

03/2020

# ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

03/20

# ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

# Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)



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

## ***Publisher:***

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

## ***Editorial board:***

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

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

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

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

Prof. Dr. **Roman Melnyk (Schriftleitung)**, Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Nationale Taras-Schewtschenko-  
Universität Kiew (Ukraine)

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

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

## **Partners**



**Netzwerk Ost-West**



**Rechtsdialog.org**

[www.uni-goettingen.de/reos](http://www.uni-goettingen.de/reos)

03/2020

ISSN 2199-6245

# ReOS 03 / 2020

## Inhaltsverzeichnis

The legal nature of wrap license agreements <i>Anisimov Kyrylo</i> .....	4
Modern aspects of the institute of penalty system: comparative legal analysis <i>Afanasyev Dmytro, Strok Anastasiya</i> .....	9
Criminal offenses related to corruption: problem issues for Ukraine <i>Borovyk Andrii</i> .....	14
The subject of the crime of failure to provide assistance to a sick person by a medical professional <i>Botiakova Viktoriia</i> .....	18
Submitting a complaint and preparing criminal cases for proceedings under the Austrian Code of Criminal Procedure 1873 <i>Halaburda Taras</i> .....	23
Subjective aspect of invasion of privacy of correspondence under the Criminal Code of Ukraine and the Criminal Code of Republic Poland: comparative legal analysis <i>Yedynak Iryna</i> .....	28
The economic function of the state and its implementation as an object of legal regulation <i>Kornilova Zhanna</i> .....	34
Classification typology of legal guarantees of human rights <i>Novitskyi Vladyslav</i> .....	39
Effective ways to protect the rights and interests in land disputes: new approaches on separate examples of judicial practice <i>Potapenko Andrii</i> .....	44
European Union legal regulation on collective redundancies <i>Rym Olena</i> .....	49
Theoretical aspects of consideration of ethics and responsibility in public administration <i>Tarassenko Tetiana, Sorokina Nataliya</i> .....	54
Terms of appointment of the dispute settlement procedure with the participation of a judge in the civil proceedings of Ukraine <i>Tykhanskyi Oleksandr</i> .....	58
Some indicators of the recidivism and group component of environmental crime <i>Turlova Yuliia, Polishchuk Hennadii</i> .....	63
Issues of legal status of the participant of legal relations regarding turnover and processing of personal data <i>Feyer Oleksandr</i> .....	69

## The legal nature of wrap license agreements

*Anisimov Kyrylo*

*PhD Student of the Civil Law Department № 2*

*Yaroslav Mydryi National Law University, Ukraine*

The study of the legal nature and specificity of wrap license agreements is the subject of this article. The author analyzes the experience of the United States and some other countries around the world in conclusion, execution, invalidation of such agreements. On the basis of foreign case law, scientific works and provisions of domestic civil law, the comprehension of wrap license agreements has been clarified. It is proposed to consider wrap license agreements as a special contractual construction, characterized by a simplified procedure of conclusion. The author emphasizes that, taking into account the world practice of such contractual constructions use, the subject of wrap license agreements is an authorization to use software and databases. At the same time, their peculiarities, such as the presentation of the proposal to enter into a license agreement in standard forms and the possibility of acceptance of such an offer by the licensee only as a whole by performing certain implicit actions, are highlighted. In the course of the research it was proved that wrap license agreements are adhesion contracts in the context of Article 634 of the Civil Code of Ukraine. Particular attention is paid to wrap license agreements concluded in electronic form, as the growth of the practice of concluding them in the world correlates with global processes of public relations informatization and digitalization. On the basis of the above-mentioned, the author argues that electronic wrap license agreements are generally considered to be such license agreements in which the written form requirements are met. The achieved results form a scientific framework for further research of wrap license agreements in terms of integration into the European and international legal space.

### Юридична природа обгорткових ліцензійних договорів

*Анісімов Кирило Германович*

*аспірант кафедри цивільного права № 2*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна*

#### Вступ

У сучасних умовах розвитку суспільства та ринку дедалі більшого значення і цінності набувають інтелектуальна діяльність та її результати. За останні десятиріччя виникла велика кількість нових суспільних відносин, а вже наявні зазнали суттєвих змін. Так, розпорядження майновими правами інтелектуальної діяльності сьогодні потребує переосмислення, пошуку нових форм договірних конструкцій задля підвищення ефективності та раціональності ділового обороту.

У світовій практиці обгорткові ліцензійні договори є достатньо прогресивним та широко розповсюдженим інструментом, який призначений для надання дозволу на використання програмного забезпечення та баз даних. Дослідження їх юридичної природи, специфіки, проблем застосування є важливими викликами для сучасної національної правової науки. У США та деяких країнах – членах ЄС вже поступово виробляються доктринальні підходи до розуміння обгорткових ліцензійних договорів, формується практика їх укладання, виконання, визнання недійсними тощо. Серед зарубіжних вчених, що займаються вивченням окресленої тематики, слід виділити Марка Лемлі, Христину Кунц, Джона Оттавіані, Лоренцо Сассо, О.С. Грінь, О.І. Савельєва. Водночас в Україні такі договірні конструкції законодавчо не врегульовані, а наукові

дослідження мають у кращому разі фрагментарний характер. Серед вітчизняних науковців, які у своїх дослідженнях частково торкалися зазначеної проблематики, можна назвати В.С. Мілаш, А.В. Чучковську, Н.Ю. Філатову.

У цій статті зроблено спробу проаналізувати авторські наукові розуміння обгорткових ліцензійних договорів, що запропоновані у працях учених-юристів, дослідити іноземну судову практику щодо застосування засадничих положень таких договорів, окреслити подальші напрями наукових досліджень за цією тематикою. Наголосимо, що в цивільному законодавстві досі обгорткові ліцензійні договори не отримали належного правового забезпечення і наразі мають різноманітне наукове тлумачення, що ускладнює правозастосовну діяльність.

**Метою статті є** – дослідження юридичної природи обгорткових ліцензійних договорів та характеристика їх як особливої договірної конструкції, що характеризується спрощеним порядком укладення.

#### Виклад основного матеріалу

У положеннях частини 1 статті 1109 Цивільного кодексу України закріплено визначення ліцензійного договору як такого договору, у якому «одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною

згодою сторін з урахуванням вимог цього Кодексу та іншого закону»<sup>1</sup>. Тотожним за змістом ліцензійному договору є авторський договір, який визначається вітчизняним законодавцем у статті 32 Закону України «Про авторське право та суміжні права» як договір, відповідно до умов якого автор або інша особа, яка має авторське право, надає іншим особам дозвіл на використання твору будь-яким одним або всіма відомими способами<sup>2</sup>. У той самий час у світовій юридичній науці та практиці загальноживаним є термін «ліцензійний договір», у зв'язку з чим автор послуговуватиметься саме такою назвою відповідної договірної конструкції.

Отже, під час дослідження юридичної природи обгорткових ліцензійних договорів передусім слід виходити з того, що вони є ліцензійними договорами. І тут необхідно відзначити декілька суттєвих моментів.

По-перше, якщо ліцензійний договір – це універсальна договірна конструкція, предметом якої є дозвіл на використання будь-якого об'єкта інтелектуальної власності, то обгорткові ліцензійні договори мають дещо вужчу сферу застосування. Так, у світовій практиці склалося, що обгорткові ліцензійні договори застосовуються для надання дозволу на використання програмного забезпечення (програм для ЕОМ) та баз даних<sup>3</sup>. Саме обгорткові ліцензійні договори наразі є найбільш розповсюдженими у сфері використання інформаційних технологій, адже сферою їх застосування є придбання та інсталяція програм та додатків для комп'ютерів та мобільних пристроїв, онлайн пошук інформації в базах даних тощо. При цьому в останні десятиліття стрімко зросла кількість обгорткових ліцензійних договорів, що укладаються у мережі Інтернет.

По-друге, обгорткові ліцензійні договори мають спільні для ліцензійних договорів ознаки, але водночас їм притаманні й певні специфічні риси. Їх головною особливістю є спрощений порядок укладання. У американській правовій традиції такі договірні конструкції базуються на концепції “take it or leave it”<sup>4</sup>, що можна перекласти як «все або нічого». Тобто ліцензіат або дає свою згоду на укладання договору на передбачених ліцензіаром умовах, або відмовляється укласти такий договір. Лоренцо Сассо підкреслює, що така концепція опирається на стандар-

тизацію форм договорів та є властивою сучасному розвитку ліцензійних договорів<sup>5</sup>. На наше переконання, такий спосіб укладання обгорткових ліцензійних договорів у національному цивільному законодавстві є характерним для договору приєднання. Зазначимо, що В.В. Камінський також розглядає обгорткові ліцензійні договори як договори приєднання<sup>6</sup>, а М. Рустад додає, що такі договори приєднання мають бути чітко регламентовані<sup>7</sup>.

У Листі Державного департаменту інтелектуальної власності № 16-09/2127 від 16.05.2005 р., хоча і використовується термін «обгорткова ліцензія» замість «обгортковий ліцензійний договір», але вказується, що «більшість примірників комп'ютерних програм розповсюджується разом з так званою «обгортковою» ліцензією, умови якої, що можуть бути викладені в тому числі у самих примірниках програм, регулюються статтею 634 ЦК (435-15) про договір приєднання»<sup>8</sup>.

У положеннях частини 1 статті 634 Цивільного кодексу України закріплено, що договором приєднання є договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору загалом, отже, друга сторона при цьому не може запропонувати свої умови договору. При цьому кожен вид обгорткових ліцензійних договорів (shrink-wrap ліцензійні договори, click-wrap ліцензійні договори, browse-wrap ліцензійні договори та web-wrap ліцензійні договори) має власні специфічні риси пропозиції укласти договір та прийняття такої пропозиції, вимоги до форми та змісту. Проте їх об'єднує у єдину групу обгорткових ліцензійних договорів наявність стандартних форм, у яких виражена оферта, та прийняття такої оферти (акцепт) конклюдентними діями лише загалом, що дозволяє характеризувати їх як ліцензійні договори із спрощеним порядком укладання.

По-третє, як вже було підкреслено вище, іноді зустрічається вживання терміну «обгорткова ліцензія» замість «обгортковий ліцензійний договір», що, на нашу думку, є цілком невірним. Ліцензія, у розумінні статті 1108 Цивільного кодексу України, є повноваженням на використання об'єкту права інтелектуальної власності в певній сфері,

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Законодавство України* : база даних / Верховна Рада України. Дата оновлення: 23.05.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/435-15> (дата звернення: 15.06.2020).

<sup>2</sup> Про авторське право та суміжні права : Закон України від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ. *Законодавство України* : база даних / Верховна Рада України. Дата оновлення: 04.11.2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12#Text> (дата звернення: 15.06.2020).

<sup>3</sup> Lemley M.A. Shrinkwraps in cyberspace. *Jurimetrics Journal*. 1995. Vol. 35. URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/juraba35&div=31&id=&page=> (дата звернення: 16.06.2020).

<sup>4</sup> Lemley M.A. Shrinkwraps in cyberspace. *Jurimetrics Journal*. 1995. Vol. 35. URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/juraba35&div=31&id=&page=> (дата звернення: 16.06.2020).

<sup>5</sup> Sasso L. Certain comparative notes on electronic contract formation. *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2016. № 1. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/certain-comparative-notes-on-electronic-contract-formation> (дата звернення: 16.06.2020).

<sup>6</sup> Каминский В.В. Оберточная лицензия. *Патенты и лицензии*. 2006. № 2. С. 43.

<sup>7</sup> Rustad M. An Empirical Analysis of Software Licensing Law & Practices (Part 2). *Computer Law Ass'n Bull.* 1995. Vol. 10. URL: <https://www.suffolk.edu/academics/faculty/m/r/rustad> (дата звернення: 13.06.2020).

<sup>8</sup> Щодо дотримання авторських прав на комп'ютерні програми : лист Державного департаменту інтелектуальної власності Міністерства освіти та науки України від 16.05.2005 р. № 16-09/2127. URL: [https://zakononline.com.ua/documents/show/415344\\_\\_415409](https://zakononline.com.ua/documents/show/415344__415409) (дата звернення: 15.06.2020).

що може бути оформлена як окремий документ або бути складовою частиною ліцензійного договору. Будучи складовою частиною ліцензійного договору, ліцензія є дозволом на використання об'єкта права інтелектуальної власності. «Ліцензія» та «ліцензійний договір» не є синонімічними поняттями, адже їх ототожнення призводить до розуміння одного договору як предмета іншого договору<sup>9</sup>. Водночас ліцензійні договори є «обгортковими» з огляду на особливості їх укладання більшою мірою акценту умов ліцензійного договору ліцензіатом. Таким чином, з наукового погляду виправданим є використання терміну «обгортковий ліцензійний договір», а не «обгорткова ліцензія».

Термін «обгортковий ліцензійний договір» походить від практики пакування примірників програмного забезпечення у прозору пластиківу чи целофанову плівку, через яку користувач програмного забезпечення (ліцензіат) може бачити копію умов ліцензійного договору чи посилання на такі умови, які користувач визнає для себе обов'язковими для виконання, розриваючи обгортку чи використовуючи програмне забезпечення<sup>10</sup>, тобто акцепт договірних умов відбувається шляхом конклюдентних дій.

Такі обгорткові ліцензійні договори в англомовній літературі отримали назву “shrink-wrap licenses”. У 80-х та 90-х ХХ століття серед науковців точилися жваві дискусії щодо юридичної природи, обов'язковості shrink-wrap ліцензійних договорів та можливості вважати їх укладеними. Послідовним критиком таких договірних конструкцій був Марк А. Лемлі, який наполягав на тому, що shrink-wrap ліцензійні договори взагалі не є договорами<sup>11</sup>. Він звертав увагу на те, що у таких конструкціях зовсім не передбачається можливість сторін вести переговори, домовлятися, навіть більше, їх умови ніколи прямо не визнаються сторонами договору. Ліцензія, що міститься у таких договорах, у цьому разі є односторонньою спробою постачальника програмного забезпечення додати умови до ринкової транзакції, яка фактично була завершена, коли кошти за програмне забезпечення було сплачено та воно було отримано. Згода ж користувача програмного забезпечення, який нібито погоджується з умовами

обгорткового ліцензійного договору, відкриваючи пакет і використовуючи програмне забезпечення, є певною замаскованою фікцією. Роберт М'юрджес вказував на те, що негативним наслідком визнання обов'язковості shrink-wrap ліцензійних договорів є поступове формування «приватного законодавства», а користувачі програмного забезпечення зітнуться з проблемою усічення свободи договору, відсутності реального вибору умов договору з огляду на те, що умови більшості обгорткових ліцензійних договорів в індустрії програмного забезпечення дуже схожі<sup>12</sup>. Термін «приватне законодавство» був запропонований Фрідріхом Кесслером у 1943 році з метою схарактеризувати ситуацію, що складалася із договорами приєднання, коли цілі галузі висували абсолютно ідентичні умови договорів, що, на думку вченого, було сигналом регресу та початком домінування статусу і стандартної форми над самим договором<sup>13</sup>. Ф. Кесслер з цього приводу також писав, що стандартні форми договорів, договори приєднання можуть стати небезпечним та вкрай дієвим інструментом в руках потужних промислових та комерційних союзів, що дозволятиме нав'язувати власний порядок укладення договорів<sup>14</sup>.

Проте вже на той час договори приєднання становили переважну частину договорів, що уклалися щодня. Так, Девід Славсон зазначав, що договори приєднання, ймовірно, становлять понад дев'яносто дев'ять відсотків усіх укладених зараз договорів, а у більшості людей викликати труднощі прохання згадати останній раз, коли вони уклали договір, що не має стандартної форми<sup>15</sup>. В умовах стрімкого розвитку ринку shrink-wrap ліцензійні договори ставали ефективним інструментом ліцензіара щодо формування умов, на яких надавався дозвіл на використання програмного забезпечення. Саме масовий ринок програмного забезпечення та баз даних став тим економічним фактором, який доводив абсолютну непрактичність та фактичну неможливість ведення переговорів стосовно умов ліцензійного договору з кожним ліцензіатом<sup>16</sup>. Стандартизація договорів, а у цьому разі ліцензійних договорів, та пошук оптимальних способів оферти та акцепту їх умов виконує таку ж саму функцію, як і стандартизація товарів та послуг у сучасному

<sup>9</sup> Семенюта Б.Е. Способы заключения лицензионного договора при приобретении прав использования программ для ЭВМ. Труды Института государственной и права РАН. 2010. № 5. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/sposoby-zaklyucheniya-litsenzionnogo-dogovora-pri-priobretenii-prav-ispolzovaniya-programm-dlya-evm> (дата звернення: 15.06.2020).

<sup>10</sup> Raysman R., Pisacreta E. A., Adler K. A., Ostrow S. H. Intellectual property licensing: forms and analysis. 8th ed. New York, NY : Law Journal Press, 2006. URL: [https://books.google.com.ua/books?id=OCG-sutgMdPIC&pg=SA2-PA35&lpg=SA2-PA35&dq=use+of+wrap+license&source=bl&ots=JUTo2bgEOq&sig=ACfU3U1KOTnvtl3\\_wz5K-T4x93Wq45WLTJA&hl=ru&sa=X&ved=2ahUKEwiSyfrE4\\_fpAhUcKMMKHariCBcQ6AEwFH0ECAkQAQ#v=onepage&q=use%20of%20wrap%20license&f=false](https://books.google.com.ua/books?id=OCG-sutgMdPIC&pg=SA2-PA35&lpg=SA2-PA35&dq=use+of+wrap+license&source=bl&ots=JUTo2bgEOq&sig=ACfU3U1KOTnvtl3_wz5K-T4x93Wq45WLTJA&hl=ru&sa=X&ved=2ahUKEwiSyfrE4_fpAhUcKMMKHariCBcQ6AEwFH0ECAkQAQ#v=onepage&q=use%20of%20wrap%20license&f=false) (дата звернення: 16.06.2020).

<sup>11</sup> Lemley M.A. Shrinkwraps in cyberspace. Jurimetrics Journal. 1995. Vol. 35. URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/juraba35&div=31&id=&page=> (дата звернення: 16.06.2020).

<sup>12</sup> Merges R.P. The commercial law of intellectual property. *Michigan Law Review*. 1995. Vol. 93. URL: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1115383> (дата звернення: 15.06.2020).

<sup>13</sup> Kessler F. The contracts of adhesion – some thoughts about freedom of contract role of compulsion in economic transactions. *Columbia Law Review*. 1943. Vol. 43. URL: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11639&context=journal\\_articles#:~:text=Friedrich%20Kessler%2C%20%22The%20Contracts%20of,Law%20Review%20629%20\(1943\)](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11639&context=journal_articles#:~:text=Friedrich%20Kessler%2C%20%22The%20Contracts%20of,Law%20Review%20629%20(1943)) (дата звернення: 14.06.2020).

<sup>14</sup> Там само.

<sup>15</sup> Slawson W.D. Standard form contracts and democratic control of lawmaking power. *Harvard Law Review*. 1971. Vol. 84, No. 3. URL: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1339552.pdf?seq=1> (дата звернення: 14.06.2020).

<sup>16</sup> Morrill R. J. Contract formation and the shrink wrap license: a case comment on ProCD, Inc. v. Zeidenberg. *New Eng. L. Rev.* 1998. Vol. 32. P. 513.

суспільстві, адже вони є складовими частинами системи масового виробництва та дистрибуції.

Безперечно, знаковим для існування та використання обгорткових ліцензійних договорів у всьому світі стало рішення Апеляційного суду сьомого округу США у справі ProCD, Inc. v. Zeidenberg<sup>17</sup>. Компанія ProCD, що була позивачем у цій справі, витратила декілька мільйонів доларів на створення всеосяжного національного довідника списків домашніх та ділових телефонів, який було складено на підставі інформації, що містилася у понад 3 000 загальнодоступних телефонних книжках. Компанія продавала такий довідник на дисках CD-ROM під торговою маркою “Select Phone TM”. Кожен із компакт-дисків позивача містив як списки телефонів у базі даних, так і програмне забезпечення, яке використовується для доступу, отримання та завантаження даних. Компанія продавала диски у коробках, що містили «Єдиний ліцензійний договір користувача». У такому договорі було зазначено, що користувач робив акцепт його умов використовуючи диск та списки. Відповідач, Метью Зейденберг, придбав примірник довідника та дві копії оновлених версій компанії у магазині роздрібною торгівлі. Він створив компанію під назвою Silken Mountain Web Services, Inc. (“Silken”), щоб зробити базу даних телефонних номерів доступною через Інтернет. Потім компанією “Silken” була створена нова база даних, яка містила дані від “Select Phone TM” та дані із продукту іншої компанії. При цьому з фактичних обставин справи було відомо, що компанія “Silken” нехтувала попередженнями на екрані під час використання програми “Select Phone TM”, оскільки не вважала, що умови ліцензійного договору з огляду на його «обгортковість» є обов’язковими. Компанією “Silken” також була написана власна комп’ютерна програма з метою надати можливість користувачам здійснювати пошук у її базі даних, а потім база даних була розміщена на сервері в Інтернеті для комерційного доступу з боку користувачів Інтернету.

Суд постановив, що користувач програмного забезпечення повинен дотримуватися умов обгорткового ліцензійного договору. Суд також зазначив, що згідно з положеннями Єдиного комерційного кодексу США сторони можуть побудувати свої відносини таким чином, щоб у користувача була можливість прийняти остаточне рішення щодо акцепту умов після детального розгляду. Наприклад, клієнт оглянув пакет, випробував програмне забезпечення, детально дізнався про ліцензію і не відмовився від товару, що міг зробити, якщо ліцензія його б не задовольняла. Таким чином, у справі відповідач прийняв і зобов’язався дотримуватися умов ліцензійного договору.

<sup>17</sup> Case of ProCD, Inc. v. Zeidenberg (86 F.3d 1447): Judgement of US Court of Appeals for the Seventh Circuit, 20 June 1996. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/86/1447/538242/> (дата звернення: 15.06.2020).

Суддя Френк Істербрук підкріпив рішення суду економічним аналізом, вважаючи, що визнання обгорткових ліцензійних договорів поставить користувачів у краще становище. Спочатку він спирався на вже знайомий аргумент про те, що стандартизовані ліцензійні договори дозволяють уникнути дорогих та довгих переговорів щодо практично однакових умов під час повторних операцій одного і того ж типу. Вказуючи на договори страхування, авіаквитки і квитки на концерти як приклади, він зазначив, що транзакції, в яких обмін грошима передуює повідомленню повних умов, є звичайним явищем. Такі транзакції зазвичай створюють договори, оскільки вимога явної згоди до оплати була б неефективною. Далі суддя Істербрук стверджував, що у контексті комп’ютерного програмного забезпечення відмова від виконання таких угод може призвести до того, що виробники отримають розширені гарантійні умови і непрямі збитки.

Вищеописане судове рішення важливо також тим, що в ньому вперше окреслено тенденцію використання електронних обгорткових ліцензійних договорів. Сьогодні мало хто купує диски із програмним забезпеченням, а отже, shrink-wrap ліцензійні договори стають все менш розповсюдженими. Натомість постійно зростає популярність таких електронних форм обгорткових ліцензійних договорів, як click-wrap ліцензійні договори, browse-wrap ліцензійні договори, web-wrap ліцензійні договори. На жаль, і досі можуть виникати певні складнощі з їх укладанням саме через їх електронну форму.

У Германії, Іспанії, Ірландії, Італії, Нідерландах, Швейцарії та деяких інших країнах ліцензійний договір може бути укладений і в письмовій, і в усній формі<sup>18</sup>. Окремо передбачено укладання ліцензійного договору шляхом конклюдентних дій поряд із письмовою та усною формами у англійському праві, а французьке законодавство передбачає можливість укладання такого договору лише в письмовій формі<sup>19</sup>. Відповідно до положень частини 2 статті 1107 Цивільного кодексу України ліцензійний договір має укладатися у письмовій формі, а у разі недодержання письмової форми такий договір є нікчемним. Водночас у частині 2 статті 639 вказано, що якщо сторони домовилися укласти договір за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем, він вважається укладеним у письмовій формі.

Згідно зі статтею 11 Типового закону ЮНСИТРАЛ про електронну торгівлю 1996 року оферта та акцепт можуть здійснюватися шляхом повідомлення даних<sup>20</sup>. Якщо під час укладання договору використовується повідомлення даних, то такий

<sup>18</sup> Канашевский В.А. Лицензионный договор в законодательстве и практике зарубежных государств. *Закон*. 2011. № 4. С. 164.

<sup>19</sup> Канашевский В.А. Лицензионный договор в законодательстве и практике зарубежных государств. *Закон*. 2011. № 4. С. 165.

<sup>20</sup> Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и руководство по принятию. 1996. URL: [http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/05-89452\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/05-89452_Ebook.pdf) (дата звернення: 16.06.2020).



договір не може втратити юридичну силу лише через те, що був укладений окресленим чином. А у статті 6 Типового закону встановлено правило, що законодавча вимога щодо обов'язкової письмової форми договору вважається виконаною шляхом представлення повідомлення даних у тому разі, коли інформація, що міститься у повідомленні даних, є доступною для її подальшого використання.

У статті 11 Закону України «Про електронну комерцію» передбачено порядок укладання електронного договору, зокрема, необхідно, щоб пропозиція укласти електронний договір (оферта) містила істотні умови, передбачені законодавством для відповідного договору, і виражала намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття<sup>21</sup>. Електронний договір укладається шляхом пропозиції його укласти (оферти) однією стороною та її прийняття (акцепту) другою стороною. Так, електронні обгорткові договори мають містити істотні умови, що визначені законодавцем для ліцензійних договорів у статті 1109 Цивільного кодексу України. Специфіка пропозиції укласти електронний обгортковий ліцензійний договір та її акцепт своєю чергою будуть залежати від його виду. Наприклад, у *click-wrap* ліцензійних договорах ліцензіату надається можливість ознайомитися з умовами договору в електронному форматі, а у разі їх прийняття натиснути відповідну кнопку; у *browse-wrap* та *web-wrap* ліцензійних договорах ліцензіату надається можливість перейти за гіперпосиланням та ознайомитися з умовами договору або з'являється попереджувальний надпис, що ліцензіат погоджується із умовами договору, якщо продовжує користуватися сайтом, програмою, базою даних тощо.

### Висновки

Проведене дослідження дає змогу зробити такі узагальнення та висновки. Можна констатувати,

<sup>21</sup> Про електронну комерцію : Закон України від 03.09.2015 р. № 675-VIII. Законодавство України : база даних / Верховна Рада України. Дата оновлення: 19.04.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text> (дата звернення: 16.06.2020).

що обгорткові ліцензійні договори є особливою договірною конструкцією, що характеризується спрощеним порядком укладення. Їх головними особливостями є викладення пропозиції укласти ліцензійний договір у стандартних формах та можливість прийняття такої пропозиції ліцензіатом лише загалом шляхом виконання певних конклюдентних дій. При цьому аналіз іноземної судової практики та національного цивільного законодавства, зокрема положень статті 634 Цивільного кодексу України, дозволяє віднести обгорткові ліцензійні договори до договорів приєднання.

Слід зауважити, що, враховуючи світову практику застосування таких договірних конструкцій, предметом обгорткових ліцензійних договорів є дозвіл на використання програмного забезпечення та баз даних.

У контексті вітчизняної цивільно-правової доктрини, на основі загальних положень про договори та положень щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, в українській правовій науці та практиці має застосовуватися термін «обгорткові ліцензійні договори», а не «обгорткові ліцензії».

Зростання кількості обгорткових ліцензійних договорів, що укладаються в електронній формі, корелюється із загальносвітовими процесами поглиблення інформатизації та диджиталізації суспільних відносин. При цьому на основі викладеного у статті матеріалу можна стверджувати, що електронні обгорткові ліцензійні договори за загальним правилом вважаються такими ліцензійними договорами, у яких додержана письмова форма.

Однак проведений аналіз досліджуваної договірної конструкції не вичерпує всього спектру проблемних теоретичних питань щодо юридичної природи обгорткових ліцензійних договорів, але створює дієвий науковий фундамент для подальшого поглибленого дослідження таких договорів, який сприятиме імплементації найпрогресивніших світових практик у національне законодавство та науку. З урахуванням цього зазначена проблематика має стати предметом подальших наукових досліджень.

