажана чи соціально прийнятна з точки зору інтересів суспільства поведінка суб'єктів права, яка відповідає приписам юридичних норм і забезпечується державою². По-третє, група авторів використовує прийом протиставлення правомірної поведінки її антиподу протиправній поведінці. С.А. Капітанська визначає правомірну поведінку як адекватну, необхідну людську поведінку, що регулюється правовими нормами і є антиподом протиправної поведінки. Домінуюча в суспільстві соціально цінна, корисна або прийнятна поведінка (дія чи бездіяльність), яка регулюється за допомогою норм права, охороняється державою і проявляється у формі реалізації права³. В.В. Копейчиков також діє на протиставленні протиправної правомірній поведінці, що характеризується соціальною корисністю, відповідністю моделям, відображеним у правових нормах, позитивними юридичними наслідками, як загальна форма реалізації суб'єктивних прав і обов'язків правомірна поведінка, впливаючи з характеру норм права, що реалізуються, здійснюється у вигляді їх дотримання, виконання та використання, а також правозастосування, тобто становить єдність юридичного та соціального змісту реалізації норм права⁴. По-четверте, деякі дослідники для визначення змісту правомірної поведінки оперують поняттям «законослухняної або правослухняної» поведінки. За їх поглядами правомірна поведінка це поведінка, що здійснюється на основі норм і принципів як позитивного, так і природного права, а законослухняна поведінка – поведінка, що відповідає вимогам закону, тобто тільки позитивного права. Здійснюючи свій вибір між різними варіантами вчинків, суб'єкт вступає в сферу дії права. Правомірний варіант поведінки всіляко заохочується і стимулюється з боку держави⁵. Своєрідністю вирізняється позиція В.К. Грищука, який вважає дещо некоректним використовувати поняття «правомірна» поведінка, тому що, в

¹ Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. К. : Атіка. 2001. С. 128.

² Кудрявцев В.Н. Правовое поведение: норма и патология: моногр. М. Юрид. лит., 1982. С. 149.

³ Капітанська С.А. Роль правомірної поведінки в процесі реалізації громадянами суб'єктивних прав та виконання юридичних обов'язків. Вісник. Хмельн. ін-ту регіонального управл. і права : Зб. наук. праць. 2002. Спецвип. № 1. С. 18–19.

⁴ Загальна теорія держави і права / А.М. Колодій, В.В. Копейчиков, С.Л. Лисенков та ін. Під ред. В.В. Копейчикова. К. : Юрінком Інтер. 2000. С. 199.

⁵ Полонка І. Конструктивно-теоретичний аналіз розуміння поняття та ознак правомірної поведінки. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 3. С. 131-136. URL.: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pgip_2016_3_25/; Кравчук В.М. Правовий простір особи та правовий менталітет. Порівняльно-аналітичне право: Електронне наукове фахове видання. № 4. 2016. С. 281-283. URL: http://pap.in.ua/4_2016/84.pdf

буквальному тлумаченні це поведінки, яка вимірюється (регулюється) правом. Всупереч цьому «неправомірна» поведінка правом не вимірюється (не регулюється), проте може регулюватися (вимірюватися) звичаями, релігійними чи моральними нормами та принципами або іншими суспільними чинниками. Цей вчений пропонує використовувати термін «законослухняна» поведінка, – а це відповідальна поведінка, яка характеризується свідомим підпорядкуванням людей вимогам закону, як реалізована необхідність свідомого і добровільного використання свого права, виконання обов'язку, дотримання заборони, що містяться у правових нормах¹.

За усім розмаїттям думок щодо змісту правомірної поведінки, на наш погляд, доміантою змісту досліджуваного правового явища є закріплений й реалізований в нормах кримінального права порядок дотримання, виконання, використання, застосування усіма суб'єктами заборон та дозволів, прав та обов'язків, покарань та заохочень тощо. Правомірна поведінка як свідомовольові вчинки (діяння) природно гармонізуються із основними загальноправовими та галузевими принципам права, ґрунтується на позитивному ставленні до правових приписів і позитивно оцінюється державою.

Природно, що кримінальне право як публічна, імперативно-владна галузь національного законодавства встановлює вичерпний перелік правопорушень (злочинів та проступків), які за своєю тяжкістю тягнуть призначення за обвинувальним вироком певного покарання як примусового обмеження у реалізації прав чи свобод людини та громадянина. Правова сутність кримінального покарання полягає саме в судовому обмеженні встановлених та гарантованих Конституцією України прав та свобод людини. Так, вказаний в ст. 3.1.2. проекту КК перелік основних видів покарань включає: а) штраф; б) ув'язнення на певний строк; в) довічне ув'язнення [1]. Штраф – це визначена судом грошова сума, яку особа, засуджена за злочин, повинна сплатити до Державного фонду відшкодування шкоди потерпілим (майнове обмеження); ув'язнення на певний строк полягає у строковому триманні та ресоціалізації засудженого в місці ув'язнення (тимчасове обмеження особистої свободи); довічне ув'язнення полягає у безстроковому триманні та ресоціалізації засудженого в місці ув'язнення (обмеження особистої свободи довічно)².

За цим своєрідно має виглядати заохочення в кримінальному праві. На нашу думку, заохочення в досліджуваній галузі права реалізується у вигляді позитивної кримінальної відповідальності на протигагу негативній кримінальній

¹ Гришук В.К. Філософсько-правове розумінні відповідальності людини: моногр. Хмельницький: Хмельницький ун-т управління та права. 2012. С. 199.

² Проект нового Кримінального кодексу України. Контрольний текст станом на 15.10.2021 р. URL.: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/19/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-18-10-2021.pdf/>

відповідальності, що тягне за собою вищевказані правові обтяження¹. Незважаючи на теоретичну і практичну значущість позитивної кримінальної відповідальності її концепція знаходиться у стані розробки. Філософи та теоретики права єдині у тезі, що юридична відповідальність є різновидом соціальної відповідальності, яка знаходить свій прояв у різноманітних формах життєдіяльності та поведінки людини². Відносини, які виникають між індивідами, регулюються соціальними, в тому числі й правовими нормами, що дозволяє створити найбільш ефективну й дієву систему функціонування суспільства. За своєю природою і характером впливу на суспільні відносини відповідальність займає провідне місце в системі соціальної регуляції. Логічним є припущення, що основні положення теорії соціальної відповідальності повинні органічно влітатися у тканину юридичної і, відповідно, кримінальної відповідальності. Зазначене положення має методологічне значення й зумовлює той факт, що при розкритті природи кримінальної відповідальності у повному обсязі зберігаються системні ознаки відповідальності соціальної. Соціальна відповідальність визначається кількома обов'язковими ознаками, а саме: у якості своєї передумови вона передбачає соціальну норму; нормативне відбиття соціальної дійсності зумовлює не тільки опрацювання визначених нормативів поведінки, а й соціальних засобів, прийомів, що спонукають людей до практичної поведінки; соціальні норми в процесі практичної реалізації підтримуються соціальним впливом, який може мати позитивний й негативний характер; соціальні норми, в тому числі й правові, не тільки визначають, моделюють бажану поведінку суб'єктів суспільних відносин, але й «специфічними засобами дозволяють або забороняють ті чи інші моделі поведінки у суспільному житті»³. Позиція прихильників позитивного аспекту кримінальної відповідальності базується на розумінні відповідальності як позитивного регулятора суспільних відносин. Позитивний і негативний аспекти відповідальності розглядаються ними у їх взаємозв'язку і взаємообумовленості. Зведення кримінальної відповідальності до однієї з сторін призводить до звуження її обсягу та змісту і неминуче гіперболізує негативний або позитивний аспект.

Правове стимулювання полягає в комплексному та багатовекторному впливі на всіх індивідуальних та групових суб'єктів кримінального права з метою формування правомірної поведінки із використанням відповідного правового інструментарію. В.М. Кудрявцев вважав, що стимулюючий вплив

¹ Хряпінський П.В. Позитивна кримінальна відповідальність (зміст, форми та реалізація) : наук. нарис. Запоріжжя: КСК-Альянс, 2008. С. 23-24.

² Гришук В.К. Философско-правовая парадигма ответственности человека : моногр. Хмельницький. Хмельницький ун-т управління и права. 2015. С. 341-342.

³ Звечаровский И.Э. Стимулирование в праве: понятие и структурные элементы. Правоведение. 1993. № 5. С. 116.

права полягає у юридичному визнанні, забезпеченні й заохоченні правомірних вчинків, корисних для суспільства, у їх моральному й матеріальному стимулюванні¹. Такий підхід до сутності стимулювання є найбільш поширеним, але не загально визнаним. Позиції правників залежно від обсягу правового інструментарію, що використовується з цією метою, поділилися на три напрямки. Так, перша група дослідників, в яку входять В.В. Оксамитний, О.І. Марцев, С.В. Полубинська та ін., вважають, що до стимулюючих заходів належить відносити увесь комплекс юридичного інструментарію, яким володіє право як упорядник суспільних відносин. Друга група вчених, у складі В.М. Баранова, І.Е. Звечаровського, В.О. Навроцького та ін., стверджують, що до стимулюючих належать як примусові (обов'язки, стягнення, заборони, покарання), так і заохочувальні засоби (права, пільги, привілеї, заохочення), а за цим пропонується виділяти негативне і позитивне стимулювання. Третя група правників, яка представлена Ю.В. Голиком, В.М. Кудрявцевим, В.В. Скибицьким та ін., у якості стимулюючих визнають виключно позитивні засоби правового впливу: права, пільги, привілеї, заохочення та ін. Прихильники цього погляду підкреслюють, що сутність стимулювання не може полягати у тому, що особа примушується до тієї чи іншої поведінки під страхом покарання². На наш погляд, кримінально-правові засоби стимулювання (права, обов'язки, заборони, заохочення, покарання тощо), що комбінуються у визначений законом спосіб, беруть безпосередню участь у правовому регулюванні та впливі. Якщо правове регулювання можна визначити як здійснюване певною системою галузевих юридичних засобів упорядкування суспільних відносин, то правовий вплив – це взятий в розмаїтті та єдності увесь процес дії права на суспільне життя, свідомість й поведінку людей. Правовий вплив є набагато об'ємним та більш різноплановим за правове регулювання. Відмінності цих близьких, але не тотожних правових категорій полягають, по-перше, у тому, що предмет правового регулювання значно вужчий. Правовий вплив включає також соціальні, світоглядні, морально-етичні, виховні та інші відносини, що безпосередньо не регулюються правом, але в той чи інший спосіб відчують його вплив. По-друге, правове регулювання завжди пов'язане із встановленням юридичних прав та обов'язків суб'єктів, невиконання чи порушення яких забезпечується державним реагуванням. На відміну від цього правовий вплив не

¹ Кудрявцев В.Н. Правовое поведение: норма и патология: моногр. М. Юрид. лит., 1982. С. 23-24.

² Оксамитный В.В. Правомерное поведение личности: моногр. Киев: Наукова думка, 1985. С. 47; Звечаровский И.Э. Посткриминальное поведение: понятие, ответственность, стимулирование : моногр. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1993. С. 30; Навроцький В.О. Посткримінальна поведінка: поняття, види, правове значення. Проблеми пенітенціарної теорії і практики : щоріч. бюл. К.: КЮІ ХНУВС. 2005. Вип. 10. С. 104; Голик Ю.В. Уголовное право как система, стимулирующая позитивное поведение. Весь мир живет до тех пор, пока живет память человека : сборн. науч. стат. Под ред. В.С. Комиссарова. М.: Моск. гос. ун-т, 2006. С. 32-33.

передбачає чіткого визначення прав та обов'язків, а тим більше примусового нормування суспільних відносин. По-третє, правове регулювання безпосередньо здійснюється шляхом реалізації правовідносин, які у якості передумови виникнення мають норму права та виникають, змінюються й зникають у зв'язку з конкретними юридичними фактами. Правовий же вплив спирається не лише на норму права, а й на більш системні правові феномени, такі як інститут, галузь і право в цілому. Окрім того, щоб змінювати свідомість й поведінку людей правовому впливу не обов'язково реалізовуватися у формі правовідносин й зумовлюватися юридичними фактами, як підставами для їх реалізації. Отже, правове регулювання є частиною механізму дії права, яка характеризується спеціально-юридичним упорядкуванням поведінки та діяльності адресатів, але безпосередньо з ним не пов'язана. В результаті правового впливу формується ціннісна, світоглядна основа, визначаються суспільно-корисні орієнтири діяльності учасників правовідносин в досягненні вищезазначених завдань права. Проте сама ця діяльність та результати, що досягаються в процесі її здійснення, змістом правового регулювання не охоплюються і пов'язані з іншими ланками механізму дії права. Зазначені відмінності правового регулювання й правового впливу не повинні розглядатися як «нездоланна стіна», тому що у реальній дійсності правові вплив та регулювання знаходяться у органічній єдності. Цікавою з цього приводу є позиція С.С. Алексеєва, який вважає, що стимулювання присутнє при інформаційному та ціннісно-орієнтовному впливі. Воно, як і примус, характеризує іншу площину – юридичний вплив, тобто правове регулювання¹. У даному випадку, автор не просто розглядає стимулювання як юридичний вплив, а й ототожнює такий вплив з правовим регулюванням. Вказує на єдність таких категорій як «стимулювання», «правове регулювання» та «правовий вплив». Правове регулювання виступає своєрідною основою та включає в себе й інші різновиди правового впливу, наприклад, такі як інформаційний, мотиваційний, виховний вплив тощо. А зазначені різновиди правового впливу певною мірою збагачують правове регулювання.

В літературі неодноразово підкреслювалась певна єдність та відмінність цих правових явищ². В основі стимулювання, як зазначає І.Е. Звечаровський, знаходяться дві органічно пов'язані ознаки: 1) об'єктивність стимулу, – він є зовнішнім фактором впливу на особу; 2) суб'єктивність стимулу, – він є активатором практичної поведінки особи. «Все те, що приводить людей до діяльності, - підкреслює цей дослідник, - у соціальному сенсі повинно пройти

¹ Алексеєв С.С. Проблемы теории государства и права: Учебник. М.: Юридическая литература, 1987. С. 29.

² Косович В. Правовий вплив і правове регулювання: критерії розмежування. Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2008. Вип. 46. С. 21-25; Онищенко Н.М. Правове регулювання та правовий вплив: поняття, взаємозумовленість та відмінність. Держава і право. 2004. Вип. 25. С. 3-5.

через їх голови, і будь-який зовнішній вплив тільки у процесі складної психічної діяльності, пов'язаної з системою потреб особистості, перетворюється у внутрішні спонукання до дії»¹. Для дослідження стимулювання необхідно розглянути дію правових засобів у психологічно-мотиваційному зрізі. С.С. Алексєєв пропонує розглядає стимулювання у кількох ракурсах. «Не кажучи вже про те, - вказував цей правник, - що стимулювання присутнє на інформаційному і ціннісно-орієнтовному впливі, воно, як і примус, характеризує в основному іншу площину – власне кажучи юридичний вплив, тобто правове регулювання. Саме тут, в межах аналізу правового регулювання, якщо пов'язувати стимулювання і примус з різноманітним юридичним інструментарієм, розгляд цих засобів впливу на волю й свідомість людини має значну наукову цінність. Інформаційний і ціннісно-орієнтований вплив, з одного боку, примус і стимулювання – з іншого, неможливо досліджувати одночасно: частково перехреснюючись, вони належать до різних зрізів правового впливу»².

Стимулювання до правомірної поведінки засобами, що притаманне кримінальному законодавству, здійснюється на декількох ціннісно-орієнтовних та психологічних рівнях: індивідуальному, груповому та загально соціальному. Природно, що його визначення здійснюється через психологічні категорії, такі як збудження, спонукання, мотивація тощо. Певною мірою враховуючи викладені вище погляди вчених щодо стимулювання правомірної поведінки, співвідношення кримінально-правового регулювання і правового впливу, ми розглядаємо стимулювання до правомірної поведінки як засіб досягнення задекларованого завдання проекту КК, в широкому та вузькому розумінні цього процесу. За цим до стимулюючих заходів належить цілісний комплекс юридичного інструментарію, яким володіє кримінальне право як упорядник відповідних правовідносин. На наш погляд, саме таке розуміння «стимулювання осіб до правомірної поведінки» закладено в проекті КК Робочою групою з питань розвитку кримінального законодавства. Під стимулюванням у вузькому сенсі необхідно розуміти позитивний процес, збуджувальний фактор, прагнення, спонукання, мотивування до правомірної, соціально-корисної поведінки. На відміну від стимулюючих норм, кримінально-правові заборони відіграють роль «анти-стимулу», - гальмуючого фактору, що обмежує особу у визначених законом рамках поведінки. Вони забороняють вчиняти протиправні діяння під страхом кримінального покарання. Дихотомія «дозвіл – заборона», «позитивне – негативне», «заохочення – покарання» у свідомості існує у якості структури психічної активності людини. В.М. Бехтерєв вказував на заборони та стимули як вирішальні фактори впливу на мозок людини. «По відношенню до діянь та

¹ Звечаровский И.Э. Поскриминальное поведение: понятие, ответственность, стимулирование : моногр. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1993. С.74.

² Алексєєв С.С. Философия права: история и современность: Проблемы, тенденции, перспективы : моногр. М.: Норма, 1999. С. 146.

вчинків людини, - писав цей вчений, - є соціальні гальма у вигляді заборон з боку старших у родині, з боку носіїв влади, з боку звичаїв, правил порядності, моди, законів, суспільної думки. Ці гальма накладають відповідні обмеження на людину, змушують її триматися у межах, не допускати конфліктів з оточуючим середовищем, а якщо вони з'явилися – сприяти можливому їх обмеженню та попередженню на майбутнє. З іншого боку, поряд із гальмами є й соціальні стимули у вигляді схвалення старших, високої оцінки вчинків, суспільної думки та інших різноманітних заохочувальних заходів. Саме ці стимули і спонукають людину до діяльності на користь інших, на користь суспільства у цілому, іноді навіть шкодячи своїм особистим інтересам»¹. Саме такий погляд, на наш погляд, більш гармонійно узгоджується із правовими обмеженнями та правовими стимулами як основними соціальними регуляторами поведінки особи.

До саме такого розуміння змісту стимулювання правомірної поведінки приходять більшість її дослідників Так, О.О. Барабаш, досліджуючи на загальнотеоретичному рівні правові засоби стимулювання правомірної поведінки людини в праві, приходять до висновку, що така поведінка людини – це вияв цілеспрямованої активності соціального суб'єкта, спрямований на практичну взаємодію з навколишнім середовищем задля підтримання свого існування. Людина завжди характеризується складністю своєї поведінки. Така поведінка визначається не лише внутрішніми переконаннями та свідомістю людини. На її прояви впливають також багато інших чинників, які часто не залежать від людини. Також поведінка людини – це результат багаторічних впливів на неї різноманітних виховних чинників, сімейної ситуації тощо. Визначення факторів, що впливають на поведінку людини, є необхідним для запобігання девіацій та формування правомірності поведінки громадян. Тому з метою якісного та кількісного збільшення проявів бажаної для суспільства поведінки в праві передбачені різні правові засоби її забезпечення та стимулювання, основними серед яких є зобов'язання, заохочення та дозвіл бажаної для суспільства поведінки². Зовнішній вплив на волю і свідомість людей за допомогою права може здійснюватися у різний спосіб, але, в цілому, зводиться до двох основних методів: імперативного методу заборони визначення кримінальних правопорушень, реалізація якого забезпечується застосуванням правових заходів примусу та диспозитивного методу стимулювання заохоченням суспільно-корисних різновидів поведінки³.

¹ Бехтерев В.М. Мозг и его деятельность : науч. издан. М.-Л.: Госиздат, 1928. С. 304.

² Барабаш О.О. Правові засоби стимулювання позитивної поведінки людини : загально-теоретичний аспект. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2018. № 2. С. 12-16. DOI:10.31733/2078-3566-2018-3-12-16.

³ Хряпінський П.В. Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України : моногр. Харків: Харків юридичний, 2009. – С. 66-67.

Фріс П.Л. Идеология кримінально-правової політики : моногр. Івано-Франківськ. Супрун П.П. 2021.С. 360.

6.2. Система засобів стимулювання до правомірної поведінки у проекті Кримінального кодексу

Розробники проекту КК, як вже зазначалось, виходять із положення, що у стимулюванні до правомірної поведінки має залучатися увесь комплекс кримінально-правових засобів. Таким чином виокремлюється дві підсистеми негативного та позитивного стимулювання. Про такий підхід свідчить нове формулювання мети покарання. В ч. 2 ст. 3.1.1. «Поняття покарання та його мета» вказується, що покарання має на меті кару, запобігання кримінальним правопорушенням і спонукання особи до правослухняної поведінки. **За багато століть людство звикло до існування дихотомії «злочин – покарання»¹.**

Проте, як слушно зазначає М.І. Хавронюк, **злочиним у різні часи і у різних народів розумілось все, що завгодно, – від жорстокого вбивства до прогулу учнем занять у школі і від належності до певної політичної партії до чаклунства. А під покаранням найчастіше розуміли і розуміють смертну кару і позбавлення волі: якщо когось не ув'язнили, то ніби як слід і не покарали.** Історичний прогрес кримінального законодавства, хочемо ми цього чи ні, полягає у гуманізації ставлення до засудженого. У ретроспективі послідовно це виглядає таким чином: відмова від кваліфікованих (жорстоких) видів смертної кари, калічницьких та інших тілесних покарань, каторжних робіт; значне витіснення тюремного ув'язнення штрафом та іншими майновими покараннями, обов'язковими роботами; введення пробації, інших видів так званого умовного покарання; вилучення неповнолітніх із сфери загального кримінального права; загальна заборона смертної кари і будь-яких покарань, які можуть завдати фізичних страждань або принизити людську гідність; все більш широкий спектр покарань, альтернативних позбавленню волі; трансформація окремих видів покарань в інші примусові заходи, які не є покаранням. Вже сьогодні більшість розвинених держав світу, поступово відступаючи від постулатів неокласичної школи кримінального права і виходячи із мети ресоціалізації винного, як основної мети кримінального закону, у своїй кримінально-правовій політиці дотримується дуалізму покарань та інших заходів кримінально-правового впливу, насамперед так званих «заходів безпеки» (у різних кримінальних кодексах останні іменуються також, як «кримінально-правові заходи», «заходи виправлення і безпеки», «заходи впливу», «інші заходи кримінальної відповідальності», «інші заходи», «наслідки засудження до покарання», «попереджувальні заходи», «особливі правові наслідки злочину», «інші правові наслідки злочину» тощо). Зазначений дуалістичний підхід, який отримав назву «двоколіїності» (від нім. *das*

¹ Проект нового Кримінального кодексу України. Контрольний текст станом на 15.10.2021 р. URL.: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/19/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-18-10-2021.pdf/>

zweispurige System) заходів кримінально-правового впливу, застосовано, наприклад, у кримінальному законодавстві Іспанії, Австрії, Швейцарії, ФРН, Голландії, Данії, Італії, Болгарії, Польщі, Естонії, Литві, Молдові та ін. Сутність його у тому, що одночасно застосовуються покарання (die Strafe), спрямоване на відплату і залякування, та інші заходи (die Massnahme), спрямовані на спеціальну превенцію, усунення небезпеки і вирішення завдань з відновлення становища, що існувало до вчинення діяння¹.

Кримінальний кодекс України є єдиним законом України, який на засадах верховенства права регулює суспільні відносини між державою, потерпілими особами та особами, які вчиняють передбачені цим Кодексом діяння, шляхом встановлення: а) вичерпного переліку видів та ознак кримінальних правопорушень – злочинів і кримінальних проступків (далі у цьому Кодексі – проступки); б) видів і розмірів кримінально-правових засобів; в) підстав та умов, за яких ці засоби застосовуються або не застосовуються (ст. 1.1.1. проекту КК)². В проекті КК запроваджено низку законотворчих новел підвищення ефективності негативного стимулювання до правомірної поведінки, що безпосередньо відображається, крім іншого, в таких вихідних положеннях. Вперше закріплені принципи проекту КК, а саме: законність (не є кримінальним правопорушенням діяння та. не можуть бути застосовані кримінально-правові засоби, не встановлені цим Кодексом) (ст. 1.2.1. проекту КК); юридична визначеність (положення цього Кодексу мають відповідати вимогам достатньої чіткості, зрозумілості та передбачуваності, щоб давати особі можливість заздалегідь знати, які діяння є кримінальними правопорушеннями та які кримінально-правові засоби передбачені за їх вчинення) (ст. 1.2.2. проекту КК); рівність перед Кримінальним кодексом (всі особи є рівними перед цим Кодексом) (ст. 1.2.3. проекту КК); пропорційність (кримінально-правові засоби є крайніми засобами реагування держави на протиправні діяння та встановлюються пропорційно до ступеня тяжкості кримінального правопорушення і застосовуються відповідно до ступеня його тяжкості та особи винного) (ст. 1.2.4. проекту КК); індивідуальність (кримінально-правові засоби мають індивідуальний характер. Не допускаються колективна відповідальність і відповідальність за діяння інших осіб) (ст. 1.2.5. проекту КК); гуманізм (передбачає гуманне обмеження прав і свобод особи, яка вчинила протиправне діяння, забезпечує визнання та дотримання прав, свобод і законних інтересів потерпілої особи, у тому числі права на реституцію та компенсацію) (ст. 1.2.6. проекту КК); однократність (особа не може бути піддана покаранню та іншим кримінально-правовим засобам за цим Кодексом більше

¹ Хавронюк М.І. Заходи кримінально-правового впливу. URL.: <http://justice.org.ua/politika-i-pravopodiji-fakti-komentari/zakhodi-kriminalno-pravovogo-vplivu/> (дата звернення: 11.10. 2021).

² Проект нового Кримінального кодексу України. Контрольний текст станом на 15.10.2021 р. URL.: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/19/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-18-10-2021.pdf/>

одного разу за те саме діяння) (ст. 1.2.7. проекту КК); сумлінне виконання міжнародних зобов'язань (кодекс має відповідати чинним міжнародним договорам, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України та застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини) (ст. 1.2.8. проекту КК)¹.

З цього приводу зауважимо, що більше чим за сторіччя законодавець спромігся у кримінальному законі держави прямо вказати принципи як «керівні засади, початкові або відправні положення, які пронизують всю кримінально-правову матерію». Подолана правова невизначеність, яка полягала у тому, що М.Й. Коржанський образно визначав «безпринципністю у праві». Цей науковець писав, що недоліки та хиби правосуддя, особливо у сфері боротьби зі злочинністю та найбільш значні їх шкідливі наслідки, виявляються саме там де порушуються принципи. Наслідки порушення принципів кримінального права настільки тяжкі і незворотні, що від права майже нічого не залишається². Підкреслюючи безумовно прогресивний крок в кримінально-правовому законотворенні, слід звернути увагу на певну перевантаженість суто галузевих принципів окремими загально правовими постулатами, як-то: законність, рівність, гуманізм тощо. Проте, як зазначав вищевказаний науковець, у нас не вироблено навіть досить задовільних уявлень про принципи кримінального законодавства. Ті положення, які називаються в кримінально-правовій літературі принципами, в дійсності принципами законодавства не можуть бути визнані. Демократизм, законність, гуманність і справедливість це не тільки не принципи законодавства, а взагалі найбільш поширені суспільно-філософські категорії. До законодавства вони мають таке ж відношення, як і до економіки, політики та всіх інших сфер суспільного життя. Ніякого практичного значення для правової дійсності вони не мають, не можуть мати якого-небудь практичного застосування чи використання, реалізації. Ніхто і ніде не може вимагати їх конкретного виконання і ніхто не може бути відповідальним за їх порушення. Таким чином, ці загальносуспільні (чи філософські) категорії не можуть бути принципами законодавства, а ще більше — однієї галузі законодавства - законодавства кримінального³.

На загальнотеоретичному рівні науковці виокремлюють, щонайменше чотири групи правових принципів в залежності від їх гносеологічного, ціннісного спрямування та закріплення в праві: загально правові; міжгалузеві, галузеві та принципи правових інститутів в межах певної галузі права. Так,

¹ Проект нового Кримінального кодексу України. Контрольний текст станом на 15.10.2021 р. URL.: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/19/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-18-10-2021.pdf/>

² Коржанський М.Й. Нариси уголовного права. Київ: Генеза. 1999. С. 66.

³ Коржанський М.Й. Кримінальне право і законодавство України. Частина Загальна. Курс лекцій. За ред. М. Й. Коржанського. К.: Атіка, 2001.432с. І5

РОЗДІЛ VI Стимулювання до правомірної поведінки в проекті Кримінального кодексу України

О.О. Олійник зазначає, що саме принципи забезпечують одноманітне формування норм кримінального права та складають стрижень права, об'єднуючи усі системи цієї галузі права. Саме тому принципи вносять єдність у всю систему кримінально-правових норм і кримінально-правового регулювання суспільних відносин¹.

Інноваційною виглядає класифікація кримінальних правопорушень залежно від ступеня тяжкості поділяються на проступки і злочини. Залежно від форми вини кримінальні правопорушення поділяються на умисні та необережні. Умисні злочини мають десять ступенів тяжкості з урахуванням: а) виду заподіяної ними шкоди і б) ознак складу злочину, які змінюють ступінь тяжкості злочину (ст.ст. 2.1.7–2.1.10 проекту КК). Необережні злочини мають два ступеня тяжкості з урахуванням виду заподіяної ними шкоди. Пропонується на законодавчому рівні визначити такі види шкоди: 1) неістотна шкода, різновидами якої є: а) неістотна майнова шкода (пункт (а) частини 1 статті 1.3.3 цього Кодексу); б) порушення прав і свобод людини чи громадянина, якщо така шкода не визначена у цьому Кодексі як істотна, значна чи тяжка шкода; в) порушення інтересів суспільства або держави, якщо така шкода не визначена у цьому Кодексі як істотна, значна чи тяжка шкода (ст. 2.1.6. проекту КК); 2) істотна шкода, різновидами якої є: а) істотна шкода здоров'ю (пункт (а) частини 1 статті 1.3.4 цього Кодексу); б) істотна майнова шкода (пункт (б) частини 1 статті 1.3.3 цього Кодексу); в) порушення інформаційної безпеки; г) істотне порушення прав і свобод людини чи громадянина, якщо така шкода не визначена у цьому Кодексі як значна чи тяжка шкода; д) істотне порушення інтересів суспільства або держави, якщо така шкода не визначена у цьому Кодексі як значна чи тяжка шкода (ст. 2.1.7. проекту КК); 3) значна шкода, різновидами якої є: а) значна шкода здоров'ю (пункт (б) частини 1 статті 1.3.4 цього Кодексу); б) порушення статевої свободи, статевої недоторканості особи або статевої моралі, якщо така шкода не визначена у цьому Кодексі як тяжка шкода; в) значна майнова шкода (пункт (в) частини 1 статті 1.3.3 цього Кодексу); г) значне порушення прав і свобод людини чи громадянина, якщо така шкода не визначена у цьому Кодексі як тяжка шкода; д) порушення публічного порядку; е) порушення безпеки об'єктів критичної інфраструктури та вплив небезпечних предметів; є) небезпечний вплив на здоров'я людей наркотичних засобів та психотропних речовин або рослин (чи їх частин), що їх містять, пов'язаний з їх збутом; ж) порушення безпеки руху та експлуатації транспорту; з) порушення екологічної безпеки; и) порушення інтересів публічної служби, правосуддя, військового чи міжнародного правопорядку, якщо така шкода не визначена у цьому Кодексі як тяжка шкода; і) порушення таємниці інформації, що належить державі, безпеки державного кордону України чи порядку перетинання межі тимчасово окупованої

¹ Олійник О.О. Принципи кримінального права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук. 12.0008. Дніпро. 2020. ДДУВС. С. 12.

території України, порядку публічного управління та авторитету держави, порядку публічної служби, порядку призову, мобілізації та альтернативної служби, порядку несення військової служби у мирний час; і) інше значне порушення інтересів суспільства або держави, якщо така шкода не визначена у цьому Кодексі як тяжка шкода; й) реальна загроза (небезпека) настання або погроза заподіяння тяжкої шкоди (ст. 2.1.8. проекту КК); 4) тяжка шкода, різновидами якої є: а) тяжка шкода здоров'ю (пункт (в) частини 1 статті 1.3.4 цього Кодексу) людини чи плоду людини; б) тяжке порушення статевої свободи, пов'язане з проникненням, без добровільної згоди потерпілої особи; в) тяжка майнова шкода (пункт (г) частини 1 статті 1.3.3 цього Кодексу); г) масове інфекційне чи неінфекційне захворювання людей; д) порушення безпеки суспільства від впливу злочинних організацій та від тероризму; е) порушення безпеки держави; є) порушення порядку несення військової служби у воєнний час; ж) порушення міжнародного гуманітарного права; з) реальна загроза (небезпека) настання або погроза заподіяння особливо тяжкої шкоди (ст. 2.1.9. проекту КК); 5) особливо тяжка шкода, різновидами якої є: а) смерть людини; б) смерть двох чи більше людей; в) загибель плоду людини, починаючи з двадцять другого тижня вагітності (ст. 2.1.10. проекту КК)¹.

Аналізуючи засоби негативного стимулювання до правомірної поведінки слід зазначити, що серед широких верст населення із використанням сучасних телекомунікаційних заходів, радіо та телебачення основні новації проекту КК були роз'яснені та проаналізовані. Система розділів Особливої частини проекту КК, що повністю складається з охоронних норм негативного стимулювання, має певною мірою традиційну та аргументовану компоновку. Наприклад, Книга четверта Особливої частини проекту КК «Злочини проти людини і громадянина» має одинадцять наступних розділів: «4.1. Злочини проти життя людини; Розділ 4.2. Злочини проти здоров'я людини; Розділ 4.3. Злочини проти права людини на охорону здоров'я; Розділ 4.4. Злочини проти (ментальної та фізичної) безпеки людини; Розділ 4.5. Злочини проти волі і гідності людини; Розділ 4.6. Злочини проти статевої свободи, статевої недоторканості та статевої моральності; Розділ 4.7. Злочини проти сім'ї, дітей та вразливих осіб; Розділ 4.8. Злочини проти приватності та соціально-економічних прав людини; Розділ 4.9. Злочини проти інших особистих прав людини; Розділ 4.10. Злочини проти виборчих прав та референдумного права громадян; Розділ 4.11. Злочини проти рівноправності та інших політичних прав громадян»².

¹ Проект нового Кримінального кодексу України. Контрольний текст станом на 15.10.2021 р. URL.: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/19/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-18-10-2021.pdf/>

² Проект нового Кримінального кодексу України. Контрольний текст станом на 15.10.2021 р. URL.: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/19/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-18-10-2021.pdf/>

Щодо професійного середовища юристів-практиків та вчених-правників, студентів ЗВО правничого спрямування, то засоби «IT-technology», на наш погляд, надали найповнішу можливість ознайомити з проектом КК. Проведено значну кількість репрезентативних науково-практичних конференцій, круглих столів, семінарів тощо. Серед останніх таких заходів вкажемо: VII Львівський форум кримінальної юстиції (16-18 вересня 2021 р.), V Харківський міжнародний юридичний форум (20-24 вересня 2021 р.), на яких із науковими доповідями щодо відповідних положень проекту КК виступили голова та члени Робочої групи з питань розвитку кримінального законодавства: Ю.В. Бауліна, М.І. Хавронюк, Н.О. Гуторова, Ю.А. Пономаренко, О.П. Горох та інші науковці та практики¹, а також Міжнародну наукову конференцію «Реформування кримінального законодавства України: сучасність та майбутнє» в онлайн-режимі, яка проходила **Робочою групою з питань розвитку кримінального права, Національним юридичним університетом імені Ярослава Мудрого спільно із Громадською організацією «Всеукраїнська асоціація кримінального права» за підтримки Консультативної місії Європейського Союзу 22-23 жовтня 2021 р. в м. Харкові.** Конференція була присвячена обговоренню проекту Загальної частини та концептуальних засад побудови Особливої частини нового Кримінального кодексу України. Конференція об'єднала **більше 100 науковців** України та зарубіжних країн, представників судових органів та органів правопорядку. Окрім роботи на платформі «Zoom» конференція також транслювалась на YouTube-каналі кафедри кримінального права №1².

З часу обговорення основних положень проекту нового Кримінального кодексу України та майбутнього моменту набуття чинності цим законом на всіх громадян здійснюється загальний кримінально-правовий вплив. У рамках цього впливу кожний громадянин у загальних рисах знає, які діяння визнаються державою злочинними та, яке типове покарання може бути призначене за його вчинення. Таким чином, слушно зазначає Т.О. Леснієвські-Костарева, законодавець сконструював типову модель злочину, чим окреслив межі законослухняної поведінки³. Необхідно погодитися із В.Д. Філімоновим, який підкреслює, що сутність суспільного відношення, що охороняється, полягає в

¹ Львівський форум кримінальної юстиції об'єднує науковців та практиків. URL.: <https://www.lvduvs.edu.ua/component/k2/item/2417-lvivskyi-forum-kryminalnoi-iustytysii-obiednuie-naukovtsiv-ta-praktykiv/> (дата звернення: 18.09. 2021); Харківський міжнародний юридичний форум (20-24 вересня 2021 р.). URL.: <https://legalforum.nlu.edu.ua/zahody-2021/> (дата звернення: 26.09. 2021).

² Міжнародна наукова конференція «Реформування кримінального законодавства України: сучасність та майбутнє» <https://newcriminalcode.org.ua/article/on-lajn-zasidannya-robochoyi-grupy-z-pytan-rozvytku-kryminalnogo-prava-chastyna-iv-i84> (дата звернення: 25.10. 2021).

³ Лесніевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика: моногр. 2-е изд., перер. и доп. М.: Изд-во НОРМА, 2000. С. 41.

тому, що встановлені кримінальним законом заборони вчиняти конкретні суспільно-небезпечні діяння, поєднані з загрозою застосування покарання за його порушення, об'єднують у собі засоби вимоги та санкції, які виражають єдність у цій сфері інтересів особи, суспільства і держави, та їх соціальну справедливість¹. На цей же аспект впливу вказував й М.Д. Дурманов, який в свої часи зауважив, що кримінально-правова норма реально діє не з моменту вчинення злочину і, тим більше, не з моменту застосування санкції, а з моменту видання та вступу у дію закону, у якому вона є².

Системність викладення правової матерії є наріжним каменем проекту Кримінального кодексу України. Система кримінального законодавства залишилася на традиційному поділі на Загальну та Особливу частини. Разом із тим, хоча Загальна частина в більшій мірі залишила умовний поділ на вчення про злочин (правопорушення) та покарання (заходи кримінально-правового вилу), то Особлива частина проекту КК трансформована більш радикально. Насамперед звертає на увагу відсутність кримінально-правової санкції у звичному її розумінні. Тобто, в приписах Особливої частини санкцію заміщує згадка про ступінь тяжкості злочину, що відповідає вчиненому правопорушенню. Скажімо, найбільш тяжким визнається вбивство, яке має наступну диспозицію: «Особа, яка протиправно заподіяла смерть іншій людині, вчинила злочин 7 ступеня» (ст. 4.1.4. проекту КК). В той час кожен розділ Особливої частини починається із приписів, в яких вказуються ознаки складу злочину, які або знижують тяжкість злочинів, передбачених відповідним розділом. Так, щодо розділу 4.1 «Злочини проти життя людини», Книги четвертої «Злочини проти людини та громадянина»: «Ознакою складу злочину, яка знижує на два ступеня тяжкість злочинів передбачених цим розділом, є вчинення злочину: а) передбаченого статтею 4.1.4 цього Кодексу, виключно з мотиву співчуття до невиліковно хворої людини (крім неповнолітньої особи або вагітної жінки) та з метою позбавлення її нестерпних фізичних страждань за її неодноразовим, явно вираженим проханням, або ознаки складу злочину, які підвищують тяжкість злочинів, передбачених відповідним Розділом: «Ознаками складу злочину, які підвищують на два ступені тяжкості злочинів, передбаченого цим Розділом, є вчинення злочину, передбаченого статтею 4.1.4. цього Кодексу: а) щодо двох або більше людей, б) особою, яка раніше вчинила злочин, передбачений статтею 4.1.4. цього Кодексу».

Як бачимо, санкції в Особливій частині носять дещо незвичний, так би мовити відсилочний характер. Розкриваються санкції в ст.3.1.6. Загальної частини проекту КК «Санкції за злочини: 1. Покарання за злочин залежно від

¹ Филимонов В.Д. Охранительная функция уголовного права: моногр. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. С. 180.

² Дурманов Н.Д. Советский уголовный закон: моногр. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1967. С. 136.

ступеня його тяжкості (стаття 2.1.11 цього Кодексу) призначається в межах таких санкцій: Злочин 1 ступеня штраф у розмірі від 100 до 500 розрахункових одиниць або ув'язнення на строк від трьох місяців до двох років. Злочин 2 ступеня штраф у розмірі від 500 до 1000 розрахункових одиниць або ув'язнення на строк від двох до трьох років. Злочин 3 ступеня штраф у розмірі від 1000 до 2000 розрахункових одиниць або ув'язнення на строк від трьох до чотирьох років. Злочин 4 ступеня ув'язнення на строк від чотирьох до шести років. Злочин 5 ступеня ув'язнення на строк від шести до восьми років. Злочин 6 ступеня ув'язнення на строк від восьми до десяти років. Злочин 7 ступеня ув'язнення на строк на строк від десяти до тринадцяти років. Злочин 8 ступеня ув'язнення на строк від тринадцяти до шістнадцяти років. Злочин 9 ступеня ув'язнення на строк від шістнадцяти до двадцяти років або довічне ув'язнення. Злочин 10 ступеня ув'язнення на строк від двадцяти до тридцяти років або довічне ув'язнення»¹.

Крім іншого, реалізуючи положення ст. 2.1.11. Загальної частини проекту КК «Класифікація кримінальних правопорушень», в частині, що всі кримінальні правопорушення залежно від ступеня тяжкості поділяються на проступки і злочини, Особлива частина проекту КК в книзі дев'ятій «Кримінальні проступки» вирішує проблему викладення цього специфічного виду правопорушення. Вони поділяються на чотири розділи: «Розділ 9.1. Кримінальні проступки проти людини і громадянина; Розділ 9.2. Кримінальні проступки проти суспільства; Розділ 9.3. Кримінальні проступки проти власності, фінансів і господарської діяльності; Розділ 9.4. Кримінальні проступки проти держави». Покарання за проступок призначається в межах такої санкції: а) грошове стягнення у розмірі від 50 до 100 розрахункових одиниць, б) безоплатні роботи на строк від 1 до 3 місяців, в) обмеження свободи пересування на строк від 15 днів до 3 місяців або г) арешт на строк від 15 днів до 3 місяців (ст. 3.1.11. проекту КК)².

6.3. Види засобів стимулювання до правомірної поведінки у проекті Кримінального кодексу

Результат негативного стимулювання правомірної кримінально-правової поведінки полягає насамперед у тому, що громадяни не вчиняють кримінальні правопорушення (злочини або проступки), об'єктивні та суб'єктивні ознаки (склад правопорушення) яких передбачаються чинним кримінальним

1 Проект нового Кримінального кодексу України. Контрольний текст станом на 15.10.2021 р. URL.: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/19/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-18-10-2021.pdf/>

2 Проект нового Кримінального кодексу України. Контрольний текст станом на 15.10.2021 р. URL.: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/19/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-18-10-2021.pdf/>

законодавством. Принагідно ще раз зауважимо, що громадяни у абсолютній більшості не роблять цього у зв'язку із своїми ціннісними установками, моральними принципами, у тому числі, дотримуючись основних заповідей Православ'я. Разом із тим, не складно побачити, що вказана правомірна кримінально-правова поведінка є правомірною бездіяльністю. З цієї точки зору правомірна бездіяльність не має занадто складної психоемоційної та фізичної або поведінкової внутрішньої структури¹. Вплив кримінальних заборон на свідомість громадян здійснюється на інформаційно-психологічному рівні та реалізується у повсякденній законослухняній поведінці. Зміст такого впливу не є однорідним. Виділяють три категорії громадян по їх відношенню до кримінально-правових заборон: а) громадяни, які не вчиняють злочинів, дотримуються кримінально-правових заборон у зв'язку з твердими моральними переконаннями і високими позитивними особистими якостями; б) громадяни, які утримуються від вчинення злочинів, дотримуються кримінально-правових заборон під потенційною загрозою кримінальної відповідальності та покарання; в) громадяни, які ігнорують кримінально-правові заборони, скоюють злочини, усвідомлюючи загрозу кримінального покарання². Разом з тим, для більшості законослухняних громадян, які складають першу з визначених груп, зміст кримінально-правових заборон не є основним соціальним регулятором поведінки. Кримінальний закон, встановлюючи протиправні діяння і підтримуючи їх загрозою покарання, тільки посилює негативне ставлення громадян до подібних вчинків та сприяє ще більшому ствердженню їх у своїх переконаннях. Суб'єктами правомірної поведінки в кримінально-правовому сенсі є всі особи, які у силу виконання визначених соціальних ролей у суспільних відносинах, урегульованих та охоронюваних цим законом, поведуться правомірно, а не тільки ті, кого від вчинення протиправного діяння утримує загроза застосування покарання, тобто потенційні суб'єкти кримінальних правопорушень.

Негативне та позитивне стимулювання безумовно є тривалим процесом впливу правових стимулів на інтереси кримінально-правових суб'єктів, який, як будь-який процес, включає ряд взаємопов'язаних та взаємодоповнюючих стадій (етапів). В літературі виокремлюють такі етапи: 1) з'ясування потреб та інтересів особи; 2) вироблення та закріплення правових стимулів у нормі права; 3) інформування особи про існуючі правові стимули; 4) усвідомлення відповідної інформації, постановка цілей та вибір засобів для їх досягнення;

¹ Калюжний Р.А., Лапка О.Я., Пікуля Т.О. Правові стимули в механізмі правового стимулювання : моногр. Київ : «МП Леся», 2013. С.170-171.

² Велика українська юридична енциклопедія. У 20-ти томах. Том 17. Кримінальне право. Ред. 17-го тому: Тацій В.Я., Борисов В.І., Тютюгін В.І. та ін. Харків: Право. 2017. С. 207-208.

5) вчинення правомірного діяння (реалізація норми права); б) задоволення своїх потреб та інтересів¹.

До правомірної поведінки, що стимулюється у визначений кримінальним законом спосіб, відноситься також такі різновиди як використання суб'єктивного права, службових обов'язків та дозволів. В ст. 2.7.1. проекту КК закріплено поняття обставин, що виключають протиправність діяння: «Обставиною, що виключає протиправність діяння, є дія або бездіяльність, яка: а) заподіює шкоду, б) є правомірною, тобто вчинена при використанні особою свого суб'єктивного права, виконанні юридичного обов'язку або здійсненні державно-владних повноважень, і в) відповідає умовам, передбаченим Конституцією України, цим Розділом, іншим законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України» Нормами, що стимулюють осіб до правомірної поведінки, виступають: ст. 2.7.2. КК Необхідна оборона; ст. 2.7.3. Використання захисного засобу, що вражає автономно; ст. 2.7.4. Затримання особи, яка вчинила протиправне посягання; ст. 2.7.5. Крайня необхідність; ст. 2.7.6. Виправданий ризик; ст. 2.7.7. Заподіяння шкоди за згодою особи; ст. 2.7.8. Заподіяння шкоди під час занять спортом; ст. 2.7.9. Виконання професійних або службових обов'язків; ст. 2.7.10. Виконання законного наказу або розпорядження; ст. 2.7.11. Суперечність (колізія) обов'язків; ст. 2.7.12. Виконання спеціального завдання із запобігання чи розкриття злочинів організованої групи; ст. 2.7.13. Застосування фізичного впливу, спеціальних засобів, зброї; ст. 2.7.14. Помилка щодо обставини, яка виключає протиправність діяння. В Загальній частині проекту КК нормами, що стимулюють осіб до правомірної поведінки та можуть спричинити смерть іншої людини, виступають: необхідна оборона; використання захисного засобу, що вражає автономно; затримання особи, яка вчинила протиправне посягання; крайня необхідність та інші. В ст. 2.7.2. проекту КК вказано, що кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути протиправного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади для відвернення чи припинення такого посягання. Підставою необхідної оборони є посягання, яке: а) становить протиправне діяння приватної чи службової особи, яка його вчиняє, б) загрожує негайним заподіянням істотної, значної, тяжкої або особливо тяжкої шкоди, та в) існує реально, а не в уяві особи, яка обороняється².

¹ Полонка І. Конструктивно-теоретичний аналіз розуміння поняття та ознак правомірної поведінки. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 3. С. 133. URL.: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pgip_2016_3_25/ (дата звернення: 18.10.2021).

² Проект нового Кримінального кодексу України. Контрольний текст станом на 15.10.2021 р. URL.: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/19/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-18-10-2021.pdf/>

Обставини, що виключають протиправність діяння, відносяться до норм, що стимулюють суспільно-правову активність особи, високу громадську відповідальність, особисту ціннісну установку на протидію протиправним посяганням та кримінальним правопорушенням. Натомість вказані обставини не є однаковими з точки зору суспільної корисності за умов дотримання їх правомірності. На наш погляд, за умов дотримання правомірності, обставини, що спрямовані на захист життя, можна поділити на три різновиди: 1) «абсолютної корисності» - необхідна оборона, затримання особи, що вчинила протиправне посягання, виконання спеціального завдання із запобігання чи розкриття злочинів організованої групи; 2) «прийнятної корисності» - крайня необхідність, використання захисного засобу, що вражає автономно, виконання законного наказу або розпорядження, діяння, пов'язане з ризиком; 3) «вибачальної корисності» - заподіяння шкоди під час занять спортом, суперечність (колізія) обов'язків, застосування фізичного впливу, спеціальних засобів, зброї, помилка щодо обставини, яка виключає протиправність діяння. Утім, об'єднуючою ознакою вищевказаних обставин є наявність суспільно-корисної мети особи, що здійснює той чи інший варіант обставин, що виключають протиправність діяння. Обставини, що виключають протиправність діяння, відносяться до правомірної кримінально-правової поведінки у стимулюванні до якої держава зацікавлена в особливий спосіб. Таким способом виступає виключення кримінальної відповідальності за відсутності протиправності, якщо особа не перевищила межі необхідної оборони. Особа, яка перевищила межі необхідної оборони, підлягає кримінальній відповідальності лише у певних випадках, передбачених у статті проекту КК, а саме за умисне заподіяння тому, хто посягає, смерті або тяжкої шкоди здоров'ю, що явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту¹.

Правомірною поведінкою також є остаточне припинення суб'єктом злочину за своєю волею готування до злочину або замаху на злочин, а саме: ст. 2.4.4. Добровільна відмова при незакінченому злочині; ст. 2.4.5. Добровільна відмова при незакінченому злочині, вчиненому у співучасті. До правомірної поведінки, що стимулюється у визначений кримінальним законом спосіб, відноситься також позитивна постримінальна поведінка у вигляді дійового каюння у вчиненому кримінальному правопорушенні, у тому числі неповнолітніх осіб, а саме: ст. 3.2.2. Обставини, які пом'якшують покарання за злочин та проступок: а) добровільне зізнання особи органу державної влади чи органу місцевого самоврядування про вчинене кримінальне правопорушення; б) сприяння розкриттю та розслідуванню кримінального правопорушення;

¹ Проект нового Кримінального кодексу України. Контрольний текст станом на 15.10.2021 р. URL.: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/19/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-18-10-2021.pdf/>

в) розкаяння у вчиненому кримінальному правопорушенні; г) надання допомоги потерпілій особі після вчинення кримінального правопорушення; д) добровільна реституція та компенсація.

В Розділі 3.3. «Звільнення від покарання» проекту КК передбачено стимулювання до правомірної посткримінальної поведінки особи після вчинення кримінального правопорушення¹. Держава відмовляється застосовувати покарання до особи, засудженої за вчинення кримінального правопорушення, за наявності підстав, передбачених кримінальним законом. Видами звільнення від покарання є: а) непризначення покарання; б) невиконання призначеного покарання; в) відстрочення виконання призначеного покарання; г) зупинення виконання покарання. Не призначається покарання особі, яка вперше вчинила проступок або злочин 1-2 ступенів, якщо вона: а) щиро покаялася, б) добровільно здійснила реституцію та/або компенсацію і в) примирилася з потерпілою особою. Не призначається покарання особі, яка вперше вчинила проступок або злочин 1-2 ступенів, якщо вона: а) щиро покаялася, б) сприяла розкриттю та розслідуванню кримінального правопорушення і в) добровільно здійснила компенсацію шкоди, завданої територіальній громаді або державі; 5) непризначення покарання у зв'язку з позитивною поведінкою особи після вчинення кримінального правопорушення (ст. 3.3.2. КК). Не призначається покарання особі, яка вперше вчинила проступок або злочин 1-2 ступенів, якщо вона: а) щиро покаялася, б) добровільно здійснила реституцію та/або компенсацію і в) примирилася з потерпілою особою. Не призначається покарання особі, яка вперше вчинила проступок або злочин 1-2 ступенів, якщо вона: а) щиро покаялася, б) сприяла розкриттю та розслідуванню кримінального правопорушення і в) добровільно здійснила компенсацію шкоди, завданої територіальній громаді або державі. Не призначається покарання особі, яка вперше вчинила злочин, передбачений ст. 110-2, 111, 114, 258 (в частині погрози), 258-5 цього Кодексу, за відсутності ознак складу злочину, що підвищують тяжкість злочину (ст. 2.1.12, 2.1.15, 2.1.16, ст. книг 4–8 цього Кодексу), якщо вона: а) добровільно повідомила про вчинення злочину орган правопорядку, б) щиро покаялася і в) до повідомлення їй про підозру сприяла розкриттю та розслідуванню злочину, у результаті чого було відвернено настання шкоди від злочину. Не призначається покарання особі (крім організатора), яка вперше вчинила злочин, передбачений ст. 255, 258-3, 260 цього Кодексу, за відсутності ознак складу злочину, що підвищують тяжкість злочину (ст. 2.1.12, 2.1.15, 2.1.16, статті книг 4–8 цього Кодексу), якщо вона: а) добровільно вийшла з незаконної групи (організації, формування), б) добровільно повідомила про створення незаконної групи (організації,

¹ Велика українська юридична енциклопедія. У 20-ти томах. Том 17. Кримінальне право. Ред. 17-го тому: Тацій В.Я., Борисов В.І., Тютюгін В.І. та ін. Харків: Право. 2017. С. 899-900.

формування) орган досудового розслідування або прокурора, в) щиро покалася і г) до повідомлення їй про підозру сприяла розкриттю злочину та отриманню доказів його вчинення. Не призначається покарання особі, яка вперше вчинила кримінальне правопорушення, передбачене ст. 199, 204, 216, 224, 227, 263, 263-1, 265, 265-1, 267-1, 268, 307, 309, 311, 321, 321-1 цього Кодексу (за винятком збуту предметів, незаконний обіг яких є кримінальним правопорушенням), за відсутності ознак складу злочину, що підвищують тяжкість злочину (ст. 2.1.12, 2.1.15, 2.1.16, ст. книг 4–8 цього Кодексу), якщо вона: а) добровільно повідомила про вчинення кримінального правопорушення орган правопорядку, б) щиро покалася, в) добровільно видала органу правопорядку предмет, щодо якого вона здійснювала незаконні дії, і г) вказала джерело його набуття чи іншим чином сприяла розкриттю кримінального правопорушення і отриманню доказів його вчинення та інші випадки, передбачені ч. 6-9 цієї статті. Вирішення питання про непризначення покарання у зв'язку з позитивною поведінкою особи після вчинення кримінального правопорушення, у випадках, передбачених частиною 1 цієї статті, здійснюється на підставі угоди про примирення, а у випадках, передбачених частинами 2–9 цієї статті, – на підставі угоди про співпрацю.

Значною мірою стимулювання до правомірної поведінки ставиться на меті новітнього інституту пробації. Пробацією визнаються контрольні, реінтеграційні та наглядові засоби, що передбачають обмеження у реалізації прав чи свобод людини та застосовуються судом до особи, засудженої за вчинення злочину, з метою забезпечення суспільства та спонукання цієї особи до правослукняної поведінки (ст. 3.4.1. Проекту КК). Контрольними засобами пробації є обов'язки: а) періодично з'являтися для реєстрації до уповноваженого органу з питань пробації; б) повідомляти уповноважений орган з питань пробації про зміну місця проживання, роботи або навчання; в) не виїжджати за межі України, а також на тимчасово окуповану територію України без погодження з уповноваженим органом з питань пробації. Реінтеграційними засобами пробації є обов'язки: а) брати участь у складанні та реалізації індивідуального плану реінтеграції в суспільство; б) виконувати заходи, передбачені апробаційною програмою; в) працевлаштуватися або за направленням уповноваженого органу з питань пробації звернутися до органу державної служби зайнятості для реєстрації як безробітного та працевлаштування, якщо особі буде запропоновано відповідну посаду (роботу); г) пройти навчання чи професійну підготовку; д) пройти курс лікування від розладу психіки або поведінки внаслідок вживання психоактивних речовин або іншого соціально небезпечного захворювання; е) пройти курс консультацій у психолога; є) забезпечувати догляд за дитиною та її виховання. Наглядовими засобами пробації є обов'язки: а) виконувати суспільно корисні роботи; б) перебувати під електронним моніторингом; в) дотримуватись обмежень

пробаційного арешту (ст. 3.4.2.проекту КК). Нескладно побачити, що система пробаційних заходів контрольного, реінтеграційного та наглядового характеру в сукупності, та кожен захід окремо у своєрідний спосіб стимулює особу до вибору саме правомірної варіанту посткримінальної поведінки.

Правомірна, суспільно-корисна поведінка, при всьому розмаїтті її різновидів, як підстава кримінально-правової кваліфікації, має визначатися у вигляді юридичної конструкції - складу правомірної поведінки. Склад правомірної поведінки можна визначити як систему встановлених кримінальним законом об'єктивних і суб'єктивних елементів (ознак), що характеризують суспільно-схвальну поведінку особи як правомірну та передбачають виключення, звільнення або пом'якшення кримінального обтяження. З визначенням складу правомірної поведінки логічно зробити висновок, що правомірна поведінка буде мати місце тільки там, де у наявності будуть всі елементи складу і, навпаки, відсутність хоча б одного із елементів складу правомірної поведінки буде свідчити про відсутність правомірної поведінки особи. Як юридична конструкція склад правомірної поведінки є єдиною, законною, необхідною та достатньою підставою для кримінально-правової кваліфікації поведінки як правомірної. Склад правомірної поведінки можна визначити як систему встановлених кримінальним законом об'єктивних і суб'єктивних елементів (ознак), що визначають суспільно-корисні вчинки особи як правомірні та передбачають виключення, звільнення або пом'якшення кримінально-правового обтяження. З визначенням складу правомірної поведінки логічно зробити висновок, що правомірна поведінка буде мати місце тільки там, де наявні всі елементи (ознаки) складу і, навпаки, відсутність хоча б одного із елементів (ознак) складу свідчить про відсутність правомірної поведінки особи взагалі.

Підсумовуючи зазначимо, що стимулювання правомірної поведінки, як захід забезпечення правовими засобами прав і свобод людини і громадянина, інтересів суспільства, держави і міжнародного співтовариства від кримінальних правопорушень здійснюється на індивідуальному, груповому та загально соціальному ціннісно-орієнтовних та психологічних рівнях. Основними змістовними формами стимулювання правомірної поведінки виступають дотримання, виконання, використання і застосування суб'єктами кримінально-правових правовідносин прав, обов'язків, заохочень, заборон, покарань, пробації тощо. Абсолютна більшість громадян не вчиняють кримінальні правопорушення (злочини або проступки) у зв'язку із своїми ціннісними установками та моральними принципами. Деякі громадяни утримується від вчинення правопорушень (злочинів) у зв'язку із погрозою кримінального покарання, що загрожує їм у разі його вчинення. Вказані форми не вичерпують стимулювання до правомірної кримінально-правової поведінки.

В проєкті КК правомірна поведінка стимулюється також у таких видах як: заподіяння шкоди правам чи правоохоронюваним інтересам особи, інтересам суспільства чи держави з метою відвернення загрожуючого чи припинення існуючого протиправного посягання; остаточного припинення суб'єктом злочину за своєю волею готування до злочину або замаху на злочин, якщо при цьому він усвідомлює можливість закінчення злочину; щирого каяття особи, добровільної реституції та/або компенсації, примирення з потерпілою особою, сприяння розкриттю та розслідуванню кримінального правопорушення, добровільної компенсації шкоди, завданої територіальній громаді або державі та іншої, визначеною в законі, позитивної поведінки особи після вчинення кримінального правопорушення. Стимулювання до правомірної поведінки ставиться на меті примусового обмеження у реалізації прав чи свобод людини, засудженої обвинувальним вирокком суду за вчинення кримінального правопорушення.

Правомірна кримінально-правова поведінка, при всьому розмаїтті її різновидів, як підстава кримінально-правової кваліфікації, має визначатися у вигляді юридичної конструкції - складу правомірної поведінки. Склад правомірної поведінки, - це система встановлених кримінальним законом об'єктивних і суб'єктивних елементів (ознак), що характеризують суспільно-схвальну поведінку особи як правомірну та передбачають виключення, звільнення або пом'якшення кримінального обтяження. З визначенням складу правомірної поведінки логічно зробити висновок, що правомірна поведінка буде мати місце тільки там, де у наявності будуть всі елементи складу і, навпаки, відсутність хоча б одного із елементів складу правомірної поведінки буде свідчити про відсутність правомірної поведінки особи.

References:

1. Alekseev S.S. (1987) *Problemy teoryy gosudarstva y prava: Uchebnyk. M.: Yuryd. lyt. 446 s.*
2. Alekseev S.S. (1999) *Fylosofyya prava: ystoryya y sovremennost': Problemy, tendentsyy, perspektyvy : monohr. M.: Norma. 329 s.*
3. Barabash O.O. (2018) *Pravovi zasoby stymulyuvannya pozytyvnoyi povedinky lyudyny: zahal'noteoretychnyy aspekt. Naukovyy visnyk Dnipropetrovs'koho derzhavnoho universytetu vnurishnikh sprav. № 2. S. 12-16. DOI:10.31733/2078-3566-2018-3-12-16.*
4. Bachynyn V.A. (1999) *Fylosofyya prava y prestuplenyya: monohr. Khar'kov: Folyo. 608 s.*
5. Bekhterev V.M. (1928) *Mozh y eho deyatel'nost' : nauch. yzdan. M.-L.: Hosyzdat, 327 s.*
6. *Velyka ukrayins'ka yurydychna entsyklopediya. (2017) U 20-ty tomakh. Tom 17. Kryminal'ne pravo. Red. 17-ho tomu: Tatsiy V.Y., Borysov V.I., Tyutyuhin V.I. ta in. Kharkiv: Pravo. 1064 r.*

РОЗДІЛ VI Стимулювання до правомірної поведінки в проекті Кримінального кодексу України

7. Holyk Y.V. (2006) *Uholovnoe pravo kak systema, stymulyruyushchaya pozytyvnoe povedeniye. Ves' myr zhyvet do tekh por, poka zhyvet pamyat' cheloveka : sborn. nauch. stat. pod red. V.S. Komysarova. M.: Mosk. hos. un-t, S. 28-34.*
8. Holubovskyy V.E. (2012) *Pravomirna povedinka: teoretyko-metodolohichnyy aspekt. Chasopys Kyivivs'koho universytetu prava. № 1. S. 68-72.*
9. Hryshchuk V.K. (2015) *Fylosofsko-pravovaya paradyhma otvet-stvennosti cheloveka : monohr. Khmel'nytskyy. Khmelnytskyy un-t upravlenyya y prava. 640 s.*
10. Hryshchuk V.K. (2012) *Filosofs'ko-pravove rozuminni vidpovidal'nosti lyudyny: monohr. Khmel'nyts'kyy: Khmelnytskyy un-t upravlinnya ta prava. 736 s.*
11. Durmanov N.D. (1967) *Sovetsky uholovnyy zakon: monohr. M.: Yzd-vo Mosk. un-ta, 319 s.*
12. *Zahalna teoriya derzhavy i prava. A.M. Kolodiy, V.V. Kopyeychykov, S.L. Lysenkov ta in. pid red. V.V. Kopyeychykova. K. : Yurinkom Inter. 2000. 318 s.*
13. Zvecharovskyy Y.É. (1993) *Poskrymynal'noe povedeniye: ponyatyie, otvet-stvennost', stymulyrovaniye : monohr. Yrkut'sk: Yzd-vo Yrkut. un-ta, 128 s.*
14. Zvecharovskyy Y.É. (1993) *Stymulyrovaniye v prave: ponyatyie y strukturnye élementy. Pravovedeniye. № 5. S. 112-117.*
15. Kalyuzhnyy R.A., Lapka O.YA., Pikulya T.O. (2013) *Pravovi stymuly v mekhanizmi pravovoho stymulyuvannya : monohr. Kyiv : «MP Lesya», 204 s.*
16. Kapitanska S.A. (2002) *Rol pravomirnoyi povedinky v protsesi realizatsiyi hromadyanamy subyektivnykh prav ta vykonannya yurydychnykh obovyazkiv. Visnyk. Khmen. in-tu rehionalnoho upravl. i prava : Zb. nauk. prats. Spetsvyp. № 1. S. 18-19.*
17. Korzhanskyy M.Y. (2001) *Kryminalne pravo i zakonodavstvo Ukrayiny. Chastyna Zahal'na. Kurs lektsiy / Za red. M. Y. Korzhans'koho. K.: Atika, 432 s.*
18. Korzhanskyy M.Y. (1999) *Narysy uholovnoho prava. Kyiv: Henezs. 208 s.*
19. Kosovych V. (2008) *Pravovyy vplyv i pravove rehulyuvannya: kryteriyi rozmezhuvannya. Visnyk L'vivs'koho universytetu. Seriya yurydychna. Vyp. 46. S. 21-25.*
20. Kravchuk V.M. (2016) *Pravovyy prostir osoby ta pravovyy mentalitet. Porivnyalno-analitychne pravo: Elektronne naukovе fakhove vydannya. № 4. S. 281-283. URL.: http://pap.in.ua/4_2016/84.pdf/ (data zvernennya: 18.10. 2021).*
21. Kudryavtsev V.N. (1982) *Pravovoe povedeniye: norma y patolohyya: monohr. M.: Yuryd.lyt., 287 s.*
22. Lesnyevsky-Kostareva T.A. (2000) *Dyfferentsyatsyya uholovnoy otvet-stvennosti. Teoryya y zakonodatelnaya praktyka: monohr. 2-e yzd., perer. y dop. M.: Yzd-vo NORMA, 400 s.*
23. *Lvivskyy forum kryminal'noyi yustytseyi ob"yednuye naukovtsiv ta praktykiv. URL.: <https://www.lvduvs.edu.ua/component/k2/item/2417-lvivskiy-forum-kryminalnoi-iustytseyi-obiednuie-naukovtsiv-ta-praktykiv/> (data zvernennya: 18.10. 2021).*
24. Navrotskyy V.O. (2005) *Postkryminal'na povedinka: ponyattya, vydy, pravove znachenniya. Problemy penitentsiarnoyi teorii i praktyky : shchorich. byul. K.: KYUI KHNUVS. Vyp. 10. S. 99-110.*
25. Oksamytnyy V.V. (1985) *Pravomernoie povedeniye lychnosti: monohr. Kyev: Naukova dumka, 176 s.*
26. Oliynyk O.O. (2020) *Pryntsypy kryminalnoho prava : avtoref. dys. na zdobuttya nauk. stupenya d-ra yuryd.nauk. 12.0008. Dnipro. DDUVS. 39 s.*

27. Onyshchenko N.M. (2004) *Pravove rehulyuvannya ta pravovyy vplyv: ponyattya, vzayemozuvolenist' ta vidminnist'*. *Derzhava i pravo*. Vyp. 25. S. 3–5.
28. *Pytannya Komisiyi z pytan' pravovoyi reformy. Ukaz Prezydenta Ukrayiny № 584/2019 vid 7 serpnia 2019 r.* URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/584/2019#Text/> (data zvernennya: 21.10. 2021).
29. Polonka I. (2016) *Konstruktyno-teoretychnyy analiz rozuminnya ponyattya ta oznak pravomirnoyi povedinky*. *Pidpryyemnytstvo, hospodarstvo i pravo*. № 3. S. 131-136. URL.: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pgip_2016_3_25/ (data zvernennya: 18.10. 2021).
30. *Proekt novoho Kryminalnoho kodeksu Ukrayiny. Kontrolnyy tekst stanom na 15.10.2021 r.* URL.: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/19/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-18-10-2021.pdf/> (data zvernennya: 21.10. 2021).
31. Rabinovych P.M. (2001) *Osnovy zahal'noyi teorii prava ta derzhavy : navch. posib. K. : Atika*. 176 s.
32. *Suchasna kryminalno-pravova systema v Ukrayini: realiyi ta perspektyvy : monohr. Y.V. Baulin, M.V. Buromensky, V.V. Holina ta in. pid zah. red. Y.V. Baulina*. Kyiv: VAYITE, 2015. 688 s.
33. *Fylymonov V.D. (2003) Okhranytel'naya funktsyya uholovnoho prava: monohr. SPb.: Yzd-vo «Yurydycheskyy tsentr Press», 198 s.*
34. *Fris P.L. (2021) Ideolohiya kryminalno-pravovoyi polityky : monohr. Ivano-Frankivs'k. Suprun P.P..390 s.*
35. *Khavronyuk M.I. (2021) Zakhody kryminal'no-pravovoho vplyvu*. URL.: <http://justice.org.ua/politika-i-pravo-podiji-fakti-komentari/zakhodi-kryminalno-pravovogo-vplyvu/> (data zvernennya: 11.10. 2021).
36. *Kharkivskyy mizhnarodnyy yurydychnyy forum (20-24 veresnya 2021 r.)*. URL.: <https://legalforum.nlu.edu.ua/zahody-2021/> (data zvernennya: 26.10. 2021).
37. *Khryapinskyy P.V. (2009) Zaokhochuvani normy u kryminal'nomu zakonodavstvi Ukrayiny : monohr. Kharkiv: Kharkiv yurydychnyy, 840 s.*
38. *Khryapinskyy P.V. (2008) Pozytyvna kryminal'na vidpovidal'nist' (zmist, formy ta realizatsiya) : nauk. narys. Zaporizhzhya: KSK-Alyans, 115 s.*

РОЗДІЛ VII The right to privacy, public figures and ‘right to be forgotten’ in common law jurisdictions: the United States legacy

LYTVYNENKO Anatoliy A.

Doctoral student at the Department of Legal Sciences at
Baltic International Academy (Riga, Latvia);
MRes / PhD candidate at the Law School of Robert Gordon
University of Aberdeen;
Postgraduate (PhD) student at Ivan Franko
National University of Lviv, Dept. of International Law
<https://orcid.org/0000-0001-7410-5292>

7.1. Right to privacy from the vaults

7.2. Public figures

7.3. Public figures and a common law “right to be forgotten”

Ключові слова: свобода преси, право США, Перша Поправка до Конституції США, право на приватність, публічні особи, права людини, деліктне право, право на забуття.

Keywords: freedom of press, US law, US Constitution’s First Amendment, right to privacy, public figures, human rights, tort law, right to be forgotten.

Ключевые слова: свобода прессы, право США, Первая Поправка к Конституции США, право на приватность, публичные лица, права человека, деликтное право, право на забвение.

АНОТАЦІЯ

Дана стаття присвячена юридичному обґрунтуванню існування права на приватність в загальному праві США та дискусії щодо порушення права на приватність, як окремого делікту. Стаття складається з трьох частин. Матеріал стосується аспектів виникнення права на приватність у часовому проміжку до «Ери Уоррена і Брендейса», включаючи його розширений нормативний зміст. В статті проведено аналіз та огляд релевантних рішень федеральних та штатських судів Сполучених Штатів Америки, чимало з яких практично не розглядалися в західній науковій літературі. Разом з тим, досліджено ряд судових рішень щодо порушення права на приватність з особливими обставинами справи, що стосуються розумової цілісності особи, підданій неправомірному впливу, або незаконному стеженню. Стаття висвітлює різні аспекти права на приватність, що походять з американської судової практики, а саме «споріднене» право на приватність та «право на забуття», якому і присвячена остання частина статті. У завершальному розділі статті надано розширену правову характеристику концепції «права на забуття», значною мірою, у паритеті зі свободою слова.

SUMMARY

The paper deals with the background of the right to privacy in United States common law, and discussing the violation of privacy as a separate tort. It features a three-part passage with the primary part dealing with the origination of the right and its vaults in pre-“Warren and Brandeis” era, accompanied by a broadened normative-descriptive sense. It features an extensive review of the cases, many of which have never been discussed before as well as “other sides” of privacy, such as mental integrity challenged by undue influence and the aspects of surveillance and its common law legacy. The paper also elucidates on various types of privacy that arose from the US common law, namely, the so-called “relational” right to privacy, as well as a “right to be forgotten”, to which the third part of the paper is dedicated. In the concluding part, the background of the latter notion is given a wide review, majorly focusing on the relation of it with the freedom of press.

АННОТАЦІЯ

Данная статья посвящена юридическому обоснованию существования права на приватность в общем праве США и дискуссии касательно нарушения права на приватность, как отдельному деликту. Статья состоит из трёх частей. Материал касается аспекты возникновения права на приватность во временном отрезке до «Эры Уоррена и Брандейса», включая его расширенное нормативное содержание. В статье проведен анализ и обзор релевантных решений федеральных и штатских судов Соединенных Штатов Америки, многие из которых практически не рассматривались в западной научной литературе. Вместе с тем, исследован ряд судебных решений касательно нарушения права на приватность с особыми обстоятельствами дела относительно умственной целостности лица, подверженного ненадлежащему влиянию, или незаконной слежке. Статья раскрывает различные аспекты права на приватность, которые происходят из американской судебной практики, а именно «родственное» право на приватность, и «право на забвение», которому и посвящена последняя часть статьи. В заключительной части статьи подана расширенная юридическая характеристика концепции «права на забвение», в значительной степени, в паритете со свободой слова.

7.1. The right to privacy from the vaults

The right to privacy as a common law right was unleashed in US in the end of the 19th century owing to a 1890 article by US legal scholars Samuel Warren and Louis Brandeis which introduced a privacy violation as an independent tort, although the common law of the United States underwent such suits earlier¹. The said right’s nature is described in a manner of the body privacy, peace of mind, protection of

¹ See., Irwin R. Kramer, *The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis*, 93 *Cath. Univ. L. Rev.* 703, 705-708 (1990); Robert E. Mensel, *The Anti-Progressive Origins and Uses of the Right to Privacy in the Federal Courts 1860 – 1937*, 3 *Fed. Ct. Rev.* 109, 111-112 (2009); Daniel J. Solove; Neil M. Richards, *Privacy’s Other Path: Recovering the Law of Confidentiality*, 96 *GW L. Fac. Pub & Ot. Works* 123, 130-131 (2007); Roscoe Pound, *Interests in Personality*, 28 *Har. L. Rev.* 343, 347-348 (1915)

РОЗДІЛ VII The right to privacy, public figures and ‘right to be forgotten’ in common law jurisdictions: the United States legacy

feelings, personality right as well as mental integrity by oldtime¹ as well as several contemporary scholars². The right to privacy was recognized by a court decision, a dictum therein, whereas a number of states formalized it in statutes or constitutions³. Before a widespread recognition of the right to privacy, the courts used to decide on grounds of other legal rights and torts, which we’re going to observe in this section. Yes, the right to privacy was rendered through assault⁴, battery⁵, breach of contract⁶, breach of confidence and sacrament of confidential relations⁷, trespass⁸, nuisance⁹, unauthorized use of photo¹⁰, undue influence on testator by practices of a medium or spiritual adviser¹¹ or within other rights, such as possession of one’s dead body¹², a property right in letters¹³, in a name or likeness for commercial purposes¹⁴, a right to recovery on grounds of mental suffering unaccompanied with a physical injury, damage to property or pecuniary loss¹⁵ (under conditions of no recognition of the right to privacy it was set aside in majority of cases owing to the fact that earlier common law did not recognize mental suffering actionable¹⁶). A relic interpretation of privacy as a type of a libel is *a fortiori* defunct as a matter of being disarticulated into separate torts¹⁷.

The right to privacy as a common law right in the United States is somewhat different from a slander or a libel. As Cole stated in a treatise named “*The Right to*

¹ See, Dennis O’Brien, *The Right of Privacy*, 2 Col. L. R. 437, 441-444 (1902); Pound, *supra* at. 363-364; Leon S. Yankwich, *Right of Privacy: Its Development, Scope and Limitations*, 27 N. Dam. L. Rev. 499, 500-502 (1952); William M. Beaney, *The Right to Privacy and American Law*, 31 L. and Cont. Prob. 253, 254-255 (1966).

² See, Dorothy J. Glancy, *The Invention of the Right to Privacy*, 21 Ariz. L. R.1, 2-4 (1979); Daniel J. Solove., *A Brief History of Information Privacy Law*, GW L. Fac. Pub. & Oth. Works 1, 9-12 (2006)

³ Edward L. Burke, *Torts – The Right of Privacy and Television*, 28 N. Dam. L. Rev. 389, 389-390 (1953)

⁴ *Newell v. Whitcher*, 53 Vt. 589, 590-591 (1880)

⁵ *De May v. Roberts*, 46 Mich. 160, 162-163 (1881)

⁶ *Fitzsimmons v. Ollinger Mortuary Assn.* 17 P.2d 535, 546-547; 549-550 (Colo. 1932)

⁷ *Douglas v. Stokes*, 149 Ky. 505, 508-509 (1912)

⁸ *Newell v. Whitcher* 53 Vt. 589, 590-591 (1880); as well as the cases relating to the possession of the dead body, cited and described in the Part I, subp. D1.

⁹ *Pritchett v. Board of Commissioners of County of Knox*, 42 Ind. App. 3, 5-6 (1908)

¹⁰ See. Charles Simon, *Torts – Invasion of Privacy – Unauthorized Use of Photograph*, 16 De P. L. Rev. 255, 256-257, fn. 9-13,24 (1966).

¹¹ *Ross v. Conway* 92 Cal. 633, 635-637 (1892); see also the cases discussed in Part I, subp. E.

¹² *Pierce v. Proprietors of Swan Point Cemetery*, 10 R.I. 227, 237-238 (R.I. 1872)

¹³ *Grigsby v. Breckinridge* 65 Ky. (2 Bush) 480, 482-483 (1867)

¹⁴ *Edison v. Edison Polyform Mfg. Co.*, 67 A. 392, 393-394 (1907)

¹⁵ *So Relle v. Western Union Telegraph Co.*, 55 Tex. 308, 313-314 (1881)

¹⁶ See. for instance, *Chapman v. Western Union Telegraph Co.*, 88 Ga. 763, 773 (1892)

¹⁷ On the normative-descriptive sense of a libel in US common law, see, for instance, *Riley v. Lee*, 88 Ky. 603, 610-612 (1889); on the distinction between libel and a privacy violation, see, *Fairfield v. American Photocopy etc. Co.*, 138 Cal. App. 2d 85, 86-87 (1956)

Privacy”, released two years after the Warren and Brandeis article, “*the nature of this right is so metaphysical, and as it affects simply the ease and comfort of the individual, his happiness and peace of mind, and his sense of security, a great deal of difficulty is to be expected in getting the courts to recognize it in its entirety at once*”¹. The right of privacy was not recognized as a separate tort quickly. The cases in the first two decades displayed that courts were quite reluctant to recognize the right to privacy as a common law right (or an “old right with a new name” deriving from some natural rights, such as life, liberty and pursuit of happiness²). There was a number of reasons to decide so. As Brandeis argued in “The Right to Privacy”, there were four grounds of such rejections³. The first one was lack of precedent case⁴, wherein I would augment the denial of recognizing property rights in one’s name or likeness or the exploitation of the same in commercial purposes as tortious⁵; denying a concept of relational right to privacy⁶, which was known in an early hypostasy of *Schuyler v. Curtis* (we will discuss this issue in the subsections below). Here, I should state that lack of precedent was not always the reason for denial, as in some cases, courts also denied a privacy violation to be actionable. In *Hillman v. Star Publishing Co.*, a man named C. D. Hillman was arrested for swindling. He acquired a piece of land tolling 12,000 acres and sold parcels to people; he and his companions sent numerous prospects to people which declared the said land would be upgraded by installing a windmill and a charcoal factory. In fact, it was a fraud as federal officers ascertained that claims were mendacious and had no foundation⁷. The newspaper which informed on his arrest, published a picture of the man and his family including his daughter,

¹ Vernon Cole. The Right to Privacy, 256 Cornell Law Sch. 1, 2-3 (1892)

² Munden v. Harris, 153 Mo. App. 652, 659 (Mo. Ct. App. 1911)

³ Henry Brandeis, Jr., The Right to Privacy, 7 N. C. L. Rev. 435, 436-437 (1929)

⁴ See., for instance. Henry v. Cherry Webb, 30. R. I. 13, 23 (R. I. 1909)

⁵ Murray v. Gast Lithographic, etc. Co., 8 Misc. 36 (N.Y. Misc. 1894), at. 38; Atkinson v. Doherty (1899), 121 Mich. 372, at. 372-374

⁶ It is a rare privacy concept handling a notion that the relatives of a deceased person may have recovery on basis of a privacy breach concerning a dead person. The primary description of the concept as “post-mortem privacy” is attributed to Larremore, see. Wilbur Larremore. The Law of Privacy 12. Col. L. Rev. 693, 705-707 (1911). Another significant contribution to this half-life concept was made by Kennedy, see. Robert P. Kennedy. The Right to Privacy in the Name, Reputation and Personality of a Deceased Relative, 40 N. D. L. Rev 324, 324-326 (1965). In some earlier privacy cases, courts were close to extremity to recognize such right, however they were nevertheless decided on other grounds, as breach of contract or/and relationship confidence, see, for instance. Douglas v. Stokes 149 Ky. 505, at. 508-509 (1912). The relational right to privacy was outstandingly recognized in the case of Bazemore v. Savannah Hospital, 171 Ga. 257, 262 (Ga. 1930). In the case of Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, the Supreme Court of Georgia cited Bazemore as a precedent of a “relational right to privacy” affirming it (see. Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 231 Ga. 60, 63-64 (1973), although the US Supreme Court did not recognize it as somewhat constituting a violation of privacy, see. Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U.S. 469, 489 (1975)

⁷ Hillman v. Star Publishing Co., 64 Wash. 691, 692-693 (1911)

plaintiff. She filed two counts – one for libel and one for invasion of privacy. The former was dismissed as the photograph represented her true likeness, was inoffensive and didn’t intend to display her on public contempt. Discussing on the latter count, the Court referred to earlier cases denying right to privacy, though there already were precedent cases. Albeit the wrong was admitted, it was concluded to be without remedy¹. In *Atkinson v. Doherty*, the Court, withdrawing the right to privacy wittily stated: “*No reason occurs to us for limiting the right to apply a name, though borne by another person, to animate objects. Why not a John Atkinson wagon, as well as John Atkinson Jones or horse?*”² This was put aside fairly quickly in some jurisdictions. In *Henry v. Cherry Webb*, the Court denied the relation between the right to privacy and property stressing that right to privacy can’t be simultaneously a personal and property right³.

The second reason for denial that the “newly-born” right may cause a litigation in the courtroom⁴. Indeed, the cases of *Robertson*, *Henry v. Cherry Webb*, *Munden v. Harris* there was an extensive litigation. For instance, in *Robertson*, where a woman sued for disposing her likeness to advertise a brand of flour, the Court went to discuss vintage English and US authorities and concluded that the “*right to privacy has not yet found an abiding place in our jurisprudence*”⁵. An akin corollary was achieved in *Henry*⁶. Such “floods of litigation”, however concluded in favor of recognizing the new right at times⁷. The third was, that recognizing such right by a court decision may substantially abstrain freedom of speech and press. As it was denoted in *Smith v. Doss*, which we’re going to discuss in the third section, courts are to find the balance with the conflicting principles of privacy and freedom of press: “*Accordingly it is the duty and business of the courts in each particular case to find some point where these two conflicting principles may be reconciled, where the wonders of modern civilization which speed information and intelligence may be utilized and yet where the ordinary sensibilities of the individual may be protected from vulgar attention and the advance of selfish commercial interests*”⁸. The cascade of mid-20th century cases displayed that the parity may be reconcillable, but in the sense that the former oughweighs the latter in most cases; unlike the European Court of Human Rights case law, the US common law is not actually “*balanced*” in the meaning of the European Court⁹. The last element of denial was confined in the fick of early pre-Warren-and-

¹ *Id.*, at. 694-695

² *Atkinson v. John E. Doherty & Co.*, 121 Mich. 372, 373 (1899)

³ *Henry v. Cherry Webb*, 30. R. I. 13, 23-24 (R. I. 1909)

⁴ *Brandis*, *supra.*, at. 437

⁵ *Robertson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N. Y. 538, 547-550; 553-556 (1902)

⁶ *Henry v. Cherry Webb*, 30 R. I. 13, 19-28; 42-43 (1909).

⁷ *Brents v. Morgan*, 221 Ky. 765, 770-774 (Ky. Ct. App. 1927)

⁸ *Smith v. Doss*, 251 Ala. 250, 253 (1948)

⁹ *See. Liberty Lobby, Inc. v. Pearson*, 261 F. Supp 726, 727 (D.D.C. 1966)

Brandeis era cases decided by English courts, where judges decided cases on basis of property rights or breach of trust. The English authorities were indeed disposed in the pre-1890 as well as in the first decades of the right to privacy; it was distinct in the “letter” cases¹, while the “telegraph cases” seldomly featured English authorities².

In the name of fair experiment, the cases described as underwritten are selected by the following criteria: 1) adjudicated before 1890; 2) adjudicated after 1890, but before a common law right to privacy was recognized by decision within a respective jurisdiction; 3) principal privacy cases or decided not more than several years after the principal case; 4) cases establishing general rules and appending them or landmark cases relating to the right of privacy.

A. Nuisance

At some instances from the vaults of privacy, the courts conveyed it within the tort of *nuisance*³. The case of *Pritchett v. Board of Commissioners of the County of Knox* (hereinafter – *Pritchett v. Board, etc*) is a virtuous specimen of such. Plaintiff was an espoused woman, an owner of a detached house. In early 1902, a local board of commissioners purchased the land nearby and erected a common jail. The building was claimed to be as near as thirty feet to the plaintiff’s domicile⁴. The authorities of the jail kept around forty prisoners in the building, some offenders and some mentally ill. The last category of people behaved expectedly: they were noisy, swore, sang songs, scolded, cursed disposing foul language and looked into plaintiff’s house that could be observed through the opened windows of the jail⁵. Their obscene actions evoked plaintiff’s family deprivation of comfortable living and disturbance of their peaceful life. Plaintiff pleaded to enjoin the disposal of the prison. However, the court stated that maintaining a prison is of public necessity and thereby it could not be rendered as nuisance⁶. There were multiple references to similar cases in Indiana and some other jurisdictions. Referring to an earlier case, *Burwell v. Commissioners of Vance County* (hereinafter – *Burwell v. Board, etc.*), the Court found that although the assemblage can not be a nuisance, mismanagement could be disturbing and thus the

¹ See. *Denis v. Leclerc*, 3 M. R. 159, 161-164 (1811); *Woosley v. Judd*, 4 Duer 379, 392-396; 398-405 (1855); *Grigsby v. Breckinridge*, 2 Bush. 480, 485-487 (1867).

² See. Part IG.

³ Editors, *Recent Cases*, 57 Penn. L. Rev 38, 42 (1908)

⁴ *Pritchett v. Board of Commissioners of County of Knox*, 42 Ind. App. 3, 5-6 (1908)

⁵ *Id.*, at. 5-6, 8.

⁶ This statement was not new and was expressed earlier. For instance, in *Burwell v. Commissioners of Vance County*, the circumstances of which were similar to *Pritchett* this principle was renders as underwritten: “A jail being a public necessity cannot in itself be a nuisance in the sense of the law, per se, though its mismanagement may render it obnoxious to those who live or do business rear it, since in such case private convenience and comfort must yield to the common good. See. *Burwell v Board, etc.*, 93 N. C. 73, at. 87 (N.C. 1885)

people residing nearby had only the right to require adequate maintenance¹. Well said in *Burwell* and quoted in *Pritchett*: “All that can reasonable be required is that the construction and management afterwards, be such to occasion as little inconvenience and discomfort to those living near as is consistent with the public purposes to be subserved, and nothing of the kind is suggested in the statement of grievances in complain”². The Court went further to discuss the jail’s construction and admitted that the proper maintenance to be noiseless finding that the plaintiff’s right of privacy was interfered (referring to *Pavesich* as case authority), however the community need to maintain a jail could not enjoin of disposing the building and that plaintiff may be entitled to relief on grounds of the manner in which the maintenance was conducted thus compelling the commissioners to maintain the windows closed³. Although privacy issues were discussed in the case, it was decided on grounds of nuisance. As stated in the aforementioned case of *Burwell*, that such action would be regarded as tortious only if commissioners would exceed their mandate or when the erection of such jail would cause direct injury to plaintiff(s)⁴.

B. Shadowing and surveillance.

Espionage had relatively modest coverage in common law as well as technical violations of privacy, such as eavesdropping, which was treated as a crime in various jurisdictions and was prosecuted by statutes⁵. Such practice was widespread since the twenties⁶. However, the common law also had a certain legacy in such type of privacy violations since the late 19th century that involved shadowing, wiretapping, eavesdropping and some other. Let us examine a few outstanding ones. In *Chappell v. Stewart*, a man sued defendant for employing detectives to follow him wherever he went, which caused him great annoyance and evoke serious suspicions on him. The Court investigated whether it had cognizance on such matters. As defendant did not interfere or damage plaintiff’s property, it was held that the Court does not have cognizance: “A Court of Equity has no jurisdiction in the matters merely criminal or merely immoral, which do not affect any right of property. If a charge be of criminal nature, or an offense against the public peace, and does not touch the enjoyment of property, jurisdiction cannot be entertained”. Hence, judgement was affirmed⁷. In the twentieth century, apart of eavesdropping statutes, such actions were treated as an invasion of privacy. In *Rhodes v. Graham*, plaintiff sued defendants (members of a

¹ See. *Pritchett v. Board, etc.* 42 Ind. App. 3, 9-10 (1908) as well as see. *Burwell v. Board etc.*, N. C. 73, 87 (N.C. 1885)

² *Burwell v. Board etc.*, 93 N. C. 73, 87 (N.C. 1885)

³ *Pritchett v. Board, etc.* 42 Ind. App. 3, 12-14 (1908)

⁴ *Burwell v. Board etc.*, N. C. 73, 88-89 (N.C. 1885)

⁵ Gary L. Davis. *Electronic Surveillance and the Right to Privac*, 27 Mont. L. Rev. 173, 177-179 (1966)

⁶ Ferdinand. J. Zeni, Jr., *Wiretapping – The Right to Privacy versus the Public Interest* 40 J. Crim. L & Criminology 476, 477, fn. 8

⁷ *Chappell v. Stewart*, 82 Md. 324, 324-325 (1895)

family and their companions) for a repeated telephone tapping which lasted for a year¹. The Kentucky Court of Appeals, which already had established the right to privacy in *Brents v. Morgan* found that the right to recovery is not bound to be posed upon a pecuniary damage, as it has been decades earlier. It was held that “...*The evil incident to the invasion of the privacy of the telephone is as great as that occasioned by unwarranted publicity in newspapers and by other means of a man's private affairs for which courts have granted the injured person redress*”; thus judgement was for plaintiff². In *Roach v. Harper* plaintiff, a woman, rented an apartment from the defendant for a substantial fragmenton of time. Before plaintiff disembarked as a tenant, defendant installed a listening device in the flat connected to a receiving set in his workplace by means of which the defendant could overhear conversations of plaintiff³. The case occurred in West Virginia, where right to privacy had never been recognized in common law before 1958, so the Court had to examine authorities and found it necessary to ascertain such right and find the suit actionable, thus judgement was reversed and remanded⁴. The landlord in *Hamberger v. Eastman*, however, was more advanced in his surveillance means. Plaintiff was a tenant in defendant's apartment with his spouse. Defendant installed a listening and recording device into the bedroom, having sealed the gadget. For a year, he was able to overhear and record sounds and voices coming out from the bedroom disposing this device, wired to defendant's adjacent domicile⁵. The privacy issue was also new for New Hampshire, but a large number of authorities inclined the Court to recognize it. The defendant argued that nobody heard or listened to the sounds, but the Court found that publicity was not binding to treat such wrong tortious and decided in favor of plaintiff⁶. In *Harkey v. Abate*, plaintiff and her daughter went roller-skating on a rink managed by the defendant. They disposed a restroom and discovered that it had see-through panels installed. Defendant moved for summary judgement as there was no evidence of someone's prying⁷. The Court decided in favor of plaintiff and relied much on *De May v. Roberts* and *Hamberger*. Despite lack of evidence, it was held as follows: “*In our opinion, the installation of the hidden viewing devices alone constitutes an interference with that privacy which a reasonable person would find highly offensive. And though the absence of proof that the devices were utilized is relevant to the question of damages, it is not fatal to plaintiff's case*”⁸. The dissenting opinion by Judge Gillis held that *De May v. Roberts* was misreferred and there was no evidence

¹ Rhodes v. Graham, 228 Ky. 225, 226-227 (Ky. Ct. App. 1931)

² Id., at. 229

³ Roach v. Harper, 105 S. E. 2d 564, at. 565 (1958)

⁴ Id., at. 566-568

⁵ Hamberger v. Eastman, 106 N. H. 107, 107-108 (1964),

⁶ Id., at. 111-112

⁷ Harkey v. Abate, 131 Mich. App. 177, 179-180 (1983)

⁸ Id., at. 183

of such observance¹. Apart from existing cases in state appellate courts, the Supreme Court also dealt with issues of wiretapping and eavesdropping in several cases².

C. Appropriation of name and likeness.

This violation of privacy was one of the most widespread at the tort’s infancy, received a coarse case law coverage and later became one of the tort’s branches³. The earliest cases indicate that this branch has roots in English common law⁴. The cases complying with this classification involve civil actions for unauthorized photographs and disposal of one’s name and likeness in advertising or trade. This branch has got a number of qualifications, such as freedom of press and a publicity of the person concerned⁵. At the first years, courts were reluctant to recognize property rights in one’s name or likeness (as quasi-recognition of privacy) or a privacy breach as an independent tort. In *Murray v. Gast Litographic Co.*, plaintiff sued to enjoin the publication of her daughter’s portrait. Since “the right of action is in the person itself”, the suit was recognized non-actionable. Judge Bischoff expressed a doctrine of common law inability to redress mental suffering apart of actual injury to property or person, withdrawing the injunctive relief, too⁶. In an another case, *Atkinson v. John E. Doherty & Co.*, the widow of Colonel John Atkinson sued to restrain the production of cigars named after her deceased husband. It was held that his name was not exclusive to enjoin its disposal, and if it will not constitute a libel, both the man, were he alive or his comrades will be remediless⁷. The Court, however admitted that the nature of mental suffering lies in any aspersion of the dead but no libel occurred. The Court went to examine authorities of recent privacy origin and found that “*law does not remedy all evils; it cannot, in the nature of things; and deliberation may well be used in considering the propriety of an innovation such as this case suggests*”⁸. In *Edison v. Edison Polyform Mfg Co.*, the property rights in a name and likeness were recognized by the Supreme Court of New Jersey. In *Edison v. Edison Polyform Mfg Co.*, property rights in a name and likeness were recognized by the Court of Chancery of New Jersey. In that case an outstanding inventor Thomas Edison sued to restrain the disposal of his name and likeness by Edison Polyform Manufacturing Company, known for producing drugs for the purpose of business. In his earlier years, Thomas Edison invented and approbated a medicine which allowed to lighten neuralgia pains, namely the *polyform*. He didn’t intend to use it beyond personal purposes (actually, Edison confessed of having suffered from this ailment). In 1879, he sold the painkiller to two entrepreneurs

¹ Id., at. 184

² Davis, supra at. 178-179, fn. 34-36; 38-39

³ William L. Prosser. Privacy, 48 Cal. L. Rev 383, p. 402-407 (1960)

⁴ Pollard v. Photographing Co. 40 Ch. D. 345, 348-351 (1888)

⁵ Nicholas Bozzi, Advertising and the Right to Privacy, 9 Vill Un. L. Rev 274, 278-281 (1964)

⁶ Murray v. Gast Litographic, etc. Co., 8 Misc. 36, 37-38 (N.Y. Misc. 1894)

⁷ Atkinson v. John E. Doherty & Co., 121 Mich. 372, 373-374 (1899)

⁸ Ibid., at. 383-384

and applied for patent. In fact, the patent wasn't issued though Edison managed to receive an assignment. In late 1879, the company named Menlo Park Manufacturing Co. started the production of drugs but had little success. In 1886, the enterprise was succeeded by a corporation settled in the state of Maine and changed the name as "*Edison Polyform Company*". In seven years, it was succeeded by a New Jersey company and produced polyform thereafter under the said name¹. The New Jersey enterprise manufactured nearly all drugs by Edison's formula. On each bottle, there was a picture of Edison himself, his name and a laudatory comment approving his inventions by a self-test². Edison claimed that he did not authorize defendant company to dispose his name, photograph and never gave such certificate. The Court found that case law regarding unfair trade are ineligible to decide the present case, as the earlier ones restrained enterprises to produce goods as the goods of their competitors. Edison was not an entrepreneur himself and defendant claimed that the company itself made drugs in compliance with his formula³. Indeed, the first two English authorities⁴, dealing with unauthorized use of druggist personal data for advertising cited by the Court indicated that doctors were not engaged into business and so if no injury to their property was committed, the court would have no cognizance on such matter; in the second case cited, the certificate was recognized to be truthful; the vast majority of other authorities were unfair trade cases⁵. Later, the Court went on to discuss US cases and found that *Rochester* can not be stringently compared to *Edison* since the person depicted on a brand of flour in the former did not induce to recommend flour in the way Edison was said to have done. Therefore, the Court stated: "*If a man's name be his own property, as no less than the United States Supreme Court says it is [authority omitted] it is difficult to understand why the peculiar cast of one's features is not also one's property, and why its pecuniary value, if it has one, does not belong to its owner, rather than the person seeking to make an unauthorized use of it*"⁶. After examining other authorities, the Court said that the "property" should not necessary be understood in a strict sense and the fact that Edison's certificate was unauthorized (moreover, some types of drugs were even *not* made by the inventor's formulas though *all* bottles carried a proud label of Edison approving it) as well as disposing his likeness made the Court decide in favor of the plaintiff⁷. The Edison decision was quite "English" in the sense of quasi-recognition on basis of a property right, but this approach was swiftly put aside. In *Kunz v. Allen*, the case which established the right to privacy in Kansas, plaintiff was a woman who was filmed during shopping in a local dry-goods store; the film was used

¹ Edison v. Edison Polyform Mfg Co., 67 A. 392, at. 392 (1903)

² Id., at. 392-393

³ Id., at. 393

⁴ Clark v. Freeman, 11 Beav. 112 (1848); Dockrell v. Dougall, 78 L.T.R. 840 (1898)

⁵ Edison v. Edison Polyform Mfg Co., 67 A. 392., 393-394 (1903)

⁶ Id., at. 394

⁷ Id., at. 395

for business purposes. The trial court sustained defendant’s demurrer as the plaintiff was unable to prove actual damages¹. The Supreme Court of Kansas found it unnecessary. Upon the opinion in *Munden v. Harris*, the Court found that in such cases special damages are not required to be proved and general damages are recoverable without depicting actual losses. Thus, the commercial appropriation of the woman’s likeness was found to be tortious². It should be denoted that this branch is qualified and far not every unauthorized photograph publication is tortious³. For instance, the para. 50 and 51 of the New York Civil Rights Law is a qualified statute. Upon various decisions, it was held that unauthorized pictorial of people in news is not tortious as it reveals no fiction but a caption of current events and news⁴, including republication of “old” news with “past” public interest⁵. It can’t be contended that newspaper business is not business, but *not* the type of business that a fictitious film production is, as it’s confined to disseminate accurate and truthful information⁶. This statute was abridged in regard to facts of educational need, which became a general rule⁷. The mid-20th century case law gave further elucidations. Commercials advertising news were also privileged in case such were unobjectionable⁸ and qualifications were not restricted to public figures but to people in whom community has legitimate public interest⁹, but commercials unauthorizedly disposing one’s name and likeness unless attributed to news are not allowed¹⁰.

D. Privacy of the body.

1. For the alive.

In a nutshell, the privacy of the body, as named by Solove¹¹ is physical solidity, which later had much to deal with medical confidence¹². Currently violations of “body privacy” are treated as a privacy tort or breach of confidence. In *De May v. Roberts*, plaintiff was a woman who had recently given birth to a baby, sued a physician (De May) for bringing his comrade (Scattergood) into her domicile to assist him within the accouchement and concealing that other man was not a doctor as well as suppressing her movements owing to her labor pains suing both for deceit and

¹ Kunz v. Allen, 102 Kan. 883, 883-884 (1918)

² Id, at. 885

³ Bozzi, supra at. 278-280

⁴ Humiston v. Universal Film Manufacturing Co., 189 App. Div 467, 470 (N.Y. App. Div. 1919)

⁵ See., for instance. Molony v. Boy Comics Publishers, 277 App. Div. 166, 169 (N.Y. App. Div. 1950); Bernstein v. National Broadcasting Co., 129 F. Supp. 817, 827-829 (D.D.C. 1955)

⁶ Humiston v. Universal Film Manufacturing Co., 189 App. Div 467, 471-472 (N.Y. App. Div. 1919)

⁷ Lahiri v. Daily Mirror Inc., 162 Misc. 776, 782 (N.Y. Misc. 1937)

⁸ Sidis v. F-R Publishing Co., 113 F2d. 806, 810 (1940)

⁹ Man v. Warner Brothers Inc., 317 F. Supp. 50, 52 (S.D.N.Y. 1970)

¹⁰ Sharkey v. National Broadcasting Co., 93 F. Supp 986, 987 (S.D.N.Y. 1950)

¹¹ Solove, supra at. 9-10

¹² See. Craig E. Johnston. Breach of Medical Confidence in Ohio, 19 Akr. L. Rev. 373, 376-377 (1986)

battery¹. De May gave evidence that he needed to be accompanied by Scattergood as he was exhausted from overwork and the roads of the town where plaintiff lived were terrible causing the comrades to arrive on foot. He also stated that plaintiff's husband didn't object his comrade's presence². Right before the child's birth, the plaintiff experienced a severe onslaught of labor pains and Scattergood assisted his friend to suppress them by grabbing the woman's hand and holding it for some time. Upon the testimony of De May, the baby was born successfully and Scattergood behaved himself reasonably and didn't take notice of the partition process. The Court found that plaintiff's right to privacy (although rendered through deceit and battery) was violated saying: "*To the plaintiff the occasion was a most sacred one and no one had a right to intrude unless invited or because of some real and pressing necessity which it is not pretended existed in this case. The plaintiff had a legal right to the privacy of her apartment at such a time, and the law secures to her this right by requiring others to observe it, and to abstain from its violation*"³. This case is ostensibly not the only specimen to depict relationship privacy as a sort of physical solidity. In *Newell v. Whitcher*, the plaintiff was a young blind woman suing for assault and trespass. The plaintiff was a music teacher and gave lessons for defendant's daughters once a week. After the classes, she commonly remained overnight and was given a separate room to sleep in⁴. One night, she was awoken by footsteps and noises in her room; the defendant, the father of the girls leaned on her bed and tried to seduce her. Plaintiff resisted and exorcized him out. Defendant's council argued that it was not a trespass as the apartments did not belong to Ms. Newell, but Judge Redfield found that: "... *We think that her right to her private sleeping room during the night under the circumstances of the case, was an ample and exclusive against the inmates of the house, as if the entry had been made into her private dwelling house through the outer door. Her right of quiet occupancy and privacy was absolute and exclusive; and the entry by stealth in the night into such apartments without license or justifiable cause, was a trespass: and, if with felonious intent, was a crime*"⁵. The second count on assault was also approved owing to a malicious intent of defendant; the plaintiff was allowed to recover general damages as well as exemplary ones for mental suffering⁶.

One of the most outstanding cases of the twentieth century on this issue was apparently *Griswold v. Connecticut*. The two plaintiffs, being doctors were imposed a fine for instructing married people on contraceptives under a statute conventionally known as "Comstock law". Justice Douglas outlined that the right to privacy was a "penumbra" as it wasn't prescribed directly in the Constitution and its Amendments

¹ De May v. Roberts, 46 Mich. 160, 161-162 (1881)

² Id.

³ Id., at. 165-166

⁴ Newell v. Whitcher, 53 Vt. 589, 590-591 (1880)

⁵ Id., at. 591

⁶ Id., at. 591-592

although a common law right to privacy was established in many US states; upon his opinion, the “penumbra” derived from various Amendments¹. As he went further: “*Would we allow the police to search the sacred precincts of marital bedrooms for telltale signs of the use of contraceptives? The very idea is repulsive to the notions of privacy surrounding the marriage relationship...*”; later emphasizing that “marital privacy” has to be an ancient right². The majority decided in favor of plaintiffs and thereupon the “Comstock law” was invalidated. Such cases, as *De May*, didn’t deal with public disclosures of private facts, but rather a breach of physical solidity and the primary specimen of such appeared in federal courts at least in 1859. *Bailey v. The Sonora*, an admiralty case decided by the District Court for Northern District of California, featured a suit of passengers of the cruise liner “Sonora” for a breach of contract claiming the facilities of the steamship were dreadful³. The “twin-case” of *Sparks*⁴ represented the same circumstances, though allegedly there were more suits against the vessel company owing to the discomfort of the transportation⁵. The steamship was overcrowded, the rows of bunks were cramped, and occasionally, the adjacent bunks were promiscuously shared by both men and women, and nearly no facilities to wash-up were provided. The second cabin was lumbered with luggage, the compartment was suffocating and the hot drinking water was barely eligible for consumption. Such “comfort” conferred lots of passengers to go to sleep on the deck that was repeatedly washed at night, arousing the passengers⁶. District Judge Ogden Hoffman, who wrote the opinion on the admiralty cases hereinabove stated that it was generally complicated to assess what comfort a passenger is to expect in a voyage transgressing tropic latitudes, but at the same time he mentioned that passengers have a right to demand facilities to preserve cleanness, ventilation and space to dispose, stressing “ [...] *that men and women should not have berths or bunks assigned to them promiscuously, without adequate arrangements to secure privacy [...]*”⁷. Hoffman found that despite severe discomfort the passengers arrived safely and on time. What as to damages, the following was said by the Court: “*In attempting to estimate the degree of suffering to which, from the various causes mentioned, the passengers were subjected, it is, I think, evident that to women it must have been greater to the men*”. The decree ruled compensating half of the fee for men and full refund for women⁸.

2. For the dead.

¹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 483-485 (1965)

² *Id.*, at. 486

³ *Bailey et al. v. The Sonora* 2F. Cas. 383, 383-384 (1859), Case No. 746

⁴ *Sparks v. The Sonora*, 2 F Cas. 883, 884-885 (1859) Case No. 13212

⁵ Christian G. Fritz. *Judicial Style in California’s Federal Admiralty Court: Ogden Hoffman and the First Ten Years, 1851-1861* (1982), 64 S. Cal. Q. 1, 12-13, fn. 68 and 69.

⁶ *Bailey et al. v. The Sonora* 2F. Cas. 383, 383-384 (1859), Case No. 746

⁷ *Id.*, at. 384

⁸ *Id.*, at. 385

The “privacy of the body” has much to deal with the possession of a cadaver. A handful of vintage cases showed that “possession” is not actually the *property* in its conventional legal sense. As stated in *Larson v. Chase* (see briefly in the subsection below) the possession of one’s body was not recognized in earlier English common law as it was lodged under the jurisdiction of ecclesiastical courts; thus belonging of the body was referred to churches¹. However, the English practice was put aside in the US and courts elaborated another one on basis of spouse’s or next-of-kin’s right to possession on relative’s body². In cases concerning such wrong, as *disinterrment*, another issue was whether plaintiff had a right to recover exemplary damages for mental suffering. *Meagher v. Driscoll* featured a suit of a man against a cemetery superintendant for removal of his dead child’s body. Plaintiff intended to purchase a grave lot and lodged imprest for it. Within a year his wife paid the rest of the sum to superintendant’s son acting for his father as the latter had fallen ill. However, the superintendant disinterred the buried body, sold the lot and reinterred the body to a “charity lot”³. On trial, the defendant told that he had not known the fact of the payment and his deed was not wilful. The Court found that “*A dead body is not the subject of property*⁴, and after burial it becomes a part of the ground to which it has been committed” and thus the action’s gist was in entering plaintiff’s close. Assessing the damages, the Court stressed that “...*Acts of gross carelessness, as well as those of wilful mischief, often inflict a serious wound upon the feelings, when the injury done to the property is comparatively trifling.*”⁵. Thus, such wanton negligence could be considered as aggravating circumstance for granting exemplary damages. Yes, in *Jacobus v. Congregation of Children of Israel*, plaintiffs sued for disinterrment of their relatives’ gravelot. Defendant company’s officers trespassed into the gravelot where plaintiffs’ the relatives were buried and disemboweled the graves in a barbaric style, removing the gravestones and exposing caskets to people. After that, defendant sold the lot and re-interred the mortal remains in an obsolete part of the cemetery⁶. Plaintiffs were his heirs at law and so acquired possession over the gravelot. The Court decided in favor of the plaintiffs considering that they may recover for the wrongdoings of defendants adding they may also be awarded exemplary damages: “*In a suit for damages for disinterring a dead body, if the injury has been wanton and malicious, or is the result of gross negligence or a reckless disregard of the rights of others, equivalent to an intentional violation of them, exemplary damages may be awarded. [Authorities omitted] Where such an action is maintainable, the injury to the*

¹ *Larson v. Chase*, 47 Minn. 307, 308 (Min. 1891)

² *Id.*

³ *Meagher v. Driscoll*, 99 Mass. 281, 282 (1868)

⁴ It is not precisely known, what court coined this doctrine. In *Larson v. Chase*, at. 309, the Court refers to a dictum by Lord Coke, see. *Rex v. Lynn* 2 T.R. 733 (K. B. 1788)

⁵ *Id.*, at. 285

⁶ *Jacobus v. Congregation of Children of Israel*, 107 Ga. 518, 519-520 (1899)

*natural feelings of the plaintiff may be taken into consideration in estimating the damages which he has sustained*¹. Since the topic of burials and remains has been obviously delicate, the Jacobus case displayed that the issue of privacy was taken into account in such sort of cases.

Although in *Meagher* it was said that the action was maintained within the tort of trespass, another doctrine emerged in Rhode Island. In *Pierce v. Proprietors of Swan Point Cemetery*, plaintiff was a daughter of a deceased father, entitled to be his heir at law and was the owner of his burial lot, sued her mother and the cemetery proprietors for disinterring her father’s body and conveying it to a newly-assembled lot without her consent². As stated by the Court: “*There is no right or property in a dead body, using the word in its ordinary sense, may well be admitted. Yet the burial of the dead is a subject which interests the feelings of mankind to a much greater degree than many matters of actual property*”³. The Court proceeded that “*There is a duty imposed by the universal feelings of mankind to be discharged by some one towards the dead; a duty, and we may also say a right, to protect from violation; and a duty and the part of others to abstain from violation; it may be therefore be considered as a sort of quasi property and it would be discreditable to any system of law not to provide a remedy in such a case*”⁴. The defendants’ demurrer held such actions were their “internal affairs” and the mother claimed of having a right to do so as a matter of fact of being a widow. The Court found that although the corporation might keep control over the land, but not to interfere with the legal rights of burial lot owners. Thus, the decision was held in favor of plaintiff⁵. So, “privacy of the body” was conveyed through a construction of a “quasi property”. It seemed to become a general rule in Rhode Island. In *Hackett v. Hackett*, a widow sued the relatives of her dead husband to return his body to the tomb where they had taken it from. Upon the decision of *Pierce*, the Court found that “*While no one can be considered as the owner of the dead body, in any sense whatever, yet there is a quasi property, in the custodian, in the nature of a trust for the benefit of all who have interest in it, which the court will regulate*”⁶ and the matter was to decide who was to control the place of burial – the widow or the next of kin. After discussing a range of authorities, too volumetric to discuss here, the Court decided in favor of plaintiff, lodging a general rule that widow is in preference to next of kin unless gives consent thereto or other

¹ Id., at. 521-522

² *Pierce v. Proprietors of Swan Point Cemetery*, 10 R.I. 227, 228-229 (R.I. 1872)

³ Id., at. 237-238

⁴ Id., at. 238

⁵ Id., at. 243-244

⁶ *Hackett v. Hackett*, 18 R.I. 155, 156 (1896)

peculiar circumstances (e.g. the heirdom, like in *Pierce*) arise¹. Similar conclusions were made in other states. In Minnesota, in *Larson v. Chase*, where a woman sued for her dead husband's body dissection, the Court also upheld the doctrine of the quasi-property giving a coarse historical background of the subject and clarifying that the cadaver here means not merely commercial property, but "*something over which the law accords him [the plaintiff] exclusive control*". What as to the "privacy" damages, mental suffering was compared to other torts with no physical intrusion and was considered to be natural upon case circumstances. Citing *Meagher v. Driscoll*, the Court emphasized that the case was technically decided on trespass tort, "*the real and substantial wrong was not the trespass on the land, but the indignity to the dead*"². The issue of "quasi-property" in terms of privacy could be rendered within autopsy cases³. In *Foley v. Phelps*, a woman's husband died in a casualty after falling to an elevator shaft. The widow asked not to perform autopsy and to return the decedent's body in order to prepare it for burial. However, the defendant anyway performed it. The Court held that the wife had a legal right of possession as underwritten: "*The right is to the possession of the corpse in the same condition it was in when death supervened...*" As it was stated forth, "*It is the right to what remains when the breath leaves the body, and not merely to such a hacked, hewed and mutilated corpse as some stranger, an offender against the criminal law, may choose to turn over to an afflicted relative*"⁴. However, in the next decades, such decisions were occasionally overruled by statutes allowing an examiner to perform an autopsy without regard to consent of the closest relatives of the decedent⁵. However, it was not omnipresent⁶ and may vary in different state jurisdictions. In 1977, unauthorized interference into a dead body was codified into the Restatement (Second) of Torts⁷.

E. Mental privacy and spiritualism practices.

If there is a privacy of the body, is there a privacy of the mind, and can it be interfered? It is, especially if talking about an interference by means of spiritualism practices. This topic has been the most obscure within privacy constituents, but it is definitely not without a case. Been mainly known by the 1920s treatises of Blewett Lee⁸ and Ardemus Stewart, it requires a separate treatise, so I'll briefly express the

¹ The right of wife to possess the husband's dead body paramount to kins, provided she is/was surviving and no specific testament exists, became a doctrine in similar cases (*Larson v. Chase* at. 309); *Hackett v. Hackett*, 18 R.I. 155, 159 (1896).

² *Larson v. Chase*, 47 Minn. 307, 312 (Min. 1891)

³ See., for instance *Foley v. Phelps*, 1 App. Div. 552 (N.Y. App. Div. 1896) and *Burney v. Children's Hospital* (1899), 169 Mass 57.

⁴ *Foley v. Phelps*, 1 App. Div. 552, 554-555 (N.Y. App. Div. 1896)

⁵ See., for instance, *Gahn v. Leary*, 318 Mass. 425, 427-429 (1945) and *Macrelli v. Children's Hospital & Others*, 451 Mass. 690, 692-694 (2008)

⁶ See., for instance *French v. Ochsner Clinic*, 200 So. 2d 371, 372-373 (La. Ct. App. 1967)

⁷ Restatement (Second) of Torts, para. 868

⁸ See. Blewett Lee. *Psychic Phenomena and the law* 34 Har. L. Rev 625, at. 626-628 (1921)

doctrine and several outstanding cases. In these, an invasion of a privacy by means of mind control were alleged but not supported by testimony¹, or confirmed². These cases lie under the doctrines of fraud and undue influence³, when people, being, or pretending to be spiritualists or spiritual advisers, impacted others by entertaining their practices to make wills and bequeath their estate to spiritualists or spiritualist communities⁴, make gifts⁵, or disinherit close relatives due to a belief of somebody possessing supernatural powers⁶. These cases are primarily civil actions to contest bequeath, invalidate or secure the probate of wills and occasionally criminal appeals on deceit and pretention to be a medium⁷. Two interrogations are to be responded in the underwritten doctrine. *Foremostly*, is a belief in spiritualism an evidence of mental incapacity to make a will? *Secondly*, are spiritualists deceivers *per se*? On the primary issue, I would respond negative to a considerable extent. Upon ordinary condition, such belief isn't at insane delusion. That was the position of US courts in the late 19th century and onwards; the same goes to England, where a “testamentary capacity test” was applied as early as 1870 in *Banks v. Goodfellow*⁸. For instance, in *Schildnecht v. Romph's Ex'x*, an old man testated nearly all estate to his spouse leaving the children only a moderate sum of money; they sued executrix to contest the will alleging his mental capacity to be improper of preparing, undue influence of the wife and insane delusion which made him disinherit the kins⁹. Upon the facts, testator was mentally adequate and raised a large family, repeatedly helping his son to avert problems; moreover, the plaintiffs were said to be unreliable people. The “delusion” was grounded upon elderly couple's belief in witchcraft and spiritualism; the wife regarded testator's daughter as a witch, and the whole family found the grandmother, who used to reside with the daughter and her family to be a witch. No testimony indicated that testator disinherited plaintiffs upon the reason of belief that the daughter had supernatural powers. The Court found that such beliefs are no foundation to assume that testator was not competent to make a will, or his mother, or daughter controlled his mind. Thus, judgement was affirmed¹⁰. In *Raison v. Raison's Ex'tx*, testator, an elderly man bequeathed most of his estate to his late wife, leaving his two kins nearly without any legacy. The mental capability of the testator remained

¹ *Raison v. Raison Ex'x*, 148 Ky. 116, 119-120 (1908)

² *Ross v. Conway*, 92 Cal. 633, 635-637 (1892)

³ *Lee*, supra at. 630

⁴ *O'Dell v. Goff*, 149 Mich. 152, 155-156 (1907)

⁵ *Dean v. Ross*, 178 Mass. 397, 399-401 (1901)

⁶ *Schildnecht & Another v. Romph's Ex'x*, 4 S. W. 235, 235-236 (1887)

⁷ *State v. Lawrence Durham*, Del. A. 105, 109-111 (1904)

⁸ *Banks v. Goodfellow* LR 5 QB 549, 565 (1870). For a decent comprehensive treatise on the case, see. Kenneth I. Schulman. et. al., *Banks v. Goodfellow (1870): Time to Update The Test For Testamentary Capacity*, 95 La Rev. Du Bar. Can. 251, 253-255 (2017)

⁹ *Schildnecht & Another v. Romph's Ex'x*, 4 S. W. 235, 235-236 (1887)

¹⁰ *Id.*, at. 236-237

unquestioned apart from the fact the man had an avid belief in spiritualism and was said to communicate with the departed spirits; his second wife was claimed to be a practicing medium and said to have repeatedly organized meetings¹. The Court found that belief in mediumship itself could not be regarded as an insane delusion, although it could cause it: *“It is proper to add, however, that the mind might become insane with spiritualism as its monomania, just as it might become insane upon the subject of religion, politics or any of the multitudinous subjects which engross the attention of the human intellect”*². Upon other evidence, the later wife of the testator ruined all relationships between family members which made them leave his estate; however no facts displayed that his later spouse conducted undue influence on him to recognize, although it was said that the woman was dominant and testator made such will to preserve fragile peace in the family. Since a burden of proof of displaying an undue influence was not satisfied. Henceforward, judgement was affirmed³. Thus, being⁴ a spiritualist does not automatically mean that he/she might exercise his powers for deceit in order to obtain property, money, bonds etc. by intruding into one’s mind. But it should be denoted there are certain boundaries of belief that may destruct one’s competence to leave a will. In *O’Dell v. Goff* contestants litigated to secure a probate of a lately deceased testator. An elderly man bequeathed nearly all his estate to be rearranged into an asylum for poor people and aged mediums. The contestant was believed to be testator’s son, although contestant thought that his biological mother, with whom he had been married less than a year, committed an adultery (it was the reason for the couple’s early divorce), and had never regarded him as an offspring⁵. Testator adopted a very potent belief in spiritualism in his later years and was said to communicate with the spirits and apostles; these facts made the trial court jury to regard him as insane and recognize him as mentally incapable to conclude a will. The Court stated that the belief in supernatural does not deem a person insane *per se*, but not in case it is that vigorous: *“It does not follow, however, that one may no have such a faith in spiritualism as to destroy his testamentary capacity. He may think so contiunally and persisently upon the subject as upon many other subjects to become a monomaniac, incapable of reasoning, where this subject is concerned. In that case it should be said that a will made in consequence of such monomania is void for lack of testamentary capacity [...] So, too, a believer in spiritualism may have such extraordinary confidence in spiritualistic communications – whether these*

¹ *Raison v. Raison’s Ext’x*, 148 Ky. 116, 117-118 (1912)

² *Id.*, at. 118

³ *Id.*, at. 119-121

⁴ See. Lee *supra* at. p. 627. “In the interest of brevity I shall not use the word “alleged” before communications and other psychic phenomena, assuming that the reader will always consider it as there when they are spoken of”. In the faith of the experiment, we are not to confirm or withdraw the allegation of spiritual practices as genuine.

⁵ *O’Dell v. Goff*, 149 Mich. 152, 154-155 (1907)

*communications reach him through mediums or are received by him as he believes directly – that he is impelled to follow them blindly and implicitly, his free agency is destroyed, and he is constrained to do against his will what he is unable to resist. A will made under such circumstances is obviously not the will of testator and is therefore not admissible to probate*¹. The Court found it immaterial upon which conclusion (insanity or undue influence) the will was void, as the “...A will brought about by an influence which the testator could not resist is not his will”. As it was held further, apart of being a monomaniac, testator could have underwent undue influence as mediums were cited as direct or indirect beneficiaries. The contestant was asked to prove he resembled his alleged father, but he didn’t manage to do it, since he was born in a lawful wedlock over fifty years before trial and there was no evidence that his mother committed adultery and contestant was born as a result of it². Thus, judgement was reversed and remanded.

Another issue deals with the allegation of whether spiritualists are deceivers as a matter of being such and practicing (provided this entertainment is legal within the jurisdiction). As Lee argued, it would be erroneous to call all occult communion unintelligent³, but in my point of view, it would be probably impossible to assess their actual intelligence by such an institution, as an “*earthly court*”⁴. In *Raison v. Raison’s Ex’x*, which we have already discussed, the Court, not arguing on genuinity of such belief stated: “*Many brilliant and well balanced minds are fixed in the belief that they can communicate with the spirits of those whose physical life has ended*”⁵. In *Irwin v. Lattin*, which we’re going to discuss briefly downwards, the Court held: “*And yet the courts have not assumed to deny to spirits of the departed the privilege of holding communion with those of their friends who are still in the flesh*”, adding that it will be until they would intrude into one’s legal rights or by means of undue influence prejudice their interests⁶. I presume it would be logical not to imagine a spirit as a defendant, since “*spirit wills are too celestial for cognizance by earthly tribunals*”, as wittily said in *Irwin*⁷. Thus, under the evidence of authorities, it could not be said that courts treat *all* such communications as heresy. The same is to be said that it can not be utterly contended that existence of spiritual power is a deception⁸. However, the reputation of mediums as deceivers exercising their powers to take possession of property, money and other estate is dictated by earlier English and American

¹ Id., at. 158

² Id., at. 159-161

³ Lee, supra at 626.

⁴ *McClary v. Stull* 44 Neb. 175, 190 (1895), Case No. 6512; *Irwin v. Lattin*, 29 S. D. 1, 10-12 (1912)

⁵ *Raison v. Raison’s Ex’t’x*, 148 Ky. 116, 117 (1912).

⁶ *Irwin v. Lattin*, 29 S. D. 1, at. 11 (1912)

⁷ Id.

⁸ *Ross v. Conway*, 92 Cal. 633, 636-637 (1892)

authorities¹. Upon Stewart, there was a presumption of undue influence in such cases unless there existed a confidential (that is, cognate) relation between a medium and testator². Otherwise, a burden of proof is charged onto the plaintiff and undue influence is to be affirmed by testimony³. Some cases demonstrated complete mistrust to spiritualism itself⁴, therefore I would say this presumption goes further. Another evidence of mistrust is that States started enacting statutes imposing criminal liability on the one who pretends to be a spiritualist⁵. This is how such statute was stipulated in *State v. Lawrence Durham*: “*The indictment is based upon a statute of this State which we say to you is founded upon wisdom. The purpose of that statute manifestly is to protect people in certain grades of life from being imposed upon by person who pretend to possess a power that they do not have*”⁶. Deceit by means of mind control which is practically an invasion to mental privacy was far too often not to be cited. In *Ross v. Conway*, an old woman bequeathed nearly all estate to a local pastor who took advantage of his spiritual skills and her mental incapacity. Plaintiffs sued to cancel the deeds of trust she entitled to the defendant. Evidence showed that undue influence took place. The skills of the priest were not contended and were regarded as ones which may cause it: “*That the influence which the spiritual adviser of one who is about to die has over such person is one of the most powerful that can be exercised upon a human mind, especially if such mind is impaired by physical weakness, is so consonant with human experience as to need no more than its statement; and in any transaction between them wherein the adviser receives any advantage, a court of equity will not enter into the investigation of the extent to which such influence has been exercised*”⁷. No independent advice of estate disposal was found by evidence; the pastor also hired an attorney to prepare papers and repeatedly attended the woman within her fatal illness. The Court found undue influence in the deeds of the pastor and thus judgement was affirmed⁸.

In *Irwin v. Lattin*, two plaintiffs filed an action to probate a will made by an elderly woman, who devised her property to National Spiritualist’s Association of the

¹ See. Ardemus Stewart, *Belief in the Preternatural and Its Effect upon Dispositions of Property* (1892), 40 Penn. L. Rev. 569, 572-576. We’re not going to discuss the older English authorities as immaterial for a brief review, but upon B. Lee, the most “celebrated” English one is *Lyon v. Home* featuring a worldwide-known medium D. D. Home as defendant (See. Blewett Lee, *A Trance in Court* (1932), 18 Am. B. Ass. J., 452, 452-453.) American courts cited English authorities in “spiritual cases” seldomly. However, in *Ross v. Conway*, the Court cited far older cases, namely *Dent v. Bennett* (see. *Ross v. Conway*, 92 Cal. 633, 636 (1912))

² Stewart, *supra* at. 588-589

³ See. *Raison v. Raison’s Ext’x*, 148 Ky. 116, 120-121 (1912)

⁴ See. *Dean v. Ross*, 178 Mass. 397, 399-401 (1901); *State v. Lawrence Durham*, Del. A. 105, 110 (1904),

⁵ See. *State v. Lawrence Durham*, Del. A. 105, 109-110 (1904)

⁶ *Ibid*, at. 110

⁷ *Ross v. Conway*, 92 Cal. 633, 635-637 (1892)

⁸ *Id.*, at. 637-638

United States. The woman was said to be insane for a long time (and in fact, was adjudged insane two years before death, concluding her life in a mentalhouse) and thus was found to be mentally incapable by trial court¹. Plaintiff’s counsel argued that some time before making the will, she developed a strong belief in spiritualism and was said to be repeatedly guided by spirits. She was said to bequeath property to a spiritualist association under coercion of spirits. Plaintiff’s counsel contended that such beliefs are not an insane delusion themselves, *but if the testamentary act is controlled under such delusion, it is an evidence of an insane mind*. The Court upheld this assumption and after analyzing some authorities affirmed the judgement of trial court². As Stewart argued: *“The nature of influence of the spirits has never been fully investigated by courts. It has been either tacitly or expressly assumed that it is in all respects similar to that of human beings, to be treated by the same rules, or as undue influence [...]”*³. As it derives from *Irwin* opinion, the Court can not account invasion of spirits into one’s mind and they are not liable under, so to say, terrestrial law. I would conclude that upon the aforementioned authorities it is quite intelligible that neither spiritualism nor a communication with disembodied entities, despite of whether they are existent or not is immaterial until such obsession averts one from adequacy in making a will. However, the evil reputation of mediums played its role. In *State v. Lawrence Durham*, defendant was convicted for pretending to exercise spiritualism by trying to cure a woman. Upon the prosecuting witness, who appeared to be the woman’s husband gave testimony that his wife suffered from a skin disease apart from other ailments, reportedly being ill for seven years⁴. Then, an elderly Black man named Lawrence Durham visited their domicile and stated he could cure the woman. Durham manifested that she was under an influence of an evil spirit and he could manage to cast the creature out⁵. I have to stress that Durham could not be described as exorcist from the canon law point of view⁶, although he claimed to have possessed supernatural powers and attempted to talk with an evil spirit, read the Bible in front of the morbid and conducted obscure procedures that he believed to cure the woman. Durham demanded a sum of 50 Dollars for his services. Upon the husband’s testimony, the “exorcist” could not treat the woman⁷. Upon his interview, defendant denied all the aforesaid assumptions. The judge instructed the jury to find defendant not guilty in case he tempted to heal the woman’s impairment by natural means; and

¹ *Irwin v. Lattin*, 29 S. D. 1, 3-4; 7-8 (1912)

² *Id.*, at. 9-12

³ Stewart, *supra* at. 585

⁴ *State v. Lawrence Durham*, Del. A. 105, 106-107 (1904)

⁵ *Id.*, at. 107

⁶ Code of Canon Law, Can. 1172, para. 1. As it proceeds from the comment, “An exorcist is to be a priest (sacerdos), not a presbyter (presbyterus) as in the canon, which means bishops as well as presbyters may be appointed exorcist”. See. p. John P. Beal, *New Commentary on the Code of Canon Law 1404-1405* (1999)

⁷ *State v. Lawrence Durham*, Del. A. 105, 107-108 (1904)

guilty – in case he made pretense to exorcize an evil spirit from her. The verdict was *guilty*¹. Thus, such cases displayed that an invasion into mental privacy by means of spiritual practises actually subsisted.

F. Privacy and letters.

The right to privacy has got roots in correspondence. Elucidating on privacy tort in Maryland, Crocker paid attention that privacy-related cases dating back to the nineteenth century played a concordant role in the emergence of right to privacy². Moreover, it is seemingly the oldest of existing interpretation of privacy ever featured in a court docket³. The descent of correspondence privacy lies in English common law⁴, which is repeatedly indicated in the authorities of early American cases⁵. *Denis v. Leclerc*, a Louisiana case, presumably one of the first, if not the first privacy-related cases in the US, recognized as such in a substantially later Louisiana court decision⁶. In *Denis*, the plaintiff sued to enjoin an alleged publication of a letter by defendant, written by plaintiff to a third person which was presumed to have obtained unlawfully; defendant filed an answer denying to have obtained it by improper means swearing to have conveyed the letter from the receiver; injunction was sustained before the hearing. In spite of it, defendant gave an announcement in a newspaper to come and see the letter to his printing office, or to clerk's department. One witness claimed of having seen the letter in a private room, another had read it⁷. The Court went to observe various authorities. The case was distinct from English authorities as it wasn't a copyright violation: "*The present case has been endeavored to be distinguished from ones [Pope v. Curl and Thompson v. Stanhope] cited, in regard to the nature of the attempt – not to print a letter, with a view of appropriating to one's self the profit of the sale, and thus depriving the writer of the benefit secured to him by law, under the denomination of copyright; but the sole view of disclosing the writer's secrets and wounding his feelings*"⁸. After examining a number of other authorities, the Court decided in favor of plaintiff, imposing a fine of 50 Dollars and imprisoning defendant for a ten-day term, as it was held as follows: "*The object the defendant had in view was not to procure any benefit for himself, but to do an injury to the plaintiff*"⁹. In *Woolsey v. Rudd*, plaintiff sued the defendants for attempting to publish copies of a

¹ *Id.*, at. 109-111

² Arthur K. Crocker, Tort of Invasion of Privacy Recognized in Maryland – *Carr v. Watkins*, 23 Mar. L. Rev 84, 85-86 (1963)

³ James F. Howell, The Right of Privacy in Louisiana, 28 La. L. Rev. 469, 469-470 (1968)

⁴ *Id.*, at. 470, fn 13; see. *Gee v. Pritchard* 36 ER 670, 678 (1818)

⁵ See. *Denis v. Leclerc* 3 M. R. 159, 161-164 (1811); *Woosley v. Judd* 4 Duer 379. 392-394; 398-405 (1855),. In *Denis*, the Court repeatedly referred to ancient Roman law and the law of France and Spain, see at. 161 and onwards.

⁶ *Hamilton v. Lumbermen's Mutual Casualty Co.*, 82 So 2d. 61, 63-65 (1955),

⁷ *Denis v. Leclerc*, 3 M. R. 159, 160-161 (1811),

⁸ *Id.*, at. 164

⁹ *Id.*, at. 173-174

letter in a periodical where they occupied positions of editors and proprietors; the original of the letter was obtained unlawfully. Defendant Judd, the periodical’s editor, claimed to have obtained it by post with a note emphasizing the letter could be disposed in such a way as he would prefer¹. Defendant’s counsel argued that the case didn’t graze a copyright violation, as a private letter could not be regarded as a *manuscript*. As it was said by Justice Duer, “*The complaint does not aver that the letter of plaintiff, to which it refers, has any value as a literary production, or that he will sustain any pecuniary damage, or feelings from its threatened publication. It raises, therefore the naked question, whether the court of equity is bound, or has power to restrain, by injunction, the publication of private letters, in all cases in which it is alleged that the publication is about to be made without the consent, and contrary to the wishes of the writer?*”². The Court admitted a large degree of morality in the case but stated that “moral grounds” are unsuitable to recover unless any other legal rights are violated. The Court examined a multitude of copyright cases, primarily English ones and stuck to the position of ones cited in *Denis* above, including *Gee v. Prichard* as well as the treatises of Justice Story, upon the assumption of whom, “*every letter is, in general and proper sense of the term, a literary composition*”³. Proceeding with his thought, Court held that “*the author of any letter, or letters, and his representatives, whether they are literary compositions or familiar letters, or letters of business, possesses the sole and exclusive right of publishing the same, and that, without his consent, the letters cannot be published, either by the persons to whom the letters are adressed, or by any others*”, adding later that the receiver still may publish particles of such letter in case it displays some vindication of his rights or conduct⁴. Thus, the injunction was sustained. Another case, *Grigsby & wife v. R. J Breckinridge*, dealing with letter confidentiality, was decided by the Kentucky Court of Appeals, which sixty years later designated the decision in *Brents v. Morgan* as it “*makes allusions to what would be denominated the right to privacy at present time*”⁵. Plaintiff’s wife died in 1859 and before dying, entrusted a large number of letters she had kept during her lifetime to her daughter. Plaintiff sued to enjoin publication of all the letters as well as demanded surrendering all mail to him⁶. After a litigation on a supposed property right in the letters, the court held that the plaintiff cannot be entitled to hold possession on these letters although he could sue for injunction of the ones he was the author thereof, as well as publish letters upon his will⁷. The court expressed some perplexity on plaintiff’s encroachment towards his wife’s letters

¹ Woolsey v. Judd 4 Duer 379, 380-381 (1855)

² Id., at. 383

³ Id., at. 392-396

⁴ Id., at. 406-407

⁵ Brents v. Morgan, 221 Ky. 765, 771 (Ky. Ct. App. 1927)

⁶ Grigsby v. Breckinridge, 65 Ky. (2 Bush) 480, 482-483 (1867)

⁷ Id., at. 492-493.

emphasizing that the husband may not have dominion over his spouse in any case, including letters and could not gain control or destroy them without the wife's consent. As the Court held, “*Any such ungracious interference with her confidential correspondence would impair social confidence and disturb domestic peace, and ought not to be encouraged by the judiciary, especially as it could do him no other good than to gratify a jealous and prying curiosity*”¹. After all, the court emphasized that plaintiff was not deprived of his right to enjoin or to publish letters of his authorship, “*But, as author, he has no right to the possession of the letters*”, stressing that plaintiff could not enjoin the publication of other letters, as other authors could have done that themselves². The problem of viewing privacy breach independently of a property right or confidence breach was clearly stated in *Grigsby v. Breckinridge* as of the following: “*Courts of equity have not yet assumed jurisdiction to enforce duties merely moral, or to prevent a breach of epistolary confidence or exposure of an epistolary secret in no way affecting any interest in property – however inconsistent such publication may be with honor of pure ethics. But the sole ground yet recognized for injunction is the protection of property*” (referring to Lord Eldon's opinion in *Gee v. Pritchard*)³.

G. Privacy and telegraphs.

A related issue occurred in late 19th and the first decades of the 20th century concerning the transmission of information by *telegraph*. In dozens of 19th and 20th century cases plaintiffs sought recovery, based on grounds of telegraph company's inability to transceive messages that contained confidential information. The privacy issue was rendered within breach of contract to deliver the message and negligence of the telegraph companies⁴. A common feature for such cases was the sorrow content; mainly, they messenged on deaths and severe illnesses of their close relatives⁵. In such cases courts had to decide whether to grant recovery for mental suffering unaccompanied to property or physical injury⁶. However, there was no general rules elaborated and generally recognized by courts in this issue. Since this topic requires a separate treatise, we are to examine outstanding cases to render the existing practice. In *Logan v. Western Union Telegraph Co.*, one of earlier “telegraph cases”, plaintiff was a father who sent a telegram from Illinois to Nebraska to his son urging to arrive home as his mother was severely ill and upon point of death; plaintiff blamed defendant company in failure to transceive the message which discharged his son from being present with his mother in her final days and claimed to have suffered a mental

¹ Id., at. 492

² Id., at. 493-494

³ Id., at. 486; see also *Gee v. Pritchard*, 36 ER 670, 678 (1818)

⁴ See. for instance, *Western Union Telegraph Co. v. Crampton*, 138 Ala. 632, 633-634 (1903)

⁵ Editors, *Telegraphs and Telephones. Death Message Held Not to Show Mental Anguish Would Result from Nondelivery*, 9 Vir. L. Rev 141, 141-142 (1922)

⁶ See. for instance, *So Relle v. Western Union Telegraph Co.* 55 Tex. 308, 311-313 (1881) as well as a litigation on this topic in *Peay v. Western Union Telegraph Company* 64 Ark. 538, 544-545 (1898)

injury¹. A per curiam decision was held that plaintiff may recover at least nominal damages and the price paid for telegram conveyance². Still, these were not *general* or *exemplary* damages. In *So Relle v. Western Union Telegraph Co.*, a relative of the plaintiff sent a telegram messaging that his mother deceased. The plaintiff received the message only within several days and thereupon was deplorably deprived from being present at her funeral as well as ascertaining that the ritual services were properly carried; he blamed the company in gross negligence and demanded 50,000 dollars damages³. Justice Watts stated that actual damages for mental suffering may be granted under settled rules of law in Texas. He cited Shearman’s and Redfield’s “*A Treatise On the Law of Negligence*”, where authors supported granting damages in similar circumstances (authorities were augmented only in later editions⁴) as well as citing *Hays v. The Houston G. N. R. R. Co.*, where plaintiff sued the railroad company for personal injuries (battery being aggravated with mental anguish) as the conductor ejected him and his family off the carriage, allegedly for fee nonpayment. Having rejected to pay another fee (as plaintiff claimed of having paid it at the station), he was disembarked after a fight with the conductor, who estimatedly behaved himself quite violently⁵. Plaintiff was allowed to recover actual and exemplary damages⁶. Other authorities, immaterial to cite, displayed the courts granting actual damages for mental suffering, but with different case circumstances. Therefore, the Court granted general damages to the plaintiff for mental suffering⁷. However, *So Relle* didn’t create a general rule. It was flocked in a number of other jurisdictions⁸, but a dispersing doctrine, grounded on the rule that the law doesn’t allow general or exemplary damages for mental injury unattached to physical injury or property damage contradicted *So Relle* rule (if it could be considered as a general rule). In a Georgia case, being the primary “telegraph” one in the state, *Chapman v. Western Union Telegraph Co.*, plaintiff sued for a gross negligence in a delivery of a telegram messaging that his brother was seriously ill. The telegram was late and plaintiff was unable to reach him before his brother died; plaintiff sought damages only for mental suffering⁹. Justice Lumpkin referred to a number of authorities, including *So Relle* case and told

¹ Logan v. Western Union Telegraph Co., 54 Ill. 468, 469-471 (1877)

² Id., at 471

³ So Relle v. Western Union Telegraph Co., 55 Tex. 308, 310-311 (1881)

⁴ See. Thomas G. Shearman, Amasa A. Redfield, *A Treatise on the Law of Negligence*, 1301-1303 (Vol. II (1898)). at para. 756: “Delay in the announcement of a death, an arrival, a straying or recovery of a child, and the like, may often be productive of an injury to the feelings, which cannot easily be estimated in money, but for which a jury should be at liberty to award fair damages”.

⁵ Hays v. The Houston G. N. R. R. Co., 46 Tex. 272, 278-281 (1876)

⁶ Id., at 283-284

⁷ So Relle v. Western Union Telegraph Co. 55 Tex. 308, 313-314 . (1881)

⁸ See., for instance, Iowa in *Mentzer v. Western Union Telegraph Co.* 93 Iowa 752, 759-762 (1893) and Alabama in *Western Union Telegraph Co. v. Crampton*, 138 Ala. 632, 643-644 (1903)

⁹ *Chapman v. Western Union Telegraph Co.* 88 Ga. 763, 764-765 (1892)

that “telegraph cases” arose a variety of issues which evoked divergent views¹. He cited various authorities that generally indicated that earlier US and English common law did not afford redress for mental suffering. Another issue was that there was no intelligible practice to measure the damages for mental suffering in those days, especially to maintain an action on this grounds alone: “*How much mental suffering shall be necessary to constitute a cause of action? Let some of the courts favoring recovery measure out the quantity. If they are unable to do this, than any mental suffering would be actionable [...]*”². Justice Lumpkin added that damages may be increased for mental suffering, but substantial damages are to be entitled on another ground³. Thus, recovery on such grounds was denied. In fact, the *So Relle* “rule” gave a crack at its emergence. In *Wadsworth v. Telegraph Co.*, plaintiffs (a wife and husband) sued for non-delivery. Two messages on the dying condition of husband’s brother were prepared, but the latter messaging the fact he had deceased was delayed owing to the defendant’s negligence⁴. A statute requiring to convey messages was enacted in the jurisdiction and the Court allowed to recover damages for mental suffering⁵. However, a dissenting opinion delivered by Justice Lurton displayed the same notion as was announced in *Chapman* 4 years later referring to early common law practice; and the “mental” damages were called as “*metaphysical*” and properly distinguished from aggravating circumstances of an actual injury: “*The reason why an independent action for such damages cannot and ought not to be sustained is found in the remoteness of such damages, and in the metaphysical character of such an injury considered apart from physical pain. Such injuries are generally more sentimental than substantial. Depending largely upon physical and nervous condition, the suffering of one under precisely the same circumstances would be no test of the suffering of another*”⁶. This dissenting opinion was largely supported in *Connell v. Western Union Telegraph Co.*, where the plaintiff sued for a non-receiving a message on his son’s thanatoid illness and sequent demise; the Court upheld the *Wadsworth* dissenting opinion and criticized *So Relle* for the “rule” as it lacked direct precedent⁷. A review of earlier cases gave a conclusion that “*That an action for mental anguish disconnected with physical injury, for the breach of contract, could not be maintained*

¹ *Id.*, at. 765. Such divergencies involved the following:

- 1) who can recover damages, the sender or the sendee;
- 2) is the action in contract or in a delict;
- 3) are actual damages eligible on basis of a contract breach for injury to feelings alone;
- 4) to what extent should the message depict the family relationships;
- 5) are such damages punitive or compensatory.

² *Id.*, at. 773

³ *Id.*

⁴ *Wadsworth v. Telegraph Co.*, 86 Tenn. 695, 696-698 (1888)

⁵ *Id.*, at. 708-711

⁶ *Id.*, at. 723

⁷ *Connell v. Western Union Telegraph Co.*, 116 Mo. 32. 46-47 (1893)

in common law, with the single exception of the breach of a marriage contract, is abundantly established”¹. Hence, the So Relle “rule” collapsed. The later “telegraph” decisions in so-called were primarily in favor of the defendant with rare exceptions; no unity existed in such decisions².