**Modern aspects of the institute of penalty system: comparative legal analysis*****Afanasyev Dmytro****Student of the Law Department**of the Faculty of Sociology and Law**of the National Technical University of Ukraine "Igor Sikorsky Kyiv Polytechnic Institute", Ukraine****Strok Anastasiya****Student of the Law Department**of the Faculty of Sociology and Law**of the National Technical University of Ukraine "Igor Sikorsky Kyiv Polytechnic Institute", Ukraine*

The article is a comprehensive and orderly scientific study of modern problems of the penal system of criminal law of Ukraine, on the basis of which the concept of effective existence and use of this institution is developed. The system of punishment as a component, structural element of the criminal law of Ukraine is investigated in the work. The definition of the concept of criminal law institution of punishment is formulated, its efficiency is substantiated. Through a comprehensive study of the legislation of the criminal bloc, identified ways to ensure the orderliness of the institution of punishment. It is proved that the list of principles of the punishment system consists of the relevant principles of criminal law, which have a specific manifestation in the case of application of this institution in practice. During the study of the problems of the punishment system in Ukraine, the preconditions and grounds for its application were identified. Much attention is paid to the study of the system of punishment, its essence and implementation of the Criminal Code of Ukraine and a comparative legal analysis of this institution with the experience of foreign countries. The main problems of the domestic system of punishment and its imbalance are highlighted, the presence of some contradictions in accordance with the principles of building the legal system of Ukraine is considered separately. The order of application of certain types of punishment according to the gravity of the crime and its specifics is investigated. The approaches of legislators from different countries of the world to the normative regulation of the procedure for sentencing for serious and especially serious crimes have been worked out. The case law on the application of certain types of punishment for certain types of crime is being studied. As a result, after researching and analyzing these issues, there are some proposals to amend the current criminal law, using the experience of foreign legal systems in this area.

**Сучасні аспекти інституту системи покарань: порівняльно-правовий аналіз*****Афанасьєв Дмитро Володимирович****студент юридичного відділення**факультету соціології і права**Національного технічного університету України**«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського», Україна****Строк Анастасія Олександрівна****студентка юридичного відділення**факультету соціології і права**Національного технічного університету України**«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського», Україна***Вступ**

В умовах сучасності великої уваги заслуговує інститут системи покарання, який побудований на загальній основі державного, духовного та матеріального життя держави і населення, а також на основі багатьох інших, не менш важливих, факторах, від яких залежить функціонування державного апарату.

Сьогодні наша держава переживає тяжкий період: низький рівень життя населення, політична та економічна криза, безробіття та війна на сході України. На основі цього ми вважаємо, що за умов вчинення

насилювальних дій, тяжких та особливо тяжких злочинів держава повинна забезпечити нашу правову систему більш жорстокою системою покарання.

З моменту прийняття чинного кримінального законодавства у 2001 році цей закон підлягав внесенню багатьох змін стосовно підходів та принципів побудови системи покарання, але дещо залишилось незмінним, а саме винятково перелік покарань.

Питання інституту системи покарання є дуже актуальним та розглядалося великою кількістю українських науковців, зокрема таких, як: М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, Л.В. Багрій-Шахматов, І.Г. Бога-

тиршов, Т.А. Денисова, О.Г. Колб, О.М. Костенко, М.П. Мелентьев, А.Х. Степанюк, В.М. Трубников, В.І. Тютюгін, І.С. Яковець та інші.

Слід зазначити, що попри наявність проблемного питання системи покарання у цій галузі та проявлену велику цікавість багатьох науковців, ще й досі наявні невирішені питання стосовно недосконалості системи покарань, методів її практичного застосування та вдосконалення.

**Мета статті** – дослідити теоретичні та прикладні проблеми інституту системи покарання, передбаченого чинним кримінальним законодавством, на основі вітчизняного кримінального права та досвіду зарубіжної системи права з метою пошуку шляхів подальшого розвитку, перегляду системи покарання шляхом надання права суду встановлювати за тяжкі та особливо тяжкі злочини більш жорсткі покарання, прямо передбачені законом про кримінальну відповідальність.

### Виклад основного матеріалу

Сьогодні актуальним засобом боротьби зі злочинністю є притягнення осіб, вина яких доведена у судовому порядку, до кримінальної відповідальності з призначенням покарання. Зазвичай покарання застосовується державою лише тоді, коли мета запобігання вчиненню злочину не була реалізована, а тим самим виступає останнім із засобів запобігання вчиненню будь-якого злочину<sup>1</sup>. У сучасному світі в кожній демократичній державі наявний свій арсенал засобів кримінально-правового впливу на осіб, які є винними у вчиненні злочину. Найбільш відомим та типовим засобом реагування суспільства та держави на злочинну активність було, є та буде покарання.

Покарання та судимість розкривають основну форму реалізації кримінальної відповідальності. Але не слід приймати її як основну лише тому, що чинне законодавство України у ч. 2 ст. 1 Кримінального кодексу України (далі – КК України) передбачає покарання як єдиний засіб досягнення завдань цього кодексу, а конструкція санкцій статей Особливої частини КК неодмінно починається словом «карається», і далі зазначаються конкретні види покарань<sup>2</sup>.

Кримінальний Кодекс України (ст. 50) передбачає, що покарання є заходом примусу, яке застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає у передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого.

Відповідно до визначеного законодавством поняття «покарання» можна виокремити певні його ознаки:

1) покарання є примусовим заходом, що, як прямо зазначено в законі про кримінальну відповідальність, полягає у передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого (ч. 1 ст. 50 КК України);

2) покарання має особистий характер<sup>3</sup>;

3) покарання має публічний характер, оскільки здійснюється від імені держави<sup>4</sup>;

4) призначення покарання здійснюється судом (ст. 65 КК України).

Теорія кримінального права України розглядає систему покарань як встановлений у кримінальному законі вичерпний, загальнообов'язковий перелік визначених за змістом видів покарань, що характеризуються внутрішньою єдністю та узгодженістю. Система покарань, встановлена ст. 51 КК України, і є тією юридичною базою, на якій ґрунтується діяльність судів по застосуванню покарань.

Слід вказати на те, що ст. 51 КК України в умовах сучасного розвитку законодавства про кримінальну відповідальність включає певний перелік покарань, який містить у собі дванадцять видів покарань, або, як його називають у кримінально-правовій науці, «система покарань». Але ми не можемо виключити того факту, що ця система є свого роду підсистемою системи засобів кримінально-правового впливу на осіб, які у передбаченому законом порядку визнані винними у вчиненні суспільно-небезпечного діяння, за допомогою якої й реалізується кримінальна відповідальність.

У науці системою покарань називають передбачений ст. 51 КК України обов'язковий перелік покарань, який має певне розташування з урахуванням порівняльної суворості, які своєю чергою утворюють єдине ціле.

Законодавець, визначаючи систему покарань, тим самим створює базу і для побудови санкцій у відповідних статтях Особливої частини КК України, де передбачені види і межі покарань за окремі злочини. Особливістю системи покарань є надання суду можливості, застосовуючи покарання, здійснити його індивідуалізацію, врахувавши ступінь тяжкості скоєного злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують чи обтяжують відповідальність<sup>5</sup>.

Слід зазначити, що поняття системи покарання та її ознаки є винятково доктринальними. Законодавство України не містить жодної згадки про систему покарань як про поняття. Законодавство України, а саме ст. 50 КК України, містить лише

<sup>3</sup> Ющик О.І. Зміст покарання NATURE OF PUNISHMENT. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/8015/1/%D0%97%D0%9C%D0%86%D0%A1%D0%A2%20%D0%9F%D0%9E%D0%9A%D0%90%D0%A0%D0%90%D0%9D%D0%9D%D0%AF.pdf>.

<sup>4</sup> Яценко А.М. Зарубіжний досвід законодавчої регламентації заходів кримінально-правового характеру. *Вісник кримінологічної асоціації України*. № 3 (17). 2017. URL: [file:///C:/Users/Admin/Downloads/7AEgaDk\\_u\\_80k44JN1wX2ZJ8gIWALZY.pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/7AEgaDk_u_80k44JN1wX2ZJ8gIWALZY.pdf).

<sup>5</sup> Трубников В.М., Шинкарєв Ю.В. Арешт як вид кримінального покарання та особливості його застосування : монографія. Харків : Харків юридичний, 2007. URL: <https://i-rc.org.ua/files/personalii/hinkariov-u-v.pdf>.

<sup>1</sup> Музика А.А., Горюх О.П. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення : монографія. Київ : Паливода А.В., 2012.

<sup>2</sup> Кримінальний Кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 28.05.2020).

перелік окремих видів покарань. Вважається, що у законодавстві недоцільно мати норми, що закріплюють визначення системи покарань, оскільки всі її ознаки врегульовані багатьма нормативно-правовими актами, які своєю чергою конкретно визначають сутність цієї системи.

Сьогодні система покарань в Україні є складним правовим інститутом, а отже, слід зауважити, що його дослідженню присвячена значна кількість наукових праць учених-криміналістів. Особливістю досліджень є те, що кожен науковець визнає систему покарань як окремий правовий інститут. Водночас наскільки б детально не вивчалось це питання, але чіткого окреслення поняття «системи покарання» та його ознак майже не спостерігалось. Зазвичай більша увага приділялась саме видам покарання та його елементам. Значний внесок у дослідження «системи покарання» належить таким фундаторам цієї галузі, як М.І. Бажанов, Л.В. Багрій-Шахматов, М.П. Мелентьєв, В.М. Трубников та іншим вченим. Але, як вже вказувалось, питання ознак та самого поняття «системи покарання» у більшості праць не розглядалось, а якщо навіть увага і була приділена, то дискусії щодо цього досі тривають.

Науковці кримінального та кримінально-виконавчого права схилиються до того, що покарання за своєю сутністю є свого роду карою. Так, у своїх роботах М.О. Біляєв<sup>6</sup> та А.В. Наумов<sup>7</sup> зазначають, що покарання – це кара за вчинений злочин, яка обов'язково повинна передбачати певні обмеження та страждання. Підтримуючи таке бачення, С.В. Полубинська наголошувала, що кара є невіддільною сутністю покарання, яка має певну функцію – не дати можливості засудженому вчинити новий злочин. За такого підходу кара є передумовою для досягнення такої мети покарання, як попередження злочинів<sup>8</sup>.

Чубарєв В.Л. зазначає: «...кримінальне покарання слід розглядати як такий наслідок злочину, в якому зазвичай повинна реалізуватись кримінальна відповідальність»<sup>9</sup>.

Кримінальне право України визначає певний перелік ознак системи покарань, які також передбачені у кримінальному законодавстві (ст. 51 КК України): складається з переліку конкретних видів покарання; цей перелік визначений кримінальним законом; види покарань розташовані у цьому переліку в певному порядку; зазначений перелік є вичерпним. При цьому кримінально-правова теорія визначає «систему покарань» як логічно вибудовану систему із завершеним характером.

<sup>6</sup> Біляєв Н.А. Уголовно-правовая политика и пути ее реализации. : Изд-во Ленинград, ун-та, 1986. URL: <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=520>.

<sup>7</sup> Наумов А.В. Уголовное право. Курс лекций. Общая часть. 6-е изд., перераб. і доп. Москва : Проспект, 2018. 782 с.

<sup>8</sup> Полубинская С.В. К вопросу о целях наказания. *Проблемы совершенствования уголовного закона* : сб. статей. Москва : Юрид. лит., 1990. С. 7–8.

<sup>9</sup> Чубарєв В.Л. Поняття та цілі покарання. Кримінальне право України. Загальна частина : підруч. Київ : Правові джерела, 2002. С. 279–286.

Метою сучасної української системи покарання за кримінальні правопорушення, на підставі ч. 2 ст. 50 КК України, є не лише покарання, але й спрямування осіб, які вчинили правопорушення, на виправлення та запобігання вчиненню нових злочинів як самими засудженими, так й іншими особами.

Однак з огляду на реальні практичні результати цілком домогтися встановленої та закріпленої мети у кримінальному законодавстві дуже складно.

Однією із причин такої ситуації є наявність у чинному кримінальному законодавстві нечітких та незрозумілих положень, що ставить під загрозу можливість ознайомлення та порозуміння особи зі змістом цього кодексу.

Не менш важливою причиною цієї проблеми ми вбачаємо наявність молодрозумілих для пересічних людей термінів, котрі містяться у законі, але не мають свого змістового роз'яснення. Це такі терміни, як: «тяжкі наслідки», «істотна шкода», «завідомо», «загальнонебезпечний», «привласнення», «злісне ухилення», «всупереч інтересам служби», «мордування», «недбалість», «опір», «щире каяття», «бойова обстановка» і десятки інших<sup>10</sup>.

Наявність таких оцінюючих ознак створює труднощі для розуміння положень кримінального законодавства.

Ситуацію погіршує перевантаження чинного кодексу великою кількістю статей. Станом на сьогодні кримінальний закон містить 447 статей, у тому числі його Особлива частина, в якій перераховані всі можливі злочини – 339 статей, більшість з яких містять у собі дві або три, часто чотири, а в виняткових випадках – п'ять частин, що дає нам змогу говорити про наявність понад тисячі складів (видів) злочинів.

Навіть наявність визначеної кількості статей не перешкоджає існуванню «таких різних, але водночас однакових» положень цього закону. Так, ми маємо порушення таємниці листування із використанням спеціальних засобів негласного зняття інформації (ч. 2 ст. 163), що карається позбавленням волі на строк від 3 до 7 років, а незаконне використання цих самих засобів, якщо це порушило таємницю листування (ч. 3 ст. 359), – позбавленням волі на строк від 7 до 10 років<sup>10</sup>.

Ця ситуація створює надзвичайні труднощі під час встановлення та кваліфікації злочинів.

Наступну перешкоду у досягненні визначеної мети ми вбачаємо у неспіврозмірності призначення покарання за деякі злочини. Так, ми вважаємо, що відповідно до встановлених санкцій небезпечні злочини можуть бути покарані досить м'яко, у порівнянні зі злочинами, які не становлять собою серйозної небезпеки ані для суспільства, ані для держави, – невинувато суроро.

<sup>10</sup> Громадська організація «Українське юридичне товариство». URL: <http://justice.org.ua/politika-i-pravo-podiji-fakti-komentari/chi-znaesh-ti-ukrajintsyu-za-shcho-tebe-posadyat-i-skilki-dadut>.

Так, позбавлення життя особи у разі перевищення меж необхідної оборони, внаслідок умисних дій винного, з урахуванням обставин, може каратися позбавленням волі до двох років (ст. 118 КК України) або до трьох років шляхом доведення до самогубства (ч. 1 ст. 120 КК України).

Водночас крадіжка врожаю овочевих з пограбування карається позбавленням волі від 3 до 6 років (ч. 3 ст. 185 КК України), викрадення 100 літрів ацетону (ч. 3 ст. 312 КК України) – від 5 до 12 років, а пошкодження шляхом підпалу майна, що належить судді, – від 6 до 15 років (ст. 378 КК України)<sup>10</sup>.

У цьому разі ми вважаємо за необхідне встановити шкалу цінностей охоронюваних прав та інтересів, починаючи від найвищого та найголовнішого – життя та здоров'я людини, з подальшим встановленням відповідних, справедливих меж покарання.

Система покарань у зарубіжних державах зазвичай не відрізняється великою різноманітністю. Поряд із системою покарань встановлюється система спеціальних кримінально-правових заходів. Заходи безпеки своєю чергою передусім відрізняються від системи спеціально-правових заходів цілями, підставами призначення та тривалістю. Так, для Англії та США характерні окремі види покарань, переважно допоміжного характеру, які доволі часто зустрічаються у різних нормативно-правових актах, а не лише у кримінальному законодавстві. Франція у цьому напрямку зробила великий крок вперед, що відобразилося у встановленні в КК вичерпного переліку покарань, які призначаються за порушення, проступки та злочини. Однак у зв'язку з введенням кримінальної відповідальності юридичних осіб система кримінальних покарань у Франції отримала почесне місце дуалістичної і включає дві підсистеми – покарання для фізичних осіб та покарання для юридичних осіб<sup>11</sup>.

Загалом зарубіжна система покарань включає такі основні види покарань, як:

- позбавлення волі (різноманітність видів тюремного ув'язнення);
- штраф.

Проте деякі держави й досі у своєму арсеналі зберігають смертну кару. Поряд із основними видами зберігаються і додаткові види покарань, сутність яких полягає в обмеженні різних прав засудженого (право на водіння автомобіля, носіння чи зберігання зброї тощо). До числа додаткових покарань деякі держави також відносять конфіскацію майна, але слід зазначити, що у цьому виді покарання пріоритет надається саме спеціальній конфіскації, а не загальній, що зумовлюється підвищеною увагою законодавця зарубіжних держав до захисту приватної власності.

Кримінальне право США передбачає, що у цій країні система покарання має переважно каральний

характер. Такий характер має своє відображення у наявності такого виду покарання, як смертна кара, великі строки тюремного ув'язнення та інші чинники, які є не менш важливими – кількість спеціального контингенту в тюремних установах, розгалужена система заходів виправлення й безпеки та обсяг фінансування пенітенціарних програм тощо.

Якщо більш детально дослідити покарання у федеральному кримінальному законодавстві США, то можна виокремити певний перелік основних та додаткових видів покарань.

Відповідно до чинного федерального кримінального законодавства основними видами покарання є: штраф, тюремне ув'язнення в усіх його різновидах (довічне, на певний строк), смертна кара.

Слід вказати на певну особливість системи покарання, передбаченої кримінальним законодавством США, а саме, основні види покарання передбачаються кримінальним законом не лише як альтернативи одне одному, але й мають можливість поєднуватись між собою (смертна кара чи тюремне ув'язнення може бути також призначене зі штрафом, однак не можна виключати факту про відсутність цього поєднання, тобто смертна кара чи позбавлення волі виконуються й без застосування штрафу)<sup>12</sup>.

Федеральне кримінальне законодавство також передбачає перелік додаткових покарань, до складу яких входять: дії щодо повідомлення потерпілих, конфіскація майна, позбавлення різних прав та покладення обов'язку відшкодувати спричинену шкоду (реституція) тощо<sup>13</sup>.

Часом деякі додаткові види покарання відповідно до кримінального законодавства США розглядаються як аспекти застосування заходів виправлення та забезпечення безпеки (дії щодо повідомлення потерпілих чи позбавлення певних прав).

Кримінальне право Англії не містить розподіл покарань на основні та додаткові. Санкції бувають абсолютно конкретними (довічне тюремне ув'язнення та смертна кара) і відносно визначеними (тюремне ув'язнення на термін від одного дня до 25 років та штраф). Крім того, англійське право також характеризується зазначенням лише верхньої межі покарання. Зазвичай санкції мають альтернативний характер, але за умисне вбивство встановлюється безальтернативне довічне позбавлення волі. Санкції покарання у вигляді тюремного ув'язнення і штрафу інколи можуть призначатись разом. Щодо призначення максимального покарання та одночасно двох покарань, наприклад, позбавлення волі та штраф, покарання призначається лише за наявності вчинення злочину, котрий має характер найгіршого випадку *“the worst-case”*. До обставин найгіршого випадку англійський законодавець відносить

<sup>11</sup> Furman V.Georgia, 408 U.S. 238,92 S. Ct.2726, 33 L Ed. 2d 346(1972). URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/108605/furman-v-georgia/>.

<sup>12</sup> Кузьмін Е.Е. Кримінальне право зарубіжних країн : навч.-метод. посіб. ; передмова С.Л. Стрельцова. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2018. 96 с.

<sup>13</sup> Там само.

навмисність, жорстокість, заподіяння шкоди великого розміру тощо<sup>11</sup>.

Більш жорстким покаранням сьогодні є саме смертна кара. Це питання приваблює до себе велику кількість уваги, і це не випадково. Сьогодні небагато країн світу зберегли цей вид покарання у системі законодавства. Яскравим прикладом застосування смертної кари під час реалізації правосуддя є США. Але слід зазначити, що навіть ця держава наразі стоїть на порозі великого питання, оскільки законодавство не кожного штату передбачає цей вид покарання. Деякі штати борються за скасування смертної кари, пояснюючи це тим, що такі «дії» порушують Конституцію і передусім головне право людини – право на життя.

У 1972 році Верховним судом США була розглянута апеляція по справі Фурмена та ще двох осіб, які були засуджені до смертної кари, внаслідок чого суд вирішив скасувати це покарання, оскільки воно вважалось жорстким та незвичним<sup>14</sup>.

У 1976 році розглядалась дуже гучна справа (справа Грегга та ще двох осіб), у результаті якої суд виніс рішення про смертну кару. Це рішення було винесене внаслідок голосування, 7 осіб проти 2 осіб, тобто рішення полягало у тому, що такий вид покарання, як смертна кара не суперечить Конституції, а навпаки, вирішує багато соціальних питань<sup>15</sup>.

З огляду на зарубіжний досвід та практику в Україні можна зробити висновок, що наша система покарання потребує змін, зокрема, виключення таких видів покарань, як обмеження волі та арешт, питома вага яких серед покарань є незначною і, відповідно, складає лише 3,5% та 1,2%. Крім того, слід розглянути доцільність збереження таких видів покарань, як позбавлення військового спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу та тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців тощо.

Разом з цим реформування має передбачати більш жорстку систему покарання: збільшення максимального терміну позбавлення волі на певний

строк, введення смертної кари та інші більш жорсткі види покарання: відшкодування збитків та виплата компенсацій, арешт або примусовий розпродаж майна, тюремне ув'язнення від 15–25 років до довічного, смертна кара, позбавлення громадянства за окремі види злочинів тощо, які зможуть вплинути на суспільство та досягти таких соціальних цілей, як запобігання злочинам та відплата за їх вчинення.

## Висновки

Отже, з огляду на усе вищевказане можна зробити висновок, що Україна, у порівнянні з кодексами деяких зарубіжних країн, містить більш розгалужену систему покарань, яка потребує масового вдосконалення, заміни, зміни формулювань окремих видів покарань. Система покарань більшості зарубіжних країн, наприклад, таких, як Англія, США, Франція, як і система покарання України, мають свою структуру і виокремлюються залежно від різних факторів.

Поділ покарання на основні та додаткові властивий як Україні, так і Франції, Англії, США, Нідерландам, Італії та багатьом іншим країнам. Проте слід зазначити, що система покарань Франції виходить із класифікації злочинних діянь на певні групи, які характеризуються включенням не лише злочинів, але й проступків.

Таким чином, ми вважаємо, що система покарань в Україні потребує спрощення, водночас змін формулювання у законі заходів кримінально-правового впливу на основі міжнародного права, а також заміни та додавання деяких видів покарань на більш жорстокі та ефективні на прикладі Англії та США. Більш ефективними покараннями вважаються саме ті покарання, які більше всього впливають на інтереси засуджених осіб, впливають на їх виправлення та запобігають вчиненню протиправних дій іншими особами.

До того ж реформування має передбачати більш жорстку систему покарання, яка вплине на суспільство та досягне певних соціальних цілей щодо запобігання злочинам та покарання за їх вчинення.

Підходи до вдосконалення законодавства щодо системи покарань мають бути комплексними. Для досягнення цієї мети слід взяти до уваги зарубіжний досвід та здійснити глибокий науковий аналіз системи і видів покарання та їх ефективності у сучасних умовах.

<sup>14</sup> Gregg V. Georgia, 428 U.S. 153, 96 S. Ct. 2909, 49 L Ed. 2d 859 (1976) URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/109532/gregg-v-georgia/>.

<sup>15</sup> Трубников В.М., Шинкарьов Ю.В. Арешт як вид кримінального покарання та особливості його застосування : монографія. Харків : Харків юридичний, 2007. URL: <https://i-rc.org.ua/files/personalii/hinkariov-u-v.pdf>.

## Criminal offenses related to corruption: problem issues for Ukraine

**Borovyk Andrii**

*Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,  
Corresponding Member of Academy of Economic Sciences of Ukraine,  
Professor at the Department of Criminal Law and Justice  
of International University of Economics and Humanities named  
after academician Stepan Demianchuk, Ukraine*

The research of new, effective methods and ways of corruption combating is a crucial problem for modern Ukraine. In the last few years, the number of changes that take place in the fight against corruption crime by several times exceeds the number of activities that were carried out in the previous 10 years. However, qualitative changes are not yet visible to every citizen. It is possible to feel the results of such reforms in case of significant innovations in the prevention of such a socially dangerous phenomenon as corruption. At the same time, the principles of criminal law that are fundamental to the whole specified field and, in general, are the basic to the state should remain firm. As domestic and international experience shows, the criminal norms in the fight against corruption are one of the most effective. A particular aspect of corruption combating is the question of criminal liability avoidance by the guilty person for such socially dangerous acts, as a result of the violation of jurisdiction rules by Ukrainian law enforcement agencies. This paper describes problematic issues when in the light of current criminal and correctional legislation, with the correct classification of criminal offenses related to corruption in Ukraine, all evidence is reasonably considered inadmissible. Based on the obtained results, including court decisions that have come into force, we will prove that violation of the rules of evidence admissibility upon receipt leads to their invalidity, the inability of usage in proving process thus it is a result of criminal liability avoidance for criminal offenses related to corruption.

### Introduction

The effectiveness of the fight against corruption in Ukraine directly depends on a clear division of powers of the authorities that are engaged in this fight. These issues were regulated by law and the implementation of this task in Ukraine was entrusted to new anti-corruption authorities, namely: The National Anti-Corruption Bureau of Ukraine, and the Specialized Anti-Corruption Prosecutor's Office.

During pre-trial investigations, the primary task of the investigative units of the law enforcement agencies is full compliance with the evidence collection and registration procedures that are provided by law as a condition for the observance of the principle of legality in criminal proceedings.

The question of evidence admissibility belongs to one of the fundamental categories of criminal proceedings and including evidence law. Completion of the criminal proceedings tasks in general, and especially those of ensuring prompt, full and impartial investigation and legal proceeding establish special requirements for the evidence on which they are based, to ensure that every person that committed an offense was brought to a responsibility to the extent of his or her guilt and every innocent person was not accused or sentenced.

Besides, it is not the first time we draw attention to the possibility of avoiding criminal liability of a person for criminal offenses related to corruption in case of evidence collection by the unauthorized law enforcement agency. The mentioned norm of dismissal is not clearly defined in the legislation of Ukraine, moreover, it turns

up to be a cause-and-effect relationship between unauthorized person evidence collection, the inadmissibility of that evidence, even with all indications of crime, and acquittals or termination of proceedings in the case, which is the actual person's criminal liability avoidance for the committed offense.

Several academic lawyers conducted scientific researches on the content and nature of criminal liability for corruption-related criminal offenses, for instance, B. Holovkin, N. Hutorova, B. Kostenko, R. Kabanets, A. Kukharchuk, O. Kolb, I. Kopotun, O. Makukhin, I. Mezentseva, I. Nizhenska, I. Nurullaiev, S. Petrashko, A. Savchenko, O. Sosnin, Kh. Fedorchak, A. Shvetsov, etc., however, the results of their development differed in scope, approaches, and format.

In some cases, scientists developed a provision exclusively on corruption and did not deal with its other aspects, while in others they focused on either criminal law or criminological characteristics of corrupt acts. Specialized Anti-Corruption Prosecutor's Office obtained certain scientific conclusions from leading educational institutions of the State on the above-mentioned issues<sup>1</sup>. At the same time, under these conditions, the issues of specification of the relevant provisions on criminal liability, prevention of corruption-related criminal offenses with legal, cross-sectorial and semantic considerations, and also the problem of admissibility of evidence in the qualification of a person's actions in corruption criminal proceedings remain unresolved.

<sup>1</sup> Ухвала Печерського районного суду міста Києва від 19 травня 2017 р. у справі № 757/59789/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66679033>.

### Statement of basic materials

According to the Article 1 of the Law of Ukraine “About National Anti-Corruption Bureau of Ukraine” the task of the Anticorruption Bureau is the counteraction to criminal corruption offences that are committed by chief executive officers that are in charge of execution of functions of state or local government and constitute a menace to the national security.

The Article 216 of the Code of the Criminal Procedure of Ukraine defines the jurisdiction of pre-trial investigation bodies. Consequently the legislative differentiation of jurisdiction between the existing bodies of pre-trial investigation determines the distribution of powers granted by criminal procedural legislation to such bodies<sup>2</sup>.

Taking the above mentioned into consideration the legislator has clearly defined the appropriate pre-trial investigation authority in certain categories of criminal offenses, which is the proper subject for evidence gathering.

According to the requirements of the paragraph 2 part 3 Article 87 of the Code of the Criminal Procedure the evidence is inadequate that was gathered after the initiation of the criminal proceedings by means of exercise of own powers by the bodies of pre-trial investigation or prosecutor’s office that are not foreseen by this code for ensuring pre-trial investigation of criminal offences<sup>3</sup>.