H. The unrecognized tort becomes recognized.

If we’re talking about the last point of Brandis’s classification, such twists occurred owing to the fact that the right to privacy in any hypostasis didn’t receive practically any recognition in ancient common law³ as well as quasi-recognitions displayed a variety of grounds on which damages were recovered, with an apparent exception of privacy. As Elson argued in his treatise “*Recent Developments in the Right to Privacy*”, common law had never previously, at least, omnipresently found actionable “sentimental and psychological injuries” unattached to other legal rights violations⁴ and such were accounted as an aggravating circumstance at best. Justice O’Brien arguing on *Schuyler, Atkinson v. Doherty, Robertson* and other early privacy cases, wittily expressed his point of view as underwritten: “*The right to privacy, so called, represents an attractive idea to the moralist and social reformer, but to the lawmaker, who seeks to embody the right in a statute, the subject is surrounded by serious difficulties. It is quite impossible to define with anything like precision what the right to privacy is or what its limitations are, if any; how or when is the right is invaded or infringed, or what remedy can be applied if any*”⁵. The “letter” and “telegraph” cases illustrate this issue distinctly. In *Woolsey v. Judd*, which I discussed in the subsection upwards, Justice Duer said: “*A court of equity is not the general guardian of the morals of society. It has not an unlimited authority to enforce performance, or prevent the violation, of every moral duty*”⁶. In *Chapman*, Justice Lumpkin came to an identical conclusion, stating that mental suffering is too, let us say, celestial to be tangible alone⁷. As we can reckon up from the “telegraph cases” described hearainabove, the inability to recover was based on the reluctance of the courts to recognize mental suffering as tangible. This situation changed in the early twentieth century, when the tangibility of it was lodged to the jury and explicitly to it⁸. As held in *Edison*, “*the insignificance of the right from a pecuniary standpoint does not always bar relief*”⁹. By the mid 1920s, it was more common that courts allowed substantial damages resulting in mental suffering independent of other rights by

¹ Ibid., at. 39

² Editors, supra at. 142

³ See. *Pavesich v. New England Life Insurance Co.*, 122 Ga. 190, 195-199 (1905)

⁴ Sam Elson, *Recent Developments in the Right to Privacy* (1929), 14 St. Louis. L. Rev. 306, 307 (1929)

⁵ O’Brien, supra at. 445

⁶ *Woolsey v. Judd*, 4 Duer 379, 384 (1855)

⁷ *Chapman v. Western Union Telegraph Co.*, 88 Ga. 763, 773 (1892)

⁸ See. *Kunz v. Allen* 102 Kan. 883, 884 (1918),

⁹ *Edison v. Edison Polyform Mfg. Co.*, 67 A. 392, 394 (1908)

recognizing a privacy invasion tortious¹. In *Roach v. Harper*, the common law flexibility was described in a following way: “*The usual argument against the existence of the right of action is that it is for a wrong or tort for which no recovery was permitted at common law [...] It must be remembered, in this connection, that the common law is not a static but a dynamic and growing thing. Its rules arise from the application of reason to the changing conditions of society*”².

I. The age of right to privacy.

Upon the assumptions hereinabove it would be virtuous to contend on how old the right to privacy might be. For the purposes of this paper, I am bound to elucidate on this topic by means of common law. In *Griswold v. Connecticut* it was stated that “*We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights – older than our political parties, older than our school system. Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred*”³. This was manifested in relation with marriage sacrament. But marriage privacy can not be a part of a non-existent right. What is stringently clear – privacy is a brood and legacy of a civilized world. Godkin, a contemporary of Warren and Brandeis wittily described its descent as follows: “*Privacy is distinctly a modern product, one of the luxuries of civilization which is not only unsought but unknown in primitive or barbarous societies. The savage cannot have privacy, and does not desire or dream of it*”⁴. Upon this passage, the right to privacy emerges in the commodities, rituals and civil relationships in civilized societies whose life is appropriately regulated by an equitable legal system. In the subsections hereinabove I discussed various roots of the right to privacy. If we go with the property rights in private letters, the scale is to be moved to the beginning of the 19th century (*Denis v. Leclerc*) in the United States and mid-late 18th century (*Pope v. Curl*⁵; *Thompson v. Stanhope*⁶ etc). If we go with “*privacy of the dead*”, that is a respective treatment of body and remains⁷, as well as a presumed non-interference into the body, such as an autopsy, or a medical examination⁸, it has got its roots in ecclesiastical law⁹, which may be even older. The earlier cases on “privacy of the body” are civil actions for assault, battery, breach of

¹ *Brents v. Morgan*, 221 Ky. 765, 774 (Ky. Ct. App. 1927)

² *Roach v. Harper*, 105 S. E. 2d 564, 568 (1958)

³ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 486 (1965)

⁴ Edwin L. Godkin, *The Rights of The Citizen: IV. To His Reputation*, Year 1890 Iss. Scribners 58, 65 (1890)

⁵ *Pope v. Curl*, 2 Atk. 342, 342-343 (1741)

⁶ *Thompson v. Stanhope*, 27 ER 476, 477-478 (1774)

⁷ Such an interpretation is entirely custom and arises from cases dealing with such wrongs as disinterment, an unauthorized autopsy, improper treatment of the body (for brevity, cases referred to in Part ID (1) or non-interment (see for instance, *The Queen v. Stewart*, 4. Per. & D. 349, 351-353 (1840))

⁸ See., for instance *Bugress v. Perdue*, 239 Kan. 473, 474-475 (1986)

⁹ *Larson v. Chase*, 47 Minn. 307, 308 (Min. 1891)

contract etc, which had some coverage in the nineteenth century America¹. The “telegraph case” of *So Relle*, recognizing mental suffering for a private message nondelivery actionable had no direct authorities (the cases cited either had divergent circumstances, or exemplary damages were allowed jointly with actual damages for pecuniary loss, injuries, etc.) and a 1878 edition of “*A Treatise on Negligence*” by Shearman and Redfield which also lacked authorities in the original edition². Some earlier privacy cases featured a position of the Court that the right to privacy derives from natural³, or Roman law⁴. However, no case authorities were cited⁵. The pioneering legal scholars who argued on the right to privacy also had no unity on its exact age. For instance, Cole did not cite cases older than *Abernethy v. Hutchinson* decided in 1825 and explained the non-existence of privacy as in the ancient times it was not that practically violated, or there were no technical means to execute such a violation, or people didn’t feel anxious about such “infringements”⁶. Warren and Brandeis also did not directly focus on the age of privacy, discussing privacy-related cases as *Abernethy v. Hutchinson*, *Prince Albert v. Strange* as well as other United States and British authorities of the nineteenth century⁷. Some scholars dedicating articles on privacy to the Warren and Brandeis essay jubilees, also argued upon its roots and age. For instance, Elson argued on several English cases with the earliest dating 1820⁸. Kramer, who dedicated his treatise to the essay’s centenary, argued that the 1791-enacted Fourth Amendment provided (though, a very limited) remedy to breach of privacy in the sense of trespass⁹. In Mensel’s contemporary treatise on the privacy origins, he paid attention on *Bailey* and other admiralty cases of the 1850s and ahead dealing with travel discomfort¹⁰. Upon such assumptions, it would be expedient to presume that the right to privacy might at least two centuries old in US and at least as aged, or even older, though never recognized, in Britain¹¹.

J. Vintage bottles for new vine.

The concluding issue is to be told regarding the recognition of privacy is the fact that the relief granted on basis of other legally recognized rights or torts did not decline after Warren and Brandeis described the tort in their treatise. Practically it would be *predominantly* so until a common law right to privacy would be recognized within a jurisdiction. For instance, a common law right to privacy was not introduced

¹ See cases Part ID (2) supra.

² *So Relle v. Western Union Telegraph Co.* 55 Tex. 308, 311-314 (1881)

³ *Pritchett v. Board of Commissioners of County of Knox*, 42 Ind. App. 3, 13 (1908)

⁴ *Henry v. Cherry Webb*, 30 R.I. 13, 23-24 (R.I. 1909)

⁵ See. *Kunz v. Allen*, 102 Kan. 883, 884 (1918)

⁶ Cole, supra at. 7-9

⁷ Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Har. L. Rev 193, 207-210 (1890)

⁸ Elson, supra, at. 307-308, fn. 3

⁹ Kramer, supra at. 705-707

¹⁰ Mensel, supra at. 111-112

¹¹ See *Grigsby v. Breckinridge*, 2 Bush 480, 485-487 (1867)

in Colorado before 1970¹. However, there were some privacy-related cases that were adjudicated technically on other grounds. *Fitzsimmons v. Ollinger Assn.*, well-known for the theory of a “relational right to privacy” is one of those². In this case, a widow brought an action against an undertaker’s company. Her husband had died and she contracted defendant to convey his body from one city to another and prepare it for burial. Owing to terrible weather conditions, a charter airplane was disposed. Plaintiff asked defendant not to publicize the procession, but instead, a picture of the body delivery from the plane to the catafalque was taken and later appeared in two newspapers to advertise the type of business the association was conducting, including laudatory comments on accomplishment of the delivery. The advertisement included the names of the widow and decedent³. The court found a breach of an oral contract and based the decision in favor of the plaintiff on this ground⁴. However, the Court did not discuss theories of privacy tort; as Kennedy argued, justification, as a breach of an unwritten contract seems to be quite weak to grant recovery of substantial money damages. He wittily called the decision based on breach of oral contract instead of a privacy invasion as “...*Rather the law in its time-honored fashion is using old bottles to market the new wine of the right to privacy*”⁵. An another case, *McCreery v. Groceteria Co.*, featured a suit of a woman against a photographer whom she asked to make several photographs. Plaintiff did not wish her photograph to be used in exhibition or advertising purposes. However, photographer exposed the picture unconsentedly and contracted a corporation which owned a network of department stores to exhibit his works⁶. Again, the case was decided in favor of plaintiff on basis of a contract breach, which was found to be intentional and malicious⁷. Both cases demonstrated a quasi-recognition of privacy; only the second one featured a short and limited reference to the right of privacy. It was true not only for Colorado, but for other states, too. For instance, in Kentucky, it was recognized in the case of *Brents v. Morgan*, and the Court cited two preceding cases as privacy-related, namely *Grigsby v. Breckinridge* as well as *Douglas v. Stokes*⁸. Thus, quasi-recognitions of the right to privacy occurred decades after Warren and Brandeis coined the new tort⁹ and this feature happened in various states.

¹ *Rugg v. McCarty*, 476 P.2d 753, 754-755 (1970)

² Kennedy, *supra* at. 327

³ *Fitzsimmons v. Ollinger Mortuary Assn.* 17 P.2d 535, 546-547 (Colo. 1932)

⁴ *Id.*, at. 549-550

⁵ Kennedy, *supra* at. 327

⁶ *McCreery v. Groceteria Co.*, 99 Colo. 499, 500-501 (Colo. 1936)

⁷ *Id.*, at. 502-503

⁸ *Brents v. Morgan*, 221 Ky. 765, 771-773 (Ky. Ct. App. 1927)

⁹ In his respective work, Callahan filed a decent coverage of such quasi-recognitions of privacy. For details, see. John Callahan, *Torts – Right to Privacy – Unauthorized Radio Dramatization of Shooting* (1940), 24 Marq. L. Rev 170, 171

As Kramer argued in his treatise on the birth of privacy law, “*The protection [of privacy] consisted of limited legal theories whose shortcomings outweighed their usefulness*”. At certain situations, it might be true. Yes, for instance, in *Meagher and Pierce* the court held that there’s no legal right to property of one’s dead body¹ and such “body privacy” was rendered within a trespass tort. The rendering of the right to privacy within the tort of an implied contract breach requires the subsistence of such implied contract. A tricky doctrine of “relational right to privacy” makes the issue even more unclear. Let us take *Bazemore v. Savannah Hospital*, one of the best well-known in this field. Plaintiffs were the forebearers of a deceased child, born with a relatively rare pathology², seeking injunction for a publication of an unauthorized photograph of the child’s body in a local newspaper. The Court analyzed a number of authorities and found that the right of action may lie in the parents as the child was dead by the moment of the photographing³. However, damages were recovered not on basis of one’s right to privacy, but on grounds of a breach of trust⁴. The theory of relational privacy was time and again rejected since *Schuyler* and *Corliss*; therefore the theory of right to privacy, would it be relational, or not, in *Bazemore* would fall apart in its classic sense; thus, under the distinction in *Murray v. Litographic Co.*, where the child was surviving and the *Bazemore*, where the infant was dead when the wrong occurred, the Court found that the action may lie in the forebearers as the neonatal subject of action deceased⁵. As the twentieth century progressed, lots of “casualty suits” occurred, where the invasion of privacy was denied on foundation of community interest towards casualties that outweighed claimant’s right to privacy; some of these considered child deaths in accidents⁶. Thus, “vintage bottles” served a good work for plaintiffs as they were unable to recover under the doctrine of the right to privacy. A similar notion was expressed by Kennedy, too⁷.

K. General limitations of the right to privacy.

¹ *Pierce v. Proprietors of Swan Point Cemetery*, 10 R.I. 227, 237-238 (R.I. 1872)

² The case docket did not state it precisely. Upon comments in specialized issue in nursing which observed privacy in nursing law, it was ectopia cordis, the disposition of the heart outside the body. See. Susan E. Ziel, *Spectators in the OR*, 65 AORN Jnl 427, 428 (1997). A number of cases approved the stated condition, see. *Showler v. Harper’s*, 222 Fed. Appx. 755, 762 (10th Cir. 2007). In *Bremmer*, the condition of the body was referred only as “In *Bazemore*, pictures of the nude body of the deformed male infant with its sexual organs exposed, together with the theretofore secret facts, were wrongfully secured and published” (see. *Bremmer v. Journal Tribune Pub. Co.*, 247 Iowa 817, 826 (Iowa 1956).

³ *Bazemore v. Savannah Hospital*, 171 Ga. 257, 262 (Ga. 1930).

⁴ Observing the case of *Chapman* (see hereinabove), the Supreme Court of Georgia said that “It is well settled that if any contract, or property right, or trust relation has been violated, damages are recoverable.” Later the Court went on to discuss *Jacobus* (see hereinabove), where the Court found that apart from property right breach, exemplary damages might be recovered for mental suffering (See. *Bazemore v. Savannah Hospital*, 171 Ga. 257, 261 (Ga. 1930))

⁵ *Bazemore v. Savannah Hospital*, 171 Ga. 257, 262 (Ga. 1930)

⁶ See, for instance, *Leverson v. Curtis Pub. Co.*, 97 F. Supp. 181, 181-182 (1951)

⁷ *Kennedy*, supra at. 327

1. Overall assumptions.

The right to privacy is a limited right. In some cases, patterns were laid down by courts to classify the derogations of privacy. A primary one was featured in *Brents v. Morgan*. In this case, the plaintiff, a veterinarian by occupation, owed a sum of 49,5 USD to the defendant, who placed a large, five-foot sign on the window of his garage which openly stated that the plaintiff had promised to pay his debt long ago, but didn't pay it out. It was also stated that this fact was intended to be advertised until it would be paid out. Here, a violation of privacy was found. In this case, the Court emphasized that the right of privacy has got concrete boundaries and strongly relied on the doctrine, elaborated by Warren and Brandeis¹. So, the derogations were laid down as follows: 1) the right of privacy ceases when the matter is a matter of public and general interest; 2) it doesn't prohibit privileged communication unless breaking the rules of slander and libel; 3) there is no recovery for an oral publication² 4) the right to privacy does not subsist when the individual publishes these facts itself or they are published with its consent³. The Warren-and-Brandeis- privacy derogation pattern was thereby extended and occasionally overstepped it. In the case of *Reed v. Real Detective Pub. Co.*, decided by Supreme Court of Arizona, the plaintiff sought damages for publishing his photograph in a magazine that published stories of crime⁴. It was the primary privacy-related case for the state of Arizona that recognized it. Examining the doctrine of privacy, the Court stated the right to privacy is to be derogated in the following conditions: 1) it surrenders with the death of the person⁵ 2) there was consent given to publication; 3) when the plaintiff became a public character and hence sacrificed a major part of his privacy; 4) from ordinary dissemination of news and events; 5) in regard with a person to which the community has got a legitimate interest; 6) when the information would be of public benefit⁶. Though not discussed in the foregoing cases, Sweet argued it was limited to police records in some jurisdictions⁷. The right to privacy also doesn't exist within legal entities, such as enterprises or corporations regardless of property form and way of their financing⁸. Upon contemporary case law, the principle of privacy elimination with the demise is expanded to people considered to be legally dead⁹.

¹ *Brents v. Morgan*, 221 Ky. 765, 770 (Ky. Ct. App. 1927)

² "The right of privacy can only be violated by printings, writings, pictures or other permanent publications or reproductions and not by word of mouth", see. *Melvin v. Reid* 112 Cal. App. 285, 290 (Cal. Ct. App. 1931). At the same time, it is true that television and broadcast releases may constitute a privacy violation under certain circumstances.

³ *Brents v. Morgan*, 221 Ky. 765, 770-771 (Ky. Ct. App. 1927)

⁴ *Reed v. Real Detective Pub. Co.* 63 Ariz. 294, 297 (Ariz. 1945)

⁵ *Schuyler v. Curtis*, 147 N.Y. 434, 447 (N.Y. 1895)

⁶ *Reed v. Real Detective Pub. Co.* 63 Ariz. 294, 304 (Ariz. 1945).

⁷ See. SWEET, J. *The Right to Privacy*, 1952 Wis. L. Rev. 507, 512 (1952). For cases, see, for instance. *Norman v. City of Las Vegas*, 64 Nev. 38, 45-49 (Nev. 1947)

⁸ *Smith v. Suratt*, 7 Alaska 416, 423-424 (D. Alaska 1926)

⁹ *Munoz v. John Peter Smith Hospital, Tarrant Cty., Tex.* Jan. 2014 1, 5-6 (2014)

2. When death takes it’s toll.

Dating back to *Schuyler v. Curtis*, the principle of a privacy surrender to the person’s death is followed. In that case, which was cited and briefly argued supra and infra, a nephew attempted to enjoin an assemblage of a stella in commemoration of a woman, who dedicated her entire life to charity. The Court did not decide in favor of defendant on basis of fact the deceased was a public figure, but as a matter of fact she had died and the right to privacy died with her and it could not be relaid on her relatives in a representative capacity, as an administrator(ix) or an executor(trix) is. As it was held: “*Death deprives us all of rights in the legal sense of that term, and, when Mrs. Schuyler died, her own individual right of privacy, whatever it may have been, expired at the same time. The right which survived (however extensive or limited) was a right pertaining to the living only. It is the right of privacy of the living which it is sought to enforce here. That right may, in some cases, be itself violated by improperly interfering with the character or memory of a deceased relative, but it is the right of the living and not that of the dead which is recognized*”¹. There was no reference to any earlier cases or other authorities in this regard. In his letter to James Madison Paris, Thomas Jefferson arose a concept of the land as a living generation’s usufruct. It was said that “*the earth belongs in usufruct to the living, that the dead have neither powers no rights over it [the land]*”². At this point, it would be virtuous to say that at the aforesaid interpretation the dead have no mundane rights. But upon the common law, a dying person has a right to an adequate burial. In *The Queen v. Stewart*, a celebrated case on issues of interment services, an application was filed in order to give a mandamus to bury a body of a pauper who deceased in St. George’s Hospital located in London. Upon the hospital’s statute, the interment expenditures were to be lodged upon the funds of hospital, but not onto the relatives or friends of the deceased³. Court Judge Denman said that there were no disparities in the abovegiven statute, as it was claimed by one of defendants (he implied that at one time, the undertaker’s officers departed from the regulations) and denoted the following: “*Every person dying in this country, and not within certain exclusions laid down by the ecclesiastical law, has a right to Christian burial, and that implies the right to be carried from the place where the body lies to the parish cemetery [...]* It should seem that the individual under whose roof a poor person dies is bound to carry the body decently covered to the place of the burial. He cannot keep the body unburied, nor do any thing which prevents Christian burial [...]”⁴. In this regard, in *Pierce v. Proprietors of Swan Point Cemetery*, the Court citing *The Queen v. Stewart* argued on the “right of burial”, seemingly “the last right ever”. Quoting an earlier English authority, the Court hallmarked: “*That right, strictly taken, is to be returned to his*

¹ *Schuyler v. Curtis*, 147 N.Y. 434, 446-447 (N.Y. 1895)

² To James Madison Paris, Sep. 6, 1789

³ *The Queen v. Stewart*, 4 Per. & D. 349, 349-351 (1840)

⁴ *Id.*, 352-353

*parent earth for dissolution, and to be carried thither in a decent and inoffensive manner.”*¹ In such view, a certain degree of privacy is to remain, but it will be explicitly attached to the body as well as the inviolability of the remains.

3. Newsworthiness.

In the 1960s, when the newsworthiness test was applied by American courts, liability was denied by the surplus of truth of the publication and its newsworthiness. As well summarized in the case of *Wasser v. San Diego Union*, “... *the supreme mandate of the constitutional protection of freedom of the press provides that even a tortious invasion of privacy is exempt from liability if the publication of private facts in truthful and newsworthy*”². Warren and Brandeis majorly relied on officials in terms of public figures and argued that their sacrifice of privacy effectively slows down on issues of their eligibility for a public office, it was overstepped by Courts in such cases as *Kapellas v. Kofman* and *Virgil v. Time, Inc*³. A “three-piece test” of newsworthiness was defined as underwritten: “*In determining whether a particular incident is newsworthy, and thus whether te privilege shields its truthful publication from liability, the courts consider a variety of factors, including the social value of the facts published, the depth of the article’s intrusion into ostensibly private affairs, and the extent to which the party voluntarily acceded to a position of public notoriety*”⁴. A couple of 70s cases indicate that there might be no privacy in regard with events of historic value or that are. In *Briscoe*, where the notion was coined, the Court emphasized that public interest might never evaporate from similar events⁵. An akin conclusion was made in *Rawlings.*, where the Court found that scandals that are widespread and their actors may never dive into obscurity thereafter⁶. The newsworthiness is a derivative of community mores. As it was held in *Virgil v. Time, Inc.*: “*In determining what is a matter of legitimate public interest, account must be taken of the customs and conventions of the community; and in the last analysis what is proper becomes a matter of the community mores. The line is to be drawn when the publicity ceases to be the giving of information to which the public is entitled, and*

¹ *Pierce v. Proprietors of Swan Point Cemetery*, 10 R.I. 227, 238 (R.I. 1872)

² *Wasser v. San Diego Community*, 191 Cal. App. 3d 1455, 1461 (1987)

³ *Kapellas v. Kofman*, 1 Cal. 3d 20, 38 (1969); *Virgil v. Time, Inc.* 527 F.2d 1122, 1125 (9th Cir. 1975)

⁴ *Kapellas v. Kofman*, 1 Cal. 3d 20, 36 (1969)

⁵ See. *Briscoe v. Reader’s Digest Assn, Inc.*, 4 Cal. 3d 529, 538 (1971). As it was stated, private citizens explicitly lose their privacy in terms of events that are carved into history. For such instances, the Court suggested the wreck of Titanic ship, the Chicago 1929 massacre as well as the heroic deeds and behavior of Nathan Hale (1755 – 1776), an American insurgent combatting for the Continental Army during the American Revolutionary War. It may have something in common with *Smith v. Doss*, where the right to privacy was withdrawn by an event that was claimed as a “a part of the history of community” (see. *Smith v. Doss*, 251 Ala. 250, 253 (Ala. 1948).

⁶ See. *Rawlings v. Hutchinson*, 218 Kan. 295, 304 (1975). As it was said: “We can not conceive, for example, that any of the participants in the recent “Watergate” scandal can aver acquire a cause of action for invasion of privacy based on retelling of that story.”

becomes a morbid and sensational prying into private lives for its own sake, with which a reasonable member of the public, with decent standards, would say that he had no concern”¹. Such a “mores” test has never been developed or approbated in a courtroom, although it was hypothesized by Prosser as: “[a test] by which there will be liability only for publicity given to those things which the customs and ordinary views of the community will not tolerate”². It is quite gravely to adjust a projectile on the mores of the American society, then. For instance, in *Bremmer v. Journal Tribune Co.*, a photograph of a child’s body heavily mutilated in a casualty was found to be of public interest: “From a news standpoint the public is interested in the appearance of the body of such a local victim. Such appearance may be pictured by words or by photographs or both”³. Upon Kennedy, this tendency is deplorable: “Many of these cases have been brought by parents of children whose violent deaths were subsequently reported in newspapers and magazines. Decisions for defendant are a sad comment on a society whose sadistic nature deems these articles noteworthy ”⁴. At some instances, the published issues may be regarded as non-newsworthy. In *Diaz v. Oakland Tribune Inc.*, a transsexual being a public figure sued the newspaper for referring to her as such, won the suit on grounds that such disclosure wasn’t newsworthy; at the same time the Court emphasized that highly offensive revelations do not constitute a privacy invasion provided such are proved to be newsworthy: “The proof that defendants have published an article containing highly offensive private matters does not itself establish a claim for relief. It certainly must be recognized that an otherwise embarrassing article may be newsworthy, depending on the circumstances”⁵.

4. Decency.

One of the qualifications that confines the right of privacy is freedom of press. It is complicated to assess how far is the scope of public interest. It was explicitly underlined in *Ross v. Gore*, where the Court discussing the public’s interest in the free dissemination of news, quoted Thomas Jefferson, who discussed the freedom of speech as follows: “The only security of all is in a free press. The force of public opinion cannot be resisted, when permitted freely to be expressed. The agitation it produces must be submitted to. It is necessary to keep the waters pure. No government ought to be without censors: and where the press is free no one ever will”⁶. An another principle, that was coined in the case of *Melvin v. Reid*, is “there can be no privacy in that which is already public”⁷, in case it the pictorial subject is not overally

¹ *Virgil v. Time, Inc.* 527 F.2d 1122, 1129 (1975)

² Prosser, *supra*. at 397

³ *Bremmer v. Journal-Tribune Publishing Company*, 76 N.W. 2d 762, 768 (1956)

⁴ Kennedy, *supra* at. 327

⁵ *Diaz v. Oakland Tribune, Inc.*, 139 Cal. App. 3d 118, 130 (1983)

⁶ *Ross v. Gore*, 48 So. 2d 412, 415 (Fla. 1950)

⁷ *Melvin v. Reid* 112 Cal. App 285, 290 (Cal. Ct. App. 1931)

offensive. As stated in the Restatement of Torts, Vol. 4, § 867, the right to privacy is estimated by a count of ordinary sensibilities¹. A reflection of this principle is the case of *Gill v. Hearst Publishing Co.*, where plaintiffs, a spouse and a husband were photographed on their workplace at a confectionary room hugging; although the couple was snapped voluntarily, publication was allegedly unauthorized; plaintiffs claimed their portrayal was uncomplimentary and it invaded their right to privacy². It was stated, though that the plaintiffs were snapshot in a public place which was said to be known worldwide (Farmer's Market, Los Angeles, USA) not involving private grounds, were beheld by others who were nearby. Since the couple was photographed voluntarily, by such act they relinquished their right to privacy³. There was a discussion on the decency of the photo and the court found nothing offensive was portrayed and the displayed picture did not have substantial disparities from other snapshots of couples in other public places; what is more, the court found that their portrayal was instead complementary⁴. As held by the court in the opinion later, "*Plaintiffs have failed to cite, and independent research has failed to reveal, any case where the publication of a mere photograph under the circumstances here prevailing--a picture (1) taken in a pose voluntarily assumed in a public place and (2) portraying nothing to shock the ordinary sense of decency or propriety--has been held an actionable invasion of the right of privacy*"⁵. Thus, no violation of privacy was found. An approval of the "decency" rule may be illustrated in another California case, *Samuel v. Curtis Publication Co.*, where a man (the plaintiff) was depicted in San Francisco tempting to dissuade a woman not to commit a suicide by jumping from the bridge⁶. Sadly, he did not manage to dissuade her and the woman committed a suicide. The picture of the plaintiff tempting to dissuade the woman was disposed illustrate an article about suicides, and both people engaged in this incident were called by names, however this event in particular was not anyhow described in the publication. The court found that nothing in the picture was impious: "*Mr. Samuel is not presented in a derogatory pose, nor is there anything to represent that his conduct is in any way reprehensible. Indeed, it was most laudatory*"⁷. It was held that such publication was newsworthy and was of general public interest. Being an early "right to be forgotten" case, as the issue occurred two years after the casualty, *Samuel v. Curtis Publication Co.* depicted that a lapse of time does not destruct the privilege based on freedom of press. The cases like *Gill* and *Samuel* are in stringent contrast with other photo-related cases which displayed "private matters" – we can compare *Barber v. Time* and

¹ Rest. of Torts, Vol. IV, para. 867

² *Gill v. Hearst Publishing Co.*, 40 Cal.2d 224, 226-227 (1953)

³ *Id.*, at. 230

⁴ *Id.*, at. 231

⁵ *Id.*

⁶ *Samuel v. Curtis Publishing. Co.*, 127 F. Supp. 327, 328 (1954)

⁷ *Ibid.*, at. 329

Bazemore v. Savannah Hospital where the photographs featured more, “intimate” details of one’s affairs, namely, a woman with an orphaned pancreas disease in the former case, and a body of a malformed child in the latter¹. In his respective treatise, Simon referred to the two aforementioned cases as the ones which “violate ordinary decencies”². At the same time, the practice of common law displays that a “highly offensive” photo is also not explicitly actionable as casualties are subject to news; the matter of estimation in such cases lies in the newsworthiness. In such cases, photos which may be obscene are privileged, since they are a matter of public interest. To be offensive, however, a photograph does not necessarily need to feature anybody mutilated. In *Daily Times Democrat v. Graham*, a woman went with her two children to a funfair and testified an attraction with air jets, which incidentally blew up her dress. At this moment, she was snapped by the defendant’s photographer, the photo was apparently made unbeknownst. Within several days, this snapshot appeared on the front page of the newspaper³. The Court found that this photograph was obscene; at the same time, it was taken in a public place. The Court held that although the scene may be public, it does not affirmatively mean that the person concerned will relinquish all his privacy: “One who is a part of a public scene may be lawfully photographed as an incidental part of that scene in his ordinary status. Where the status he expects to occupy is changed without his volition to a status embarrassing to an ordinary person of reasonable sensitivity, then he should not be deemed to have forfeited his right to be protected from an indecent and vulgar intrusion of his right of privacy merely because misfortune overtakes him in a public place”⁴. That is, the principle manifested in *Melvin*, “there is no privacy in what is already public” is confined to a matter of decency. At the same time, the right to privacy in public also can not go out of strict boundaries as it will definitely abuse freedom of press: as denoted in *Themo v. New England Newspaper Publishing Co.*, “The counts in question stated no case unless the plaintiffs under all conceivable circumstances had an absolute legal right to exclude from a newspaper any photograph of them taken without their permission. If every person has such a right, no newspaper could lawfully publish a photograph of a parade or a street scene”⁵. What as to the concept of privacy in public places, Konvitz came with an identical assumption in a short treatise on philosophical aspects of privacy, “*Privacy and the Law: A Philosophical*

¹ *Bazemore v. Savannah Hospital*, 171 Ga. 257, 257-258 (Ga. 1930). For further elucidation, see. Comments (Washington University Law Review): Torts – Right of Privacy – No Right of Recovery for Publication Concerning Deceased Relatives (1953), Vol. 1953, iss. 1, p. 111; *Cox Broadcasting Corp v. Cohn* 231 Ga. 60, 63-64 (1973)

² Simon, *supra* at. 256-257

³ *Daily Times Democrat v. Graham*, 162 So. 2d. 474, 476 (1964)

⁴ *Id.*, at. 478

⁵ *Themo v. New England Publishing Company*, 306 Mass. 54, 57 (1940)

*Prelude*¹. In this work, he referred to *Territory of Hawaii v. Anduha* decided by the US Court of Appeals of the 9th Circuit. It was an appeal to an estimation of a statute validity which declared loafing, loitering and idling in such public places as streets or highways are subject to misdemeanour. Upon the decision, the Supreme Court of Hawaii declared statute unconstitutional and void².

7.2. Public figures

A. General features.

In the practice of US common law, a person may obtain a status of public figure in two ways: by matter of certain circumstances involuntarily, or by his own activities, conduct or skills that may attract public interest. It was decently displayed in *Werner v. Times-Mirror Co.*, “...A person may, by his own activities or by the force of circumstances, become a public personage and thereby relinquish a part of his right of privacy to the extent that the public has a legitimate interest in his doings, affairs, or character”³. It is noteworthy that the interpretation of “by own activities” means that these activities are deliberately vectored at gaining popularity in one kind or another. Yes, in *Smith v. Doss*, a case known to be one of the most prominent right-to-be-forgotten instances in mid 20th century, a man named John Lindgren, a small entrepreneur doing a living from a blacksmith store, feigned his murder in order to disappear from his hometown in Alabama⁴, although the motives remained behind the scenes; an innocent man was apprehended and tried for an alleged murder (but later acquitted owing to lack of actual testimony). Over forty years have passed after the disappearance of the man, when a radio broadcast named “*Tuscaloosa Town Talks*” featuring a story his life appeared on a local radio, for which the radio station owner was sued⁵. The Court found that Lindgren was to be regarded as a public character, which derived strictly from his acts⁶ (for details, see the passage on *Smith v. Doss* case below). It wasn’t contended that John Lindgren may have feigned his death in order to become a local legend or anyhow famous. Instead, he tempted to conceal his disappearance owing to untold motives. His acts, though, turned him into a public character. In *Molony v. Boy Comics Publishers*, a young man (plaintiff) who was a pharmacist assistant in New York’s Empire State Building, was plunged into a severe catastrophe when a bombing plane crashed the skyscraper. Many people died and were

¹ Milton Konvitz, *Privacy and the Law: A Philosophical Prelude*, 31 L. and Cont. Pr. 271, 279-280 (1967). “A person may claim the right to be let alone when he acts publicly as when he acts privately. Its essence is the claim that there is a sphere of space that has not been dedicated to public use or control. It is a kind of space that a man may carry with him, into his bedroom or into the street”.

² *Territory of Hawaii v. Anduha*, 48 F. 2d 171, 172-173 (9th Cir. 1931)

³ *Werner v. Times-Mirror Co.* 193 Cal. App. 2d 111, 117 (1961)

⁴ *Smith v. Doss*, 251 Ala. 250, 252 (Ala. 1948)

⁵ *Id.*, at. 251-252

⁶ *Id.*, at. 253

injured during the accident, and the man evacuated lots of victims as well as lodging first aid. The young man had become a hero and was awarded the Medal of Valor by the American Legion¹. The newborn hero was portrayed in a comics half a year after the tragedy and sued the publisher for the issue. However, no violation of privacy was found by the Court, as newspapers, books, journals and some other editions were expelled from the meaning of trade under the opinions in precedents. Minor inaccuracies of the event were also not regarded as an invasion of privacy². The heroic accomplishments of a person apparently make a person of ordinary sensibilities a public figure. From my point of view, that there may be no right to be forgotten for a person who made a heroic deed, as such acts must not be forsaken in history. As Larremore denoted in his “*The Law of Privacy*” back in 1912: “*His [a person, who conducted such a heroic deed] single achievement may, indeed, have been so unusual and significant as to gain for him a place in history. Pro tanto, therefore he becomes a public character for the day and the future*”³. I would not presume that the plaintiff in the *Molony* case would rescue people to gain prominence; therefore, he became a public character by his acts and the premediation of deeds is immaterial. As Larremore proceeded further, the deeds (and not necessary heroic) may become valuable for the community that even the fact that a person avoided public attention. As an instance, he mentioned *Schuyler v. Curtis*, decided by the New York Court of Appeals, one of the most remote privacy-related (as well as “relational privacy”-related) cases occurring in the late 19th century, where the nephew of a deceased woman filed a suit against Woman’s Memorial Fund Association, who willed to erect a statue in her memory⁴. The woman concerned was known for a lifelong engagement into philanthropy⁵. The plaintiff blamed the association in contemplating the project without his consent and against his will. He also claimed that his deceased aunt had never desired publicity and omitted public prints and newspapers⁶. Upon the testimony of her close friends brought before the trial, she preferred to act privately, dedicated a lot of time to charity work and felt anxious not to fall into light of publicity⁷. At first glance, it may be presumed that this woman, who was repeatedly avoiding public attention in some terms should not be regarded as a public figure. Actually, the trial court upheld this statement and concluded that the activities of defendants were unlawful and the privacy interference occurred⁸. However, the Court

¹ *Molony v. Boy Comics Publishers*, 277 App. Div. 166, 168 (N.Y. App. Div. 1950)

² *Id.*, at. 170-172

³ Larremore, *supra* at. 699

⁴ *Schuyler v. Curtis*, 147 N.Y. 434, 444 (N.Y. 1895)

⁵ Augustus N. Hand. *Schuyler against Curtis and the right to privacy*, 45 Am. L. Reg. and R. 745, 745-746 (1897)

⁶ *Schuyler v. Curtis*, 147 N.Y. 434 (N.Y. 1895), at. 445

⁷ Hand, *supra* at. 747-748

⁸ *Id.*, at. 748-749

of Appeals reversed the judgment, and it was not primordially grounded on the dispute of whether Mrs. Schuyler was a public figure. Upon the opinion of Judge Peckham, whatever right to privacy the woman had during her lifespan, it she was deprived of that right owing to the fact she merely died. As it was stated “*It is not a question of what right of privacy Mrs. Schuyler had in her lifetime. The plaintiff does not represent that right. Whatever right of privacy Mrs. Schuyler had died with her. Death deprives us all of rights in the legal sense of that term, and, when Mrs. Schuyler died, her own individual right of privacy, whatever it may have been, expired at the same time*”¹. Some regard was also given to the publicity status of the woman. The Court found that upon the fact that people desired to erect statue in commemoration of a person known for charity would mean that such actions are applicable for public people². It was argued that a mental injury, alleged by plaintiff should possess adequate grounds, but not a matter of someone’s caprice³.

The desired privacy and obscurity wish doesn’t resign from burden of public figure status. The right to privacy is conventionally assessed by the scale of ordinary sensibilities⁴ and common law does not afford protection on basis of the plaintiffs hypersensitivity, that is, it is not accounted: as stated by the Supreme Court of Florida in the case of *Cason v. Baskin*: “*The protection afforded by the law to this right must be restricted to “ordinary” sensibilities” and can not extent to supersensitive or agoraphobia. In order to constitute an invasion of the right of privacy, an act must be of such a nature as a reasonable man can see might and probably would cause mental distress and injury to anyone possessed of ordinary feelings and intelligence.*”⁵. Reckoning up the case of *Schuyler*, the woman whose nephew sued the association repeatedly averted publicity⁶, was not granted a recovery, but mainly on the fact that the right to privacy dies with the person. The situation with William Sidis was based on retaining public interest of whether he had approved the early hopes as well as him being an very uncommon personality⁷; the feelings of Sidis in regard with his publicity avoidance as well as a pronounced claim to live in seclusion were ignored in favor of the public interest his personality arose. The will of publicity is plainly personal: as stated in *Cason v. Baskin*, “*Many, if not most people really like publicity, but to many it is extremely distasteful, disturbing and painful*”⁸. It was wittily noticed by Vernon Cole back in 1892, where he stated the following: “*There are a few, who are so desirous of publicity, that they will even to go so far as to commit a crime in*

¹ *Schuyler v. Curtis*, 147 N.Y. 434, 446-447 (N.Y. 1895)

² *Id.*, at. 447

³ *Id.*, at. 448

⁴ Joseph Zolich, *Laudatory Invasion of Privacy*, 16 Cl. St. L. Rev 532, 533 (1967)

⁵ *Cason v. Baskin*, 155 Fla. 198, 215 (Fla. 1945)

⁶ *Schuyler v. Curtis*, 147 N.Y. 434, 445 (N.Y. 1895); see also Hand, *supra* at. 747-748

⁷ *Sidis v. F-R Publishing Co.*, 113 F.2d 806, 810 (2d Cir. 1940); see, Prosser *supra*, at.. 397-398

⁸ *Cason v. Baskin*, 155 Fla. 198, 205 (Fla. 1945)

order that they may secure notoriety, that they may have their names and accomplishments, on the lips and in the minds of men.” As he later argued in this work, most people are by nature unwilling to lead such a lifestyle, referring to Godkin’s “*The Rights of the Citizen*”, where the author held that people intentionally seeking publicity constitute a minority and though it such a taste is to be considered as a “depraved one”¹. Did Godkin label such will a degraded one or not, it can not simply become a mores rule. In *Werner v. Times Mirror Co.*, which we are going to discuss in this paper, an ex-attorney was intending to marry, but he refused to give the reporters any details on his marriage and willed to keep his plans secret, but the publication was nevertheless released and granted as privileged despite containing some inaccuracies². Still there is a dissenting position overseas. If we make a short inquiry to the case law of the European Court of Human Rights, the notion designated as “*prior conduct of the person concerned*” is an estimative criterion of deciding whether the right to privacy protected by the Art. 8 of ECHR was violated or not. Such criterion, announced and applied in a cascade of 21st century cases among a handful of others³, apparently reduces the freedom of press in regard with the way of behavior of the individual so as to similar publications in the past; moreover, it does not necessary tolerate such publications even in the future⁴. The legal meaning of “*prior conduct of the person concerned*” applies to concealing private life details from general view as well as taking legal steps in order to bar such publications. This could be applicable when public figures stringently request not to publish the details of private character as well as undertake legal steps to abort such publications – e.g. in the case of *Von Hannover*, the plaintiff moved for injunction on a publication regarding his private affairs and it was imposed by a German regional court⁵. Such a criterion would be inapplicable in United States common law⁶. Proceeding from the

¹ Godkin, supra, at. 66-67

² *Werner v. Times-Mirror Co.* 193 Cal. App. 2d 111, at. 114 (1961)

³ For instance, see the following cases e.g. *Von Hannover v. Germany* No. 2 (2012), App. No. 40660/08, Judgement of 7 February, 2012 para. 109-113; *Axel Springer A. G. v. Germany* (2012), App. No. 39954/08, Judgement of 7 February 2012, para. 90-95, *Print Zeitungsverlag GmbH v. Austria*, App. No. 26547/07, Judgement of 10 October 2013, para. 34-38 and 41-43, *Couderc and Hachette Filipacchi Associates v. France*, App. No. 40454/07, Judgment of 10 November 2015, para. 94 and 130

⁴ *Couderc and Hachette Filipacchi Associates v. France*, App. No. 40454/07, Judgment of 10 November 2015, para. 130: “An individual’s alleged or real previous tolerance or accommodation with regard to publications touching on his or her private life does not necessarily deprive the person concerned of the right to privacy”

⁵ *Von Hannover v. Germany*, Application nos. No. 40660/08 and 60641/08, Judgment of 7 February 2012, para. 54-55

⁶ Overallly, the practice of ECtHR demonstrates a more strict balance of privacy and freedom of expression than in US common law. The estimative criteria for defining whether a violation of privacy occurred were announced in the case of *Von Hannover*, para. 109-113 (though some of them apparently were disposed earlier, but separately). They are stricter towards the press in general but do not differ much from American ones in their sense. E.g. the issue of being a public figure or newsworthiness are

foregoing footnote, other criteria of a privacy breach estimation by the ECtHR would look even more irreconcilable as for US common law¹. For instance, the United States common law privacy doctrine, established in *Melvin v. Reid*, states that there is no privacy of what is enlisted to public records: “*When the incidents of a life are so public as to be spread upon a public record they come within the knowledge and into the possession of the public and cease to be private*”². The existence of one’s personal information in public records diminishes the possibility of privacy violation³. Such a position makes the European and US privacy approaches barely comparable to some extent. The same would go to injunctions on publications of one’s private life facts which would look illusive in the trend of US common law. As a matter of fact that the US constitutional guarantee on freedom of press, established and protected by the First Amendment is more potent in regards with freedom of expression than the same of the European Convention of Human Rights where the case law of ECtHR displays a complexified and more proportionate balance between the privacy and freedom of expression is likely to be more reconcilable than in the States. As Prosser argued, “*Caught up and entangled in this web o news and public interest are a great many people who have tot sought publicity, but indeed, as in the case of the accused criminal, have tried assiduously to avoid it. They have nethertheless lost some part of their privacy.*”⁴ If we reckon up Sidis, who kept on concealing himself since he was a student⁵, his prior conduct was apparently against public scrutiny. If such doctrine is given a way in ECtHR case law, it is withdrawn in the United States. Under such assumptions, I can presume that had Sidis been an EU citizen, he probably could have won the suit.

both applied. But at the same time such a criterion as the method of obtaining the information, applied by ECtHR was effectively smashed in US common law: “The courts may not review the manner in which a newspaper man obtains his information and may not restrain the publication of news merely because the person responsible for the publication obtained it in a manner that may perhaps be illegal or immoral. It would be a far-reaching limitation on the freedom of the press if courts were endowed with power to review the manner in which the press obtains its information and could restrain the publication of news that is obtained in a way that the Court does not approve. If such were the law, we would not have a free press; we would have a controlled press. Such, however, is not the law.”. See: *Liberty Lobby Inc. v. Pearson*, 261 F. Supp. 726, 727 (D.D.C. 1966)

¹ For instance, in several privacy-related cases, the ECtHR disposed such a criterion, as “the preliminary conduct of the publisher”. Newspapers are repeatedly sued for alleged defamations and privacy invasions, but that does not mean they have to interrupt disseminating truthful news which may contain disclosures.

² *Melvin v. Reid*, 112 Cal. App. 285, 290-291 (1931)

³ See. for instance *Metter v. Los Angeles Examiner*, 35 Cal. App. 2d 304, 311-312 (1939); *Smith v. Doss*, 251 Ala. 250, 251 (1948), *Smith v. National Broadcasting Co.*, 138 Cal. App. 2d 807, 811-812 (1957); *Aquino v. Bulletin Co.*, Pa. Super 154 A.2 422, 427 (1959)

⁴ Prosser, supra at. 413

⁵ *Sidis v. F-R Publishing Co.* 113 F.2d 806, 809 (2nd Cir. 1940)

РОЗДІЛ VII The right to privacy, public figures and ‘right to be forgotten’ in common law jurisdictions: the United States legacy

The person’s behavior may relinquish the right of privacy¹: a tricky derivative emerged from the second category, namely an intended search of publicity which is associated with people who deliberately tempt to draw attention of the community to them and their deeds. Edward Burke argued that such category should be associated with sportsmen, entertainers, politicians or criminals². It generally may be true for sportsmen³, entertainers⁴ and politicians or other people who aim at obtaining a position of an official, e.g. a city council member⁵, as well as lawyers who occupy a public position⁶, but not ones who act as lawyers working with private clients⁷. At the same time, I would not attach all the criminals to a label of a voluntary public figure or vice versa. The classification of a criminal as a voluntary public figure would be true in case the crime was committed to attract public attention or was so outraging it became of nationwide interest. The publicity given to an innocent victim is likely to become involuntary, but doesn’t fade with a passage of time⁸. Felons occasionally will to be rehabilitated from shame and to resurrect a law-abiding life⁹. But even if some statute provides a concealment of criminal records, the common law “right to be forgotten” is usually defeated by the First Amendment; yet there was one dictum held in favor of right to be forgotten for an ex-criminal¹⁰. The criminals, voluntary ones, or involuntary, were always classified as public figures: in the language of the Restatement of Torts, Vol. 4, para. 867, the community’s interest in society’s heroes and villains is to be satisfied. In *Aquino v. Bulletin Co.*, referring to the Restatement, the Court said the following: “*One who unwillingly comes into the public eye as in the case of a criminal and even one unjustly charged with crime or the subject of a striking catastrophe, is subject to limitations of the right to be let alone*”¹¹. In *Wolston v. Reader’s Digest Association Inc.*, the Supreme Court held that a person which is by plunged into matters that evoke public attention does not automatically transmute into a “public figure”¹²; after a raucous discussion on the “public figure” status of the

¹ *Bell v. Birmingham Broadcasting Co.*, 266 Ala. 266, 268 (1957): “The right of privacy can be waived, relinquished or lost by express or implied consent and may be lost by a course of conduct which estops its assertion”.

² *Burke*, supra at. 392-393

³ See. *O’Brien v Pabst Sales Co.*, 124 F.2d 167, 168-169 (5th Cir. 1941); *Ettore v. Philco Television Broadcasting Corp.*, 126 F. Supp. 143, 148 (1954)

⁴ *Perry v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 499 F. 2d 797, 801 (7th Cir. 1974)

⁵ See *Kapellas v. Kofman*, 1 Cal. App. 3d 20, 27 (1969)

⁶ *Werner v. Times-Mirror Co.*, 193 Cal. App. 2d 111, 118 (1961)

⁷ See. *Gertz v Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 328-330 (1975)

⁸ See. *Smith v. National Broadcasting Company*, 138 Cal. App. 2d 807, 809 (1957)

⁹ *Beruan v. French*, 56 Cal. App. 3d 825, 827-828 (1976); *Conklin v. Sloss*, 86 Cal. App. 3d 242, 243 (1978)

¹⁰ *Briscoe v. Reader’s Digest Association, Inc.*, 4 Cal. 3d 529, 541-543 (1971)

¹¹ *Aquino v. Bulletin Co.*, 190 Pa. Super 528, at. 533 (1959)

¹² *Wolston v. Reader’s Digest Association Inc.*, 441 U.S. 157, 168 (1979)

plaintiff, the U.S. Supreme Court found that he wasn't a public figure in terms of defamation, but not a privacy case¹.

The underwritten classification is based on several earlier assumptions. In 1967 Fague proposed to subtract public figure status into "voluntary" and "involuntary"². In fact, this idea was coined earlier in a 1941 comment on a so-called "public figure test" in *Chicago University Law Review*³. Upon the foregoing article, involuntary public figures are to have a greater amount of privacy remained. It was argued that in case an involuntary public figure doesn't "capitalize" from the fact of obtaining some publicity, this person may have the privilege and escaping public attention in any concern except from the situation that made him public^{4 5}. What is more, the issue of "right to be forgotten" for voluntary and involuntary public figures was covered, too. An earlier comment, which was issued in *Columbia Law Review* in 1940, also discussed an recovery on unsavory publications based on one's past events⁶, that is, granting a "right to be forgotten" recovery. Upon the 1941 comment, publication of voluntary public figure's past life events should be privileged. On the other hand, the comment hints that a right to be forgotten should be granted towards people who were in public interest owing to certain unwilling circumstances⁷ unless an interest will be somehow evoked again. The 1940 comment which was dedicated to the issues of "past event"-related recovery was more deep in the the issues of casting a light upon individual's "history" or "biography": it was denoted, that the reason for such reenactment may be other than commercial⁸. Both articles dealt with three cases: *Melvin, Mau* and *Sidis* – the entries which resurrected the "right to be forgotten" issue as we comprehend it nowadays in regard with a publication in mass media. The 1940 comment introduced a flexible approach on measuring an invasion of privacy in "non-commercial" publications: the public benefit for such release, an individual sensitivity for subject of publication, public scorn and even individual happiness⁹. The assessment criteria proposed in the 1940 comment are astonishing as they strongly resemble several "right to privacy" estimation criteria applied by the ECtHR in the 21st century. The authors of the comment cited *Melvin v. Reid* and *Mau v. Rio Grande*

¹ Id., at. 165-169

² Anthony C. Fague. Right to privacy in California, 7 S. Cl. L. Rev 242, 253-254

³ Editors, Torts. Right to Privacy. Public Figure Test as Determinative of Right to Recovery, 8 Ch. L. Rev. 382, 382-383 (1941)

⁴ Id., at. 383

⁵ Regarding the issue of a grading public figures, see. *Stryker v. Republic Pictures Corp.* 108 Cal. App. 2d 191, 194 (1951)

⁶ Editors, Torts. Right of Privacy. Magazine Account of Individual's Past, 40 Col. L. Rev. 1283, 1283-1284 (1940)

⁷ Editors (1941), supra at. 383-384

⁸ Editors (1940), supra at. 1286

⁹ Id., at. 1286-1287

Oil Corp. for such instances¹, but it is arguable whether it was a “pure” right to be forgotten case: in fact, none of these cases featured a truthful press article: it would be really astonishing to see what would be the opinion of the courts in case no other interest was abused. In the 1970s and early 1980s, involuntary public figures were designated by legal scholars as “limited-size public figures” whereas the ones entitled as “voluntary” were referred as “all-purpose public figures”². Albeit courts rarely disposed these terms as such, Kaminsky hinted that *Gertz v. Robert Welch Inc.* made a stringent distinction between them³. As the U.S. Supreme Court stated in the *Gertz* case, “*In some instances an individual may achieve such pervasive fame or notoriety that he becomes a public figure for all purposes and in all contexts. More commonly, an individual voluntarily injects himself or is drawn into a particular public controversy, and thereby becomes a public figure for a limited range of issues. In either case, such persons assume special prominence in the resolution of public questions*”⁴. This classification does not differ much from the one proposed by Fague or featured in the abovementioned comment⁵. However, it’s complicated to find dicta on public figure grading within entirely court opinions, but several still occurred, though (we’ll deal with this issue right after the classification). In the case of *Daily Times Democrat v. Graham* the Court referred to the Restatement of Torts, Vol. 4, para. 867 as underwritten: “*These limits (justifiable invasion of privacy) “are exceeded where intimate details of the life of one who has never manifested a desire to have publicity are exposed to the public, or where photographs of a person in an embarrassing pose are surreptitiously taken and published*”⁶. That is, a person who has never desired to become a public character and is involuntarily engaged in an event which is resonant enough to be deemed as public, will remain a larger degree of privacy than a “regular” all-purpose public figure.

B. Involuntary public figures and casualty cases.

A person may become an actor of the event which is of community concern even though such events are deplorable and displeasing. Upon the United States Supreme Court, the frequency of involuntary public figures is more seldom, that of voluntary ones – as stated in *Gertz v. Robert Welch Inc.*, “*Hypothetically, it may be possible for someone to become a public figure through no purposeful action of his own, but the instances of truly involuntary public figures must be exceedingly rare. For the most part, those who attain this status have assumed roles of especial*

¹ Id., at. 384

² Alan Kaminsky, *Defamation Law: Once a Public Figure Always a Public Figure?*, 10 *Hofst. L. Rev.* 803, 809 (1982)

³ Id., at. 809-810

⁴ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 351 (1974)

⁵ Editors (1941), *supra* at. 383-384

⁶ *Daily Times Democrat v. Graham*, 162 So. 2d. 474, 478 (1964)

*prominence in the affairs of society*¹. Although Warren and Brandeis did not consider this category of public figures, their status was mainly attributed to the events owing to which they became public. Apparently, such category is a brood of the judge-made law. If we take this issue from the vaults, we should observe a 1929 case, *Jones v. Herald Post Company*. In this case, the plaintiff, a wife of a man slayed before her eyes on the street, filed a suit against a newspaper who published her photograph and her menacing quotations addressed to the murderers as well as the fact she had attacked one of the villains². The Court found that no violation of privacy occurred in *Jones* case and stated that “*There are times, however, when one, whether willingly or not, becomes an actor in an occurrence of public or general interest. When this takes place, he emerges from his seclusion, and it is not an invasion of his right of privacy to publish his photograph with an account of such occurrence*”³. In *Metter v. Los Angeles Examiner*, plaintiff, a widower sued the newspaper for publishing an article about his spouse’s induced suicide, when she broke out of a window of an office building caught by fire and was ostensibly dead after the drop from the twelfth floor⁴. The plaintiff also alleged the news agency personell stole his spouse’s photo from his house although no testimony was given⁵. Plaintiff’s plea was withdrawn as the investigation of his wife’s demise became the duty of a coroner⁶ and secondly, the suicide was committed in a public place “*...She went to a public edifice in the heart of a large city and there ended her life by plunging from such high building. It would be difficult to imagine a more public method of self-destruction*”⁷. In *Themo v. New England Pub. Co.*, plaintiff was robbed and photographed talking to the captain of police, the snapshot was done unauthorized⁸. A robbery, as any other casualty is apparently a matter of legitimate news. However, under the circumstances of *Themo* the Court found no violation of privacy. As the Court stated, if a conjectural right to privacy may exist it “*...it does not protect one from having his name or his likeness appear in a newspaper when there is legitimate public interest in his existence, his experiences, his words, or his acts*”.

In *Abernathy v. Thornton*, plaintiff was a woman whose son was murdered by a gunshot; a story regarding the murder was issued in a newspaper and a photograph of the deceased man featured a bullet protruding from his head⁹. The Court found that no privacy violation occurred, as decedent, who was plaintiff’s son became a public

¹ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 345 (1975)

² *Jones v. Herald Post Company* 230 Ky. 227, 227-228 (Ky. Ct. App, 1929)

³ *Id.*, at. 229

⁴ *Metter v. Los Angeles Examiner*, 35 Cal. App. 2d 304, 306 (1939)

⁵ *Id.*, at. 307

⁶ *Id.*, at. 311-312

⁷ *Id.*, at. 312

⁸ *Themo v. New England Publishing Company*, 306 Mass. 54, 57 (1940)

⁹ *Abernathy v. Thornton*, 83 So. 2d 235, 235-236 (1955)

character as the circumstances of the murder were of public concern¹. In *Bremmer v. Journal Tribune Publishing Company*, an incident occurred concerning an 8-year-old boy, who disappeared for a month; his body was discovered severely mutilated. The photo of the child’s body was published in the article concerning his death². The plaintiffs, who were the parents of the deceased child admitted the overall story was of legitimate public interest argued that the exposure of the body which was partially decomposed had no public concern regarding the condition of the dead body (that is, it the proposed notion was a kind of “proportionality” proposed by plaintiffs – such an incident apparently can not be barred from publication, but a portrayal of the body may be deemed too offensive to be issued freely. Such balance could also be found in the elucidation of Georgia’s rape shield law: as stated by Justice Gunter in *Cox*: “*This statute does not prevent disclosure or publication of “the event” [a rape], it merely prohibits the disclosure or publication of the identity of the victim of the event*”³. However, the Court withdrew it upon the conclusion on basis of general interest of the public in a local victim’s appearance⁴. In *Waters v. Fleetwood*, a lawsuit was filed for publishing a photo of a murdered girl photographed from the back wrapped in covering assortment and chains, but was unidentifiable in contrast to *Bremmer*⁵. Criminal stories were also regarded as ones whose past story may be newsworthy and educational enough to be published⁶ and since society has a strong interest towards law enforcement and tracking down delinquency⁷, such publications are to be privileged.

C. Voluntary public figures.

A different pattern is in regard with famous people as well as the ones who are seeking publicity. As Prosser argued, the voluntary public figure, or simply a public figure is generally a celebrity in one field of affairs, or another⁸. Although the embrace of the voluntary public figures is complicated to define explicitly, a great summary definition was given in the second case of *Cason v. Baskin*: “*It is true that a person who, by his accomplishments, fame, or mode of living, or by adopting a profession or calling which gives the public a legitimate interest in his doings, his affairs and his character, may be said to have become a public personage and to that extent he thereby relinquishes at least a part of his right of privacy*”⁹. Prosser made an attempt to classify the voluntary public figures on basis of existing common law: among public officials, actors, musicians, sportsmen, entertainers, public officers and servicemen as well as

¹ *Id.*, at. 237

² *Bremmer v. Journal Tribune Publishing Company*, 76 N.W.2d 762, 763 (1956).

³ *Cox Broadcasting Corp v. Cohn*, 231 Ga. 60, 68 (1973)

⁴ *Bremmer v. Journal Tribune Publishing Company*, 76 N.W.2d 762, 768 (1956)

⁵ *Waters v. Fleetwood*, 212 Ga. 161, 167 (1956)

⁶ *Briscoe v. Reader’s Digest Association, Inc.*, 4 Cal. 3d 529, 538 (1971)

⁷ *Id.*

⁸ Prosser, *supra* at. 410-411

⁹ *Cason v. Baskin*, 159 Fla. 31, 36 (Fla. 1947)

inventors fell into such a category¹. A cascade of 1960s and 1970s cases has displayed that police officers are accounted as public figures² and fall under the “actual malice test” rule applied in *New York Times v. Sullivan* being treated as public officials though being entitled a low ranking in comparison with others³. Upon the a dissenting opinion in *Gill v. Hearst Publishing Co.*, it is logical to make an inference that people working in the sphere of education and religion are to be treated in this category⁴. In the scope of “right to be forgotten” discussion, it would be apparent to state that former public officials as well as former (meaning not publically active, e.g. retired musicians⁵ or actors⁶) also remain public until their demise regardless of their current way of life and attitude towards publicity⁷. Back in 1956, when arguing on “public figure” status, Wilbert denoted that once-public people do not lose such status with a lapse of time and public scrutiny is permitted (referring to *Sidis* and *Smith v. Doss*)⁸. That is, in a common sense, formerly public people are lifelong public. Therefore, here I uphold the classification of Yanisky-Ravid and Lahav, who included the “former” officials into the classifications of public figures in a contemporary privacy-related treatise⁹. The category of “public officials”, a subtype of voluntary public figures is somehow narrower: being quite a vague magnitude, it was confined to all people who are governmentally-employed: as stated by the US Supreme Court in *Rosenblatt v. Baer*, “*It is clear, therefore, that the “public official” designation applies, at the very least, to those among the hierarchy of government employes who have, or appear to the public to have, substantial responsibility for or control over the conduct of governmental affairs*”¹⁰. A conventional view on a classic definition for it could be found in the same case: “*A government employee, having or appearing to the public to have substantial responsibility for or control over the conduct of government affairs is a “public official”*”¹¹. It was coarsely expanded in *Mosesian v. McClatchy Newspapers*¹². The

¹ Prosser, supra at. 411

² See. *Rawlins v. Hutchinson Publishing Co*, 218 Kan. 295, 299 (1975)

³ See. *Coursey v. Greater Niles Twp. Pub. Corp.*, 40 Ill. 2d 257, 263-264 (1968)

⁴ *Gill v. Hearst Publishing Co.*, 40 Cal.2d 224, 234 (1953)

⁵ See. *Koussevitsky v. Allen, Towne and Heath*, 188 Misc. 479, 483-484 (N.Y. Misc. 1947)

⁶ See *Perry v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 499 F.2d 797, 800-801 (7th Circuit 1974)

⁷ Prosser, supra at. 411

⁸ Patricia A. Wilbert. *The Invasion of Privacy – Ohio’s New Tort*, 7 Cas. W. Res. L. Rev 452, 455 (1956)

⁹ Shlomit Yanisky-Ravid, Ben Zion Lahav, *Public Interest v. Private Lives – Affording Public Figures Privacy in the Digital Era: The Three Principle Filtering Model*, 19 J. Const. L., 975, 980-981 (2017)

¹⁰ *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75, 85 (1966)

¹¹ *Id.*, at. 76

¹² *Mosesian v. McClatchy Newspapers*, 205 Cal. App. 3d 597, 608 (Cal. Ct. App. 1988). The classification of who may be treated as a public official to fall under the *New York Times v. Sullivan* rule of actual malice was given as of the underwritten (alignment added): “We conclude the Supreme Court’s vision of a “public official” is someone in the government’s employ who:

(1) has, or appears to the public to have, substantial responsibility for or control over the conduct of governmental affairs;

status of “public official” is disposed in common law within libel suits. The “actual malice test”, designated for governmentally-employed people, was held not to be implacably used to the ones being mere public figures (but not officials in the sense of employment) in *Curtis Publishing Co. v. Butts*¹. In *Mosesian II*, though, the Court found that interpretation of actual malice test in *Curtis v. Butts* was extended to ordinary public figures, not public officials². Upon the opinion in *Gertz*, only public figures and public officials are to prove actual malice, but not private individuals³.

D. The complexities in grading public figures.

As I have already stated below, the people who became public by an incident or by their skills, performance or official duties, were commonly rendered as public figures that stringently meant their degree of privacy is stringently lower than for a private citizen, who is not engaged in news or being anyhow famous for his deeds, qualifications, public activities etc. Fague also supported this idea by proposing the assumption that “voluntary” and “involuntary” public figures may have different degree of privacy abortion⁴. However, disparities may exist even within “voluntary” public figures. In fact, the issue of grading public figures is inspired by the essay of Warren and Brandeis: as quoted in the case of *Metter v. Los Angeles Examiner*, “...to whatever degree and in whatever connection a person’s life has ceased to be private, before the publication under consideration has been made, to that extent the protection is to be withdrawn”⁵. In *Sidis*, the Court initially observed the doctrine drafted by Warren and Brandeis, upon which the part of privacy aborted has to be limited with the issues dealing with one’s eligibility to hold a position at a public office⁶. However, the Court chose not to keep with this principle in the *Sidis* case and considered that “we are not yet disposed to afford to all of the intimate details of private life an absolute immunity from the prying of the press”⁷. Some decisions hint that there may

(2) usually enjoys significantly greater access to the mass media and therefore a more realistic opportunity to contradict false statements than the private individual

(3) holds a position in government which has such apparent importance that the public has independent interest in the person’s qualifications and performance beyond the general public interest in the qualifications and performance of all government employees; and

(4) holds a position which invites public scrutiny and discussion of the person holding it entirely apart from the scrutiny and discussion occasioned by the particular controversy”.

¹ *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 154-155 (1967)

² *Mosesian v. McClatchy Newspapers*, 233 Cal. App. 3d 1685, 1695 (Cal. Ct. App. 1991)

³ See. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 345 (1974), “Even if the foregoing generalities do not obtain in every instance, the communications media are entitled to act on the assumptions that public officials and public figures have voluntarily exposed themselves to increased risk of injury from defamatory falsehood concerning them. No such assumption is justified with respect to a private individual. He has not accepted public office or assumed an “influential role in ordering society”.”

⁴ Fague, *supra* at. 254

⁵ *Metter v. Los Angeles Examiner*, 35 Cal. App. 2d 304, 312 (1939)

⁶ *Sidis v. F-R Publishing Co.* 113 F.2d 806, 809 (2nd Cir. 1940)

⁷ *Id.*

be divergencies within the public figures in regard with their scrutiny. As the Court ruled in *Birmingham Broadcasting Co. v Bell* observing *Smith v. Doss*, “it [*Smith v. Doss case*] only holds in that connection that whatever incident is a matter of public information, or legitimate public interest as to the doings of a public character, is not a matter of personal privacy which must be withheld from public mention without his consent”¹. In *Stryker v. Republic Pictures Corp.*, the plaintiff, who was a serviceman and a World War II veteran, filed a suit for making a film involving a personage allegedly using his name (though no proof was supplied by the plaintiff that the military man reflected in the film somehow portrayed him apart from having the same surname), who allegedly conducted some acts which the plaintiff did within his service². The Court found that the activities of servicemen are public³: “We think that men who are called to the colors subject their activities in that particular field to the public gaze...”, but their activities beyond their military service are not necessarily of public concern: politicians and servicemen were compared as public figures in the following way: “A politician running for public office, in effect offers his public and private life for perusal so far as it affects his bid for office. Not so a man called to the colors. The distinction between the two we think is clear”⁴. It’s not however clear in what way serviceman should be treated by the Fague-proposed classification: voluntary public figure, or involuntary? Probably, it may derive from the character of his military service – compulsory, or by contract. However, it may be immaterial before the court. No similar assumptions were held in the *Stryker* case, however some were expressed in *Continental Optical Co. v. Reed*. On trial, the defendant stated that: “It contends that when the appellee entered the Army, voluntarily or by draft, he became a public personage...”⁵. Grounding on the assumptions in *Stryker*, such distinction would be immaterial.

As held in *Birmingham Broadcasting Co. v Bell* “such a waiver is limited to that which may be legitimately necessary and proper for public information”⁶. At this point we may approach vagueness. What is “legitimately necessary” substantially depends on the circumstances of each case and the interest of public in the person. Officials and aspirants for public office, however, are likely to have the least privacy grade from the range of any public figures. In *Kapellas v. Koffman* the plaintiff was an espoused woman who was a candidate for Alameda local city council and sued the

¹ *Birmingham Broadcasting Co. v. Bell*, 68 So. 2d 314, 319 (1953)

² *Stryker v. Republic Pictures Corp.* 108 Cal. App. 2d 191, 192-193 (1951)

³ *Contra*: see *Continental Optical Co. v. Reed*, 119 Ind. App. 643, 650 (1949). Here the Court stated that a military man by joining the army, does not automatically relinquish his right to privacy by a matter of fact he’s in the army. The Court denied that the appellee was a public figure on grounds of he was became by his likeness or deeds interesting to public, was not recognized as a hero or made himself anyhow famous or did anything outstanding.

⁴ *Stryker v. Republic Pictures Corp.* 108 Cal. App. 2d 191, 194 (1951)

⁵ *Continental Optical Co. v. Reed*, 119 Ind. App. 643, 649-650 (1949)

⁶ *Birmingham Broadcasting Co. v. Bell*, 68 So. 2d 314, 319 (1953)

owner and publisher of two newspapers for releasing an article revealing facts about her and her children¹. The plaintiff filed three causes of action, the latter of which alleged the publisher to have infringed the privacy of her minor children². The Court decided in favor of defendant and emphasized that the status of a public official or an competitor for it means they will be subjected to substantial public attention: “*Because of their public responsibilities, government officials and candidates for such office have almost always been considered the paradigm case of “public figures” who should be subjected to the most thorough scrutiny*”. Naturally, the public interest in such figure is omnipresent, as the public should be afforded to be acquainted “*about any facet of a candidate's life that may relate to his fitness for office*”³. In the *Kapellas* case, the Court also assessed the issue of privacy violation of the minor children of the plaintiff and found no violation “*Although the conduct of a candidate's children in many cases may not appear particularly relevant to his qualifications for office, normally the public should be permitted to determine the importance or relevance of the reported facts for itself*”. The Court also outlined that if the invasion does not proceed far beyond the norms of decency the public interest outweighs the society’s interest in maintaining one’s right to privacy⁴. In *Garrison v. Louisiana*, the US Supreme Court stated: “*To this end, anything which might touch on an official’s fitness for office is relevant. Few personal attributes are more germane to fitness for office than dishonesty, malfeasance, or improper motivation, even though these characteristics may also affect the official’s private character*”⁵. That is, some private character details may also unveil the particles that could be evidence for one’s bid or nonbid for office.

In *Kapellas v. Koffman*, the Court enunciated a test on newsworthiness which was built on three fragmentons⁶. The last one featured “the extent to which the party voluntarily acceded to a position of public notoriety”⁷. That is, a vague arrangement of public figure ranking must have existed. *Diaz v. Oakland Tribune* continued the tendency, where the defendant had to prove newsworthiness of the published fact on a student body president being a transsexual. As it was argued: “*However, the extent to which Diaz voluntarily acceded to a position of public notoriety and the degree to which she opened her private life are questions of fact. As student body president, Diaz was a public figure for some purposes... Nor does the fact that she was the first woman student body president, in itself, warrant that her entire private life be open to*

¹ *Kapellas v. Koffman*, 1 Cal. 3d 20, 26-27 (1969)

² *Id.*, at. 26

³ *Id.*, at. 36-37

⁴ *Id.*, at. 38

⁵ *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 77 (1964)

⁶ *Kapellas v. Kofman*, 1 Cal. 3d 20, 36 (1969): 1) the social value of the published facts 2) the depth of intrusion into one’s private affairs; 3) the degree of engagement into public life.

⁷ *Id.*

*public inspection. The public arena entered by Diaz in concededly small. Public figures more celebrated than she are entitled to keep some information of their domestic activities and sexual relations private*¹. Despite such assumptions, any grade for estimation of a public figure role was never announced and, in my humble opinion, may be assessed in every case individually with an apparent public figure headliner as government and other public officials. At this point, we can compare it with some overseas case law practice. Yes, in ECtHR case law, extent of plaintiff's publicity is a notion relied on when estimating an alleged violation. Upon Oster, the practice of ECtHR, politicians are the highest-grade public figures and the next are civil servants while the representatives of judiciary remain a greater amount of protection, e.g. judges are abstained from criticism², although the administration of justice and the debate regarding court decisions in overall is regarded as a matter of public concern³. It would be again irconcillable with the US common law, where criticism of judges was privileged in *Garrison v. Louisiana* as it did not contain actual malice. On basis of the principle of "actual malice", the Louisiana statute imposing criminal defamation for criticism of public official conduct was declared as constitutionally invalid⁴. In the concurring opinion of Justice Black the following was outlined: "*Fining men and sending them to jail for criticizing public officials not only jeopardizes the free, open public discussion which our Constitution guarantees, but can wholly stifle it*"⁵. In fact, the "actual malice" test does not exist in terms of US common law in ECHR case law. A penumbra of this principle could be indeed found in *Dalban v. Romania*, where the plaintiff, a journalist was convicted and jailed for three months for a defamation after having blamed a senator in squandering⁶. Unfortunately, plaintiff died in 1998, and his spouse was thereupon regarded as such. The Court found that there was no actual proof that the facts of the article were not explicitly untrue and were initiated to bring fuel for a defamation (that is, contained actual malice). The Court stated that the deceased plaintiff did not reveal anything of the senator's private life but in fact, he estimated senator's capacities as an official⁷. Therefore, plaintiff's widow won the suit against the state.

¹ Diaz v. Oakland Tribune, Inc., 139 Cal. App. 3d 118, 135 (1983)

² Jan Oster, European and International Media Law, 74-76 (2016)

³ See e.g. Barfod v. Denmark, Application no. 11508/85, Judgment of 22 February 1989, para. 30-35. Plaintiff was a Danish citizen convicted for an article he wrote on taxation of Danish nationals who were employed on American bases in Greenland. In his article, the man objected the competence of two lay judges and was convicted for a defamation under the Greenland Penal Code with a fine (para. 10). The Court found that the state protection of judge competence is eligible and stated that plaintiff did not criticize the Court's opinion in general but defamed the judges in person (para. 34-35). Therefore, the plaintiff lost.

⁴ Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64, 77 (1964)

⁵ Id., at. 80

⁶ Dalban v. Romania, Application no. 28114/95, Judgment of 28 September 1999, para. 13-15

⁷ Id., para. 50

7.3. Public figures and a common law ‘right to be forgotten’

A. Overall review

The practice of the 1930s featured several privacy-related cases that stipulated an uncommon issue of alleged privacy violations regarding facts and incidents which occurred in the bygone, occasionally in very remote past that was published in press, broadcast and telecast. The abiding component of such cases was the existence of a time lapse between the events and their publication, as well as alleged obsolescence of their relevance by plaintiff which may have varied from several months¹ and two years² to a decade³, two decades⁴, from 20 to 30 years of time lapse⁵ and even more⁶. This concept lies in the field of a privacy tort, occasionally, a defamation⁷. In UK, a wayward prototype of “right to be forgotten” existed in libel law: in a 1849 decision by an English court it was ruled that a libel suit was not actionable as the limitation period for a libel action could not overcome more than six years⁸.

As I have clarified in one of my earlier articles, the “right to be forgotten” can be divided into three components ranged by their germination⁹. The first, and the largest category is a so-called “common law right to be forgotten”, which apparently originates from common law. Being a cohort of privacy-related cases, it is tied with the disclosure of private facts and other allegedly private issues that occurred at some time in the past and is subjectively irrelevant. The second is a statutory right allowing the deletion of one’s personal information within a certain record system¹⁰. There is no unified cognition of its actual origination, but upon Karst, the so-called “right to a fresh start” may also be associated with criminal record expungement¹¹. Westin, who explored the maintenance of personal data in various United States federal bodies in the 1960s and 1970s found that unlimited storage of sensitive personal data may be hazardous for employment candidates which had some specific illnesses, underwent

¹ See. *Smith v. National Broadcasting Company*, 138 Cal. App. 2d 807, 809 (1957)

² *Samuel v. Curtis Pub. Co.*, 122 F. Supp. 327, 328 (N. D. Cal. 1954)

³ See. *Barbieri v. News-Journal Company*, 189 A.2d 773,774 (1963); *Briscoe v. Reader’s Digest Assn. Inc.*, 4 Cal. 3d 529, 532-533 (1971)

⁴ See. *Conklin v. Sloss*, 86 Cal. App. 3d 242, 243 (1978)

⁵ See. *Smith v. Doss* (1948), 251 Ala. 250, 252 (Ala. 1948), (41 year); *Sidis v. F-R Publishing Co.*, 113 F.2d 806, 807-808 (194) (27/30 years); *Werner v. Times-Mirror Co.*, 193 Cal. App. 2d 111, 114-115 fn 1-2 (1961) (over 20 years)

⁶ See. *Street v. National Broadcasting Co.*, 645 F. 2d 1227, 1228-1230 (1981)

⁷ See, for instance, *Wolston v. Reader’s Digest Assn. Inc.*, 443 U.S. 157, 159-163 (1979)

⁸ See. *The Duke of Brunswick v. Harmer*, S. C. 19 L. J. Q. B. 20; 14 Jur. 110, 185-186 (1849). In this case, plaintiff filed a suit for publishing false statements on him in a newspaper, published in 1830. It was held that as the limitation period of libel was six years, the lawsuit was held as non-actionable.

⁹ LYTUVNENKO, A. The Role of *Sidis v. F-R Publishing Co.* case in the formation of right to be forgotten, 105 *Teise* 188, 190-192 (2017)

¹⁰ *Id.*, at. 191

¹¹ Kenneth L. Karst, “The Files”: Legal Controls Over The Accuracy and Accessibility of Stored Personal Data, 31 *L. and Cont. Prob.* 342, 368-369 (1966)

psychiatric treatment or had relatives with obscure or orphan diseases¹. From such point of view, the origination of statutory “right to be forgotten” may be enclosed into employment and health-related records. As of another 1970s data protection expert, Willis Ware, the elimination of outdated information is concordant to prevent adverse impact on the information subjects that may emerge from data misuse², as obsolete data may be harmful in many aspects of social life. The last point of my classification held that occasionally the “right to be forgotten” is associated with tentatively-called “digital rights”, implying information deletion from web resources³.

Still, the largest part of the concept is the common law part, to which this subsection is dedicated in regard with public figures and officials. At these terms, the right to be forgotten could be overallly elucidated as a a common law-deriving notion that emerged from United States common law and holding a certain niche in privacy (occasionally, defamation) case representing civil actions for damages on foundations of public disclosure of private, or, deemed-as-private facts and occasions concerning plaintiff’s subjectively irrelevant, embarrassing or allegedly displeasing events, one’s meticulously sealed private events and facts by means of media – press, television, broadcast and others. It is frequently attributed to a concept “past news”, namely a revivification of the bygone events in oldtime newspaper reprints as well as so-called revitalization of past news⁴; disclosure of truthful life stories⁵; an unveiling of an elected office position aspirant’s criminal past⁶, a life story of an ordinary woman who chose to be espoused at an immature age⁷, past scandalous incidents of an ex-attorney⁸, revelation of one’s sensitive personal data, deemed to be barely relevant for public office fitness⁹, a police officer’s discharge story¹⁰. In most of the cases, disclosures of one’s criminal past were also privileged, such as a story of a man who claimed to have lived as a law-abiding citizen after serving an unusual punishment by flogging a decade before¹¹, a man having served a nine year incarceration¹², a man acquitted after having murdered his spouse for adultery¹³, a man who had lived as a

¹ Alan F. Westin, *Computers, Health Records and Citizen Rights*, 62-67 (1976)

² Willis Ware, *Records, Computers and Citizen Rights*, 56-57 (1973)

³ Lytvynenko, *supra* at. 191-192

⁴ See in detail: *Bernstein v. National Broadcasting Co.* 129 F Supp. 817, 828-829 (1955); *Barbieri v. News-Journal Company*, 189 A.2d 773, 773-774 (Del. 1963), *Conklin v. Sloss*, 86 Cal. App. 3d 241, 243 (1978)

⁵ See. *Smith v. Doss*, 251 Ala. 250, 252 (Ala. 1948)

⁶ See. *Beruan v. French*, 56 Cal. App. 3d 825 (1976), at. 827-829

⁷ See. *Carlisle v. Fawcett Publications*, 201 Cal. App. 2d 733, 736-740 (1962)

⁸ See. *Werner v. Times-Mirror Co.* (1961), 193 Cal. App. 2d 111, 114-115; fn 1-2 (1961)

⁹ See. *Diaz v. Oakland Tribune, Inc.*, 139 Cal. App. 118, at. 123 (1983)

¹⁰ *Rawlins v. Hutchinson Publishing Co.*, 218 Kan. 295, at. 295-297 (1975)

¹¹ *Barbieri v. News Journal Co.*, 189 A.2d 773, 775 (1963)

¹² *Bernstein v. National Broadcasting Co.*, 129 F. Supp. 817, 818-819 (D.D.C. 1955)

¹³ See. *Wasser v. San Diego Union*, 191 Cal. App. 3d 1455, 1459 (1987)

virtuous citizen for eleven years after having committed a truck hijack (reversed and remanded)¹, a man who had lived for twenty years after having committed a murder and being rehabilitated as a law-abiding citizen (reversed and remanded)² or an ex-offender even being dead by the time of trial in a suit by his surviving relatives who asked to enjoin a re-publication of his story³. In fact, a notion of an oblivion for an ex-felon existed in the Restatement of Torts, Vol. IV, §867⁴ and a solitary dictum based on a right to be forgotten was held in *Briscoe*⁵, that was later used in *Conklin* where *Briscoe* was disposed as a precedent resulting both cases to be reversed and remanded; the supposed recovery was to be granted in case the plaintiff would prove his rehabilitation and the trier of fact on the severity of the offense caused by the publication⁶.

B. The case section

In this paper, we’re going to observe the cases connected with voluntary public figures as well as the footage of a potential “*right to be forgotten*”, as the materials published for which the suits were filed all grazed past events. Occasionally, the Courts took a turn that a “*right to be forgotten*” for a public figure may subsist. As denoted in the case of *Rosenblatt v P. Baer*: “*To be sure, there may be cases where a person is so far removed from a former position of authority that comment on the manner in which he performed his responsibilities no longer has the interest necessary to justify the New York Times’ rule*”⁸. However, it’s hard to imagine, is it possible to move away from publicity further, than plaintiffs *Sidis* or *Werner*, who were out of the public gaze for about 30 years. Since no precise obsolescence lapse was designated in cases involving violations of privacy concerning past occurrences, Prosser made an inference that once a person anyhow transmutes into a public figure, this status would literally never fade away – until his demise⁹. If we recall *Smith v. Doss*, it seems to be even larger than the entire life of an individual: the broadcast

¹ See. *Briscoe v. Reader’s Digest Association, Inc.*, 4 Cal. 3d 529, 532-533 (1971)

² See. *Conklin v. Sloss*, 86 Cal. App. 3d 242, 243 (1978)

³ See. *Milner v. Red River Valley Pub. Co.* 249 S. W. 2d 227, 228 (1952)

⁴ See. Rest. of Torts, Vol. 4, para. 867, citing “Both groups of persons [criminals and people involved into casualties] are the objects of legitimate public interest during a period of time after their conduct or misfortune has brought them to the public attention; until they have reverted to the lawful and unexciting life led by the great bulk of the community, they are subject to the privileges which publishers have to satisfy the curiosity of the public as to their leaders, heroes, villains and victims”.

⁵ *Briscoe v. Reader’s Digest Association, Inc.*, 4 Cal. 3d 529, 541-543 (1971)

⁶ For details, see. *Briscoe v. Reader’s Digest Association, Inc.*, 4 Cal. 3d 529, 543 (1971) and *Conklin v. Sloss*, 86 Cal. App. 3d 241, 248 (1978)

⁷ This rule proceeds, that a plaintiff, who is a public official can not recover from a defamation unless he proves “actual malice” of the publication. “Actual malice” means that the inaccurate facts were delivered with a deliberate cognizance of their mendacity or with reckless disregard of whether the facts are true or not, see. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 264, 279-280 (1964)

⁸ *Rosenblatt v. P. Baer*, 383 U.S. 75, 87, fn. 14 (1966)

⁹ Prosser, supra at. 418

concerned the history of a person, having deceased sixteen years before the broadcast was released and was regarded as the one that possessed a historical value for the community¹. Now, let us proceed directly to the cases, where the plaintiffs were voluntary public figures. The *Sidis* case is the primary one in the clash of right to privacy and the public interest in US common law², as well as being one of the best “right to be forgotten” denial footages regarding voluntary public figures.

1. *Sidis v. F-R Publishing Corp.*

Sidis v. F-R Publishing Corp. is a case decided by the US Court of Appeals of the 2nd Circuit in 1940. It featured a lawsuit of a former child prodigy, William James Sidis (1898 – 1944) against the *New Yorker* for the publication of his life story in an article “*Where Are They Now? April Fool!*”. William Sidis initially lodged a suit to the New York District Court in 1938³, but lost it and thereupon he filed a complaint to the US Court of Appeals of the 2nd Circuit. The case of Sidis became a classic of privacy and freedom of press collision disputes as well as one of the most notorious vintage “right to be forgotten” cases. In early case comments, the right to be forgotten for which Sidis was struggling in the courtroom, was designated as a “public figure retirement”. In one of my recent works, I wrote about the biography of William Sidis and the 1940 judgment in details⁴, therefore not to overload the paper I will make only general inferences regarding Sidis as a personality. He was born in a family of a scientist Boris Sidis. His father was an emigrant from Ukraine who was born in Kyiv, moved to the States and graduated from Harvard University. His father conducted a wayward experiment on memorizing techniques upon his son, plaintiff in the case. The infant William James Sidis managed to study several sciences, spoke a multitude of languages and managed to immatriculate into Harvard at 11 (actually, he tried to do that earlier, at age nine, but was culled owing to his adolescence). He did well and soon was entrusted to read lectures. His notoriety became a burden for him, though. He was surrounded by omnipresent press and elaborated disguise to welters, stating to have desired privacy as a way to lead “a perfect life”⁵. After his graduation, Sidis went to study law. He also did well at first, but in 1919 he was plunged into a scandal in 1919 when Sidis was a vivid participator in a pro-Communist march in Roxbury bearing a Soviet Union flag (which in fact appeared to be a piece of red silk tissue) and got arrested. Sidis was bailed by his father and spent some time in his father’s sanatorium to regain health and forces. Since then, Sidis worked as an office clerk but his earlier fame did not leave him in his beloved seclusion – reporters repeatedly got Sidis to interview him, which made William wander from city to city. In his mature

¹ *Smith v. Doss*, 251 Ala. 250, 253 (1948)

² James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, Yale L. Sch / 649 Fac. Sch. Ser. 1151, 1209-1210 (2004)

³ *Sidis v. FR Pub. Corporation*, 34 F. Supp. 19 (S.D.N.Y. 1938)

⁴ Lytvynenko, *supra* at. 197

⁵ *Id.*, p. 197-199

life, Sidis did not abandon science and wrote papers, occasionally under pseudonyms, about the improvement of tram system of New York, about Native Indian tribes and other issues. At age 39, in 1937, Sidis was interviewed by *The New Yorker*, which revealed a lot about his early and present way of life. The publication made him file a suit against the newspaper¹.

In his first suit, Sidis filed two causes of action – one count for a violation of a common law right to privacy (which, as of 1938 was recognized in five US states) and another for an alleged violation of New York Civil Rights Law, §50-51². Sidis also appended his claim by the fact that the article about him was announced in the New York World Telegram with the following liner notes: “*Out To-Day. Harvard Prodigy. Biography of the Man Who Astonished Harvard at the Age of Eleven. Where Are They Now? By J. L. Manley, p. 22, The New Yorker*”³. Before examining the existing cases that recognized the right to privacy, Judge Goddard stated that there were no court decisions abolishing truthful press publications regarding somebody’s life events: “...no decision of the courts in these states has been cited by counsel, nor have I found any which held the “right of privacy” to be violated by a newspaper or magazine publishing a correct account of one’s life or doings, or a picture, except under abnormal circumstances which do not exist in the case at bar”⁴. The vast majority of the cited cases dealt primarily with unauthorized employment of one’s pictures or names within making commercial products. After having analyzed the 11 cases, the Court held that the allegations of Sidis regarding a privacy infringement didn’t state a cause of action and the count was thereupon dismissed⁵. As mentioned before, in the second count, Sidis blamed the newspaper for using his name within advertising the article about him and sought exemplary damages. Within filing the second cause of action, Sidis relied on the case of *Binns v. Vitagraph Co.*, where a portrayal of a ship wreck was dramatized with disposing the name and the picture of the plaintiff; the Court stated that the *Binns* case featured a classic privacy violation that fell under the provisions Sidis referred to. The Court represented a demarcation between the provisions of the New York Civil Rights Law and a paper publication featuring someone’s photographs and other personal data as follows: “*It is plain that there is a wide difference between such forbidden use of one’s name and picture and the mere publication in a newspaper or magazine of an account of one’s deeds or doings together with his picture*”⁶. A more detailed explanation of this distinction was held in the 1940 judgement as Sidis repeated the first two causes of action in his second suit. The Court held that unauthorized employment of one’s name or picture

¹ Id.

² *Sidis v. FR Pub. Corporation*, 34 F. Supp. 19, 20 (S.D.N.Y. 1938)

³ Id.

⁴ Id., at. 21

⁵ Id., at. 22

⁶ Id., at. 25

for commercial purposes under the law of five (as of 1938) states was illicit being a common law right to privacy violation. The state of New York, instead, did not recognize a common law right to privacy – such violation was prescribed by a statute, though this statute gave a limited remedy. As the Court held, in the aforementioned cases there were no decisions which showed that a newspaper or a magazine article that displayed someone's photographs or names and truthful information regarding people is a violation of privacy¹. So, the Court dismissed both causes of actions and Sidis lost the primary suit.

In the second suit, Sidis filed causes for an invasion of his right to privacy and a for an appropriation of his name and likeness in an advertisement of the article that was released by the New Yorker. The Court admitted that the article was truthful and had a great reader interest, although merciless in the dissemination of the private facts regarding the plaintiff. It was admitted that under the standards announced by the Warren and Brandeis treatise plaintiff's right to privacy was violated but the Court did not adhere to this principle contending that the public interest in such people will outweigh plaintiff's claim². In fact, Warren and Brandeis did not elaborate a large classification of who may be a public figure, but majorly confined this term to public officials; the Court found that truthful comments on public characters and their habits will not usually invade their privacy unless the "*Revelations may be so intimate and so unwarranted in view of the victim's position as to outrage the community's notions of decency*". Sidis contended that the publication was malicious, but the Court ruled that provided the article did not invade his privacy, the absence or presence of malice would not change the result³. The second cause of action was withdrawn on basis of the privilege of "advertising news", as it was held earlier in *Humiston*⁴. The fiction element was also absent in the article and thus the article could not be compared to ones which were actionable owing to the fact they had an element of fictionalization. In fact, Sidis intended to recover under the New York law as a matter of fact he still remained a citizen of New York owing to the citizenship diversity rule announced in *Erie Railroad Co. v. Tompkins* by the Supreme Court⁵. As the New Yorker article and advertisement were found non-actionable, hence the lower court's judgement was affirmed⁶.

2. Smith v. Doss.

Smith v. Doss is a case decided by the Supreme Court of Alabama in 1948 that featured a suit against an entrepreneur who broadcast of a man's life story on a local radio station, who disappeared over 40 years before the holding⁷ and was believed to

¹ Id, at. 25

² Sidis v. F-R Publishing Corp., 113 F. 2d 806, 809-810 (2d Cir. 1940)

³ Id, at. 810

⁴ Humiston v. Universal Film Manufacturing Co., 189 App. Div 467, 476 (N.Y. App. Div. 1919)

⁵ Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64, 71-72 (1938)

⁶ Sidis v. F-R Publishing Corp., 113 F. 2d 806 (2d Cir. 1940), at. 811

⁷ Smith v. Doss, 251 Ala. 250, 252 (1948)

have been killed. This case indicates that a “right to be forgotten” does not subsist when a person anyhow becomes public, a status of “private” may not be re-entered. Even the fact of the concerned man’s demise did not refine him as a private person. *Smith v. Doss* was briefly discussed in a 1952 article by Cummings, where the author compared the establishment of the right to privacy in Alabama and California (with the case of *Melvin v. Reid*)¹. Veal observed this case in the scope of “revitalization of previously published news” and tempted to compare the subsistence of “right to be forgotten” with the cases of *Melvin v. Reid* and *Mau v. Rio Grande Oil Corp.*². Even though all foregoing cases involve the usage of the persons names, the *Smith* case did not feature the usage of a man’s name and life incidents in a fiction film (in case of *Melvin*) or a dramatization of the plaintiff’s casualty within a robbery (*Mau*). Hence, the aforementioned cases feature apparent disparities. As Veal held, in both *Melvin* and *Mau*, plaintiffs suffered from an injury of their social status³ – the abandonment of acquaintants in the former case and job loss in the latter, to be precise. In *Smith v. Doss*, we can not say anything regarding an injury of any interest of the deceased man including a loss of privacy as well. From my point of view, here we can observe a claim to a so-called “relational right to privacy”, well discussed by US courts in the “casualty cases”⁴; within freedom of press it was generally rejected by courts apart of rare exceptions. While discussing *Smith v. Doss*, Veal suggested that in such cases there might be a definite balance according to the foregoing assumptions in *Melvin*, *Mau* and *Smith* cases⁵. At first, as Veal argues, the details of the news event will always be of public interest. The revitalization of some past news in the hypostasis of re-disclosure or reprint will override the right to privacy⁶. Secondly, if the personal data is unfolded, upon Veil, the extent of public interest will be distinguished in compliance with the tangibility of the injury. But in my point of view, we can not say so explicitly. As he proceeds, a “mental injury” will not be recovered unless another legitimate interest (e.g. an unauthorized disposal of one’s name for trade and advertising) was injured⁷. It might be virtual within the *Melvin* and *Mau* cases, but a statute prohibiting this wasn’t triggered in case of news dissemination: *Melvin v. Reid* displayed an unwarranted interference into one’s public life and the other one stated *Melvin* as a precedent⁸. In a number of early twentieth century cases, United States courts stressed that the profit obtained from film production is not the same profit

¹ Joseph J. Cummings, Television and the Right of Privacy (1952), 36 Mar. L. Rev 158,162 (1952)

² William R. Veal., Torts – Right of privacy (1949), 9 La. L. Rev. 568, 568-571 (1949)

³ Id., p. 570

⁴ Editors, Right of Privacy – Relative’s Interest in a Deceased’s Name or Likeness, 22 Ohio St. L. J. 438, 441, fn. 19 (1961)

⁵ Veal, supra at. 571

⁶ Bernstein v. National Broadcasting Co. 129 F Supp. 817, 828-829 (1955)

⁷ Veal, supra at. 571

⁸ *Melvin v. Reid*, 112 Cal. App. 285, 292 (Cal. Ct. App. 1931); *Mau v. Rio Grande Oil Corp.* 28 F Supp. 845, 846 (N. D. Cal. 1939)

obtained from the newspapers (see this discussion upwards in the second cause of action of the *Sidis* case), and hereby the identification of the person concerned in the *Smith v. Doss* case does not fall under such statute. This case was also examined by the Court in *Waters v. Fleetwood*, where a relational right to privacy concerning publications about deceased relatives was discussed¹. As a then-new entry, this case became the central topic for a University of Miami Law School comment in the late forties². In some sort of comprehension, this case is also a specimen of a relational right to privacy, as no right of plaintiffs' privacy was directly involved, but a story of their close relative was unveiled. The comment held a number of contraversial statements. For instance, the authors of the comments argued that after a certain period of time following a person's death may destruct a status of a public figure; it was also assumed that there might be a lapse of time after which "*a public figure can return to his normal and private life without interference from the press and radio*"³.

So, the plaintiffs were two daughters of a man named *John Lindgren* (18** – 1930), whose story was featured on a local radio broadcast named "Tuscaloosa Town Talks", produced by the principal owner of Radio Station WJRD, *James Robert Doss* (1900 – 1949)⁴, which was broadcast weekly and was mainly popular within local community⁵. The story regarding *Lindgren* aired in May 1946 and the plaintiffs filed a suit against the entrepreneur for unveiling the details of the past life of their father and blamed him in invading their right to privacy, claiming they suffered from a great mental pain, personal injury and degradation⁶. Later, the Court proceeded to the examination of the broadcast that featured the story of *Lindgren* in "Tuscaloosa Town Talks". *Lindgren*, Swedish by nationality, was a local entrepreneur who owned a blacksmith shop and was quite a wealthy man at his mature age; he was married and had two daughters. One day, he withdrew his savings totalling 700 Dollars and told his family that he had to travel to *Birmingham*, Alabama to buy assortment for his blacksmith shop⁷. For his ride, *Lindgren* harnessed two mules for an old surrey. He drove towards a bridge between Tuscaloosa and Northport and feigned a murder to disappear. A gunshot was heard near the bridge that night. The cab of his carriage was shot through as well as *John Lindgren's* overcoat and his wallet was found near the surrey. These circumstances hinted *Lindgren* had been murdered, however the corpse was missing⁸. The mules remained on the place of the alleged murder where they were

¹ *Waters v. Fleetwood.*, 212 Ga. 161, 164 (1956)

² Editors, Torts – Right of Privacy in Survivors of Deceased Public Figure After Considerable Time Lapse (1949), 3 U. Miami L. Rev. 318, 318-320 (1949)

³ *Id.*, p. 319-320

⁴ Find a Grave, James Robert Doss Jr. <https://www.findagrave.com/cgi-bin/fg.cgi?page=gr&GRid=32942726>

⁵ *Smith v. Doss*, 251 Ala. 250, 251 (1948)

⁶ *Id.*

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

found by a local citizen, *John Sobrey*, who brought the animals back to the town to inquire who had been the owner. In the evening of that day, Sobrey was arrested by the policemen for killing John Lindgren – the man whom he had never seen. Sobrey spent five months in jail and encountered a multitude of questioning and cross-questioning before his acquittal owing to lack of evidence. Within the trial, Sobrey swore before the Court that he did not murder Lindgren. However, the local public believed that Sobrey was the villain who murdered Lindgren¹. Although the body of Lindgren was repeatedly searched for months, it was never found. Lindgren was not murdered – after having made the dramatization of his murder, he returned to his native home in California where he carried on his affairs and obtained even more property. However, he never communicated with his family or his comrades having disappeared from their lives². In California, Lindgren survived for 25 years having died of cancer in 1930. He left a will upon which his daughter Roberta had to become the principal beneficiary. The arrival of his body to the town of Tuscaloosa from California revealed that Sobrey – the man who allegedly murdered the disappeared man, was innocent and thereby falsely accused.

Later the Court turned to the discussion of the right to privacy subsistence. Apart from a general assumption about the privacy tort, the Court overviewed an early privacy-related article by Pound, “*Interests of Personality*”, released in 1915³. In this entry, Pound regarded a privacy tort, which was at its very infancy as a sort of an injury to mental comfort whereas the right to privacy, as a separate right was elucidated as “*interest in the peace and comfort of one’s thoughts and emotions*”⁴, which derived from the demand in the protection of physical and mental integrity⁵. As Pound’s treatise was cited by the Court in *Smith v. Doss*, mental peace may be impaired even more peracutely than a bodily injury, as “*A man’s feelings are as much a part of his personality as his limbs*”⁶. Although the Court expressed sympathy towards the plaintiffs, it was found that the broadcast regarding John Lindgren was subject to legitimate public interest⁷. The Court found that by his own activities, John Lindgren became a public figure. The passage of a significant fragmenton of time, upon the opinion, could not reestablish his privacy, that is grant him “a right to be forgotten”, as the story of John Lindgren was “a part of the history of community”. Lindgren’s will to bequeath his heritage was a public record, as well as his story, embedded in the public record of Sobrey’s imprisonment⁸. Moreover, the broadcast

¹ Id, at. 251-252

² Id, at. 252.

³ Id., at. 253

⁴ Pound, supra at. 362-363

⁵ Id., p. 364

⁶ Id, p. 364-365

⁷ *Smith v. Doss*, 251 Ala. 250, 253 (1948)

⁸ Id.

about his life was truthful. On basis of the foregoing statements, the Court found that there was no violation of privacy of the plaintiffs in regard with the story of the deceased father¹.

2. *Estill v. Hearst Publishing Co.*

Estill v. Hearst Publishing Co. is a case decided by the US Court of Appeals for the Seventh Circuit in 1951 which involved a suit by an Indiana attorney, Robert Estill (1888 – 1961) against a publishing company for a series of stories on outlaw activity relating to the endeavors of a notorious American criminal, *John Dillinger* (1904 – 1934) which contained a compromising picture of the attorney of early 1934 posed with Dillinger in a friendly pose². The action consisted of two counts, one for libel and the other – for an alleged violation of privacy based on the re-enactment of the facts regarding the plaintiff³. This case marks a denial for right to be forgotten in the scope of an invasion of privacy by reenacting a 15-year-old photograph (the issue was released in 1949) with granting a recovery on basis of a libel. That is, a “pure” right to be forgotten on basis of a privacy violation was not lodged continuing a so-called “public figure test” adopted in *Sidis v. F-R Publishing Co.* and *Smith v. Doss* which indicated that ones who become public figures by their accomplishments keep this status forever. At the same time, this case also displayed a noteworthy notion that the reenactment of past news does not constitute a violation of the right of privacy. It was later discussed in the case of *Bernstein v. National Broadcasting Co.*⁴ as well as in the case of *Briscoe v. Reader’s Digest Assn*, *Conklin v. Sloss* and some later cases.

This suit has got a substantial background. *John Dillinger* was a famous outlaw known for multiple bank robberies and murders. He was also known to aspire certain sympathy from ordinary citizens drawing himself as a sort of a local “Robin Hood” owing to the fact and his associates robbed predominantly the banks, severely hated by Americans. The gangster was captured in early 1934 in Arizona and was in jail up to March 3, 1934 when he managed to break out of the prison by carving a revolver dummy out of wood and tricking the guards it was a real one; by this bravado the prisoner managed to disarm the jailors and escaped from the Crown Point prison. The plaintiff, Robert Estill, was a minister in a Christian church in his younger years and often held speeches against vice and corruption. Estill turned to practice of law in 1923, and in 1930 Estill was elected as a prosecutor in Lake County. Robert Estill was the prosecutor in Dillinger’s trial and intended to incarcerate him but the criminal managed to escape before the trial. Shortly before Dillinger’s breakout, a photo of Estill with John Dillinger was taken in Indiana, where the felon was brought for trial; Dillinger was posing a hand over the attorney’s shoulder while Estill also put a hand

¹ Id.

² *Estill v. Hearst Publishing Co., Inc.* 186 F.2d 1017, 6 (7th Cir. 1951)

³ Id., at. 6

⁴ *Bernstein v. National Broadcasting Co.* 129 F Supp. 817, 828-829 (1955)

over Dillinger’s shoulder¹. The photograph with Estill and Dillinger brought to the loss of the prosecutor’s job, but Robert nevertheless carried on his activities in law practice. Fifteen years have passed and the story of Dillinger’s exploits was reenacted in the stories written by a reporter named Elgar Brown from a newspaper Chicago Herald-American, where the texts were issued from May 8 to 13, 1949. They were dedicated to the death of Dillinger’s ex-associate, Patricia Cherrington². The story’s headline “*How Dillinger Curse Pursued Pals to Grave*” defined the story: the author displayed how the influence of Dillinger impacted the lives of his adherents. As of the text, Estill was referred as “the most innocent of all the victims” and he was said to have demolished his career by striking a friendly pose with Dillinger on the photo and soonly was “*virtually laughed out of office and public life*”. Estill was said to feel expansive on Dillinger’s sojourn and posed for photos with the felon thus displaying admiration towards him³. Later, Estill was said to commit a fatal mistake with such picture as Dillinger managed to escape and later he “*lived long enough to be laughed out of office. Then, a broken man, he died*”. The foregoing statements were false and recognized later as libelous. Estill was apparently alive by 1949 and felt injurious for statement of him being “a broken man”⁴; in a motion for dismissal, these words were elucidated by defendant as “fair comment on and criticism of a matter of public interest”⁵. In his complaint, Estill dismissed most of statements regarding himself: the plaintiff asserted that under the assumptions of the articles it would look like the attorney was a pal or appreciator of the felon, but in fact, he wasn’t. Next, he denied that he was dismissed from office claiming he had worked in the practice of law for 25 years and had a perfect reputation among other lawyers and citizens in general⁶. In this suit, plaintiff moved for two counts – one for a libel and another for an interference of privacy. Defendant moved to dismiss his complaint stating 7 points on the libel count and one for the invasion of his right to privacy. The district Court found both counts unactionable, but the US Court of Appeals of the Seventh Circuit found that the statements of the story were libelous. What as to the “broken man” phrase, it was stressed that a misstatement concerning anybody’s death is not itself actionable, but the defendant portrayed the circumstances under which Estill “died”. Within thirteen years, a federal rule was enacted in the case of *New York Times v. Sullivan*, under which a libelous statement regarding an official was not actionable unless he/she could prove actual malice of such publication⁷. Although plaintiff was

¹ Estill v. Hearst Publishing Co., Inc. 186 F.2d 1017, 4 (7th Cir. 1951)

² Id., at. 5

³ Id., at. 9

⁴ Id, at. 10

⁵ Id.

⁶ Id.

⁷ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-280 (1964). The claim on Estill’s death, especially as a “broken man” falls within the interpretation of “reckless disregard”.

granted a recovery in the first count, second was dismissed. The plaintiff argued that the stories were not news and were to be entirely historical. The Court stated that the republication of a past story does not state any invasion into privacy¹. Therefore, the recovery was granted only regarding the libel count.

Making a short inference in the *Estill* case, it was the primary case where the Court defined the republishing of old news is not actionable. That is, the “right to be forgotten” would never exist in such conditions. There was not much discussion on it in the *Estill* case but it was greatly elucidated in *Bernstein v. National Broadcasting Company*, where it was argued that if the republication of old news was actionable itself, it would lead to absurd results². A similar assumption was made in the case of *Briscoe v. Reader’s Digest Association*. In that case, a story of a highwayman of the mid-50s who hijacked a lorry eleven years before was published and caused the ex-criminal to sue the establishment. The Court had to examine whether reports of past crimes serve the same public interest aims as the reports of recent crimes which were said to be a “legitimate province of the press”³. The Court found that the reports of past crimes (as the plaintiff did) were no doubt newsworthy, as “*Media publication of the circumstances under which crimes were committed in the past may prove educational in the same way that reports of current crimes do*”⁴. It was augmented that public had a strong interest in law enforcement and this interest is expressed in disseminating criminal stories. In such scope, past crime publication was privileged. Apparently, reporting past crimes may include republication of some older materials. In *Briscoe*, the Court expressed an opinion that the identification of the actor would not have much public purpose and would no longer aid the justice⁵. We are to state here, that in fact, the publication of the plaintiff’s crime in *Briscoe* was not the central point of the article about commercial vehicle hijacking – he was identified by name when his crime was described. Albeit the plaintiff in *Briscoe* was not the class of public figure as *Estill* was, the Court remanded the case to the trial court though expressing sympathy to the plaintiff and admiring his rehabilitation. In *Barbieri v. News Journal Co*, which involved the disclosure of past crimes, the result was akin on basis of public’s interest in deterring crime⁶. In another 60s case, *Hubbard v. Journal Publishing Company*, the publication of court order facts regarding a minor’s

¹ *Estill v. Hearst Publishing Co., Inc.* 186 F.2d 1017, 30 (7th Cir. 1951)

² *Bernstein v. National Broadcasting Company*, 129 F. Supp. 817, 828, fn. 25 (D.D.C. 1955). For an instance of absurd, the Court wittily mentioned that one of Washington’s department stores on its 75th anniversary featured newspaper reprints from old Washington newspapers from the bygone years. The Court stated: “If one of these chanced to contain a report of an old crime, giving the names of the criminal and his victim, should it be said that the publication constitutes an actionable invasion of their privacy?”.

³ *Briscoe v. Reader’s Digest Association Inc.* 4 Cal. 3d 529, 536 (1971)

⁴ *Id.*, at. 537

⁵ *Id.*

⁶ See. *Barbieri v. News Journal Co.*, 189 A 2d 773, 776 (1963)

past crimes as well as the personal data of the minor’s relatives (the younger sister, also a minor, was the plaintiff) was treated as privileged since judicial proceedings are to be public (referring to Prosser’s “Privacy”)¹. In some other noteworthy cases, namely *Beruan v. French* and *Wasser v. San Diego Union*, the rehabilitated criminals were abstained from recovery on basis of the re-disclosure of their earlier identity: in the first case – as the plaintiff aspired to become a public official although having a criminal past, and in the latter, the story of regarding the plaintiff was considered as newsworthy²; moreover, the plaintiff kept suing his employers for over ten years and thereby remained in the public eye in sharp contrast with the plaintiff in *Briscoe* or *Conklin* cases³. In *Conklin*, the Court took *Briscoe* as a precedent and disposed the “rehabilitation” dictum⁴, and the judgment was reversed and remanded to the trial court. One way or another – a republication of old facts or reporting past crimes, the “right to be forgotten” was again denied in the *Estill* case as the Court found the given story did not anyhow invade plaintiff’s private rights. Let’s quote the opinion of the Court: “*It is the unwarranted publicizing of a person’s private affairs and activities which furnishes the basis for the cause of action*”⁵. Actually, that was a literal interpretation of the Warren and Brandeis 1890 work, but as it was displayed in *Kapellas v. Kofman*, even the private affairs of officials are commonly privileged⁶; as expressed in *Virgil v. Time*, “*in case of a voluntary public figure the authorized publicity is not limited to the event that itself arouses the public interest, and to some reasonable extent includes publicity given to the facts about the individual that would otherwise be purely private*”⁷.

4. *Stryker v. Republic Pictures Co.*

Stryker v. Republic Pictures Co. is a case decided by the Californian Court of Appeals in 1951 featuring a suit on a violation of privacy for an alleged disposal of past events in a biography of a military man in a film⁸. Being a so-called “motion picture” case, *Stryker* featured a departure from two earlier Californian “right to be forgotten” cases, *Melvin v. Reid* and *Mau v. Rio Grande Oil Corp.*, as the “right to be forgotten” was completely denied in the case. Although, there were several “right to be forgotten” cases with a commercial disposal of one’s past (apart from *Melvin* and *Mau*, we can also reckon up *Sharkey v. National Broadcasting Co.*, where an ex-boxer filed a suit against NBC for using his name and pictures depicting him as a boxer in his younger years on a sponsored TV program and won on basis of para. 50-51 of the

¹ *Hubbard v. Journal Publishing Company*, 368 P.2d 147, 148 (1962)

² *Wasser v. San Diego Union* 19 Cal. App. 3d 1455, 1461-1463 (1987)

³ *Ibid.*, at. 1463

⁴ *Conklin v. Sloss*, 86 Cal. App 3d 241, 244-246 (1978)

⁵ *Estill v. Hearst Publishing Co., Inc.* 186 F.2d 1017, 30 (7th Cir. 1951)

⁶ *Kapellas v. Kofman*, 1 Cal. 3d 20, at. 38 (1969)

⁷ *Virgil v. Time, Inc.*, 527 F.2d 1122, 1129 (9th Cir. 1975)

⁸ *Stryker v. Republic Pictures Corp.*, 108 Cal. App. 2d 191, 192-194 (1951)

NYC CRL¹, though it is crucial to emphasize California did not have any similar statute like the state of New York does). *Stryker* also introduced an attempt to grade “public figures” by their occupation². In his respective treatise, DeLal’ore argued that Stryker displayed a “partial” public figure within a comparison of a politician and a military man³. In general, it is not what is designated a limited-purpose or, as of Fague, involuntary public figure, a person plunged into casualty, a controversy or whatever else of public concern unwillingly. An analysis of this object was earlier performed by Fague in his work “*Right to privacy in California*”⁴.

The plaintiff, Louis B. Stryker was an ex-serviceman, having made a career in United States Marine Corps and combated in Iwo Jima against the Imperial Japanese Army in February-March 1945. He held the position of a sergeant and thereupon was known as “Sergeant Stryker” within other combatants⁵. Four years after the battle of Iwo Jima, in 1949 the defendant produced a film “The Sands of Iwo Jima” displaying the events of the World War II Battle of Iwo Jima. The main character of the film, John M. Stryker, was also entitled to be a sergeant. The plaintiff claimed that the film reenacted some past incidents which he underwent within his service as a combatant. In his complaint, the ex-military man also added that the defendant did not ask any permission to use his name, activities or any other facts of his past life; the plaintiff stated that he did not consent on giving out his name and life events for “perusal” in the plot and assessed alleged damages in 150,000 USD⁶. Foremostly, the Court proceeded to determine the public status of Stryker. Upon the opinion of the Court, the people who are serving in the United States Army are public figures to a limited extent; moreover, there might be no oblivion regarding their military service after dismissal: “We think that men who are called to the colors subject their activities in that particular field to the public gaze and may not contend that in the discharge of such activities may not be publicized”⁷. The treatment of servicemen as public figures, though in an abridged interpretation contradicts a dictum on public figure treatment in an earlier case, namely, *Continental Optical Co. v. Reed*. In that case, the appellee was a military man serving in the United States Army in a mobile optical unit which operated in France grinding lenses as well as repairing sunglasses for military use. The US Department of War took a picture of the serviceman for a news publication, which in fact was released, but soon the appellant appropriated this picture for commercial

¹ *Sharkey v. National Broadcasting Co.*, 93 F. Supp. 986, 986 (S.D.N.Y. 1950)

² *Stryker v. Republic Pictures Corp.* (1951), 108 Cal. App. 2d 191, at. 194

³ Philip E. DeLaTorre. *Resurrecting a Sunken Ship: An Analysis of Current Judicial Attitudes Toward Public Disclosure Claims*, 38 SMU L. Rev 1151, 1163 (1984)

⁴ Fague, *supra* at. 249-250; 254

⁵ *Stryker v. Republic Pictures Corp.*, 108 Cal. App. 2d 191, 192-193 (1951)

⁶ *Id.*, at. 193

⁷ *Id.*, at. 194

purposes¹. Regarding the “partial” public figure status, the Indiana court stated that albeit the photograph of the serviceman was eligible to suit the interest of public in the actions of the army and welfare of the army staff abroad, the man concerned did not become a public figure just by the matter of being enlisted into the army in the sense of his individual as a matter of general concern. The Court argued that the photograph of the appellee was just a sort of token of the organization he represented². That is, even a partial elucidation, the plaintiff was not considered a public figure. Upon the opinion of the Indiana court, to become a public character, this serviceman should have done something outstanding. As it was stated in *Reed*: “*The complaint describes no hero, famous personality or individual of preeminent accomplishments whose doings are items of legitimate news and general interest*”³. The case of *Stryker* contradicted this opinion by lodging all servicemen a public figure status in regard with their service and no “right to be forgotten” of their duties. In *Stryker*, the Court compared the public figure status to a serviceman stating that all facts regarding a politician and his eligibility for office – both in public and private life are to be disemboweled⁴. However, as public interest towards a public official or an aspirant for office is the strongest, publications regarding such persons’ biography or family are privileged in case they don’t excess boundaries of public decency⁵. Earlier in this paper, we held a discussion on “grading public figures”, where I denoted *Kapellas v. Kofman* for a good instance of all-disclosure for a public office candidate and *Virgil v. Time, Inc.* displaying that a voluntary public figure’s private life facts are also not generally protected by a common law right to privacy owing to his publicity. Retracing to *Stryker*, the plaintiff claimed that the personage who allegedly portrayed him, made actions which coincided with his actual duties, while some of his activities were fictional (and here we are to outline that according to the plot, the character of *John Stryker* in the film was killed by a hostile fire, while the plaintiff apparently survived), but the Court held that the actions depicted in the film were not of private character and weren’t anyhow impious to cause the plaintiff any mental anguish⁶. As it was stated next, the plaintiff did not give any facts that would have approved the activities he executed during his military service were the same that the character of *Stryker* did. The Court concluded that *Stryker*’s complaint was vulnerable and the assumptions given were generally improper, as *Stryker* did not prove the following:

1) that the character named “after him” and being a sergeant was not another sergeant of the United States Army who was a member of the invading forces carrying the same surname;

¹ *Continental Optical Company v. Reed*, 119 Ind. App. 643, 646-647 (1949)

² *Id.*, at. 650

³ *Id.*

⁴ *Stryker v. Republic Pictures Corp.*, 108 Cal. App. 2d 191, 194 (1951)

⁵ *See. Kapellas v. Kofman*, 1 Cal. 3d 20, at. 38 (1969)

⁶ *Stryker v. Republic Pictures Corp.* 108 Cal. App. 2d 191, 194-195 (1951)

2) that the concocted activities of the actual deeds of *Stryker* (as plaintiff) were actually the deeds that he carried out within his military service;

3) that the fabricated portrayals were anyhow in regard with the plaintiff or did not depict his actual deeds in a proper way;

4) this burlesque was anyhow unwarranted towards the plaintiff¹.

When filing the suit, plaintiff strongly relied on the case of *Binns v. Vitagraph Co.*, which we have briefly discussed in regard with the application of a New York Civil Rights Law statute prohibiting the commercial use of one's name or likeness in commercial purposes (trade and advertising). In that case, recovery was granted on basis of a statute as it's known that the common law may be altered or repealed by statute. Although such statute lodges a cause of action for such acts it is obvious that it can't exceed the respective jurisdiction and thereby it was unapplicable in the state of California². Plaintiff also referred to an earlier "motion picture case", *Melvin v. Reid*, where recovery was granted. Although it was clarified in dozens of cases and treatises by scholars worldwide, as well as in this paper, we may reckon up briefly that the recovery in *Melvin* was given on basis of an unwarranted invasion of privacy of a "denizen of the underworld"³, but not on grounds of the commercial use of her name or a life story. In fact it was a commercial use but it does not change the result: "As we have observed, the other causes of action of the complaint are based upon a supposed property right in her name and in the incidents of her life. We have found no authorities sustaining such a property right in the story of one's life"⁴. The same goes to *Stryker*: the court affirmed that recovery was not based on the commercial exploitation of one's personal data or likeness⁵. Therefore, judgement was affirmed.

Before we move to the next case, we should make a set of inferences. The case of *Stryker* has depicted a good pattern of "right to be forgotten" denial in condition of a person who is a public figure even in a "partial" status. If we reckon up Fague's concept of dividing public figures into "voluntary" and "involuntary"⁶, it may seem that the plaintiff in the *Stryker* case belonged to "voluntary" ones although it was in fact immaterial for the Court whether he was conscripted or he went to serve in the army upon his own will – that is, was he a voluntary military man or not, was off the point. The same was reversely true in *Continental Optical Co. v. Reed*, where it was held that servicemen by fact of their army duties are not public figures regardless of the way they were enlisted – voluntarily, or by draft, and may achieved such status in case of committing heroic deeds⁷.

¹ Id., at. 196

² Id., at. 196-197

³ *Mau v. Rio Grande Oil Corp.* 28 F Supp. 845, 846 (N. D. Cal. 1939)

⁴ *Melvin v. Reid*, 112 Cal. App. 285, 292 (Cal. Ct. App. 1931)

⁵ *Stryker v. Republic Pictures Corp.*, 108 Cal. App. 2d 191, 197 (1951)

⁶ Fague, supra at. 249-250, 254-255

⁷ *Continental Optical Company v. Reed*, 119 Ind. App. 643, 650 (1949)

5. *Werner v. Times-Mirror Co.*

Werner v. Times-Mirror Co. is a case decided by the Californian Court of Appeals in 1961 that featured a suit of an ex-attorney from Los Angeles, Erwin Peter Werner for publishing an article regarding his third marriage which contained several inaccurate statements on his past life, his career and his relationships and affairs with his first deceased wife¹. The Werner case is of particular value for appreciation of a common law “right to be forgotten” and the discussion on the longevity of a public figure as a status which was later, referring to W. Prosser (whose conclusion on the eternal public figure lifespan was based on several “right to be forgotten” cases, all of which denied recovery²), held to be maintained until one’s death. The case is also known to contain a dissenting opinion of Judge Bishop, who expressed a view on the grounds of the Restatement of Torts, Vol. IV, para. 867, Comment “c”, upon which Werner was likely to be involuntarily brought to public view owing to the scandals with bribery in the 1930s. Apart from this view, Judge Bishop mentioned *Melvin v. Reid* as an example of recovery under the circumstances of past behavior disclosure insisting that the plaintiff in *Melvin v. Reid* had reformed and abandoned her previous style of life. He also argued that although the marriage of Werner was “news”, his unsavory bygone that tolled over 20 years, was not³. Commenting on the Werner case, Fague denoted that if compared to *Melvin* rehabilitation, Werner’s reenactment was based on fact he was re-admitted to his position as an attorney after the bribery incidents; at the same time, the “public figure” statuses of *Werner* and *Melvin* were not identical since the plaintiff in the latter case had never been a voluntary public figure, while the plaintiff in *Werner* had worked as an attorney and continued his endeavours after the unsavory events, too⁴.

The plaintiff, Erwin Peter Werner, born in 1893, was a lawyer by occupation and was elected as an attorney of Los Angeles. In the late 1930s, he and his first wife Helen (deceased in 1947) was blamed in bribery in regard with Los Angeles Liquor licensing but acquitted; after several years of hiatus, Werner reestablished himself in law practices⁵. In middle December 1958, Peter Werner and his bride applied for a marriage. On the next day, the defendant requested information from the plaintiff on his future marriage, but Werner refused to give any explanations as his fiancée, a 46-year old woman named Marjorie Augusta Coburn, who held a high position at the Order of Amaranth of the State of California and willed to keep the information in secret⁶. The article was nevertheless released. Plaintiff claimed that he underwent deep humiliation and embarrassment among his friends and acquaintants having sued

¹ *Werner v. Times-Mirror Co.* 193 Cal. App. 2d 111, 114-115 (1961)

² Prosser, supra at. 418

³ *Werner v. Times-Mirror Co.*, 193 Cal. App. 2d 111, 123-124 (1961)

⁴ Fague, supra at. 250-251

⁵ *Werner v. Times-Mirror Co.*, 193 Cal. App. 2d 111, 114-115, fn. 1-2 (1961)

⁶ *Id.*, at. 115; footnote 1.

the establishment for a sum of 400000 USD. Peter Werner stated that several facts regarding his first wife and the emergence of his career were untrue¹. The claims of plaintiff were seemingly laying down the ground for a libel action, but he chose to state it for an invasion of privacy. First, the Court drew the line between defamations and violations of privacy as they generally constitute different torts referring to the case of *Fairsfield v. American Photocopy etc. Co.*, where one of the best distinction between the two torts was displayed: “*The gist of the cause of action in a privacy case is not injury to the character or reputation, but a direct wrong of a personal character resulting in injury to the feelings without regard to any effect which the publication may have on the property, business, pecuniary interest, or the standing of the individual in the community.*” Though a number of statements in the Werner case seemed to be defamatory, the plaintiff chose to keep his action on an alleged violation of his right to privacy². The court later went on to estimate whether the defendant invaded Werner’s privacy. As the right to privacy ceases upon newsworthy items, the marriage itself is established as a newsworthy event. It was upheld in the *Werner* case that the marriage is in particular such an event that is public despite of his and his bride’s wish to keep in in secret³. Since the doctrine laid down in *Melvin v. Reid*, the information maintained in public records does not fall within the scope of right to privacy protection⁴. Next, the Court went on to decide whether it is actionable to suit a publisher upon releasing past news or events: grounding on several “right to be forgotten” specimen, as *Smith v. Doss, Cohen, Estill, Bernstein*, etc. and adhered to the conclusions of Prosser, who also made an analysis of some similar cases and stated that deriving from the educational role of the press, reminding of past news and revitalizing formerly public people or paste events could be proper to sustain present day public interest⁵. The Court came to a conclusion that no right to privacy of the plaintiff was violated on grounds of the foregoing facts, as well as rejecting the right to “relational privacy” which was held completely non-actionable⁶. The allegation in malice was withdrawn on the basis of Sidis-coined assumption: if the right to privacy wasn’t invaded, the existence of malice would not change the result⁷. What as to the alleged libel, the Court found that innaccurate statements did not reveal anything of private nature and the alleged falsehood was “of neutral nature” and thereupon could not be counted as offensive to the plaintiff⁸. For such inoffensive falsehood the Court

¹ Id, at. 115.

² Id, at. 120

³ Id, at. 117

⁴ For public record discussion, see: *Smith v. National Broadcasting Co.*, 138 Cal. App. 2d 807, 812 (1955); *Aquino v. Bulletin Co.*, 190 Pa. Superior Ct. 528, 533-535 (1959)

⁵ Prosser, supra at. 418

⁶ *Werner v. Times-Mirror Co.*, 193 Cal. App. 2d 111, 119 (1961)

⁷ Ibid, at. 119

⁸ Ibid.

cited earlier cases, *Jones v. Herald Post Co.* and *Koussevitzky v. Allen, Towne Heathe*. In the first case, plaintiff’s husband was killed in a public place in Lousevillie, Kentucky and the spouse fought the offenders and threatened to defeat them. The murder story as well as the spouse’s photograph and her violent statements were published in a local newspaper and the woman filed a suit claiming she had never threatened to assassinate the brutes¹. The Court found that there was nothing ridiculous in the words of the plaintiff and defendant did not intend to reflect violent words to her as an individual, in general. It was concluded that such language may be attributed to any spouse whose husband was killed before her eyes². In the second case, plaintiff was a famous Russian-born musician, *Serge Koussevitzky* (1874 – 1951) who was engaged in a symphonic orchestra for decades and filed a suit for a release an biography of him containing a multitude of his photos and allegedly having lots of false statements on him³. The Court found that Koussevitzky was and at the time of the holding, remained a public figure owing to his accomplishments⁴. Plaintiff relied on NYC CLR but as a rule, the statute did not apply to unauthorized biographies, unless containing fiction and inaccuracy of some data is not equal to fiction⁵; the Court found that even though some statements on his biography were not true or not precise, they were not too offensive to constitute a violation of his right of privacy⁶. As Prosser denoted in his work “Privacy”: “*The false light need not necessarily be a defamatory one, although it very often is [...]*”. If we quote him again, the statements containing some falsehood may be more objectionable to the person of ordinary sensibilities than minor inaccuracies with dates, places and incidents with no actual significance (referring to the *Koussevizky* case)⁷. In *Werner v. Times Mirror Co.*, the count was dismantled on basis of lack of privacy violation as well as malice of the defendant’s article. The Court went on to discuss the nature of inaccurate statements in the featured article; it was outlined that a privacy invasion and a defamation are generally possible to be twinned in a single publication, but as Werner discarded any reliance on the law of libel, he could not recover under it⁸.

6. *Rawlins v. Hutchison Publishing Co.*

Rawlins v. Hutchison Publishing Co. is case decided by the Supreme Court of Kansas in 1975 involving a republication of matters occurring a decade before the issue which featured a story of a policeman’s (plaintiff) dismissal owing to the fact his

¹ *Jones v. Herald Post Company*, 230 Ky. 227, 228-228 (Ky. Ct. App. 1929)

² *Id.*, at. 229

³ *Koussevitzky v. Allen, Towne and Heathe*, 188 Misc. 479, 480 (N.Y. Misc. 1947)

⁴ *Id.*, at. 482

⁵ *Id.*, at. 483

⁶ *Id.*, at. 483

⁷ Prosser, *supra* at. 400

⁸ *Werner v. Times-Mirror Co.*, 193 Cal. App. 2d 111, 120-121 (1961)

behavior annoyed a woman¹. This case also arose several issues on the embrace of public figures and public officials which was precedentially expanded to police officers as well². It is also noteworthy that a cascade of precedents on “right to be forgotten” was discussed exactly by their subdivision of the voluntariness of gaining the “public figure” status with the cases of *Melvin* and *Briscoe* on one side and *Sidis, Cohen, Smith v. National Broadcasting Co.* and *Werner* from the other side; it was held that the officer voluntarily acceded a governmentally-employed position³. The conclusions of the Court repeatedly affirmed that once an event gained publicity, it will never cease – since it apparently touches the people involved into such events.

The plaintiff, Paul O. Rawlins, who was a police officer at Hutchinson Police Department in 1964, was suspended and later dismissed from service after annoying a woman by his behavior. This story was published by “*The Hutchinson News*” in a special column which reprinted past news on good round figures – 10, 25 and fifty years. After the dismissal, the ex-officer conducted a private life and did not access any other public positions for a decade. Plaintiff claimed that the revitalization of such “past news” constituted a violation of his right to privacy, as a past incident was referred to be only “a relic of the past”; however, at the pre-trial request plaintiff had admitted that the reported facts regarding the 1964 events were actually truthful⁴. The trial court held a summary judgement in favor of defendant where it was stressed that the 1964 events, which involved plaintiff’s suspending, disciplinary charges and dismissal turned him into a “figure of local history” (it could be well reckoned up in *Smith v. Doss*, where a history of a man who feigned his murder Alabama to conceal his disappearance, was considered as a piece of the history of community and no right to privacy was found by the Court⁵) and the discussed affairs were not anyhow tied with private ones. The trial court also stated that the community “has got a continuing interest in and right to review past events of local, regional or national concern for their historical, educational, informative and entertainment value”⁶. Literally, there can be no “common law right to be forgotten” in any event that was of public concern occurring once, even in remote past. Next, the Court stringently withdrew plaintiff’s assumption that the publication anyhow touched his private life stressing that he was a public official in whose conduct “the public has a vital interest”⁷. Later the Court turned to the issue of the “public official” status clarification within a libel action, and on grounds of several precedents held that a police officer still should be regarded as

¹ Rawlins v. Hutchinson Publishing Co., 218 Kan. 295, 295-296 (1975)

² Ibid., at. 299; For determining police officers with various rankings see in detail: *Coursey v. Greater Niles Twp. Pub. Corp.*, 40 III 2d 257, 265 (1968); *Moriarty v. Lippe*, 162 Conn. 371, 378 (1972)

³ Rawlins v. Hutchinson Publishing Co., 218 Kan. 295, 304-305 (1975)

⁴ Ibid., at. 295-296

⁵ *Smith v. Doss*, 251 Ala. 250, 253 (Ala. 1948)

⁶ Rawlins v. Hutchinson Publishing Co., 218 Kan. 295 (1975), at. 297

⁷ Ibid., at. 298

such¹. In *St. Amant v. Thompson* decided by the Supreme Court, a police officer was undoubtedly regarded as a public official, who sued defendant for defamation but the “reckless disregard” was not found by the Court² and therefore the was reversed and remanded. Various police officer positions were brought to be equivalents in some earlier cases. Still, one of the earliest cases to discuss the affiliation of a policeman to public officials (though not mentioned by the court) was *Martin v. Dorton*, decided by the Supreme Court of Mississippi in 1951. Martin, a sheriff of Prentiss County, filed an appeal against a lower court decision that granted recovery to a reporter (defendant), whom he had beaten for making a photograph of him. The pre-history was as underwritten: certain time before the incident, townsfolk representatives made complaints against a beer store assemblage, but the sheriff said he didn’t carry any responsibility in respect with the construction³. The townspeople later gathered at a courtroom to discuss law enforcement and talk to the sheriff. However, the policeman refused to do so and went for a break. The reporter made a photograph of a crowd as well as the sheriff. The policeman protested (it was not clear though, what action had happened first – the photo was taken, or the sheriff objected the photographing first) and stroke him with a bludgeon for doing this⁴. On trial, the sheriff admitted assault and battery; the court later went to examine if Martin’s right to privacy was violated. Keeping with *Pavesich* assumptions⁵, found defendant to be a public official and the story he was involved into was explicitly of public interest, therefore, the lower court judgement was affirmed⁶. Although the grading of police officers as public officials was mainly attached to libel cases, *Hull v. Curtis Publishing Co.* represented a privacy-related one: the three plaintiffs were police officers snapped apprehending a criminal. Again, the court held that policemen were governmentally-employed and their actions lay beyond the limits of the right to privacy: “... *the doing of an official act does not seem to be the type of thing which the right to privacy was meant to protect*”⁷. In *Moriarty v. Lippe*, a policeman was plunged into a serious brawl with a woman and filed three counts – one for slander, one for libel (in a letter) and yet one more for a newspaper libel. Within deciding, whether he was a public official, the

¹ Ibid.

² *St. Amant v. Thompson*, 390 U.S. 727, 733 (1968)

³ *Martin v. Dorton*, 210 Miss. 668, 670-671 (1951)

⁴ Ibid., at. 671

⁵ See. *Pavesich v. New England Life Insurance. Co.*, 122 Ga. 190, 191 (Ga. 1905): “Any person who claims from the public approval or patronage, waives his right to privacy to such an extent that he can not restrain or impede the public in any proper investigation into the conduct of his private life which may throw light upon the question as to whether the public should bestow upon him the office which he seeks, or accord to him the approval or patronage which he asks”.

⁶ *Martin v. Dorton*, 210 Miss. 668, 674-675 (1951)

⁷ *Hull v. Curtis Publishing Co.*, 182 Pa. Superior Ct. 86, 100-101 (1956) (A contradicting position was mentioned in the hypostasis of *Continental Optical Co. v. Reed*, which was repeatedly referred to in this paper)

Court denoted the following: “*The plaintiff here has, or appears to the public to have, substantial responsibility for or control over the conduct of government affairs, at least where law enforcement and police functions are concerned, sufficient to be a public official*”¹. As of the foregoing, plaintiff was found to be a public official and his conduct was also deemed to be connected with the fulfillment of his duties². The Court went on to analyse several cases related to “right to be forgotten” the ones that denied it – namely, *Sidis, Cohen, Smith and Werner* as well as *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn* against the two from another cohort – *Melvin v. Reid* and *Briscoe v. Reader’s Digest Association*.³ that focused on recognizing one’s rehabilitation over the freedom of press (*Melvin*) and expressing a dictum on right to be forgotten on its basis and remanding the case (*Briscoe*). However, the circumstances of the Rawlings case inclined the Court to choose in favor of defendant. The Court denied that people who were plunged into scandals may ever jump into obscurity. Although a specimen for such “scandal” was Watergate, the Court found that placing a president and a less plenipotentiary official into one line was adequate: “*We cannot make any significant distinction between a president and the myriad of lesser public officials whose scandals may make news, differing only in the size of the body politic they serve*”⁴. The Court emphasized that the facts about the policeman’s misconduct were public ones and did not concern his private life anyhow. As plaintiff was undoubtedly a public official in 1964, he could not have regained a private status: referring to *Cohen*, it was wittily stressed that plaintiff could not “*draw himself like a nail into his shell*”. Therefore, the trial court decision was affirmed.

7. *Friedan v. Friedan*

Friedan v. Friedan is a case decided by the United States New York Southern District Court in 1976 which involved a suit of a former husband against his ex-wife, Betty Friedan (1921 – 2006), a prominent United States feminist leader in the mid-20th century for an unauthorized disposal of his name and photograph in an article that featured her former family⁵. A particular interest in the *Friedan* case consists in the corroboration of the principle of public figure family members privacy loss owing to the publicity of their relatives⁶. Another remarkable point is, that the denial of right to privacy in regard with lapse of time was stuck to facts when plaintiff *hadn’t become* a public figure. If compared to *Sidis*, as a classic specimen of a public figure, the facts disclosed were connected with the time fragmentation of him after gaining popularity. The issue of family member publicity could be found earlier: in *Kapellas v. Kofman* the loss of a family member privacy in regard with a public office aspirant was

¹ *Moriarty v. Lippe*, 162 Conn. 371, 378 (1972)

² *Rawlins v. Hutchinson Publishing Co.*, 218 Kan. 295, 298-299 (1975)

³ *Id.*, at. 301-304

⁴ *Id.*, at. 304-305

⁵ *Friedan v. Friedan*, 414 F. Supp. 77, 78 (S.D.N.Y. 1976)

⁶ *Yanisky-Ravid & Lahav*, *supra* at. 981

explained as a consequence of of compelling public interest in the dissemination of truthful information¹; in *Smith v. Doss*, the deceased father of two plaintiffs suing for an invasion of privacy was recognized as a public figure (not a public official), as a matter of fact the broadcast displaying his life was considered to be of legitimate public interest².

The plaintiff sued for disposing his name and photograph in an article by Betty Friedan which embraced the period of her connubial life in the late 1940s. This article was featured in a magazine with a twenty-five-year flashback series “*The Year We Entered Modern Times*”, where the defendant, her then-husband and their son Daniel were pictured; three defendant companies disposed the photograph to advertise the article³. Since defendant was undoubtedly regarded as a public character, the Court found all incidents in her life, involving the ones dispersing with her feminist views, are of legitimate public interest and in terms of plaintiff’s privacy, it’s impossible to segregate him from the family. Upon the decision of *Gautier*⁴, the Court found that the disposal of one’s picture or name in connection to news is exempt from the legal meaning of para. 50-51 of the Civil Rights law. At the same time, the picture of the plaintiff engaged into the family was disposed in commercials to advertise the issue of the magazine. However, the case law elucidating the statute had previously exempt commercials advertising news in case such are unobjectionable and truthful⁵. The plaintiff was said to have executed efforts to disassociate himself as much as possible from his family and claimed to have been an explicitly private person, not a public figure. This, however was also defective, as upon the decision of *Man v. Warner Bros Inc.*, under which the qualifications of the aforementioned provisions are applicable not only to public figures, but to all person plunged into some events that arise public interest⁶. Thus, judgement affirmed.

8. *Beruan v. French*

Beruan v. French is a 1976 case decided by the California Court of Appeals involving the issue of criminal records expungement. In late 1970, plaintiff, Joseph Beruan intended to take part in a competition for a position of secretary-treasurer of the International Association of Machinists and Aerospace Workers, where he used to participate in. During the election campaign, defendants disseminated letters that exposed the facts of plaintiff’s unsavory past⁷. Between 1943 and 1958, the plaintiff was convicted for various offences: a sexual abuse, a conversion, a check forgery, for impersonating a military man as well as bigamy and rape. In most cases plaintiff was

¹ *Kapellas v. Kofman*, 1 Cal. 3d 20, 38 (1969)

² *Smith v. Doss*, 251 Ala. 250, 253 (1948)

³ *Friedan v. Friedan*, 414 F. Supp. 77, 78-79 (S.D.N.Y. 1976)

⁴ *Gautier v. Pro-Football*, 304 N.Y. 354, 359 (1952)

⁵ *Friedan v. Friedan*, 414 F. Supp. 77, 79 (S.D.N.Y. 1976)

⁶ *Man v. Warner Bros. Inc.*, 317 F. Supp. 50, 52 (S.D.N.Y. 1970)

⁷ *Beruan v. French*, 56 Cal. App. 3d 825, 827-828 (1976)

paroled¹. The facts of his criminal past were admitted as precise and so the plaintiff defeated to his visavi, Barney Hubert. Plaintiff brought an action for an invasion of privacy stating that he reformed himself and turned to a law-abiding life since he was released from jail for the last time. The trial court dismissed Beruan's concluding that provided he attempted to compete for an elected position, the public's right to know overrides his claim to privacy². Upon the weight of authorities, the Court concluded that a candidate waives most of his privacy in regard to nearly any issue relating to his eligibility to maintain the aspired position³, and a criminal record is relevant for his office fitness⁴. It was also stated that the case does not anyhow resemble *Briscoe v. Reader's Digest Assn.*, although both cases involved ex-criminals. The value of the facts, which were disclosed regarding the plaintiff was found to be undoubtable, as he was pursuing to accede an elected position. The Court concluded that no trier of fact would find plaintiff's prevail under such facts even though he might have reformed as a virtuous citizen. Therefore, judgement was affirmed⁵. When arguing on criminal records expungement, Franklin and Johnsen cited *Beruan* and came to a conclusion that although it is not impossible to aspire a position in a public office if one has criminal past, but the people have a right to know it, regardless of the offense or the time of his release from incarceration⁶. Truthful information regarding an aspirant thereupon outweighs his claim to privacy or to obtain a "right to be forgotten".

9. *Wasser v. San-Diego Union*

Wasser v. San Diego Union the concluding case in the third part of the paper, was decided by the Californian Court of Appeals in 1987. The plaintiff was a married man who filed an action against a publisher named the San Diego Union. In 1985, defendant company issued an article about the plaintiff's latest suit against his employers at a school where he occupied a position of a teacher⁷. The article revealed that plaintiff was known to have a very resonant past. In 1974, he shot his then-wife claiming it was accidentally (although the prosecution contended that he killed the woman for leaving him), but plaintiff was acquitted, being obliged to pay his minor kins a sum of 73 thousand USD. In the 70s and early 80s he repeatedly sued towns authorities and other institutions with transient success. Plaintiff argued that the trial court erred in concluding that the events described in the issue were newsworthy⁸. The California case law has presented a newsworthiness test back in the late 1960s and

¹ Id, at. 828, fn. 2

² Id, at. 828

³ *Briscoe v. Reader's Digest Assn. Inc.*, 4 Cal. 3d 529, 535 (1971)

⁴ *Monitor Patriot Co. v. Roy*, 401 U.S. 265, 268-269 (1971)

⁵ *Beruan v. French*, 56 Cal. App. 3d 825, 829-830 (1976)

⁶ Mark A. Franklin, Diane Johnsen, *Expunging Criminal Records: Concealment and Dishonesty in an Open Society*, 9 *Hof L. Rev* 733, 755-756 (1981)

⁷ *Wasser v. San Diego Union*, 191 Cal. App. 3d 1455, 1458-1459 (1987)

⁸ Id, at. 1461

early 1970s. The “three-piece test” enacted in *Kapellas* has been already discussed in the primary section; as it was held in *Briscoe*, the publication is exempt from liability in case it is proved that it is newsworthy and it is not so offensive to shock the community¹. The matter of “offensiveness” is apparently subjective from the view of the society concerned. In a nutshell, it just depends on the *mores* of society². Wasser contended that though he may have been a public figure by being plunged into a murder trial, he had exit from this status. The Court disagreed referring to *Werner.*, where the Court adhered to the conclusion of Prosser, upon which once public person will be always public, practically until his demise³. The newsworthiness issue is also not bound to public characters, but to ones who gained notoriety involuntarily, too⁴. Indeed, criminal charges, civil litigations and similar issues solved in courts are, “operations of the government” and are to be reported by the mass media. As the Supreme Court concluded in *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn.*, “*The commission of crime, prosecutions resulting from it, and judicial proceedings arising from the prosecutions, however, are, without question, events of legitimate concern to the public, and consequently fall within the responsibility of the press to report the operations of government*”⁵. As it was stated by Justice Douglas in *Craig v. Harney*, “*A trial is a public event. What transpires in the courtroom is public property. If a transcript of the court proceedings had been published, we suppose none would claim that the judge could punish the publisher for contempt. [...] There is no special perquisite of the judiciary which enables it, as distinguished from other institutions of democratic government, to suppress, edit, or censor events which transpire in proceedings before it*”⁶. Plaintiff relied on *Briscoe*, *Conklin* and *Diaz* to prove that the publication was actionable, but all of these cases had divergent circumstances as well as the fact that plaintiff remained in the public eye since his first trial. Therefore, judgement was affirmed⁷.

Summary

This paper was devoted to elucidate on the right to privacy as a common law right in the United States as well as to discuss on its historical normative-descriptive content. As it was contended, the origins of the right to privacy are still unclear as a matter of fact there is no unified approach of what is the source of its origination, that is the branch of law which entailed it. A multitude of such approaches were discussed and it would be intelligible that all of these roots lay in civil and ecclesiastical law.

¹ *Briscoe v. Reader’s Digest Assn. Inc.*, 4 Cal. 3d 529, 541 (1971)

² See. *Virgil v. Time, Inc.*, 527 F.2d 1122, 1129 (1975); *Sipper v. Chronicle Publishing Co.* 154 Cal. App. 3d 1040, 1047-1048 (1984)

³ *Werner v. Times-Mirror Co.*, 193 Cal. App. 2d 111, 117-118 (1961)

⁴ *Virgil v. Time, Inc.*, 527 F.2d 1122, 1129 (1975)

⁵ *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469, 492 (1975)

⁶ *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367, 374 (1947)

⁷ *Wasser v. San Diego Union*, 191 Cal. App. 3d 1455, 1464 (1987)

The first part of the paper discussed various pre-1890 privacy cases which provides a certain background to contend that the pre-Warren and Brandeis privacy era subsisted and occasionally had a large impact on the decision of privacy cases in the early 20th century, though the concept of the “right to privacy” was extremely penumbral in the pre-1890 cases. Albeit some 1880s cases designated the wrong as a privacy breach, directly¹ or subtendedly², such were technically decided on basis of other common law torts, as assault, battery, breach of contract or family relationship confidence. As a novel, the privacy of correspondence in the 19th century common law of the United States was discussed as well as the issue of privacy and telegraphs. To my mind, the most obscure subpart of the paper on privacy and spiritualism practices shook off the dust from one of the least researched types of privacy intrusions. In a compound, the first part of the paper represents a historical normative-legal content of the right with some components being enacted into its present sense while others being abandoned. It was displayed that the right to privacy is a limited right and is subject to a number of qualifications, one of which is the freedom of the press. In particular, the second part of the paper deals with the issues of public figures. The concluding part of the paper deals with a relatively new subderivative of privacy, tentatively designated as “right to be forgotten”, whose normative sense has no unified comprehension among scholars. Upon my previously elaborated classification³, this concept is subdivided into a “common law” and “statutory law” part as well as a particle of a “digital right” which recently received vast disputes although it has got little case law coverage. The third part features a handful of such cases encompassing a period from 1940 to 1987 attributed to voluntary public figures. All in all, the “right to be forgotten”, as well as other privacy-related concepts, such as “relational right to privacy”, still remains a “penumbra” in the scope of right to privacy, as the right to privacy was itself in the 19th century common law of the United States.