The provisions of the current criminal procedural legislation, namely: Part 5 of the Article 36 of the Code of Criminal Procedure of Ukraine, the Prosecutor General of Ukraine, prosecutors subordinate to him are prohibited from entrusting with the conduct of pre-trial investigation of crimes to investigative detectives of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine, other law enforcement bodies<sup>4</sup>.

The specialized anti-corruption prosecutor’s office in accordance with the requirements of Part 5 of the Article 8 of the Law of Ukraine “On the Prosecutor’s Office” is the only independent structural unit of the General Prosecutor’s Office of Ukraine authorized to oversee the compliance with the laws of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine during conduct of law enforcement intelligence operations and pre-trial investigation.

In such a way the provisions of the Code of Criminal Procedure of Ukraine, the laws of Ukraine “On the Prosecutor’s Office”, “About the National Anti-Corruption Bureau” clearly and expressly point at exclusive place of jurisdiction of the determined criminal offences by the investigating officers of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine and expressly prohibit including the prosecution authorities management of any level to change it.

At the same time the practice of violating the rules on the jurisdiction of criminal offenses related to corruption and the implementation of pre-trial investigation in criminal proceedings, which are investigated by detectives of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine by other law enforcement agencies, has become widespread thus far.

The desire of individual heads of law enforcement agencies to obtain political or public dividends, to increase own popularity or rating, to emphasize own weight and importance by means of publishing in the media of information about the detention of persons, which are suspected of committing criminal offenses related to corruption, which are investigated in violation of the requirements of the Article 216 of the Code of Criminal Procedure of Ukraine that clearly regulates the jurisdiction, in most cases violates the principle of the unavoidability of punishment, the essence of which is that the person who committed the crime has to be arraigned on a criminal charge or the other type of responsibility, which would be connected with the application of criminal measures to such a person.

The stated circumstances are also confirmed by court practice, that is, the recognition of evidence inadequate according to the paragraph 2 Part 3 of the Article 87 of the Code of Criminal Procedure of Ukraine through the implementation by the bodies of a pre-trial investigation or the prosecutor’s office after the start of criminal proceedings of their powers not provided for by this Code, for ensuring pre-trial investigation of criminal offenses.

So, the prosecutor’s office of the Kyiv region carried out pre-trial investigation in the criminal proceeding as of 09.04.2016 on the fact of demand of improper advantage in the amount of 300 thousand Euros by the officials of one of the city councils of Kyiv region constituting an offence under Part 4 Article 368 of the Criminal Code of Ukraine.

In April 14, 2016 the regional prosecutor’s office on suspicion of having committed this crime detained the mayor, as well as 2 mediators, the suspicion was announced and preventive measure was chosen for the 2 mediators. At the same time covert investigation procedures were carried out with respect to the suspects and the amount of improper advantage that was demanded was known – more than 500 minimum wages. However, despite the stated circumstances and the requirements of the Article 216 of the Criminal Procedure Code of Ukraine on attributing jurisdiction in such a criminal proceeding to the exclusive jurisdiction of detectives of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine in the criminal proceeding, namely by the prosecutor’s office of the region were carried out investigative (search) actions aimed at registration and collection of evidence.

By the judgements of the court of appeal of the city of Kyiv dated 09.06.2016 in the specified criminal proceeding, the chosen pre-trial restriction for the suspected

<sup>2</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та доповненнями станом на 1 червня 2017 р. Київ : Палівода А.В., 2017. 372 с. С. 139.

<sup>3</sup> Там само. С. 58.

<sup>4</sup> Там само. С. 24.



mayor was cancelled, as well as the decision regarding his deprivation from post. The court found that the pre-trial investigation was carried out by an unauthorized body of pre-trial investigation. The stated violations were the basis for an appropriate judicial decision making and the recognition of the procedural actions of investigators of the prosecutor's office as unlawful<sup>5</sup>.

One more talked about example of violation of requirements of the Article 216 of the Criminal Procedure Code of Ukraine is the criminal proceeding as of 05.04.2016, which was investigated by the military procuracy on the charge of the first deputy of the head of regional public administration and the counsellor of the first deputy of the head of the regional council in committing criminal offence foreseen by Part 4 Article 368 of the Criminal Code of Ukraine.

Moreover at the time of registration of the criminal proceeding from the statement and materials it was seen that the stated criminal offense was not investigated by investigators of the military prosecutor's office regarding the subject of the crime and the amount of the criminal offense<sup>6</sup>.

Analogically with a gross violation of the requirements of Article 216 of the Code of Criminal Procedure of Ukraine, the military prosecutor's office investigated the criminal proceeding as of 18.04.2016 in relation to the deputy prosecutor of one of the regions of Ukraine for committing crimes foreseen by Part 1 of Article 255, part 4, Article 368 and other of the Criminal Code of Ukraine. In the stated criminal proceeding the head of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine sent a letter to the Prosecutor General of Ukraine with the demand to assign the criminal proceeding in accordance with the jurisdiction. At the same time the Prosecutor General of Ukraine, acting in violation of the requirements of Part 5 of Article 36 of the Code of Criminal Procedure of Ukraine, which prohibits determining the jurisdiction of criminal proceedings under investigation by the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine under other law enforcement agencies, passed a resolution that determined the jurisdiction under the Chief Military Prosecutor's Office of Ukraine. As a result, at the first preparatory meeting by the decision of Darnytskyi district court of Kyiv as of 07.06.2017 it was established that the specified proceeding was investigated by the agents of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine by the subject of the crime and the amount of the committed criminal offense.

Also the investigators of the prosecutor's office of Kyiv city conducted pre-trial investigation in the criminal proceeding as of 08.11.2016 regarding the deputy of the Health Care Minister of Ukraine for commission of offence foreseen by Part 4 Article 368 of the Criminal

Code of Ukraine. By the ruling of Pecherskyi district court of Kyiv city as of 19.05.2017 the charging document was returned to the prosecutor in connection with the violation of the requirements of the criminal procedural law, namely: Part 5 Article 216 of the Code of Criminal Procedure of Ukraine, as far as pre-trial investigation was conducted with the violation of the rules of jurisdiction by the body not authorized for doing it<sup>7</sup>.

In May 2017 the local prosecutor's office sent an indictment regarding 4 suspects to the Komunarskyi district court of Zaporizhzhia city, among them the head of one of village councils of Orokhiv district of Zaporizhzhia region for the commission of offence foreseen by Part 5 Article 191 of the Criminal Code of Ukraine.

During preparatory meeting the lawyers of the suspects presented a petition regarding return of the indictment to the prosecutor in connection with the violation of the rules of jurisdiction during pre-trial investigation. According to the views of the lawyer's pre-trial investigation as per amount of losses, foreseen by Part 5 Article 191 of the Criminal Code of Ukraine had to be conducted by the agents of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine, but not the bodies of the National police under procedural guidance of the prosecutor's office.

District court backed the position of lawyers and returned the indictment to the prosecutor as far as the pre-trial investigation was conducted with the violation of the rules of jurisdiction and by the body not authorized for doing it.

Hereinafter the court of appeal of Zaporizhzhia region supported the position of district court and left the decision about return of indictment intact<sup>8</sup>.

By the judgment of Zhovtnevyi district court of Dnipropetrovsk city as of 02.04.2018 the major case investigator of the 1 department of investigation department of the Administration of the Security Service of Ukraine in Zaporizhzhia region that obtained improper advantage in the amount of 30 thousand USA dollars was declared not guilty. All the written evidence in the stated criminal proceeding under Part 3 Article 369-2 of the Criminal Code of Ukraine, which was investigated by the military prosecutor's office, was recognized by the court as inadequate, since at the time of entering information into the Unified Register of Pre-Trial Investigations and at the time of termination of criminal actions the size of the subject of improper advantage exceeded 500 minimum wages, established by law, that is why the criminal proceeding was investigated by the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Ухвала Печерського районного суду міста Києва від 19 травня 2017 р. у справі № 757/59789/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66679033>.

<sup>8</sup> Босак С. Суд создал прецедент, вернув прокуратурі обвинительний акт по делу, подследственному НАБУ. URL: <https://ukranews.com/publication/2223-sud-sozdal-precedent-vernuv-prokurature-obvynytelnyy-akt-po-delu-podsledstvennomu-nabu>.

<sup>9</sup> Вирок Жовтневого районного суду міста Дніпропетровська від 2 квітня 2018 р. у справі № 201/5699/16к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73100933>.

<sup>5</sup> Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 9 червня 2016 р. у справі № 757/18966/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58373348>.

<sup>6</sup> Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 9 червня 2016 р. у справі № 757/17898/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58400222>.

Besides regarding the violation of the rules of jurisdiction in criminal proceedings there is also the position of the Superior specialized court of Ukraine in civil and criminal cases, which confirms the necessity to comply with the rules of jurisdiction in criminal proceedings<sup>10</sup>.

There is also irrevocable practice of the European Court of Human Rights on the stated issues. The European Court of Human Rights uses in own practice, in particular, in the decisions in the cases “Balytskyi versus Ukraine”, “Teixeira de Castro versus Portugal”, “Shabelnyk versus Ukraine” a variant of the fruit of the poisonous tree doctrine, which lies in the fact that when not only the evidence directly obtained as a result of the violation, but also the evidence that would not have been obtained if the first had not been received are recognized as inadequate. In such a way evidence that is adequate in itself, obtained with the help of information, the source of which is evidence that is inadequate, becomes inadequate.

The evidence is inadequate and should not have the value of evidence if it is “the fruit of a poisonous tree” – evidence obtained on the basis of previously inadequate evidence. “Obvious inadmissibility” is qualitative integrative characteristic of the violations of the foreseen by the law order for evidence collection. Its essence lies in the fact that such violations are unconditional, indisputable and due to this they do not require their verification and comparison with other evidence provided by the participants of the court proceeding.

However, for unclear reasons some heads of law enforcement agencies, guided by the provisions of Arti-

cle 218 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, consider it permissible to conduct pre-trial investigation in criminal proceedings, which are under investigation only by agents of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine by other law enforcement agencies. A reference to the provisions of the stated article in the part of disputes settlement about jurisdiction in this case is incorrect and misleading to the judicial authorities and other subjects of law enforcement, as far as this article regulates only the place of pre-trial investigation, that is territorial investigative jurisdiction and has no relation to subject-matter jurisdiction determined by the Article 216 of the Code of Criminal Procedure of Ukraine.

### Conclusions

In such a way having analyzed the above mentioned we come to the following conclusions:

1. Unfortunately the current Criminal Code of Ukraine does not use the term “criminal offenses related to corruption” at all and this situation is a significant weak point of the law of Ukraine on criminal liability, which directly threatens the implementation of the provisions of anti-corruption legislation and the criminal legal policy of the state.

2. Certainly it is definite that despite the correct classification of criminal offenses related to corruption, the receipt of evidence in violation of the rules of jurisdiction, the latter should certainly be recognized as inadequate for two reasons: obtaining evidence by an unauthorized person and violation of the constitutional civil rights.

<sup>10</sup> Лист заступнику Генерального прокурора України Холодницькому Н.І. URL: [http://sc.gov.ua/uploads/tiny\\_mce/files](http://sc.gov.ua/uploads/tiny_mce/files).

**The subject of the crime of failure to provide assistance  
to a sick person by a medical professional**

**Botiakova Viktoriia**

*Postgraduate Student of the Department of Criminal Law,  
Criminology, Civil and Commercial Law  
HEI "National Academy of Management", Ukraine*

The article examines the issue of the subject of the crime of failure to provide assistance to a sick person by a medical professional, also clarifies the theoretical and methodological problems on this topic. The theories of the criminal law doctrine in the field of the subject of the crime are rethought (Article 139 of the Criminal Code of Ukraine).

An individual (medical professional) is subject to criminal liability in the context of Art. 139 of the Criminal Code of Ukraine: 1) under Part 1 of Art. 139 of the Criminal Code of Ukraine, who failed to provide or refused to provide health assistance to a sick person without justifiable reasons and in accordance with the current legislation was obliged to provide it, in the case that he knew that this could have grave consequences for a sick person and 2) in accordance with Part 2 Art. 139 of the Criminal Code of Ukraine for the act, which is under Part 1 of Art. 139 of the Criminal Code of Ukraine, in the case, that this entailed the death of the victim or other grave consequences.

We consider it necessary to indicate that the criminal liability for a crime of failure to provide assistance to a sick person by a medical professional starts from 16 years old.

A medical professional as a special subject of the crime under Art. 139 of the Criminal Code of Ukraine, is not an official, because, during the performing of his professional duties, in particular of the providing of health assistance, he does not carry out organizational or administrative functions.

Based on our research, we consider it necessary to assert that the medical professional is a special subject of the crime under Art. 139 of the Criminal Code of Ukraine, as well as to formulate our definition of the term "medical professional" in the context of Art. 139 of the Criminal Code of Ukraine, in particular, this is a sane individual who reached the age of 16 before the crime was committed and who has a higher or secondary medical or other special education, received it in the manner prescribed by law, works in a state or municipal, or private healthcare institution, or is an individual entrepreneur, who is registered and has a license to carry out business activities in medical practice and, in accordance with applicable law, is obliged to provide health assistance to any person who needs it, if there are a possibility and an absence of obstacles to perform actions that eliminate the danger to the life and health of the victim.

**Субъект преступления «Неоказание помощи больному медицинским работником»**

**Ботякова Виктория Викторовна**

*аспирант кафедры уголовного права, криминологии,  
гражданского и хозяйственного права  
ВУЗ «Национальная академия управления», Украина*

**Введение**

Чрезвычайно важное значение не только для уголовно-правовой доктрины, но и для правоприменительной деятельности имеют вопросы, касающиеся субъекта такого преступления, как неоказание помощи больному медицинским работником. Вопросу, касающемуся субъекта данного преступления, определенное внимание уделяли следующие ученые: И.Н. Филь, В.В. Балабко, Г.В. Чеботарева, Л.М. Назмутдинова, И.В. Ившин, Т.Ю. Тарасевич, В.В. Татаркин, Н.В. Мирошниченко, А.Г. Берило и другие.

Целью статьи является определение субъекта такого преступления, как неоказание помощи больному медицинским работником.

**Изложение основного материала**

В теории уголовного права проблема субъекта преступлений, предусмотренных ст. 139 УК Украины, достаточно не изучена и сегодня фактически не имеет должной теоретической разработки, в частности, данный факт приводит к необходимости ее определения и требует более детального анализа. В украинском законодательстве также отсутствует надлежащее определение понятия «медицинский работник». В доктрине уголовного права вопрос о субъекте преступления является достаточно дискуссионным, ведь в ряде моментов, характеризующих данный элемент состава преступления, среди ученых отсутствует единство взглядов.

Признаки, характеризующие субъект преступления, неразрывно связаны с другими элементами состава преступления, в частности своим общественно опасным деянием (объективная сторона преступления) субъект причиняет вред объекту посягательства, действуя при этом виновно (субъективная сторона)<sup>1</sup>. Уголовное право признает субъектом преступления физическое лицо (человека), совершившее преступление в состоянии вменяемости, которое подлежит уголовной ответственности в соответствии с действующим УК Украины<sup>2</sup>. Имеется также и другое определение субъекта преступления – физическое вменяемое лицо, которое до совершения определенного преступления достигло возраста уголовной ответственности<sup>3</sup>.

Стоит обратить внимание на тот факт, что впервые законодательное определение субъекта преступления было определено в ч. 1 ст. 18 УК Украины 2001 года, в частности субъектом преступления является физическое вменяемое лицо, которое совершило преступление в возрасте, с которого в соответствии с Уголовным кодексом Украины может наступать уголовная ответственность, а ч. 2 ст. 18 УК Украины дает определение специального субъекта преступления, которым является физическое вменяемое лицо, совершившее преступление в возрасте, с которого может наступать уголовная ответственность, субъектом которого может быть лишь определенное лицо<sup>4</sup>.

Закон исключает уголовную ответственность за предполагаемое преступление при отсутствии одного из признаков общего субъекта преступления, а для специального субъекта – признаков специального субъекта преступления в конкретном составе преступления<sup>5</sup>. Указанные требования касаются также преступлений, предусмотренных ст. 139 УК Украины. В диспозициях уголовно-правовых норм дополнительный признак специального субъекта преступления может выражаться в позитивной форме (например, военнослужащий, медицинский работник) или в отрицательной форме (например, лицо, которое не имеет медицинского образования)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Чорней С.В. Поняття суб'єкта злочину. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2012. Випуск 618. С. 125.

<sup>2</sup> Гришук В.К. Кримінальне право України. Загальна частина : навчальний посібник. Хмельницький, 2005. С. 250.

<sup>3</sup> Кримінальне право України. Загальна частина : Практикум : Навчальний посібник / І.П. Козаченко та ін. ; за заг. ред. В.К. Матвійчука. Київ : КНТ, 2006. С. 74.

<sup>4</sup> Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25. Ст. 131.

<sup>5</sup> Кримінальне право України. Загальна частина : Практикум : Навчальний посібник / І.П. Козаченко та ін. ; за заг. ред. В.К. Матвійчука. Київ : КНТ, 2006. С. 74, 77.

<sup>6</sup> Богачева Н.С., Селяков Н.А. Специальный субъект преступления при неоказании помощи больному. *Актуальные вопросы образования и науки*. 2017. № 3 (61). С. 7; Чеботарьова Г.В. Кримінально-правова охорона правопорядку у сфері медичної діяльності : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2011. С. 265.

В теории уголовного права общепризнанным является тот факт, что субъект любого преступления характеризуется следующими признаками: 1) субъектом преступления являются только физические лица; 2) уголовная ответственность наступает лишь при достижении лицом определенного возраста; 3) лицо, совершившее преступление, должно быть вменяемым<sup>7</sup>.

Общим признаком субъекта любого преступления, в том числе такого преступления, как неоказание помощи больному медицинским работником, является совершение его именно физическим лицом, то есть гражданином Украины, гражданином иностранного государства или лицом без гражданства, которое является медицинским работником; юридические лица уголовной ответственности не подлежат<sup>8</sup>, в частности в контексте ст. 139 УК Украины – это учреждения здравоохранения любой формы собственности. Иногда наступление общественно опасных последствий обусловлено влиянием других живых существ (кроме людей) или сил природы, однако уголовно наказуемыми признаются деяния физических лиц, которые состояли в непредотвращении наступления данных общественно опасных последствий<sup>9</sup>.

Уголовной ответственности подлежит физическое лицо (медицинский работник) в контексте ст. 139 УК Украины: 1) по ч. 1 ст. 139 УК Украины, которое не оказало или отказало в оказании без уважительных причин помощи пострадавшему и в соответствии с действующим законодательством было обязано ее оказывать, при условии, что ему заведомо было известно, что это может повлечь тяжелые последствия для больного и 2) в соответствии с ч. 2 ст. 139 УК Украины за деяние, которое предусмотрено ч. 1 ст. 139 УК Украины, если это повлекло смерть потерпевшего или иные тяжкие последствия<sup>10</sup>.

Обязательным признаком субъекта любого преступления, в том числе такого преступления, как неоказание помощи больному медицинским работником, является возраст, который определен в законе и выступает важным обстоятельством для установления наступления уголовной ответственности за содеянное. Ч. 1 ст. 22 УК Украины устанавливает общий возраст, с которого может наступать уголовная ответственность для лиц, которым исполнилось 16 лет до момента совершения преступления, однако ч. 2 ст. 22 УК Украины определяет исчерпывающий перечень преступлений, за совершение которых

<sup>7</sup> Кримінальне право України. Загальна частина : Практикум : Навчальний посібник / І.П. Козаченко та ін. ; за заг. ред. В.К. Матвійчука. Київ : КНТ, 2006. С. 74.

<sup>8</sup> Там же.

<sup>9</sup> Хуторянський О.В. Кримінально-правова характеристика ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2013. С. 128.

<sup>10</sup> Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25. Ст. 131.

предусмотрена уголовная ответственность для лиц, достигших до момента совершения преступления возраста 14 лет<sup>11</sup>.

Способность лица осознавать значение своих действий, а также управлять ними является необходимым обстоятельством, которое определяет установление минимального возраста в законе для наступления уголовной ответственности<sup>12</sup>. Лицо считается достигшим определенного возраста уголовной ответственности, начиная с 0 часов следующих суток, которые наступили после дня его рождения<sup>13</sup>.

Однако стоит обратить внимание на тот факт, что за определенные преступления, которые не установлены в законе, может наступить уголовная ответственность, например, с 18 лет или с 25 лет и указанное положение реализуется, при условии наличия специального субъекта преступления<sup>14</sup>. Целесообразным считаем мнение И.А. Харь о том, что существует необходимость составить определенный перечень норм в уголовном законе, который бы предусматривал наступление уголовной ответственности именно с 18 лет или с 25 лет, ведь структура состава преступления также зависит и от возраста<sup>15</sup>.

Итак, ст. 139 УК Украины не принадлежит к преступлениям, указанным в ч. 2 ст. 22 УК Украины и, учитывая данный факт, считаем необходимым указать, что уголовная ответственность за такое преступление, как неоказание помощи больному медицинским работником, наступает с 16 лет.

Важным признаком субъекта преступления, в том числе и субъекта неоказания помощи больному медицинским работником, является вменяемость. То есть вменяемость является обязательным условием уголовной ответственности, а также выступает одним из общих признаков субъекта отдельного преступления<sup>16</sup>.

УК Украины установлено, что субъектом любого преступления может быть не только вменяемое (ст. 19 УК Украины), но и ограниченно вменяемое (ст. 20 УК Украины) лицо<sup>17</sup>. Ч. 1 ст. 19 УК Украины определено, что вменяемым является лицо, которое во время совершения преступления было способно осознавать свои действия или бездействие, а также могло управлять ними, однако в соответствии с ч. 2 ст. 19 УК Украины невменяемым является

<sup>11</sup> Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25. Ст. 131.

<sup>12</sup> Кримінальне право України. Загальна частина : Практикум : Навчальний посібник / І.П. Козаченко та ін. ; за заг. ред. В.К. Матвійчука. Київ : КНТ, 2006. С. 76.

<sup>13</sup> Там же.

<sup>14</sup> Харь І.О. Суб'єкт злочинів проти життя особи: проблеми теорії і практики. *Юридична наука*. 2016. № 4(58). С. 148–149.

<sup>15</sup> Там же. С. 149.

<sup>16</sup> Кримінальне право України. Загальна частина : Практикум : Навчальний посібник / І.П. Козаченко та ін. ; за заг. ред. В.К. Матвійчука. Київ : КНТ, 2006. С. 74.

<sup>17</sup> Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25. Ст. 131.

лицо, которое во время совершения преступления, предусмотренного УК Украины, не было способно осознавать свои действия или бездействие, или управлять ними, в результате наличия у него временного психического расстройства, хронического психического заболевания, слабоумия или иного болезненного состояния психики<sup>18</sup>.

В доктрине уголовного права общепризнанным является тот факт, что невменяемость характеризуется двумя критериями: 1) юридический и 2) медицинский<sup>19</sup>. Юридический критерий содержит два признака: 1) интеллектуальный признак, согласно которому, лицо не способно осознавать опасность своих действий или бездействия и 2) волевой признак, который предусматривает невозможность лица управлять своими действиями во время совершения ним преступления; медицинский критерий предполагает наличие у лица психических расстройств или болезненных состояний психики, которые могут быть предпосылками невменяемости<sup>20</sup>. Однако наличие медицинского критерия является только основанием для определения юридического критерия невменяемости, с помощью которого окончательно и устанавливается состояние невменяемости<sup>21</sup>.

Учитывая вышесказанное, считаем необходимым рассмотреть признаки юридического критерия невменяемости в контексте субъекта преступления неоказание помощи больному медицинским работником (ст. 139 УК Украины).

По нашему мнению, интеллектуальная составляющая юридического критерия невменяемости характеризуется: 1) неспособностью физического лица (медицинский работник) осознать наличие опасного и/или критического для жизни и здоровья физиологического и/или патологического процесса, в котором находится другое лицо; 2) неспособностью физического лица (медицинского работника) осознать, что собственное бездействие в виде неоказания медицинской помощи или действие в виде отказа в оказании медицинской помощи не ликвидирует или не может ликвидировать опасный и/или критический для жизни и здоровья физиологический и/или патологический процесс, в котором находится другое лицо, и который может повлечь тяжкие последствия или смерть другого лица.

Волевая составляющая юридического критерия невменяемости характеризуется: 1) неспособностью физического лица (медицинский работник) сознательно и самостоятельно выбирать определенное поведение (бездействие в виде неоказания медицин-

<sup>18</sup> Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25. Ст. 131.

<sup>19</sup> Кримінальне право України. Загальна частина : Практикум : Навчальний посібник / І.П. Козаченко та ін. ; за заг. ред. В.К. Матвійчука. Київ : КНТ, 2006. С. 75.

<sup>20</sup> Там же.

<sup>21</sup> Там же. С. 76.

ской помощи или действие в виде отказа в оказании медицинской помощи) и 2) неспособностью физического лица (медицинский работник) управлять в дальнейшем данным поведением.

Стоит обратить внимание на то, что медицинские работники определяются как должностные лица при условии, что эти лица занимают руководящие должности и выполняют организационно-распорядительные функции (например, заведующие структурных подразделений учреждения здравоохранения и такое прочее), а также лица, которые временно исполняют эти обязанности (дежурный врач), или лица, выполняющие административно-хозяйственные функции (например, главная медицинская сестра и сестра медицинская старшая)<sup>22</sup>.

Однако указанные лица также обычно выполняют и профессиональные функции (например, по оказанию медицинской помощи). Например, врач-офтальмолог, который также занимает должность заведующего структурным подразделением учреждения здравоохранения, во время проведения операции выполняет не должностные обязанности, а осуществляет свои профессиональные функции. Мы согласны с мнением А.Г. Берила, что не занимаемая должность, а именно профессия (функциональная принадлежность) является решающим фактором для установления субъекта преступления, предусмотренного ст. 139 УК Украины<sup>23</sup>.

Стоит отметить, что медицинский работник как специальный субъект преступления, предусмотренный ст. 139 УК Украины, не является должностным лицом, ведь во время исполнения своих профессиональных обязанностей, в частности во время оказания медицинской помощи, он не осуществляет организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций.

Ч. 1 ст. 74 Закона Украины «Основы законодательства Украины о здравоохранении» определено, что медицинскую деятельность могут осуществлять только лица, получившие соответствующее специальное образование, а также при условии, что они соответствуют единым квалификационным требованиям<sup>24</sup>. Ч. 1 ст. 75 указанного документа установлено, что подготовку, переподготовку и повышение квалификации медицинских работников осуществляют средние специальные и высшие учебные и научные учреждения, а также заведения повышения квалификации и переподготовки кадров<sup>25</sup>.

То есть, например, квалификационными требованиями к должности «сестра медицинская» является наличие у лица неполного высшего (младший специалист) или базового высшего образования (бакалавр) именно по направлению «Медицина», а также специальности «Сестринское дело» или «Лечебное дело», или «Акушерское дело»; специализация по профилю работы; в том числе без требований к стажу работы<sup>26</sup>.

Медицинские работники обязаны оказывать своевременную и квалифицированную медицинскую помощь, а также оказывать неотложную медицинскую помощь не только в случае несчастного случая, но и в других экстремальных ситуациях (п. а, б ч. 1 ст. 78 Закона Украины «Основы законодательства Украины о здравоохранении»)<sup>27</sup>.

Стоит обратить внимание на тот факт, что медицинская помощь оказывается медицинским работником в пределах своей приобретенной специальности, то есть, как утверждает И.И. Горелик, фельдшеру не может быть инкриминировано неоказание медицинской помощи, если он не совершил резекцию желудка, ведь данное вмешательство выходит за пределы его прав и обязанностей, однако данному медицинскому работнику может быть инкриминирован тот факт, что он не вызвал специалиста или не транспортировал его в соответствующее лечебное учреждение<sup>28</sup>. Г.В. Чеботарева отмечает, что специалисты, которые законно и на профессиональной основе предоставляют лечебно-профилактическую помощь лицам вне учреждений здравоохранения, определяются законом как медицинские работники, то есть занимаются определенными видами медицинской деятельности в порядке предпринимательства, имея соответствующую лицензию<sup>29</sup>. В частности, важным признаком в установлении у лица статуса медицинского работника является наличие трудового договора с определенным медицинским учреждением<sup>30</sup>.