References:

1. Irwin R. Kramer, *The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis*, 93 *Cath. Univ. L. Rev.* 703, 705-708 (1990);
2. Robert E. Mensel, *The Anti-Progressive Origins and Uses of the Right to Privacy in the Federal Courts 1860 – 1937*, 3 *Fed. Ct. Rev.* 109, 111-112 (2009);
3. Daniel J. Solove; Neil M. Richards, *Privacy’s Other Path: Recovering the Law of Confidentiality*, 96 *GW L. Fac. Pub. & Ot. Works* 123, 130-131 (2007);
4. Roscoe Pound, *Interests in Personality*, 28 *Har. L. Rev.* 343, 347-348 (1915)
5. Dennis O’Brien, *The Right of Privacy*, 2 *Col. L. R.* 437, 441-444 (1902);
6. Leon S. Yankwich, *Right of Privacy: Its Development, Scope and Limitations*, 27 *N. Dam. L. Rev.* 499, 500-502 (1952);

¹ De May v. Roberts, 46 Mich. 160, 165 (1881)

² Newell v. Witcher, 53 Vt. 589, 590-591 (1880)

³ Lytvynenko, supra at. 190-193

РОЗДІЛ VII The right to privacy, public figures and ‘right to be forgotten’ in common law jurisdictions: the United States legacy

7. William M. Beaney, *The Right to Privacy and American Law*, 31 *L. and Cont. Prob.* 253, 254-255 (1966)
8. Dorothy J. Glancy, *The Invention of the Right to Privacy*, 21 *Ariz. L. R.* 1, 2-4 (1979);
9. Daniel J. Solove. A. *Brief History of Information Privacy Law*, *GW L. Fac. Pub. & Oth. Works* 1, 9-12 (2006)
10. Edward L. Burke, *Torts – The Right of Privacy and Television*, 28 *N. Dam. L. Rev.* 389, 389-390 (1953)
11. Charles Simon, *Torts – Invasion of Privacy – Unauthorized Use of Photograph*, 16 *De P. L. Rev.* 255, 256-257, fn. 9-13,24 (1966).
12. Vernon Cole. *The Right to Privacy*, 256 *Cornell Law Sch.* 1, 2-3 (1892)
13. Henry Brandis, Jr., *The Right to Privacy*, 7 *N. C. L. Rev.* 435, 436-437 (1929)
14. Wilbur Larremore. *The Law of Privacy* 12. *Col. L. Rev.* 693, 705-707 (1911).
15. Robert P. Kennedy. *The Right to Privacy in the Name, Reputation and Personality of a Deceased Relative*, 40 *N. D. L. Rev.* 324, 324-326 (1965).
16. Editors, *Recent Cases*, 57 *Penn. L. Rev.* 38, 42 (1908)
17. Gary L. Davis. *Electronic Surveillance and the Right to Privacy*, 27 *Mont. L. Rev.* 173, 177-179 (1966)
18. Ferdinand. J. Zeni, Jr., *Wiretapping – The Right to Privacy versus the Public Interest* 40 *J. Crim. L & Criminology* 476, 477, fn. 8
19. William L. Prosser. *Privacy*, 48 *Cal. L. Rev.* 383, p. 402-407 (1960)
20. Nicholas Bozzi, *Advertising and the Right to Privacy*, 9 *Vill Un. L. Rev.* 274, 278-281 (1964)
21. Craig E. Johnston. *Breach of Medical Confidence in Ohio*, 19 *Akr. L. Rev.* 373, 376-377 (1986)
22. Christian G. Fritz. *Judicial Style in California’s Federal Admiralty Court: Ogden Hoffman and the First Ten Years, 1851-1861* (1982), 64 *S. Cal. Q.* 1, 12-13, fn. 68 and 69.
23. Blewett Lee. *Psychic Phenomena and the law* 34 *Har. L. Rev.* 625, at. 626-628 (1921)
24. Kenneth I. Schulman. et. al., *Banks v. Goodfellow (1870): Time to Update The Test For Testamentary Capacity*, 95 *La Rev. Du Bar. Can.* 251, 253-255 (2017)
25. Ardemus Stewart, *Belief in the Preternatural and Its Effect upon Dispositions of Property* (1892), 40 *Penn. L. Rev.* 569, 572-576
26. Blewett Lee, *A Trance in Court* (1932), 18 *Am. B. Ass. J.*, 452, 452-453
27. John P. Beal, *New Commentary on the Code of Canon Law* 1404-1405 (1999)
28. Editors, *Telegraphs and Telephones. Death Message Held Not to Show Mental Anguish Would Result from Nondelivery*, 9 *Vir. L. Rev.* 141, 141-142 (1922)
29. Thomas G. Shearman, Amasa A. Redfield, *A Treatise on the Law of Negligence*, 1301-1303 (Vol. II (1898). at para. 756
30. Sam Elson, *Recent Developments in the Right to Privacy* (1929), 14 *St. Louis. L. Rev.* 306, 307 (1929)
31. Edwin L. Godkin, *The Rights of The Citizen: IV. To His Reputation, Year 1890* *Iss. Scribners* 58, 65 (1890)
32. Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 *Har. L. Rev.* 193, 207-210 (1890)

33. *John Callahan, Torts – Right to Privacy – Unauthorized Radio Dramatization of Shooting* (1940), 24 *Marq. L. Rev* 170, 171
34. *Susan E. Ziel, Spectators in the OR*, 65 *AORN Jrnl* 427, 428 (1997).
35. *Justin Sweet, The Right to Privacy*, 1952 *Wis. L. Rev.* 507, 512 (1952)
36. *Comments (Washington University Law Review): Torts – Right of Privacy – No Right of Recovery for Publication Concerning Deceased Relatives* (1953), Vol. 1953, iss. 1, p. 111
37. *Milton Konvitz, Privacy and the Law: A Philosophical Prelude*, 31 *L. and Cont. Pr.* 271, 279-280 (1967).
38. *Augustus N. Hand. Schuyler against Curtis and the right to privacy*, 45 *Am. L. Reg. and R.* 745, 745-746 (1897)
39. *Joseph Zolich, Laudatory Invasion of Privacy*, 16 *Cl. St. L. Rev* 532, 533 (1967)
40. *Anthony C. Fague. Right to privacy in California*, 7 *S. Cl. L. Rev* 242, 253-254
41. *Editors, Torts. Right to Privacy. Public Figure Test as Determinative of Right to Recovery*, 8 *Ch. L. Rev.* 382, 382-383 (1941)
42. *Editors, Torts. Right of Privacy. Magazine Account of Individual's Past*, 40 *Col. L. Rev.* 1283, 1283-1284 (1940)
43. *Patricia A. Wilbert. The Invasion of Privacy – Ohio's New Tort*, 7 *Cas. W. Res. L. Rev* 452, 455 (1956)
44. *Shlomit Yanisky-Ravid, Ben Zion Lahav, Public Interest v. Private Lives – Affording Public Figures Privacy in the Digital Era: The Three Principle Filtering Model*, 19 *J. Const. L.*, 975, 980-981 (2017)
45. *Anatoliy A. Lytvynenko, The Role of Sidis v. F-R Publishing Co. case in the formation of right to be forgotten*, 105 *Teise* 188, 190-192 (2017)
46. *Kenneth L. Karst, "The Files": Legal Controls Over The Accuracy and Accessibility of Stored Personal Data*, 31 *L. and Cont. Prob.* 342, 368-369 (1966)
47. *Alan F. Westin, Computers, Health Records and Citizen Rights*, 62-67 (1976)
48. *Willis Ware, Records, Computers and Citizen Rights*, 56-57 (1973)
49. *James Q. Whitman, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, *Yale L. Sch / 649 Fac. Sch. Ser.* 1151, 1209-1210 (2004)
50. *Joseph J. Cummings, Television and the Right of Privacy* (1952), 36 *Mar. L. Rev* 158,162 (1952)
51. *William R. Veal., Torts – Right of privacy* (1949), 9 *La. L. Rev.* 568, 568-571 (1949)
52. *Editors, Right of Privacy – Relative's Interest in a Deceased's Name or Likeness*, 22 *Ohio St. L. J.* 438, 441, fn. 19 (1961)
53. *Editors, Torts – Right of Privacy in Survivors of Deceased Public Figure After Considerable Time Lapse* (1949), 3 *U. Miami L. Rev.* 318, 318-320 (1949)
54. *Philip E. DeLaTorre. Resurrecting a Sunken Ship: An Analysis of Current Judicial Attitudes Toward Public Disclosure Claims*, 38 *SMU L. Rev* 1151, 1163 (1984)
55. *Mark A. Franklin, Diane Johnsen, Expunging Criminal Records: Concealment and Dishonesty in an Open Society*, 9 *Hosf L. Rev* 733, 755-756 (1981)

РОЗДІЛ VIII Gerontological age in the commission of criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity: criminological and social significance

ЛЕНЬ Валентин Валентинович
кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри публічного права
Національного технічного університету
«Дніпровська політехніка»
<https://orcid.org/0000-0002-1382-3335>

МАРШАЛЕК Карина Олегівна
аспірант кафедри публічного права
Національного технічного університету
«Дніпровська політехніка»

8.1. Historical and legal analysis of gerontological crime

8.2. Influence of social processes in the world and Ukraine on gerontological age. Analysis of gerontological crime at the present stage

Gerontological age in the commission of criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity: criminological and social significance

*Candidate of Law, Associate Professor V. V. Len
Professor of Public Law of
National Technical University
Dnipro Polytechnic
K. O. Marshalek
Postgraduate student of the Department of Public Law of
National Technical University
Dnipro Polytechnic*

Геронтологический возраст при совершении уголовных правонарушений против половой свободы и половой неприкосновенности: криминологическое социальное значение

*Кандидат юридических наук, доцент В. В. Лень,
профессор кафедры публичного права
Национального технического университета
«Днепропетровская политехника»
К. О. Маршалек
Аспирант кафедры публичного права
Национального технического университета
«Днепропетровская политехника»*

Ключові слова: геронтологічна злочинність, геронтологічний вік, соціальний вплив, кримінальне правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості, фактори, явища, причини, умови та обставини злочинності.

Keywords: gerontological crime, gerontological age, social influence, criminal offense against sexual freedom and sexual integrity, factors, phenomena, causes, conditions and circumstances of crime.

Ключевые слова: геронтологическая преступность, геронтологический возраст, социальное влияние, уголовное правонарушение против половой свободы и половой неприкосновенности, факторы, явления, причины, условия и обстоятельства преступности.

АНОТАЦІЯ

У розділі монографії досліджуються окремі питання пов'язані з вчиненням кримінальних правопорушень особами геронтологічного віку. Акцент робиться на кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості. Розглядаються історико-правові аспекти геронтологічної злочинності. У цьому розрізі аналізується кримінальне законодавство щодо захисту від статевого посягання. Досліджується вплив сучасних світових та притаманних Україні соціальних тенденцій, процесів на геронтологічний вік. Проводиться аналіз геронтологічної злочинності на сучасному етапі. Окреслюються основні фактори, причини, умови, явища, обставини, які можуть бути (можуть спонукати) підґрунтям, поштовхом до вчинення кримінальних правопорушень особами геронтологічного віку проти статевої свободи та статевої недоторканості.

У дослідженні наводяться та достатньо глибоко аналізуються сучасні статистичні відомості щодо вчинення кримінальних правопорушень особами геронтологічного віку проти статевої свободи та статевої недоторканості. Показана географія цих кримінальних правопорушень по Україні та багатьох областях.

Виходячи, із зазначеного зроблено висновки: ці питання є гостро актуальними, важливими для українського суспільства, особливо враховуючи, що суб'єкт цих кримінальних правопорушень є специфічним (у зв'язку з віком та можливими різноманітними в цілому загальними та індивідуальними змінами у психіці), а відповідно такі правопорушення мають значний резонанс у населення. Тут усі питання глибоко пов'язуються з психологічною, соціально-громадською травмою, моральністю, чистотою людських стосунків, цінностей, честю, гідністю, свободою, недоторканістю та подальшим життям.

SUMMARY

The section of the monograph examines some issues related to the commission of criminal offenses by persons of gerontological age. Emphasis is placed on criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity. Historical and legal aspects of gerontological crime are considered. In this context, the criminal legislation on protection against sexual assault is analyzed. The influence of modern world and inherent in Ukraine social tendencies, processes on the gerontological age is studied. The analysis of gerontological crime at the

present stage is carried out. The main factors, reasons, conditions, phenomena, circumstances that may be (may motivate) the basis, impetus for the commission of criminal offenses by persons of gerontological age against sexual freedom and sexual integrity are outlined.

The study provides and deeply analyzes current statistics on the commission of criminal offenses by persons of gerontological age against sexual freedom and sexual integrity. The geography of these criminal offenses in Ukraine and many oblasts is shown. due to age and possible various general and individual changes in the psyche), and accordingly such offenses have a significant resonance in the population.

Here, all issues are deeply connected with psychological, social and social trauma, morality, purity of human relations, values, honor, dignity, freedom, inviolability and further life.

АННОТАЦИЯ

В разделе монографии исследуются отдельные вопросы связанные с совершением уголовных правонарушений лицами геронтологического возраста. Акцент делается на уголовные правонарушения против половой свободы и половой неприкосновенности. Рассматриваются историко-правовые аспекты геронтологической преступности. В этом разрезе анализируется уголовное законодательство относительно половых посягательств. Исследуется влияние современных мировых и присущих Украине социальных тенденций, процессов на геронтологический возраст. Проводится анализ геронтологической преступности на современном этапе. Очерчиваются основные факторы, причины, условия, явления, обстоятельства, которые могут быть (могут побуждать) основанием, толчком к совершению уголовных правонарушений лицами геронтологического возраста против половой свободы и половой неприкосновенности.

В исследовании приводятся и достаточно глубоко анализируются современные статистические ведомости о совершении уголовных правонарушений лицами геронтологического возраста против половой свободы и половой неприкосновенности. Показана география этих уголовных правонарушений по Украине и многим областям.

Исходя из обозначенного делаются выводы: эти вопросы есть остро актуальными, важными для украинского общества, особенно учитывая, что субъект этих уголовных правонарушений специфический (в связи с возрастом и возможными разнообразными в целом общими и индивидуальными изменениями в психике), соответственно такие правонарушения имеют значительный резонанс у населения. Тут все вопросы глубоко связаны с психологической, социально-общественной травмой, нравственностью, чистотой человеческих отношений, моральными ценностями, честью, достоинством, свободой, неприкосновенностью и дальнейшей жизнью.

8.1. Historical and legal analysis of gerontological crime

The current state of crime in Ukraine is ambiguous and is characterized by a high level of negative state, dynamics, level, coefficient, geography and heterogeneous structure. We recognize that, in general, every year, decade, crime only increases, despite the fact that in certain years, certain types of criminal offenses in some areas, regions may decrease, but this is not a stable trend. In different years of

independence, this is confirmed by Ukrainian criminologists and practitioners, in particular: O. Bandurka, A. Zakalyuk, V. Golina, L. Davydenko, O. Litvak, O. Litvinov, O. Tytarenko and many others. Prevention of criminal offenses today is the main activity of the state and society, in particular with such a socially negative phenomenon as gerontological crime. The issue of criminal offenses against sexual freedom and sexual inviolability at different times was considered by domestic, Soviet and foreign researchers in particular: Yu. Alexandrov, Y. Antonyan, I. Bandurka, V. Vitvytska, B. Gulman, O. Dzhuzha, L. Dorosh, O. Dudorov, A. Dyachenko, O. Kalman, M. Koneva, G. Krasnyuk, K. Kulik, V. Len, O. Svitlichny, O. Sineoky, S. Tasakov, S. Romantsova, S. Chmut, V. Fursa, O. Kharitonova, P. Khryapinsky, etc.

Some issues of gerontological crime were considered by A. Andrushko in the monograph "Gerontological crime: criminological characteristics, determination and prevention" and O. Samoilova "Criminological characteristics, determination and prevention of intentional and intentional grievous bodily harm committed by the elderly."

Nevertheless, a number of issues remain unresolved, debatable and controversial, while changing the changing times, attitudes to certain life events, situations and cases.

The current state of crime in Ukraine is steadily deteriorating, including criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity committed by persons of gerontological age. Ukraine's population is aging, the birth rate is declining, many young people of working age are trying to go abroad. constitute a relatively small but, unfortunately, stable share of criminal offenses committed by the elderly.

However, due to the specific subject, these criminal offenses, they have a special assessment of them (the actions of the subjects and their own) morality, perception in human relations. Accordingly, the degree of public danger increases. The method of commission and other optional features of the objective side (situation, time, place, tools, means) will not be secondary.

This type of criminal offenses is relevant not only for our country. It is clear that for many other states, the crime of the elderly can be a separate and important problem. Where the crime rate of the elderly is now insignificant, low, under certain conditions, such as under the influence of globalization, the influx of migrants, as well as in Ukraine today, the situation may change dramatically and the criminogenicity of this age group will increase sharply. And this situation can happen forever. And these are human destinies. Dignity, honor, etc.

Gerontology - (from the Greek gerontos - aging and logos - science) - is the science of old age and aging, which studies the aging process from a general biological standpoint, as well as explores the essence of old age and the impact of its arrival on man and society.¹

¹ Anisimov V.N., Solovev M.V., Evolyuciya koncepcii v gerontologii monografiya. Sankt-Peterburg. 1999.

The basic concepts of gerontology - age, aging, old age, longevity, immortality - reflect human ideas about life processes, objective laws of life, as well as a strong desire to live long. It is necessary to clearly distinguish between the concepts of aging and old age ¹.

Old age can be considered as a biological, social and psychological phenomenon. Biological or physiological old age is associated with vulnerability and increased morbidity. The social phenomenon of old age is mainly a factor associated with retirement, with a change in social, civil status, loss of important social roles, with the narrowing of the social world. Social aging is characterized by a departure from active work, a change in social roles. Psychological aging corresponds to the level of adaptation to involutionary processes, the ability to cope with difficulties. Aging as a synthesis of interacting processes:

- own psychological aging (in particular, the individual's idea of his aging);
- a specific feeling of psychological old age (objective signs of which are a decrease in intellectual abilities and narrowing of the emotional sphere, and subjective depend on individual characteristics) ².

A person compares his own aging and the aging of other people (there is a certain psychological asymmetry when a person thinks that he is aging faster or slower than others);

- biological aging (involution of the organism);
- social aging (how the individual associates aging with society; behavior and performance of social roles by the elderly).

As significant factors influencing psychological aging, we can note the following:

- loss of relatives and close friends;
- unsatisfactory financial situation;
- leaving the family of children or bad relations with them;
- fear of disease and infirmity;
- feelings of loneliness, uselessness, alienation from the outside world;
- Unemployment, ie a lot of free, unoccupied time.

The most characteristic changes in mental activity in the aging process are associated with disorders in the emotional sphere. In the general population of the elderly, a significant proportion are people with obvious signs of emotional disorders. At the same time, the share of such persons becomes higher in older age groups. In the emotional behavior of the elderly, there are often uncontrolled affective reactions, severe nervous disorders. However, intense experiences at this age, the loss of control over their development, are far from safe in their consequences for general health.

¹ Epidemiology in Old Age / Ebrahim S., Kalache A.K., eds. — London, 199

² Sociologiya molodeji. Volkov Yu.G., Dobrenkov V. I., Kadariya F. D., Savchenko I. P., Shapovalov V. A., Uchebnoe posobie . Rostov-na-Donu. 2001

Emotions of the highest order (attitude to art, literature, other works, etc.) remained in most of the respondents. Changes in the emotional sphere are the result of a gradual weakening of the controlling and inhibitory functions of the cerebral cortex. Certain inadequate emotional reactions may be associated with age-related changes that develop in the central nervous system and become a leading factor in the aging of the body. For the elderly are characterized by specific changes in the emotional sphere of the individual: uncontrolled increase in affective reactions, a tendency to unreasonable sadness, unreasonable feelings, tearfulness. In most elderly people, there is a tendency to eccentricity, decreased sensitivity, immersion and reduced ability to cope with difficult life situations. Older people are becoming more passive and allow themselves to show more character traits, while older women are becoming more aggressive, practical and domineering.

Weakening of the emotional sphere deprives new impressions of color and brightness, hence - the commitment of older people to the past, the power of memories. However, not all elderly people are criminogenic and have psychological changes. Retirement puts the individual in front of the need to solve several important tasks. The first is the problem of structuring time, ie a large amount of free, unloaded time. The second is the search for and testing of new life roles. People who have previously identified themselves with social roles may experience loss of personality or role mixing. The third is the need to find the sphere of application of one's own activity.

One of the important factors that determine a person's attitude to retirement is health (somatic, psychiatric, psychological). A huge number of elderly people, regardless of their own desire, leave their jobs due to health problems. Because the medical care of pensioners is in a disgraceful state, medical self-care, even at the elementary level (medicines, procedures, consultations, etc.) is extremely limited. The economic situation is one of the main factors influencing the adaptation of retirees to a new way of life. Most seniors do not have enough money to live on.

Also, for the elderly, the chances of getting out of poverty are much lower than for the young. Friends and colleagues also have an impact on a retiree's quality of life. Retirement for them means giving up everything important, valuable and productive in life. This is probably one of the reasons why a significant number of people continue to work after retirement. Marital relationships in most elderly couples are complex and ambiguous in old age. In old age, people do not often divorce, realizing how much they need each other.

Loneliness is a terrifying prospect that the elderly rarely choose voluntarily. It is usually associated with the death of a loved one and is accompanied by grief, feelings of loss, and then a long period of adaptation, which can end with finding a new partner or living alone. On the other hand, increasing ambition, "exacerbation" of personality traits of the elderly and the deterioration of their overall character and reduced social control as a result of a difficult life complicate the communication of elderly couples.

The consequences of loneliness are important for a variety of emotional, behavioral, and social issues. It is widely believed that loneliness is more pronounced in old age. However, many studies reject this view and argue that at a younger age, the experience of loneliness is more acute. Despite this, gerontologists insist that loneliness is a factor that is especially traumatic in old age, which is associated with deteriorating physical and physiological health. approach, the causes of loneliness are seen in the cognitive abilities of individuals, which are influenced by both historical and personal experience. A person begins to feel lonely when he understands the difference between the desired and achieved level of social contact. Thus, loneliness is an ambiguous concept for old age. It has nothing to do with life in solitude. Such elderly people, first of all, lose social control, their behavior shows traits of tactlessness, talkativeness, they have a bad idea of how they are seen and appreciated by others, or simply do not think about it. The intimate life of the elderly is not secondary in such situations. Most retirees are single, it is absent. We do not forget that the need for this issue is exclusively individual. No attempts, efforts on the part of the state, in the majority of various public organizations concerning their decision are not made.

The consequences of loneliness are important for a variety of emotional, behavioral, and social issues. It is widely believed that loneliness is more pronounced in old age. However, many studies reject this view and argue that at a younger age, the experience of loneliness is more acute. Despite this, gerontologists insist that loneliness is a factor that is especially traumatic in old age, which is associated with deteriorating physical and physiological health. approach, the causes of loneliness are seen in the cognitive abilities of individuals, which are influenced by both historical and personal experience. A person begins to feel lonely when he understands the difference between the desired and achieved level of social contact. Thus, loneliness is an ambiguous concept for old age. It has nothing to do with life in solitude. Such elderly people, first of all, lose social control, their behavior shows traits of tactlessness, talkativeness, they have a bad idea of how they are seen and appreciated by others, or simply do not think about it. The intimate life of the elderly is not secondary in such situations. Most retirees are single, it is absent. We do not forget that the need for this issue is exclusively individual. No attempts, efforts on the part of the state, in the majority of various public organizations concerning their decision are not made.

At the same time, the increased interest in a deep understanding of the aging process and understanding of its consequences for the political, economic, social, legal structures of the institutions of society has increased attention to the development of gerontology. The increase in the number of elderly and senile people at a rapid pace will lead to social and political consequences in the pension fund, the provision of social services, the need to expand the network of different types of homes for the elderly. In the work "Crime", which was a huge success after its publication in the

early XX century, the famous Italian criminologist C. Lombroso states the great importance of age in the distribution of crime. He cited data on crime of different age groups in some countries, which clearly show the large fluctuations in its level. First, the crime of the elderly is a historically formed phenomenon. It aesthetically flowed into general crime, accounting for even the smallest, but stable share of crimes committed by the elderly. Secondly, this type of criminal offenses is relevant not only for our country. It is clear that for many other states, the crime of the older generation can be a separate and important problem. Where the crime rate of the elderly is now low, under certain conditions, such as globalization and migration, as in Ukraine today, the situation may change dramatically and the criminogenicity of this age group will increase sharply. Third, depending on the characteristics of the country of residence, government, living conditions and content, the fullness of social relations, as well as related ethnic, religious, religious, national, political, sexual and other essential features, both quantitative and qualitative the characteristics of crime in this category of persons may differ significantly. The study of the age factor is given importance in some criminological studies of modern scientists, although in general, as already noted, interest in crime in the elderly is low. There is no doubt that without a description and explanation of the level of criminal activity of different age groups, the picture of crime will always be incomplete and inaccurate. The doctrine of old age dates back to the advent of medicine. The first mention of aging and its signs were found in the writings of Hippocrates around 460-377 BC.¹

For a long time there was no research on old age, the next after Hippocrates was considered in the period between antiquity and the Renaissance was considered a doctor Claudius Galen.

On the territory of the Russian Empire, which at that time included modern Ukraine, in the XIX century. the development of gerontology was influenced by S. Botkin and I. Mechnikov. The first scientific conference on gerontology was held in Kyiv in 1938, which covered the problems of old age and prevention of aging.

Analyzing and summarizing the historical aspects of gerontology, we can conclude that gerontology is a science that studies biological, medical and social aspects of living organism aging, as well as ways to slow down aging in order to increase life expectancy and maintain its physical and social activity⁷.

Modern gerontologists are not only in the field of medicine, they work with criminologists, geneticists, psychologists, economists, sociologists, and other professionals to achieve a comfortable and safe life for the elderly.

Historical formation of criminal law and the legal system on the modern territory of Ukraine begins with the beginnings of customary law. And since the written sources of law appeared later, the information that can be studied begins with

¹ Istorija razvitiya gerontologii kak nauki URL: http://tvoypsiholog.ru/publ/gerontopsihologija/istorija_razvitija_gerontologii_kak_nauki/23-1-0-373.

the period of Kievan Rus and the appearance of the first source of law in modern Ukraine - Ruska Pravda and the Charter of Yaroslav the Wise. Russkaya Pravda considered issues that now relate to civil law, and certain rules of criminal, murder, theft and more.

Issues of criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity were considered by the Charter of Prince Yaroslav on ecclesiastical courts (hereinafter - the Charter). The charter based on the principle of Russkaya Pravda also had no age distinctions, and was based exclusively on family ties and social status (boyars, commoners). The Polish-Lithuanian legislation of the XII-XVII centuries had separate norms, such as the Polish statutes of Casimir the Great, the Sudebniks of 1468. and 1487, the Statutes of the Grand Duchy of Lithuania in 1529, 1566, 1588, and others.

At the same time, in 1649, a universal code of criminal and civil law of the Moscow state was adopted, which regulated social and legal relations in all spheres of public life and determined the measure of punishment for violating these norms - the Conciliar Code. As we can see, it already takes into account the age characteristics of the person, especially the elderly.

Soborne ulozhennya age is not in the norms, but this piece of legislation is extremely important because for the first time it indicates such a status as grandfather, grandmother, grandson and others.

During the Hetmanate from 1648 to 1764, there were several important regulations, "On gravity, robbery and murder", the Military Statute of 1706, the Military Article of 1715, and a set of laws "Rights under which the people of Little Russia are tried."

The most important legal act of this period is the Military Article or the Peter I Article, compared to the Conciliar Code, the Article already has more rules governing criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity.

During the hetmanship of D. Apostol and the New Sich, a set of laws important for Ukrainian law was created - "Rights for which the people of Little Russia are sued"¹.

The rights contained several chapters, which can be attributed to criminal law, no mention of offenses against sexual freedom and sexual inviolability. The Rights stated exclusively that any sexual intercourse after marriage was considered an offense.

Considering the Law on the use of age gradation of offenders, it is possible to determine that there was no special branching.

G. Solntsev in 1820 wrote about the important for the consideration of gerontological crime, the decree of Paul I, which prohibited to persons over the age of

¹ Prava za yakimi suditsya malorosiiskii narod .Yu. S. Shemshuchenko, K. A. Vislobokov; O. M. Mironenko, K. A. Vislobokov, I. B. Usenko, V. V. Cvetkov, Yu. S. Shemshuchenko. NAN Ukraïni. Institut derjavi i prava im V. M. Koreckogo; Institut Ukraïnskoï arheografii ta dжерeloznavstva im. M. S. Grushevskog. Kyev.1997, 548 s.

70 corporal punishment "old age should be considered a reason for reducing sentences because, as if the elderly were subjected to a statutory full punishment, such as corporal or forced labor, in which case could not tolerate it due to weakness of physical strength their own; moreover, compared to young and strong criminals, they would suffer more punitive evil for the same crime."¹

The Assembly of Little Russian Rights, for the first time, established the age at which persons were considered minors and the age at which sexual intercourse was prohibited: for boys under 18, for girls - 13, then the age of girls was raised to 16².

In the future on the territory of modern Ukraine provided for many regulations that contained the rules of criminal law, but did not differ radically from the previous ones.

Only in 1842 issued a new regulation that differed from previous regulations that copied each other. This "Code of Laws of the Russian Empire" is a collection of thematic principles and systematized in order to eliminate gaps in the current legislation of the regulations of the Russian Empire³. The collection is divided into volumes of books and chapters, volume 15 contained criminal laws.

Chapter 4 contained rules that mitigated or abolished punishment, one of which is the obsolescence of the offender.

Since the beginning of the XX century. began the rapid development of criminal law. The main legal document of the beginning of the century - the Criminal Code of 1903, at the same time, this legislation is the last in the days of the Russian Empire. There were no special rules on the elderly of the offender.²

On the territory of modern Ukraine in 1922, the first adopted Criminal Code of the USSR (hereinafter - the Criminal Code of the USSR), the code contained Section 4, Chapter V "Crimes in the field of sexual relations." This section was not as broad as previous legislation.

Criminal Code of the USSR 1922 included only articles on homosexuality, sexual intercourse and sexual gratification in perverted forms⁴. Criminal Code of the USSR in 1927, did not contain any features of criminal liability of the elderly.

For many years, criminal law did not change, until the adoption on December 28, 1960 of the new Criminal Code of the USSR (hereinafter - the Criminal Code of the USSR). The Code contained 11 chapters of the Special Part, one "Crimes against life, health, liberty and dignity of the person" which contained norms of protection of sexual freedoms and inviolability.

¹ Solncev G. I. Rossiiskoe ugovnoe pravo. Kazan.1820,. Yaroslavl.1907. 218 s

² Sobranie malorossiiskih prav 1807 g. K. A. Vislobokov, A. P. Tkach, I. B. Usenko, V. A. Chehovich. Kyev. 1993. 368 s.

³ Yas O.V. Zvid Zakoniv Rosiiskoï Imperii Enciklopediya istorii Ukraini. Institut istorii Ukraïni. 2005. 672 s URL: http://www.history.org.ua/?termin=Zvid_zakoniv_Ros_imp

⁴ Yu. S. Shemshuchenko. Kriminalnii kodeks USRR 1922. Kiiiv. 2001. 792 s.— ISBN 966-7492-03-6.

Study of gerontological crime, as Art. 25-1 provided that “a suspended sentence of imprisonment with the obligatory involvement of the convict in work shall not apply also: to persons duly recognized as disabled of the first, second and third groups; to pregnant women; to women with dependent children under the age of two, as well as to women over the age of 55 and men over the age of 60. ” The norms of the Criminal Code of the Ukrainian SSR of 1960 were in force on the territory of Ukraine until the adoption of the new and current Criminal Code of Ukraine of 2001.

Modern gerontology, on the one hand, includes in its theoretical and practical tools the results and methods of other sciences, and on the other - is divided into separate fields of knowledge. The main sections of modern gerontology are: fundamental gerontology - studies the mechanisms of aging, deals with the prevention of premature aging and prolongation of life; social gerontology - studies the interactions of the elderly and society, their existence in the social environment; legal gerontology - which studies the causes and manifestations of crime in the elderly.

Today, the increased interest in a deep understanding of the aging process and understanding of its consequences for the political, economic, social, legal structures of the institutions of society has increased attention to the development of gerontology. The rapid increase in the number of elderly and senile people will lead to social and political negative consequences in the pension fund, the provision of social services, the need to expand the network of different types of homes for the elderly. scientists, although in general, as already noted, interest in the crime of the elderly is insignificant. There is no doubt that without a description and explanation of the level of criminal activity of different age groups, the crime picture will always be incomplete and inaccurate.

The fact of "maturing" of criminals, associated with an increase in the proportion of persons over 55 years of age in women and 60 years - in men, can be explained by several factors.

In the first place, this is revealed by the police, the prosecutor's office, and especially the court, the unjustified humanity of those who committed criminal offenses for the first time at a young or old age, which often contributes to a sense of impunity and forgiveness. Over time, this leads to repeated and more serious acts. In general, the high level of recurrence of criminal offenses in Ukraine, including among the elderly, some researchers believe that it is due to the "excessive" attitude of the courts to dangerous criminals, especially violent. For a long time, psychiatrists have found that senile dementia, which usually begins in some people over the age of 65, disappears shyness and old moral attitudes, may even appear hypersexuality, sometimes manifested in perverted forms. Pedophilia and ephebophilia, which are characterized by pathological attraction to children and adolescents, are not uncommon, and children of acquaintances or close associates can be chosen as the object of attraction.

In the current transition period, fundamentally different from the previous one, people of pre-retirement and retirement age much less protected in the field of labor and employment than younger workers. It should be emphasized that the role of unemployment, especially in a situation of sudden job loss, has always been a very important criminogenic factor.

8.2. Influence of social processes in the world and Ukraine on gerontological age. Analysis of gerontological crime at the present stage

The aging issue is a crucial issue. Demographic aging of the population is an increase in the share of the elderly in the total population. This is the result of long-term demographic changes, changes in the nature of population reproduction, fertility, mortality, their ratio, as well as partly migration. These processes are inherent in many European countries and beyond. Ukraine has been exhausted by these negative processes for many years. Moreover, they are progressing. Contribute to this long-term (at least years of independence) phenomenon, many national troubles.

French demographer-analyst A. Sovi called the aging of the population "the least controversial, the easiest to measure, the most consistent in its development, the most adaptable to prediction and, perhaps, the most difficult in its consequences"¹

The whole world is shrouded in the process of demographic aging. Demographic aging is gaining global scale and is of concern to people around the world.

The classical theory of demographic transition distinguishes four stages, in the last of which the population, mortality and birth rates are stabilized, a constant age structure is established, corresponding to the new mode of reproduction.²

The current demographic situation in developed countries suggests that, at later stages of the demographic transition, the birth rate is so low that as life expectancy increases, the number of deaths exceeds the number of births, and the influx of migrants can not compensate for depopulation.³

According to the above interpretation of the demographic transition, this phenomenon ends not with stabilization and equalization, but with population reduction, so the aging process can occur over a long period of time.

The concept of old age is multifaceted and has both legal and physiological aspects, social, biological and many others. Thus, the definition of the concept of old age is quite complex and debatable and not clearly defined. In Europe, the retirement age is very different. For example, in Romania there is a retirement age for everyone

¹ Covi A. Starenie naseleniya i prodlenie jizni. Metodi demograficheskikh issledovanii. Moskva. 1969. 70 s.

² Narodonaselenie. Enciklopedicheskii slovar. G.G. Melikyan, A.Ya. Kvasha, A.A. Tkachenko, N.N. Shapovalova, D.K. Shelestov. Moskva. Bolshaya Rossiiskaya enciklopediya. 1994. 108–112 s.

³ Caldwell, John C., B.K. Caldwell, P. Caldwell, P.F McDonald, T. Schindlmayr. Demographic Transition Theory. — Dordrecht, The Netherlands : Springer, 2006.

up to 65 by 2030; in Hungary up to 65 for men after 2018, for women - from 2020; in Bulgaria - up to 63-65 for women and men; in the Czech Republic - up to 62-63, in Croatia for all from 2018 to 65; in Poland - up to 67 for all, in Austria - up to 65 for all from 2033; in Denmark until 68 by 2030; in Germany - by 2029 to 67 years for all; in Italy it is still planned to raise the retirement age to 68.4 g for men and to 63.5 g for women by 2050; in Spain it is planned to 67 for all; in the Netherlands by 2025 to 67 for all; in Ireland until 68 for all until 2028; in the UK by 2020 to 66 for all ¹.

The concept of "elderly person" in Ukraine is strongly associated with the retirement age, Ukrainian law, namely Article 26 of the Law "On Compulsory State Pension Insurance" defines that persons have the right to receive an old-age pension after reaching the age of 60 in the presence of insurance experience of at least 15 years until December 31, 2017. In the absence, starting from January 1, 2018, insurance experience, the right to receive an old-age pension after reaching the age of 63 have persons with insurance experience until December 31, 2018 - from 15 to 25 years².

Age-related changes in the body in different people are different, it all starts at the genetic level. And their attitude to this is also different. Therefore, it is believed that the psychological aspect of aging is no less important than the legal definition of retirement or old age. From a biological point of view, aging is associated with changes that occur at all levels of the whole organism. In this context, aging is seen as a pernicious irreversible process that occurs as a result of increasing with age destructive, fading effects of external and internal factors and leads to insufficient body functions. The social aspect of aging is also taken into account, its manifestations are the loss of social roles, interests, deteriorating health, reduced income, as well as the loss of loved ones. The destruction of social ties each individual subjectively experiences as a narrowing of the range of interests, self-centeredness, awareness of their own uselessness. The human rights organization HelpAge International has compiled a rating that assesses the social and economic situation of citizens of different countries over the age of 60. In particular, the organization's experts measured the level of pensions and poverty among the elderly, health, access to social benefits such as public transport, social ties, physical security and employment. Ukraine took 73rd place among 96 countries in terms of the standard of living of the elderly in the Global AgeWatch Index.³

¹ Vyznachennya viku z yakogo osoba moze vvajatisya osoboyu pohilogo viku oglyad mijnarodnogo dosvidu ta nacionalni praktiki. USAID web-sait.URL: <https://www.prostir.ua/wp-content/uploads/2018/12/%D0%9E%D0%B3%D0%BB%D1%8F%D0%B4-%D0%BC%D1%96%D0%B6%D0%BD%D0%B0%D1%80%D0%BE%D0%B4%D0%BD%D0%BE%D0%B3%D0%BE-%D0%B4%D0%BE%D1%81%D0%B2%D1%96%D0%B4%D1%83.pdf>

² Pro zagalnoobov'yazkove derjavne pensiine strahuvannya. Zakon Ukraini vid 14 serp. 2021 r. № 1667. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1315-18>

³ Reiting rivnya jittya u starosti Ukraina u hvosti spisku. BBC web-sait. URL: https://www.bbc.com/ukrainian/health/2015/09/150909_age_index_ukraine_sa

At the same time, although 95% of Ukrainian citizens over the age of 65 receive pensions, GDP per capita remains low, the authors note. The point is that a certain process of destruction is biologically and psychologically conditioned and inevitable. The gap between the individual and society occurs after retirement, first the elderly person maintains old ties, is interested in what is happening at work. Over time, these connections become "inorganic" and gradually break. The amount of information a person receives decreases, activity decreases, and therefore the aging process accelerates. However, it should be noted that it is possible to slow down. It depends on many extremely important factors, but it is a completely different and multifaceted topic. There is no unambiguous definition of the concept of old age.

In the context of legal understanding, this issue is important and therefore, in our opinion, the position defined in accordance with the Law "On Compulsory State Pension Insurance" should be taken into account. Where it is determined that citizens of old age are persons who have reached retirement age, as well as persons who have no more than one and a half years left to reach the specified retirement age. Note that these complex issues are also not fully understood. But the definition of gerontological crime should take into account the psychological aspect of aging and the definition of old age individually and taking into account the above conditions such as the gap between the individual and society, loss of social roles, interests, deteriorating health, reduced income and loss. loved ones and others¹.

However, as noted above, the issue of age determination is relative, and scientifically sound research is needed in many fields, including medicine, psychology, law, and so on. The behavior of an elderly criminal is largely due to personal decisions made by a person as a result of subjective refraction of certain objective influences.

Features of a person as a person are the result primarily of individual, independent, internal work on himself, in the process of which the external is processed, mastered and applied by him in practice. Thus, any individual should combine both general social traits and specific ones that are related to people's health, gender and other differences, as well as individual characteristics such as age, social status, housing and cash security.

The identity of the offender is an independent social and psychological type of elderly offender, but this does not mean that every elderly person who has committed a criminal offense is necessarily the bearer of all the features that are inherent in this type and distinguish it from others. This provision can be extended to any typological communities of people, including the elderly. Yes, we can talk about such a social and psychological type as, for example, homeless.

¹ Pro zagalnoobov'yazkove derjavne pensiine strahuvannya. Zakon Ukraini vid 14 serp. 2021 r. № 1667. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1315-18>

However, not every homeless person is a bearer of typological features inherent in this group of people: an individual may be literate and incapable of theft, and another ignorant and harmful to theft. Type is an ideal, abstract model. In relation to criminals, its most typical representatives are recidivists, including the elderly.

Old age is the same life that follows the same patterns as normal, but in different, changed, conditions. A study of the personality of an elderly offender revealed a number of problems related to the methodology of cognition. It is impossible to explain such a socially and criminologically significant phenomenon as the crime of the elderly, using only one, at least a comprehensive method, as in itself the status of a representative of this group (as, incidentally, any other) is extremely multifaceted in physiological, psychological, social and other plans. First of all, it is a question of the ratio of biological and social in late development, or rather changes, the existence of a particular elderly person and the establishment of certain priorities in the mechanism of formation of his criminal behavior, or behavior in prisons, and lifestyle after release from punishment. The question of this ratio is always just in time, for the elderly its importance is that some of them lose previously acquired social skills and restraint, control mechanisms (for example, under the influence of senile dementia). Their actions become less indirect moral norms, so biologically (physiologically) conditioned needs have the opportunity to express themselves more sharply. In addition, some in the past formed personality traits of a negative nature in old age can be exacerbated, significantly affecting the process of motivation, moreover - actively participating in it.

In old age there are certain changes in the structure of personality, more precisely - in the filling of individual substructures. This is a general rule, which, however, is specific to criminals, including the elderly. Different things are said about the structure of the personality. Having made the analysis of all studied works concerning the personality of the criminal, it is possible to make the following structure: - psychological features (character, temperament, the analysis, logic, thinking, etc.); - moral features (orientations, traditions, mentality, positions, values, worldview); - skills, abilities, knowledge; - self-image, attitude to oneself; - ideas about the world around, attitude to it; - social and psychological aspects of gender, age, health status; - social and psychological aspects of life experience. However, it should be noted that criminals differ from decent citizens not by the presence or absence of any substructure, but only by the content of it or all substructures combined. Among the elderly, the filling of substructures largely depends on age. Yes, their character may change, and some features may be exacerbated; external events will be perceived a little differently, for example, they will be regarded as threatening without any reason; it is possible to make changes to the moral position, ideas about themselves and the world around them, both positive and negative; it is very likely that some skills, knowledge and abilities will be lost, including under the influence of dementia, so the old man will no longer be able to commit the complex crimes that he

quite succeeded in his younger years. It is clear that there may be mental disorders, including painful. The accumulated life experience can serve as one of the important bases for the listed adjustments.

According to various studies of the activities of elderly criminals in prisons, most of them, convicted over the age of 40 for serious and especially serious crimes for long terms of imprisonment, have considerable experience, conscientious attitude to study and work, served in the armed forces. However, in most of them in the past, the work was mostly low-skilled: they worked as handymen, janitors, loggers, tractor drivers, and so on.

Among female convicts of the same age, the situation is more encouraging: in women's penal colonies, the study led to the conclusion that about 30% of them have higher and secondary education, in the past it was teachers, librarians, nurses, accountants, etc. In general, among those convicted of the most serious crimes are quite rare people who have never worked or are homeless. According to a study in correctional facilities, the majority of elderly convicts (about 70%) were rural residents or lived in so-called dormitories in cities, usually overcrowded.¹

These unfavorable living conditions made themselves felt in almost every second case of violent crimes committed by young people. Such conditions are manifested in the conflict between the mother and the adult son, who live together, or in the hostile relationship between the grandfather and grandchildren, who are waiting for his death to occupy his living space. Of course, the absence of a housing problem would undoubtedly lead to a decrease in the share of violent crimes both in crime in general and among the elderly in particular.

Intergenerational conflict and interpersonal conflict in domestic crime are reflected in the high proportion of affected relatives who have suffered from elderly criminals. No less than every second elderly and old person encroaches on their own children, husband, other close relatives (more often it is mother-in-law, son-in-law, sisters and brothers, more distant relatives), and, of course, not only because of disputed housing or desire take possession of it, and more often through family-building conflicts. A distinctive feature is the lack of remorse for what was done, but at the same time there is an indefinite feeling of pity, and sometimes pity for the victims. Yes, many elderly convicts who killed their wives or husbands for reasons they understood (out of jealousy, revenge), but testify that the death of the wife / husband of another emotionally close person is the greatest tragedy. It turns out that they consider the death of his wife a perfectly fair retribution for wrongdoing, but at the same time feel a sense of pity for her. However, older women are much less likely to repent and feel sorry for the victim than men.

¹ Kubrak R. Socialno demografichnii profil zasudjenih osib iz psihichnimi vidhileniyami v mejah osudnosti ta obmejenoї osudnosti yaki vidbuvayut pokarannya v ustanovah vikonannya pokaran. Nacionalnii yuridicheskii jurnal teoriya i praktika. Moldova.2017. S. 130–135.

This circumstance can be explained by the fact that men are more inherent in immoral, illegal behavior (mostly in old age), and often at the end of life, after many years of beatings, drunkenness, bullying, a woman deliberately goes to a criminal offense against his life partner. Interestingly, most seniors treat their lived years with respect and would not want to live life first. Even those who have committed murders in the past believe that all the events in their lives did not happen by accident, but have a special meaning, the tragic pages of fate are of personal value to them. Interestingly, only a few would like to correct their mistakes. Not very inherent in older criminals and benefits. Neither those living in orphanages nor elderly convicts serving time in penitentiaries, as a rule, hardly mentioned small pensions and did not demand their increase.

Among the measures they consider necessary to improve the well-being of the elderly were mainly the improvement of medical care, the solution of the housing problem for those released from punishment, the expansion of rehabilitation centers and psychological assistance. Elderly convicts, lack of communication, the problem of mutual understanding, which is usually absent in prison, are especially difficult to tolerate: there is too much age difference between the majority of young criminals and the elderly, very low level of training for penitentiary staff, who do not know how to work with the elderly among prisoners.

The problem of communication, oddly enough, is inherent in nursing homes, where the age gradation between those living in them does not actually exist. The fact is, first, each of the elderly is a very original personality, and everyone has a fairly high self-esteem, pride, individualism, which largely hinder the search for warm contacts with peers. And besides, they all do not know how to do it. Characteristically, in an environment of close communication, individuals are even more contrastingly separated and separated from each other than, for example, when elderly people live in the village - each in a separate house. Moreover, as it turned out in conversations, rejection and simply dislike of the individual cause exactly those features of the neighbors in the room (or barracks), which are available to him. The second thing that separates the elderly in social institutions is the high vulnerability to inflicting minor insults, which most are unable to forgive. In general, pettiness, meticulousness, meticulousness, distrust as much as possible inherent in the inhabitants of those penitentiaries, where there is overcrowding and where there is no possibility of solitude, where obtaining material goods for themselves is associated with limiting, sometimes significant, the interests of others.

To know the identity of an elderly criminal, it is necessary to investigate, firstly, the conditions under which the process of his individual development took place, and secondly, how and at what stage the formation of the criminal orientation of the individual took place. Both processes are closely interconnected and filled with social, psychological, physiological and individual personality. Most of the people now over 60 are mostly children of war, as their childhood took place during the war and

post-war devastation. Despite this fact, the criminogenic orientation of the vast majority began to form in old age. However, the war took away almost everyone (over 60 years old) or both parents or a father who died at the front. The psychology of a child who grew up in a small family or in an orphanage can not help but differ from the usual, typical of happy children in this regard. In old age, most life plans have already been implemented or the opportunity to implement them has already been lost, so the years lived acquire the greatest value for a person and are etched in the memory mostly positive emotions.

The understanding that life, of unknown length and remains unrealized, acquires special significance. Studies conducted both among older convicts and among their peers, residents of social shelters, illustrated the overall optimism of many older people (about one in four) about the future, the belief in change for the better, the presence of specific plans and goals. although not always real. At the same time, they nostalgically remember the old days, realizing that there will be no return to the past. It is significant that even disability and objectively poor physical health do not deprive the elderly of optimism. The latter confirms the fact that many elderly people have specific and very realistic plans for the future, are optimistic about the future, waiting for changes for the better.

The orientation of the individual is an already formed, largely unconscious system of its most important target programs, which determine the semantic unity of initiative behavior, which opposes the coincidences of existence. In other words, it is something phenomenal to know about yourself in the enduring life aspirations of the subject. The fact that the orientation of the individual is preserved in the conditions of even old age is an indisputable fact. It exists in spite of and despite the physical infirmity and illness of the elderly, serving him as a spiritual, psychological support. Sometimes a goal that exists in the elderly. However, in itself its presence as a necessary landmark helps to fight old age and its inherent companions. For example, the dismissal of a person who is already old (retirement age) and sick, but who is still doing well with his job responsibilities, entails his rapid old age, weakness and death.

Psychological stress caused by the failure of plans for the future, the revealed causes of old age and the "unsuitability" of man for society, which, as it were, is beyond it, always provokes a sharp deterioration in physical condition, the decline of vital forces. At the same time, character is of great importance - psychological education, which includes fixed human emotional attitudes to typical life situations and in some way related stereotypes of cognitive and behavioral "schemes" of response to these situations. Meanwhile, "the reaction of character caused by an external impulse can serve as the beginning of formation of the target program which then will become a part of an orientation of the person"¹.

¹ Golovkin B. Korisliva spryamovanist osobistosti zlochincya oposeredkovana u nasilnickih proyavah ponyattya zmist shlyahi formuvannya. Problemi borotbi zi zlochinnistyuu.2009. S. 221-230.

Character determines the composition of a person's personality, determines a person's behavior and the content of his relationships with other people. However, character is often a factor that provokes aggravation and conflict in society, a particular social group, family. There is an opinion that age peculiarities in themselves often create a ground for the emergence of conflict situations in interactions both within and between different age groups. It is significant that the elderly themselves, who have adults and wealthy children, do not want to live with them and even communicate because of "their character", pointing out that living with them is very difficult, difficult to please, and quarrel every day, difficult as for themselves and for children. So in this regard, for many, according to them, even a boarding house is a better place than living with children. In general, understanding their shortcomings and at the same time unwillingness to eradicate them is one of the common traits of the elderly. Increasing the age of criminals often confirms the fact of meaningful, conscious re-commission of a socially dangerous act or systematic engagement in criminal activity as a fishery. As noted by V.Kufayev, "events that cause upheaval in public life may not act directly on a given member of society (for example, in the sense of deterioration of its economic situation), but in order to provoke in the future by this subject, for example, a reaction in the form of conflict, it is necessary that the phenomenon of the stimulus is accompanied by such traits as poor family situation, poor upbringing, poor education, poor living conditions, peers, childhood neglect, etc. - an unfavorable social environment in which the so-called recidivists embarked on criminal offenses. .

Repeated criminal offenses cannot but be connected with the first, as the phenomena that led to the commission of a criminal offense do not disappear with the serving of the sentence. But, given age itself as a crime factor, we still do not deny that the same social conditions do not affect people of different ages equally. The intensity of the development of criminal offenses among a particular age group does not depend on age as a biological feature, but above all on the conditions of the social environment in which she lives.

The intensity of criminal behavior depends, of course, on the individual himself, which can be the basis for the implementation of new criminal acts, even regardless of external conditions. In the case of the elderly, and even more so the elderly, this is especially true, because it has long been established individuals with firmly and precisely defined life attitudes, values and ideas. The presence of the most unfavorable living conditions does not exempt from the need to study the identity of the offender, as well as taking into account its features, and, above all, the degree of public danger in sentencing specific offenders. Peculiar age-related bursts of crime related to recidivism, based on age and other related elements, can be considered two aspects of the problem. The first is due to the fact that male crime, after all, is always a relatively stable population, because a man (in all age groups) is much more criminal than a woman. Thus quite often, having committed the first crime at a young

age, the representative of a man stops, at least for a while, having made attempt to arrange normal in the social plan of a personal life. This period can be 10 or even 20 years. Then, due to any disruption of an objective or subjective-personal nature, already having the experience of the first criminal offense and the first conviction, from the age of about 40, a new surge in criminal offenses may begin. As for women, in this case it is more typical to acquire criminal experience in old age, when there has already been an attempt at social and personal development, education, family formation.

In contrast to men, mature women are less likely to return to normal social life, and the recurrence of the crime occurs after a shorter period of time, then - again and again, not accidentally female recidivism in older age is more common among convicted women than men of the appropriate age - among convicted men. A number of authors consider recidivism to be the most significant criminal phenomenon in the sense of continuity. Recurrence is its main feature, the result of continuity, the importance of which in crime is as great as in any other phenomenon of public life.

An effective system of combating crime in Ukraine is impossible without an in-depth and detailed analysis and use of statistics on the current state, dynamics, level, geography and structure of crime, current trends, etc. An important role is given to the study of factors, causes, conditions, circumstances and phenomena that contributed to the commission of certain criminal offenses. The presence of tendencies to increase crime in Ukraine in the period since independence and to the present time, accompanied by the growth of incompetence, a certain lag of law enforcement agencies from the current realities of crime. This situation is due to the rapid development (evolutionary and negative) of society and the significant shortcomings of a holistic system of crime prevention and counteraction, including in the crime of the elderly. This leads to an extremely high level, including gerontological crime, impunity for the perpetrators, the inability of most elderly people to serve their sentences in modern realities.

The above is necessary for the development of the state concept of crime prevention, taking into account the high level of criminalization, the ability of the state and society to combat crime, errors and shortcomings of previous approaches to combating gerontological crime, its prevention and implementation.

The study and criminological analysis of quantitative and qualitative indicators of crime at the current stage of development of Ukrainian society is a necessary prerequisite for the implementation of criminological support for combating and preventing crime in Ukraine.

The current state of crime in Ukraine is ambiguous and is characterized by a high level of negativity, dynamics, level, geography and heterogeneous structure. So since 2001. by 2021 the number of committed crimes exceeded 9.5 million, taking into account the criminal proceedings of the temporarily occupied territory of the Autonomous Republic of Crimea (hereinafter - the Autonomous Republic of

Crimea) and certain districts of Donetsk and Luhansk regions completed during this period ¹.

These figures are shocking, because for a country with a population, according to the latest statistics, about 42.1 million people, which means that in the last 5 years, every 50th citizen of Ukraine has been prosecuted.

This is one of the largest figures since the 90s of last century. At the same time, the increase in crime occurs against the background of a systematic decrease in the effectiveness of activities for their professional detection and prevention.

There is a general tendency to increase the level of gerontological crime. The increase in gerontological crime in 2018 compared to 2016, the year with the lowest number of prosecuted during 2014-2021. growth rate - 24.53%. The growth rate in 2018 is calculated by the chain method, the growth rate is -18.4%. Average annual absolute growth for 2014 - 2021 is about 5-7 thousand crimes ².

These crime rates were significantly affected by a number of legal and organizational and administrative factors, including changes in the registration procedure used to record allegations and reports of crimes, as well as the new procedural order of response by law enforcement agencies established by the Criminal Procedure Code. Of Ukraine.

These circumstances largely led to an increase in the number of prosecuted in 2017 by 12.81% compared to 2016 and the further consolidation of the crime rate on the mark of not less than 145 thousand annually and 4 thousand crimes of persons at the age of 60 years and more.

In this regard, more objective and indicative are the data on crime, although shorter, but much more homogeneous in nature of the factors of artificial influence on the statistical reflection of its dynamics, time intervals - from 2014 to 2021 .

Yes, the number of persons prosecuted in 2018 compared to the base year 2014 is a decrease of 6,411 thousand people. The growth rate in 2016, calculated by the basic method, is 1.084%, the decrease rate is -3.019%. The rate of decrease in 2018, calculated by the chain method, corresponds to the above ratios from 2014 ³.

The number of prosecuted elderly people in 2018 compared to 2014 increased by 170 people, which is a growth rate of 2.85%. That is, gerontological crime is only growing.

Thus, under the correct initial legal and organizational and managerial conditions of the analysis, the indicators of the dynamics of gerontological crime really show an unfavorable trend. However, the intensity of negative changes in the

¹ M.V. V'yunik, M.V.Karchevskii, O. D.Arlanova Kriminalno pravove reguluyannya v Ukraini realii ta perspektivi analitichni materialii, Harkiv. 2020. 212 s.

² Unified report on criminal offenses: stat. inform. Gene. Prosecutor's Office of Ukraine.URL: <https://data.gov.ua/dataset/4d8e1ba8-f036-4fbd-827c-fc3282fd0258>

³ Unified report on criminal offenses: stat. inform. Gene. Prosecutor's Office of Ukraine.URL: <https://data.gov.ua/dataset/4d8e1ba8-f036-4fbd-827c-fc3282fd0258>

statistical reflection of the crime rate is an order of magnitude lower than in the interval of previous years. It should be noted that the interpretation of the obtained data requires taking into account the factor of reducing the territory of criminal offenses, which since the second quarter of 2014 does not include the Autonomous Republic of Crimea and some districts of Donetsk and Luhansk regions, temporarily out of control of the Ukrainian authorities. This fact dictates the need to recognize that the moderate decline in crime in 2015 did not actually occur. According to estimates by the State Statistics Service of Ukraine, about 2.5 million people permanently live in these territories¹.

Of course, the set of factors, phenomena, causes, conditions and circumstances of criminal activity among this population, including to some extent differs from that which is formed in other parts of Ukraine. Nevertheless, there are all grounds for extrapolating the general trend of the criminogenic situation to them as well. And especially taking into account the fact that the ARC, Donetsk and Luhansk regions have traditionally been among the most criminogenic. Thus, the real state of the criminal threat in 2014 is characterized by a further upward trend.

Since 2014, there has been a steady increase in crime, including in 2016, which in absolute terms reflects the decline in crime. Thus, the establishment of a stable negative trend to the deterioration of the criminological situation. Not the least role in this is played by the ongoing significant dysfunction of the law enforcement and judicial system, which can be concluded based on the level and dynamics of the detection of criminal offenses and the practice of justice in criminal proceedings. Their indicators reflect an inverse relationship with the level of crime and have been steadily declining since 2013.

To a large extent, all of the above have led to an increase in the number of people prosecuted for criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity. During the period from 2014 to 2018 inclusive, 54 criminal offenses were committed against sexual freedom and sexual integrity by persons of gerontological age, while for the period March-December 2020, 46 identical offenses were committed. For a more detailed presentation for the whole of 2014.8 criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity were committed, and in October 2020 9 criminal offenses, ie an increase of more than 90%. Note that this is data that is officially registered. After all, criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity committed by the elderly have a high level of latency. Specialists in criminology, sociology, psychology, psychiatry, which is at least ten times more.

According to the level of disclosure of criminal offenses, the exception is 2012, and according to the level of criminal record - 2011, when their moderate growth is recorded compared to previous periods. In the plane of analysis of relative

¹ Демографічна та соціальна статистика. Населення та міграція. Державна служба статистики України веб-сайт. URL:<http://www.ukrstat.gov.ua/>

РОЗДІЛ VIII Gerontological age in the commission of criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity: criminological and social significance

indicators, this fact is not fully observed; there is a constant decrease in the effectiveness of law enforcement activities in responding to criminal offenses. The maximum percentage of disclosure of criminal offenses for the period of 2014 - 8 months of 2019 was provided in 2017. The minimum - in 2016 - 25.2%. It is important to emphasize that this decline in crime is reflected not only in the share of their total number but also in relation to the offenses committed by the elderly. This trend is observed during the analysis of absolute values, namely: if in 2014 there were 151.6 thousand criminal offenses, in 2015 - 141.196 thousand, in 2016 - 126.9 thousand, in 2017 - 145.6 thousand, in 2018 - 145.2 thousand, and for 8 months of 2019 - 92.8 thousand

The structure of modern gerontological crime in Ukraine is characterized by a significant proportion of serious and especially serious crimes, the total percentage of which in 2016 reached 19.2%. At the same time, the share of medium-gravity crimes remains very significant.

The general increase in crime and criminal activity of the population in Ukraine is insignificantly related to the commission of criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity. Nevertheless, their significant prevalence remains, and in their structure a significant share is occupied by the abuse of minors. The latter are very sensitive indicators of the general state of crime, burdened by persistent violent antisocial practices in Ukrainian society. Note that in the structure of general crime, the rate of recidivism of the elderly is important, because a large number of them had a criminal record before retirement age.

Yes, about a third of all identified perpetrators have already been prosecuted. Approximately 50% of the latter had an outstanding or unresolved criminal record at the time the criminal offense was committed. 13.5% of those found committed a criminal offense while intoxicated.¹

Thus, about 75% of all criminal offenses committed by the so-called "excluded", ie socially maladapted individuals who do not have established socially useful connections, a certain place in the structure of sociodynamics lose social roles, interests, deteriorating health, reduced income, as well as the loss of loved ones. The destruction of social ties is subjectively experienced by each individual as a narrowing of the range of interests, self-centeredness, awareness of their own uselessness. But this fact is symptomatic not only and not so much in terms of the specific state of gerontological crime in Ukraine, which is reproduced largely in society, but in terms of significant dysfunction of the law enforcement system, outside the sphere of influence of which people of retirement age remain.

Analysis of the geography of gerontological crime in Ukraine shows that the highest rate of criminal intensity per 1,000 population during 2014–8 months of 2019

¹ Unified report on criminal offenses: stat. inform. Gene. Prosecutor's Office of Ukraine. URL: https://old.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113897&libid=100820&c=edit&_c=fo

is observed in Dnipropetrovsk region (80.5 criminal offenses), Kyiv (57.5 criminal offenses), as well as Kharkiv (56.7 criminal offenses), Kirovohrad (50.6 criminal offenses), Kyiv (49.6 criminal offenses), Mykolayiv (43.2 criminal offenses) and Odessa (47.8 criminal offenses) areas. The lowest criminal intensity in this period was recorded in Ternopil (27.8 criminal offenses), Ivano-Frankivsk (26.9 criminal offenses), Zakarpattia (33.4 criminal offenses) and Chernivtsi (32.1 criminal offenses) regions.¹

The majority of criminal offenses (77.8%) are committed in cities and towns. Residents of villages and settlements account for no more than 19.5% of all registered criminal offenses. 2.7% of criminal offenses are committed outside the settlements. This picture of the territorial distribution of criminal activity in general corresponds to the trends of urbanization in Ukraine, which, among other things, affects not only the change of geography, but also the nature of crime in general.²

Analysis of the development of gerontological crime, analysis and use of statistics on the current state, dynamics, level, geography and structure of crime, the trend of its growth at the present stage allows us to draw the following conclusions:

Gerontological crime in Ukraine and related threats for the normal development of our state proves the need for comprehensive criminological support to combat crime in Ukraine and the implementation of this process by improving the legal, organizational, informational and scientific and methodological support of this activity.

The current state of crime in Ukraine is ambiguous and characterized

Elderly crime is a historically established phenomenon, it is gradually taking an increasing share in the overall crime and criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity are, although and today a relatively small but stable share of criminal offenses committed by the elderly. It should be remembered that these criminal offenses have an extremely negative impact on victims.

Unfortunately, this type of criminal offense is relevant not only for our country. Accordingly, for many other states, the overall crime of the elderly is a separate and important issue. Where the crime rate of the elderly is now relatively low, under certain conditions, including in Ukraine, the situation may change dramatically and the criminogenicity of this age group will sharpen, given all the above current challenges, changes, trends.

References:

1. Anisimov V.N., Solovev M.V., *Evoluciya koncepcii v gerontologiiimonografiya. Sankt-Peterburg, 1999.*

¹ Unified report on criminal offenses: stat. inform. Gene. Prosecutor's Office of Ukraine. URL:https://old.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113897&libid=100820&c=edit&_c=fo

² Unified report on criminal offenses: stat. inform. Gene. Prosecutor's Office of Ukraine. URL:https://old.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113897&libid=100820&c=edit&_c=fo

РОЗДІЛ VIII Gerontological age in the commission of criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity: criminological and social significance

2. *Epidemiology in Old Age*. Ebrahim S., Kalache A.K., eds. London, 1999
3. *Sociologiya molodeji*. Volkov Yu.G., Dobrenkov V. I., Kadariya F. D., Savchenko I. P., Shapovalov V. A., *Uchebnoe posobie*. Rostov-na-Donu. 2001
4. *Istoriya razvitiya gerontologii kak nauki* URL: http://tvoypsiholog.ru/publ/gerontopsikhologija/istorija_razvitija_gerontologii_kak_nauki/23-1-0-373
5. *Prava za yakimi suditsya malorosiiskii narod*. Yu. S. Shemshuchenko, K. A. Vislobokov; O. M. Mironenko, K. A. Vislobokov, I. B. Usenko, V. V. Cvetkov, Yu. S. Shemshuchenko. NAN Ukraïni. Institut derjavi i prava im V. M. Koreckogo; Institut ukraïnskoï arheografii ta djereloznavstva im. M. S. Grushevskog. Kyev. 1997, 548 s.
6. *Solncev G. I. Rossiiskoe ugovolnoe pravo*. Kazan. 1820,. Yaroslavl. 1907. 218 s
7. *Sobranie malorossiiskih prav 1807 g.* K. A. Vislobokov, A. P. Tkach, I. B. Usenko, V. A. Chehovich. Kyev. 1993. 368 s.
8. *Yas O.V. Zvid Zakoniv Rosiiskoi Imperii Enciklopediya istorii Ukraini*. Institut istorii Ukraïni. 2005. 672 s
9. *Yu. S. Shemshuchenko. Kriminalnii kodeks USRR 1922*. Kiiiv. 2001. 792 s.
10. *Covi A. Starenie naseleniya i prodlenie jizni. Metodi demograficheskikh issledovaniï*. Moskva. 1969. 70 s.
11. *Narodonaselenie. Enciklopedicheskii slovar*. G.G. Melikyan, A.Ya. Kvasha, A.A. Tkachenko, N.N. Shapovalova, D.K. Shelestov. Moskva. Bolshaya Rossiiskaya enciklopediya. 1994. 108–112 s.
12. *Caldwell, John C., B.K. Caldwell, P. Caldwell, P.F McDonald, T. Schindlmayr. Demographic Transition Theory*. — Dordrecht, The Netherlands : Springer, 2006.
13. *Viznachennya viku z yakogo osoba moze vvajatisya osoboyu pohilogo viku oglyad mijnarodnogo dosvidu ta nacionalni praktiki*. USAID web-sait.
14. *Pro zagalnoobov'yazkove derjavne pensiine strahuvannya*. Zakon Ukraini vid 14 serp. 2021 r. № 1667.
15. *Reiting rivnya jittya u starosti Ukraina u hvosti spisku*. BBC web-sait.
16. *Kubrak R. Socialno demografichnii profil zasudjenih osib iz psihichnimi vidhilennyami v mejah osudnosti ta obmejenoï osudnosti yaki vidbuvayut pokarannya v ustanovah vikonannya pokaran*. Nacionalnii yuridicheskii jurnal teoriya i praktika. Moldova. 2017. S. 130–135.
17. *Golovkin B. Korisliva spryamovanist osobistosti zlochincya oposeredkovana u nasilnickih proyavah ponyattya zmist shlyahi formuvannya*. Problemi borotbi zi zlochinnistyu. 2009. S. 221-230.
18. *M. V. V'yunik, M.V. Karchevskii, O. D. Arlanova Kriminalno pravove reguluvannya v Ukraini realii ta perspektivi analitichni materiali*. Harkiv. 2020. 212 s.
19. *Unified report on criminal offenses: stat. inform*. Gene. Prosecutor's Office of Ukraine.
20. *Demografichna ta socialna statistika. Naseleennya ta migraciya*. Derjavna slujba statistiki Ukraini web-sait.

РОЗДІЛ ІХ Науковий дискурс з питань протидії домашнього насильства: кримінологічний аспект

МАЛИНОВСЬКА Тетяна Миколаївна
кандидат юридичних наук, доцент,
провідний науковий співробітник
науково-дослідної лабораторії з проблем протидії злочинності
Харківського національного університету внутрішніх справ (Україна,
Харків)
<https://orcid.org/0000-0002-7713-7617>

- 9.1. Поняття та зміст феномену домашнього насильства
- 9.2. Домашнє насильство як кримінальне правопорушення
- 9.3. Кримінологічна характеристика індивідуальної злочинної поведінки в домашньому насильстві

Scientific Discourse on Countering Domestic Violence: Criminological Aspect

*Candidate of Law, Associate Professor T. M. Malynovska
Leading Researcher, Research Laboratory for Combating Crime,
Kharkov National University of Internal Affairs*

Научный дискурс по вопросам противодействия домашнему насилию: криминалогический аспект

*Кандидат юридических наук, доцент Т. Н. Малиновская
ведущий научный сотрудник
научно-исследовательской лаборатории
по проблемам противодействия преступности
Харьковского национального университета внутренних дел*

Ключові слова: феноменологія, насильство, домашнє насильство, насильство в сім'ї, сім'я, член сім'ї.

Keywords: phenomenology, violence, domestic violence, domestic violence, family, family member.

Ключевые слова: феноменология, насилие, домашнее насилие, насилие в семье, семья, член семьи.

АНОТАЦІЯ

Домашнє насильство є однією з поширених форм порушення прав людини. У більшості випадків зазначені протиправні дії проти когось із членів родини

супроводжуються актами агресії, приниження та жорстокої поведінки. Подібні дії з боку насильника приводять до негативного фізичного, психічного та соціального стану здоров'я постраждалої особи чи, навіть, декількох осіб – членів цієї родини. Як правило, найбільше страждають від домашнього насильства жінки, діти та люди похилого віку.

Держава – основний суб'єкт протидії насильству, а тому органи державної влади повинні сприяти створенню обстановки неприйняття насильства, вживаючи необхідних заходів та створюючи систему захисту жертв, покарання кривдників і запобігання насильству.

Незважаючи на існуюче нормативно-правове забезпечення в сфері протидії та захисту прав і інтересів осіб, що постраждали від домашнього насильства, а також на широку кількість наукових праць, присвячених різним аспектам в цій сфері, проблема домашнього насильства не втрачає своєї актуальності та потребує теоретичного уточнення та обґрунтування.

Метою даного дослідження є дослідження історичних аспектів виникнення домашнього насильства. Акцентована увага на феноменологічному описі домашнього насильства як об'єкта кримінологічного дослідження. Здійснено порівняльний аналіз різних точок зору вчених, що обумовлюють еволюційний характер феномену домашнього насильства через призму різних сфер пізнання.

SUMMARY

Domestic violence is one of the most common forms of human rights violations. Indicated illegal actions against a family member are in most cases accompanied by acts of aggression, humiliation and abuse. Such actions by the abuser lead to a negative physical, mental and social health condition of the victim or even several persons – members of the family. As a rule, women, children and the elderly suffer the most from domestic violence.

The state is the main subject of combating the violence, and therefore the public authorities should assist in creating the environment of non-acceptance of violence, taking the necessary measures and creating the system of protection of victims, punishment of perpetrators and prevention of violence.

Despite the existing regulatory provision in the field of combating and protecting the rights and interests of victims of domestic violence, as well as a wide range of scientific papers on various aspects in this area, the problem of domestic violence remains relevant and needs theoretical clarification and justification.

The purpose of the article is to study the historical aspects of the origin of domestic violence. The emphasis has been placed on the phenomenological description of domestic violence as an object of criminological research. The author has carried out a comparative analysis of different points of view of scholars, which determine the evolutionary nature of the phenomenon of domestic violence through the prism of different areas of knowledge.