Мы считаем целесообразным мнение И.Н. Филь, которая уверена, что одним из специальных признаков субъекта преступления (медицинского работника) является выполнение им профессиональных обязанностей по оказанию медицинской помощи. Учитывая сказанное, медицинскими работниками следует считать профессионалов с медицинским

<sup>22</sup> Довідник кваліфікаційних характеристик професій працівників. Випуск 78 «Охорона здоров'я»: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 29.03.2002 року № 117. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/va117282-02> (дата звернення 07.06.2020).

<sup>23</sup> Берило О.Г. Кримінальна відповідальність за ненадання допомоги хворому медичним працівником : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2018. С. 135.

<sup>24</sup> Основы законодательства Украины про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 № 2801-ХІІ / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1993. №4. Ст. 19.

<sup>25</sup> Там же.

<sup>26</sup> Довідник кваліфікаційних характеристик професій працівників. Випуск 78 «Охорона здоров'я»: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 29.03.2002 року № 117. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/va117282-02> (дата звернення 07.06.2020).

<sup>27</sup> Основы законодательства Украины про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 № 2801-ХІІ / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 4. Ст. 19.

<sup>28</sup> Горелик И.И. Квалификация преступлений, опасных для жизни и здоровья. Минск : Издательство «Высшая школа», 1973. С. 206.

<sup>29</sup> Чеботарева Г.В. Кримінально-правова охорона правопорядку у сфері медичної діяльності : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2011. С. 271.

<sup>30</sup> Там же.

образованием (врачей) и младших специалистов с медицинским образованием (в частности медицинских сестер, фельдшеров, акушерок)<sup>31</sup>.

Обоснованной мы считаем позицию Д.А. Новинова, который утверждает, что фармацевты и провизоры не являются медицинскими работниками, в частности, у них не только отсутствует соответствующее специальное образование, но они и не соответствуют единым квалификационным требованиям для занятия должностей медицинских работников, а также осуществление медицинской деятельности не относится к их должностным обязанностям, ведь в соответствии с Основами законодательства Украины о здравоохранении они осуществляют фармацевтическую деятельность<sup>32</sup>.

Специальным субъектом (медицинским работником) преступления, предусмотренного ст. 139 УК Украины, может быть как гражданин Украины или иностранец, так и лицо без гражданства. В соответствии со ст. 74 Закона Украины «Основы законодательства Украины о здравоохранении» установлено, что лица, прошедшие медицинскую подготовку в учебных заведениях зарубежных стран, могут допускаться к осуществлению профессиональной деятельности, в частности, после проверки их квалификации в установленном Министерством здравоохранения Украины порядке, если только иное не предусмотрено законодательством или международными договорами, в которых Украина принимает участие<sup>33</sup>.

С целью определения соответствия уровня квалификации данных лиц квалификационным требованиям им могут быть определены дополнительные условия: 1) для врачей: а) подготовка в интернатуре, б) на курсах специализации, в) стажировка с присвоением / подтверждением звания врача-специалиста, г) легализация квалификационной категории; 2) для

<sup>31</sup> Філь І.М. Кримінально-правова та кримінологічна протидія ненадлежащому виконанню професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2018. С. 97.

<sup>32</sup> Новіков Д.О. Особливості правового регулювання праці медичних працівників : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. Харків, 2013. С. 52.

<sup>33</sup> Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 № 2801-ХІІ / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. №4. Ст. 19.

специалистов – курсы специализации или усовершенствования<sup>34</sup>.

Согласно действующему законодательству Украины отсутствуют достаточные основания для объединения медицинского и фармацевтического работника в одно понятие с целью обозначения субъекта определенного преступления, ведь непредусмотрение как отдельного субъекта преступления фармацевтического работника вследствие противоречивого толкования норм регулятивного законодательства может привести к безнаказанности общественно опасного поведения фармацевтических работников<sup>35</sup>.

### Выводы

На основании проведенного нами исследования считаем необходимым утверждать, что медицинский работник является специальным субъектом исследуемого преступления, а также сформировать собственное определение понятия «медицинский работник» в контексте ст. 139 УК Украины, в частности это физическое вменяемое лицо, которое до момента совершения преступления достигло возраста 16 лет, которое имеет высшее или среднее медицинское или иное специальное образование, и получило его в установленном законом порядке, работает в государственном или коммунальном, или частном учреждении здравоохранения, или является физическим лицом-предпринимателем, которое зарегистрировано и имеет лицензию на осуществление хозяйственной деятельности по медицинской практике и согласно действующему законодательству обязано оказывать медицинскую помощь любому лицу, которое в ней нуждается, если имеется возможность, а также отсутствуют препятствия для выполнения действий, которые ликвидируют опасность для жизни и здоровья потерпевшего.

<sup>34</sup> Порядок надання права на професійну діяльність в Україні особам, які пройшли медичну або фармацевтичну підготовку в навчальних закладах іноземних країн : затверджено наказом Міністерства охорони здоров'я України від 19.08.1994 року № 118-С (у редакції наказу Міністерства охорони здоров'я України від 27.06.2006 року № 410). URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0218-94> (дата звернення: 07.06.2020).

<sup>35</sup> Балабко В.В. Кримінальна відповідальність медичних працівників за злочини проти життя та здоров'я особи : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2012. С. 154.

## Submitting a complaint and preparing criminal cases for proceedings under the Austrian Code of Criminal Procedure 1873

**Halaburda Taras**

*Postgraduate Student of the Department of History  
of the State, Law and Political Law Teachings  
of Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine*

The article investigates the issue of submitting a complaint and preparing criminal cases for proceedings under the Austrian Code of Criminal Procedure 1873 on the example of archive cases. It describes the procedure for initiating criminal proceedings and defines those criminal acts that were the subject of private and public prosecution. It was noted that in order to initiate a private prosecution, it was necessary to indicate only the fact of the crime and express the desire to punish the offender. It is underlined that the introduction of preliminary investigation in criminal proceedings, which preceded the main investigation, was an innovation of the Austrian Code of Criminal Procedure 1873. The authority of the investigating judge who conducted the preliminary investigation to terminate or close the investigation is specified. The preparatory stage is characterized as a stage of criminal proceedings, which included: interrogation (interrogation), investigation, introduction of an act of prosecution. An extract from the protocol of interrogation of Ukrainian public and political figure Ivan Franko in 1877, who was accused of spreading socialist propaganda and belonging to a secret society, was analyzed. It was noted that only with the introduction of an indictment did the suspect formally become the accused and a full party to the criminal proceedings. It was concluded that the Austrian Code of Criminal Procedure 1873 contained a wide list of persons who could not be questioned as witnesses compared to the current Code of Criminal Procedure of Ukraine. The provisions of the code which contravened the principle of the prosecution on which Austrian criminal proceedings were based, according to which the prosecution could be ordered by the second instance courts, are cited. The norms concerning the content of the indictment under the current Criminal Procedure Code were compared with similar provisions of the Austrian Code of Criminal Procedure 1873. It is stated that the main preparatory actions of criminal cases for the trial were to determine the composition of the court, the date of the trial, to ensure timely summoning of all parties to the proceedings to the main trial, in particular witnesses, and to prevent the accused.

### Introduction

The current state of state-building in Ukraine is connected with a significant reform of criminal proceedings and meets generally recognized international standards for the protection of human rights and freedoms and the administration of justice. During the improvement of criminal proceedings in modern Ukraine it is important to take into account not only international legal experience, but also national one.

Of particular interest is the historical and legal analysis of criminal proceedings as a mechanism to protect the rights and interests of individuals, society and the state in the courts of the Austro-Hungarian Empire on the example of Galicia. That is why it is impossible to study the stages of criminal proceedings in the judicial bodies of Galicia without an objective scientific study of historical legal both national and international experience. In this regard, the **purpose of the article** is to investigate the peculiarities of the legislative settlement of a complaint and the preparation of criminal cases for trial under the Austrian Code of Criminal Procedure 1873.

### Presenting main material

A characteristic feature of the European modern criminal proceedings of the XIX century was the dif-

ferentiation of the function of court proceedings from the collection of evidence. The Inquisition process, which has been used in Galicia for centuries, provided for a double role for the judge – to collect evidence and try the accused on this basis. Modern criminal proceedings transferred the function of collecting evidence to the parties to the proceedings, and the judge was only free to evaluate the evidence collected and presented<sup>1</sup>. It was the need to collect evidence and evaluate its implementation that determined the existence of two stages of the trial: preliminary preparation (preparatory doing) and main proceedings (punishment)<sup>2</sup>.

The opening of a criminal case under the Austrian Code of Criminal Procedure 1873 was preceded by a report of an offence and the filing of a complaint (statement) (§ 2)<sup>3</sup>. Such a report may be made directly by the victim or his authorized deputy (private complaint) or a public authority representative (procurator) for acts that have been the subject of public prosecution.

The subject of the private prosecution was such criminal acts as theft, offences against honour, traffic safety, correspondence secrecy, copyright, intellectual property,

<sup>1</sup> *Prawnik*. Lwów. Rok V. 7 stycznia. 1874.

<sup>2</sup> Szyprowski B. Postępowanie sprawdzające w procesie karnym. URL: <https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2013/12/323e5c64b21a922ffda7e469b945d8f1.pdf> [15.05.2020].

<sup>3</sup> Ustawa o postępowaniu karnym z dnia 23 maja 1873 r. razem z odnoszącymi się do niej ustawami i rozporządzeniami. / Wydanie Prof. Dra Juliusza Makarewicza. Kraków: Nakładem Leona Frommera, 1911. S. 16.



patent law and the like. To initiate a private prosecution, it was enough to indicate only the fact of the crime and express the desire to punish the offender<sup>4</sup>.

The subject of public prosecution included acts that threatened public security. It is worth noting that in such offences Austrian law classified, in particular, verbal abuse of the honour and dignity of the Emperor, the army and navy, public officials and religion. The fonds of the Central State Historical Archive of Ukraine in Lviv contain several *Voruntersuchung*. The Austrian CPC 1873 set a clear deadline for filing a complaint – no later than six weeks after the crime was committed. According to the explanation of the Ministry of Justice of 28 February 1879, it was the date on which the crime was committed and not the date on which it became known, that was considered as the starting point for setting time limits<sup>5</sup>. The prosecutor must familiarize himself with all reports of crimes, including anonymous ones. The prosecutor also had the right to apply to the court for a preliminary investigation of the case, to request a house search and the like. It should be noted that in this context legal researchers note that the division of competence between the investigating judge and the prosecutor is not clear<sup>6</sup>. If the prosecutor, who was acquainted with the report on the crime, found sufficient grounds, he submitted to the court on the beginning of the preliminary (initial) investigation (*Voruntersuchung*)<sup>7</sup>.

The introduction of the preliminary investigation into the process that preceded the main investigation was an innovation of the Austrian CPC 1873<sup>8</sup>. After the preliminary investigation, the investigating judge referred the case to the court. The Austrian CPC 1873 set the time limits for filing a case with the court within one month and if the case was very important, faster (§ 94)<sup>9</sup>.

The investigating judge conducted a preliminary investigation and issued a decision to terminate or close the investigation<sup>10</sup>, albeit with certain restrictions. Thus, on the one hand, the investigating judge has the right to close the investigation independently if there are sufficient grounds for the prosecutor to file a conviction against the suspect (§ 111). On the other hand, the decision to terminate the investigation, if it did not give rise to charges, was taken by the investigating

judge at the request or with the consent of the prosecutor or in the absence of such consent, with the approval of the Council Chamber (Ratskammer)\* (§ 109)<sup>11</sup>.

The preparations were in the interest of both parties, as they provided an opportunity to prepare in detail for the main consideration of the report<sup>12</sup>. The preparatory phase began with the opening of the criminal case and ended with the court ruling on the beginning of the proceedings (main trial). This phase included the following stages: 1) interrogation (inquiry) 2) investigation; 3) introduction of the act of prosecution<sup>13</sup>.

The purpose of the interrogation (inquiry) was to find out whether a crime has indeed, been committed, who can be suspected of having committed it, and whether there are sufficient grounds for the prosecutor to seek legal proceedings<sup>14</sup>. Practice shows that the suspect, the victim, the witnesses could have been questioned. The means of questioning consisted in 1) questioning suspects and persons who might have known something about the crime or the offender; 2) gathering the necessary information about the suspect, finding out the motives for his or her actions, his or her attitude towards the victim, his or her character and behaviour; and 3) conducting an investigation and other actions that arise from the substance of the questioning. Comprehensiveness and objectivity were considered basic requirements for the bodies that conducted the interrogation<sup>15</sup>.

For example, let's refer to an excerpt from Ivan Frank's\* interrogation report in 1877. So, the first part of the protocol noted the following: "Minutes of interrogation of the accused Ivan Franko, drawn up on June 21, 1877, by the Criminal District Court in Lviv. Present: the investigating judge, the sworn reporter. Beginning at 4:00 PM. After warning of the defendant under § 174 of the CPC 1873, to answer the questions that will be put to him decisively, clearly and by following the truth, the interrogation will begin". The defendant then told his biography, and at the end noted that "no one has been brought to trial". After finding out the reason for the interrogation, the judge raised several questions to I. Franko on the propaganda of "left-wing" ideas, in particular regarding the correspondence with another Ukrainian public figure – Mikhail Drahomanov. The accused was shown the letters seized by

<sup>4</sup> Худоба Н. Австрійський Кримінально-процесуальний кодекс 1873 року та його застосування на території Галичини. Фінанси і право. 2009. № 2. С. 420.

<sup>5</sup> Ustawa o postępowaniu karnem z dnia 23 maja 1873 r. razem z odnoszącymi się do niej ustawami i rozporządzeniami. / Wydanie Prof. Dra Juliusza Makarewicza. Kraków: Nakładem Leona Frommera, 1911. S. 19.

<sup>6</sup> Koredeczuk J. Postępowanie przygotowawcze. Redakcja naukowa Ryszard A. Stefański. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016. S. 73.

<sup>7</sup> Ibid. S. 165.

<sup>8</sup> Gondek M. Austriacka procedura karna z 1853 i 1873 roku w praktyce orzeczniczej sądów krakowskich. *Studia z Dziejów Państwa i Prawa*. 2013. No 1. S. 246.

<sup>9</sup> Ustawa o postępowaniu karnem z dnia 23 maja 1873 r. razem z odnoszącymi się do niej ustawami i rozporządzeniami. / Wydanie Prof. Dra Juliusza Makarewicza. Kraków: Nakładem Leona Frommera, 1911. S. 171.

<sup>10</sup> S. Waltoś. Sędzia śledczy – rys historyczny. *Nowy model postępowania przygotowawczego – sędzia śledczy*. Warszawa, 22 marca 2010. S. 18.

\* A panel of three judges was created by the president of the court of first instance. The competence of the Chamber of the Council was assigned to it: (1) supervising and monitoring the powers of the investigating judge; (2) deciding all complaints lodged against the decisions of the investigating judge.

<sup>11</sup> M. Materniak-Pawłowska. Instytucja sędziego śledczego w II Rzeczypospolitej. *Czasopismo prawno-historyczne* t. LXV. 2013. S. 275.

<sup>12</sup> Koredeczuk J. Postępowanie przygotowawcze. Redakcja naukowa Ryszard A. Stefański. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016. S.74

<sup>13</sup> Старосольський Ю. Нарис карного процесу. Мюнхен, 1947. С. 55.

<sup>14</sup> Ibid. С. 56.

<sup>15</sup> Rosenblatt J. Kilka uwag o najnowszym projekcie ustawy karnej. *Przegląd sądowy i administracyjny*. Rok XIV. Lwów. 1889. S. 402.

\* Ivan Yakovych Franko was a Ukrainian poet, writer, social and literary critic, journalist, interpreter, economist, political activist, doctor of philosophy, ethnographer.

the police, which, according to the procedural requirements, I. Franko was forced to give explanations, after which the following was recorded in the record: “My confessions, which have now been read, are now confirmed without alteration and annexes, and I declare that I have understood the decree which I have just received, which is precisely announced to me, ordering me to carry out a preliminary investigation into a misdemeanour under Section 283 of the Criminal Code and to keep me under arrest under investigation under Section 175, paragraphs II and III of the Code of Criminal Procedure. I have been informed of the legal means to which I am entitled, and therefore I declare that I do not wish to complain about the ruling now announced to me, neither to the Chamber of the Council nor to a higher authority, in order not to delay the judicial investigation, I am interested in its rapid conclusion”<sup>16</sup>. The protocol concluded the signatures of the accused and of those who participated in the interrogation.

Based on the results of the investigation, the judge had the right to initiate the closure of the case or to admit that there are grounds for holding a court hearing (the main massacre). Once the indictment was drawn up and submitted, it was considered that a criminal case against the accused was pending in court. There hasn't been another case against him since then about the same crime. Also, it should be noted that only with the introduction of the act of prosecution did the suspect formally become an accused and a full party to the process, like today<sup>17</sup>.

The purpose of the preliminary investigation was to confirm that a person had been charged with a crime. In addition to the prosecutor, the private prosecutor had the right to appeal to the court with an act of prosecution, which opened the preliminary investigation phase. The investigating judge had the right to initiate an investigation only against the person or persons who had identified in the indictment. That is, he was limited in his actions by filing the complainant. However, when the investigating judge clarified the other circumstances of the case and the evidence pointed to the guilt of the other person, he undertook to indicate this. When filing the act of prosecution concerning the opening investigation, the prosecutor or the private prosecutor undertook to provide the judge with evidence of guilt of which they were already aware (§ 92)<sup>18</sup>.

During the preliminary investigation, actions involving witnesses were envisaged, in particular during the inspection of the perpetrator's home and the search. The performance of witness duties was treated as a civic duty and therefore not paid for<sup>19</sup>.

The CPC 1873 exempted from the duties of a witness in a particular community – the clergy of legally recognized religious associations, military personnel (on active military service), teachers, lawyers, notaries, medical workers, railway and shipping workers, persons whose professional activity could not be interrupted without detriment to society, persons who lived by day or week salary (§ 103)<sup>20</sup>. Moreover, the persons concerned were released from the duty of a witness only by law, if any of the listed persons declared their willingness to participate in a certain procedural act as a witness, the judge had the right to involve them<sup>21</sup>. The current Code of Criminal Procedure of Ukraine stipulates that lawyers, notaries, medical personnel who, in connection with the performance of their duties, are aware of a certain illness, a medical examination, a priest (information obtained in confession), journalists, judges and juries may not be questioned as witnesses<sup>22</sup>. The comparison shows that the Austrian CPC from 1873 contained a broader list of persons who could not be questioned as witnesses.

The records of the preliminary investigation were recorded immediately, by writing down the words of the dictation of the text by the judge to the secretary. The protocol should be written in a clear and precise manner; no unreadable places were allowed. Where important points were discussed, it was necessary to write down the words of the accused. The preliminary investigation report only indicated the important points of the investigation, not the whole confession. Austrian law prohibited the police from obtaining statements from accused persons in criminal cases by secretly sending them, as well as by insidious means<sup>23</sup>.

Once the record was drawn up, it had to be read out to the accused (witness or victim) whose depictions were being recorded. If the accused (witness, victim) refused to sign the preliminary investigation report, this had to be stated in the report, as well as the reasons for refusal. It should be noted that such cases were quite rare. By the time the minutes were signed, the witness was able to change his or her testimony and refute his or her testimony with impunity (as explained by the Ministry of Justice on 1 April 1887)<sup>24</sup>. Witnesses who deliberately concealed the details of the case or misled the investigation and this became known, could be punished: § 108 provided for a fine (up to 50 gold guilders) and even arrested (up to eight days). Notaries, who confirmed the fictitious

<sup>16</sup> Справа про звинувачення Івана Франка 1877 р. ЦДІА України у м. Львові. Ф. 152, Оп. 2, Спр. 14399. Арк. 1–9.

<sup>17</sup> Rosenblatt J. Kilka uwag o najnowszym projekcie ustawy karnej. *Przegląd sądowy i administracyjny*. Rok XIV. Lwów. 1889. S. 402–403.

<sup>18</sup> Ustawa o postępowaniu karnem z dnia 23 maja 1873 r. razem z odnoszącymi się do niej ustawami i rozporządzeniami. / Wydanie Prof. Dra Juliusza Makarewicza. Kraków: Nakładem Leona Frommera, 1911. S. 168.

<sup>19</sup> *Prawnik*. Lwów. Rok V. 3 czerwca. 1874.

<sup>20</sup> Ustawa o postępowaniu karnem z dnia 23 maja 1873 r. razem z odnoszącymi się do niej ustawami i rozporządzeniami. / Wydanie Prof. Dra Juliusza Makarewicza. Kraków: Nakładem Leona Frommera, 1911. S. 178.

<sup>21</sup> Stebelski P. Komentarz do Austriackiego postępowania karnego. Lwów: Gubrynowicz i Schmidt, 1901. S. 189.

<sup>22</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квіт. 2012 р. № 4651-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

<sup>23</sup> Гловацький І. Українські адвокати у політичних судових процесах у Східній Галичині (1921–1939). Львів : Тріада Плюс, 2003. С. 95.

<sup>24</sup> Ustawa o postępowaniu karnem z dnia 23 maja 1873 r. razem z odnoszącymi się do niej ustawami i rozporządzeniami. / Wydanie Prof. Dra Juliusza Makarewicza. Kraków: Nakładem Leona Frommera, 1911. S. 181.

document, lawyers, violated the law and legal ethics, were also subject to disciplinary sanctions<sup>25</sup>.

The preliminary investigation ended with the decision of the investigating judge: the case was either closed or referred to trial. If the preliminary investigation was conducted by the county court, it referred the case to a tribunal competent to consider criminal cases<sup>26</sup>. For example, if we talk about Galicia, any county court after the preliminary investigation referred to the criminal case to the Regional Court in Lviv. Where no evidence of a crime was found, the prosecutor and the suspect should be informed. If the latter was arrested, he was immediately dismissed from detention<sup>27</sup>.

A preliminary investigation was completed immediately if there was sufficient evidence to prove the guilt of the accused and sufficient grounds to start the main proceedings. After the termination of the preliminary investigation, the investigating judge sent the respective written act to the prosecutor. The latter had the right to appeal against the act of preliminary investigation within eight days, explaining why there were no grounds for further legal proceedings. The private prosecutor should have been warned of the completion of the preliminary investigation and encouraged to file an indictment within 14 days (if the prosecutor did not file an indictment within this period, it meant that he would drop the charge)<sup>28</sup>.

The principle of initiation of legal proceedings only when there is a complaint provided that legal proceedings begin after the harassment of the prosecutor, who was taught in the indictment<sup>29</sup>.

Contrary to the principle of prosecution on which the Austrian criminal procedure under CPC 1873 was based, the prosecution could be ordered by the second instance courts in two cases: 1) If the public prosecutor terminated the criminal prosecution for a crime before the suspect was charged in court for the relevant crime and the private prosecutor stated that he supported the prosecution and the second instance court considered that there were grounds for further prosecution of the suspect (par. 2 § 48); 2) if the prosecutor filed a complaint about the termination of the preliminary investigation and the court of the second instance considered such complaint justified, and in both cases, the suspect had already been questioned by the investigating judge (par. 4 § 114). The ruling of the court, which replaced the indictment, was subject to the provisions set out in the content of the indictment (§ 218)<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Протоколи засідань дисциплінарної комісії про розгляд справ службовців суду, звинувачених в порушенні службового закону 1898. ЦДДА України у м. Львові. Ф. 152, Оп. 1а, Спр. 215. Арк. 1–7.

<sup>26</sup> Ustawa o postępowaniu karnem z dnia 23 maja 1873 r. razem z odnoszącymi się do niej ustawami i rozporządzeniami. / Wydanie Prof. Dra Juliusza Makarewicza. Kraków: Nakładem Leona Frommera, 1911. S. 184–185.

<sup>27</sup> Rosenblatt J. Kilka uwag o najnowszym projekcie ustawy karnej. *Przegląd sądowy i administracyjny*. Rok XIV. Lwów. 1889. S. 403.

<sup>28</sup> Ustawa o postępowaniu karnem z dnia 23 maja 1873 r. razem z odnoszącymi się do niej ustawami i rozporządzeniami. / Wydanie Prof. Dra Juliusza Makarewicza. Kraków: Nakładem Leona Frommera, 1911. S. 186.

<sup>29</sup> *Prawnik*. Lwów. Rok VII. 21 czerwca. 1876.

<sup>30</sup> Rulf F. Der österreichische Strafprozess unter Berücksichtigung der

The structure of the indictment contained 1) the name and the surname of the accused; 2) the essence of the committed crime with an indication of its place and date; 3) the list of articles of the Criminal Code or other laws violated by the accused; 4) the name of the court to consider the case. A short but exhaustive conclusion to the indictment was also added, based on the materials of the preliminary investigation (§ 207). Besides, a list of witnesses and experts to be called to the main proceedings, as well as other means of evidence that the prosecutor intended to use in the main hearing, was attached to the act. The prosecutor (or procurator) had the right to apply for the detention of a suspect in an act. The number of copies of the act of prosecution depended on the number of persons against whom the charges were brought; one copy was necessarily left with the investigating judge<sup>31</sup>.

If we compare the provision concerning the content of an indictment under the current CPC of Ukraine (art. 109, 110, part 2 of art. 291) with similar provisions of the Austrian CPC 1873, the CPC of Ukraine contains such additional provisions as personal information of each victim, denunciator; surname, name, patronymic and position of investigator, prosecutor; the amount of damage caused by a criminal offence; the amount of expenses for engagement of an expert; the amount of remuneration offered to a denunciator. On the other hand, the CPC 1873 contained such excellent provisions as the circumstances necessary to establish the criminal case's jurisdiction; the list of witnesses and experts to be called and other means of evidence that the prosecutor intended to use in the main hearing; the means of evidence invoked by the accused.

Here is an example of the indictment of the Public Prosecutor in the case of I. Franko, N. Pavlik and V. Godak of 18 June 1892: “The Public Prosecutor’s Office in Lviv accused before the Regional Court in Lviv, as before the tribunal, which passed the sentence: following were the names, age, family status, religion, place of work of persons and that they had committed illegal acts. At the main court session, it is necessary to read the letter with the act in № 15588/82, as well as government testimony of the accused... The following are the brief explanations of the defendants”<sup>32</sup>.

The act of prosecution was handed over to the judge, who conducted the preliminary investigation and, if no such investigation was conducted, directly to the court, which must consider the case. If the accused has already been arrested at the time of making the Prosecutor’s appeal to the court, he was handed the indictment no later than 24 hours after the arrest. In the case where the accused had not yet been arrested but had to do so, he was at the same time given an indictment

Rechtsprechung des Cassationshofes. Wien: F. Tempsky, 1895. S. 125.

<sup>31</sup> *Ibid.* S. 120–121.

<sup>32</sup> Обвинувальний акт державної прокуратури у справі І. Франка, М. Павлика та В. Годака. ЦДДА України у м. Львові. Ф. 663, Оп. 1, Спр. 148. Арк. 2–3.

and an arrest warrant. If the accused or his or her lawyer did not appeal against the prosecutor's actions within 24 hours, the investigating judge referred the indictment to the court of the first instance, which must consider the case<sup>33</sup>.

Since the prosecutor filed the indictment, the case has entered a new phase, the last one in the preparatory process. Preliminary actions were being finalized. The judge studied the indictment from a formal point of view and was entitled to refer it for further processing<sup>34</sup>. If, however, the act met the requirements of the law from a formal point of view, the judge considered it in terms of its content (competence of the prosecutor, justification of evidence, etc.).

The formal requirements and content of the indictment were established by following the law, and the next step was to determine the date of the proceedings. The formal requirements and content of the indictment were established by following the law, and the next step was to determine the date of the judicial proceedings. Therefore, the preparatory actions of the court were intended

to prepare everything necessary for the judicial proceedings. The main preparatory actions were to determine 1) the composition of the court; 2) the date of the court session; 3) ensuring timely summoning of all parties to the proceedings to the main court session, in particular, witnesses (based on evidence); 4) preventive measures for the accused person<sup>35</sup>.

### Conclusions

Thus, the preparatory part of the judicial process consisted of several actions by the court before proceeding directly to the main court session. The preparatory court session was held with the participation of the procurator, the accused, the defence counsel, the victim, his or her representative, the civil plaintiff (his or her representative) and the civil defendant (his or her representative). In the preparatory court session, the court had the right to appoint the main proceedings based on an indictment, to request the application of coercive measures, to close the proceedings if the grounds were established, and to return the indictment. After the completion of the preparations for the trial, the court ordered the appointment of the proceedings.

<sup>33</sup> Ustawa o postępowaniu karnem z dnia 23 maja 1873 r. razem z odnoszącymi się do niej ustawami i rozporządzeniami. / Wydanie Prof. Dra Juliusza Makarewicza. Kraków: Nakładem Leona Frommmera, 1911. S. 289.

<sup>34</sup> Rosenblatt J. Kilka uwag o najnowszym projekcie ustawy karnej. *Przegląd sądowy i administracyjny*. Rok XIV. Lwów. 1889. S. 403.

<sup>35</sup> Старосольський Ю. Нарис карного процесу. Мюнхен, 1947. С. 76–77.

**Subjective aspect of invasion of privacy of correspondence  
under the Criminal Code of Ukraine and the Criminal Code of Republic Poland:  
comparative legal analysis**

*Yedynak Iryna*

*Graduate Student of the Department of Criminal Law and Criminology  
of Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine*

The article deals with the comparative analysis of the doctrinal approaches to the subjective side of the crimes, provided for in Art. 163 of the Criminal Code of Ukraine and Art. 267 of the Criminal Code of Republic Poland.

Given the design features of Art. 163 of the Criminal Code of Ukraine, its subjective side in the current version allows not only direct intent (if the violation took the form of acquaintance with the secrecy of correspondence), but also indirect intent or even negligence (if the violation took the form of disclosure of secrecy of correspondence). However, the existence of criminal liability for cases of negligent violation of the secrecy of correspondence is not justified today.

Violations of the secrecy of correspondence, provided by Article 267 of the Criminal Code, are characterized exclusively by intentional form of guilt, but the type of intent here is also due to the peculiarities of the construction of their objective side: the composition of crimes under § 1 and § 3 of Article 267 of the Criminal Code of the Republic of Poland is characterized by exclusively direct intent, while the composition provided for in § 4 of Article 267 of the Criminal Code of the Republic of Poland – both direct and indirect intent. In fact, the “disclosure” of § 4 of Art. 267 of the Criminal Code of the Republic of Poland information may also be committed through negligence (unintentionally), but such cases are not covered by this corpus delicti.

**Суб’єктивна сторона порушення таємниці кореспонденції  
за Кримінальним кодексом України та Кримінальним кодексом Республіки Польща:  
порівняльно-правовий аналіз**

*Єдинак Ірина Володимирівна*

*аспірантка кафедри кримінального права і кримінології  
Львівського національного університету імені Івана Франка, Україна*

**Вступ**

Протягом останніх років наша країна здійснила колосальний поступ у напрямку євроінтеграції. Успішність цих перетворень значною мірою залежить від сприйняття і впровадження на законодавчому рівні визнаних європейською спільнотою стандартів охорони прав та свобод людини і громадянина. Однією із фундаментальних цінностей світове співтовариство визнає таємницю кореспонденції. Враховуючи наведене, порівняння ж підходів різних країн до кримінальної відповідальності за порушення таємниці кореспонденції є актуальним. У зв’язку з цим **метою** статті є здійснення порівняльної характеристики ознак суб’єктивної сторони складів злочинів, передбачених ст. 163 Кримінального кодексу України та ст. 267 Кримінального кодексу Республіки Польща.

**Виклад основного матеріалу**

Проведений аналіз норм Кримінального кодексу України (далі КК України) та Кримінального кодексу Республіки Польща (далі КК РП) дає можливість констатувати, що в Україні кримінально-правова охорона таємниці кореспонденції забез-

печується нормами ст. 163 КК України, а в Республіці Польща – § 1, 3 та 4 ст. 267 КК РП (§ 2 вказаної статті кримінально-правовими засобами охороняє безпеку інформаційних систем).

Відповідно до найпоширенішого у сучасній українській кримінально-правовій доктрині підходу суб’єктивна сторона складу злочину репрезентована обов’язковою (вина у формі умислу або необережності) та факультативними ознаками (мотив, мета та емоційний стан особи).

До ознак суб’єктивної сторони складу злочину представники польської кримінально-правової доктрини відносять умисел (умисність) і необережність, а також факультативні (додаткові) ознаки, набір на найменування яких у публікаціях окремих авторів дещо різняться (наприклад, Л. Градоцькі згадує про такі додаткові ознаки, як «мотив», «мета» та «спонукання до дії»<sup>1</sup>, тоді як Я. Гізек – про «мотивацію правопорушника» і його «емоційний стан»<sup>2</sup>).

Доцільно розпочати із дослідження вини у складі злочину, передбаченому ст. 163 КК України, де законодавець не зробив спеціальної вказівки на форму, а тим більше на вид вини.

<sup>1</sup> Gardocki Lech. Prawo Karne. Wydanie 20 zmienione. Lech Gardocki. C.H. Beck. 2017. Warszawa. S. 85.

<sup>2</sup> Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna. Wydanie 7 / redac-tor Marek Bojarski. Wolters Kluwer. 2017. Warszawa. S 133.

Більшість українських вчених переконані, що досліджуваний склад злочину характеризується винятково одним видом вини – прямим умислом<sup>3</sup>.

Щоправда, окремі дослідники не зводять вини у досліджуваному складі злочину лише до одного її виду, а обмежуються вказівкою на умисну форму вини загалом (наприклад, А.П. Бабій<sup>4</sup>, М.О. Єфремова<sup>5</sup>). Ймовірно, можна припустити, що вказані автори допускають можливість вчинення злочинного порушення таємниці кореспонденції як з прямим, так і з непрямим умислом.

Очевидно, що визначення виду вини у передбаченому ст. 163 КК України складі злочину прямо пов'язано з більш складною та глобальнішою проблемою – проблемою вини у формальних складах злочинів загалом. Остання ж, в свою чергу, обумовлена «неприспособаністю» передбачених ст. 24 КК України видів вини до конструкцій складів злочинів, які як обов'язкова ознака не включають в себе злочинні наслідки (так звані формальні складі злочину).

Поділяючи думку про необхідність законодавчого врегулювання проблеми вини у формальних складах злочину, відзначимо, що найпоширенішим сьогодні є підхід, відповідно до якого такі складі злочинів передбачають винятково один вид вини – прямий умисел<sup>6</sup>.

Наважимося стверджувати, що віднесення до формальних складів злочинів, момент закінчення яких пов'язаний не з моментом завершення, повного виконання злочинного діяння, а з моментом констатації якихось додаткових обставин, що слідує за такою поведінкою і перебувають з нею у причинно-наслідковому зв'язку, породжує, на наш погляд, певні сумніви. Адже, якщо момент завершення злочинного діяння (певної поведінки особи) не є моментом закінчення злочину, то чи витримується наявна в теорії кримінального права межа між формальними та матеріальними складами злочинів?

<sup>3</sup> Лихова С.Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V КК України) : монографія. Київ : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. С. 298; Горпинюк О.П. Інформаційна приватність та її захист від злочинних опогань в Україні: монографія. Львів : ПП «Видавництво «БОНА», 2014. С. 199; Анчукова М.В. Кримінально-правова охорона таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер (ст. 163 КК України). *Держава і право*. 2008. Вип. 42. С. 523.

<sup>4</sup> Єфремова М.А. Уголовная ответственность за нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных или иных сообщений. *Вестник Казанского юридического института МВД России*. 2015. № 1 (19). С. 57.

<sup>5</sup> Уголовное право Украины. Особенная часть : учебник / [Бабий А.П., Доброход И.С., Кармазин Ю.А. и др.] ; ответ. ред. Е.Л. Стрельцов. Харьков : ООО Одиссей, 2009. С. 84.

<sup>6</sup> Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / [Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютогін та ін.] ; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. [4-те вид., переробл. і допов.]. Харків : Право, 2010. С. 159–160; Савченко А.В. Сучасне кримінальне право України. Курс лекцій / А.В. Савченко, В.В. Кузнецов, О.Ф. Штанько. Київ : Видавель Паливода, 2005. С. 121–123; Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України / Хавронюк М. І. Київ : Істина, 2004. С. 69.

Логічніше, на наш погляд, у разі розголошення державної, як і будь-якої іншої, таємниці, вести мову про специфічні злочинні наслідки, що зводяться до ознайомлення з таємницею принаймні однієї сторонньої особи. Ці наслідки іманентно включені законодавцем до кримінально-правового поняття «розголошення», яке охоплює собою як сам процес доведення до відома сторонніх осіб певної таємниці, так і результат цього процесу. Звертаючись, власне, до тлумачного словника української мови, можемо побачити, що слово «розголошувати» означає: «1. Піддавати розголосові, обнародувати що-небудь. 2. Пускати чутку, поговорі»<sup>7</sup>; тобто воно більшою мірою стосується злочинних наслідків, ніж злочинного діяння.

Наголосимо, що аналогічні формулювання не є чимось «екзотичним», навпаки, вони достатньо поширені і повсюдно зустрічаються як в КК України, так і в КК РП. Так, досліджуючи суб'єктивну сторону у формальних складах злочинів, А.О. Пінаєв вказує: «...аналіз формулювань злочинів з формальним складом дає можливість припускати, що опис у них об'єктивних ознак включає в себе наслідки, які охоплюються тими ж термінами, що й діяння»<sup>8</sup>. Аналогічну думку висловив Я. Гізек: «...законодавець інколи вживає дієслова для опису протиправного діяння, які за своєю суттю містять у собі опис наслідку»<sup>9</sup>. «Виявляється, – продовжує автор, – що не все, що є наслідком у розумінні кримінального права, мусить бути пов'язане із фізичною зміною у зовнішньому світі <...> У кримінальному праві поняттям наслідку охоплюються зміни будь-якого виду (в тому числі зміна ситуації, в якій опинилося благо, що охороняється законом), які своєю поведінкою може спричинити злочинець»<sup>10</sup>.

Варто також пригадати, що у ч. 1 ст. 361 та ч. 2 ст. 362 КК України законодавець прямо називає злочинними наслідками «витік» певної інформації – «...результат дій, внаслідок яких інформація в системі стає відомою чи доступною фізичним та/або юридичним особам, що не мають права доступу до неї»<sup>11</sup>. Як бачимо, тут результат ознайомлення сторонньої особи з певною інформацією законодавцем інтерпретується як злочинний наслідок.

Грунтуючись на сказаному, а також беручи до уваги виділені нами вище форми передбаченого ст. 163 КК України злочинного порушення таємниці кореспонденції, можемо констатувати таке: 1) у разі

<sup>7</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови / [Бусел В.Т., Дмитрієв О.В., Латник Г.В. та ін.] ; уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ Перун, 2007. С. 1238.

<sup>8</sup> Пінаєв А.А. Уголовное право Украины. Общая часть. Харьков : «Харьков юридический», 2005. С. 145.

<sup>9</sup> Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna. Wydanie 7 / redactor Marek Bojarski. Wolters Kluwer. 2017. Warszawa. S. 116.

<sup>10</sup> Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna. Wydanie 7 / redactor Marek Bojarski. Wolters Kluwer. 2017. Warszawa. S. 118.

<sup>11</sup> Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах: Закон України від 5 липня 1994 р. № 80/94-ВР (зі змінами та доповненнями) / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/80/94-%D0%B2%D1%80>.

ознайомлення суб'єкта з таємницею кореспонденції сам факт сприйняття суб'єктом інформації є водночас тією шкодою об'єкту злочину, з якою пов'язується його суспільна небезпека, тобто тут, дійсно, злочинний наслідок «органічно» включається в злочинну дію; 2) у разі ж розголошення таємниці кореспонденції можливі ситуації, коли, умовно кажучи, «розголошення як діяння» і «розголошення як наслідок» не співпадають – тут, певне, слід вести мову про необхідність констатації не тільки злочинних наслідків, але й причинно-наслідкового зв'язку між злочинним діянням та злочинним наслідком. Тобто передбачений ст. 163 КК України склад злочину можна класифікувати як формально-матеріальний.

Це, очевидно, найістотнішим чином впливає на визначення виду вини.

Ознайомлення з таємницею кореспонденції може вчинятися винятково з одним видом вини – прямим умислом, тоді як усі інші види вини виключаються.

Розголошення ж таємниці кореспонденції, на наш погляд, не обмежується винятково прямим умислом (зокрема, коли діяння, спрямовані на розголошення таємниці та її безпосереднє сприйняття сторонньою особою, здійснюються одночасно), а допускає й непрямий умисел (коли сприйняття сторонньою особою таємниці віддалене в часі, є злочинним наслідком діянь суб'єкта та перебуває з ним у причинно-наслідковому зв'язку). Тому у разі злочинного розголошення таємниці кореспонденції формула непрямого умислу (крім усвідомлення фактичного боку скоєних діянь та їх соціального значення) додатково включатиме ще одну інтелектуальну ознаку – передбачення настання злочинних наслідків (йдеться про реальну, високу ймовірність ознайомлення сторонніх осіб з таємницею кореспонденції) та іншу вольову ознаку – свідоме допущення злочинних наслідків (суб'єкт байдуже ставиться до факту ознайомлення сторонніх осіб з таємницею кореспонденції, не розраховуючи водночас на чинники, що повинні запобігти цьому).

Прикладами розголошення таємниці кореспонденції з непрямим умислом можуть слугувати дії поштаря, який, раптово вирішивши звільнитися з роботи, просто кидає сумку з кореспонденцією (листами, телеграмами) на узбіччі, або ж дії слідчого, який просить свого знайомого виготовити ксерокопії роздруківок телефонних переговорів абонента, одержаних внаслідок проведення відповідних негласних слідчих (розшукових) дій. Зазвичай у таких випадках суб'єкт, хоча й не бажає, проте свідомо допускає ознайомлення сторонніх осіб із таємницею кореспонденції, проте ставиться до цього результату своїх злочинних дій байдуже.

Окрім цього, немає законодавчих пересторог для констатації й необережної форми вини у разі розголошення таємниці кореспонденції. Наприклад, цей же поштар може захвати сумку з листами в куцах

неподалік багатоквартирного будинку з тим, щоб через деякий час повернутися і продовжити розносити кореспонденцію його мешканцям; в описаному випадку, передбачаючи ймовірність ознайомлення з таємницею кореспонденції сторонніми особами, суб'єкт, тим не менше, легковажно розраховує на відвернення цих наслідків. Додатково відзначимо таке:

– по-перше, у ст. 163 КК України відсутня спеціальна вказівка на форму вини, з якою може вчинятися порушення (проявом якого є розголошення) таємниці кореспонденції, хоча загалом у ряді інших випадків у КК України така вказівка наявна. Так, у ст. 145 йдеться про «умисне розголошення лікарської таємниці», у ст. 232 – про «умисне розголошення комерційної або банківської таємниці», а у ст. 232-1 – про «умисне незаконне розголошення (...) інсайдерської інформації». Тобто у потрібних законодавцю випадках форма вини все ж таки уточнюється;

– по-друге, чинна редакція ст. 163 КК України не містить конструктивних особливостей, які б зумовлювали у відповідному складі злочину визначену форму вини: тут не уточнено мотив або ж мету вчинення злочину, немає характерного для умисних злочинів формулювання злочинного діяння тощо<sup>12</sup>;

– по-третє, в сучасній українській кримінально-правовій доктрині допускається розголошення окремих видів таємниць не тільки з умисною, але і з необережною формою вини. Наприклад, чимало вчених утвердилися в думці про можливість необережного розголошення державної таємниці (ст. 328 КК України)<sup>13</sup> чи відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини (ст. 132 КК України)<sup>14</sup>. У зв'язку з цим алогічним буде твердження про те, що одну таємницю можна розголосити лише умисно, тоді як іншу – як умисно, так і необережно.

<sup>12</sup> Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 598–599.

<sup>13</sup> Усов Д.С. Кримінально-правова характеристика розголошення державної таємниці (ст. 328 КК України) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук : спец. 12.00.08 «кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / Усов Дмитро Сергійович. Харків, 2014. С. 11; Калаянов Д.П. Кримінально-правові аспекти юридичної відповідальності за розголошення державної таємниці як злочину у сфері охорони державної таємниці / Д.П. Калаянов, М.І. Михайлуца. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2016. Випуск 2. Том 2. С. 146; Шамсутдінов О. Відповідальність за розголошення державної таємниці за новим кримінальним законодавством України. *Правове, нормативне та метрологічне забезпечення системи захисту інформації в Україні*. 2001. Випуск 2. С. 24–25.

<sup>14</sup> Кримінальне право України. Особлива частина: підручник у 2-х томах / [А.С. Беніцький, В.П. Бодаєвський, Г.С. Болдарь та інші] ; за редакцією О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. – Том 1. – Луганськ: Видавництво «Елтон-2», 2012. – С. 133; Кримінальний кодекс України : науково-практичний коментар у 2-х томах / [Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та інші] ; за редакцією В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. [5-те вид.]. Харків : Право, 2013. Том 2: Особлива частина. С. 82.

Водночас існування кримінальної відповідальності за випадки необережного порушення таємниці кореспонденції навряд чи може бути виправдане, насамперед з погляду достатнього рівня суспільної небезпеки таких випадків; на користь цього, власне, свідчить формально помилкова, проте сутнісно правильна позиція українських вчених про злочинність винятково умисного порушення таємниці кореспонденції. Тому обґрунтовано вважаємо думку про необхідність закріплення у диспозиції ст. 163 КК України прямої вказівки на умисну форму вини<sup>15</sup>.

Переходячи до аналізу форм та видів вини у складах порушення таємниці кореспонденції у РП, одразу ж наголосимо, що тут спостерігається цілком єдність поглядів вчених щодо умисної форми вини, проте й надалі тривають дискусії відносно можливих видів умислу. Тому спробуємо встановити види умисної вини у складах злочинів, передбачених § 1, 3 та 4 ст. 267 КК РП.

Більшість представників польської кримінально-правової науки вважають, що передбачений § 1 ст. 267 КК РП склад злочину характеризується, використовуючи звиклу для нас термінологію, лише одним видом вини – прямим умислом<sup>16</sup>.

Зауважимо, що можливість вчинення § 1 ст. 267 КК РП злочину лише з прямим умислом підтвердив у одному зі своїх рішень Верховний Суд РП, який свого часу вказав, що хоча «...припис § 1 ст. 267 КК й не містить характерного звороту, який би свідчив про те, що цей злочин може бути вчинений з прямим умислом, проте вся конструкція цього типу злочину, а особливо формулювання «отримує» та формулювання, які окреслюють спосіб такого отримання, виключають можливість вчинення цього злочину з непрямим умислом»<sup>17</sup>.

У польському законодавстві, на відміну від українського, відсутній поділ умислу на види, а у § 1 ст. 9 КК РП міститься поняття умислу загалом: «Заборонене діяння є вчиненим умисно, якщо порушник мав намір його вчинити, тобто хотів його вчинити або передбачав можливість його вчинення та згодився на це»<sup>18</sup>. Це формулювання, тим не менше, не перешкоджає польським вченим вести мову про два традиційні види умислу: прямий умисел (*dolus directus*) та непрямий умисел (*dolus eventualis*).

Прямий умисел (*dolus directus*), зазначається польськими вченими, «...наявний тоді, коли вин-

ний, усвідомлюючи те, що він своєю поведінкою реалізовує ознаки складу кримінально-караного діяння, або що його поведінка може реалізувати ці ознаки, хоче його скоїти»<sup>19</sup>. Подібно як і в українській кримінально-правовій доктрині, цей вид умислу характеризується інтелектуальним та вольовим елементами. Інтелектуальний елемент наявний тоді, «...коли правопорушник повністю усвідомлює наявність такої комбінації обставин, яка у разі прийняття рішення про реалізацію певної поведінки мусить призвести до вчинення кримінально-караного діяння (так зване усвідомлення необхідності скоєння кримінально-караного діяння), або коли повністю усвідомлює наявність такої комбінації обставин, яка у разі прийняття рішення щодо реалізації певної поведінки може призвести до вчинення кримінально-караного діяння (так зване усвідомлення можливості чинення кримінально-караного діяння)»<sup>20</sup>. Вольовий же елемент полягає у бажанні скоїти кримінально-каране діяння, яке не слід отожднювати з прагненням особи вчинити таке діяння «...як виразом емоцій певного виду. Для того щоб такий умисел взагалі міг виникнути, він не мусить бути певним чином забарвлений, адже достатньо, щоб правопорушник виявив акт волі у вигляді бажання скоїти кримінально-каране діяння»<sup>21</sup>.

Що ж стосується непрямого умислу (*dolus eventualis*), то він наявний у ситуаціях, «...коли правопорушник передбачає можливість скоєння кримінально-караного діяння і погоджується на це»<sup>22</sup>. При цьому польські науковці обґрунтовано уточнюють обставину, яка у КК України врахована: правопорушник не повинен бажати скоєння кримінально-караного діяння<sup>23</sup>. Інтелектуальний елемент непрямого умислу «...характеризується існуванням у правопорушника усвідомлення можливості того, що певна система обставин, у яких він реалізує свою поведінку, може призвести до скоєння кримінально-караного діяння. Отже, ця площина трактується як усвідомлення можливості (а не необхідності) того, що ознаки кримінально-караного діяння будуть реалізовані у поведінці суб'єкта»<sup>24</sup>;

<sup>19</sup> Gardocki Lech. Prawo Karne. Wydanie 20 zmienione. Lech Gardocki. C.H. Beck. 2017. Warszawa. S. 82; Jagiełło Dariusz. Prawo karne materialne/ Dariusz Jagiełło. Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Skierniewicach. Skierniewic, 2013. S. 43.

<sup>20</sup> Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna. Wydanie 7 / redactor Marek Bojarski Wolters Kluwer. 2017. Warszawa. S. 137.

<sup>21</sup> Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna. Wydanie 7 / redactor Marek Bojarski. Wolters Kluwer. 2017. Warszawa. S. 137.

<sup>22</sup> Gardocki Lech. Prawo Karne. Wydanie 20 zmienione / Lech Gardocki. C.H. Beck. 2017. Warszawa. S. 83.

<sup>23</sup> Lachowski Jerzy, Marek Andrzej. Prawo karne. Zarys problematyki / Jerzy Lachowski, Andrzej Marek. Wolters Kluwer. 2016. Warszawa. S. 91; Warylewski Jarosław. Prawo karne. Część ogólna. Wydanie 6. Jarosław Warylewski. Wolters Kluwer. Warszawa, 2015. S. 329; Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna. Wydanie 7 / redactor Marek Bojarski. Wolters Kluwer. 2017. Warszawa. S. 140; Gardocki Lech. Prawo Karne. Wydanie 20 zmienione / Lech Gardocki. C.H. Beck. 2017. Warszawa. S. 82.

<sup>24</sup> Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna. Wydanie 7 / redactor Marek Bojarski. Wolters Kluwer. 2017. Warszawa. S. 139.

<sup>15</sup> Кондратов Д.Ю. Кримінально-правова охорона таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.08 / Кондратов Дмитро Юрійович. Харків, 2011. С. 150.

<sup>16</sup> Noc Stanisław. Karnopravna ochrona informacji / Stanisław Noc. Opole : Univ.Opolski. 2009. Opole. S. 116–117.

<sup>17</sup> Wyrok SN z 2.06.2003. II KK 232/02, Legalis.

<sup>18</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny. Tekst ogłoszony / Офіційний сайт Сейму Республіки Польща. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970880553/O/D19970553.pdf>.



«...ймовірність цього, – зазначає Я. Варилевскі, – не є мізерною, вона вагома, проте не рівнозначна впевненості, яка характеризує прямий умисел»<sup>25</sup>.

Складнішою у польській кримінально-правовій доктрині є інтерпретація вольового елементу непрямого умислу, що зумовлено існуванням тут не лише двох базових концепцій («умовності волі» та «інертності волі»), але й численними модифікаціями вказаних концепцій<sup>26</sup>. Основний постулат концепції «умовності волі» зводиться до розуміння евентуального умислу як своєрідної «умовної волі», за якої «...правопорушник передбачає певний наслідок як можливий, проте не обов'язковий, не хоче цього наслідку, не прагне до нього, проте з повним усвідомленням погоджується на настання цього наслідку у майбутньому»<sup>27</sup>. Концепція ж «інертності волі» («байдужості волі», «нейтральності волі») в своїй основі передбачає те, що правопорушник «...ані хоче скоїти кримінально-каране діяння, ані не хоче скоїти кримінально-каране діяння»<sup>28</sup>, демонструючи таким чином повну байдужість, нейтральність волі відносно того, що може трапитись<sup>29</sup>.

Проаналізувавши наукові погляди польських колег, є сенс підтримати думку їх більшості про те, що склад злочину § 1 ст. 267 КК РП характеризується лише прямим умислом: по-перше, злочинне діяння у тексті закону передбачає одержання «доступу до інформації», що, на наш погляд, виключає ситуації, коли суб'єкт отримує доступ до відповідної інформації, хоча й не бажає його отримувати, байдуже ставлячись до цього; по-друге, конструкція § 1 ст. 267 КК РП побудована із урахуванням способів одержання доступу до відповідної інформації, зміст та специфіка яких свідчить про цілеспрямовану поведінку суб'єкта (зокрема, шляхом зламу чи обходу спеціального захисту), яка, як відомо, не «сумісна» ані з польською, ані з українською конструкцією непрямого умислу.

Тому для передбаченого § 1 ст. 267 КК РП складу злочину запропонуємо наступну формулу прямого умислу: його інтелектуальний елемент повинен включати усвідомлення суб'єктом фактичного боку поведінки, у якій реалізуються (чи можуть реалізуватися) ознаки складу злочину, насамперед ознаки злочинного діяння та способу його вчинення (того, що такий суб'єкт отримує доступ до інформації без відповідних повноважень визначеним кримінальним законом шляхом) та її соціального значення (недопустимість порушення таємниці кореспонден-

ції, що реалізується з використанням листування або телекомунікаційних мереж); вольовий же елемент передбачає бажання цього, тобто суб'єкт не залежно від емоційного відношення до скоєного розглядає таку поведінку як потрібний для себе результат.

Переходячи до дослідження виду вини у складі злочину, передбаченому § 3 ст. 267 КК РП, одразу ж необхідно констатувати, що польські криміналісти переконані у тому, що цей склад злочину характеризується винятково прямим умислом. Пояснюється це зазвичай специфічним характером дій, які утворюють його об'єктивну сторону<sup>30</sup>.

У § 3 ст. 267 КК РП, нагадаємо, йдеться про використання відповідних пристроїв або програмного забезпечення з метою отримання інформації, на яку суб'єкт не має повноважень. Цілком очевидно, що реалізацію цієї мети аж ніяк не можна, умовно кажучи, «співставити» з вольовим елементом непрямого умислу за КК РП.

Тому для передбаченого § 3 ст. 267 КК РП складу злочину необхідно констатувати винятково прямий умисел: його інтелектуальний елемент аналогічно має включати усвідомлення фактичного боку та соціального значення поведінки, у якій відображаються (чи може бути відображено) ознаки складу злочину (йдеться передусім про злочинне діяння – факт встановлення чи використання відповідного пристрою або програмного забезпечення, оцінку такого діяння як суспільно небезпечного посягання на таємницю передачі інформації, частиною якої є таємниця кореспонденції). Вольовий елемент передбачає бажання суб'єкта чинити відповідним чином з метою одержання інформації, на отримання якої він не уповноважений.

Повна єдність у поглядах польських науковців спостерігається щодо вини у складі злочину, передбаченому § 4 ст. 267 КК РП: усі вони в один голос твердять, що відповідний злочин може бути вчинений лише умисно з прямим або непрямим (евентуальним) умислом<sup>31</sup>. «Діяння, – вказує В. Врубель, – пов'язане з розкриттям незаконно отриманої інформації, має умисний характер і може бути скоєне як з прямим, так і з непрямим умислом»<sup>32</sup>.

Однак «розкриття» одержаної у передбачений § 1–3 ст. 267 КК РП спосіб інформації іншій особі («...ujawnia innej osobie») змістовно є дуже близь-

<sup>25</sup> Warylewski Jarosław. Prawo karne. Część ogólna. Wydanie 6. / Jarosław Warylewski. Wolters Kluwer. Warszawa, 2015. S. 329.

<sup>26</sup> Gardocki Lech. Prawo Karne. Wydanie 20 zmienione. C.H. Beck. 2017. Warszawa. S. 84.

<sup>27</sup> Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna. Wydanie 7 / redactor Marek Bojarski. Wolters Kluwer. 2017. Warszawa. S. 139.

<sup>28</sup> Wolter Władysław. Nauka o przestępstwie / Władysław Wolter. P.W.N. 1973. Warszawa. S. 127.