АННОТАЦИЯ

Домашнее насилие является одной из самых распространенных форм нарушения прав человека. В большинстве случаев противоправные действия против кого-либо из членов семьи сопровождаются актами агрессии, унижениями и жестокого поведения. Подобные действия со стороны насильника приводят к негативному физическому, психическому и социальному состоянию здоровья пострадавшего или

даже нескольких лиц – членов этой семьи. Как правило, больше всего страдают от домашнего насилия женщины, дети и пожилые люди.

Государство – основной субъект противодействия насилию, поэтому органы государственной власти должны способствовать созданию обстановки неприятия насилия, принимая необходимые меры и создавая систему защиты жертв, наказания обидчиков и предотвращение насилия.

Несмотря на существующее нормативно-правовое обеспечение в сфере противодействия и защиты прав и интересов лиц, пострадавших от домашнего насилия, а также на широкое количество научных работ, посвященных различным аспектам в этой сфере, проблема домашнего насилия не теряет своей актуальности и нуждается в теоретическом уточнении и обосновании.

Целью исследования является исследование исторических аспектов домашнего насилия. Акцентировано внимание на феноменологическом описании домашнего насилия как объект криминологического исследования. Осуществлен сравнительный анализ различных точек зрения ученых, обуславливающих эволюционный характер феномена домашнего насилия через призму разных сфер познания.

9.1. Поняття та зміст феномену домашнього насильства

Останніми роками в діяльності державних органів України зросла увага до проблем запобігання та протидії домашньому насильству, яке призводить не тільки до втрати найдорожчого для людини – життя та здоров'я, а також завдає великої соціальної та моральної шкоди суспільству.

Сучасний підхід до проблеми домашнього насильства включає, з одного боку, укоріненість цієї проблеми в суспільній свідомості як міжособистісної, а з іншої – виходить з обов'язків держави гарантувати права людини в усіх сферах життя, у тому числі в сфері сімейних відносин.

Насильство як асоціальне явище не тільки формує трагічні обставини для багатьох людей, але й створює криміногенні ситуації, які передують кримінальним злочинам проти безпеки, здоров'я і життя людини, що в цілому руйнує фундамент стабільності суспільства.

Для підвищення запобігання домашньому насильству потребує окремого дослідження природи терміну «насильства». Як зауважує А. Блага «...при розробці основних теоретичних засад запобігання насильству в цілому, та насильству в сім'ї зокрема, слід виходити з багатовимірного пояснення цього феномену, в якому немає провідної ролі якогось одного чинника чи складника»¹.

Як свідчить історія розвитку науки – пошуки причин і умов виникнення та поширення тих чи інших явищ завжди починалися з феноменології, тобто зі з'ясування усіх чинників, пов'язаних з існуванням конкретного феномену².

¹ Блага А. Б. Дослідження соціальної природи насильства – теоретичне підґрунтя для криминологічного аналізу насильства в сім'ї. Порівняльно-аналітичне право. 2013. № 3-2. С. 250.

² Веприцький Р. С. Феноменологія злочинності в регіоні: монографія. Харків: Золота миля, 2014. С. 8.

Для належного визначення сутності домашнього насильства і визначення його юридичної природи вбачається доцільним дослідити особливості його феноменології.

Дослідження феномену насильства узагалі та домашнього насильства, зокрема, не є цілковито незвіданою матерією, а тому на сьогоднішньому етапі розкриття зазначеної проблематики передбачає системність наукового та практичного підходу.

Як наука феноменологія спирається на явища, факти, події (феномени) і представляє собою самостійну наукову галузь в системі теоретичного суспільствознавства – науки про суспільство і його закони»¹. Феноменологія ґрунтується на положеннях філософського методу виявлення явищ – феноменів у реальній дійсності, вивчення їх природи та соціальних відносин, які виникають у зв'язку з їх сприйняттям.

Феноменологія злочинності, будучи одним із аспектів загальної феноменології суспільства, одночасно є вченням про форми прояву злочинності, а відтак є окремою дисципліною кримінології, яка займається вивченням конкретних форм злочинності, конкретних злочинів і кримінальних сфер².

На наш погляд, злочинність взагалі, та домашнє насилля зокрема є немов індикатором негативних тенденцій у суспільстві. Характер і масштаби такого насильства залежать від особливостей економічного, соціального, культурного розвитку. Як зазначає С. Шалгунова (2011) цілком викоринити злочинність не можливо. Можна по-різному називати злочини (ексцеси, соціальні факти, делікти), але не можна викоринити те, що у кожному конкретному випадку є наслідком протиріч між особою та суспільством, конфліктів між людьми. Можна і потрібно не допускати зростання злочинності вище тієї межі, перехід через яку призведе до суспільної небезпеки та соціальної напруженості. Останнім часом у нашій країні змінився традиційний підхід до визначення взаємозв'язків між злочинністю та її соціально-економічними умовами³.

Слушно зауважують О. Бандурка і І. Бандурка (2020), що впродовж соціально-економічного та політичного розвитку суспільства трансформується сам характер злочинності, її відмінні ознаки, змінюються закони про кримінальну відповідальність, що тягне за собою можливі зміни у трактуванні

¹ Веприцький Р. С. Феноменологія злочинності в регіоні : монографія. Харків : Золота миля, 2014. С. 8.

² Мокряк М. О. До проблеми феноменологічної характеристики засобів масової інформації Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2017. № 11. С. 103.

³ Шалгунова С. А. Особа насильницького злочинця : монографія. Дніпропетровськ : Дніпроп. Держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2011. С. 249.

певних діянь як злочинів чи правопорушень або навпаки визнання діянь незлочинними чи не правопорушеннями¹.

Злочини чи правопорушення вчиняють конкретні люди і, як підкреслює І. Платонов все починається з родини². Безперечно, що першим і найважливішим соціальним середовищем, що впливає на формування особистості, є родина, оскільки батьківське виховання та засвоєні у дитинстві основні принципи, форми й методи спілкування і взаємодії між членами сім'ї у дорослому віці стають підґрунтям взаємовідносин із власним подружжям та вже літнім батькам. З цього приводу Г. Шнайдер зазначає, що багато хто з потенційних злочинців виховувалися у неблагополучних сім'ях, нерідко неповних, де батьки вели антигромадський спосіб життя, що базувався на насильницькому вирішенні життєвих проблем, а діти, зазвичай, ставали жертвами сімейного насильства, зростали в атмосфері страху, тривожності і з дитинства засвоювали агресивно-насильницькі стереотипи поведінки³. Саме в сім'ї варто шукати корені насильства як широко розповсюдженого явища у нашому житті.

Враховуючи вищевикладене, автор дотримується позиції, що насильство, в тому числі домашнє породжується, як правило, не одним якимось попереднім явищем, а сукупністю фактів і процесів.

Феноменологічний рівень опису домашнього насильства як об'єкта дослідження, а також його концептуалізація в кримінологічному ракурсі, передбачає потребу чи навіть необхідність виходу за рамки предметної сфери кримінології для залучення методологічного інструментарію, за допомогою застосування якого можна вирішити комплексну дослідницьку задачу. Окрім того, розкриття змісту феноменології дозволяє нам визначити сутнісні ознаки, які відокремлюють цей процес серед інших, та проаналізувати природу і зміст феномену насильства.

Беручи до уваги, що злочинність це соціальне явище, яке взаємозв'язане з усіма сферами громадського життя, у тому числі з інститутом сім'ї, і сім'я є найбільш значимим чинником формування людської поведінки, то негативні чинники соціального середовища впливають на особу тим більше, якщо існують несприятливі чинники більш глобального характеру, на що опосередковано вказував у межах феноменологічного підходу до праворозуміння Е. Гуссерль, активно розробляючи концепцію «життєвого світу», який на переконання

¹ Бандурка О. М., Бандурка І. О. Злочинність і сучасність : монографія. Харків : ХНУВС, Майдан, 2020. С. 32.

² Платонов И. Н. Быт, досуг и семейные преступления. Преступления в сфере быта и досуга : матер. науч.-практ. конф. (г. Челябинск, 1996.). Челябинск, 1996. С. 59.

³ Блага А. Б. насильство в сім'ї (кримінологічний аналіз і запобігання) : монографія. Харків : ФО-П Макаренко, 2014. С. 190.

вченого, є сукупністю всіх можливих чи справжніх горизонтів досвіду людського життя та не вимагає підтвердження чи доведення¹.

Саме таке розуміння життєвого світу було використане одним із послідовників Е. Гуссерля – М. Хайдеггером². Стосовно правової проблематики (що відповідно кореспондує й з тематикою даного дослідження), М. Хайдеггер на перший план виносить проблему діалогу в праві, внаслідок того, що самотність індивіда серед інших людей стала наслідком його тотальної нездатності до діалогу³. У. Луйжпен стверджував, людське існування – це завжди співіснування з іншими, а таке співіснування природно не позбавлено конфліктів⁴. Дана теза цілком і повністю є застосовною і до відносин усередині сім'ї, як ланці сучасного суспільства.

Сторони конфлікту, як і насильства, завжди представлені суб'єктами. На думку Г. Штракса, «де суб'єкта немає – не може бути конфлікту»⁵. Американський соціолог Р. Коллінз, стверджує, що конфлікт є центральним процесом суспільного життя. Конфлікт, на думку вченого, виникає там, де є насильницький примус. А держава виступає головним засобом контролю над виявами насилля⁶.

Для виникнення та розвитку конфлікту очевидного значення набуває усвідомлення його причин та глибини відповідними групами людей, які відчувають ущемлення будь-якого важливого для них інтересу, але щоб конфлікт став реальністю, необхідна реальна соціальна дія. Але і до тепер, не існує такої системи, яка б задовольнила всі інтереси, цілі, прагнення кожного індивіда, групи людей чи цілого суспільства і при цьому цілі, прагнення, погляди, інтереси людей не можуть ідеально співпадати та не суперечити одні одним, які б умови не були надані людині.

Англійський філософ Р. Дарендорф (1929 - 2009) вважав, що чим кращі «умови», тим вищі ймовірність конфлікту і тим більша небезпека, того що протистояння переросте в гострий і насильницький характер⁷. Наприклад, в

¹ Сайфуліна Ю. В. Феноменологічний підхід щодо розуміння права. Право і суспільство. 2012. Вип. 1. С. 42.

² Хайдеггер М. Разговор на проселочной дороге : сборник / пер. с нем., под ред. А. Л. Доброхотова. Москва : Высш. шк., 1991. С. 131.

³ Сайфуліна Ю. В. Феноменологічний підхід до розуміння права. Науковий вісник Чернівецького університету. 2011. Вип. 597. Правознавство. С. 33.

⁴ Luijpen W. Phenomenology of Natural Law. Pittsburg : D. Riedel, 1967. P. 111

⁵ Колпакова Л. А. Насилие в семье: виктимологический аспект, дифференциация ответственности и вопросы законодательной техники : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2007. С. 57.

⁶ Коллинз Р. Теория конфликта. URL: http://azps.ru/polpsy/lib/konflikt_kollinz.html (дата звернення 07.09.2021).

⁷ Черепанова Е. С. Философия конфликта : учеб. Пособие. Екатеринбург : изд-во Урал. ун-та. 2016. С. 100.

сімейних стосунках, такими умовами є: емоційний фон, ціннісні установки і спосіб життя членів сім'ї; умови життя сім'ї; вплив «третіх осіб», зацікавлених в результаті конфлікту; стереотипи поведінки тощо.

Названі вище умови в суб'єктивно інтерпретаційному контексті сприяють виробленню тієї чи іншої стратегії поведінки опонентів (у тому числі й членів сім'ї) в конфлікті. С. Соколов відмічає, що саме конфлікти є джерелами і причинами насильницьких дій в будь-яких соціальних відносинах¹, з метою якнайглибше зрозуміти феноменологію насильства вчений визначає його детермінанти: психічне джерело, – сфера неусвідомленого в людині, «тінь» у поняттях К. Юнга, а також архетипи колективного неусвідомленого, що містять ворожі інстинкти, котрі виявляються за певних умов (обмеження потреб, неявні загрози, суперництво тощо); такі чинники насильства мають невмотивований характер; асоціальний досвід, надбаний в сім'ї, ін-групі, у колективі або через ЗМІ, коли насильство стає результатом засвоєння субмоделей соціальної поведінки, передусім у специфічному оточенні (армія, тюрма, секта, злочинна група); соціальна нерівність (матеріальна, статусна, економічна, політична, расова, етнічна, духовна) також породжує конфліктні ситуації, що створюють джерела соціальної напруги і насильницьких дій (класова боротьба, жорсткі економічні війни, расовий чи етнічний геноцид тощо).

Р. Дарендорф (1929 – 2009) вказує на те, що інтенсивність конфлікту і форми його вираження – різні характеристики, хоча може здаватися, що застосування насильства обов'язково характеризує інтенсивний конфлікт. Але у визначенні форми реалізації протистояння необхідно брати до уваги те, що вважається насильством. Як правило, вважають, що насильство – це перш за все замах на життя, але в деяких випадках має місце так зване психологічне або ідеологічне насильство².

Процес формування людської цивілізації у конфліктному середовищі завжди був пов'язаний з проявом насильницьких дій. Війни, революції, захоплення майна, конфлікти, протистояння були присутніми у будь-якому суспільстві, на різних етапах історичного розвитку. Насильство завжди було неодмінним атрибутом людського життя. Як справедливо визначає Ю. Антонян: «Насильство і жорстокість існують стільки ж, скільки існує людство, і їх застосування давно стало традицією, звичним способом вирішення життєвих проблем»³.

Надаючи феноменологічний аналіз такого явища як домашнє насильство необхідно позначити сутність насильства в різних аспектах і значення для суспільства в цілому і його суб'єктів. Воно пов'язане, по-перше, із великим

¹ Соколов С. В. Социальная конфликтология. Москва : ЮНИТИ, 2001. С. 115-117.

² Черепанова Е. С. Философия конфликта : учеб. пособие. Екатеринбург : изд-во Урал. ун-та. 2016. С. 100.

³ Антонян Ю. М. Криминология. Избранные лекции. Москва, 2004. С. 269.

розмаїттям значної кількості форм насилля, яка має тенденцію до появи нових та трансформації вже існуючих; по-друге, відсутністю спільного для наук, в чие предметне поле досліджень входить цей соціальний феномен, єдиного підходу до визначення та інтерпретацій зазначеного поняття, що демонструє розбіжності класифікування конкретного соціального факту як акту насилля¹. На думку автора, такий підхід буде сприяти з'ясуванню суті кримінально-правової категорії домашнього насильства тим більше, що при визначенні домашнього насильства, як соціального явища, зазвичай використовують такі поняття: насильство в сім'ї, сімейне насильство, домашнє насильство, внутрішньо-сімейне насильство.

Питання різних термінологічних визначень поняття «насилля», пов'язано ще з тим, що це явище досліджували в різні часи представники різних галузей науки. Як зазначає А. Йосипів, насильство слід віднести до загальнонаукових понять, тому його необхідно розглядатися у різних аспектах: історичному, соціологічному, філософському, психологічному, юридичному. В зв'язку з тим, що в кожен історичну епоху воно відіграло певну роль і характеризувалося особливостями, підхід до поняття є різним. Саме тому, виникає питання про смислового змістовність і співвідношення зазначених термінів.

Доцільно звернутися до лексичного значення і доктринального тлумачення.

Тлумачний словник В. Даля (1801– 1872) насильство визначає як примус, неволя ... з метою завоювання тих чи інших прав або привілеїв, панування і контролю над людиною шляхом образи, залякування, шантажу².

Великий тлумачний соціологічний словник визначає насильство як заподіяння фізичного збитку тіла або власності людині з допомогою сил або зброї³.

Оригінальне, на погляд автора, і досить повне визначення насильству дане в енциклопедичному словнику Брокгауза - Ефрона⁴. Насильство – незаконне застосування сили проти особистості, примус його що-небудь зробити, або випробувати або перенести. Насильство може бути фізичне або психологічне; останнє найчастіше виражається в формі погроз. Насильство полягає в протизаконному вживанні сили проти особистості, що не переходить в інший злочин. Необхідно зауважити, що подібне визначення було розроблено в

¹ Слюсар В. М. Насилля як субстанційна характеристика соціальних трансформацій : дис. ... д-ра філос. наук : 09.00.03. Київ, 2019. 269 с.

² Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка : в 4 т. Москва : Госизд-во иностранных и нац.словарей, 1955. Т. 2 : И-О. С. 468.

³ Дж. Джери Большой толковый социологический словарь : в 2 т. Москва : Вече:АСТ, 1999. Т. 2. С. 454.

⁴ Брокгауз Ф. А., Ефрон И. А. Энциклопедический словарь : в 86 т. Репринтное воспроизведенное издание. Санкт-Петербург, 1890. Т. 40. С. 638.

кінці XIX століття, і мало чим відрізняється від сьогоднішніх уявлень про насильство. Усі три вказані тлумачення знайшли відображення в теорії кримінального права у вигляді фізичного і психічного насильства.

9.2. Домашнє насильство як кримінальне правопорушення

Одним із важливих зобов'язань України перед Радою Європи є гуманізація кримінальної відповідальності шляхом перегляду міри покарань за вчинення окремих кримінальних правопорушень. З огляду на потребу практичної реалізації означеного зобов'язання 1 липня 2020 року вступив в дію Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» № 2617-VIII, у якому змінами до Кримінального кодексу України (далі КК) було запроваджено інститут кримінального проступку.

Для введення кримінального проступку в площину кримінального права поняття «злочин» трансформовано в поняття «кримінальне правопорушення», єдиного як для злочинів, так і для проступків. Зміни торкнулись як самого поняття діяння, що до якого здійснюється кримінально-правова охорона (ст. 11 КК), так і його видів (ст. 12 КК).

Статтею 11 Кримінального Кодексу України визначено, що «кримінальним правопорушенням є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом кримінального правопорушення»¹.

У свою чергу кримінальні правопорушення, відповідно до ст. 12 КК України, поділяються на злочини та кримінальні проступки.

Злочин представляє собою базову фундаментальну категорію кримінального права, оскільки саме це поняття лежить в основі побудови більшості норм і інститутів кримінального права. Аналізуючи найдавніші пам'ятки, уложення, основи (начала) кримінального права, кримінальні кодекси (законови), які діяли на теренах України, можна зробити висновок, що поняття злочину в більшості із цих правових документів було регламентовано і його визначенню приділялась значна увага законодавця. Крім того в кримінально-правовій літературі велика кількість фундаментальних наукових праць безпосередньо присвячена дослідженню поняття та правової природи злочину, його ознак, видів, відмежуванню злочинів від інших правопорушень тощо².

Злочин виникає з появою держави, з початком правової регламентації суспільного життя. У майбутньому з часом, з розвитком суспільства він стає

¹ Кримінальний Кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>

² Гриненко І. О. Поняття злочину в історії кримінального законодавства та правовій доктрині. Право і суспільство. 2017. № 3 ч. 2. С. 170.

особливим явищем, яке об'єднує найнебезпечніші діяння. При цьому «злочин» є категорією достатньо динамічною – навіть в одному і тому самому суспільстві протягом невеликого проміжку часу підходи до розуміння злочинного і незлочинного можуть суттєво змінюватись¹

Як слушно із даного приводу зазначають Бандурка О.М. та Бандурка І.О., поняття злочину не може бути незмінним: воно завжди має відповідати сучасному етапу розвитку суспільства, потребам та інтересам, притаманним саме цьому стану. Злочин, як і будь-яке інше правопорушення, є вчинком людини, і саме тому йому притаманні всі ті об'єктивні й суб'єктивні особливості, що характеризують поведінку людини: фізичні властивості – той чи інший рух або відсутність його, використання фізичних, хімічних, біологічних та інших закономірностей навколишнього світу; психологічні властивості – прояв свідомості і волі, певна мотивація поведінки, її цілеспрямованість².

На думку В.В. Тищенко поняттям злочину охоплюється як поодинокі одномоментні дії, так і сукупність тривало скоюваний вчинків, що утворює певний склад злочину³.

С.Д. Шапченко при дослідженні складу злочину як кримінально-правового феномену доходить висновку, що:

1) за своєю сутністю склад злочину є словесною інформаційною (інформаційно-оціночною) моделлю злочину певного виду або окремого його різновиду;

2) якщо така модель «включається» в механізм кримінально-правового регулювання, вона набуває певних правових (юридичних) властивостей, зміст яких визначається характером її взаємодії з відповідними елементами цього механізму; ці властивості зумовлюють «розщеплення» складу злочину на декілька відносно самостійних правових явищ, кожне з яких має свою форму існування («юридичного буття»);

3) як компонент (елемент) змісту кримінального права склад злочину набирає форми специфічної нормативної юридичної конструкції, існує у вигляді юридичного складу злочину;

4) будучи відображеним у свідомості людей, юридичний склад злочину зазнає певних змін: окремі його характеристики уточнюються, конкретизуються, систематизуються; тому як компонент («фрагмент») індивідуальної та

¹ Галушко Б. С. Поняття злочину в кримінальному праві України. Актуальні проблеми держави і права. 2012. С. 593.

² Бандурка О. М., Бандурка І. О. Злочинність і сучасність : монографія. Харків : ХНУВС, Майдан, 2020. С. 8.

³ Тищенко В. В. Криминалистические аспекты изучения преступной деятельности. Проблемы государства и права Украины. Киев : УМК ВО, 1992. С. 104.

колективної правосвідомості склад злочину набирає форми своєї нормативно-теоретичної юридичної конструкції;

5) при визначенні злочинності конкретного діяння відповідний суб'єкт обов'язково створює інформаційно-оціночну модель фактичних обставин (діяння у поєднанні з іншими юридичними фактами); якщо суб'єкт робить висновок про відповідність такої моделі певному юридичному складу злочину, він відтворює цю модель у відповідному процесуальному документі; така модель конкретизованих характеристик злочину певного виду чи окремого його різновиду набирає форми так званого фактичного складу злочину¹.

У свою чергу злочини поділяються на нетяжкі, тяжкі та особливо тяжкі.

Нетяжким злочином є діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавлення волі на строк не більше п'яти років.

Тяжким злочином є діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше двадцяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавлення волі на строк не більше десяти років.

Особливо тяжким злочином є діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад двадцять п'ять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі.

Ступінь тяжкості злочину, за вчинення якого передбачене одночасно основне покарання у виді штрафу та позбавлення волі, визначається виходячи зі строку покарання у виді позбавлення волі, передбаченого за відповідний злочин

У разі передбачення в санкції статті одночасно основного покарання у вигляді штрафу та позбавлення волі, під час визначення ступеня тяжкості злочину слід виходити зі строку покарання у вигляді позбавлення волі. Таким чином, зі звичної класифікації злочинів зникла категорія злочинів середньої тяжкості, а частина злочинів невеликої тяжкості перейшла в категорію кримінальних проступків.

Усе вище сказане цілком і повністю можна перенести на площину злочинів, які вчиняються в сім'ї і, зазвичай, досліджуються в контексті злочинів проти особи. У даному контексті вважаємо показовим той факт, що Урядом України ще 7 листопада 2011 року було підписано Конвенцію Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (Стамбульська конвенція). Цей комплексний міжнародний акт, спрямований на захист, запобігання, судову відповідальність і вироблення

¹ Шапченко С. Д. Склад злочину як кримінально-правовий феномен: сутність та основні форми існування. Вісник Академії адвокатури України. 2009. № 1 (14). С. 243.

стратегії в сфері протидії насильству стосовно жінок та домашньому насильству¹.

Виходячи із цілей та змісту Конвенції, можна стверджувати, що вона побудована навколо забезпечення безпеки та підтримки жертв домашнього насильства. Важливим положенням у цьому аспекті є ст. 5, що встановлює принцип «належної турботи» держави у ситуації домашнього насильства та насильства щодо жінок, який вперше на рівні міжнародного права був закладений у Загальній рекомендації № 19 Комітету ООН з ліквідації дискримінації щодо жінок. Відповідно до ст. 5 країни-підписанти Конвенції зобов'язуються вживати всіх необхідних законодавчих та інших заходів для того, щоб з «належною турботою» попереджати, розслідувати, карати та забезпечувати компенсацією за акти насильства, що вчинені у приватній сфері. Це означає, що кожна держава, що ратифікує Конвенцію, має зобов'язання діяти на випередження проблем, тобто вживати всіх відповідних заходів по захисту прав людини та недопущення домашнього насильства².

З метою уніфікації національного законодавства у 2017 році Верховною Радою України до Кримінального кодексу України було внесено зміни, а саме було доповнено, зокрема, і ст. 126-1, яка передбачає кримінальне покарання за домашнє насильство, тобто умисне систематичне вчинення фізичного, психологічного або економічного насильства щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, що призводить до фізичних або психологічних страждань, розладів здоров'я, втрати працездатності, емоційної залежності або погіршення якості життя потерпілої особи. Також було встановлено кримінальну відповідальність за примушування до абортів та стерилізації без добровільної згоди потерпілої особи, примушування до шлюбу, невиконання обмежувальних заходів, обмежувальних приписів або непроходження програми для кривдників. Кримінальний кодекс України був доповнений розділом про обмежувальні заходи, що застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство³.

Запроваджені новели кримінального законодавства України значною мірою враховують відповідні вимоги Стамбульської конвенції і є безумовно позитивними в сфері протидії домашньому насильству та насильству за ознакою статі. Разом з тим, окрім вимоги криміналізації всіх видів домашнього насильства, міжнародні стандарти вказують на необхідність встановлення

¹ Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами. URL: <https://rm.coe.int/1680462546>

² Бандурка І. О. Малиновська Т. М. Імплементція норм Стамбульської конвенції в контексті протидії домашньому насильству Право UA. 2020. № 3. С. 146.

³ Кримінальний Кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>

ефективних та значущих санкцій для кривдників, захисту та виявлення жертв домашнього насильства.

У законі про кримінальну відповідальність застосовано модель, яка передбачає окремий склад злочину – «Домашнє насильство» (ст. 126-1 КК України) та окрему кваліфікуючу ознаку певних складів злочинів (ч. 2 ст. 152, ч. 2 ст. 153 КК України) – «вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах», «вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах» (п. 6-1 ч. 1 ст. 67 КК України)¹, – «вчинення злочину щодо особи похилого віку, особи з інвалідністю або особи, яка перебуває в безпорадному стані, або особи, яка страждає на психічний розлад, зокрема на недоумство, має вади розумового розвитку, а також вчинення злочину щодо малолітньої дитини або у присутності дитини» (п. 6 ст. 67 КК України).

Окрім запровадження критеріїв кваліфікації домашнього насильства саме як кримінального правопорушення (ст. 126-1 КК України), криміналізовано також невиконання обмежувальних заходів або обмежувальних приписів і непроходження програми для кривдників (ст. 390-1 КК України).

Статтю 126-1 розміщено законодавцем у розділ II Особливої частини КК України «Злочини проти життя та здоров'я особи». Зважаючи на це, родовим об'єктом домашнього насильства є суспільні відносини з охорони життя і здоров'я потерпілої особи, основний безпосередній об'єкт цього злочину є альтернативним і у кожному конкретному випадку залежить від характеру насильницьких дій і наслідків, заподіяних цими діями.

При фізичному впливі безпосереднім об'єктом злочину є відносини, що забезпечують тілесну недоторканність, недоторканність життя і здоров'я, безпеку життя і здоров'я людини.

У разі завдання психологічних страждань (психологічне насильство) безпосереднім об'єктом злочину є нормальний психоемоційний стан потерпілої особи. якщо відбувається економічне насильство, то порушуються відносини власності, право на достатній життєвий рівень, право на працю, заборона примусової праці, право на освіту, на медичну допомогу тощо.

Аналіз диспозиції статті 126-1 вказує, що за своєю конструкцією склад домашнього насильства є матеріальним. Об'єктивну сторону домашнього насильства складають три обов'язкові ознаки: діяння, наслідки, причинно-наслідковий зв'язок. Суспільно небезпечне діяння полягає у систематичному вчиненні фізичного, психологічного або економічного насильства. Законодавець вказує на систематичність як ознаку суспільно небезпечного діяння, яка є

¹Вознюк А. А. Кримінальна відповідальність за домашнє насильство: актуальні питання теорії та практики. Форум Права. 2019. № 55 (2). С. 7.

темпоральною характеристикою. Верховний Суд України при тлумаченні систематичного приниження людської гідності акцентує увагу на тривалості принизливого ставлення до потерпілого (постійні образи, глуmlinня над ним тощо)¹.

Якщо насильницькі діяння вчинено не систематично, або наслідки, які настали внаслідок насильства чи інші обставини не охоплюються статтею 126-1 КК, вони потребують додаткової кваліфікації за іншими статтями Кримінального кодексу, в тому числі:

1. *фізичне насильство* – за статтями 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 134, 135, 136, 146 КК та іншими;
2. *психологічне насильство* – за статтями 129, 146, 149, 150, 150-1, 296, 303, 304 КК та іншими;
3. *сексуальне насильство* – за статтями 152, 153, 154, 155, 156 КК;
4. *економічне насильство* – за статтями 150, 150-1, 164, 165, 166, 167, 169, 181, 185, 186, 187, 190, 194, 195 КК та іншими.

Відтак, український законодавець створив варіативну (плюральну) модель реагування на домашнє насильство:

1) сконструював у Кримінальному кодексі України ст. 126-1 «Домашнє насильство»;

2) в деяких складах злочинів передбачив кваліфікуючу ознаку «вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах»;

3) передбачив у ст. 67 КК України обтяжуючу обставину «вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах» (п. 6-1 ч. 1 ст. 67 КК) та розширив зміст п. 6 ч. 1 ст. 67 КК за рахунок «вчинення злочину ... у присутності дитини»;

4) створив інститут обмежувальних заходів для осіб, які вчинили домашнє насильство (ст. 91-1 КК України);

5) передбачив у ст. 76 КК України «Обов'язки, які покладає суд на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням» можливість застосування до таких осіб, що засуджені за злочини, пов'язані з домашнім насильством, обмежень та заборон, передбачених у ст. 91-1 КК України;

6) сконструював ст. 390-1 КК України «Невиконання обмежувальних заходів, або обмежувальних приписів, або непроходження програми для кривдників».

¹ Яїцька Д. І. Криміналізація домашнього насильства в Україні. Юридичний науковий електронний журнал. 2018. № 2. С. 206.

З цього випливає, що зміст поняття «злочин, пов'язаний з домашнім насильством» значно ширший, ніж суто «Домашнє» насильство» як склад злочину, передбачений ст. 126-1 КК.

Отже злочин, пов'язаний з домашнім насильством – це:

- злочин, передбачений ст. 126-1 КК;
- злочин, що містить кваліфікуючу ознаку «вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах»;
- злочин, поєднаний з обтяжуючою обставиною, передбаченою у п. 6-1 ч. 1 ст. 67 КК «вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах» та п. 6 ч. 1 ст. 67 КК в частині «вчинення злочину... у присутності дитини».

Слід зазначити, що визначення «домашнього насильства» у ст.126-1 КК дещо відрізняється від терміну, яке міститься у ст.1 ЗУ «Про запобігання та протидію домашньому насильству». Зокрема, різниця полягає у наявності в переліку видів можливих насильств такого, як «сексуальне насильство», проте дане діяння знайшло своє визначення у ст. 153 КК. Другою відмінністю є конкретизація відносин між кривдником та постраждалою особою. А також, звужене ж тлумачення і зведення поняття «злочин, пов'язаний з домашнім насильством» виключно до ознак складу злочину, передбаченого ст. 126-1 КК, не дає можливості використовувати комплекс механізмів для захисту жертв домашнього насильства, зокрема, застосовувати термінові заборонні приписи обмежувальні приписи, обмежувальні заходи тощо.

Що стосується етапів кримінально-правової кваліфікації, їх взаємозв'язку та юридичного закріплення результатів кваліфікації, то їх можна умовно поділити на три етапи:

Перший етап кваліфікації – це встановлення всіх фактичних (об'єктивних і суб'єктивних) обставин вчиненого діяння, які мають кримінально-правове значення.

Другий етап – встановлення кримінально-правової норми, яка найбільш повно й точно передбачає вчинене особою діяння.

Третій етап кримінально-правової кваліфікації – це констатація тотожності ознак вчиненого діяння (фактичних обставин справи) ознакам елементів складу злочину, або ознакам діяння, яке не є злочинним, або ознакам посткримінальної поведінки особи, передбаченим кримінально-правовою нормою, та закріплення такого висновку у відповідному процесуальному документі.

У свою чергу правила кваліфікації злочинів, пов'язаних з домашнім насильством передбачають наступне:

1) якщо домашнє насильство полягає в діянні, яке співпадає з ознаками іншого злочину, але потерпілий – спеціальний (ст. 3 ЗУ «Про запобігання та протидію домашньому насильству»), насильство носить систематичний характер і максимум санкції за цей інший злочин нижче чи рівний санкції, передбаченій ст. 126-1 КК – кваліфікація відбувається за ст. 126-1 КК (наприклад, якщо домашнє насильство полягає в систематичному заподіянні умисного легкого тілесного ушкодження, передбаченого ч. 1 ст. 125 КК, – вчинене потребує кваліфікації за ст. 126-1 КК);

2) якщо потерпілий спеціальний, але немає систематичності – кваліфікація за відповідною статтею КК України та п. 6-1 ч. 1 ст. 67 КК (наприклад, ч. 1 ст. 125, п. 6-1 ч. 1 ст. 67 КК). Якщо домашнє насильство вчиняється щодо спеціального потерпілого у присутності дитини – враховується і п. 6 ч. 1 ст. 67 КК;

3) якщо санкцією ст. 126-1 КК (за наявності ознак діяння, передбаченого у цій статті) не охоплюються інші злочини, що становлять зміст насильства, – вони потребують додаткової кваліфікації за іншими статтями, відповідно, кваліфікація відбуватиметься за сукупністю ст. 126-1 КК та інших статей КК, що передбачають ці злочини (наприклад, ст. 126-1 КК та ч. 1 ст. 122 КК);

4) якщо спеціальний потерпілий передбачений як кваліфікуюча ознака певного складу злочину – кваліфікація відбувається за тією частиною статті, де передбачена ця ознака (наприклад, ч. 2 ст. 152 КК «Зґвалтування» в оновленій редакції передбачає зґвалтування, вчинене щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах).

Що ж до визнання поняття «злочин, пов'язаний із домашнім насильством» оціночним, то з цього приводу необхідно відзначити, що оціночним поняттям слід визнавати суспільну небезпечність злочину, пов'язаного з домашнім насильством.

У даному контексті окремо слід звернути увагу що в ухвалі Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду від 03 жовтня 2019 року (провадження № 51-4906 ск 19) міститься висновок про законність та обґрунтованість судових рішень, якими визнано, що використане у п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК України законодавче формулювання «злочин, пов'язаний із домашнім насильством», яким встановлюється обмеження для закриття кримінального провадження у разі відмови потерпілого від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення, є відсилочним виключно до змісту ст. 126-1 КК України.

У зв'язку із цим констатовано, що кваліфікація дій особи за ч. 1 ст. 125 КК України не дає підстав для того, щоб розцінювати передбачений цієї статтею злочин як такий, що пов'язаний із домашнім насильством, а отже, вважати, що за

таких умов є обмеження для закриття кримінального провадження у разі відмови потерпілого від обвинувачення.

З огляду на це, а також на вищевикладені аргументи на користь протилежного правового висновку з указанного питання, колегія суддів визнала за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому вищезазначеному рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів з іншої палати, у зв'язку із чим провадження за касаційною скаргою прокурора на ухвалу Львівського апеляційного суду від 02 липня 2019 року стосовно ОСОБА_1 передала на розгляд об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду.

Водночас на нашу думку, практично будь-яке насильницьке посягання на особу може здійснюватися в сім'ї і розглядатися у рамках поняття «домашнє насилля» (до цих злочинів можна віднести усі умисні посягання на життя і здоров'я, злочини проти свободи, честі і достоїнств особи та ін.) Проте, існує ряд злочинів (доведення до самогубства, умисне спричинення шкоди здоров'ю, побої, катування, набуття інвалідності, хронічних захворювань, хвороби внаслідок отриманих травм та психосоматично загострені захворювання, депресії, тривожні розлади, розлади харчової поведінки, алкоголізм, наркоманія, бродяжництво, патологічне накопичення та ін.), які, будучи прихованими від сторонніх очей, в силу специфіки сімейного життя і стереотипів суспільної свідомості, є типовими проявами кримінально-каранної домашньої агресії.

Також зазначимо, що вчинення домашніх злочинів, як правило, заздалегідь мають не плановий, а імпульсивний характер. Це емоційні діяння, найчастіше із не визначеним, неконкретизованим умислом, що раптово виникає. Насильство, застосоване при вчиненні злочинів проти особи, у кожному конкретному випадку має свою специфіку, що обумовлюється особливостями як самого злочину, так і особи, що його вчиняє.

Дослідження відмінності злочинів від інших видів правопорушень свідчить, що між злочинами та іншими видами правопорушень (проступків) існують проміжні категорії, яким притаманні ознаки цивільно-правових адміністративних, дисциплінарних правопорушень, за скоєння окремих злочинів передбачена відповідальність як за дисциплінарні правопорушення, застосовуються заходи громадського стягнення, збережена адміністративна преюдиція¹.

Наведене дослідження підтверджує існування проміжного виду діяння між злочином та іншими видами правопорушень. Саме воно і отримало назву «кримінальний проступок»».

¹ Кримінальний проступок у доктрині та законодавстві : монографія / за заг. ред. В. О. Туликова. Одеса. 2012. С. 28.

Необхідно зазначити, що поділ кримінально карних діянь на злочини й проступки був відомий законодавству ще у з часу прийняття Уложення про покарання кримінальні та виправні (1845 р.), відповідно до якого усі покарання поділялися на кримінальні та виправні. За проступок призначалося лише виправне покарання. Виділення кримінальних проступків в окремий вид кримінально карних діянь було збережене також у Кримінальному уложенні (1903 р.) за цим нормативно-правовим актом вони каралися арештом або грошовим штрафом¹.

На сучасному етапі у кримінальному праві України поняття кримінального проступку розглядається лише при порівняльному огляді поняття злочину у кримінальному законодавстві інших держав або при дослідженні окремих етапів історії становлення кримінального законодавства сучасної України².

За своїми ознаками кримінальний проступок характеризується тим, що його об'єктивна сторона охоплює характеристику протиправної активності у сфері адміністративних, дисциплінарних чи цивільно-правових відносин (порушення певного порядку діяльності та/або управління, виконання цивільно-правових зобов'язань тощо), а його об'єктом є безпека особи, соціальної групи, держави, що належить до природних прав і порушується опосередковано через інші горизонтальні відносини.

Кримінальним проступком є передбачене цим Кодексом діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або інше покарання, не пов'язане з позбавленням волі.

Введення кримінальних проступків мали розв'язати проблеми як у сфері матеріального права, так і процесуального. Проблема матеріального права полягала в несистемності кримінального та адміністративно-деліктного законодавства. Ідея поділення кримінального правопорушення на злочин та проступок якраз полягає в тому, що перші мають значні наслідки для суспільства і передбачають ізоляцію особи від нього, другі ж – ні. Проблема процесуального права полягала в наявності єдиного порядку розслідування всіх кримінальних правопорушень незалежно від ступеня тяжкості, що призводило до низької ефективності цього процесу. Як наслідок – єдиним суб'єктом розслідування злочинів був слідчий, навантаження на якого могло сягати 300 кримінальних проваджень одночасно, які просто фізично неможливо розслідувати.

¹ Політова А. С. Кримінальний проступок як новела реформування кримінальної юстиції. Вісник Кримінологічної асоціації України. 2013. № 4. С. 72.

² Дмитрук М. М. Кримінальний проступок: правова природа та ознаки: монографія. Одеса. 2014. С. 12.

Оскільки категорія кримінального проступку становить близько чверті від всіх складів злочинів у КК України, а фактично (за статистичними даними) це понад 50% від усіх кримінальних правопорушень, які вчиняються в країні, то завдяки спрощеній системі розслідування має відбутися розвантаження слідства. Вивільнення ресурсів слідства має привести до ефективнішого розслідування «тяжкої» злочинності.

Інститут кримінальних проступків фактично формується за рахунок злочинів невеликої тяжкості. Водночас, така дефініція не може претендувати на правильність, зокрема, із позиції правової визначеності, оскільки законодавець не сформував суттєві ознаки відмінностей злочинів від проступків, а лише формально їх розмежував, зазначаючи, які з раніше названих злочинами протиправні діяння стануть проступками, що не є ознакою системного аналізу й конструктивного підходу під час здійснення правотворчої діяльності¹.

Зрозуміло, що проблема кримінальних проступків пов'язана із формуванням окремої кримінально-правової доктрини, що розглядає правореалізацію, процес інтерпретації норми саме як її нормативне буття, вивчає патології та закономірності інтерпретаційних процесів на національному (закон та законодавець), груповому (правозастосовувачі) та індивідуальному рівнях, надає орієнтири виходу із прайового хаосу та формування кримінально-правового законодавства сталого типу, для якого ідея сталого розвитку є головною правотворною ідеєю, ідеєю сучасного регулювання найбільш важливих процесів динаміки взаємодії правової та злочинної поведінки та зловживань правом з боку всіх суб'єктів кримінальних правовідносин².

Питання виділення кримінальних проступків як самостійного інституту кримінального права, розглядалося і вченими. Так Азаров Д.С. зазначає, запровадження категорії кримінального правопорушення, що об'єднуватиме кримінальні проступки та злочин, дозволить реалізувати один з аспектів соціальної справедливості – за правопорушення однакової правової природи, що характеризуються однаковими родовими ознаками, має наставати одна й та сама за сутністю відповідальність (звісно, міра цієї відповідальності та відповідний процесуальний порядок можуть відрізнитися). У сфері кримінального права це стане можливим, якщо правильно визначити критерії, із використанням яких буде окреслено коло адміністративних деліктів, що слід визнати кримінальними правопорушеннями³.

¹ Телешецький О. Актуальні питання введення в дію та ефективного застосування правових норм щодо інституту кримінальних проступків в Україні. Бюлетень Асоціації адвокатів України. 2019. № 6 (43). С. 14.

² Кримінальний проступок у доктрині та законодавстві : монографія / за заг. ред. В. О. Туликова. Одеса. 2012. С. 14.

³ Соціальна функція кримінального права: проблеми наукового забезпечення, законотворення та правозастосування : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 12–13 жовт. 2016 р.) / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2016. С. 156.

А. Піонтковський та М. Шаргородський висловлювалися з приводу доцільності виділення злочинів незначної тяжкості у категорію антигромадських проступків¹.

Г. Федотова зазначає, що характеризуючи кримінальні проступки, потрібно брати до уваги найменшу суспільну безпеку, зумовлену об'єктом посягання, характером і тяжкістю шкоди, способом вчинення діяння, формою та ступенем вини, мотивами й метою, а також усіма іншими об'єктивними й суб'єктивними ознаками, завдяки чому під кримінальним проступком пропонується розуміти вид кримінального правопорушення, який полягає в суспільно небезпечній поведінці, що посягає на об'єкти кримінально-правової охорони, яка заподіює або може заподіяти незначну шкоду, а наслідки такої шкоди не можуть бути незворотними².

Вчені В. Туликов, Г. Пімонов, Т. Дмитришина під кримінальним проступком пропонують розуміти вид кримінального правопорушення, що має знижений ступінь суспільної небезпеки, за який може бути призначено покарання, не пов'язане з позбавленням і обмеженням волі (арешт, виправні роботи, громадські роботи, штраф), що не тягне за собою судимості. У такій редакції кримінальний проступок буде самостійною категорією кримінальних правопорушень, він буде обмежений типовою санкцією, яка відповідає його суспільній небезпеці, виключить такий правовий наслідок, як судимість, характерний для злочинів³.

Таким чином, узагальнивши вказані визначення та характеристики доходимо висновку, що кримінальний проступок сприймається сучасними науковцями як діяння, яке характеризується незначною суспільною небезпекою, на що вказує вид об'єкту посягання, характер і тяжкість шкоди, спосіб вчинення діяння, форма та ступінь вини, мотиви й мета, а також усі інші об'єктивні й суб'єктивні ознаки.

Вказані властивості кримінального проступку, його взаємозв'язки, місце серед інших видів правопорушень можуть використовуватись як основні початки впровадження категорії кримінального проступку при розробленні відповідних законопроектів.

У підсумку стверджуємо, що фактично зміст поняття кримінального правопорушення, злочину і кримінального проступку залишився майже ідентичним, а критерієм розмежування нетяжких злочинів та кримінальних проступків є лише різниця штрафних санкцій за ці діяння.

¹ Політова А. С. Кримінальний проступок як новела реформування кримінальної юстиції. Вісник Кримінологічної асоціації України. 2013. № 4. С. 72-73.

² Федотова Г. Ф. Кримінальний проступок як вид кримінального правопорушення. Наука і правоохоронна діяльність. 2017. № 4 (38). С. 223.

³ Кримінальний проступок у доктрині та законодавстві : монографія / за заг. ред. В. О. Туликова. Одеса. 2012. С. 35.

Водночас, коли ми говоримо про домашнє насильство, треба розуміти, що мова йде не стільки про дїм у фізичному сенсі цього слова, місце постійного перебування особи, скільки про певний символічний простір, де «домашність» виводиться через окреслення кола осіб, на яких поширюється дія законодавства про домашнє насильство. Ч. 2, 3 ст. 3 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» від 07.12.2017 р. окреслюють коло осіб, на яких поширюється законодавство про запобігання та протидію домашньому насильству. Це означає, що зв'язка «спеціальний суб'єкт – спеціальний потерпілий» для злочинів, пов'язаних з домашнім насильством, стає конститутивним акцентом та визначається за допомогою ст. 3 закону.

9.3. Кримінологічна характеристика індивідуальної злочинної поведінки в домашньому насильстві

Домашнє насильство переважно носить індивідуальний характер насильника, насильницькі дії вчиняються в одиночку і найчастіше без попередньої підготовки, мають ситуативний, заздалегідь не плановий, імпульсивний характер.

Індивіди, об'єднані в сім'ю, мають свої відмітні особливості в силу віку, соціального статусу, сімейної ролі (батько, свекруха, невістка, дружина, чоловік, діти). Властивості особи надають нам відповідь, чому одна особа у разі гострого конфлікту, що має фруструючий характер, прибігає до розлучення, інші - до самогубства, треті - до злочину.

Будь-який злочин є результатом людської поведінки. Поведінка – це процес, який відбувається в просторі, в часі і включає дії, які змінюють зовнішнє середовище. Це процес психологічних явищ (думки, уявлення, почуття), які визначають генезис того чи іншого вчинку.

Людська поведінка строго індивідуальна, але це не заважає знаходити спільні риси та закономірності цих процесів у різних людей.

В кримінологічній науці поняття «індивідуальної злочинної поведінки» використовується для характеристики причин злочинного акту. Особливості механізму індивідуальної злочинної поведінки осіб, які скоюють насильницькі злочини (на прикладі насильницьких злочинів проти особи), дозволяють відрізнити механізм насильницьких злочинів від інших (ненасильницьких) видів злочинної поведінки. Обґрунтованість такого положення полягає у тому, що кожний конкретний злочин не тільки відрізняються один від одного за індивідуальними особливостями, але й мають загальні ознаки, що дозволяє поєднувати їх у відособлені групи, наділяти видовими ознаками, які відрізняють вивчаємі злочини від ознак інших груп. За допомогою видових ознак можливо проводити відмінності між насильницькими та іншими злочинами, що допомагає при вивченні механізму виділити видові ознаки індивідуальної злочинної поведінки.

О. Бандурка, О. Литвинов, зазначають, що поведінка людини є процесом, яка розгортається як у просторі, так і в часі і включає не тільки самі дії, які змінюють зовнішнє середовище, а й психологічні явища і процеси, що їм передували – сприйняття, думки, почуття, уявлення, які й визначають генезис того чи іншого вчинку. При цьому психічна активність присутня завжди, навіть якщо вона не помітна і не призводить до будь-яких безпосередніх змін у зовнішньому світі. Характер протікання психологічних процесів людської поведінки суто індивідуальний, що, однак, не заважає знаходити спільні риси та закономірності¹.

В психології під поведінкою людини мається на увазі властива їй взаємодія з оточуючими предметами, навколишнім середовищем. З точки зору психології, звідки в кримінологію і прийшло поняття «індивідуальна поведінка» є система поведінкових актів, яка пов'язана з особливостями психіки кожної окремої людини та проявляються в її характері, темпераменті, потребах і здібностях. Як стверджував О. Джужа, особа злочинця – це сукупність соціально значимих ознак, зв'язків і відносин, які характеризують людину, винну в порушенні норм кримінального права².

Як відомо, злочини пов'язані з насильством, спрямовані проти особи або проти власності конкретної особи, їхній характер та поширеність є важливим показником здоров'я суспільства в цілому, його соціальної та моральної зрілості. Домашнє насильство має особливу специфіку. Воно належить до соціальної сфери, тому що завжди пов'язано з особливостями сімейних відносин. Таке насильство має своє власне і цілком визначене змістовне навантаження. Звичайно, у кожному конкретному випадку, констатує С. Лесной, про яке б насильство не йшла мова, воно завжди має специфіку. Однак особливо слід виділяти сімейні відносини, які тісно пов'язані з основним осередком нашого суспільства³.

Сімейні та родинні стосунки виводить дослідження в широку соціальну сферу. Вони пов'язані з такими поняттями, як умови життєдіяльності людей, соціальні умови.

До соціальних умов, в яких формується особистість можна віднести навколишнє середовище, спосіб життя, що є визначальним чинником у придбанні рис характеру, навичок та іншого досвіду, які визначають структуру особистості та її зміст. Конкретною життєвою ситуацією можна назвати взаємодію властивостей особистості та соціального середовища, в якому особа

¹ Бандурка О. М., Литвинов О. М. Механізм злочинної поведінки. Вісник кримінологічної асоціації України. 2016. № 3 (14). С. 112-113.

² Кримінально-виконавче право України: Загальна та Особлива частини : навч. посіб. / за заг. ред. О. М. Джужі. Київ : Юрінком Інтер, 2002. С. 203.

³ Шалгунова С. А. Особа насильницького злочинця : монографія. Дніпропетровськ : Дніпроп. Держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2011. С. 258.

перебуває, а також особливості суб'єктивного відображення об'єктивної дійсності. Отже, конкретна життєва ситуація є основною детермінантою індивідуальної поведінки особи. Соціальні умови сім'ї тісно пов'язані із сімейними відносинами, завжди мають взаємозв'язок із суспільними відносинами, способом життя членів суспільства. Такі сімейні проблеми, як пияцтво та дармоїдство, наркоманія та проституція, зазначає, М. Бабаєв, призводять до розриву сімейних відносин (розлучення, уходу дітей з домівок тощо) більш того – до сварок та бійок, побоїв, катувань, жорстокості, насильства. А кримінологічний аспект проблеми домашнього насильства, підкреслював А. Блувштейн, передбачає аналіз відповідних злочинів¹.

Необхідно зазначити, що домашнє насильство не обумовлене тільки одним асоціальним способом життя, як зазначає С. Шалгунова головними «компонентами» домашнього насильства є: особа та її поведінка в родині, займана в родині позиція, властиві їй якості, специфіка процесу формування злочинних дій та їх мотивація, віктимна поведінка потерпілої особи, її реакція на дії кривдника. Також С. Шалгунова, підкреслює, що при аналізі сімейних злочинів не можна відривати один від одного мотив і насильство, їх єдність виявляється ще більш виразно, ніж у інших випадках². Варто мати на увазі, що мотив означає і глибоку особисту причину злочинного насильства. Він допомагає відповісти на запитання про те, чому особа поводить злочинно і при цьому прагне до насильства, застосовує його.

Мотив розкриває співвідношення між внутрішнім і зовнішнім світом особи, між її потребами і можливостями (способами) їх задоволення, оскільки є саме особистісною детермінацією як злочинної поведінки в цілому, так і насильства. Мотиви злочинної поведінки і застосованого насильства завжди тісно пов'язані з потребами та інтересами особи.

Особистісні риси злочинця накладають відбиток на мотивацію, а мотиви злочинної поведінки закріплюються у насильстві і конкретних кримінально караних діях, деформують особу злочинця. Критерієм відмежування домашнього насильства від інших злочинів є доволі специфічна сімейна мотивація, елемент якої складають характерні для сім'ї форми насильства. Їх особливості (мотивація та насильства) завжди мають досить виразний прояв. Визначальним у формуванні характеристик так чи інакше є такі чинники, як сім'я, побут, дозвілля. В основному з родиною, побутом та дозвіллям пов'язані всі соціальні детермінанти кримінального насильства.

Вчинення домашнього насильства та спонукання до скоєння злочину найчастіше передує глибокий, тривалий конфлікт або серію конфліктів, що

¹ Шалгунова С. А. Особа насильницького злочинця : монографія. Дніпропетровськ : Дніпроп. Держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2011. С. 260.

² Шалгунова С. А. Особа насильницького злочинця : монографія. Дніпропетровськ : Дніпроп. Держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2011. С. 265.

складаються в процесі сімейного спілкування між кривдником і жертвою, або з іншими членами сім'ї.

Психологи, розглядаючи генезис конфліктів в сім'ї, звертають увагу на те, що кожен член родини – особлива особистість, у зв'язку з чим варто звернути увагу на специфіку сімейних міжособистісних відносин і протиріч, що призводять до конкретних конфліктів. У цілому, як зазначає С. Шалгунова це, так би мовити, сімейна обстановка, насичена, однак, ознаками кримінальної ситуації. Разом з тим, підкреслює дослідниця, для того, щоб вивчити причини і умови сімейних злочинів, осіб, котрі їх вчиняють, розробити відповідні профілактичні заходи, необхідно пізнати саму родину, провести дослідження сімейних відносин, протиріч, конфліктів¹

Також необхідно зважити на прояв у вчиненні домашнього насильства конкретної форми девіантної поведінки. Девіантна (від лат. *deviatio* – відхилення) поведінка – це поведінка, що порушує соціальні норми певного суспільства. Вона виражається у вчинках, діях (або бездіяльності) як окремих індивідів, так і соціальних груп, що відступають від встановлених законодавчо або сформованих в конкретному соціумі загальноприйнятих норм, правил, принципів, зразків поведінки, звичаїв, традицій. Девіантною називають поведінку, яка не відповідає нормам і ролям. Девіантну поведінку нерідко пов'язують з реакцією суспільства на нього і тоді визначають як «відхилення від групової норми, яке тягне за собою ізоляцію, лікування, тюремне ув'язнення або інші покарання порушника».

І. Дроздова зазначає, найбільш не безпечними для формування девіантної поведінки є алкогольно-аморально-асоціальні сім'ї, в яких процвітає пияцтво і алкоголізм всіх членів, залучення дітей до випивки, систематичні конфлікти (скандали і бійки), розпусні дії батьків, застосування насильства, фізичного покарання, часом в жорстокій формі².

Такі чинники на формування девіантної поведінки в своїх наукових працях відмічає В. Шахова, зазначаючи, алкоголізм і побутове пияцтво виступають одним з найважливіших криміногенних чинників насильства в сім'ї³.

В. Зарубіна вказує, що домашнє насильство виникає у зв'язку з наявністю «таких фонових явищ як алкоголізація і наркотизація»⁴.

¹ Шалгунова С. А. Особа насильницького злочинця : монографія. Дніпропетровськ : Дніпроп. Держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2011. С. 265-266.

² Дроздова І. В. Насильство в сім'ї як одна із детермінант девіантної поведінки дітей та молоді. Науковий Вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2011. № 2. С. 276.

³ Шахов В. И. Насилие в семье: уголовно-правовое и криминологическое значение : автореф. дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.08. Казань, 2003. С. 9.

⁴ Зарубина В. Д. Социальное неблагополучие и насилие семье (криминологическое исследование) : автореф. дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2013. С. 4.

Варто погодитися, з тим, що данні чинники потенційно сприяють і часто обумовлюють здійснення не лише правопорушень в сімейній сфері а й в загалі злочинів. Разом з тим, необхідно визначити, що насильство має місце не тільки в соціально-неблагополучних родинах, воно відбувається в будь-яких категоріях населення, незалежно від класових, культурних, соціально-економічних аспектах.

Оскільки насильство вчиняється людиною проти людини або спільноти людей, поняття «насильство» повинно враховувати сутність індивіда, яку, відповідно, неможливо з'ясувати без урахування його психологічної основи.

Психологія трактує насильство здебільше як *безпідставну, імпульсивну, ірраціональну та негативну агресію*. Психолого-правова інтерпретація дефініції «агресія» (атакуючі, напористі, нав'язливі дії; поведінка особи, яка заподіює шкоду (або збитки) оточенню) найбільш глибоко характеризує діяльнісний аспект насильства. Американський психолог Л. Берковець (1926-2016) використовував термін «насильство» тільки відносно крайньої форми агресії, навмисного прагнення заподіяти серйозну фізичну шкоду іншій особі. Він визначав, що схильність до насильства може бути результатом цілого ряду різних впливів: недолік любові і послідовність батьків у застосуванні виховних дій у ранні, формуючи роки дитини; спадковість, рівень стресових станів і те, в якому ступені дитині вдається або не вдається реалізувати свої особисті прагнення¹. Американський філософ Д. Даттон (1944 - 2010) визначав, що психопатологічні елементи особистості людини, які здійснюють насильство, формуються ще з раннього дитинства, в якому простежується досвід реальної чи уявної втрати, відчуття покинутості, несприятливої ситуації в родині тощо. Звідси виникає певне почуття неповноцінності, до якого додаються впливи соціального середовища, а також невміння нести відповідальність, що формують у такого чоловіка стереотипне ставлення до жінок, і як наслідок – більшу схильність до жорстокого поводження². Погоджуючись з думками означених вчених, одночасно зазначимо, що жорстока, агресивна поведінка одного з членів родини призводить до певної реакції з боку іншого члена сім'ї, що в свою чергу, впливає на ймовірність такої жорстокої поведінки в майбутньому та формує неадекватні форми поведінки які спостерігаються дітьми, та можуть «вкоренитися» і бути повторені ними в іншій соціальній взаємодії.

Насильство відноситься до одного із складних явищ людської психіки, тому неможливо його характеризувати тільки з точки зору, простих

¹ Берковец Л. Агрессия: причины, последствия и контроль. Санкт-Петербург: Прайм. ЕВРОЗНАК. 2007. С. 198.

² Dutton D. G. Male Abusiveness in Intimate Relationships. *Clinical Psychology Review*. 1995. № 15. P. 568.

інстинктивних біологічних схем поведінки, що стає об'єктивно наочно при поглибленому дослідженні феноменології насильства.

Проблема насильства до теперішнього часу залишається досить складною і повністю не вирішеною, не дивлячись на те, що це питання не обійшов увагою жоден відомий мислитель минулого. Філософський аналіз поняття «насильства» демонструє багатогранність виміру цього явища. В кожную історичну епоху воно відіграло певну роль і характеризувалося особливостями до підходу та визначення самого терміну.

Процес формування людської цивілізації у конфліктному середовищі, завжди був пов'язаний з проявом насильницьких дій. Війни, революції, захоплення майна, конфлікти, протистояння були присутніми у будь-якому суспільстві, на різних етапах історичного розвитку. Насильство завжди було неодмінним атрибутом людського життя, більш того жодна із форм насильства не зникли, а навпаки набули інших, більш витончених форм та проявів.

Сьогодні існують інші форми насилля: економічне, яке в кримінології практично не досліджене, різні види сексуального насильства (сексуальні домагання, переслідування, примусові аборти, стерилізація жінок, примус до шлюбу, тощо), психологічне та інші що потребують проведення окремого наукового аналізу і дослідження.

Зміст домашнього насильства опосередковується через триваючі відносини між близькими людьми, пов'язаними спільним побутом чи родинними зв'язками.

На відміну від злочину, здійсненого незнайомою людиною, домашнє насильство виходить від чоловіка або партнера, колишнього чоловіка, батьків, дітей, інших родичів.

Враховуючи це, ми можемо сформулювати основне визначення: Домашнє насильство – це акти умисного систематичного вчинення протиправного фізичного, психологічного, сексуального, економічного впливу на близьких людей, які здійснюються проти їх волі з метою надбання влади і контролю над ними, що призводить до різного роду страждань, розладів здоров'я, емоційної залежності чи погіршення якості життя потерпілої особи.

References:

1. Antonyan Yu. M. *Kriminologiya. Izbrannyye lektsii. Moskva, 2004. 448 s.*
2. Bandurka I. O. *Malynovska T. M. Implementatsiia norm Stambulskoi konventsii v konteksti protydii domashnomu nasyilstvu. Pravo UA. 2020. № 3. S. 142-147.*
3. Bandurka O. M., Bandurka I. O. *Zlochynnist i suchasnist : monohrafiia. Kharkiv : KhNUVS, Maidan, 2020. 408 s.*
4. Bandurka O. M., Lytvynov O. M. *Mekhanizm zlochynnoi povedinky. Visnyk kryminolohichnoi asotsiatsii Ukrainy. 2016. № 3 (14). S. 110-119.*
5. Berkovets L. *Agressiya: prichyni, posledstviya i kontrol. Sankt-Peterburg : Praym. EVROZNAK. 2007. 510 s.*

6. Blaha A. B. *Doslidzhennia sotsialnoi pryrody nasylstva – teoretychne pidgruntia dlia kryminolohichnoho analizu nasylstva v simi. Porivnialno-analitychne pravo. 2013. № 3-2. S. 247-250.*
7. Blaha A. B. *nasylstvo v simi (kryminolohichniy analiz i zapobihannia) : monohrafiia. Kharkiv : FO-P Makarenko, 2014. 360 s.*
8. Brokgauz F. A., Efron I. A. *Entsiklopedicheskiy slovar : v 86 t. Reprintnoe vosproizvedennoe izdanie. Sankt-Peterburg, 1890. T. 40. 638 s.*
9. Veprytskyi R. S. *Fenomenolohiia zlochynnosti v rehioni : monohrafiia. Kharkiv : Zolota mylia, 2014. 324 s.*
10. Halushko B. S. *Poniattia zlochynu v kryminalnomu pravi Ukrainy. Aktualni problemy derzhavy i prava. 2012. S. 591- 596.*
11. Hrynenko I. O. *Poniattia zlochynu v istorii kryminalnoho zakonodavstva ta pravovii doktryni. Pravo i suspilstvo. 2017. № 3 ch. 2. S. 170-176.*
12. Dal V. *Tolkoviy slovar zhivogo velikorusskogo yazyka : v 4 t. Moskva : Gos. izd-vo inostrannykh i nats.slovary, 1955. T. 2 : I-O. 778 s.*
13. Dzh. Dzhheri Bolshoy *tolkoviy sotsiologicheskii slovar : v 2 t. Moskva : Veche : AST, 1999. T. 2. 528 s.*
14. Dmytruk M. M. *Kryminalnyi prostupok : pravova pryroda ta oznaky : monohrafiia. Odesa. 2014. 224 s.*
15. Drozdova I. V. *Nasylstvo v simi yak odna iz determinant deviantnoi povedinky ditei ta molodi. Naukovyi Visnyk Lvivskoho derzhavnogo universytetu vnutrishnikh sprav. 2011. № 2. S. 273-280.*
16. Zarubina V. D. *Sotsialnoe neblagopoluchie i nasilie seme (kryminologicheskoe issledovanie) : avtoref. dis. ...kand. yurid. nauk : 12.00.08. Moskva, 2013. 24 s.*
17. Kollinz R. *Teoriya konflikta URL: http://azps.ru/polpsy/lib/konflikt_kollinz.html (data zvernennya 07.09.2021).*
18. Kolpakova L. A. *Nasilie v seme: viktimologicheskii aspekt, differentsiatsiya otvetstvennosti i voprosy zakonodatelnoy tehniky : dis. ... kand. yurid. nauk : 12.00.08. Moskva, 2007. 232 s.*
19. *Konventsiiia Rady Yevropy pro zapobihannia nasylstvu stosovno zhinok i domashnomu nasylstvu ta borotbu z tsymy yavyshchamy (Stambulska konventsiiia): zapytannia ta vidpovidi. URL: <https://rm.coe.int/istanbul-convention-questionsand-answers-ukrainian/1680944874> (data zvernennia 1.11.2021).*
20. *Kryminalnyi Kodeks Ukrainy : Zakon Ukrainy vid 05.04.2001 r. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (data zvernennia 1.11.2021).*
21. *Kryminalnyi prostupok u doktryni ta zakonodavstvi : monohrafiia / za zah. red. V. O. Tulykova. Odesa. 2012. 428 s.*
22. *Kryminalno-vykonavche pravo Ukrainy: Zahalna ta Osoblyva chastyny : navch. posib. / za zah. red. O. M. Dzhuzhi. Kyiv : Yurinkom Inter, 2002. 448 s.*
23. *Mokriak M. O. Do problemy fenomenolohichnoi kharakterystyky zasobiv masovoi informatsii Kryminalne pravo ta kryminolohiia; kryminalno-vykonavche pravo. Visnyk Pivdennoho rehionalnoho tsentru Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy. 2017. № 11. S. 102-107.*
24. *Platonov I. N. Byit, dosug i semeynye prestupleniya. Prestupleniya v sfere byita i dosuga : mater. nauch.-prakt. konf. (g. Chelyabinsk, 1996.). Chelyabinsk, 1996. S. 59-60.*

25. Politova A. S. *Kryminalnyi prostupok yak novela reformuvannia kryminalnoi yustytzii*. *Visnyk Kryminalohichnoi asotsiatsii Ukrainy*. 2013. № 4. S. 72.
26. Saifulina Yu. V. *Fenomenolohichni pidkhid do rozuminnia prava*. *Naukovyi visnyk Chernivetskoho universytetu*. 2011. Vyp. 597. S. 29-33.
27. Saifulina Yu. V. *Fenomenolohichni pidkhid shchodo rozuminnia prava*. *Pravo i suspilstvo*. 2012. Vyp. 1. S. 40-44.
28. Sliusar V. M. *Nasyllia yak substantsiina kharakterystyka sotsialnykh transformatsii : dys. ... d-ra filos. nauk : 09.00.03*. Kyiv, 2019. 269 s.
29. Sokolov S. V. *Sotsialnaya konfliktologiya*. Moskva : YuNITI, 2001. 327 s.
30. *Sotsialna funktsiia kryminalnogo prava: problemy naukovooho zabezpechennia, zakonotvorennia ta pravozastosuvannia : materialy mizhnar. nauk.-prakt. konf. (m. Kharkiv, 12–13 zhovt. 2016 r.) / redkol. : V. Ya. Tatsii (holov. red.), V. I. Borysov (zast. holov. red.) ta in.* Kharkiv : Pravo, 2016. 564 s.
31. *Teleshetskyi O. Aktualni pytannia vvedennia v diiu ta efektyvnoho zastosuvannia pravovykh norm shchodo instytutu kryminalnykh prostupkiv v Ukraini*. *Biuletyn Asotsiatsii advokativ Ukrainy*. 2019. № 6 (43). S. 14.
32. *Tischenko V. V. Kriminalisticheskie aspekty izucheniya prestupnoy deyatelnosti. Problemy gosudarstva i prava Ukrainyi*. Kiev : UMK VO, 1992. S. 103-109.
33. *Fedotova H. F. Kryminalnyi prostupok yak vyd kryminalnogo pravoporushennia*. *Nauka i pravookhoronna diialnist*. 2017. № 4 (38). S. 219-225.
34. *Haydegger M. Razgovor na proselochnoy doroge : sbornik / per. s nem., pod red. A. L. Dobrohotova*. Moskva : Vyssh. shk., 1991. 192 s.
35. *Cherepanova E. S. Filosofiya konflikta : ucheb. posobie*. Ekaterinburg : izd-vo Ural. un-ta. 2016. 196 s.
36. *Shalhunova S. A. Osoba nasylnytskoho zlochyntsia : monohrafiia*. Dnipropetrovsk : Dniprop. Derzh. un-t vnutr. sprav; Lira LTD, 2011. 548 s.
37. *Shapchenko S. D. Sklad zlochyntsu yak kryminalno-pravovyi fenomen: sutnist ta osnovni formy isnuvannia*. *Visnyk Akademii advokatury Ukrainy*. 2009. № 1 (14). S. 240-243.
38. *Shahov V. I. Nasilie v seme: ugolovno-pravovoe i kriminologicheskoe znachenie : avtoref. dis. ...kand. yurid. nauk : 12.00.08*. Kazan, 2003. 25 s.
39. *Iaitska D. I. Kryminalizatsiia domashnoho nasylstva v Ukraini*. *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal*. 2018. № 2. S. 204-208.
40. *Dutton D. G. Male Abusiveness in Intimate Relationships*. *Clinical Psychology Revie*. 1995. № 15. P. 567–581.
41. *Luijpen W. Phenomenology of Natural Law*. Pittsburg : D. Riedel, 1967. P. 111-113.

РОЗДІЛ X Генеза нормативно-правового забезпечення безпеки дорожнього руху: вітчизняний та зарубіжний досвід

РУДИК Микола Миколайович
кандидат юридичних наук,
викладач кафедри поліцейського права
Національної академії внутрішніх справ, м. Київ
<https://orcid.org/0000-0003-1031-9982>

- 10.1. Проблематика забезпечення безпеки дорожнього руху
10.2. Особливості міжнародних нормативно-правових актів, що закріплюють стандарти поведінки учасників дорожнього руху та усіх тих, хто користується автошляхами, та їх застосування в окремих країнах

Genesis of normative and legal provision of road safety: domestic and foreign experience *Candidate of Law M. M. Rudyk
lecturer at the Department of Police Law at
National Academy of Internal Affairs*

Генеза нормативно-правового забезпечення безпеки дорожнього руху: вітчизняний та зарубіжний досвід
*Кандидат юридических наук Н. Н. Рудык
преподаватель кафедры полицейского права.
Национальной академии внутренних дел*

Ключові слова: безпека дорожнього руху, дорожньо-транспортна пригода, аварійність, органи виконавчої влади, правоохоронні органи, Національна поліція України.

Keywords: road safety, traffic accident, accident, executive authorities, law enforcement agencies, National Police of Ukraine.

Ключевые слова: безопасность дорожного движения, ДТП, аварийность, органы исполнительной власти, правоохранительные органы, Национальная полиция Украины.

АНОТАЦІЯ

В розділі досліджено проблематику забезпечення безпеки дорожнього руху, яка була, є і буде актуальною для будь-якої країни. Цивілізоване суспільство не може існувати без належного задоволення соціальної потреби в просторовому переміщенні засобами автомобільного транспорту. Проаналізовано, що дорожній рух як соціальна

система є первісно небезпечним, заздалегідь аварійним явищем, пов'язаним із автомобілем як джерелом підвищеної небезпеки. Саме аварійність є показником ефективності державного управління у сфері організації діяльності із забезпечення безпеки дорожнього руху. В Україні таку діяльність проводять поєднані в єдину соціальну систему органи виконавчої влади всіх рівнів, правоохоронні органи та окремі галузі народного господарства (автомобілебудування, дорожнє господарство, комунальне господарство, освіта, охорона здоров'я, засоби масової інформації тощо), чільне місце серед яких відводиться Національній поліції України, зокрема Департаменту патрульної поліції.

SUMMARY

The section examines the issue of road safety, which was, is and will be relevant for any country. A civilized society cannot exist without the proper satisfaction of the social need for spatial movement by road. It is analyzed that traffic as a social system is initially dangerous, a pre-accident phenomenon associated with the car as a source of increased danger. Accident is an indicator of the effectiveness of public administration in the organization of road safety activities. In Ukraine, such activities are carried out by executive bodies of all levels, law enforcement agencies and certain sectors of the economy (automotive, road, utilities, education, health care, media, etc.), which are prominent in a single social system. National Police of Ukraine, in particular the Patrol Police Department.

АННОТАЦІЯ

В разделе исследована проблематика обеспечения безопасности дорожного движения, которая была, и будет актуальна для любой страны. Цивилизованное общество не может существовать без должного удовлетворения социальной потребности в пространственном перемещении средствами автомобильного транспорта. Проанализировано, что дорожное движение как социальная система является первоначально опасным, заранее аварийным явлением, связанным с автомобилем как источником повышенной опасности. Именно аварийность является показателем эффективности государственного управления в сфере организации деятельности по обеспечению безопасности дорожного движения. В Украине такую деятельность проводят соединенные в единую социальную систему органы исполнительной власти всех уровней, правоохранительные органы и отдельные отрасли народного хозяйства (автомобилестроение, дорожное хозяйство, коммунальное хозяйство, образование, здравоохранение, средства массовой информации и т.п.), ведущее место среди которых отводится Национальной полиции Украины, в частности, Департамента патрульной полиции.