<sup>29</sup> Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna. Wydanie 7 / redactor Marek Bojarski. Wolters Kluwer. 2017. Warszawa. S. 139.

<sup>30</sup> Kodeks Karny. Część Szczególna. Tom II. Komentarz do do artykułów 222–316 / redactor Andrzej Wąsek. C.H. Beck. 2005. Warszawa. S. 572; Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Wydanie 3. Tom II / redactor Andrzej Zoll // Wolters Kluwer. Warszawa, 2008. S. 1295.

<sup>31</sup> System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym. Tom 8. redactor Andrzej Marek, Lech K. Paprzycki. C.H. Beck. 2013. Warszawa. S. 940; Kodeks karny. Komentarz. Wydanie 4 / redactory Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak. C.H. Beck. 2017. Warszawa. S. 1209; Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna. Wydanie 7 / redactor Marek Bojarski. Wolters Kluwer. 2017. Warszawa. S. 799; Kodeks karny. Komentarz / redactor Violetta Konarska. Wrzosek. Wolters Kluwer. 2016. Warszawa. S. 1136.

<sup>32</sup> Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Wydanie 3. Tom II / redactor Andrzej Zoll. Wolters Kluwer. Warszawa, 2008. S. 1296.

ким (якщо не тотожним) до розголошення певної інформації. Розголошення ж, як було продемонстровано вище, може вчинятися не лише з умислом, але й допускає в окремих випадках також необережну форму вини. Виникає у зв'язку з цим питання: як повинні оцінюватися діяння особи, яка з необережності вчинила передбачене § 4 ст. 267 КК РП діяння?

На наш погляд, такі випадки є реально можливими, хоча й не міститимуть складу досліджуваного злочину, адже відповідно до ст. 8 КК РП проступок може бути вчинений з необережності лише тоді, коли це прямо передбачене законом. Так, необережна форма вини спеціально вказана законодавцем у ст. 155, § 2 ст. 164, § 2 ст. 165, § 2 ст. 173 КК РП та багатьох інших випадках. Тому § 4 ст. 267 КК РП передбачає злочин з умисною формою вини: його інтелектуальний елемент у разі прямого умислу має включати усвідомлення фактичного боку та соціального значення поведінки, у якій відображаються (чи можуть бути відображені) ознаки складу злочину (йдеться насамперед про «злочинне походження» відповідної інформації, оцінку такого діяння як суспільно небезпечного посягання на відповідне благо), а у разі непрямого умислу, крім усвідомлення фактичного боку та соціального значення поведінки, – усвідомлення суб'єктом можливості того, що вказана поведінка міститиме ознаки складу злочину. Вольовий елемент передбачає бажання суб'єкта чинити відпо-

відним чином (у разі прямого умислу) або ж згоду на можливість розкриття відповідної інформації іншим особам, що виявляється у байдужому ставленні до цього (у разі непрямого умислу).

### Висновки

Враховуючи конструктивні особливості передбаченого ст. 163 КК України складу злочину, його суб'єктивна сторона у діючій редакції допускає не лише прямий умисел (якщо порушення набуло форми ознайомлення з таємницею кореспонденції), але й непрямий умисел, чи, навіть, необережність, якщо порушення набуло форми розголошення таємниці кореспонденції. Однак існування кримінальної відповідальності за випадки необережного порушення таємниці кореспонденції сьогодні не виправдане.

Передбачені ст. 267 КК РП склади порушення таємниці кореспонденції характеризуються винятково умисною формою вини, проте вид умислу тут теж зумовлений особливостями конструкції їх об'єктивної сторони: складам злочинів, передбачених § 1 та § 3 ст. 267 КК РП, притаманний винятково прямий умисел, тоді як складу, передбаченому § 4 ст. 267 КК РП, – як прямий, так і непрямий умисел. В дійсності «розкриття» передбаченої § 4 ст. 267 КК РП інформації може вчинятися також з необережності (неумисно), проте такі випадки цим складом злочину не охоплюються.

## The economic function of the state and its implementation as an object of legal regulation

**Kornilova Zhanna**

*Postgraduate Student of the Department of Administrative Law  
of Institute of Law  
of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

The article is devoted to determining the place of legal norms that ensure the implementation of the economic function of Ukraine.

During the research, a wide range of general scientific and special-legal methods of scientific knowledge was used, in particular: the method of dialectical logic, comparative-legal, formal-legal and system-structural methods of scientific research.

As a result of the study, the author made the following conclusions. It is stated that the economic policy of the state determines the content and limits of its economic function. It must pursue such a policy without prejudice to the latter and to the rights, freedoms and legitimate interests of economic operators.

It is proposed to consider the economic function of Ukraine as carried out by the state, primarily in the person of public administration, public administration in the field of economy in order to dynamically develop it and protect the rights, freedoms and legitimate interests of individuals in this area.

The implementation of the economic function of Ukraine is ensured by a separate branch of special administrative law – administrative and economic law.

It is proposed to expand the list of institutions of administrative and economic law due to the following legal entities in its system: the institution of interaction of public administration with civil society institutions in the field of economy; institute of ensuring strategic priorities of economic development; the institute of determining the spheres of the economy that may constitute the object of non-state property and the mechanism of its acquisition; institute of regulation of foreign economic activity; institute of management of state enterprises and institutions involved in the field of economy; institute of ensuring economic security of the state; institute of ensuring the social orientation of the economy.

## Економічна функція держави та її реалізація як об'єкт правового регулювання

**Корнілова Жанна Олександрівна**

*аспірантка кафедри адміністративного права  
Інституту права  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна*

### Вступ

Будь-яка держава виконує надзвичайно багато різноманітних публічних функцій у різних сферах життєдіяльності суспільства. Саме вони є критерієм оцінки сутності та соціального призначення держави. Адже у демократичній державі усі її функції спрямовані на виконання основного завдання та обов'язку держави, зокрема утвердження й забезпечення прав і свобод людини<sup>1</sup>.

У переліку функцій держави особливе місце належить економічній функції. Згідно із влучним висловом Ю.І. Крегула, «регулювання економіки – найважливіша функція держави в умовах ринкового господарювання, а тим більше в умовах переходу до нього»<sup>2</sup>.

Вивченню економічної функції держави присвячено тисячі фундаментальних праць вчених-економістів з усього світу. Вони досліджують її змістове

наповнення, мету, завдання, внутрішню будову тощо. Однак є ще один важливий вимір економічної функції держави – її правове регулювання. Саме цьому питанню ми приділимо увагу у нашій статті.

**Метою статті** є визначення місця норм права, які забезпечують реалізацію економічної функції України у системі адміністративного права нашої держави.

### Виклад основного матеріалу

Перше, на чому хотілося б зупинитись, це те, що законодавство України не містить такої категорії, як «економічна функція держави». Цей термін використовується переважно у науковій літературі. У національному ж законодавстві України вживається інша базова категорія – «економічна політика держави». Вона використовується, наприклад, у ст. ст. 9 та 10 Господарського кодексу України<sup>3</sup> (далі – ГК України), у ст. 7 Закону України

<sup>1</sup> Конституція України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>2</sup> Крегул Ю.І. Правові основи державного управління економікою України: навч. посіб. Київ: КНЕУ, 2003. С. 5–6.

<sup>3</sup> Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. / Верховна Рада України: офіц. веб-портал. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 28.05.2020).

«Про засади зовнішньої і внутрішньої політики»<sup>4</sup> та інших нормативних актах. Таке уточнення важливе, адже норми права, які ми будемо аналізувати, не є абстрактними, а регулюють конкретні суспільні відносини, що виникають між відповідними суб'єктами права.

Пропонуємо проаналізувати зміст цієї категорії. Адже у результаті аналізу категорії «економічна політика» ми краще зможемо зрозуміти те, у чому ж полягає економічна функція держави. Почнемо із законодавства України. Так, у ч. 1 ст. 9 ГК України ми можемо знайти таке формулювання: «У сфері господарювання держава здійснює довгострокову (стратегічну) і поточну (тактичну) економічну і соціальну політику, спрямовану на реалізацію та оптимальне узгодження інтересів суб'єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств і населення в цілому»<sup>5</sup>. Це положення ГК України можна назвати скоріше констатуючим, однак воно не наближає нас до з'ясування сутності «економічної політики держави». На жаль, у цій частині не допомагають і вітчизняні дослідження. Так, наприклад, С.І. Киреев зазначає, що «економічна політика – це система заходів, методів, інструментів і форм державного впливу на соціально-економічні процеси»<sup>6</sup>. Це визначення, на наш погляд, не дає змоги поставити правильні акценти у контексті впливу держави на економічну систему. Тому ми пропонуємо звернутися до досліджень німецьких вчених, які, на нашу думку, достатньо чітко визначили специфіку впливу держави на економічну систему. Аналізуючи німецьку фахову літературу, можемо знайти таке визначення *Wirtschaftspolitik* (економічної політики) – це сукупність заходів, через які держава втручається у функціонування економіки. Вона підкоряється наявній економічній системі та визначає правила взаємодії суб'єктів господарювання. Економічна політика є частиною загальнодержавної політики<sup>7</sup>. З цього лаконічного формулювання можна зробити багато важливих висновків.

По-перше, економічна політика держави визначає зміст та межі здійснення її економічної функції.

По-друге, держава, здійснюючи економічну політику, не може свавільно втручатися у функціонування економічної системи. Вона має здійснювати таку політику, не завдаючи шкоди останній, а також правам, свободам та законним інтересам суб'єктів

господарювання. Цей момент надзвичайно важливий з огляду на те, що за радянської доби держава свавільно втручалася у економічну систему, нехтувала потребами та інтересами суб'єктів господарювання і тотально впроваджувала командно-адміністративну економіку під керівництвом комуністичної партії.

По-третє, економічна політика розглядається саме як втручання держави в економічну систему. Інакше кажучи, таке втручання є нетиповим явищем для функціонування економіки демократичної країни, а отже, воно має бути об'єктивно необхідним та обмеженим.

По-четверте, економічна політика виконує організуючу функцію, адже здійснюючи цю політику, держава визначає правила взаємодії суб'єктів господарювання у цій сфері.

Ще одним принциповим, на наш погляд, моментом є те, що будь-яка функція держави, у тому числі й економічна, реалізується не самостійно. Для її реалізації залучаються насамперед суб'єкти публічної влади у межах їхньої компетенції та повноважень, визначених у законодавстві України. Тобто для здійснення економічної функції необхідне відповідне інституційне забезпечення, що здійснюється через систему суб'єктів публічної адміністрації, які залучаються до реалізації цієї функції держави.

Крім того, необхідне відповідне нормативне забезпечення, яке виявляється у системі правових норм, насамперед норм адміністративного права, що регламентують процес публічного адміністрування у сфері економіки України.

Ці критерії, очевидно, мають нами враховуватися під час визначення сутності економічної функції України. З огляду на це пропонуємо розглядати економічну функцію України як здійснюване державою, насамперед в особі публічної адміністрації, публічне адміністрування у сфері економіки з метою динамічного її розвитку та захисту прав, свобод і законних інтересів суб'єктів господарювання та приватних осіб у цій сфері.

Як ми зазначали вище, для здійснення цієї функції держави необхідні відповідні норми права, що являють собою юридичну основу її реалізації. При цьому це не абстрактні правові норми, а норми, які належать до конкретної галузі права. Аналіз більшості вітчизняних наукових досліджень, присвячених правовому регулюванню економічної функції України, не дає можливості сформулювати остаточне судження про юридичну природу тих норм, які регулюють здійснення економічної функції держави. З одного боку, є значна кількість досліджень відомих вітчизняних представників адміністративного права, які обґрунтовують ідею того, що держава регулює економіку України через: адміністративно-правову регламентацію діяльності бізнесу<sup>8</sup>; встановлює пра-

<sup>4</sup> Про засади внутрішньої і зовнішньої політики: Закон України від 01 липня 2010 р. № 2411-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2411-17> (дата звернення: 28.05.2020).

<sup>5</sup> Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. / Верховна Рада України : офіц. веб-портал. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 28.05.2020).

<sup>6</sup> Киреев С.І. Економічна політика. URL: [http://esu.com.ua/search\\_articles.php?id=18783](http://esu.com.ua/search_articles.php?id=18783) (дата звернення: 26.05.2020).

<sup>7</sup> Altmann J. *Wirtschaftspolitik*. Lucius & Lucius, Stuttgart. 2007. 206 s.; Breyer F., Kolmar M. *Grundlagen der Wirtschaftspolitik*. Mohr Siebeck, Tübingen. 2010. 480 s.; Grüner H. P. *Wirtschaftspolitik: Allokationstheoretische Grundlagen und politisch-ökonomische Analyse* (Springer-Lehrbuch). 4 Auflage. 2012. 192 s.

<sup>8</sup> Берлач А.І. *Адміністративне право України : навч. посіб. для дист. навч.* Київ : Університет «Україна», 2005. С. 206.

вові основи для прийняття управлінських рішень, захищає інтереси національної економіки, формує її інфраструктуру, контролює процеси грошового обігу, встановлює і розвиває економічно вигідні для суспільства і держави правовідносини<sup>9</sup>; забезпечує правові основи всіх економічних перетворень, захищає економічні інтереси виробників і споживачів, регулює грошовий обіг, формує й розвиває економічно і соціально вигідні сфери<sup>10</sup> тощо.

З іншого боку, є дослідження представників науки господарського права, які доводять, що економічна функція держави, управління економікою забезпечується саме за рахунок норм господарського права<sup>11</sup>.

На наш погляд, такий підхід є безперспективним, адже він зміщує центр уваги від природи норм права, на підставі яких здійснюється публічне адміністрування сферою економіки, у бік інших питань. При цьому достатньо мало уваги приділяється іншій, досить аргументованій науковій позиції про природу відповідних норм права. У цій частині йдеться про фундаментальне дослідження системи адміністративного права, яке було здійснено Р.С. Мельником<sup>12</sup>. Воно поклало початок принципово новому розумінню системи адміністративного права та було розвинене у роботах Є.В. Петрова, О.А. Моргунова, Н.І. Цекалової, К.О. Рибак, А.А. Барікової, М.Г. Кравченка<sup>13</sup> та інших.

Згідно із запропонованим Р.С. Мельником підходом система адміністративного права складається з двох частин: Загального адміністративного права та Особливого адміністративного права<sup>14</sup>. Загальне адміністративне право складається винятково з норм адміністративного права та адміністративно-правових інститутів, об'єднує лише ті з них, регулюючий

вплив яких поширюється на усі напрями та види діяльності суб'єктів публічного адміністрування, незалежно від сфери, в якій воно здійснюється<sup>15</sup>. Особливе ж адміністративне право складається з відповідних галузей права та своєю чергою регулює функціональні напрями діяльності суб'єктів публічного адміністрування (поліцейське право, міграційне право) або процедури реалізації окремих прав приватних осіб (службове право, право на свободу мирних зібрань тощо)<sup>16</sup>.

Слідуючи цій логіці, норми адміністративного права, які регулюють публічне адміністрування у сфері економіки, також можна об'єднати у галузь Особливого адміністративного права. Ця ідея була реалізована у дисертаційному дослідженні Є.В. Петрова<sup>17</sup>. Так, учений звертає увагу на те, що адміністративно-господарське право має увібрати у себе усі ті норми, які визначають, з одного боку, правовий статус та організацію діяльності суб'єктів публічної адміністрації, задіяних у реалізації економічної функції держави, а з іншого, – порядок взаємодії між ними та суб'єктами господарської діяльності. В останньому разі йдеться про організаційно-правове регулювання господарської діяльності, пов'язане як із здійсненням прямого управлінського впливу на суб'єктів господарювання (контроль, притягнення до юридичної відповідальності), так і опосередкованого у вигляді публічно-сервісної діяльності (реєстрація, ліцензування, надання субсидій, дотацій тощо)<sup>18</sup>. Дослідник також визначає внутрішню будову цієї галузі Особливого адміністративного права, яка вибудована за рахунок інститутів адміністративно-господарського права. До переліку таких інститутів вчений відносить: інститут правового статусу суб'єктів адміністративно-господарських відносин; інститут державної реєстрації та зняття з державної реєстрації суб'єктів господарювання; інститут антимонопольного регулювання; інститут державного замовлення; інститут державного завдання; інститут ліцензування; інститут патентування і квотування; інститут сертифікації та стандартизації; інститут застосування нормативів і лімітів; інститут регулювання цін та тарифів; інститут надання інвестиційних, податкових та інших пільг; інститут надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій і субсидій; інститут контрольних заходів<sup>19</sup>. Перевагами запропонованого Є.В. Петровим підходу є: 1) те, що він узгоджується із загальною визначеною принципом поділу права на публічне та приватне й не передбачає обгрунтування існування так званих «комплексних» галузей права; 2) окреслює межі

<sup>9</sup> Колпаков В.К., Кузьменко О.В. Адміністративне право України: підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2003. С. 332.

<sup>10</sup> Крегул Ю.І. Правові основи державного управління економікою України : навч. посіб. Київ : КНЕУ, 2003. С. 5–6.

<sup>11</sup> Тісунова В.М., Бондарчук А.В. Господарське право : навч. посіб / МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2009. 584 с.

<sup>12</sup> Мельник Р.С. Система адміністративного права України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2010. 415 с.

<sup>13</sup> Петров Є.В. Адміністративно-господарське право як підгалузь адміністративного права України: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / Харківський національний університет внутрішніх справ. Харків, 2012. 415 с.; Моргунов О.А. Адміністративно-спортивне право як підгалузь адміністративного права України: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Запорізький національний університет. Запоріжжя, 2012. 207 с.; Цекалова Н.І. Міграційне право у системі адміністративного права України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. Київ, 2016. 242 с.; Рибак К.О. Містобудівна діяльність як об'єкт адміністративно-правового регулювання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. Київ, 2018. 275 с.; Барікова А.А. Систематизація права електронних комунікацій: адміністративно-правове дослідження: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. Київ, 2018. 259 с.; Кравченко М.Г. Управління побутовими відходами в Україні: адміністративно-правовий аспект : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. Київ, 2019. 575 с.

<sup>14</sup> Мельник Р.С. Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2018. С. 74.

<sup>15</sup> Мельник Р.С. Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2018. С. 75.

<sup>16</sup> Там само.

<sup>17</sup> Петров Є.В. Адміністративно-господарське право як підгалузь адміністративного права України: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / Харківський національний університет внутрішніх справ. Харків, 2012. 415 с.

<sup>18</sup> Там само. С. 354.

<sup>19</sup> Там само. С. 355–356.

адміністративно-правового регулювання економічної функції Української держава; 3) відповідає наявному у Німеччині підходу, згідно із яким суспільні відносини у сфері господарювання розподіляються між: адміністративно-господарським, приватногосподарським та кримінально-господарським правом<sup>20</sup>. На жаль, після цього фундаментального дослідження інших ґрунтовних праць, присвячених адміністративно-господарському праву, у межах вітчизняної науки не було. Однак є декілька досліджень, які аналізували дотичні питання до публічного адміністрування сферою економіки<sup>21</sup>. Проте у них не конкретизоване питання про місце норм адміністративно-господарського права у системі права України.

З огляду на те, що наука адміністративного права постійно розвивається, є підстави розширити межі адміністративно-господарського права шляхом додавання нових інститутів, які, на наш погляд, також належать до цієї галузі особливого адміністративного права та є напрямками реалізації економічної функції України.

По-перше, інститут взаємодії публічної адміністрації з інституціями громадянського суспільства у сфері економіки. Як справедливо зазначає Р.С. Мельник, адміністративне право регулює суспільні відносини у сфері взаємодії органів публічної влади з інституціями громадянського суспільства<sup>22</sup>. Таким чином, суспільні відносини, які виникають між суб'єктами публічної адміністрації, задіяними у реалізації економічної функції України та інституціями громадянського суспільства, також будуть регулюватися адміністративно-господарським правом. Наприклад, йдеться про взаємодію Мінекономрозвитку України та Громадської ради при Мінекономрозвитку України, яка у таких відносинах є представником інтересів громадянського суспільства.

По-друге, інститут забезпечення стратегічних пріоритетів розвитку економіки. Як зазначає В.В. Галуцько, цей напрям публічного адміністрування у сфері економіки покликаний забезпечити структурні зміни, зокрема стимулювання розвитку окремих галузей та виробництва, сфер економічного розвитку (наприклад, малого підприємництва); інвестування, інновації, ціноутворення тощо<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Штобер Рольф. Хозяйственно-административное право. Основы и проблемы. Мировая экономика и внутренний рынок. Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht. Grundlagen des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, des Weltwirtschafts- und Binnenmarktrechts / Рольф Штобер ; пер. с нем. Москва : Волтерс Клувер, 2008. С. 12–13.

<sup>21</sup> Адміністративне право України. Повний курс : підручник / Галуцько В., Діхтєвський П., Кузьменко О., Стеценко С. та ін. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2018. 446 с.; Крикун В.Б. Адміністративно-правове регулювання економіки України в кризових умовах : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / Одеський державний університет внутрішніх справ. Одеса, 2019. 463 с.

<sup>22</sup> Мельник Р.С., Бевзенко В.М. Загальне адміністративне право : навч. посіб. / за заг. ред. Р.С. Мельника. Київ : Ваїте, 2014. С. 58.

<sup>23</sup> Адміністративне право України. Повний курс : підручник / Галуцько В., Діхтєвський П., Кузьменко О., Стеценко С. та ін. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2018. С. 340.

Цей інститут адміністративно-господарського права має значну нормативну базу, зокрема: Закон України «Про державні цільові програми»; Закон України «Про затвердження Загальнодержавної програми розвитку малих міст» та інші<sup>24</sup>.

По-третє, інститут визначення сфер економіки, які можуть становити об'єкт недержавної власності та механізм її набуття. Йдеться, наприклад, про приватизацію. Юридичною основою адміністративно-господарських відносин, які виникають щодо передачі майна від держави іншим власникам, є, наприклад, Закон України «Про приватизацію державного і комунального майна»<sup>25</sup>.

По-четверте, інститут регулювання зовнішньоекономічної діяльності. Цей інститут адміністративно-господарського права є доволі специфічним, адже він регулюється як нормами національного законодавства, так і нормами міжнародного права. Однак це не виключає того, що до регулювання зовнішньоекономічної діяльності залучені норми адміністративно-господарського права. Наприклад, вони регулюють відносини щодо: захисту економічних інтересів України та законних інтересів суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності; створення рівних можливостей для суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності розвивати усі види підприємницької діяльності незалежно від форм власності та всі напрями використання доходів і здійснення інвестицій; затвердження головних напрямів зовнішньоекономічної політики України; затвердження списків товарів, експорт та імпорт яких забороняється та інші<sup>26</sup>. Юридичною основою публічного адміністрування у цій частині є, наприклад, Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність»<sup>27</sup>.

По-п'яте, інститут управління державними підприємствами та установами, які задіяні у сфері економіки. Так, наприклад, на сайті Мінекономрозвитку України визначений Перелік державних підприємств, установ, організацій, що належать до сфери управління Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України<sup>28</sup>. Йдеться про державні підприємства, наукові уста-

<sup>24</sup> Про державні цільові програми: Закон України від 18.03.2004 р. № 1621-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1621-15> (дата звернення: 31.05.2020); Про затвердження Загальнодержавної програми розвитку малих міст: Закон України від 04.03.2004 р. № 1580-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1621-15> (дата звернення: 31.05.2020).

<sup>25</sup> Про приватизацію державного і комунального майна: Закон України від 18.01.2018 р. № 2269-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2269-19> (дата звернення: 31.05.2020).

<sup>26</sup> Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16.04.1991 р. № 959-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1621-15> (дата звернення: 31.05.2020).

<sup>27</sup> Там само.

<sup>28</sup> Перелік державних підприємств, установ, організацій, що належать до сфери управління Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України. URL: <https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&title=PerelikDerzhavnikhPidpriemstvUstanovOrganizatsiiSchoNalezhatDoSferiUpravlinniaMinisterstvaEkonomicnogoRozvitkuTorgivliUkraini> (дата звернення: 31.05.2020).

нови, щодо діяльності яких Мінекономрозвитку України здійснює безпосереднє управління.

По-шосте, інститут забезпечення економічної безпеки держави. Варто підкреслити, що завдання щодо забезпечення економічної безпеки держави визначено на конституційному рівні. Так, у ст. 17 Конституції України зазначено: «... забезпечення економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави...»<sup>29</sup>. Юридичною основою цього інституту адміністративно-господарського права є, наприклад, Закон України «Про національну безпеку України»<sup>30</sup>. Цей документ визначає компетенцію та повноваження суб'єктів публічної адміністрації у частині забезпечення економічної безпеки України.

По-сьоме, інститут забезпечення соціальної спрямованості економіки. Цей інститут є продовженням конституційного завдання, яке покладено на державу згідно із ч. 4 ст. 13 Конституції України. Так, Основний Закон України проголошує: «Держава забезпечує <...> соціальну спрямованість економіки»<sup>31</sup>. Звичайно, цими положення Конституції України неможливо нехтувати під час здійснення економічної функції держави. Норми адміністративно-господарського права, які забезпечують реалізацію цього завдання держави, також варто об'єднати в окремий інститут цієї галузі особливого адміністративного права.

<sup>29</sup> Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>30</sup> Про національну безпеку України: Закон України від 21.06.2018 р. № 2469-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19> (дата звернення: 31.05.2020).

<sup>31</sup> Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

## **Висновки**

У результаті проведеного дослідження можна зробити такі висновки:

1. Констатовано те, що економічна політика держави визначає зміст та межі здійснення її економічної функції. Вона має реалізовувати таку політику, не завдаючи шкоди останній, а також правам, свободам та законним інтересам суб'єктів господарювання.

2. Запропоновано розглядати економічну функцію України як здійснюване державою, насамперед в особі публічної адміністрації, публічне адміністрування у сфері економіки з метою динамічного її розвитку та захисту прав, свобод і законних інтересів суб'єктів господарювання та приватних осіб у цій сфері.

3. Здійснення економічної функції України забезпечується за рахунок окремої галузі особливого адміністративного права – адміністративно-господарського права.

4. Запропоновано розширити перелік інститутів адміністративно-господарського права шляхом додавання таких правових утворень до його системи: інститут взаємодії публічної адміністрації з інституціями громадянського суспільства у сфері економіки; інститут забезпечення стратегічних пріоритетів розвитку економіки; інститут визначення сфер економіки, які можуть становити об'єкт недержавної власності та механізм її набуття; інститут регулювання зовнішньоекономічної діяльності; інститут управління державними підприємствами та установами, які задіяні у сфері економіки; інститут забезпечення економічної безпеки держави; інститут забезпечення соціальної спрямованості економіки.

## Classification typology of legal guarantees of human rights

*Novitskyi Vladyslav*

*Graduate Student of the Department of Theory of State and Law*

*V.M. Koretsky Institute of State and Law*

*of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine*

The article argues the theoretical and practical relevance of the classification of legal guarantees of human rights. The author of the scientific research emphasizes the complex debatable nature of this object of study, based on the following, in the legal literature, concentrated an extremely large range of classifications of legal guarantees. Under such conditions, the primary task of the scientist is to find a certain algorithm of their search aspirations, with which to develop their own approach to the outlined issues. To achieve this goal, a powerful, doctrinal base of specialized, scientific sources has been developed.

Given the academic practicality, an attempt was made to systematically generalize various criteria, types, types of division of guarantees into separate components. As a result of this process, the scientific achievements of lawyers were grouped according to the group affiliation of general and specialized approaches to the issue of classification pluralism of legal guarantees. This author's approach, dictated by the individual nature of the object of study, the multi-vector views of the scientific community on the classification of legal guarantees of human rights and our desire to try to systematize the somewhat different positions of scientists. Representatives of the first direction, aimed mainly at external classification parameters, and supporters of the second approach, seek to reveal in detail the internal component of this object of scientific research.

The first group includes such specialists as: V.K. Grishchuk, Y.O. Guide, M.S. Kelman, V.O. Kotuk, L.A. Lutz, V.L. Ortynsky, R.S. Prytchenko, V.I. Truba, and the second algorithmic system includes: C.V. Bobrovnyk, O.V. Zaichuk, H.M. Krestovska, I.Y. Magnovsky, L.G. Matveeva, N.M. Onishchenko, N.M. Parkhomenko, O.V. Petrushyn, G.O. Hristova. The author of the presented research, on the basis of the subject analysis of doctrinal developments of the mentioned lawyers, offered own paradigm of accents of the outlined dispute and classification of legal guarantees of human rights.

### Класифікаційна типологізація юридичних гарантій прав людини

*Новіцький Владислав Валерійович*

*аспірант відділу теорії держави і права*

*Інституту держави і права імені В.М. Корецького*

*Національної академії наук України, Україна*

#### Вступ

Доктринальний підхід сутнісного, глибинного пізнання обраного науковцем об'єкта дослідження вимагає від нього чіткої структурованості пошукового алгоритму, змістовного наповнення кожної молекулярної одиниці матеріалу. Юридичні гарантії прав людини – не виняток з цієї парадигми, а навпаки, ілюстративно-дзеркальне відображення її фундаментального буття. Дійсно, у фарватері піднятої проблематики ми можемо почути думки, які концентруються головним чином на «теоретичних тезах» та незначній практичній зацікавленості, необхідності фахового розвитку студіаційного потенціалу таких питань як класифікаційних складників окресленого наукового пошуку. Звичайно, вкотре повторюємо, що кожна аргументована думка має право на існування, а наукова нива – це вільний простір для конструктивних дискусій. Проте теорія юриспруденції є тою колискою, з якої починається життя новонародженої та/або вже достатньо

сформованої ідеї, концепції, яка, пройшовши тривалий шлях становлення, може викрастилізуватися в загальноприйнятю цілісну модель. Насправді, цей диспут непростий, оскільки в юридичній літературі зустрічаємо різноманітні підходи, численні типологізаційні релівації представленого об'єкта. За таких умов, з одного боку, для науковця, ускладнюється завдання віднайти спільний знаменник, а з іншого – є чудовий шанс для того, щоб спробувати згенерувати раціональне зерно єдності. На наше переконання, дослідження класифікації юридичних гарантій – це дієвий, практичний крок до реалізації доктринальних завдань наукового буття.

**Мета статті** сконцентрована через призму стратегічної цілі, яка зумовлена консолідуючим завданням, а саме спробувати віднайти навігаційний фарватер студіювання багатовекторної, класифікаційної тематики юридичних гарантій прав людини. Очевидно, що така послідовність дій допоможе знайти найбільш оптимальний вектор результативного використання методологічно-ресурсного знання.



### Виклад основного матеріалу

Ми повинні спробувати об'єднати типологію цього гатунку за груповою приналежністю загально-наукового та спеціалізовано-прикладного підходу. Чому саме такий розподіл? Річ у тім, що доцільність цих параметрів продиктована об'єктивними властивостями нашого інституційного дискурсу та суб'єктивіським баченням кожного науковця на предметність класифікаційного поділу юридичних гарантій прав людини. Адже одні правники схильні до бажання продемонструвати зовнішню структуру об'єкта пошуку, висвітлити міждисциплінарні зв'язки, фундаментуючи свою позицію завдяки інструментарію загально-предметних факторів категоріальних суспільних відносин, а інші – концентрують увагу на внутрішній системності з метою централізованого дослідження всієї палітри анатомічної будови. В цьому разі йдеться про функціональну, а не галузеву змістовність розмежування на широкий та вузький підхід.

До першої групи потрібно віднести таких представників наукового співтовариства, як В.К. Гришук, Є.О. Гіда, М.С. Кельман, В.О. Котюк, Л.А. Луць, В.Л. Ортинський, Р.С. Притченко, В.І. Труба.

Може виникнути цілком слушне запитання: чому М.С. Кельмана віднесено саме до першого сегмента, адже він в одній із своїх книг, яку обрав автор цього аналітичного доробку для предметного вивчення, навіть окремо не класифікує юридичні гарантії на види, а висвітлює лише їхню термінологічну понятійність? Зокрема, він зазначає: «...юридичні гарантії – це сукупність тих правових інститутів, що забезпечують можливість реалізації суб'єктивних прав, а також захищають і охороняють їх від будь-яких обмежень і порушень. Гарантією реальності прав, свобод та обов'язків людини і громадянина виступає Конституція України, яка закріплює норми про права, свободи та обов'язки людини і громадянина. Усе це закладає фундамент розвитку інституту основних прав людини»<sup>1</sup>. Щоб дати відповідь на це питання, потрібно трішки абстрагуватися від національного до міжнародно-глобалізаційного рівня нашої дискусії. Варто зазначити, що певний фундаментальний документ, зокрема, Загальна декларація прав людини від 10.12.1948, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966, Хартія основних прав Європейського Союзу від 07.12.2000, вже сам по собі є юридичною гарантією прав людини, і це, безумовно, відповідає дійсності. Проте такий підхід, який віддзеркалений через парадигму «нормативно-правових гарантій», насправді є додатковим підтвердженням загально-наукового спрямування. Така теза виправдана з огляду на спрямованість такого роду правових актів, які через свою

специфічну орієнтованість наділені максимально широким діапазоном регуляції суспільних відносин.

В.О. Котюк свого часу юридичні гарантії класифікував на такі види:

– залежно від суб'єктів, які забезпечують права і свободи громадян: парламентські, президентські, судові, урядові, адміністративні, прокурорські, адвокатські, самоврядні, міжнародно-правові тощо;

– залежно від видів норм або галузей права, які забезпечують права і свободи громадян: конституційні, цивільно-правові, процесуальні, адміністративно-правові, кримінально-правові, організаційно-правові тощо<sup>2</sup>.

Представлені цікаві критерії видового поділу юридичних гарантій, які зумовлені предметною специфікою, але однаково актуальні з позицій прав людини та громадянина. Адже носії згаданих політико-правових зв'язків постійно або тимчасово перебувають під чітко визначеною територіальною юрисдикцією. Все ж таки цей підхід з його суб'єктивізмом має певні вади. Складно ідентифікувати погляд автора на предмет віднесення її до представницько-посадової чи респондентсько-персоніфікованої категорії суб'єктів. Безперечно, аби дійові особи першої ланки мали весь арсенал можливостей результативного захисту прав людини від різноманітних зазіхань, їм та членам їхніх сімей також мають бути гарантовані нормативно-правові, безпечні умови виконання свого безпосереднього функціоналу. На нашу думку, питання суб'єктного критерію, за інтерпретацією В.О. Котюка, досить непросте, а відтак потребує деякого удосконалення та розмежування на такі структурні компоненти, як: 1) суб'єкти із спеціально-законодавчим статусом: посадовці органів державної, місцевої влади (виборно-представницький інститут: президент, депутати різних рівнів, урядовці, очільники міст та сіл, керівники інших територіальних об'єднань); правозахисники (адвокати, юристи, нотаріуси, інститут омбудсмена, громадські діячі); сфера правосуддя (працівники органів внутрішніх справ, слідчі, прокурори, судді); 2) адресно-персоніфіковані суб'єкти без спеціального статусу: людина, громадянин, іноземець, особа без громадянства.

Перейдемо до фахівців другого із запропонованих підходів, до яких належать С.В. Бобровник, О.В. Зайчук, Н.М. Крестовська, І.Й. Магновський, Л.Г. Матвеева, Н.М. Оніщенко, Н.М. Пархоменко, О.В. Петришин, Г.О. Христова.

Серед спеціальних (юридичних) гарантій розрізняють національні та міжнародні. На національному рівні такими гарантіями виступають такі: право знати свої права та обов'язки; право на юридичну допомогу, в тому числі безкоштовну; право на судовий захист; право на оскарження в суді рішень, дій

<sup>1</sup> Кельман М.С. Загальна теорія держави і права: підручник. Київ : Кондор-Видавництво, 2016. 228 с.

<sup>2</sup> Котюк В.О. Загальна теорія держави і права : Навчальний посібник. Київ : Атіка, 2005. 383 с.

чи бездіяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб; право на відшкодування за кошти держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої їх незаконною діяльністю; встановлення юридичної відповідальності за порушення чи обмеження прав людини; презумпція невинуватості; заборона зворотної дії закону, що встановлює або посилює юридичну відповідальність за правопорушення; заборона бути двічі притягнутим до юридичної відповідальності за одне й те саме правопорушення та інші. Крім того, важливою гарантією прав людини є процедури реалізації прав людини. Окреме місце серед юридичних гарантій посідають інституціональні гарантії, до яких належить передусім інститут омбудсмена. Надзвичайно важливе значення мають судові гарантії, які передбачають доступ осіб до неупередженого, незалежного суду<sup>3</sup>. Такий об'ємний виклад бачення О.В. Петришина, Г.О. Христова на змістовну будову національних гарантій прав людини автор цього наукового пошуку відмітив з метою продемонструвати вектор їхньої навігації та максимально згенерувати прикладну предметність для власних суб'єктивних коментарів.

На нашу думку, скелет юридичних гарантій національного рівня тримається на трьох китах: 1) процедурно-процесуальна парадигма охорони та захисту прав людини. Законодавство кожної країни світу, враховуючи особливості власного державотворення, нормотворчо деталізує диспозиційно-санкційні норми регуляції суспільних відносин. Йдеться про певні правила співжиття, які повинні передбачити чітко структуровані процедури, механізми їх дієвої реалізації для того, щоб вони не мали ознак декларативної фіктивності. Ключова річ під час техніко-юридичного проектування інструментів стримування і противаг відводиться максимальній мінімізації різноманітних ризиків: корупційні, оціночні поняття, закладені нормативні протиріччя, колізійність, кон'юктурність тощо. Наприклад, кожна людина має право на судовий захист, однак таке право виконає своє фундаментальне призначення лише за умови безпосереднього застосування всіма суб'єктами провадження «правосудних гарантій»: індивідуально-процесуальна незалежність, безсторонність, неупередженість, об'єктивність судді та сторони обвинувачення; паритетний пошук стороною обвинувачення доказів звинувачувального та виправдувального характеру; гарантування стороні захисту рівних, конкурентних умов судового процесу із процесуальними опонентами; зацікавленість адвоката у всесторонньому захисті свого клієнта; 2) інститут юридичної відповідальності – це дуже важливий засіб покарання, а також превентивної профілактики злочинності. Якщо за порушення законодавчої

процедури не настане максимально швидка, адекватна міра юридичної відповідальності, то такий прояв може призвести до випадків загрозливої, суспільно-девіаційної поведінки окремих індивідів. Відсутність оперативної реакції на такі загрози має потужний деструктивний вплив на весь конгломерат юридичних гарантій прав людини; 3) презумпція невинуватості як один із основоположних принципів правозахисного спрямування має виконувати надзвичайно важливі функції в царині вільної реалізації людиною всього обсягу індивідуально-деліктоздатної компетентності та правосвітнього механізму захисту її особистої, а також ділової репутації. Аксіоматичність цього законодавчого постулату в діях суб'єктів правозастосування є запорукою об'єктивного, безстороннього розслідування, судового розгляду відносно особи, щодо якої виникають обґрунтовані підозри, обвинувачення у вчиненні нею протиправних діянь. Звісно, можливий звинувачувальний суспільний осуд, що часто пов'язаний із зухвалими фактичними обставинами певної дії та/або події, однак правороз'яснювальна політика уповноважених офіційних представників органів державної влади місцевого самоврядування, персоналізованого громадського суспільства має гуртуватися навколо прагнення з'ясувати істину в кожному конкретному злочинному прояві з боку окремих індивідів. Адже очевидність часто має оманливі горизонти і потребує поміркованості з погляду юриспруденції та моральності.

Міжнародно-правові гарантії прав людини включають різні засоби та інститути, що входять до універсального і регіональних механізмів захисту прав людини, як-от: Рада ООН з прав людини, Консультативний комітет, який діє при Раді, спеціальні доповідачі, спеціальні представники, Верховний комісар ООН з прав людини; моніторингові органи ООН: Комітет з прав людини, Комітет проти катувань, Комітет з ліквідації расової дискримінації, Комітет з ліквідації дискримінації щодо жінок; Європейський суд з прав людини, Комітет Міністрів Ради Європи, Парламентська Асамблея Ради Європи, Венеціанська комісія (Європейська комісія «За демократію через право»); Організація з безпеки і співробітництва в Європі (ОБСЄ)<sup>4</sup>. Такий далеко не вичерпний переконливий перелік офіційних міжнародно-глобалізаційних організацій із захисту прав людини красномовно свідчить нам про надзвичайну актуальність для міжнародної спільноти кожного аспекту правозахисної повістки сьогодення, зокрема класифікаційно-типологічного питання в аспекті проблематики захисту прав людини.

У цьому разі класифікаційність юридичних гарантій міжнародного рівня безпосередньо прослідковується через призму наведеного інституцій-

<sup>3</sup> Петришин О.В. Теорія держави і права : підручник / О.В. Петришин, С.П. Погребняк, В.С. Смородинський та ін. ; за ред. О.В. Петришина. Харків : Право, 2015. 305 с.

<sup>4</sup> Петришин О.В. Теорія держави і права : підручник / О.В. Петришин, С.П. Погребняк, В.С. Смородинський та ін. ; за ред. О.В. Петришина. Харків : Право, 2015. 305 с.

но-суб'єктного підходу, а точніше його структуральної будови. Спеціалізовані установчі організації – це об'єднуючий флагман ствердження прав людини, які функціонують з різним прикладним діапазоном. Наприклад, з окресленого критерію дослідницько-об'єктного поділу, використовуючи маркеруючі показники, міжнародні організації можливо згенерувати на такі види:

I) за територіальною ознакою: 1) транснаціональні (ООН, Міжнародний суд ООН); 2) регіональні (Європейський суд з прав людини). Загалом виокремлюють такі регіональні системи захисту прав людини: європейська, американська, африканська, арабська, азіатська, фундаментальна основа яких представлена такими політико-правовими документами: Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950<sup>5</sup>; Статут Організації американських держав від 30.04.1948<sup>6</sup>, Американська декларація прав і обов'язків людини від 02.05.1948, Американська конвенція про права людини від 22.11.1969<sup>7</sup>; Африканська хартія прав людини і народів від 27.06.1981; Арабська хартія прав людини від 15.09.1994<sup>8</sup>; Декларація прав людини держав Південно-Східної Азії від 18.11.2012. Кожне з перерахованих міждержавних об'єднань має свою специфічність у побудові колективної моделі охоронно-захисного механізму протидії девіантним посяганням на права людини та вироблення пропорційних, дієвих юридичних гарантій;

II) залежно від суб'єктної персоналізованості: 1) інституційно-колегіальні (установи, організації); 2) компетенційно-посадові (уповноважені представники, які наділені відповідним мандатом);

III) за прикладним функціоналом поділяємо міжнародні об'єднання на: 1) загально-універсальні (широко профільна спеціалізація – захист прав людини); 2) спеціалізовані (адресна спрямованість – захист прав людини: від катувань, різних проявів дискримінації тощо; захист прав жінок, дітей; безпекова, законотворчо-адаптаційна проблематика тощо). Міжнародні організації – це невіддільний супутник юридичних гарантій прав людини. Звісно, об'єкт нашого наукового пошуку з позицій глобалізаційного вектору можемо студіювати також за іншими численними критеріями, однак зазначені вище погляди трансформаційно придатні для гене-

рації однойменних видових ознак з метою класифікаційного поділу гарантій прав людини.

Методика аналітично-паралельного дослідження як інструмент доктринального пізнання демонструє нам схожість відправного начала в підходах О.В. Петришина, Г.О. Христова, С.В. Бобровник, Н.М. Оніщенко, О.В. Зайчука. Саме такі спостереження дозволяють нам сфокусувати їхній ідейний складник у рамках спеціалізовано-прикладного підходу. «Юридичні гарантії мають конституційну та законодавчу форми закріплення. Так, основними конституційними гарантіями є: оскарження у суді рішень органів держави та посадових осіб; право на відшкодування збитків, завданих незаконними рішеннями осіб чи органів, що діють від імені держави; право на правову допомогу; можливість отримувати інформацію про зміст прав та обов'язків; принцип презумпції невинуватості людини; можливість обмеження конституційних прав та свобод»<sup>9</sup>. Прокоментуємо це твердження з таких позицій:

I) За формою процитованого. На нашу думку, Н.М. Оніщенко та О.В. Зайчук у контексті представленого тематичного викладу відносно суто юридичних гарантій застосували більш функціонально-прикладний, а не формально-класифікаційний підхід. Саме такого роду цільове студіювання об'єкта дослідження наділяє його ознаками практичності, які чітко концентрують безпосередню, внутрішню структурність окремих частин від цілого. Адже в типологізації прослідковуються ризики можливої, захмарної теоретичності предмету наукових інтересів правника.

II) Суб'єктивне тлумачення зводиться до змісту вищенаведеної цитати. По суті, дотримуючись первинно-заданого пошукового алгоритму, можемо через абстрагування від конкретних юридичних гарантій проєкційно запропонувати таку їх класифікацію: 1) судові (доступність судочинства; звернення до суду; процесуальна рівність опонентів судового провадження; незалежне об'єктивне правосуддя); 2) компенсаційні (матеріальні, тобто відшкодування збитків владно-посадовими суб'єктами у зв'язку із тими рішеннями, які вони затвердили, через механізми об'єктного задоволення вимог; нематеріальні, тобто уповноважені особи мають можливість відмінити своє рішення, яке порушує права людини, або прийняти нове рішення); 3) охоронні (нормативно-диспозиційні, тобто законодавчо закріплені права людини; процесуальні – чітко регламентовані поведінкові процедури різних суб'єктів права); 4) захисні (захистити себе за допомогою власних знань, умінь та/або скористатися правом на отримання юридико-професійної допомоги; юридична відповідаль-

<sup>5</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. Дата ратифікації Україною від 17.07.1997 : офіційний сайт Верховної Ради України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004).

<sup>6</sup> Статут Організації американських держав від 30.04.1948 : офіційний сайт Organization of American States. URL: [http://www.oas.org/en/sla/dil/inter\\_american\\_treaties\\_A-41\\_charter\\_OAS.asp](http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-41_charter_OAS.asp).

<sup>7</sup> Американська конвенція про права людини від 22.11.1969. Прийнята на Міжамериканській спеціалізованій конференції з прав людини. Сан-Хосе, Коста-Ріка, 22 листопада 1969 р. : офіційний сайт Organization of American States. Inter-American Commission on Human Rights. URL: <http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>.

<sup>8</sup> Арабська хартія прав людини від 15.09.1994 : офіційний сайт Refworld. URL: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html>.

<sup>9</sup> Оніщенко Н.М., Зайчук О.В. Теорія держави і права. Академічний курс. Підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2006 : офіційний сайт Електронна бібліотека Князева. URL: [http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk\\_tdp/part2/409.htm](http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part2/409.htm).

ність безпосередніх дійових осіб правоохоронного, судового корпусу, які мають відношення до конкретного кейсу за перевищення влади, службових повноважень; протидія випадкам зловживання правами; винятковість, адекватність дій представників державної та/або місцевої влади у разі вимушених заходів з обмеження прав людини) гарантії.

І.Й. Магновський переконаний, що юридичні гарантії прав людини умовно можна поділити на три групи: 1) гарантії реалізації; 2) гарантії охорони; 3) гарантії захисту. До першої групи належать межі прав і свобод, їх конкретизація у законодавстві; конституційно-правові принципи статусу особи; юридичні факти, з якими пов'язується володіння ними та безпосереднє користування; процесуальні форми реалізації; заходи заохочення та стимулювання правомірної поведінки; юридичні обов'язки. До другої групи входять взаємопов'язані заходи, які спрямовані на запобігання правопорушенням, встановлення умов і причин, які їх породжують. Третю групу утворюють норми, які представляють юридичні засоби для безпосереднього захисту вже порушених прав і свобод, що визначають порядок використання цих засобів, а також порядок поновлення таких прав і порядок застосування санкцій до винних у їх порушеннях<sup>10</sup>. Фактично представлений весь спектр функціонального діапазону юридичних гарантій прав людини, а саме: а) процедурні запобіжники можливого протиправного зазіхання на права людини. В цьому об'ємному комплексі заходів сконцентровані норми дозволеного та необхідного для ефективної дієвості особистісної праводієздатності. Правила – це постулати, які є імперативно-диспозитивним гарантом дійсного ствердження верховенства права. Тобто перша ланка об'єднує інструментальний арсенал, який можемо використати за певних умов; б) превенція як один із ключових флагманів боротьби проти суспільної криміногенності. Кримінологічно-віктимологічні знання мають бути основою державної політики в сфері юридично-культурної просвіти

<sup>10</sup> Магновський І.Й. Гарантії прав і свобод людини та громадянина в праві України (теоретико-правовий аспект) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид наук : спец. 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень. Київ, 2003. 14 с.

широких верств населення, а не лише майбутніх суб'єктів правозастосування. Дії на випередження допомагають захистити потенційного потерпілого, а також попередити реалізацію з боку окремих осіб протизаконних намірів. Другу компоненту можливо охарактеризувати як опосередковану дію нормативності; в) факт порушення права людини має два складники: реакційний (об'єктивність інституту юридичної відповідальності); моніторингово-виправний (потреба у можливій ревізії нормативних процедур та профілактичних мірах на предмет їхньої відповідності викликам сьогодення). Маємо справу із безпосередньо-нормативною дією юридичних гарантій у рамках конкретних правовідносин.

### Висновки

Проаналізований доктринально-персоналізований осередок проблематики класифікації юридичних гарантій прав людини наведений не випадково, оскільки допомагає нам визначитись із авторським підходом до окресленого питання. Дійсно, фахова література наповнена колосальним об'ємом багатовекторної типологізації цього об'єкта дослідження, який предметно був опрацьований не одним десятком потужних науковців. У зв'язку з цим досить важко згенерувати кардинально специфічну парадигму. Проте інколи необхідно додати нове бачення сучасної креативності у процесі розставлення тих або інших акцентів. Саме алгоритм подібного порядку, націлившись на комплексну світоглядність студійованого дискурсу, потенційно здатний привнести новітні сенсуально-змістовні навантаження.

Таким чином, юридичні гарантії прав людини можемо класифікувати за такими критеріями:

- I) за територіальним масштабом: 1) міжнародні; 2) регіональні; 3) державницькі;
- II) за суб'єктом: 1) офіційного спрямування: а) індивідуальні владно-суб'єктні, адресні; б) колегіальні; 2) неофіційного спрямування;
- III) за об'єктом правового регулювання: 1) родові; 2) видові;
- IV) за функціоналом: 1) процедурні; 2) превентивні; 3) санкційні.

**Effective ways to protect the rights and interests in land disputes:  
new approaches on separate examples of judicial practice**

**Potapenko Andrii**

*Graduate Student*

*of Research Institute of Private Law and Entrepreneurship named  
after Academician F.G. Burchak of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine,  
Judge of Rzhyshevskiy Local Court of Kyiv Region, Ukraine*

The article is devoted to the study and analysis of the diversity of legal mechanisms for the protection of the rights of citizens, legal entities and the state to land. When applying to the courts, the owners of subjective rights to protection in land relations are often forced to use different subjects and grounds of claims at the same time and accordingly combine in lawsuits such judicial methods of protection that would effectively restore their rights to own, use and dispose of land. It has been proved that invalidation of state acts on property rights is considered legal, proper and a separate way to restore violated rights in court, but to demand land from someone else's illegal possession to challenge subsequent decisions of public authorities or local governments, contracts and other transactions on disputed property. and documents certifying the relevant right are not an effective way to protect the owner's right. New approaches to determining effective ways of protection for the restoration of the rights and interests of citizens, legal entities and the state in land disputes have been formed, scientifically substantiated on the basis of case law. The current state of development of legal tools provided to the owners of subjective rights to protection of property rights and land use in land relations, including the novella of civil proceedings – “determination by the court of an effective method of protection that does not contradict the law”, indicates that the owners and land users, in addition to the traditional criteria for choosing judicial means of protection of legality and affiliation, must also meet the criteria of “efficiency” and “proportionality (proportionality)”. It is concluded that in disputes concerning coastal protection zones, forestry lands, other lands that are under enhanced legal protection of the state, in determining effective ways of protection should take into account not only formal remedies, but also the general legal and political context in which they act, and the specific circumstances of the case.

**Ефективні способи захисту прав та інтересів у земельних спорах:  
нові підходи на окремих прикладах судової практики**

**Потапенко Андрій Вікторович**

*аспірант*

*Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва  
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,  
суддя Ржищевського міського суду Київської області, Україна*

**Вступ**

Згідно з положеннями статті 14 Основного закону України земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Право власності на землю гарантується, і це право набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою винятково відповідно до закону. З метою створення особливих гарантій прав на землю законодавець, починаючи з 2002 року, передбачив у ч. 3 ст. 152 Земельного кодексу України (далі – ЗК України) окремих перелік спеціальних способів захисту прав громадян та юридичних осіб на земельні ділянки<sup>1</sup>. Після набрання у 2004 році чинності Цивільним кодексом України (далі – ЦК України) у науковій літературі ведеться широка дискусія з приводу конкуренції способів захисту

прав на земельні ділянки, передбачених ЗК України та ст. 16 ЦК України. З появою новели цивільного судочинства, передбаченої у ч. 2 ст. 5 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), – визначення судом ефективного способу захисту приватного права чи інтересу, який не суперечить закону, у тих випадках якщо закон або договір не передбачають такого ефективного способу захисту<sup>2</sup>, у судовій практиці з'являються нові підходи до визначення ефективних способів захисту прав та інтересів на землю її власників чи землекористувачів. Додатковою уваги заслуговує питання визначення ефективних способів захисту прав інтересів у земельних спорах у контексті відкриття ринку землі сільськогосподарського призначення відповідно до нещодавно ухваленого Закону України

<sup>1</sup> Земельний кодекс України: Закони від 25.10.2001 № 2768-III. База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14> (дата звернення: 18.06.2020).

<sup>2</sup> Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон від 3.10. 2017 № 2147-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19> (дата звернення: 18.06.2020).

«Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення» № 2178-10. Згідно з новим законом починаючи з другого півріччя 2021 року скасовується дія мораторію на продаж аграрної землі, що прогнозовано призведе до виникнення нових категорій земельних судових спорів, які потребуватимуть згідно з завданнями цивільного судочинства справедливого вирішення з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Отже, **метою** дослідження є пошук і вироблення нових критеріїв визначення ефективних способів захисту прав інтересів у деяких окремих категоріях земельних спорів.

### Виклад основного матеріалу

Земельні спори в Україні згідно з судовою практикою визначаються різноманітністю правових механізмів захисту прав громадян, юридичних осіб та держави на земельні ділянки. Це зумовлено насамперед «вишуканими» методами з набуття прав на землю недобросовісних учасників земельних відносин та постійними змінами у земельному законодавстві, порушенням компетенції на розпорядження землею відповідних суб'єктів владних повноважень, а інколи й складністю у визначенні судової юрисдикції на розгляд земельного спору. Під час звернення до судів власники суб'єктивних прав на захист у земельних відносинах доволі часто змушені використовувати одночасно різні предмети і підстави позовів й, відповідно, об'єднувати у позовах такі судові способи захисту, які б ефективно відновлювали їх права щодо володіння, користування і розпорядження землею. Наприклад, позови прокурорів характеризуються цілою палітрою позовних вимог, де вони виявляють порушення земельного законодавства та уповноважені законом звернутися до суду за захистом прав власників земель державної і комунальної власності (реституційний, віндикаційний, кондикційний позови тощо).