10.1. Проблематика забезпечення безпеки дорожнього руху

Проблематика забезпечення безпеки дорожнього руху була, є і буде актуальною для будь-якої країни. Україна за рівнем смертності від дорожньо-транспортних пригод (ДТП) посідає п'яте місце в Європі. Цивілізоване суспільство не може існувати без належного задоволення соціальної потреби в просторовому переміщенні засобами автомобільного транспорту. Дорожній рух

як соціальна система є первісно небезпечним, заздалегідь аварійним явищем, пов'язаним із автомобілем як джерелом підвищеної небезпеки. Саме аварійність є показником ефективності державного управління у сфері організації діяльності із забезпечення безпеки дорожнього руху. В Україні таку діяльність проводять поєднані в єдину соціальну систему органи виконавчої влади всіх рівнів, правоохоронні органи та окремі галузі народного господарства (автомобілебудування, дорожнє господарство, комунальне господарство, освіта, охорона здоров'я, засоби масової інформації тощо), чільне місце серед яких відводиться Національній поліції України, зокрема Департаменту патрульної поліції.

Велика кількість ДТП та постраждалих від них також впливає на економіку та сферу охорони здоров'я України. За розрахунками експертів Світового банку, соціально-економічні втрати України від дорожньо-транспортного травматизму оцінюються в 4,5 млрд. доларів США на рік, що становить приблизно 3,4 % валового внутрішнього продукту (у розрахунках 2020 року), включаючи матеріальні витрати, пов'язані з пошкодженням майна та зниженням продуктивності праці, та людські втрати через серйозні травми або смерть унаслідок ДТП.

Процеси, пов'язані з дорожнім рухом, явища, що його супроводжують, та їх наслідки, зокрема, шкода, яку несе суспільство від ДТП, займають важливе місце в суспільному житті та потребують глибокого наукового дослідження. Так, за офіційними даними, у світі в результаті ДТП щодня гине 3 тис. людей і ще близько 100 тис. отримують серйозні травми. За даними ООН, щороку ДТП забирають 1 млн. 200 тис. життів, ще 20-50 млн. осіб отримують травми¹.

Актуальність проблеми забезпечення безпеки дорожнього руху обумовлюється інтенсивним зростанням кількості джерел підвищеної небезпеки, зокрема транспортних засобів, та ускладненням вимог до осіб, які управляють ними. Небачені потужності, швидкості і рушійна потенція техніки, що використовується, супроводжуються інтенсифікацією психічної діяльності людини. Усе це при обмежених психофізичних можливостях людини обумовлює зростання ймовірності вчинення автотранспортних правопорушень².

Основа сучасної системи забезпечення безпеки дорожнього руху була закладена на теренах нашої держави ще у далекому минулому та починається моменту появи першого гужового транспорту (кін. XVII ст.), коли питання забезпечення безпеки дорожнього руху вперше стали об'єктом правового

¹ Рівень ДТП в Україні та світі. URL: <http://www.zaxid.net/newsua/2010/11/21/130059/>.

² Сторавчик В. Г. Запобігання дорожньо-транспортним правопорушенням у контексті реформування національної поліції України та законодавчих новацій у сфері безпеки дорожнього руху. Наук. вісн. Нац. акад. внутр. справ. 2018. № 1 (106). С. 158–172.

регулювання¹, а середина XVIII ст. знаменувалась появою значної кількості міських кінних перевезень. На той час Україна була частиною Російської імперії, а тому період розвитку правового статусу учасників дорожнього руху в Україні у зазначений проміжок часу можна назвати етапом розвитку правового статусу учасників дорожнього руху у період входження України до складу Російської імперії (XVIII – поч. XX ст.).

Отже, поява у XVIII ст. на вулицях великих міст достатньої кількості екіпажів сприяло появі певних правових норм, що зобов'язували водія екіпажу діяти відповідним чином, зокрема, вибрати безпечну для руху швидкість, дотримуватись черговості проїзду перехресть, напрямку руху у транспортному потоці тощо. Проте, незважаючи на наявність певних правил поведінки на дорозі, дисципліна учасників дорожнього руху була вкрай низькою. Так, з боку водіїв екіпажів нерідко порушувався безпечний швидкісний режим, що дуже часто призводило до скоєння ДТП. Як правило, знайти винуватця пригоди було вкрай складно, адже після її скоєння винна у цьому особа зникала з місця пригоди, а спеціальних відмінних ознак, за якими можна було б відрізнити тій чи інший екіпаж, на той час ще не було². Згодом візникам почали видавати спеціальні жетони, які містили два номери. Перший номер означав належність візника до конкретного міста чи району міста, а другий – його особистий номер³. Збільшення сухопутних перевезень та зріст торговельно-економічних зв'язків сприяло удосконаленню процесу організації гужового сполучення, покращенню будівництва та експлуатації доріг, що беззаперечно мало позитивний вплив на забезпечення безпеки дорожнього руху. З метою попередження та припинення лихацтва на транспортних шляхах Олександр I у 1802 році видав Указ «Про заборону швидкої їзди», який вперше на законодавчому рівні визначив відповідальність за порушення правил руху гужового транспорту не тільки візника, але й власника екіпажу. Серед заходів впливу на правопорушників імператор встановив такі, як, відсилка до гамівного будинку, конфіскація коня, штраф (тільки у разі необхідності лікування постраждалого від пригоди). Дорожній рух став невід'ємною та важливою частиною у житті кожної людини, розвитку суспільства, а тому потребував більш масштабного та детального правового регулювання. Таким документом став «Наставление старостам извощичьим и извощикам» від 1812 року, що визначав обов'язки візників та був певним прообразом сучасних Правил дорожнього руху. Відповідальність за порушення у сфері безпеки дорожнього

¹ Шевченко П. Н. Этапы развития системы безопасности дорожного движения в российском государстве. Вестник Московского университета МВД России. 2013. № 11. С. 13–17..

² Войтенков Е. А. Историко-правовые особенности и этапы становления отечественной системы обеспечения безопасности дорожного движения. Общество и право. 2010. № 3 (30). С. 17–28.

³ Войтенков Е. А. Историко-правовые особенности и этапы становления отечественной системы обеспечения безопасности дорожного движения. Общество и право. 2010. № 3 (30). С. 17–28.

руху встановлювалась прийнятим у 1845 році нормативно-правовим актом «Уложение о наказаниях уголовных и исправительных» лише у випадку вчинення ДТП з тяжкими наслідками, а також при ушкодженні покриття вулиць чи доріг. Серед санкцій до винної у скоєнні подібних діянь особи застосовувались такі: штраф, арешт, биття різками, обов'язок відшкодувати спричинену шкоду потерпілому¹.

Друга половина XIX ст. характеризується спробами впровадження різних саморушних екіпажів на паровій, електричній чи бензиновій тязі і врешті-решт наприкінці XIX – поч. XX ст. розпочалось виробництво бензинових автомобілів. Так, в Україні перший автомобіль з'явився в Одесі, а згодом декілька приватних автомобілів іноземного виробництва – у м. Києві². Поява автомобілів на дорогах країни зумовила потребу прийняття правових актів, що встановлюють правила користування транспортними засобами та поведінки на дорозі. Так, у 1896 році Міністерством шляхів сполучення була прийнята постанова № 7453 «О порядке и условиях перевозки тяжестей и пассажиров по шоссе ведомства путей сообщения в самодвижущихся экипажах», що закріплювала основні правила руху і експлуатації автомобілів³. Наприкінці 1908 року були затверджені «Технические правила о движении автомобилей по шоссе ведомства путей сообщения».

Вже у 1909 році була здійснена перша спроба уніфікації правил дорожнього руху на міжнародному рівні шляхом прийняття згоди, що мала назву «Міжнародна конвенція відносно переміщення автомобілів»⁴. У 1910 році вона була ратифікована Російською імперією та з 01 травня стала обов'язковою до виконання на всій території держави⁵. Конвенція складалася з 15 статей і містила перелік обов'язкових вимог до автомобіля, водія, порядку обгону, уніфікувала чотири міжнародних попереджувальних знака («Лоток», «Перекресток», «Вираз», «Переезд рельс») і рекомендувала їх встановлення на відстані близько 250 м до перешкоди. Також була закріплена форма

¹ Войтенков Е. А. Историко-правовые особенности и этапы становления отечественной системы обеспечения безопасности дорожного движения. Общество и право. 2010. № 3 (30). С. 17–28.

² Автомобільний транспорт України: стан, проблеми, перспективи розвитку : монографія / Державний автотранспортний науково-дослідний і проектний інститут; за заг. Ред. А.М. Редзюка. К. : ДП «ДержавтотрансНДІпроект», 2005. с. 8

³ Войтенков Е. А. Историко-правовые особенности и этапы становления отечественной системы обеспечения безопасности дорожного движения. Общество и право. 2010. № 3 (30). С. 17–28.

⁴ Правила дорожного движения и международные Конвенции по дорожному движению. Студопедия. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://studopedia.org/2-126396.html>

⁵ Войтенков Е.А. Историко-правовые особенности и этапы становления отечественной системы обеспечения безопасности дорожного движения / Е.А. Войтенков // Общество и право. 2010. № 3(30). С. 17-28.

міжнародного водійського посвідчення (міжнародне дорожнє свідоцтво для тимчасового пересування за кордоном)¹.

Кінець XIX – початок XX ст. на території Європи, у тому числі знаходження сучасної України, характеризується розвитком міжнародно-правових відносин у сфері безпеки дорожнього руху, появою розвиненої системи організації міських перевезень, контролю за дорожнім рухом, а також страхуванням транспортних засобів їх власниками. Також, на початку XX ст. на вулицях і дорогах великих міст з'являється ще більше видів транспортних засобів, зокрема, гужова повозка, мотоцикл, автомобіль та трамвай. Проте, правовий статус нових учасників дорожнього руху не був регламентованим. Більш того, постійне збільшення транспортних засобів на дорогах Російської імперії вимагало прийняття спеціальних правових норм, що закріплювали б на законодавчому рівні права, обов'язки та відповідальність учасників дорожнього руху, а також регулювали комерційну діяльність перевізників².

Наступним історичним етапом розвитку безпеки дорожнього руху є час Української революції (також Перші визвольні змагання) – низки подій, пов'язаних з національно-визвольною боротьбою українського народу у 1917 – 1921 роках. 27 квітня 1917 року Тимчасовим урядом було винесено постанову «Об учреждении Автомобильного отдела», до повноважень якого відносився контроль за використанням автотранспорту і запчастин, розробка та подання Тимчасовому уряду проектів про необхідні заходи³. Першим нормативно-правовим актом того часу у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху став Декрет Ради народних комісарів від 10 червня 1920 року «Правила автодвижения по городу Москве и ее окрестностям». У даному нормативно-правовому акті на законодавчому рівні закріплювався порядок реєстрації автомобілів, що випускаються на лінію, форма шляхових листів та посвідчень водіїв, вимоги до водіїв, зокрема, наявність документів, що підтверджують законність права керування транспортними засобами. Гранично допустимою межею швидкості для вантажних машин встановлено не більше ніж 15 верст на годину, за порушення якої водія притягали до відповідальності⁴⁵.

¹ Правила дорожного движения и международные Конвенции по дорожному движению. Студопедия. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://studopedia.org/2-126396.html>

² Войтенков Е. А. Историко-правовые особенности и этапы становления отечественной системы обеспечения безопасности дорожного движения. Общество и право. 2010. № 3 (30). С. 17–28.

³ Собрание узаконений и распоряжений правительства, издаваемое при правительствующем Сенате. 1917. Отд. 1. № 105. С. 923-934.

⁴ Бронштейн Л.А. Экономика автомобильного транспорта : [учеб. для студ. вузов, обучающихся по специальности «Автомобили и автомобильное хозяйство»] / Л.А. Бронштейн, А.С. Шульман. М. : Транспорт, 1976. С. 49

⁵ Войтенков Е.А. Историко-правовые особенности и этапы становления отечественной системы обеспечения безопасности дорожного движения / Е.А. Войтенков // Общество и право. 2010. № 3(30). С. 17-28.

У червні 1921 року Центральний виконавчий комітет та Рада народних комісарів СРСР ухвалили Декрет «Про порядок накладення адміністративних стягнень», яким, за порушення у сфері безпеки дорожнього руху, передбачені покарання: штраф, примусові роботи та позбавлення волі. Розмір стягнення Декретом не визначався, адже його встановлювали місцеві Ради з огляду на інтенсивність руху й особливості міської транспортної мережі¹.

29 грудня 1922 року між РРФСР, УРСР, БРСР та ЗСФРР був підписаний Договір про створення СРСР, а тому подальший розвиток безпеки дорожнього руху та правового статусу учасників дорожнього руху відбувається вже в період входження України до складу СРСР 1922-1991 років.

Надалі, у 1936 році ухвалою РНК СРСР було створено Державну автомобільну інспекцію та включено її до складу Головного управління міліції НКВС СРСР. Постановою РНК СРСР від 03 липня 1936 року № 1182 було затверджено Положення про ДАІ ГУНКВС СРСР. Відповідно до цього Положення ДАІ було надано такі права: припиняти експлуатацію технічно несправних автомобілів і мотоциклів; порушувати перед кваліфікаційною комісією питання про позбавлення водіїв права керувати транспортними засобами за систематичне грубе порушення правил руху; накладати на осіб, винних у порушенні встановлених на автомобільному транспорті правил і норм, грошові штрафи².

Згодом, у 1940 році постановою РНК УРСР було затверджено Правила руху й користування автогужовими шляхами УРСР. Чинність зазначених Правил поширювались на всі шляхи загального користування й на будь-якого роду та типу автомобільні перевізні засоби (легкові, вантажні та спеціальні автомобілі, автобуси тощо). Особливістю даної постанови є встановлення нового виду адміністративного стягнення – штраф на місці³.

17 квітня 1947 року була прийнята постанова Рада Міністрів УРСР № 511, якою затверджено єдині тарифи на пасажирські автобусні перевезення на території УРСР, а також встановлено відповідальність у вигляді штрафу за безквитковий проїзд, перевезення вантажу без попередньої оплати тощо⁴, а у 1959 році постановою Ради Міністрів РСФСР було затверджене Положення про

¹ Шудріков В.М. Правові та організаційні засади нагляду підрозділами ДАІ МВС України за технічним станом транспортних засобів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Шудріков Володимир Михайлович. Донецьк, 2008. с. 50.

² Шевченко А.Є. Організаційно-правові аспекти становлення та адміністративної діяльності спеціальних підрозділів НКВС України на транспорті у кінці 20-х – середині 40-х рр. XX ст. : монографія / Анатолій Євгенійович Шевченко. К. : Нац. акад. України, Ін-т історії України, 2005. С. 132-133.

³ Центральний державний архів вищих органів влади та управління України. Рада Народних Комісарів УРСР. 1918-1996 рр. Спр. 212. Постанови Ради Народних Комісарів УРСР, червень 1940 р., 179 арк.

⁴ Збірник постанов і розпоряджень Уряду УРСР. 1947. № 8. Ст. 43. С. 15.

порядок користування автомобільними дорогами, відповідно до якої на автомобільних шляхах було заборонено: проїзд транспортних засобів, загальна висота яких з вантажем перевищувала вказані на шляхово-сигнальних знаках габарити; провіз вантажів, що виступають за габарити транспортного засобу, встановлені стандартом або технічними умовами, а також вантажів, що виступають за задній борт більш ніж на 2 м, або тих, що волочаться по дорозі тощо¹.

Наступним нормативно-правовим актом, що має суттєве значення є Правила руху вулицями та дорогами СРСР, введені в дію 01 листопада 1960 року відповідно до розпорядження Ради Міністрів Української РСР від 07 липня 1960 року № 930-Р. Дія зазначених Правил поширювалась на всі дороги, вулиці (провулки), інші проїзди загального користування, рух якими дозволяється лише правою стороною проїзної частини².

Усі учасники дорожнього руху повинні дотримуватись вимог дорожніх знаків, розмітки, сигналів світлофора та регулювальника, бути уважними до дорожніх умов та порядку руху. Також даний нормативно-правовий акт закріплює правила для пішоходів та пасажирів, правила для велосипедистів, загальні обов'язки водіїв, вимоги безпеки при перевезенні людей, порядок руху транспортних засобів, гужового транспорту, вимоги до технічного стану транспортних засобів, користування освітлювальними приладами, дії учасників дорожнього руху при вчиненні ДТП тощо.

У 1968 році була прийнята Конвенція про дорожній рух (ратифікована Українською РСР лише 25 квітня 1974 року), відповідно до якої учасниками дорожнього руху визнавались водій, велосипедист, вершник, візник, погонич тварин та пішохід³. Також на законодавчому рівні закріплювались їх обов'язки, умови та порядок руху. А з 1 січня 1973 року вступили в дію нові Правила дорожнього руху, які закріплювали загальні обов'язки для водіїв, пасажирів та пішоходів, порядок руху, зупинка чи стоянка транспортних засобів, правила проїзду перехресть, пішохідних переходів, зупинок загального користування та залізничних переїздів, перевезення людей та вантажів, перелік дорожніх знаків та сигналів регулювальника, правила руху у темну пору доби, буксирування транспортних засобів тощо⁴.

¹ Столбов Б.А. Сборник законодательства и иных нормативных актов об административной ответственности / Б.А. Столбов, Ю.С. Суетенков, А.Г. Зимица. М. : Юрид. лит., 1978. С. 79-80.

² Правила движения по улицам и дорогам СССР : введены в действие с 01 ноября 1960 года в соответствии с распоряжением Совета Министров Украинской ССР от 07.07.1960 г. № 930-р. Областная книжная типография Днепропетровского областного издательства, 1961 г.

³ Конвенція про дорожній рух (Вена, 08 листопада 1968 року) [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU70K01U.html

⁴ Правила дорожного движения СССР 1973 года. Журнал «За рулем». [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.zr.ru/archive/zr/1972/12/pravila-dorozhnoo-dvizheniia>

Наступним важливим кроком в історії розвитку правового статусу учасників дорожнього руху є прийняття 13 жовтня 1980 року Основ законодавства СРСР і союзних республік про адміністративні правопорушення¹. Вперше на законодавчому рівні було сформульовано положення про адміністративну відповідальність та наведено поняття правопорушення (проступку), під яким розумілася протиправна, винна (навмисна або необережна) дія (бездіяльність), що посягає на державний або громадський порядок, соціалістичну власність, права та свободи громадян або встановлений порядок управління, за яку законодавством передбачено адміністративну відповідальність. Після ухвалення Основ законодавства СРСР та союзних республік про адміністративні правопорушення в усіх союзних республіках, у тому числі й УРСР, почали працювати над кодифікацією законодавства про адміністративну відповідальність².

Згодом, 7 грудня 1984 року постановою Верховної Ради УРСР № 8073-Х було ухвалено Кодекс Української РСР про адміністративні правопорушення, який став єдиним кодифікованим законодавчим актом у галузі адміністративного права, норми якого встановлювали адміністративну відповідальність за правопорушення у сфері безпеки дорожнього руху³.

16 липня 1986 року наказом МВС СРСР № 139 були затверджені нові Правила дорожнього руху, які вперше на законодавчому рівні закріпили поняття учасника дорожнього руху, яким визнавалася особа, що приймає безпосередню участь в процесі руху як водій, пішохід, пасажир транспортного засобу, погонич тварин⁴. Такі Правила дорожнього руху закріплювали загальні обов'язки водіїв, обов'язки водіїв в особливих умовах, обов'язки пішоходів та пасажирів, початок та зміну напрямку руху, розташування транспортних засобів на проїзній частині, швидкість руху, проїзд перехресть, зупинок транспортних засобів загального користування, рух через залізничні переїзди, перевезення людей та вантажів, навчання керуванню транспортними засобами, додаткові вимоги до руху велосипедів, мопедів, гужового транспорту та ведення тварин проїзною частиною⁵. Вони закріплювали правовий статус учасників дорожнього руху аж до грудня 1993 року, коли владою було прийнято нові Правила дорожнього руху вже незалежної України.

¹ Літошенко О.С. Адміністративна відповідальність в системі юридичної відповідальності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Літошенко Олена Святославівна. К., 2004. С. 35.

² Літошенко О.С. Адміністративна відповідальність в системі юридичної відповідальності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Літошенко Олена Святославівна. К., 2004. С. 35.

³ Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 07 грудня 1984 року № 8073-Х // Відомості Верховної Ради УРСР. 1984. № 51. Ст. 1122.

⁴ Правила дорожного движения: введ. в действие 1 янв. 1987 г. – 2-е изд., стер. – К. : Техника, 1988, 48 с.

⁵ Правила дорожного движения: введ. в действие 1 янв. 1987 г. – 2-е изд., стер. – К. : Техника, 1988, 48 с.

РОЗДІЛ X Генеза нормативно-правового забезпечення безпеки дорожнього руху: вітчизняний та зарубіжний досвід

Тому, наступним періодом розвитку безпеки дорожнього руху є період незалежної України з 1991 року до теперішнього часу. У 1993 році був прийнятий Закон України «Про дорожній рух» № 3353-ХІІ та постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил дорожнього руху» № 1094, які закріпили правовий статус учасників дорожнього руху України як самостійної та незалежної держави¹.

Головною особливістю зазначених нормативно-правових актів є те, що вперше на законодавчому рівні було визначено не тільки обов'язки, але й права водіїв, пасажирів, пішоходів та погоничів тварин. Закон України «Про дорожній рух» був нормативно-правовим актом незалежної України, що визначив правові та соціальні основи дорожнього руху з метою захисту життя та здоров'я громадян, створення безпечних і комфортних умов. Також Закон регулює суспільні відносини у сфері дорожнього руху, визначає права, обов'язки і відповідальність суб'єктів – учасників дорожнього руху, міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, об'єднань, підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності та господарювання².

У той же час, протягом останніх двох десятиліть у світі намітилось суттєве переосмислення проблем безпеки дорожнього руху та шляхів їх вирішення, яке базується на основі численних наукових досліджень та кращого практичного досвіду в цій галузі. Це переосмислення знаходить своє вираження в політиці багатьох країн, які все більше враховують рекомендації таких авторитетних міжнародних організацій як ВООЗ, Світовий Банк, Міжнародний транспортний форум, Європейська Комісія, Європейська рада з транспортної безпеки та інші³.

Сьогодні в Україні рівень смертності та травматизму внаслідок ДТП один із найвищих в Європі, а рівень організації безпеки дорожнього руху залишається низьким, про що у своїх звітах зазначали експерти Всесвітньої організації охорони здоров'я, Світового банку й інших міжнародних інституцій. За останні шість років в Україні зареєстровано майже 170,8 тис. ДТП із постраждалими, в яких загинуло 26,7 тис. та травмовано 210,4 тис. осіб⁴.

Такі дані свідчать про необхідність негайного вирішення тих проблемних питань, які сьогодні стоять перед системою державного управління у сфері

¹ Про затвердження Правил дорожнього руху : постанова Кабінету Міністрів України від 31 грудня 1993 р. № 1094. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1094-93-%D0%BF>

² Про дорожній рух : закон України від 30 червня 1993 р. № 3353-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. 1993. № 31. Ст. 338.

³ Досвід країн Європи щодо управління безпекою дорожнього руху. 2015. URL: <http://tur.org.ua/news/dosvid-krayin-ievropi-shchodo-upravlinnya-bezpekoju-dorozhnogo-ruhu>

⁴ Стратегія підвищення рівня безпеки дорожнього руху в Україні на період до 2020 р.: розпорядження Кабінету Міністрів України від 14 черв. 2017 р. №481-р. Урядовий кур'єр. 2017. № 138

безпеки дорожнього руху, а саме: недосконалість національного законодавства; низький рівень взаємодії суб'єктів гарантування безпеки дорожнього руху; неврегульованість державно-управлінських механізмів із питань розподілу територіальної та функціональної сфер компетенції центральних органів державної влади й органів місцевого самоврядування; несвоєчасність і повільність у розробленні стандартів і нових підходів до безпеки дорожнього руху з урахуванням кращого європейського досвіду; неналежне ставлення громадян України до питань безпеки дорожнього руху; низький рівень професійної кваліфікації фахівців із питань безпеки дорожнього руху¹².

В умовах постійної євроінтеграції суспільства та міжнародного співробітництва України з іншими країнами світу відбувається істотне зближення національної правової системи до міжнародної. Значущість міжнародного права та стандартів для України виявляється у збільшенні числа міжнародних договорів і національно-правових актів за аналогічними предметами регулювання, співвідношенні національного законодавства до міжнародного задля усунення можливих недоліків, прогалин та запозичення міжнародного досвіду у вирішенні певних проблемних питань правового характеру та удосконалення національного законодавства.

Що стосується сфери забезпечення безпеки дорожнього руху, то їх міжнародні стандарти закріплені у певних нормативно-правових актів, підписаних та ратифікованих країнами світу. Зокрема, першим нормативно-правовим актом, що мав істотне значення на території СРСР, стала «Міжнародна конвенція щодо автомобільного руху» 1926 року (м. Париж). Конвенція містила більш докладні, ніж попередня конвенція, вимоги до обладнання автомобілів, що беруть участь в міжнародному русі, а також спеціальні положення про форму, розміри дорожніх знаків і місцях їх установки. Вперше була введена трикутна форма для попереджувальних знаків. До вже прийнятим раніше знакам було додано два нових: «Залізничний переїзд» та «Зупинка обов'язкова»³.

У 1931 році у Женеві на черговій конференції з безпеки дорожнього руху була прийнята «Конвенція про введення одноманітності в сигналізацію на дорогах», яка розширила номенклатуру дорожніх знаків до 26 і розділила їх на три групи: попереджувальні, наказові, вказівні. Слід зазначити, що у 1933 році в

¹ Товстуха С. Актуальні питання щодо удосконалення державно-управлінських механізмів забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні. Державне управління: удосконалення та розвиток. 2010. № 12. URL: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=230>

² Басс В. О. Досвід європейських країн у сфері правового регулювання безпеки дорожнього руху. Безпека дорожнього руху: правові та організаційні аспекти: матеріали XIII Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Кривий Ріг, 16 листоп. 2018 р). Кривий Ріг, 2018. С. 19–22

³ Правила дорожного движения и международные Конвенции по дорожному движению. Студопедия. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://studopedia.org/2-126396.html>

СРСР були затверджені «Правила по застосуванню в межах СРСР Міжнародної конвенції щодо автомобільного руху». У цих Правилах викладена сутність Паризької конвенції щодо автомобільного руху 1926 року і Женевської конвенція про введення одноманітності в сигналізацію на дорогах 1931 року, а в додатку Правил містилися «Основні правила їзди на автомобілях і мотоциклах в межах СРСР»¹.

У подальшому, з метою розвитку міжнародного дорожнього руху та його безпеки шляхом встановлення єдиних правил руху між країнами світу у м. Женеві 19 вересня 1949 року була підписана «Конвенція про дорожній рух». Даний нормативно-правовий акт має особливе значення для розвитку безпеки дорожнього руху, адже закріплює на міжнародному законодавчому рівні права та обов'язки учасників дорожнього руху².

Зокрема, відповідно до Конвенції, всі водії, пішоходи та інші особи, які користуються дорогою, повинні вести себе так, щоб не створювати небезпеки для руху і не утрудняти його. Вони повинні уникати заподіяння шкоди окремим особам, громадському або приватному майну. Водії повинні бути завжди в змозі управляти своїми транспортними засобами або направляти своїх тварин; мати усі необхідні документи, що підтверджують законність права керування транспортним засобом. Наближаючись до інших осіб, які користуються дорогою, вони повинні вживати всіх заходів обережності. Кожен водій транспортного засобу завжди повинен бути в змозі регулювати швидкість руху і керувати ним розумно і з обережністю, знижувати швидкість або зупинитися щоразу, коли того вимагають обставини, особливо коли видимість незадовільна. Також, документ містить правила обгону та випередження транспортних засобів; проїзду перехресть, залізничних переїздів; користування освітлювальними приборами та попереджувальними сигналами тощо. Велосипедисти повинні користуватися велосипедними доріжками, позначеними спеціальними дорожніми сигнальними знаками, коли цього вимагають чинні внутрішньодержавні правила. В усіх випадках, коли того вимагають правила руху, велосипедисти повинні рухатися в один ряд, крім виняткових випадків, передбачених внутрішньодержавними правилами; вони не повинні рухатися на проїзній частині дороги більш ніж в два ряди. Також велосипед забороняється використовувати в якості буксира³.

¹ Правила дорожного движения и международные Конвенции по дорожному движению. Студопедия. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://studopedia.org/2-126396.html>

² Конвенція про дорожній рух (Женева, 19 вересня 1949 року). [Електронний ресурс]. Режим доступу:

http://abdtп.ru/dtp3/info_catalog/norm_prav/00_Mezhdunarodnye_dokumenty/wdoc_convTraffic.htm

³ Конвенція про дорожній рух (Женева, 19 вересня 1949 року). [Електронний ресурс]. Режим доступу:

http://abdtп.ru/dtp3/info_catalog/norm_prav/00_Mezhdunarodnye_dokumenty/wdoc_convTraffic.htm

Конвенція 1949 року містить протокол про дорожні знаки та сигнали, який затверджує категорії дорожніх знаків (попереджувальні, заборонні та наказові), а також їх розмір, колір та правила їх розміщення¹.

Серед чинних нормативно-правових актів, які закріплюють міжнародні стандарти та покликані те тільки полегшити, але й покращити рівень безпеки дорожнього руху, є Конвенція про дорожній рух 1968 року (зі змінами та доповненнями, внесеними Європейською угодою від 01 травня 1971 року та поправками від 28 вересня 2004 року)², яка:

закріплює вимоги до осіб, що бажають бути водіями, зокрема: водій повинен володіти необхідними фізичними і психічними якостями, і її фізичний і розумовий стан має дозволяти йому керувати транспортним засобом; водій механічного транспортного засобу повинен мати знання та навички, необхідні для керування транспортним засобом; однак це положення не перешкоджає навчання водінню відповідно до положень національного законодавства; водій повинен контролювати свій транспортний засіб таким чином, щоб бути завжди в змозі належним чином керувати ним. Він повинен знати правила дорожнього руху, приписи в області безпеки дорожнього руху, а також фактори, які можуть вплинути на його поведінку, як втома, прийом лікарських препаратів і керування транспортним засобом в стані алкогольного сп'яніння чи під впливом наркотиків; водію транспортного засобу слід уникати будь-яких дій, які не пов'язані з водінням (ст. 8);

встановлює правила поведінки водіїв по відношенню до пішоходів, а саме: якщо рух транспортних засобів на пішохідному переході регулюється світловими дорожніми сигналами або регулювальником, водії повинні при наявності сигналу, що забороняє рух, зупинитися перед переходом, а коли вони отримують дозвіл продовжувати рух, не заважати пішоходам, які вже вступили на проїзну частину і переходять через дорогу; якщо рух транспортних засобів на переході не регулюється ні світловими дорожніми сигналами, ні регулювальником, водії повинні при наближенні до цього переходу належним чином знизити швидкість, щоб не наражати на небезпеку пішоходів, що вступили або вступають на перехід; в разі необхідності слід зупинитися і пропустити пішоходів; водії, які мають намір проїхати з боку відповідного напрямку руху повз транспортного засобу загального користування, що знаходиться на належним чином позначеній зупинці, повинні знизити швидкість і в разі потреби зупинитися, з тим щоб забезпечити пасажиром громадського транспорту можливість їх посадки або висадки; водії не повинні заїжджати на

¹ Конвенція про дорожній рух (Женева, 19 вересня 1949 року). [Електронний ресурс]. Режим доступу:

http://abdtп.ru/dtp3/info_catalog/norm_prav/00_Mezhdunarodnye_dokumenty/wdoc_convTraffic.htm

² Конвенція про дорожній рух (Вена, 08 листопада 1968 року) [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU70K01U.html

пішохідний перехід, попередньо не впевнившись, що пішоходи не будуть змушені зупинитися на ньому; водії, які виїжджають на дорогу з придорожньої території або з'їжджати з дороги на таку територію, повинні пропустити пішоходів (ст. 21)¹;

у випадку ДТП водій повинен: не порушуючи приписів національного законодавства щодо обов'язку надавати допомогу постраждалим, по можливості швидше зупинитися, не створюючи додаткову небезпеку для руху; вжити заходів для забезпечення безпеки руху в місці ДТП і, якщо в результаті ДТП є тяжкопоранені або вбиті, уникати в тій мірі, в якій це не впливає на безпеку руху, змінювати що-небудь на місці події або знищувати сліди, які можуть бути корисними для встановлення відповідальності; на вимогу інших осіб, причетних до ДТП, назвати себе; якщо в результаті ДТП є поранені або вбиті, повідомити про це в службу дорожнього руху і, якщо остання не дозволяє покинути місце події або якщо він не повинен надати допомогу пораненим або отримати медичну допомогу сам, повернутися до місця події або залишитися на місці до прибуття співробітників служби дорожнього руху (ст. 31).

Якщо в результаті ДТП заподіяна лише матеріальна шкода, особи, причетні до ДТП, повинні в міру можливості повідомити на місці свої прізвище та адресу і у всякому разі як можна швидше повідомити ці відомості потерпілій стороні безпосередньо або через поліцію².

Стосовно пішоходів Конвенція про дорожній рух 1968 року закріплює, що до пішоходів прирівнюються особи, які везуть дитячу коляску, коляску для хворого, інвалідну коляску або будь-яке інше транспортний засіб, невеликих розмірів і без двигуна, особи, що ведуть велосипед або велосипед з підвісним двигуном, а також інваліди, що пересуваються в інвалідних колясках, що приводяться в рух ними самими або рухаються зі швидкістю пішохода.

Серед основних обов'язків пішоходів Конвенція закріплює такі (ст. 20): 1) пішоходи повинні по можливості не користуватися проїзною частиною, а якщо вони нею користуються, то вони повинні проявляти обережність, щоб не турбувати і не затримувати без необхідності рух; 2) якщо біля краю проїзної частини дороги є тротуар або узбіччя, придатні для руху пішоходів, останні можуть користуватися ними; 3) при відсутності тротуарів або узбіч або в разі неможливості їх використання пішоходи можуть пересуватися по проїзній частині; якщо є велосипедна доріжка і якщо інтенсивність руху дозволяє це, вони можуть рухатися по цій велосипедній доріжці, що не утруднюючи, однак, рух водіїв велосипедів і велосипедів з підвісним двигуном; 4) поза населеними пунктами пішоходи, що рухаються по проїзній частині дороги, повинні

¹ Конвенція про дорожній рух (Вена, 08 листопада 1968 року) [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/MU70K01U.html

² Конвенція про дорожній рух (Вена, 08 листопада 1968 року) [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/MU70K01U.html

дотримуватися (якщо це не загрожує їхній безпеці і при відсутності особливих обставин) сторони, протилежній стороні, відповідної напрямку руху. Однак особи, які ведуть велосипед, велосипед з підвісним двигуном або мотоцикл, інваліди, що пересуваються в інвалідних колясках, а також групи пішоходів, очолювані керівником або представляють собою хід, повинні дотримуватися сторони проїжджої частини дороги, відповідної напрямку руху. За винятком маніфестацій, пішоходи, що рухаються по проїзній частині, повинні по можливості рухатися ланцюжком, один за іншим, якщо цього вимагає безпека руху, зокрема в разі поганої видимості або високої інтенсивності руху транспортних засобів; 5) пішоходи не повинні перетинати проїзну частину дороги, не прийнявши запобіжні заходи; вони повинні користуватися пішохідними переходами, якщо такі є поблизу; 6) якщо на пішохідному переході є світлові та звукові сигнали для пішоходів, останні повинні слідувати вказівкам цих сигналів, якщо на пішохідному переході немає таких знаків або сигналів, але рух транспортних засобів регулюється світловими дорожніми сигналами або регулювальником, пішоходи не повинні виходити на проїзну частину, поки світловий сигнал або жест регулювальника дозволяє рух транспортних засобів; 7) під час переходу проїзної частини поза пішохідним переходом, позначеного розміткою або відповідним знаком або сигналом, пішоходи не повинні виходити на проїжджу частину, не впевнившись в тому, що вони можуть зробити це не утруднюючи руху транспортних засобів. Пішоходи повинні переходити проїзну частину дороги під прямим кутом до її осі. Вийшовши на проїзну частину дороги, пішоходи не повинні подовжувати свій перехід, затримуватися або зупинятися на ній без необхідності¹.

Сьогодні, у контексті розвитку великих міст в Україні, особливе значення має ст. 27 Конвенції, яка закріплює обов'язки велосипедистів, яким забороняється: пересуватися, не тримаючись за руль, використовувати інші транспортні засоби в якості буксира, перевозити, буксирувати або штовхати предмети, які можуть перешкодити управлінню або становлять небезпеку для інших учасників дорожнього руху. Аналогічні положення застосовуються до водіїв велосипедів з підвісним двигуном і мотоциклів, але, крім цього, вони повинні тримати кермо обома руками, за винятком тих випадків, коли необхідно подати сигнал; водіям велосипедів і велосипедів з підвісним двигуном забороняється перевозити пасажирів; окрім як на додатковому сидінні (сидіннях), обладнаному на велосипеді. Водіям мотоциклів дозволяється перевозити пасажирів тільки в колясці (якщо така є) і на додатковому сидінні, яке може бути обладнано позаду водія; при наявності велосипедних смуг руху

¹ Конвенція про дорожній рух (Вена, 08 листопада 1968 року) [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU70K01U.html

або велосипедних доріжок велосипедистам слід рухатися саме по ним; 4) під час руху користуватися захисними шоломами¹.

Також Конвенція про дорожній рух 1968 року вводить поняття автомобіля, механічного транспортного засобу, мотоцикла, дороги, проїзної частини дороги, смуги руху, велосипедної доріжки, перехрестя, залізничного переїзду, зупинки та стоянки транспортних засобів, що стали основою термінології національного законодавства у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху країн-учасниць Конвенції.

Зазначений нормативно-правовий акт закріплював правила розташування водіями транспортних засобів на дорозі; правила обгону та руху рядами; вимоги щодо безпечної швидкості та дистанції; правила проїзду перехресть, зупинки та стоянки транспортних засобів, вимоги до пасажирських перевезень, правила користування світловими та звуковими приладами та умови допуску транспортних засобів до руху на дорозі (обладнання, технічний стан автомобіля)².

Також у 1968 році у м. Вена була прийнята Конвенція про дорожні знаки та сигнали, яка була прийнята країнами-учасницями з метою уніфікації дорожніх знаків. Даною конвенцією, окрім термінів, затверджених раніше Конвенцією про дорожній рух, надається термін поняття «водій», яка означає будь-яку особу, що керує транспортним засобом, автомобілем тощо або веде по дорозі худобу, стада запряжених, в'ючних або верхових і в'ючних тварин³.

Конвенція про дорожні знаки та сигнали 1968 року визначила не тільки категорії дорожніх знаків, але й їх перелік, що відноситься до кожної із категорій окремо. Так, усі дорожні знаки поділені Конвенцією на попереджувальні, знаки пріоритету, заборонні, наказові, інформаційно-вказівні, знаки сервісу, а також таблички до дорожніх знаків. Даний поділ, види та перелік знаків були закріплені у національному законодавстві України при прийнятті та затвердженні Правил дорожнього руху. Кожен учасник дорожнього руху повинен керуватися та дотримуватися вимог дорожніх знаків та розмітки, невиконання яких потягне за собою адміністративну відповідальність відповідно до Кодексу України про адміністративні правопорушення⁴.

Постійне зростання автомобільних потоків між європейськими державами, а також небезпека, з якою пов'язане порушення правил, норм і

¹ Конвенція про дорожній рух (Вена, 08 листопада 1968 року) [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU70K01U.html

² Конвенція про дорожній рух (Вена, 08 листопада 1968 року) [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU70K01U.html

³ Конвенція про дорожні знаки та сигнали (Вена, 08 листопада 1968 року). URL: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/conventn/Conv_road_signs_2006v_RU.pdf

⁴ Конвенція про дорожні знаки та сигнали (Вена, 08 листопада 1968 року) [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/conventn/Conv_road_signs_2006v_RU.pdf

стандартів у сфері транспортної безпеки зумовило підписання Європейської Конвенції про заходи покарання за порушення правил дорожнього руху (м. Страсбург, 30 листопада 1964 року, набула чинності 18 липня 1972 року). Також метою прийняття даної Концепції було зміцнення союзу між європейськими державами, налагодження співпраці для більш ефективного покарання за порушення правил дорожнього руху, скоєних на територіях зазначених країн¹.

Європейська концепція про заходи покарання за порушення правил дорожнього руху визначила перелік порушень на транспорті, за вчинення яких особа буде притягнута до відповідальності незалежно від країни-перебування, а саме: 1) ненавмисне вбивство або нанесення тілесних ушкоджень в результаті дорожнього руху; 2) втеча (приховування) з місця події, тобто порушення зобов'язань, покладених на водія в разі ДТП; 3) водіння автомобіля особою в стані сп'яніння або під впливом алкоголю; під впливом наркотиків або препаратів, що мають аналогічну дію; нездатного вести машину в результаті надмірної втоми; 4) водіння моторного автомобіля без страхового покриття, що гарантує громадянську відповідальність за шкоду, заподіяну третім особам в зв'язку з використанням автомобіля; 5) відмова підкоритися приписам співробітника органів дорожнього руху; 6) недотримання правил, що стосуються: швидкості автомобіля; місця автомобіля в русі та напрямки руху, зустрічного руху, обгону, зміни напрямку і подолання залізничних переїздів; переваги в русі; переважного права проїзду деяких автомобілів - пожежних, швидкої допомоги, поліції; недотримання сигналів і дорожньої розмітки, особливо сигналу «Стоп»; стоянки і зупинки автомобілів; права проїзду автомашин або певних категорій автомашин (негабаритними чи нестандартними); устаткування, що забезпечує безпеку автомобілів і їх вантажу; освітлення автомобіля і використання світлових приладів; вантажу і вантажопідйомності автомашин; реєстрації автомобілів, номерних знаків і знаків, що вказують на країну реєстрації; 7) керування автомобілем без відповідних документів².

Також, європейськими країнами були підписані конвенції про порядок перевезення певних видів вантажів, тим самим закріплюючи їх міжнародно-правові стандарти та вимоги до перевізників (у тому числі водіїв), виконання яких сприятиме забезпеченню безпеки дорожнього руху на територіях країн-учасниць конвенцій. Зокрема, Конвенція про договір міжнародного

¹ Європейська Конвенція про заходи покарання за порушення правил дорожнього руху (Страсбург, 30 листопада 1964 року) [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://hrlibrary.umn.edu/euro/Rets52.html>

² Європейська Конвенція про заходи покарання за порушення правил дорожнього руху (Страсбург, 30 листопада 1964 року) [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://hrlibrary.umn.edu/euro/Rets52.html>

автомобільного перевезення вантажів (КДПВ) від 19 травня 1956 року вносить односторонність в умови договору міжнародного перевезення вантажів по дорогах і, зокрема, в умови, що стосуються необхідних для таких перевезень документів і відповідальності перевізника. Ця Конвенція застосовується до будь-якого договору автомобільного перевезення вантажів за винагороду за допомогою транспортних засобів, коли місце навантаження вантажу і місце доставки вантажу, що зазначені в контракті, знаходяться на території двох різних країн, з яких принаймні одна є її учасницею. Разом з тим, дія Конвенції не застосовується до перевезень, що здійснюються відповідно до міжнародної поштової конвенції; до перевезень небіжчиків, а також до перевезення меблів чи домашнього приладдя¹.

Також, Конвенція закріплює порядок складання та виконання договору про перевезення вантажів; порядок послідовного перевезення вантажу декількома перевізниками; відповідальність перевізника; порядок надання позову про неякісне надання послуг; умови, за якими договір про перевезення вважається недійсним.

Ще один міжнародний документ, який має вагомим значення у забезпеченні безпеки дорожнього руху при перевезенні певних видів вантажу, є Європейська угода про міжнародне дорожнє перевезення небезпечних вантажів від 30 вересня 1957 року, підписання якої було покликано збільшити безпеку міжнародних дорожніх перевезень небезпечних вантажів².

Міжнародне перевезення небезпечних вантажів вирішується за умови дотримання вимог цієї Угоди, яким повинні відповідати вантажі, зокрема вимог, що стосуються їх упакування, маркування, конструкції, устаткування та руху транспортного засобу, що перевозить вантажі. Проте, небезпечні вантажі, що не допускаються до перевезення не повинні бути предметом міжнародних перевезень.

Перевезення небезпечних вантажів, стосовно яких застосовується дана Угода, є предметом внутрішньодержавних, міжнародних розпоряджень, а також предметом міжнародної торгівлі³.

¹ Конвенція про договір міжнародного автомобільного перевезення вантажів (КДПВ) (Женева, 19 травня 1956 року) [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.transconsult.by/files/kdpg.pdf>

² Європейська угода про міжнародне дорожнє перевезення небезпечних вантажів (ДОПНВ) (Женева, 30 вересня 1957 року) [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_217

³ Європейська угода про міжнародне дорожнє перевезення небезпечних вантажів (ДОПНВ) (Женева, 30 вересня 1957 року) [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_217

10.2. Особливості міжнародних нормативно-правових актів, що закріплюють стандарти поведінки учасників дорожнього руху та усіх тих, хто користується автошляхами, та їх застосування в окремих країнах

Існування міжнародних нормативно-правових актів, що закріплюють стандарти поведінки учасників дорожнього руху та усіх тих, хто користується автошляхами дає змогу не тільки уніфікувати правила, норми і стандарти, що стосуються забезпечення дорожнього руху не тільки на території певної держави та й у світі загалом, а також удосконалити внутрішнє транспортне законодавство в частині визначення та закріплення статусу учасників дорожнього руху та приведення його до певних міжнародних стандартів.

Досвід низки країн показує, що шанси на успіх у розробленні та застосуванні ефективних стратегій із скорочення дорожньо-транспортного травматизму зростають, якщо ця функція і відповідальність покладається на окрему державну установу, що має повноваження і бюджет для планування та здійснення своїх програм та координації діяльності усіх зацікавлених сторін¹.

В окремих країнах національні програми щодо інформаційного забезпечення безпеки дорожнього руху розробляються спеціально створеними національно-технічними й науковими організаціями. Так, у Великобританії існує Науково-дослідна дорожня лабораторія Великобританії, в Австралії – Австралійська рада із дослідження у сфері доріг, у США – Національне управління безпеки дорожнього руху, Рада із дослідження у сфері транспорту. Використання наукових досліджень цих установ зумовило важливі зміни та запровадження інноваційних підходів, які покликані забезпечити безпеку дорожнього руху загалом².

Цікавим є досвід Німеччини, де підвищення безпеки дорожнього руху є одним із пріоритетів транспортної політики федерального уряду та Федерального міністерства транспорту, будівництва і міського розвитку (BMVI). Основним партнером Федерального міністерства є Німецька рада з безпеки дорожнього руху, яка об'єднує понад 200 організацій³.

У Данії особи, у чийй крові виявлено 0,5 проміле алкоголю, сплачують штраф у розмірі одного місячного заробітку, у Швеції та Іспанії таким водіям загрожує тюремне ув'язнення. В Італії 1,5 проміле означає конфіскацію транспортного засобу, який примусово продається з аукціону⁴.

¹ Басс В. О. Досвід європейських країн у сфері правового регулювання безпеки дорожнього руху. Безпека дорожнього руху: правові та організаційні аспекти: матеріали XIII Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Кривий Ріг, 16 листоп. 2018 р). Кривий Ріг, 2018. С. 19–22

² Противостояние «смерти на колесах» – обеспечение безопасности дорожного движения в Европе и Центральной Азии. URL: http://roadsafety.org.ua/assets/files/deathonwheels_Ru.pdf

³ Козоріз В. Досвід країн Європи щодо управління безпекою дорожнього руху. URL: <http://www.tur.org.ua/news/dosvid-krayin-ievropishchodoupravlinnya-bezpekoyu-dorozhno-go-ruhu>

⁴ У Європі посилили правила дорожнього руху. URL: <http://novynar.com.ua/business/221071>

Основний акцент у зарубіжному законодавстві робиться на матеріальній відповідальності порушників, яка полягає не лише у встановленні великих розмірів штрафів, але й у конфіскації автотранспортних засобів, позбавленні водійських прав, прив'язці кількості і серйозності порушень до плати за обов'язкову річну страховку автомобіля, що, у свою чергу, пов'язано із впровадженням так званої системи штрафних балів, яка діє в Німеччині, США. Це означає, що коли водій набирає за рік штрафні очки за допущені порушення правил дорожнього руху, сума його страховки, яка становить, наприклад, до 1 000 євро, збільшується ще на 500 євро, на другий рік – на 1 000 євро, на третій – на 2 000 євро¹.

Умовою успішного забезпечення безпеки дорожнього руху є те, що в багатьох країнах світу процедура стягування штрафів організована в таким спосіб, що особа, яка вчинила порушення, не може unikнути покарання шляхом підкупу поліцейських, оскільки особистий контакт відсутній, оформлення процедур відбувається у письмовому вигляді чи у формі листів. Наприклад, у Великобританії, коли поліція хоче знати, хто керував автомобілем у момент фотографування, штраф за незнання чи ненадання цієї інформації перевищує той, який стягується за більшість правопорушень².

У Болгарії введена заборона на розмови по мобільному телефону під час їзди в муніципальному транспорті не тільки водіям, але і пасажиром, оскільки під впливом радіохвиль, що йдуть з мобільних телефонів, можуть відбуватися збої в роботі електронного устаткування автобусів і трамваїв, що може призвести до аварії. А у Франції з липня 2012 р. кожний водій повинен мати алкотестер (одноразового використання), за його відсутність стягується штраф у розмірі 11 євро³.

Як свідчить досвід країн Європейського Союзу, подальше зниження показників аварійності потребує здійснення комплексу заходів щодо підвищення безпеки дорожнього руху, основою яких є проведення аналізу факторів, що зумовили виникнення ДТП, та відхід від позицій першочергового звинувачення водія чи пішохода⁴.

Україною вже зроблено перші кроки на шляху досягнення успішного забезпечення безпеки дорожнього руху, вагомим кроком стала Стратегія

¹ Правовое регулирование дорожного движения, его безопасности в зарубежных странах. URL: <http://auto016.ru/materials/interesting/pravovoe-regulirovanie-dorozhnogo-dvizheniya-ego-bezopasnosti-v-zarubezhnykh-s>

² Транспортна політика України та її наближення до норм Європейського Союзу / Т. Сирийчик, А. Фургальські, Ч. Клімкевич, М. Камола та ін.; за ред. Марчіна Свенціцькі. Київ: Аналітично-дорадчий центр Блакитної стрічки, 2010. 102 с.

³ Наличие алкотестера у французского водителя станет обязательным. URL: <http://mirfactov.com/nalichie-alkotestera-u-frantsuzskogo-voditelya-stanet-obyazatelnyim/>.

⁴ Микунець В. Ю. Інформаційно-правові засади безпеки дорожнього руху: міжнародний досвід. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. 2014. № 10. С. 100–103.

підвищення рівня безпеки дорожнього руху в Україні на період до 2020 року¹ та до 2024 року², однак імплементація міжнародного досвіду в національне законодавство забезпечення безпеки дорожнього руху є вельми актуальною, адже вона дасть змогу вдосконалити реалізацію галузевих пріоритетів на національному, регіональному й місцевому рівнях, уникнути помилок, прорахунків, передбачити шляхи їх вирішення, обрати найбільш ефективні засоби для досягнення поставлених цілей та завдань.

Підводячи підсумки зазначимо, що генезис забезпечення безпеки дорожнього руху розпочинається з моменту появи першого гужового транспорту (кінець XVII ст.), коли питання забезпечення безпеки вперше стали об'єктом правового регулювання, а середина XVIII ст. ознаменувалася появою значної кількості міських кінних перевезень. Наступним історичним етапом є революційний період 1917–1921 рр., який характеризується прийняттям перших Правил дорожнього руху (Декрет Ради народних комісарів УСРР від 10 червня 1920 р.), які на законодавчому рівні закріпили порядок реєстрації автомобілів, форму шляхових листів та посвідчень водіїв та встановили обмеження швидкості, за порушення якої водія притягали до відповідальності.

Подальший розвиток відбувається вже в період входження України до складу СРСР 1922–1991 рр., зокрема прийнятий Адміністративний кодекс УРСР (1927 р.); створено Державну автомобільну інспекцію та включено її до складу Головного управління міліції НКВС СРСР (1936 р.); затверджено Правила руху й користування автогужовими шляхами УРСР (1940 р.), Положення про порядок користування автомобільними дорогами (1959 р.), Правила руху вулицями та дорогами СРСР (1960 р.); прийнято Основи законодавства СРСР і союзних республік про адміністративні правопорушення (1980 р.), Кодекс України про адміністративні правопорушення (1984 р.), а також нові Правила дорожнього руху (1986 р.), які вперше на законодавчому рівні закріпили визначення учасника дорожнього руху, яким визнавалась особа, що приймає безпосередню участь в процесі руху як водій, пішохід, пасажир транспортного засобу, погонич тварин.

Новий розвиток забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні відбувся у період незалежної України з 1991 року. Прийнятий Закон України «Про дорожній рух» (1993 р.) та постанова Кабінету Міністрів України «Про Правила дорожнього руху» (2001 р.) закріпили належну поведінку учасників дорожнього руху України як самостійної та незалежної держави. Головною особливістю зазначених нормативно-правових актів є те, що вперше на законодавчому рівні

¹ Про схвалення Стратегії підвищення рівня безпеки дорожнього руху в Україні на період до 2020 року: розпорядження Кабінету Міністрів України від 14 черв. 2017 р. № 481-р. Верховна Рада України. URL: <https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/481-2017-%D1%80?lang=en>

² Про схвалення Стратегії підвищення рівня безпеки дорожнього руху в Україні на період до 2024 року: розпорядження Кабінету Міністрів України від від 21 жовт. 2020 р. № 1360-р. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1360-2020-%D1%80#Text>

було визначено не тільки обов'язки, але й права водіїв, пасажирів, пішоходів та погоничів тварин. Закон став нормативно-правовим актом незалежної України, що визначив правові та соціальні основи дорожнього руху з метою захисту життя та здоров'я громадян, створення безпечних і комфортних умов; врегулював суспільні відносини у сфері дорожнього руху; визначив права, обов'язки і відповідальність суб'єктів – учасників дорожнього руху, міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, об'єднань, підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності та господарювання.

Першими міжнародними нормативно-правовими документами, які забезпечили безпеку дорожнього руху й регулювали правовий статус його були Конвенція щодо автомобільного руху (1926 р.) та Конвенція про введення одноманітності в сигналізацію на дорогах (1931 р.). Конвенція про дорожній рух (1968 р.) – спрямована на полегшення міжнародного дорожнього руху й підвищення безпеки на дорогах шляхом прийняття єдиних правил руху й закріпила обов'язок користувачів доріг не створювати небезпеки чи перешкод для руху, не наражати на небезпеку людей та не завдавати шкоди державному, громадському чи приватному майну; Конвенція про дорожні знаки та сигнали (1968 р.) – спрямована на уніфікацію дорожніх знаків; Європейська Конвенція про заходи покарання за порушення правил дорожнього руху (1972 р.) – зміцнення союзу між європейськими державами, налагодження співпраці для більш ефективного покарання за порушення правил дорожнього руху; Європейська Конвенція про міжнародні наслідки позбавлення прав керування автотранспортними засобами (1976 р.) – зменшення ДТП та ін.

Міжнародні нормативно-правові акти, які закріплюють стандарти поведінки дають змогу не тільки уніфікувати правила, норми і стандарти, що стосуються забезпечення дорожнього руху на території певної держави, а й удосконалити внутрішнє транспортне законодавство у частині визначення та закріплення статусу учасників дорожнього руху та приведення його до певних міжнародних стандартів. Основний акцент при втіленні державної політики у сфері безпеки дорожнього руху повинен робитись на якості стратегічного планування, ефективності організаційно-правового забезпечення, досконалості форм і методів галузевого управління. Досвід низки країн показує, що шанси на успіх у розробленні та застосуванні ефективних стратегій із скорочення ДТП зростають, якщо ця функція і відповідальність покладається на окрему державну установу, що має повноваження й бюджет для планування та здійснення своїх програм і координації діяльності (Австралія, Англія, Данія, Іспанія, Німеччина, США, Швеція). Головний акцент у зарубіжному законодавстві робиться на матеріальній відповідальності порушників, яка полягає не лише у встановленні великих розмірів штрафів, але й у конфіскації автотранспортних засобів, позбавленні водійських прав, прив'язці кількості і серйозності порушень до плати за обов'язкову річну страховку автомобіля, що, у свою чергу, пов'язано із практичним впровадженням системи штрафних балів.

References:

1. Riven DTP v Ukraini ta sviti. URL: <http://www.zaxid.net/newsua/2010/11/21/130059/>.
2. Siuravchuk V. H. Zapobihannia dorozhno-transportnym pravoporushenniam u konteksti reformuvannia natsionalnoi politsii Ukrainy ta zakonodavchyykh novatsii u sferi bezpeky dorozhnoho rukhu. *Nauk. visn. Nats. akad. vnutr. sprav.* 2018. № 1 (106). S. 158–172.
3. Shevchenko P. N. Этапы развития системы безопасности дорожного движения в российском государстве. *Vestnyk Moskovskogo unyversyteta MVD Rossyy.* 2013. № 11. S. 13–17.
4. Voitenkov E. A. Ystoryko-pravovyye osobennosti y etapy stanovlennia otechestvennoi systemy obespechenia bezopasnosti dorozhnoho dvyzhenia. *Obshchestvo y pravo.* 2010. № 3 (30). S. 17–28.
5. *Avtomobilnyi transport Ukrainy: stan, problemy, perspektivy rozvytku : monohrafiia / Derzhavnyi avtotransportnyi naukovo-doslidnyi i proektnyi instytut; za zah. Red.. A.M. Redziuka. K. : DP «DerzhavtotransNDIproekt», 2005. s. 8*
6. *Pravyla dorozhnoho dvyzhenia y mezhdunarodnye Konventsyy po dorozhnomu dvyzheniu. Studopediya. [Elektronnyi resurs]. Rezhym dostupa: <https://studopedia.org/2-126396.html>*
7. *Sobranie zakonov y rasporyazheni pravitelstva, yzdavaemoe pry pravitelstvuiushchem Senate. 1917. Otd. 1. № 105. S. 923-934.*
8. Bronshtein L.A. *Экономика автотранспорта : [учеб. для студ. вузов, обучавшыхся по специальности «Автомобили и автомобильное хозяйство»] / L.A. Bronshtein, A.S. Shulman. M. : Transport, 1976. S. 49*
9. Shudrikov V.M. *Pravovi ta orhanizatsiini zasady nahliadu pidrozdilamy DAI MVS Ukrainy za tekhnichnym stanom transportnykh zasobiv : dys. ... kand. yuryd. nauk : 12.00.07 / Shudrikov Volodymyr Mykhailovych. Donetsk, 2008. s. 50.*
10. Shevchenko A.Ie. *Orhanizatsiino-pravovi aspekty stanovlennia ta administratyvnoi diialnosti spetsialnykh pidrozdiliv NKVS Ukrainy na transporti u kintsi 20-kh – seredyni 40-kh rr. KhKh st. : monohrafiia / Anatolii Yevheniiovych Shevchenko. K. : Nats. akad. Ukrainy, In-t istorii Ukrainy, 2005. S. 132-133.*
11. *Tsentralnyi derzhavnyi arkhiv vyshchyykh orhaniv vlady ta upravlinnia Ukrainy. Rada Narodnykh Komisariv URSR. 1918-1996 rr. Spr. 212. Postanovy Rady Narodnykh Komisariv URSR, cherven 1940 r., 179 ark.*
12. *Zbirnyk postanov i rozporiadzhen Uriadu URSR. 1947. № 8. St. 43. S. 15.*
13. *Stolbov B.A. Sbornyk zakonodatelstva y unyykh normatyvnykh aktov ob admynystratyvnoi otvetstvennosti / B.A. Stolbov, Yu.S. Suetenkov, A.H. Zymyna. M. : Yuryd. lyt., 1978. S. 79-80.*
14. *Pravyla dvyzhenia po ulytsam y doroham SSSR : vvedeny v deistvye s 01 noiabria 1960 hoda v sootvetstvyi s rasporyazhenyem Soveta Mynystrov Ukraynskoii SSR ot 07.07.1960 h. № 930-r. Oblastnaia knyzhnaia typohrafiia Dnepropetrovskoho oblastnoho yzdatelstva, 1961 h.*
15. *Konventsiiia pro dorozhnyi rukh (Vena, 08 lystopada 1968 roku) [Elektronnyi resurs]. Rezhym dostupu: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU70K01U.html*

РОЗДІЛ X Генеза нормативно-правового забезпечення безпеки дорожнього руху: вітчизняний та зарубіжний досвід

16. *Pravyla dorozhnoho dvyzhenyia SSSR 1973 hoda. Zhurnal «Za rulem».* [Электронный ресурс]. Rezhym dostupa: <https://www.zr.ru/archive/zr/1972/12/pravila-dorozhno-go-dvizheniia>

17. Litoshenko O.S. *Administratyvna vidpovidalnist v systemi yurydychnoi vidpovidalnosti : dys. ... kand.. yuryd. nauk : 12.00.07 / Litoshenko Olena Sviatoslavivna. K., 2004. S. 35.*

18. *Kodeks Ukrainy pro administratyvni pravoporushennia : Zakon Ukrainy vid 07 hrudnia 1984 roku № 8073-Kh // Vidomosti Verkhovnoi Rady URSR. 1984. № 51. St. 1122.*

19. *Pravyla dorozhnoho dvyzhenyia: vved. v deistvye 1 yanv. 1987 h. – 2-e yzd., ster. – K. : Takhnyka, 1988, 48 s.*

20. *Pro zatverdzhennia Pravyl dorozhnoho rukhu : postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 31 hrudnia 1993 r. № 1094. [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1094-93-%D0%BF>*

21. *Pro dorozhnii rukh : zakon Ukrainy vid 30 chervnia 1993 r. № 3353-KhII // Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 1993. № 31. St. 338.*

22. *Dosvid krain Yevropy shchodo upravlinnia bezpekoiu dorozhnoho rukhu. 2015. URL: <http://tur.org.ua/news/dosvid-krayin-ievropi-shchodo-upravlinnya-bezpekoyu-dorozhno-go-ruhu>*

23. *Stratehiia pidvyshchennia rivnia bezpeky dorozhnoho rukhu v Ukraini na period do 2020 r.: rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 14 cherv. 2017 r. №481-r. Uriadovyi kurier. 2017. № 138*

24. *Tovstukha S. Aktualni pytannia shchodo udoskonalennia derzhavno-upravlinskykh mekhanizmiv zabezpechennia bezpeky dorozhnoho rukhu v Ukraini. Derzhavne upravlinnia: udoskonalennia ta rozvytok. 2010. № 12. URL: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=230>*

25. *Bass V. O. Dosvid yevropeiskykh krain u sferi pravovoho rehuliuвання bezpeky dorozhnoho rukhu. Bezpeka dorozhnoho rukhu: pravovi ta orhanizatsiini aspekty: materialy KhIII Mizhnar. nauk.-prakt. konf. (m. Kryvyi Rih, 16 lystop. 2018 r). Kryvyi Rih, 2018. S. 19–22*

26. *Pravyla dorozhnoho dvyzhenyia y mezhdunarodnye Konventsyy po dorozhnomu dvyzheniu. Studopedya. [Электронный ресурс]. Rezhym dostupa: <https://studopedia.org/2-126396.html>*

27. *Konventsiia pro dorozhnii rukh (Zheneva, 19 veresnia 1949 roku). [Elektronnyi resurs]. Rezhym dostupu: http://abdtп.ru/dtp3/info_catalog/norm_prav/00_Mezhdunarodnye_dokumenty/wdoc_convTraffic.htm*

28. *Konventsiia pro dorozhnii rukh (Vena, 08 lystopada 1968 roku) [Elektronnyi resurs]. Rezhym dostupu: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU70K01U.html*

29. *Konventsiia pro dorozhni znaky ta syhnały (Vena, 08 lystopada 1968 roku). URL: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/conventn/Conv_road_signs_2006v_RU.pdf*

30. *Ievropeiska Konventsiia pro zakhody pokarannia za porushennia pravyl dorozhnoho rukhu (Strasburh, 30 lystopada 1964 roku) [Elektronnyi resurs]. Rezhym dostupu: <http://hrlibrary.umn.edu/euro/Rets52.html>*

31. *Konventsiia pro dohovir mizhnarodnoho avtomobilnoho perevezennia vantazhiv (KDPV) (Zheneva, 19 travnia 1956 roku) [Elektronnyi resurs]. Rezhym dostupu: <https://www.transconsult.by/files/kdpg.pdf>*

32. *Ievropeiska uhoda pro mizhnarodne dorozhnie perevezennia nebezpechnykh vantazhiv (DOPNV) (Zheneva, 30 veresnia 1957 roku) [Elektronnyi resurs]. Rezhym dostupu: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_217*

33. *Protivostoianye «smerty na kolesakh» – obespechenye bezopasnosti dorozhnoho dvyzheniya v Evrope y Tsentralnoi Azyy. URL: http://roadsafety.org.ua/assets/files/deathonwheels_Ru.Pdf*

34. *Kozoriz V. Dosvid krain Yevropy shchodo upravlinnia bezpekoiu dorozhnoho rukhu. URL: <http://www.tur.org.ua/news/dosvid-krayin-ievropishchodoupravlinnya-bezpekoyu-dorozhnogo-ruhu>*

35. *U Yevropi posylyly pravyla dorozhnoho rukhu. URL: <http://novynar.com.ua/business/221071>*

36. *Pravovoe rehulyrovanye dorozhnoho dvyzheniya, ehо bezopasnosti v zarubezhnykh stranakh. URL: <http://auto016.ru/materials/interesting/pravovoe-regulirovanie-dorozhnogo-dvizheniya-ego-bezopasnosti-v-zarubezhnykh-s>*

37. *Transportna polityka Ukrainy ta yii nablyzhennia do norm Yevropeiskoho Soiuzu / T. Syrychuk, A. Furhalski, Ch. Klimkeych, M. Kamola ta in.; za red. Marchina Svienchitski. Kyiv: Analitychno-doradchyi tsentr Blakytnoi strichky, 2010. 102 s.*

38. *Nalychye alkotestera u frantsuzskoho vodytelia stanet obiazatelnyim. URL: <http://mirfactov.com/nalichie-alkotestera-u-frantsuzskogo-voditelya-stanet-obyazatelnyim/>.*

39. *Mykulets V. Yu. Informatsiino-pravovi zasady bezpeky dorozhnoho rukhu: mizhnarodnyi dosvid. Naukovyi visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu. 2014. № 10. S. 100–103.*

40. *Pro skhvalennia Stratehii pidvyshchennia rivnia bezpeky dorozhnoho rukhu v Ukraini na period do 2020 roku: rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 14 cherv. 2017 r. № 481-r. Verkhovna Rada Ukrainy. URL: <https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/481-2017-%D1%80?lang=en>*

РОЗДІЛ XI Шляхи формування слідчим та прокурором доказової бази у справах про кримінальні правопорушення, вчинені у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг

ПОПЛАВСЬКА Аліна Вікторівна
аспірант Міжнародного економіко-гуманітарного університету
імені академіка Степана Дем'янчука,
прокурор відділу Житомирської обласної прокуратури

- 11.1. Поняття доказування у кримінальному процесуальному праві
- 11.2. Загальна характеристика доказів у кримінальному провадженні
- 11.3. Особливості отримання доказів у кримінальних провадженнях у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг

Ways of formation by the investigator and prosecutor of the evidence base in cases of criminal offenses committed in the field of official activities and professional activities related to the provision of public services

*A. V. Poplavska
graduate student of the International University of Economics and
Humanities named after Academician Stepan Demyanchuk,
Prosecutor of the Zhytomyr Regional Prosecutor's Office*

Пути формирования следователем и прокурором доказательной базы в уголовных преступлениях, совершенных в сфере служебной деятельности и профессиональной деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг

*A. V. Poplavskaya
аспирант Международного экономико-гуманитарного университета
имени академика Степана Демьянчука,
прокурор отдела Житомирской областной прокуратуры*

Ключові слова: доказування, концепції кримінального процесуального доказування, докази, збирання, перевірка, оцінка доказів, фактичні дані, слідчі (розшукові) дії, негласні слідчі (розшукові) дії, злочини у сфері службової діяльності, злочини у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, зловживання владою або службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень, службова недбалість.

Keywords: evidence, concepts of criminal procedural evidence, collection, verification, evaluation of evidence, factual data, investigative (investigative) actions, covert investigative (investigative) actions, crimes in the sphere of official activity, crimes in the sphere of professional activity related to the provision of public services, abuse of power or official position, abuse of power or official authority, official negligence.

Ключевые слова: доказательства, концепции уголовного процессуального доказывания, сбор, проверка, оценка доказательств, фактические данные, следственные (розыскные) действия, негласные следственные (розыскные) действия, преступления в сфере служебной деятельности, преступления в сфере профессиональной деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг, злоупотребление властью или служебным положением, превышение власти или служебных полномочий, служебная халатность.

АНОТАЦІЯ

У розділі на підставі вивчення наукових позицій правознавців окреслені основні риси існуючих наукових концепцій кримінального процесуального доказування, з огляду на які охарактеризовано поняття доказування як кримінальної процесуальної категорії. Виокремлено та охарактеризовано етапи доказування: збирання, перевірка та оцінка доказів. Визначено поняття доказів у кримінальному провадженні, охарактеризовані його складові частини: фактичні дані (зміст), процесуальна форма їх закріплення (спосіб існування у матеріалах кримінального провадження) та відповідний носій відомостей (джерело). Зазначені суб'єкти доказування у кримінальному провадженні. Виділено поняття слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій. Перелічені форми, етапи отримання доказів у кримінальних провадженнях у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, зазначені особливості проведення слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальних провадження вказаної категорії. Визначені характерні особливості доказування наявності кримінального правопорушення в злочинах у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Виділені додаткові обставини, крім загальних особливостей розслідування службових злочинів, які необхідно встановити при здійсненні досудового розслідування зловживання владою або службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень, службової недбалості.

SUMMARY

Based on the study of scientific positions of jurists, the section outlines the main features of the existing scientific concepts of criminal procedural evidence, in view of which the concept of evidence as a criminal procedural category is characterized. The stages of proving are singled out and characterized: collection, verification and evaluation of evidence. The concept of evidence in criminal proceedings is defined, its constituent parts are characterized: factual data (content), procedural form of their fixing (way of existence in materials of criminal proceedings) and the corresponding carrier of information (source).

These subjects of evidence in criminal proceedings. The notion of investigative (search) actions, covert investigative (search) actions is highlighted. The listed forms, stages of obtaining evidence in criminal proceedings in the field of official activities and professional activities related to the provision of public services, the features of investigative (investigative), covert investigative (investigative) actions in criminal proceedings of this category. Characteristic features of proving the existence of a criminal offense in crimes in the sphere of official activity and professional activity related to the provision of public services are identified. Additional circumstances are highlighted, in addition to the general features of the investigation of official crimes, which must be established during the pre-trial investigation of abuse of power or official position, abuse of power or official authority, official negligence.

АННОТАЦІЯ

В разделе на основании изучения научных позиций правоведов определены основные черты существующих научных концепций уголовного процессуального доказывания, учитывая которые охарактеризованы понятие доказывания как криминальной процессуальной категории. Выделены и охарактеризованы этапы доказывания: сбор, проверка и оценка доказательств. Определены понятия доказательств в уголовном производстве, охарактеризованы его составные части: фактические данные (содержание), процессуальная форма их закрепления (способ существования в материалах уголовного производства) и носитель сведений (источник). Указанные субъекты доказывания в уголовном производстве. Выделено понятие следственных (розыскных) действий, негласных следственных (розыскных) действий. Перечисленные формы, этапы получения доказательств в уголовных производствах в сфере служебной деятельности и профессиональной деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг, указаны особенности проведения следственных (розыскных), негласных следственных (розыскных) действий по уголовным производствам указанной категории. Определены характерные особенности доказывания наличия уголовного преступления в преступлениях в сфере служебной деятельности и профессиональной деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг. Выделены дополнительные обстоятельства, кроме общих особенностей расследования служебных преступлений, которые необходимо установить при совершении досудебного расследования, злоупотребления властью или служебным положением, превышение власти или служебных полномочий, служебной халатности.

11.1. Шляхи формування слідчим та прокурором доказової бази у справах про кримінальні правопорушення, вчинені у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг

11.1.1. Поняття доказування у кримінальному процесуальному праві

Доказування є фундаментальною науковою правовою категорією кримінального процесу, яка визначає його основний зміст, функціонування всіх його інститутів і впливає на організацію та діяльність правоохоронних, правозастосовних і судових органів, і водночас є головною кримінальною

процесуальною гарантією та ефективним процесуальним засобом ухвалення обґрунтованих, вмотивованих і справедливих кримінальних процесуальних рішень¹. Кримінально-процесуальне доказування здійснюється спеціальними суб'єктами за допомогою специфічних засобів у визначеній законом формі та дає змогу виявити й обґрунтувати всю необхідну інформацію для підтвердження вини чи невинуватості особи²³.

Проблемні питання доказування на досудовому розслідуванні розглядалися такими вченими, як Белкіна Р.С., Вапнярчук В.В., Гончаренко В.Г., Дуфенюк О.М., Капліна О.В., Корнеєва Л.М., Філіпова М.А., Ю Спасович В.Д. Водночас питання збирання доказів у кримінальних провадженнях про службові злочини та злочини у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, стали об'єктом розгляду лише в роботах Шевчишена А.С., Сухачової І.О., Погорецького М.А., Чернявського С.С.

Доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому КК України порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів⁴.

З результатами аналізу наукових публікацій українських учених-процесуалістів, а також зарубіжних фахівців, що присвячені проблемним питанням доказів і доказування в кримінальному провадженні, можна виділити в кримінальній процесуальній доктрині п'ять основних наукових концепцій доказування в кримінальному провадженні, зважаючи на змістовно-функціональне розуміння кримінального процесуального доказування.

Так, перша концепція доказування в кримінальному процесі – пізнавальна полягає в його розумінні як пізнавальної діяльності. Варто зауважити, що на різних етапах історичного розвитку кримінального процесу вказаній концепції були характерні різні аспекти, які визначали сутність такої пізнавальної доказової діяльності⁵.

¹ Погорецький М.А. Нова концепція кримінального процесуального доказування. Вісник кримінального судочинства. 2015. № 3. С. 63–79.

² Фаринник В.І. Особливості формування доказів та доказування в кримінальному судочинстві України. Х.: Фактор. 2013. 96 с.

³ Чупрікова І.Л. Допустимість доказів у світлі нового Кримінального процесуального кодексу : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса. 2015 р. – 186 с.

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2013. № 9-13. Ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.

⁵ Вапнярчук В.В. Теорія і практика кримінального процесуального доказування : монографія. Харків. Юрайт. 2017. С. 12.

Вапнярчук В.В., у свою чергу, в рамках цього підходу відзначає превалювання на тому чи іншому етапі історичного розвитку певних акцентів, які визначали сутність такої пізнавальної доказової діяльності.

Так в роботах російських учених кінця XIX – початку XX ст., а також вітчизняних науковців 20–30-х років минулого сторіччя відзначалось, що пізнавальна доказова діяльність здійснюється з використанням логічних прийомів і операцій. Тобто вона трактувалася як суто логічна (раціональна). Так, Спасович В.Д. під доказуванням розумів діяльність судді з логічного доведення, яка здійснюється шляхом відновлення минулої події по слідах, залишених останньою в навколишньому світі. Якщо суд, розглядаючи справу, діє за тими ж логічними законами, що й будь-яка людина у звичайному житті, питання про судові докази (доказування) не є суто юридичним, а належить до царини логіки й антропології, спираючись корінням на філософію¹.

Характерними особливостями логічного трактування пізнавальної доказової діяльності є:

– по-перше, розмежування пізнавальної-практичної й обґрунтовальної (логічної) діяльності як відокремлених одна від одної в часі; перша передує другій і, на думку окремих науковців, не входить до змісту доказування, а тільки забезпечує його;

– по-друге, розуміння метою доказування встановлення «практичної істини», яка розглядається як певний ступінь достовірності знання про вчинене кримінальне правопорушення. Майже всі дослідники – прихильники цього трактування зазначали у своїх працях, що таке пізнання не позбавлено певних суб'єктивних чинників (впливу індивідуальних властивостей того, хто пізнає). Так, Фойницький І.Я. в основу свого вчення про докази поклав ідею так званої «практичної істини» в межах від певного ступеня ймовірності до відповідного ступеня достовірності, яка має характер моральної переконаності суб'єкта доказування в її досягненні². Чельцов-Бебутов М.А. за критерій установаження судової істини визнає фактичну достовірність, розглядаючи її як високий ступінь імовірності, коли певне рішення ґрунтується на встановлених фактах і коли немає фактів, які або суперечили б прийнятому рішенню, або вказували б на їх недостатню кількість³;

– по-третє, розуміння під доказами фактів (доказових фактів), з використанням яких установаються інші (доказівні) факти. Так, на думку Владимірова Л.Є., все те, що наповнює світ матеріальний, все, що може бути

¹ Спасович В. Д. О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством: моногр. (перепеч. с изд. 1861). Москва: ЛексЭст. 2001. С. 5-6.

² Фойницький И. Я. Курс уголовного судопроизводства: в 2-х т. Санкт-Петербург: Изд-во «АЛЬФА». 1996. Т. 2. С. 164-180.

³ Чельцов-Бебутов М. А. Советский уголовный процесс. Харьков. Юридиздат НКЮ. 1929. Вып. 2. С. 99-104.

нами сприйняте зі світу духовного, може складати кримінальні докази¹. Тобто, акцент у розумінні доказів науковцями дорадянської доби робився на їх змістовій частині, а не на формі закріплення доказової інформації².

Другий аспект розуміння сутності пізнавальної кримінальної процесуальної доказової діяльності називають раціонально-емпіричним, коли знання отримується шляхом безпосереднього чи опосередкованого сприйняття з використанням певних розумових логічних операцій та співвідноситься із досвідом (як притаманним певному суб'єкту доказування, так і суспільству в цілому). Він є характерним для більшості наукових праць з початку ХХ ст. й до нині. Незважаючи на те, що в різні періоди історичного розвитку це трактування доказування зазнавало впливу того чи іншого філософського вчення (які у своїй основі, як правило, містили пануючий у державі й суспільстві ідеологічний складник), головна його сутність (раціонально-емпірична) завжди була визначальною, що й дає можливість його виділити.

На думку Нора В.Т., доказування – це різновид пізнавальної діяльності людей, яка у кримінальному процесі здійснюється за загальними закономірностями, властивими процесу пізнання в усіх галузях науки і практики, маючи водночас низку особливостей – це діяльність, яка провадиться у визначених законом процесуальних формах і спрямована на збирання, закріплення, перевірку й оцінювання фактичних даних (доказів), кінцевих для встановлення істини у кримінальній справі³.

Михеєнко М.М. розглядав доказування як діяльність суб'єктів кримінального процесу зі збирання (формування), перевірки й оцінки доказів та їх процесуальних джерел, а також формулювання на цій основі певних тез і наведення аргументів для їх обґрунтування. За своєю гносеологічною суттю воно є різновидом людського пізнання, в якому застосовуються (з урахуванням його специфіки) всі закони й категорії діалектичної і формальної логіки, а тому ми мусимо ставити знак рівності (ідентичності) між доказуванням і пізнанням⁴⁵.

Шумило М.Є. зазначав, що доказування є основною формою пізнання у кримінальному судочинстві, яке відбувається відповідно до окресленої

¹ Владиміровъ Л. Е. Ученіе объ уголовныхъ доказательствахъ. Части общая и особенная. 3-е изд. измѣн. и законч. Санкт-Петербург: Изд. книжн. магазина Законовѣдніе. 1910. С. 100.

² Вапнярчук В.В. Теоретичні основи кримінального процесуального доказування. Дисертація Харків, 2018. С. 17.

³ Нор В. Т. Проблеми теорії і практики судових доказів. Львів: ЛДУ (Вища шк.). 1978. С.73-75.

⁴ Михеєнко М. М. Доказывание в советском уголовном процессе: моногр. Киев. Вищ. шк. 1984. С. 6-9.

⁵ Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. Кримінальний процес України: підруч. 2-ге вид. перероб. і доп. Київ: Либідь. 1999. С. 115-117.

процедури й відображає гносеологічні, правові і психологічні закономірності встановлення винності чи невинуватості особи у вчиненні злочину¹.

З точки зору Грошевого Ю.М., доказування є кримінальною процесуальною діяльністю спеціально уповноважених на це суб'єктів зі збирання, дослідження й оцінки доказів з метою правочинного встановлення обставин, що входять до предмета доказування в кримінальній справі. Доказування, як різновид опосередкованого пізнання обставин минулої події, є основним елементом кримінально-процесуального пізнання².

Основними особливостями раціонально-емпіричного трактування пізнавальної природи доказування Вапнярчук В.В. виділяє:

– по-перше, розуміння того, що основним змістом діяльності доказування у кримінальному процесі є виконання практичних (збирання й перевірка) і розумових (оцінювання процесуальних доказів (фактів), оперування ними й побудова висновків) операцій пізнавального характеру. Відповідно до цього підходу розуміння доказування автор зводить до концептуального схематизму «збирання + перевірка + оцінка доказів (інколи також і + оперування ними)».

Гмирко В.П. із цього приводу зазначає, що такий юридичний схематизм щодо доказування призвів до розуміння процесуальними доказами речей, певних матеріальних субстанцій, які мають іманентно притаманну їм сукупність об'єктивних ознак; відтак «зібрані» докази можна точно вимірювати й фіксувати, забезпечуючи тим самим установлення об'єктивної істини як мети доказування. А це, у свою чергу, призвело до непотрібних пошуків і вироблення єдино правильної універсальної легальної дефініції юридичних доказів і спонукало до наукового осмислення й дослідження не діяльності доказування у кримінальному процесі загалом, а лише її частини – процесу виготовлення процесуальних доказів³.

– по-друге, основою раціонально-емпіричного пізнавального трактування доказування є концепція об'єктивної істини (як мета і принцип доказування), під якою розуміється такий зміст людських знань, що правильно відображає об'єктивну дійсність і не залежить від суб'єкта доказування, будь-якої іншої людини чи людства загалом. Єдиним критерієм установлення об'єктивної істини є практика (досвід); висновки слідчого й суду відповідатимуть дійсності, якщо вони ґрунтуються на достовірних, перевірених практикою фактичних даних;

¹ Шумило М. Є. Реабілітація в кримінальному процесі України: моногр. Харків: РВФ «Арсіс, ЛТД». 2002. С. 118.

² Грошевой Ю. Деякі проблеми кримінально-процесуальної теорії. Вісник Академії правових наук України. 2004. № 3 (38). С. 144.

³ Гмирко В. П. Ретроспективний аналіз уявлень про суть доказування в кримінальному процесі України. Вісник Академії митної служби України. Серія «Право». 2011. № 2. С. 112-119.

– по-третє, відмітимо значний вплив на розуміння сутності доказування прихильниками цього трактування, так званого інформаційного підходу до поняття «докази». Сутність останнього полягала в тлумаченні доказів як будь-яких фактичних даних (відомостей про факти, інформації), що містяться у визначених законом джерелах. Основною вадою такого підходу було те, що він відзеркалював лише інформаційну сторону доказування й не надавав належного значення логічній його стороні, яка обов'язково і невід'ємно присутня в ньому. Крім того, таке трактування пізнавальної доказової діяльності залишало осторонь й дотримання вимог до юридичної процедури отримання доказів, що у свою чергу призводило до висновку про те, що якщо інформація є значимою для кримінального провадження, то дотримання процесуальної форми може посунути на задній план (можливо, саме у зв'язку з поширенням інформаційного трактування доказів у радянському кримінальному процесі законодавчо не були регламентовані питання їх допустимості/недопустимості).

Загалом, раціонально-емпіричний аспект подає сутність пізнавальної кримінальної процесуальної доказової діяльності як регламентованої кримінальним процесуальним законом пізнавальної діяльності зі збирання, перевірки, оцінювання доказової інформації та оперування нею, знаходить своє відображення у багатьох наукових дослідженнях учених-процесуалістів¹². Окрім цього, саме таке розуміння доказування знайшло своє законодавче закріплення і в чинному КПК України (ч. 2 ст. 91 КПК).

Друга концепція розуміння кримінального процесуального доказування – діяльнісна – характеризує доказування як діяльність її процесуальних носіїв. Засновником діяльнісної концепції кримінального процесуального доказування є український учений-процесуаліст Гмирко В.П.

Методологічною основою цієї концепції є системомиследіяльнісна методологія (СМД-методологія), розроблена Щедровицьким Г.П.

Гмирко В.П., на підставі результатів аналізу концептуальних положень вітчизняної теорії кримінального процесуального доказування та керуючись СМД-методологією Щедровицького Г.П., робить слушний висновок про те, що «в науці вітчизняного кримінального процесу існує нестикування, «розрив» між діяльнісним позиціонуванням доказування та недіяльнісною практикою його теоретичного опанування (осмислення)»³ й формулює власний авторський «проектний погляд на діяльність доказування як на структуру певним чином організованих і взаємозв'язаних сімох «функціональних місць» (ФМ): 1) ФМ-1 «Мета діяльності доказування»; 2) ФМ-2 «Вихідний матеріал діяльності

¹ Костін М. І. Поняття «доказування» у кримінальному процесі України. Право України. 2004. № 1. С. 143-146.

² Стахівський С. М. Теорія і практика кримінально-процесуального доказування. Київ. 2005. С. 12.

³ Гмирко В.П. Ретроспективний аналіз уявлень про суть доказування в кримінальному процесі України Вісник Академії митної служби України. Серія «Право». 2011. № 2. – С. 112– 119.

доказування»; 3) ФМ-3 «Спосіб діяльності доказування»; 4) ФМ-4 «Засоби діяльності доказування»; 5) ФМ-5 «Носії діяльності доказування»; 6) ФМ-6 «Перетворювальний процес діяльності доказування»; 7) ФМ-7 «Продукт діяльності доказування» та розкриває їх зміст¹², а також дає визначення поняття кримінального процесуального доказування «як прикладної та юридично пізнавально-дослідницької й проектно-реалізаційної діяльності обвинувальної та судової влад, спрямованої на заміщення праворелевантних «подій» юридичними конструкціями на основі виготовлених за процесуальними правилами фактових сукупностей»³.

Системний аналіз концепції, запропонованої Гмирком В.П. щодо сутності кримінального процесуального доказування, як обґрунтовано зазначає Погорецький М.А., дає підстави для висновку, що діяльнісна концепція не розкриває повною мірою сутність кримінального процесуального доказування як пізнавально-практичної правової й логічної діяльності, а окреслене поняття кримінального процесуального доказування не відповідає сучасній змішаній моделі кримінального процесу України, визначеній КПК України 2012 р., де суб'єктами доказування є сторони кримінального провадження (сторона обвинувачення (гл.2 КПК України) та сторона захисту (гл.3 КПК України), а на суд покладається обов'язок забезпечення реалізації сторонами кримінального провадження своїх повноважень, у тому числі й щодо доказування⁴.

Наступною є наукова концепція кримінального процесуального доказування, яку презентує Нижегородська школа процесуалістів на чолі з Александровим О.С.⁵ Відповідно до цієї концепції, Александровим О.С. пропонується «вивести досудове кримінальне провадження зі складу судового доказування й одночасно з цим зняти розбіжності між оперативно-розшуковою діяльністю, досудовим слідством і адвокатським розслідуванням».

Александров О.С. обґрунтовує необхідність відмовитися «від діалектичного матеріалізму як методу пізнання і конструювання кримінально-

¹ Гмирко В.П. Доказування у кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СТД – репрезентація. Дніпропетровськ: Академія митної служби України. 2010. – с. 99-301.

² Гмирко В.П. Доказування в кримінальному провадженні: діяльнісний погляд. Докази і доказування за новим Кримінальним процесуальним кодексом України (до 75-річчя з дня народження доктора юридичних наук, професора Михайла Макаровича Михеєнка): матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 6–7 грудня 2012 р., м. Київ. – Х.2013. – С. 35–38.

³ Гмирко В.П. Доказування у кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СТД – репрезентація. Дніпропетровськ: Академія митної служби України. 2010. С. 302

⁴ Погорецький М. А. Теорія кримінального процесуального доказування: проблемні питання. Право України. 2014. № 10. С. 12-25.

⁵ Александров А. С. К основаниям теории доказательств в состязательном уголовном процессе. А. С. Александров, М. А. Никонов. Вестник Волгоградск. акад. МВД России. 2013. № 2 (25). С. 68–77

процесуальної реальності», від «концепції об'єктивної істини – на користь істини судової – вірогідної, конвенціональної, перзуазивної, когерентної» та від теорії відображення (відбиття)¹. При цьому автор вважає, що «індикатором істини є здоровий глузд і громадська думка». Істинними, на його думку, «швидше повинні бути порядок, форма, процедура судового пізнання, а не мета, результат». Він наголошує, що «суду треба прагнути не до того, щоб пізнати «об'єктивну істину», а забезпечити справедливий порядок судового процесу і в його рамках знайти оптимальне рішення у справі».

Александров О.С. вважає, що «судова істина є результатом судового розслідування (боротьби інтерпретацій, аргументації)... Судового розслідування, судового доказування – це моводіяльність, яка опосередковує смисловиробництво. Кримінально-процесуальне доказування являє собою семиозис – породження і функціонування знаків, вибудовування семіотичної структури»².

Отже, концепція кримінального процесуального доказування Александрова О.С. призначена для змагальної моделі кримінального процесу, якою автор пропонує замінити нинішню змішану модель кримінального процесу Російської Федерації. При цьому слід зважати на те, що у тих країнах світу, де існує класичний змагальний кримінальний процес (США, Великобританія та ін.), останні десятиліття, у зв'язку з суттєвою якісною зміною злочинності (організованість, професійність, транснаціональність, підвищена суспільна небезпечність та ін.), а також у зв'язку із зростанням її окремих найнебезпечніших видів злочинів (теракти, торгівля людьми, незаконний обіг наркотиків тощо), розширюються й посилюються повноваження органів досудового провадження як суб'єктів доказування. Така правова політика західних демократичних країн відповідає концепції «Контролю над злочинністю», яка в останні десятиліття домінує над концепцією «Захисту прав людини»³ і це у сучасних умовах стану злочинності у світі та у більшості західних країн, є цілком логічним та виправданим.

Четвертою концепцією доказування у вітчизняній кримінальній процесуальній доктрині є концепція, розроблена професором Погорецьким М.А., яка іменується в теорії кримінального процесуального доказування комплексною концепцією. Відповідно до вказаної концепції, доказування пропонується розуміти як пізнавально-практичну правову й розумову (логіко-психологічну) діяльність, у якій доцільно виділяти зовнішню і внутрішню

¹ Александров А.С. О нижегородской Доктринальной модели уголовно-процессуального доказательственного права России: «никто кроме нас». URL: <http://www.iuaj.net/node/1844/>. С.6-7.

² Александров А.С. О нижегородской Доктринальной модели уголовно-процессуального доказательственного права России: «никто кроме нас». URL: <http://www.iuaj.net/node/1844/>. С. 8

³ Погорецкий М.А. Концептуальні підходи до боротьби зі злочинністю і захисту прав людини в зарубіжних країнах. Проблеми законності: респ. міжвід. наук. зб. Відп. ред. В.Я. Тацій. Х.: Нац. юрид. акад. України. 2004. Вип. 68. С. 122–131.

структури. Зовнішня структура кримінального процесуального доказування становить єдиний нерозривний процес, який складається з таких структурних елементів, як:

1) Отримання окремого процесуального доказу – це не одномоментний акт, не пасивна діяльність, а активна цілеспрямована пізнавально-практична й розумова діяльність суб'єктів доказування, яка складається з окремих взаємозалежних та взаємовпливових елементів: а) пошуку, виявлення (встановлення), а при необхідності, вилучення фактичних даних та їх джерел; б) перевірки, оцінки фактичних даних і їх джерел, їх процесуального оформлення (закріплення) й власне надання фактичним даним та їх джерелам уповноваженими суб'єктами кримінального процесу значення певного доказу у кримінальному провадженні.

Зазначені елементи лише умовно виокремлюються як самостійні категорії для всебічного дослідження процесу кримінального процесуального доказування. Вони властиві тією чи іншою мірою кожному із засобів отримання доказів¹.

2) Використання доказів як другий етап доказування – це, з одного боку, практична процесуальна діяльність, а з іншого – розумова, що ґрунтується на законах логіки та знаннях психології й інших наук. Ця діяльність полягає в оперуванні доказами, у встановленні на їх підставі обставин, що мають значення для кримінального провадження в обґрунтуванні доказами своєї правової позиції сторонами кримінального провадження, в обґрунтуванні відповідних процесуальних рішень уповноваженими суб'єктами, у тому числі й для перевірки вже отриманих доказів та для отримання нових доказів тощо.

Доказування – це об'єктивно-суб'єктивна категорія, яка тісно пов'язана з об'єктивною реальністю, тобто зі слідами злочину, з об'єктивними обставинами, а з іншого боку – з суб'єктивним їх сприйняттям суб'єктами кримінального процесу. Тому цілком обґрунтовано вживаються в теорії та практиці доказування такі категорії як інтерпретація, внутрішнє переконання, судовоговірення, когнітивне трактування доказів, особистий розсуд тощо.

Внутрішніми системоутворюючими структурними елементами кримінального процесуального доказування є об'єкт, предмет, суб'єкт, мета, завдання, засоби, результат. Їх сутність зумовлюється типом кримінального процесу та кримінальними процесуальними функціями, в основі яких лежить процесуальний інтерес суб'єктів (носіїв) цих функцій, що формується на основі відповідних потреб і мотивів суб'єктів кримінального процесуального доказування².

¹ Погорецький М.А. Нова концепція кримінального процесуального доказування. Вісник кримінального судочинства. №3. 2015. С. 71.

² Погорецький М. А. Нова концепція кримінального процесуального доказування. Вісник кримінального судочинства. № 3. 2015. С. 64.

П'ята концепція розуміння кримінального процесуального доказування, яку виокремлюють як самостійну і таку, що відрізняється від попередньої, – це так звана системна концепція, що запропонована українським ученим-процесуалістом Вапнярчуком В.В.

Так, на переконання автора системної концепції, кримінальне процесуальне доказування є системою, що складається з певних змістовних елементів, які перебувають між собою у взаємозв'язку, мають організованість і емерджентну (системоутворюючу) властивість¹. Автор системної концепції кримінального процесуального доказування зазначає, що при розгляді сутності кримінального процесуального доказування доцільно виділяти такі його елементи, як об'єкт, суб'єктивна сторона, об'єктивна сторона й суб'єкт доказування.

З огляду на комплексне, системне й критичне осмислення наукових концепцій кримінального процесуального доказування, варто приймати за основу подальшого наукового дослідження поняття та змісту доказування при розслідуванні злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг концепцію Погорецького М.А., адже вказана концепція кримінального процесуального доказування ґрунтується на формі (типі, моделі) вітчизняного кримінального процесу, яка впроваджена чинним КПК України².

11.2. Загальна характеристика доказів у кримінальному провадженні

Встановлення фактів об'єктивної дійсності в кримінальному процесі здійснюється головним чином через використання доказів. Не виключається й безпосереднє пізнання слідчим, прокурором, слідчим суддею та судом деяких фактів, які після вчинення кримінального правопорушення продовжують існувати у незмінному вигляді чи змінилися, але не втратили важливих для них якостей. Таке безпосереднє пізнання сторонами кримінального провадження може відбуватися під час проведення процесуальних дій, а саме огляду, освідування, обшуку, пред'явлення для впізнання.

Отже, у кримінальному судочинстві докази мають суттєве значення, саме тому закон детально визначає як власне поняття доказів, так і весь процес їх використання у кримінальному провадженні.

Поняття доказів охоплює: будь-які фактичні дані, що мають значення для кримінального провадження (зміст); процесуальну форму їх закріплення (спосіб існування у матеріалах кримінального провадження) та відповідний носій

¹ Вапнярчук В. В. Теорія і практика кримінального процесуального доказування : монографія. Харків. Юрайт, 2017. С. 12.

² Сухачова І.О. Поняття та зміст доказування прокурором при розслідуванні корупційних злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Вісник ЛДУВС ім. Е.О. Дидоренка. 2020. вип. 4 (92) с. 188-197.

відомостей (джерело). Усі зазначені елементи перебувають у взаємозв'язку та у своїй єдності утворюють поняття доказів. Отже, докази – це єдність фактичних даних (відомостей про факти) та їх процесуальних джерел¹.

Фактичні дані – це відомості, отримані в порядку, встановленому КПК України, про наявність чи відсутність фактів і обставин, які мають значення для кримінального провадження. «Фактичний» означає стан чого-небудь, який відповідає фактам, що відображають дійсність. Факти – це подія, явище, що відбулося в дійсності. Дані – це інформація (про факти), яка необхідна для висновку чи прийняття рішення. Обставини – це явище, яке супроводжує що-небудь, той чи інший факт. Виходячи з етимологічного та логічного значення цих понять, фактами в кримінальному провадженні слід вважати події (подію), з приводу яких ведеться процес, а обставинами – те, що пов'язане з такими фактами, що їх характеризує.

Наприклад, подія кримінального правопорушення і вчинення його підозрюваним, обвинуваченим – це факт, а місце, час його вчинення – це обставини. Таке розмежування між фактами та обставинами у кримінальному провадженні є умовними, оскільки вони взаємозалежні, адже без визначення місця, часу і способу вчинення кримінального правопорушення не можна визнати факт установленим.

Тож використана законодавцем юридична конструкція «фактичні дані» повинна тлумачитися обмежено і означати, що це лише інформація, яка перевіряється (тобто потенційно спростована).

У відповідності з ч. 2 ст. 91 КПК України, доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження. Доказування являє собою процесуальну діяльність слідчого, прокурора, слідчого судді і суду по оперуванню доказами. Ця діяльність, як зазначалося, складається з ряду етапів або елементів.

У тлумачному словнику української мови поняття «збирати» є недосконалим видом дієслова, що означає складати що-небудь до купи, в одне місце; поступово приєднувати, складати що-небудь одне до одного, частину до частини; нагромаджувати; брати що-небудь із різних місць, від різних осіб і т.ін.; відбирати потрібні предмети з-поміж інших². У теорії кримінального процесуального права поняття «збирання доказів» визначається по-різному. Так, одні автори розуміють його як виявлення, збирання, фіксацію та дослідження доказів³¹². Інші – як виявлення, одержання і закріплення³⁴. Треті ж до основних

¹ Фариннік В.І. Особливості формування доказів та доказування в кримінальному судочинстві України. Х.: Фактор. 2013. С. 8.

² Словник української мови : в 11-ти т. Т. 3. 1972 р. URL : <http://sum.in.ua/s/zbyraty>.

³ Карнеева Л.М. Доказательства и доказывание в уголовном процессе : [учебное пособие]. М.: Юридическая литература. 1994. С. 33.

способів збирання доказів відносять витребування, отримання⁵⁶, закріплення, збереження у встановленому порядку доказів⁷.

Кожна з вищезазначених позицій заслуговує на увагу, однак потребує уточнення. Дослідження доказів характерне для здійснення перевірки доказів та їхніх процесуальних джерел. Невдалим є також віднесення до способів збирання фактичних даних одночасно їх закріплення та збереження у встановленому законом порядку, адже навряд чи можна розділяти процеси збирання доказової інформації та її процесуального закріплення як доказів, тому що в разі відсутності належного процесуального оформлення такої інформації, вона не матиме значення доказу у кримінальному провадженні.

Водночас здається, що вживання у КПК України терміну «збирання» як структурного елементу доказування, навряд чи є вдалим. Шевчишен А. пропонує називати це «отриманням доказів», семантичний зміст якого – здобувати, діставати що-небудь певними зусиллями, якимись діями брати, приймати те, що надсилається, надається, вручається тощо⁸. Із аналізу положень КПК України випливає, що законодавець ототожнює поняття «збирання» й «отримання» доказів. Так, у ч. 1 ст. 223 КПК України зазначено, що слідчі (розшукові) дії є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Водночас збирання фактичних даних ще не означає можливість їх використання у кримінальному провадженні та іноді буває так, що докладені зусилля для здобуття доказової інформації є марними, оскільки таку інформацію не можна використати як доказ у кримінальному провадженні. Зазначене підтверджує тезу, що не вся зібрана інформація, тобто фактичні дані, є доказом, оскільки

¹ Тертышник В.М. Теория доказательств : [учебное издание] Харьков : Арсис, 1998. – С. 6.

² Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. М.: ТК Велби, Издательство Проспект, 2006. С. 61.

³ Михеенко М.М. Вопросы доказывания в стадии возбуждения уголовного дела, предания суду и исполнения приговора. Научная информация по вопросам борьбы с преступностью. Вопросы уголовного процесса. М., 1983. № 75.

⁴ Гончаренко В.Г. Доказування в кримінальному провадженні. К.: Прецедент. 2014. С. 25.

⁵ Вапнярчук В.В. Витребування та отримання, проведення інших процесуальних дій як способи збирання доказів у кримінальному провадженні. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2015. – С. 85-89.

⁶ Капліна О.В. Збирання доказів сторонами кримінального провадження. Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні : Матеріали Всеукраїнської науково-практичної Інтернет-конференції (27 листопада 2013 р., м. Одеса). Одеса : Юридична література. 2013. С. 223.

⁷ Словник української мови : в 11-ти т. Т. 5. 1974 URL: <http://sum.in.ua/s/oderzhuvaty>

⁸ Шевчишен А. Отримання доказів як структурний елемент доказування у кримінальних провадженнях про корупційні злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Национальный юридический журнал: теория и практика Юль, 2017 С. 176-179.

вони можуть бути використані в доказуванні лише після фіксації доказової інформації та приведення її у встановлену кримінальним процесуальним законом форму. Інакше кажучи, «готових доказів у природі не існує, тому суб'єкт доказування у ході провадження слідчих (розшукових) дій, відшукуючи інформацію (сліди злочину), що відноситься до предмету доказування, і фіксує її у процесуальних актах, формує докази»¹.

На вищезазначену проблему звертає увагу також Погорецький М.А., який слушно зазначає, що розуміння «збирання доказів» як початкового етапу доказування на практиці призводить до того, що окремі працівники оперативно-розшукових підрозділів помилково вважають, що отримані ними під час оперативно-розшукового документування певні об'єкти речового походження чи документи, а інколи й вербальна інформація вже є доказом у кримінальному провадженні. Такої помилки припускаються й слідчі, додають такі матеріали оперативно-розшукової діяльності (далі – ОРД) до кримінального провадження без будь-якої або без належної перевірки процесуальним шляхом, посилаючись на них як на докази під час обґрунтування своїх процесуальних рішень, що є однією з причин слідчо-судових помилок, які призводять до порушення прав людини².

Збирання доказів здійснюється сторонами кримінального провадження, потерпілим у порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом.

Так, суб'єктами доказування у кримінальному провадженні зі сторони обвинувачення є прокурор, слідчий, керівник органу досудового розслідування, потерпілий. Окрім того, до суб'єктів отримання доказів зі сторони обвинувачення, відповідно до ч. 3 ст. 41 КПК України, потрібно також відносити співробітників оперативних підрозділів, які під час виконання доручень слідчого, прокурора, мають повноваження слідчого, здійснюючи відповідні слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії.

Сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом.

Сторона захисту, потерпілий здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2-х т. за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. Національна академія правових наук України. Х.: Право. Т. 1. 2012. С. 274-280.

² Погорецький М.А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі : монографія. Х. : Арсіс ЛТД, 2007. С. 503.

самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів.

Аналіз положень КПК України свідчить про те, що сторона захисту наділена значно вужчими правами щодо отримання доказів на досудовому розслідуванні, оскільки не має такого обсягу повноважень.

Водночас, вона має право здійснювати пошук доказів шляхом отримання відомостей про непричетність підозрюваного (обвинуваченого) до вчинення злочину, отримання інформації, яка спростовує докази сторони обвинувачення, та, згідно з положеннями КПК України, заявляти слідчому, прокурору клопотання про необхідність проведення слідчих (розшукових) дій, спрямованих на пошук доказів, які розглядаються в порядку ст. 220 КПК України.

У відповідності з названою статтею, таке клопотання сторони захисту, потерпілого і його представника чи законного представника про виконання будь-яких процесуальних дій слідчий, прокурор зобов'язані розглянути в строк не більше трьох днів з моменту подання і задовольнити їх за наявності відповідних підстав.

Про результати розгляду клопотання повідомляється особа, яка заявила клопотання. Про повну або часткову відмову в задоволенні клопотання виноситься мотивована постанова, копія якої вручається особі, яка заявила клопотання.

Постанова слідчого, прокурора про відмову в задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій може бути оскаржена слідчому судді¹.

На думку окремих процесуалістів, сторона захисту, потерпілий мають повноваження тільки щодо ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, що, на їхню думку, не варто вважати способом отримання доказів, оскільки навіть за умови задоволення відповідного клопотання, суб'єктом отримання доказів визнаватиметься слідчий, прокурор, які виконували слідчі (розшукові) дії. Тому, для забезпечення дієвості принципу змагальності пропонується надати захисникові право проводити огляд місця події, обшук тощо².

З такою думкою навряд-чи можна погодитись, оскільки повноваження сторони захисту, потерпілого не обмежуються лише можливістю ініціювати слідчому, прокурору клопотання про необхідність проведення слідчих

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2013. № 9-13. Ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

² Ковальчук С.О. Участь сторони захисту у формуванні речових доказів. Право і суспільство. 2015. № 3. Ч. 3. С. 184-185

(розшукових) дій. Зокрема вони мають право за своїм клопотанням здійснювати тимчасовий доступ до речей і документів, можуть витребувати за власною ініціативою від органів державної влади, місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій необхідну інформацію.

Так, у кримінальних провадженнях про корупційні злочини сторона захисту має право здійснювати пошук доказової інформації шляхом проведення опитування осіб за їхньою згодою про відомі їм обставини вчинення кримінального правопорушення, здійснювати тимчасовий доступ, у порядку, передбаченому КПК України, до інформації, яка наявна в операторів мобільного зв'язку, банківських установах тощо.

Окрім того, як зазначає Шевчишен А., сторона захисту не може проводити огляд місця події, обшук чи вчиняти інші слідчі (розшукові) дії, оскільки вона є зацікавленою стороною, що може призвести до штучного створення доказів невинуватості підозрюваного (обвинуваченого) та інших зловживань з її боку. Натомість слідчий, прокурор, відповідно до принципу законності, у своїй діяльності зобов'язані неупереджено досліджувати обставини кримінального провадження, виявляти як ті обставини, які викривають підозрюваного (обвинуваченого), так і ті, що його виправдовують¹.

11.3. Особливості отримання доказів у кримінальних провадженнях у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг

У відповідності із ст. 223 КПК України слідчі (розшукові) дії є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні.

Підставами для проведення слідчої (розшукової) дії є наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення її мети. До слідчих (розшукових) дій, згідно Кримінального процесуального кодексу, слід віднести: допит (статті 224-226 КПК України); пред'явлення особи для впізнання (ст. 228); пред'явлення речей для впізнання (ст. 229); впізнання трупа (ст. 230); обшук (ст. 234); огляд (ст. 237); огляд трупа (ст. 238); слідчий експеримент (ст. 240); освідування особи (ст. 241); проведення експертизи (ст. 242).

До числа негласних слідчих (розшукових) дій слід віднести: аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260); накладення арешту на кореспонденцію (ст. 261); огляд і виїмка кореспонденції (ст. 262); зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263); зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264); обстеження публічно недоступних місць, житла

¹ Шевчишен А. Отримання доказів як структурний елемент доказування у кримінальних провадженнях про корупційні злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Национальный юридический журнал: теория и практика. Июль, 2017 С. 176-179.

чи іншого володіння особи (ст. 267); спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269); контроль за вчиненням злочину (ст. 271)¹.

Першочерговою формою отримання доказів у кримінальних провадженнях у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є пошук у встановленому законом порядку доказової інформації, яка характеризує подію кримінального правопорушення. Відповідна інформація міститься в ідеальних і матеріальних слідах відображення. До перших належать сліди, що містяться в пам'яті свідків, підозрюваних (обвинувачених) про обставини вчинення кримінального правопорушення. Такими є матеріальні об'єкти, виявлені під час проведення слідчих (розшукових) дій і негласних слідчих (розшукових) дій (наприклад, грошові кошти, які є предметом неправомірної вигоди, одяг чи інші предмети, які перебували у володінні чи користуванні вигодоодержувача та на яких міститься хімічна речовина, якою б маркувався предмет неправомірної вигоди).

Суть пошуку доказів, зокрема і в згаданій категорії проваджень, полягає у проведенні слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, витребуванні й отриманні від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових і фізичних осіб, речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій (ч. 2 ст. 93 КПК України). Зокрема шляхом проведення допитів свідків можна дізнатися про місце знаходження матеріальних об'єктів, які можуть бути речовими доказами, установити осіб, яким відомі обставини вчинення злочину тощо.

Окрім того, важливим етапом пошуку доказів у кримінальних провадженнях є використання інформації, отриманої внаслідок залучення осіб до конфіденційного співробітництва. Так, наприклад, до такого співробітництва можна залучити особу, яка є працівником установи, службові особи якої систематично вчиняють корупційні злочини. Надалі така особа, володіючи інформацією про обставини вчинення згаданих правопорушень, зокрема про коло осіб, які їх вчинили (вчиняють), розмір неправомірної вигоди тощо, надає її органам досудового розслідування, яку останні використовують для виявлення доказів та їх фіксацій².

Варто зауважити, що при залученні до кримінального провадження конфіденційних співробітників проводяться негласні слідчі (розшукові) дії, пов'язані із втручанням у приватне спілкування особи (аудіо-, відеоконтроль

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2013. № 9-13. Ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.

² Шевчишен А. Отримання доказів як структурний елемент доказування у кримінальних провадженнях про корупційні злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Национальный юридический журнал: теория и практика. Июль, 2017 С. 176.

особи, спостереження за особою у публічно доступному місці, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж). Враховуючи законодавче обмеження на здійснення втручання у приватне спілкування при розслідуванні нетяжкого злочину, то вищезазначені негласні слідчі (розшукові) дії не можуть бути проведені у кримінальних провадженнях про зловживання повноваженнями, які не завдали тяжких наслідків, а також у випадку отримання неправомірної вигоди особою без особливо кваліфікуючих ознак, тобто вчинених: за попередньою змовою групою осіб (відповідно до судової практики – співвиконавцями, кожен з яких міг або повинен був виконати дії з використанням службового становища¹), або особою, яка займає відповідальне чи особливо відповідальне становище, або поєднане з вимаганням неправомірної вигоди, чи якщо предметом злочину була неправомірна вигода у великому/особливо великому розмірі.

Результатом пошуку доказів є їх виявлення, що є наступною формою отримання доказів у кримінальних провадженнях. Його суть полягає у зверненні уваги на ті чи інші сліди, обставини, фактичні дані, які можуть мати значення для встановлення істини у кримінальному провадженні. Виявлення доказів, зазвичай, відбувається під час проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій. Відповідно до теорії відображення, вони є слідами кримінального правопорушення, які залишились у навколишньому середовищі².

У кримінальних провадженнях про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, виявленню підлягають факти, які підтверджують вчинення злочину, а саме: виявлення предмету неправомірної вигоди, місця розташування камер спостереження на місці вчинення злочину, свідків, документів, які засвідчують повноваження службової особи чи особи, яка надає публічні послуги (наприклад, розпорядження місцевих і центральних органів виконавчої влади; статuti підприємств, установ чи організацій; трудові договори; накази про призначення та визначення службових обов'язків; посадові інструкції тощо).

Останньою формою отримання доказів у кримінальних провадженнях про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є фіксація доказової інформації у передбаченій законом процесуальній формі, після чого можливість її використання для ухвалення процесуального рішення на стадії досудового розслідування й обґрунтування судового рішення.

Згідно зі ст. 103 КПК України, процесуальні дії під час кримінального провадження можуть фіксуватися: у протоколі; на носії інформації, на якому за допомогою технічних засобів зафіксовані процесуальні дії; у журналі судового

¹ Вирок Вищого антикорупційного суду від 21.09.2021 у справі №303/1425/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99804279>.

² Малюга Р.В. Доказування в кримінальному процесі: проблеми визначення структурних елементів. Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. 2013. Вип. 11. С. 280–283.

засідання. Треба зазначити, що у справах про корупційні злочини важливою є належна фіксація факту вчинення корупційного діяння (одержання, надання неправомірної вигоди, домовленості між вигодованцем та вигодоодержувачем про предмет неправомірної вигоди, його розмір тощо). Власне така фіксація можлива за допомогою використання технічних засобів на носії інформації, оскільки у протоколах слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій неможливо відобразити всі дійсні обставини вчинення корупційного злочину (наприклад, кивання голови хабароодержувача, який таким чином приймає пропозицію (обіцянку) неправомірної вигоди). Проте фіксація факту одержання неправомірної вигоди службовою особою чи особою, яка надає публічні послуги, не завжди може бути здійснена належним чином, що в подальшому відобразатиме доказову інформацію та надасть можливість заперечувати факт вчинення корупційного злочину або наполягати на зміні кваліфікації злочинного діяння на інші склади злочинів, за вчинення яких передбачене менш суворе покарання¹.

Загалом, доказування наявності кримінального правопорушення в злочинах у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, має свої специфічні особливості. Слідчому, прокурору, суду для встановлення кримінального механізму злочинного діяння необхідно з'ясувати:

1) чи мало місце порушення службовою особою або особою, яка надає публічні послуги, зумовлених їх службовим становищем чи положенням обов'язків;

2) внаслідок яких дій службової особи або особи, яка надає публічні послуги, була заподіяна істотна шкода державним або суспільним інтересам, що охороняються законом, правам і інтересам громадян, інтересам суб'єктів економічної діяльності;

3) чи мав місце причинний зв'язок між злочинним діянням і наслідками, що настали.

У практиці розслідування зазначеної категорії злочинів склалася така система основних обставин, що підлягають встановленню:

1) статус особи, підозрюваної у вчиненні діяння, чи є вона службовою особою або особою, яка надає публічні послуги, чи виконувала вона функції, пов'язані з обслуговуванням, матеріальною відповідальністю, документообігом тощо;

2) коло і зміст службових прав та обов'язків особи, яка займає цю посаду, виконує роботу;

¹ Шевчишен А. Отримання доказів як структурний елемент доказування у кримінальних провадженнях про корупційні злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Национальный юридический журнал: теория и практика. Июль, 2017. С.178.

3) характер, умови та особливості роботи підприємства, установи або організації, де вчинено злочин;

4) характер дій або бездіяльності службової особи, особи, що надає публічні послуги;

5) час і місце вчинення злочину;

6) злочинний спосіб і механізм вчинення і приховання злочину;

7) фактичні дії, виконувані цією особою;

8) зв'язок дій службової особи чи особи, яка надає публічні послуги, з використанням службового становища всупереч інтересам служби, або з використанням повноважень по наданню публічних послуг;

9) причинний зв'язок між діями і шкідливими наслідками, що настали;

10) факти заподіяння шкоди діями службової особи чи особи, яка надає публічні послуги;

11) розмір шкоди, заподіяної злочинними діями службової особи чи особи, яка надає публічні послуги (істотна шкода, тяжкі наслідки);

12) форма провини, мотиви і мета злочину;

13) факти і частота вчинення порушень (епізодичність, систематичність);

14) зв'язок з іншими злочинами (проти власності, у сфері господарської діяльності, правосуддя тощо), або корупційними діяннями, або іншими правопорушеннями, пов'язаними з корупцією;

15) обставини, що обтяжують або пом'якшують провину особи, або звільняють її від кримінальної відповідальності, або підстави для притягнення до адміністративної відповідальності;

16) відомості про особу обвинуваченого;

17) обставини, що сприяли вчиненню службового злочину¹.

З'ясування перерахованих обставин уточнюється при розслідуванні конкретних службових злочинів.

Особливості службових злочинів та злочинів у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, полягають у тому, що вони застосовуються не як одиничні дії, а найчастіше у вигляді продуманої системи злочинної діяльності, яка здійснюється протягом тривалого періоду. Для службових злочинів та злочинів у сфері надання публічних послуг (за винятком службової недбалості та незаконного збагачення) характерною є загальна особливість — основою їх способу є навмисне виконання (або невиконання) певних дій у вигляді розпоряджень, наказів, доручень, дозволів, заборон, що заподіяли фізичну, матеріальну або моральну шкоду. Спосіб приховування цих злочинів нерідко є складовим елементом злочинної діяльності, здійснюваної відповідно до єдиного задуму. Це характерно в основному для отримання

¹ Прокурорський нагляд в Україні (І.Є. Марочкін, П.М. Каркач, Ю.М. Грошевой та ін.). ТОВ "Одіссей". 2006. 372.

неправомірної вигоди і службових зловживань, оскільки спосіб приховування їх передбачається заздалегідь.

Дії службових осіб, спрямовані на вчинення і приховування злочинів, можуть не збігатися за суб'єктом у випадках, якщо приховування здійснюється не виконавцем, а іншими заінтересованими особами. Дії щодо вчинення і приховування злочину можуть не збігатися і за задумом, якщо необхідність маскуванню виникла у зв'язку з непередбаченими обставинами або зміною обстановки. І навпаки, приховування службової недбалості звичайно здійснюється після настання наслідків злочинної бездіяльності.

Основними способами приховування службових злочинів та злочинів у сфері надання публічних послуг є: фальсифікація обліку і звітності; внесення змін до документів; заміна або виготовлення фіктивних документів; знищення документів; штатні переміщення; знищення матеріальних слідів злочину тощо.

Типові матеріальні сліди злочину та ймовірні місця їх знаходження як елемент криміналістичної характеристики службових злочинів тісно пов'язані зі способами їх вчинення і приховування. Відомості про отримання неправомірної вигоди, зловживання службовим становищем, перевищення влади, службові підробки, службова недбалість містяться в документах, що відображають службову діяльність. З них можна одержати уявлення про управління підприємством, установою, організацією, усвідомити характер службової діяльності, документообігу, діловодства, технології, і на цій основі виявити порушення. Джерелами відомостей про обставини службових злочинів можуть бути дані щодо вищестоящих і суміжних підприємств, установ і організацій, відвідувачів, інших свідків, співучасників злочину.

Важливе значення мають відомості про особисті стосунки підозрюваних, що можуть бути виявлені за місцем їх роботи та проживання. Це саме стосується й даних, що містяться у записних, телефонних книжках, на дисках та інших носіях. Становлять також інтерес документи щодо відправлення телеграм, листів, бандеролей та документи, які фіксують роботу обчислювальної техніки, електронної пошти. Виявлення та аналіз таких слідів дозволяють дійти певних висновків, зокрема, на підставі порівняння даних про спосіб життя підозрюваного та документів про його прибутки¹.

Разом з типовими ознаками, притаманними розслідуванню злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, розслідування кожного з видів даного кола кримінальних правопорушень має свої особливості.

¹ Марочкін І.Є., Каркач П.М., Грошевой Ю.М. та ін. Прокурорський нагляд в Україні. ТОВ "Одісей". 2006. 372 с.

Наприклад, розслідування зловживання владою або службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень має свої особливості. При розслідуванні цих злочинів насамперед з'ясовуються:

- 1) мета і форма зловживання владою або службовим становищем;
- 2) у чійх інтересах здійснено це зловживання;
- 3) чи усвідомлювала службова особа, що перевищує межі своїх повноважень;
- 4) чи не пов'язане зловживання з порушенням службової, фінансової, технологічної дисципліни;
- 5) як реагували вищестоящі структури на факти зловживань, чи були сигнали про ці факти.

Найбільш типовими першочерговими слідчими діями є виїмка й огляд документів, зразків продукції, допит свідків, обшук і допит підозрюваних.

Огляд документів і допит свідків розраховані на одержання первинних даних про зловживання службовим становищем. Первинні документи співставляються з даними статистичної звітності, наказами про штатні перестановки, заохочення, офіційні обов'язки посадових осіб і фактично виконувану ними роботу, використання майна, транспортних засобів¹.

При розслідуванні зловживань, пов'язаних із порушенням технологічного процесу, випуском на товарний ринок або реалізацією недоброякісної продукції, необхідно провести огляд виробничого обороту, вилучити проби і зразки.

Розслідування злочинів про перевищення влади або службових повноважень працівниками правоохоронних органів, передбачених ч. 1 ст. 365 КК України, необхідно починати з виїмки та огляду документів, допиту свідків, вилучення записів з камер відеоспостереження (у випадку перевищення повноважень працівниками УПП – бодікамер), а злочинів, передбачених ч. 2 ст. 365 КК України, — з допиту, судово-медичної експертизи потерпілого, у разі застосування зброї — судово-балістичної експертизи, допиту підозрюваного та ін.

Подальше розслідування зловживань владою або службовим становищем (ст. 364 КК України) полягає в уточненні мотивів зловживання, фіксації його обставин, визначенні розміру заподіяної шкоди².

Найчастіше мотивами зловживання владою або службовим становищем бувають корислива або інша особиста заінтересованість, кар'єризм, помилково витлумачені професійні або службові інтереси тощо. У зв'язку з цим допит свідків може бути спрямований на встановлення та уточнення мотивів зловживань. З цією метою допитуються колеги по службі, працівники

¹ Рибалка О.В. Значення кримінально-процесуального доказування. Наука і практика. Адвокат. 2011. № 10. С. 15-21.

² Стахівський С. М. Теорія і практика кримінально-процесуального доказування: монографія. К. 2005. 272 с.

бухгалтерії, виробничих підрозділів, ревізори та інші працівники, у тому числі суміжних організацій, особи, які звернулися зі скаргою, відвідувачі установи та ін.

При допиті підозрюваного необхідно одержати відомості про умови його роботи; мотиви, якими він керувався, здійснюючи певні дії; обставини, що викликали шкідливі наслідки; хто, на думку підозрюваного, винний у настанні цих наслідків; службову кваліфікацію обвинуваченого і досвід роботи у даній галузі і на цій посаді; характер його стосунків із керівними особами, обґрунтованість і законність їх розпоряджень.

При розслідуванні службових зловживань можуть призначатися судові експертизи: судово-економічна — для перевірки фінансових і господарських операцій підприємства, організації або окремих посадових осіб; для перевірки промислового, товарного, фінансового планування, відповідності звіту установи дійсності; судово-товарознавча — встановлення якості готових промислових і продовольчих товарів, їхня сортність, вартість; судово-технічна — для з'ясування причин аварій, порушень технологічних процесів, термінів будівництва тощо; криміналістична — щодо дослідження документів (почеркознавчі, авторознавчі, технічні експертизи документів).

Розслідування службової недбалості здійснюється з застосуванням децю інших слідчих, негласних слідчих (розшукових) дій. Службова недбалість розглядається як невиконання або неналежне виконання службовою особою своїх службових обов'язків через несумлінне ставлення до них, що заподіяло істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам окремих юридичних осіб¹.

Злочинна службова недбалість є діянням, вчиненим з необережності, здебільшого у сфері службової діяльності, і має значну суспільну небезпеку. Іноді за службовою недбалістю криються навмисні злочини.

При розслідуванні таких кримінальних правопорушень слід, крім загальних обставин розслідування службових злочинів, додатково встановити:

- 1) у чому полягає факт службової недбалості;
- 2) чи є такий факт поодиноким або має місце тривала бездіяльність;
- 3) чи належать до службових обов'язків дії, невиконання яких призвело до службової недбалості;
- 4) освіту, кваліфікацію і професійний досвід підозрюваного, чи могла службова особа передбачати настання певних наслідків у результаті невиконання або неналежного виконання своїх службових обов'язків;
- 5) підстави та обставини призначення на цю посаду даної особи;

¹ Кримінальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2001. № 25-26. С. 131. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.

- б) види майна і характер заподіяних збитків, їх розмір;
- 7) норми природного убутку сировини, готової продукції, товарів;
- 8) умови їх збереження і відповідність технології збереження нормативним вимогам;
- 9) які наслідки службової недбалості, у чому виражається істотна шкода, заподіяна злочином;
- 10) кому конкретно заподіяний істотний збиток;
- 11) чи міг обвинувачений вжити необхідних заходів для усунення або запобігання шкоди¹.

У певних випадках розслідування службової недбалості може починатися з огляду матеріальних цінностей, яким заподіяний збиток, місця їхнього збереження з метою встановлення їхньої кількості, характеру, ступеня ушкодження, умов збереження тощо.

При розслідуванні злочину висувуються версії щодо характеру і розміру збитків, причин, що призвели до таких наслідків, причинних зв'язків між ними і допущеними порушеннями, ролі окремих службових осіб у вчиненні злочину. Перевіряється також версія про те, чи не була використана ситуація, що виникла внаслідок допущеної службової недбалості, для вчинення іншого кримінального правопорушення або його приховування.

При розслідуванні цього кримінального правопорушення необхідно допитати свідків для з'ясування ставлення службової особи до своїх обов'язків, її особистих якостей, поведінки, що впливали на виконання службових обов'язків, реагування її на недоліки в діяльності установи, організації, на факти систематичного недбалого, несумлінного виконання нею службових обов'язків.

Під час досудового розслідування допит підозрюваного повинен бути спрямований на ретельну фіксацію пояснень службової особи з приводу кожного факту службової недбалості, а також в усіх обставинах із посиланнями на документи та інші джерела доказів. Необхідно перевірити посилання підозрюваного на його неосвіченість, необережність потерпілих, невідворотність шкідливих наслідків, неналежні з об'єктивних причин умови збереження матеріальних цінностей, про що раніше він повідомляв тощо².

Отже, отримання доказів у кримінальних провадженнях про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням

¹ Туркот М.С., Ярмиш Н.М., Куц В.М., Козій В.В., Ганова Г.О. Підтримання державного обвинувачення у кримінальних провадженнях про злочини у сфері службової діяльності: методичні рекомендації. К.: Генеральна прокуратура України. Національна академія прокуратури України. 2013. – 62 с.

² Туркот М.С., Ярмиш Н.М., Куц В.М., Козій В.В., Ганова Г.О. Підтримання державного обвинувачення у кримінальних провадженнях про злочини у сфері службової діяльності: методичні рекомендації. К.: Генеральна прокуратура України. Національна академія прокуратури України. 2013. – 62.

публічних послуг, є одним із структурних елементів доказування та характеризується виключно процесуальною діяльністю суб'єктів кримінального провадження, яка полягає у їх пошуку, виявленні та фіксації. Слідчий, прокурор під час досудового розслідування злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, зобов'язаний провести весь комплекс слідчих, негласних слідчих дій для фіксації обставин кримінального правопорушення і встановлення реальної події злочину, яка відбулась.

References:

1. Pohoretskyi M.A. *Nova kontsepsiia kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia. Visnyk kryminalnoho sudochynstva. 2015. №3. S. 63-79.*
2. Farynnyk B.I. *Osoblyvosti formuvannia dokaziv ta dokazuvannia v kryminalnomu sudochynstvi Ukrainy. X.: Faktor. 2013 96 s.*
3. Chuprikova I.L. *Dopustymist dokaziv u svitli novoho Kryminalnoho protsesualnoho kodeksu : dys. kand. yuryd.nauk : spets.12.00.09 «Kryminalnyi protses ta kryminalistyka; sudova ekspertyza; operatyvno-rozshukova diialnist» Natsionalnyi universytet «Odeska yurydych- na akademiia». Odesa. 2015 – 186 s.*
4. *Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy (VVR). 2013. № 9-13. St. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.*
5. Vapniarchuk V. V. *Teoriia i praktyka kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia : monohrafiia. Kharkiv. Yurait. 2017. 408 s.*
6. Spasovych V. D. *O teoryi sudebno-uholovnykh dokazatelstv v svyazy s sudoustroistvom y sudoproizvodstvom: monohr. (perepech. s yzd. 1861). Moskva: LeksЭst. 2001. 112 s.*
7. Foinytskyi Y.Ia. *Kurs uholovnoho sudoproizvodstva: v 2-kh t. Sankt-Peterburh: Yzd-vo «ALFA», 1996. T. 2. 606 s.*
8. Cheltsov-Bebutov M. A. *Sovetskyi uholovnyi protsess. Kharkov: Yurydyzdat NKIU, 1929. Вып. 2. 337 s.*
9. Vladymirovъ L. E. *Uchenie obъ uholovnykhъ dokazatelstvakhъ. Chasty obshchaia y osobennaia. 3-e yzd. yzъn. y zakonch. Sankt-Peterburh: Yzd. knyzhn. mahazyna Zakonovъdъnie. 1910. 400 s.*
10. Nor V. T. *Problemy teorii i praktyky sudovykh dokaziv. Lviv. LDU (Vyshcha shk.). 1978. 112 s.*
11. Mykheenko M. M. *Dokazyvanye v sovetskom uholovnom protsesse: monohr. Kyev: Vyshch. shk. 1984. 134 s.*
12. Mykheienko M.M., Nor V.T., Shybiko V.P. *Kryminalnyi protses Ukrainy: pidruch. 2-he vyd. pererob. i dop. Kyiv. Lybid. 1999. 536 s.*
13. Shumylo M. Ye. *Reabilitatsiia v kryminalnomu protsesi Ukrainy: monohr. Kharkiv: RVF «Arsis, LTD», 2002. 320 s.*
14. Hroshevoi Yu. *Deiaki problemy kryminalno-protsesualnoi teorii. Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy. 2004. № 3 (38). S. 134-145.*
15. Hmyrko V.P. *Retrospektyvnyi analiz uiavlennia pro sut dokazuvannia v kryminalnomu protsesi Ukrainy Visnyk Akademii mytnoi sluzhby Ukrainy. Seriia «Pravo». 2011. № 2. – S. 112–119.*

16. Kostin M. I. Poniattia «dokazuvannia» u kryriminalnomu protsesi Ukrainy. *Pravo Ukrainy*. 2004. № 1. S. 143-146.
17. Stakhivskiy S. M. *Teoriia i praktyka kryriminalno-protseusialnogo dokazuvannia*. Kyiv. 2005. 272 s.
18. Hmyrko V.P. *Dokazuvannia u kryriminalnomu protsesi: diialnisna paradyhma. Teoretychnyi analiz. Problematyzatsiia. STD – reprezentatsiia*. Dnipropetrovsk: Akademiia mytnoi sluzhby Ukrainy. 2010. 314 s.
19. Hmyrko V.P. *Dokazuvannia v kryriminalnomu provadzhenni: diialnisnyi pohliad. Dokazy i dokazuvannia za novym Kryriminalnym protseusialnym kodeksom Ukrainy (do 75-richchia z dnia narodzhennia doktora yurydychnykh nauk, profesora Mykhaila Makarovycha Mykheienka): materialy mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii, 6–7 hrudnia 2012 r., m. Kyiv. – Kh. 2013. – S. 34–38.*
20. Aleksandrov A.S. *O nyzhehorodskoi Doktrynalnoi modeli uholovno-protseusialnogo dokazatelstvennogo prava Rossyy: «nykto krome nas»*. URL: <http://www.iuaj.net/node/1844/>.
21. Pohoretskyi M.A. *Kontseptualni pidkhody do borotby zi zlochynnistiu i zakhystu prav liudyny v zarubizhnykh krainakh. Problemy zakonnosti: resp. mizhvid. nauk. zb. Vidp. red. V.Ia. Tatsii. Kh.: Nats. yuryd. akad. Ukrainy. 2004. Vyp. 68. S. 122–131.*
22. Pohoretskyi M.A. *Nova kontseptsiiia kryriminalnogo protseusialnogo dokazuvannia. Visnyk kryriminalnogo sudochynstva. №3. 2015. S. 63-79.*
23. Sukhachova I.O. *Poniattia ta zmist dokazuvannia prokurorom pry rozsliduvanni koruptsiinykh zlochyntiv u sferi sluzhbovoi diialnosti ta profesiinoi diialnosti, pov'iazanoi z nadanniam publichnykh posluh // Visnyk LDUVS im. E.O. Dydorenka, 2020. vyp. 4 (92) s. 188-199.*
24. Farynnik V.I. *Osoblyvosti formuvannia dokaziv ta dokazuvannia v kryriminalnomu sudochynstvi Ukrainy. Kh.: Faktor. 2013. 96 s.*
25. *Slovyk ukraïnskoï movy : v 11-ty t. T. 3. 1972 r. URL : http://sum.in.ua/s/zburatu.*
26. Karneeva L.M. *Dokazatelstva y dokazyvanye v uholov- nom protsesse : [uchebnoe posobyie] M.: Yurydicheskaia lyteratura. 1994. 193 s.*
27. *Tertyshnyk B.M. Teoryia dokazatelstv : [uchebnoe yzdanye] Xarkov: Arsyuiu 1998. 256 s.*
28. *Myxailovskaia Y.B. Nastolnaia knyha sudy po dokazyvanyiu v uholovnom protsesse. M. : TK Belby, Yzdatelstvo Prospekt. 2006. 192 s.*
29. *Myxeenko M.M. Voprosy dokazyvaniya v stadyu vozbuzhdeniya uholovnoho dela, predaniya sudu y uspolneniya pryhovora. Nauchnaia ynformatsiia po voprosam borby s prestupnostiu. Voprosy uholovnoho protsessa. M. 1983. № 75. S. 86–89.*
30. *Honcharenko B.H. Dokazuvannia v kryriminalnomu provadzhenni. K.: Pretsedent. 2014. 42 s.*
31. *Vapniarchuk B.B. Vytrebuvannia ta otrymannia, provedennia inshykh protseusialnykh dii yak sposoby zbyrannia dokaziv u kryriminalnomu provadzhenni. Naukovyi visnyk Xersonskoho derzhavnogo universytetu. 2015. – S. 85-89. № 3. – S. 85–89*
32. *Kaplina O.B. Zbyrannia dokaziv storonamy kryriminalnogo provadzhenni. Aktualni problemy dokazuvannia u kryriminalnomu provadzhenni : Materialy Bseukraïnskoï*

naukovo-praktychnoi Internet-konferentsii (27 lystopada 2013 r., m. Odesa). Odesa : Yurydychna literatura. 2013. S. 223–229.

33. *Slovyk ukrainskoi movy : v 11-ty t. T. 5. 1974 URL: <http://sum.in.ua/s/oderzhuvatu>*

34. *Shevchyshen A. Otrymannia dokaziv yak strukturnyi element dokazuvannia u kryminalnykh provadzhenniakh pro koruptsiini zlochyny u sferi sluzhbovoi diialnosti ta profesiinoi diialnosti, poviazanoi z nadanniam publicznykh posluh. Natsyonalnyi yurydycheskyi zhurnal: teoriia y praktyka. Yiul, 2017 S. 176-179.*

35. *Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy. Naukovo-praktychnyi komentar : u 2-x t. za zah. red. B.Ia. Tatsiia, B.P. Pshonky, A.B. Portnova. Natsionalna akademiia pravovykh nauk Ukrainy. X.: Pravo. T. 1. 2012. 767 s.*

36. *Pohoretskyi M.A. Funktsionalne pryznachennia operatyvno-rozshukovoi diialnosti u kryminalnomu protsesi : monohrafiia. X. :Arsis LTD, 2007. 576 s.*

37. *Kovalchuk S.O. Uchast storony zakhystu u formuvanni rechovykh dokaziv. Pravo i suspilstvo. 2015. № 3. Ch. 3. S. 182–188.*

38. *Vyrok Vyshchoho antykoruptsiinoho sudu vid 21.09.2021 u spravi №303/1425/18. Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen. URL <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99804279>.*

39. *Maliuha R.B. Dokazuvannia v kryminalnomu protsesi: problemy vyznachennia strukturnykh elementiv. Naukovi zapysky Lvivskoho universytetu biznesu ta prava. 2013. Byp. 11. S. 280–283.*

40. *Marochkin I.Ie., Karkach P.M., Hroshevoi Yu.M. ta in. Prokurorskyi nahliad v Ukraini. TOV “Odissei”. 2006. 372 s.*

41. *Rybalka O.V. Znachennia kryminalno-protsesualnogo dokazuvannia. Nauka i praktyka. Advokat. 2011. № 10. S. 15-21.*

42. *Stakhivskyi S. M. Teoriia i praktyka kryminalno-protsesualnogo dokazuvannia: monohrafiia. K. 2005. 272 s.*

43. *Kryminalnyi kodeks Ukrainy. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy (VVR). 2001. № 25-26. C. 131. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.*

44. *Turkot M.S., Yarmysh N.M., Kuts V.M., Kozii V.V., Hanova H.O. Pidtrymannia derzhavnogo obvynuvachennia u kryminalnykh provadzhenniakh pro zlochyny u sferi sluzhbovoi diialnosti: metodychni rekomendatsii. K.: Heneralna prokuratura Ukrainy. Natsionalna akademiia prokuratury Ukrainy. 2013. – 62 s.*

ЗМІСТ

ВСТУП	5
РОЗДІЛ I ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗАХИСТ ІНФОРМАЦІЇ В ІНФОРМАЦІЙНИХ, ТЕЛЕКОМУНІКАЦІЙНИХ ТА ІНФОРМАЦІЙНО-ТЕЛЕКОМУНІКАЦІЙНИХ СИСТЕМАХ	9
РОЗДІЛ II НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ БАНКІВСЬКИХ УСТАНОВ ЯК СУБ'ЄКТІВ ЗАПОБІГАННЯ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ: СУЧАСНІСТЬ ТА ПЕРСПЕКТИВИ НА МАЙБУТНЄ	47
РОЗДІЛ III КРИМІНОЛОГІЧНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯК НАУКОВА ПРОБЛЕМА	102
РОЗДІЛ IV ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИНАМ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ ДЕРЖАВНИМИ СЛУЖБОВЦЯМИ	145
РОЗДІЛ V РЕАЛІЗАЦІЯ КОНЦЕПЦІЇ ВІДНОВНОГО ЮВЕНАЛЬНОГО ПРАВОСУДДЯ У КОНТЕКСТІ ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИННОСТІ	191
РОЗДІЛ VI СТИМУЛЮВАННЯ ДО ПРАВОМІРНОЇ ПОВЕДІНКИ В ПРОЕКТІ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ	218
РОЗДІЛ VII THE RIGHT TO PRIVACY, PUBLIC FIGURES AND 'RIGHT TO BE FORGOTTEN' IN COMMON LAW JURISDICTIONS: THE UNITED STATES LEGACY	249
РОЗДІЛ VIII GERONTOLOGICAL AGE IN THE COMMISSION OF CRIMINAL OFFENSES AGAINST SEXUAL FREEDOM AND SEXUAL INTEGRITY: CRIMINOLOGICAL AND SOCIAL SIGNIFICANCE	330
РОЗДІЛ IX НАУКОВИЙ ДИСКУРС З ПИТАНЬ ПРОТИДІЇ ДОМАШНЬОГО НАСИЛЬСТВА: КРИМІНОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ	355
РОЗДІЛ X ГЕНЕЗА НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ ДОРОЖНЬОГО РУХУ: ВІТЧИЗНЯНИЙ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД	383
РОЗДІЛ XI ШЛЯХИ ФОРМУВАННЯ СЛІДЧИМ ТА ПРОКУРОРОМ ДОКАЗОВОЇ БАЗИ У СПРАВАХ ПРО КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ, ВЧИНЕНІ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ	408

CONTENT

INTRODUCTION	7
SECTION I LIABILITY FOR VIOLATION OF INFORMATION PROTECTION LEGISLATION IN INFORMATION, TELECOMMUNICATION AND INFORMATION AND TELECOMMUNICATION SYSTEMS	9
SECTION II REGULATORY AND LEGAL SUPPORT OF BANKING INSTITUTIONS AS SUBJECTS OF CRIME PREVENTION: PRESENT AND FUTURE PROSPECT	47
SECTION III CRIMINOLOGICAL SUPPORT AS A SCIENTIFIC PROBLEM	102
SECTION IV THEORETICAL AND METHODOLOGICAL PRINCIPLES OF RESEARCH ON THE PREVENTION OF CRIMES COMMITTED BY CIVIL SERVANTS	145
SECTION V IMPLEMENTATION OF THE CONCEPT OF RESTORATIVE JUVENILE JUSTICE IN THE CONTEXT OF CRIME PREVENTION	191
SECTION VI STIMULATION TO LAWFUL BEHAVIOR IN THE DRAFT CRIMINAL CODE OF UKRAINE	218
SECTION VII THE RIGHT TO PRIVACY, PUBLIC FIGURES AND RIGHT TO BE FORGOTTEN` IN COMMON LAW JURISDICTIONS: THE UNITED STATES LEGACY	249
SECTION VIII GERONTOLOGICAL AGE IN THE COMMISSION OF CRIMINAL OFFENSES AGAINST SEXUAL FREEDOM AND SEXUAL INTEGRITY: CRIMINOLOGICAL AND SOCIAL SIGNIFICANCE	330
SECTION IX SCIENTIFIC DISCOURSE ON COUNTERING DOMESTIC VIOLENCE: CRIMINOLOGICAL ASPECT	355
SECTION X GENESIS OF NORMATIVE AND LEGAL PROVISION OF ROAD SAFETY: DOMESTIC AND FOREIGN EXPERIENCE	383
SECTION XI WAYS OF FORMATION BY THE INVESTIGATOR AND PROSECUTOR OF THE EVIDENCE BASE IN CASES OF CRIMINAL OFFENSES COMMITTED IN THE FIELD OF OFFICIAL ACTIVITIES AND PROFESSIONAL ACTIVITIES RELATED TO THE PROVISION OF PUBLIC SERVICES	408

In various countries, the complex of issues related to the legal liability for misconduct is resolved differently. The same action may be considered in different countries by different bodies in different procedural order. Even jurisdiction will fall under different branches of power: executive or judicial. Documents, procedures, etc. are also different.

This collective monograph is devoted to the study of legal liability for offenses. The research is aimed at a wide range of readers who are interested in the science of delinquency - delictology: judges, lawyers, prosecutors, legal scholars, students and cadets of law schools.

The text of the sections of the monograph is submitted in the author's edition.

The monograph "Delictology" was published with the assistance of the NGO "European Institute of Postgraduate Education" (Kyiv, Ukraine).

В різних країнах комплекс питань, пов'язаних з юридичною відповідальністю за вчинення проступку, вирішується по-різному. Одне і те ж діяння може стати предметом розгляду в різних країнах різних органів у різному процесуальному порядку. Навіть юрисдикція буде підпадати під різні гілки влади: під виконавчу або судову. Оформлення документів, вчинення процедур тощо також різняться між собою.

Дослідженню питань, пов'язаних з юридичною відповідальністю за вчинення правопорушень, присвячена ця колективна монографія. Дослідження розраховане на широке коло читачів, які цікавляться наукою про правопорушення - деликтологію: суддів, адвокатів, прокурорів, учених-правознавців, студентів та курсантів юридичних навчальних закладів.

Текст розділів монографії подається в авторській редакції.

Монографія «Деликтологія» видана за сприянням ГО «Європейський інститут післядипломної освіти» (м. Київ, Україна).

У різних країнах комплекс питань, пов'язаних з юридичною відповідальністю за вчинення проступку, вирішується по-різному. Одне і те ж діяння може стати предметом розгляду в різних країнах різних органів у різному процесуальному порядку. Навіть юрисдикція буде підпадати під різні гілки влади: під виконавчу або судову. Оформлення документів, вчинення процедур тощо також різняться між собою.

Дослідженню питань, пов'язаних з юридичною відповідальністю за вчинення правопорушень, присвячена ця колективна монографія. Дослідження розраховане на широке коло читачів, які цікавляться наукою про правопорушення - деликтологією: суддів, адвокатів, прокурорів, учених-правознавців, студентів та курсантів юридичних навчальних закладів.

Текст розділів монографії подається в авторській редакції.

Монографія «Деликтологія» видана за сприянням ГО «Європейський інститут післядипломної освіти» (м. Київ, Україна).

DELIKTOLOGIE
Kolektivní monografie

Vědecké vydání

ДЕЛИКТОЛОГІЯ
Колективна монографія

Наукове видання

DELICTOLOGY
Collective monograph

Scientific edition

ДЕЛИКТОЛОГІЯ
Коллективная монография

Научное издание

Signed for printing 04.12.2021
Press: Tiskárna Grafema, s.r.o., Hranice, Česká republika