Серед наявної різноманітності у виборі способів захисту права та інтересів власників землі особливого значення набуває необхідність формування єдиної та сталої судової практики вирішення земельних спорів найвищою інстанцією судової гілки влади. Враховуючи нормотворчий характер рішень Верховного Суду України (далі – ВСУ), в сучасних умовах за їх допомогою забезпечується не подолання, а усунення прогалин земельно-правового регулювання, що сприяє одноманітності практики вирішення земельних спорів та підвищує ефективність і гарантованість юридичного захисту суб'єктів земельних правовідносин<sup>3</sup>. Критерій *ефек-*

*тивності* під час вибору судового способу захисту яскраво себе проявляє саме в аспекті проблематики конкуренції позовів у цивільному праві. У разі конкуренції одна й та сама фактична обставина являє собою різні юридичні факти для виникнення різних вимог. При цьому правова мета (тобто те, чого прагне суб'єкт, захищаючи своє право / інтерес) одна й та сама (наприклад, повернення речі), а механізми (способи) її досягнення різні<sup>4</sup>. Так, ВСУ у постанові від 17.02.2016, вирішуючи питання про «усунення» конкуренції способів захисту прав суб'єкта права комунальної власності на землі водного фонду, у справі № 6-2407цс15 підтвердив усталену правову позицію про те, що норма ч. 1 ст. 216 ЦК України не може застосовуватись як підстава позову про повернення майна, переданого на виконання недійсного правочину, яке було відчужене третій особі. Не підлягають задоволенню позови власників майна про визнання недійсними наступних правочинів щодо відчуження цього майна, які були вчинені після недійсного правочину. Витребування майна шляхом віндикації застосовується до відносин речово-правового характеру, зокрема, якщо між власником і володільцем майна немає договірних відносин і майно перебуває у володільця не на підставі укладеного з власником договору. У цьому разі майно може бути витребувано від особи, яка не є стороною недійсного правочину, шляхом подання віндикаційного позову, зокрема від добросовісного набувача, з підстав, передбачених ч. 1 ст. 388 ЦК України. Крім того, права особи, яка вважає себе власником майна, підлягають захисту шляхом задоволення позову до володільця з використанням правового механізму, встановленого ст. 1212 ЦК України для випадків наявності правових відносин речово-правового характеру безпосередньо між власником та володільцем майна. У випадках, коли в позовах заявляються вимоги про віндикацію та реституцію, суд повинен самостійно визначати, яку вимогу по суті (а не за формою) пред'являє позивач і, відповідно, застосувати належні норми законодавства... Одночасне пред'явлення позову про витребування майна із чужого незаконного володіння і про визнання недійсним правочину із застосуванням реституції, тобто одночасне застосування ст.ст. 216 і 388 ЦК України, є помилковим, адже віндикаційний і негаторний позови є взаємовиключними. До того ж одна з умов застосування віндикаційного позову – відсутність між позивачем і відповідачем договірних відносин, оскільки в такому разі здійснюється захист порушеного права власності за допомогою зобов'язально-правових способів<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Захист права власності. Правові позиції Верховного Суду: коментарі науковців / О.П. Печений, І.В. Спасибо-Фатеева та ін., за заг. ред. І.В. Спасибо-Фатеевої. Харків, 2020. 496 с. С. 65.

<sup>5</sup> Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 17.02.2016 у справі № 6-2407цс15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57102489> (дата звернення: 18.06.2020).

<sup>3</sup> Юридичні дефекти правового регулювання земельних відносин в Україні: монографія / Т.О. Коваленко Київ, 2013. 632 с. С. 533.

Зазначений висновок про взаємовиключення вимог підтвердила й Велика Палата Верховного Суду (далі – ВП ВС) у постанові від 18.12.2019 у справі № 522/1029/18. Отже, формуючи правовий висновок щодо ролі суду під час оцінки вимог, ВСУ вказав, що суд вправі самостійно визначати, яку вимогу по суті (а не за формою) пред'являє позивач, і, відповідно, застосувати належні норми законодавства. Однак, слід констатувати, що цей висновок залишив можливості для різного тлумачення процесуальних дій суду щодо «самостійного визначення» пред'явленої позивачем вимоги. Зокрема, чи означає це, що суд вправі відкоригувати (трансформувати) позовну вимогу, та якщо так, то до якої міри таке коригування суду буде вважатися правомірним, зокрема в аспекті принципу диспозитивності та змагальності у цивільному судочинстві. Тобто за висновками ВСУ допустимими механізмами судового захисту з метою повернення земельної ділянки у комунальну власність є вимоги, пред'явлені як реституційний, виндикаційний та кондикційний позови. В окремих випадках за висновками ВСУ, що висловлені у постанові від 2.03.2016 у справі № 6-3090цс15, кондикція застосовується субсидіарно до реституції та виндикації як спосіб захисту порушеного права у тому разі, коли певна вимога власника (титульного володільця) майна не охоплюється нормативним урегулюванням основного способу захисту права, але за характерними ознаками, умовами та суб'єктивним складом підпадає під визначення зобов'язання з набуття або збереження майна без достатньої правової підстави.<sup>6</sup> Останнім часом зазнала змін судова практика щодо необхідності пред'явлення у всіх випадках вимог про визнання недійсними державних актів на право власності на землю. Так, за правовими висновками, висловленими у постанові ВСУ від 4.06.2014, відповідно до ст. 126 (в редакції, чинній до 5.03.2009), ст.ст. 152, 155 ЗК України державні акти є документами, що посвідчують право власності й видавалися на підставі відповідних рішень органів виконавчої влади органів місцевого самоврядування в межах їх повноважень та цивільних правочинів. У спорах, пов'язаних із правом власності на земельні ділянки, недійсними можуть визнаватись як зазначені рішення, правочини, на підставі яких видано відповідні державні акти, так і самі акти на право власності на земельні ділянки. Визнання недійсними тільки державних актів може мати місце у разі їх видання з порушенням вимог закону, усупереч рішень чи правочинів. У цьому разі таке визнання є належним та самостійним способом відновлення порушених прав у судовому порядку<sup>7</sup>. До аналогічних правових висновків дійшла ВП ВС

у постанові від 12.12.2018 – визнання недійсними державних актів вважається законним, належним та окремим способом поновлення порушених прав у судовому порядку<sup>8</sup>. Водночас ВП ВС у постанові від 14.11.2018 вважала, що визнання недійсним державного акта не є необхідним для вирішення питання про належність права власності на земельну ділянку та для її витребування з чужого незаконного володіння, а тому суди мали відмовити у задоволенні цих вимог. У разі задоволення вимоги про витребування нерухомого майна з чужого незаконного володіння суд витребує таке майно на користь позивача, а не зобов'язує відповідача повернути це майно власникові. Таке рішення суду є підставою для внесення до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно запису про державну реєстрацію за позивачем права власності на нерухоме майно, зареєстроване у цьому реєстрі за відповідачем<sup>9</sup>. Отже, у наведених висновках ВП ВС йдеться про зайвість пред'явлення вимоги про визнання недійсним державного акта та чіткість формулювання вимоги «витребування нерухомого майна із чужого незаконного володіння», задоволення якої призведе до введення власника у володіння майном та внесення відповідних змін у запис про державну реєстрацію, що водночас буде результативним наслідком ефективного захисту права власника.

У подальшому ВП ВС у постанові від 28.11.2018, застосовуючи *критерій ефективного захисту права неволодіючого власника*, дійшла висновків, що власник може витребувати належне йому майно від особи, яка є останнім його набувачем, незалежно від того, скільки разів це майно було відчужене до того, як воно потрапило у володіння останнього набувача. Для такого витребування оспорювання наступних рішень органів державної влади чи місцевого самоврядування, договорів, інших правочинів щодо спірного майна і документів, що посвідчують відповідне право, не є ефективним способом захисту права власника<sup>10</sup>. Конкретизуючи правові висновки щодо неефективності вимог про визнання незаконними рішень у подібних спорах, ВП ВС у постанові від 11.02.2020 вказала, що оскільки вимога про визнання наказів Головного управління Держземагентства незаконними та їх скасування не є ефективним способом захисту (адже задоволення такої вимоги не призвело б до відновлення володіння відповідною земельною ділянкою), така вимога не є нерозривно пов'язаною з вимогою про витребування земельної ділянки із чужого незаконного володіння. При цьому

<sup>6</sup> Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 2.03.2016 у справі № 6-3090цс15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56280404> (дата звернення: 18.06.2020)

<sup>7</sup> Захист цивільних прав та інтересів судом: окремі питання теорії та практики / За заг. ред. А.Г. Яреми. Київ : Істина, 2015. 420 с. С. 388.

<sup>8</sup> Постанова ВП ВС від 12.12.2018 у справі № 2-3007/11. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82998289> (дата звернення: 18.06.2020).

<sup>9</sup> Постанова ВП ВС від 14.11.2018 у справі № 183/1617/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81574015> (дата звернення: 18.06.2020).

<sup>10</sup> Постанова ВП ВС від 14.11.2018 у справі № 183/1617/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81574015> (дата звернення: 18.06.2020).

позивач у межах розгляду справи про витребування земельної ділянки із чужого незаконного володіння вправі посилатися, зокрема, на незаконність зазначених наказів без заявлення вимоги про визнання їх незаконними та скасування, оскільки такі рішення за умови їх невідповідності закону не тягнуть правових наслідків, на які вони спрямовані<sup>11</sup>.

У розвиток формування у судовій практиці нових підходів до усунення конкуренції позовів та визначення ефективного способу захисту прав чи інтересів на землю її власників ВП ВС сформувала революційні для судової практики правові висновки щодо повернення земель водного фонду, у яких переключувала заявлений позивачем віндикаційний позов на негаторний як належний до застосування у таких правовідносинах. Так, у справі № 487/10128/14-ц Миколаївський міжрайонний прокурор звернувся до суду в інтересах держави, у якому серед палітри різних позовних вимог, визначив вимогу про повернення спірної земельної ділянки до комунальної власності, мотивуючи її тією обставиною, що спірна земельна ділянка вибула з володіння територіальної громади не з її волі. Аналізуючи належність обраного прокурором способу захисту, ВП ВС зазначила, що серед способів захисту речових прав цивільне законодавство виокремлює, зокрема, витребування майна з чужого незаконного володіння (ст. 387 ЦК України) й усунення перешкод у здійсненні права користування та розпорядження майном (ст. 391 ЦК України, ч. 2 ст. 152 ЗК України). Вказані способи захисту можна реалізувати шляхом подання віндикаційного та негаторного позовів відповідно. Заволодіння громадянами та юридичними особами землями водного фонду всупереч вимогам ЗК України (перехід до них права володіння цими землями) є неможливим. Розташування земель водного фонду вказує на неможливість виникнення приватного власника, а отже, і нового володільця, крім випадків, передбачених у статті 59 цього кодексу. Зайняття земельної ділянки водного фонду з порушенням статті 59 ЗК України має розглядатися як не пов'язане з позбавленням володіння порушення права власності держави чи відповідної територіальної громади. *У такому разі позовна вимога зобов'язати повернути земельну ділянку має розглядатися як негаторний позов, який може бути заявлений упродовж всього часу тривання порушення прав законного володільця відповідної земельної ділянки водного фонду.* Залежно від обставин справи вимогу зобов'язати повернути земельну ділянку суд може кваліфікувати як негаторний позов. Такий позов можна заявити впродовж усього часу тривання порушення прав законного володільця відповідної земельної ділянки. Зміна предмета позову означає зміну вимоги, з якою позивач звернувся до суду, а зміна підстав позову – це

зміна обставин, на яких ґрунтується відповідна позовна вимога. Згідно з принципом *jura novit curia* («суд знає закони») неправильна юридична кваліфікація учасниками справи спірних правовідносин не звільняє суд від обов'язку застосувати для вирішення спору належні приписи юридичних норм<sup>12</sup>. Отже, за наведеними вище висновками ВП ВС вимога «зобов'язати повернути земельну ділянку» кваліфікується судом як негаторний позов, який може бути заявлений упродовж всього часу тривання порушення прав законного володільця відповідної земельної ділянки водного фонду. Слід зауважити, що наведені правові висновки ВП ВС викликали неабияку критику як у науковому середовищі, так серед правників. Так, М.В. Ус зазначав, що, по-перше, наведені аргументи щодо неможливості заявлення віндикаційної вимоги стосовно земель водного фонду не видаються переконливими. По-друге, належним способом захисту в цьому разі має бути віндикаційна вимога, яка і була заявлена позивачем, оскільки земельна ділянка була зареєстрована за відповідачем, що згідно з принципом реєстраційного підтвердження володіння свідчить про набуття всіх повноважень власника, і про що, власне, йдеться в окремій думці суддів ВП ВС від 12.06.2019. По-третє, суд не мав права на власний розсуд змінювати заявлений спосіб захисту з віндикаційного на негаторний: по суті, суд самостійно змінив предмет позову, пославшись на застосування принципу *jura novit curia*. По-четверте, така переключувальна кваліфікація судом заявленої вимоги призвела до визнання необґрунтованими доводів відповідача про пропуск строку позовної давності, оскільки до негаторного, на відміну від віндикаційного, позовна давність не застосовується<sup>13</sup>. Наведені зауваження видаються достатньо слушними, якщо послуговуватися підходами до оцінки судового способу захисту прав власника землі критерію «належності». Крім того, з наведеного постає питання: чи відбулась трансформація позовної вимоги з «віндикаційного» позову на «негаторний» за ініціативою суду, та яким чином такі дії співвідносяться з принципами диспозитивності та змагальності у цивільному судочинстві? Водночас, якщо погодитись із висновками щодо неможливості появи нового володільця такою землею за вимогами ст. 59 ЗК України та здійснити оцінку щодо кваліфікації судом вимог про повернення земельної ділянки водного фонду як негаторного позову через призму такої новели цивільного судочинства, як *визначення судом ефективного способу захисту права, який не суперечить закону*, то наведені зауваження М.В. Уса не видаються до такої міри критичними. Під час застосування правил, передбачених ч. 2 ст. 5 ЦПК

<sup>11</sup> Постанова ВП ВС від 11.02.2020 у справі № 922/614/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87902138> (дата звернення: 18.06.2020).

<sup>12</sup> Постанова ВП ВС від 12.06.2019 у справі № 6-487/10128/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85541621> (дата звернення: 18.06.2020).

<sup>13</sup> Захист права власності. Правові позиції Верховного Суду: коментарі науковців/ О.П. Печений, І.В. Спаси́бо-Фатєєва та ін., за заг. ред. І.В. Спаси́бо-Фатєєвої. Харків, 2020. 496 с. С. 64.



України, вимога за негативним позовом «зобов'язати повернути» земельну ділянку може бути визначена ефективним способом захисту. По-перше, така вимога викладена у позовній заяві, що відповідає принципу диспозитивності. По-друге, інші передбачені законом способи захисту не є ефективними, наприклад, пред'явлення в'їдкційного позову обмежене позовною давністю. По-третє, зазначена вимога не суперечить закону, а саме положенням ст. 391 ЦК України та ч. 2 ст. 152 ЗК України. При цьому ВП ВС не посилалась на ч. 2 ст. 5 ЦПК України, оскільки позов у наведеній вище справі поданий прокурором у 2014 році, а новела діє лише з 15.12.2017. На користь визначення судом способу захисту шляхом правового механізму негативного позову свідчить і та обставина, що обсяг прав відповідачів не зазнав змін, оскільки обсяг доказування не збільшився, зокрема, наявність волі власника на відчуження спірної земельної ділянки за ст. 388 ЦК України не входить до предмета доказування за негативним позовом. Наведе цілком узгоджується із принципом змагальності цивільного судочинства. Також на користь обрання і застосування судом способу захисту «зобов'язання повернути» землі водного фонду як негативного свідчить застосування критерію співмірності (пропорційності). Співмірність (пропорційність) вказує, що у разі наявності менш обтяжливих досягнень цілей вони мають бути використані, а розмір (обсяг) самого обмеження має бути диференційований у нормативному чи індивідуальному акті залежно від конкретних обставин<sup>14</sup>. Так, постанова ВП ВС містить розлогі мотиви щодо наявності легітимної мети під час втручання у право мирного володіння майном за статтею 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Зокрема, ВП ВС звернула увагу на те, що у спорах стосовно прибережних захисних смуг, земель лісогосподарського призначення, інших земель, які перебувають під посиленою правовою охороною держави, остання, втручаючись у право мирного володіння відповідними земельними ділянками з боку приватних осіб, може захищати загальні права на безпечне довкілля, непогіршення екологічної ситуації, запобігати використанню власності на шкоду людині та суспільству. Ці інтереси реалізуються, зокрема, через цільовий характер використання земельних ділянок<sup>15</sup>. Щодо пропорційності втручання та переважання суспільного інтересу у контролі за використанням земельних ділянок,

зайнятих прибережними захисними смугами, над приватним інтересом у заволодінні такими ділянками для житлового будівництва ВП ВС зазначила, що суспільний інтерес у поверненні спірної земельної ділянки до комунальної власності спрямований на задоволення соціальної потреби у відновленні законності, становища, яке існувало до порушення права власності народу на землю, у збереженні прибережних захисних смуг, недопущенні зміни цільового призначення земель водного фонду, земель рекреаційного призначення та їх передання у власність з метою житлового будівництва; загальний інтерес у контролі за використанням земельної ділянки за цільовим призначенням для гарантування безпечності довкілля та непогіршення екологічної ситуації у цій справі переважає приватний інтерес відповідача у збереженні земельної ділянки у власності. Таке повернення земельної ділянки є пропорційним з огляду на обізнаність відповідачів із фактичним місцезнаходженням спірної земельної ділянки та законодавчими обмеженнями на її передання у приватну власність та наявність у національному законодавстві додаткових ефективних засобів юридичного захисту, зокрема, звернення із вимогою про відшкодування збитків на підставі статті 661 ЦК України<sup>16</sup>.

### Висновки

Аналіз актуальної судової практики та чинних положень процесуальних кодексів продемонстрував, що нові підходи до визначення ефективних способів захисту вже широко використовуються для поновлення прав та інтересів громадян, юридичних осіб та держави у земельних спорах. Сучасний стан розвитку правового інструментарію, що наданий власникам суб'єктивних прав на захист прав власності та землекористування у земельних відносинах, у тому числі новелою цивільного судочинства – визначення судом ефективного способу захисту, що не суперечить закону, свідчить про те, що власники та землекористувачі земельних ділянок поряд із традиційними критеріями обрання судових способів захисту законності та належності також повинні відповідати критеріям ефективності та співмірності (пропорційності). У спорах стосовно прибережних захисних смуг, земель лісогосподарського призначення, інших земель, які перебувають під посиленою правовою охороною держави, під час визначення ефективних способів захисту слід враховувати не тільки формальні засоби правового захисту, а й загальний правовий і політичний контекст, у якому вони діють, й конкретні обставини справи.

<sup>14</sup> Захист права власності. Правові позиції Верховного Суду: коментарі науковців/ О.П. Печений, І.В. Спасибо-Фатєєва та ін., за заг. ред. І.В. Спасибо-Фатєєвої. Харків, 2020. 496 с. С. 69.

<sup>15</sup> Постанова ВП ВС від 12.06.2019 у справі № 6-487/10128/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85541621> (дата звернення: 18.06.2020).

<sup>16</sup> Постанова ВП ВС від 12.06.2019 у справі № 6-487/10128/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85541621> (дата звернення: 18.06.2020).

## European Union legal regulation on collective redundancies

**Rym Olena**

*Candidate of Juridical Sciences,  
Associate Professor of Social Law Department  
of Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine*

In the article, the rules of the European Union on collective redundancies are analyzed. The preconditions for EU intervention in this sphere of public relations are clarified. The concept of collective redundancies is described. To qualify the dismissal as a collective, the employer must dismiss the employee for one or more reasons not related to the employee's identity, and the number of dismissals must reach special thresholds.

The range of employees who can be fired is studied. In particular, the question is being raised whether should all employees of the enterprise in general or only those working in a particular structural unit in the process of restructuring be taken into account when calculating the relevant thresholds that trigger the collective redundancy procedure.

It is emphasized that the concept of "redundancy" should have a single supranational definition and should not be limited to the level of Member States. However, it should cover not only redundancies for structural, technological, or cyclical reasons but should also apply to any termination of employment contracts that are not related to the identity of the employee, not initiated by employees, and without their consent. It is noted that the death of an employer, which caused the termination of employment contracts of a significant number of employees, does not mean collective redundancies.

Mandatory elements of the collective redundancy procedure are examined. In particular, the requirement for the employer to notify the competent national authorities in writing of any planned collective redundancies and the employer's obligation to consult with employees' representatives to prevent dismissal and minimize its negative consequences.

It is concluded that at the EU level there is only partial harmonization of rules for the protection of workers in the event of collective redundancies. At the same time, the EU does not seek to establish a mechanism for general financial compensation in the event of job losses. The main task of Directive 98/59/EC is to establish a common format within which employees 'and employers' representatives can agree on collective redundancies. That is why many of its provisions are designed to provide a process of consultation with employee representatives before the employer begins mass layoffs.

### Правове регулювання колективних звільнень у Європейському Союзі

**Рим Олена Михайлівна**

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри соціального права  
Львівського національного університету імені Івана Франка, Україна*

#### Вступ

Повноваження Європейського Союзу ухвалювати правові акти щодо захисту працівників у випадку припинення трудових відносин вперше були визначені Угодою про соціальну політику (додаток до Маастрихтського договору (1993 р.). Зокрема, стаття 3 цієї Угоди уповноважувала Раду одноголосно приймати рішення щодо захисту працівників у випадках припинення трудового договору. Амстердамський та Ніццький договори продублювали відповідне положення. Незмінним воно залишилось і в Лісабонському договорі (2009 р.). Таким чином, сьогодні стаття 153 Договору про функціонування ЄС (далі ДФЄС) є правовою основою компетенції ЄС із питань припинення трудових відносин.

Про право кожного працівника на захист у разі необґрунтованого звільнення читаємо

також у статті 30 Хартії основоположних прав ЄС. На думку європейських дослідників трудового права, таке формулювання означає, що справедливих та законних причин для припинення трудового договору недостатньо. Для того щоб звільнення вважалось обґрунтованим, воно повинне відповідати не лише матеріальним, але й процедурним вимогам. Зокрема, гарантії реалізації права бути почутим та консультуватися на індивідуальному чи колективному рівнях є частиною процедур, необхідних для забезпечення належного захисту<sup>1</sup>.

Попри той факт, що ЄС наділений компетенцією ухвалювати акти з питань припинення трудових відносин, досі спеціального регламенту чи директиви із цього питання немає. Регулювання припинення

<sup>1</sup> Bruun N. Protection in the event of unjustified dismissal (Article 30) in European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights – summary version – European Trade Union Institute (ETUI). Brussels, 2002. С. 66.

трудої діяльності є однією з чотирьох сфер соціальної політики, перелічених у статті 153 (1) ДФЕС, яка не підлягає звичайній законодавчій процедурі. Таким чином, вимога одноголосності під час ухвалення рішення щодо розірвання трудового договору, яка доповнюється небажанням держав-членів підтримувати ініціативи ЄК про формування відповідного законодавства ЄС, сукупно пояснюють відсутність наднаціонального регулювання в цій сфері. Зрештою сама Європейська Комісія не надто активно напрацьовує законодавчі пропозиції про припинення трудового договору, бо поєднати гнучкість правового регулювання з гарантіями безпеки працівників у питаннях припинення трудових відносин вкрай важко<sup>2</sup>. Навіть такий важливий інструмент м'якого права ЄС, як Хартія основоположних соціальних прав працівників, не встановлює спеціальних гарантій на випадок розірвання трудового договору. Водночас у ній наголошується, що створення внутрішнього ринку має призвести до поліпшення життєвих та робочих умов працівників у Європейському Союзі, в тому числі і стосовно процедур колективного скорочення чисельності персоналу.

**Метою** статті є вивчення правил Європейського Союзу щодо колективних звільнень.

### Виклад основного матеріалу

У розвиток положень Хартії ЄС про основоположні соціальні права працівників ще у 1975 році було ухвалено Директиву 75/129 про наближення законодавства держав-членів щодо колективних звільнень<sup>3</sup>. Передумовами для втручання ЄС у цю сферу суспільних відносин були численні закриття та реструктуризація багатьох підприємств внаслідок нафтової кризи 1973 року. Економічні труднощі, які спричинили масові звільнення, поставили на порядок денний питання узгодження законодавства держав-членів про практичні механізми колективних звільнень, щоб забезпечити більший захист працівників у разі скорочень персоналу<sup>4</sup>.

Згодом у 1998 році Директива 75/129 була скасована та замінена Директивою 98/59/ЄС<sup>5</sup> з однойменною назвою. Таким чином, на рівні ЄС було визнано, що економічна та соціальна стабільність безпосередньо поєднані з механізмами захисту працівників у випадку колективного звільнення.

У ЄС для того, щоб звільнення була кваліфіковане

як колективне, роботодавець повинен звільнити працівників з однієї або декількох причин, що не пов'язані з особистістю працівника, а кількість вивільнених повинна досягати таких порогових значень:

1) протягом 30-ти денного періоду:

– щонайменше 10 працівників установи, у якій зазвичай працює більше 20 і менше 100 працівників, або

– щонайменше 10 % працівників установи, де працює в середньому не менше 100 працівників, але не більше 300, або

– щонайменше 30 працівників установи, де працює 300 і більше працівників;

2) протягом 90 днів – принаймні 20 працівників, незалежно від загальної кількості працюючих в установі.

При цьому індивідуальні звільнення (за умови, що їх принаймні п'ять) можуть бути враховані під час обчислення загальної кількості вивільнених, якщо відповідні розірвання трудового договору за ініціативою роботодавця не стосувались особистих якостей працівників та відбулись одночасно з колективними звільненнями.

Термін «установа» (*establishment*), який використано в Директиві 98/59/ЄС, зумовив труднощі з його розумінням та, відповідно, застосуванням<sup>6</sup>. А саме виникла потреба з'ясувати, чи загалом усі працівники підприємства, чи лиш ті, хто зайняті в окремому структурному підрозділі, щодо якого проводиться реструктуризація, повинні братись до уваги для обчислення відповідних порогових величин, які дають старт процедурі колективного звільнення. Відповідні запитання були адресовані Суду ЄС, який запропонував широке розуміння поняття «установа». Зокрема, у справах *Rockfon A/S v Specialarbejderforbundet i Danmark*<sup>7</sup> та *Athinaiki Chartopoiia AE v L. Panagiotidis and Others*<sup>8</sup> Суд ЄС постановив, що установою можна вважати місцеву структурну одиницю, де працівники виконують свої обов'язки, а не лише компанію загалом, під контролем якої здійснюється відповідна господарська діяльність у певному регіоні. При цьому не важливо, чи такий структурний підрозділ географічно відокремлений від інших підрозділів та об'єктів підприємства, чи є юридично, економічно, фінансово, адміністративно або технологічно автономним, та чи має власне керівництво, яке може самостійно здійснювати колективні звільнення<sup>9</sup>. Для цілей Дирек-

<sup>2</sup> Peers, S., Herve, T., Kenner, J. and Ward, A. (eds.) *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. Nomos, C.H. Beck, Hart Publishing, 2014. P. 806.

<sup>3</sup> Council Directive 75/129/EEC of 17 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies OJ L 48, 22.2.1975, p. 29–30.

<sup>4</sup> Collective redundancies URL : <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/collective-redundancy>.

<sup>5</sup> Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies OJ L 225, 12.8.1998, p. 16–21.

<sup>6</sup> Redondo J.J. The new legal framework of the thresholds of dismissals, following the judgment of the Court of Justice of the European Union, fifth chamber, of 13 May 2015, Case C-392/13. *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal* (November 2015), Vol. 4, No. 1-2, p. 47, 52.

<sup>7</sup> Judgment of the Court (First Chamber) of 7 December 1995. *Rockfon A/S v Specialarbejderforbundet i Danmark*. Case C-449/93. ECLI identifier: ECLI:EU:C:1995:420.

<sup>8</sup> Judgment of the Court (First Chamber) of 15 February 2007. *Athinaiki Chartopoiia AE v L. Panagiotidis and Others* Case C-270/05. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2007:101.

<sup>9</sup> Ibid.

тиви 98/59 установа в межах підприємства повинна володіти певним ступенем постійності та стабільності для виконання покладених на неї завдань. Зокрема, мати власну робочу силу, технічні засоби та певну організаційну структуру.

Відтак у контексті Директиви 98/59/ЄС ототожнювати установу з підприємством чи юридичною особою не можна. Судове тлумачення обмежило, наскільки це можливо, випадки колективних звільнень, які не підпадають під дію Директиви 98/59<sup>10</sup>, адже запропонувало розуміти поняття «установа» не лише як компанію загалом, але й як структурну одиницю підприємства, працівники якої вивільнюються<sup>11</sup>.

Важливо наголосити, що Директива 98/59/ЄС застосовується в тих випадках, коли роботодавець вирішує припинити ведення бізнесу загалом чи в певній місцевості або ж зменшити кількість зайнятих там працівників. Водночас смерть роботодавця, яка стала причиною припинення трудових договорів значної кількості працівників, не означає колективного звільнення в розумінні Директиви 98/59/ЄС. Рішення Суду ЄС у справі *Ovidio Rodríguez Mayor and Others v Succession vacante de Rafael de las Heras Dávila and Sagrario de las Heras Dávila* роз'яснює, що такі звільнення не можна кваліфікувати як «колективне звільнення», оскільки положення Директиви 98/59/ЄС вимагають ініціативи роботодавця провести масове вивільнення та розпочати у зв'язку із цим спеціальну процедуру, обов'язковим елементом якої є попередні консультації із представниками працівників<sup>12</sup>. Таким чином, для колективних звільнень роботодавець повинен фактично існувати та вчиняти зі свого боку необхідні дії.

Положення Директиви 98/59/ЄС також не застосовуються в разі закінчення строкових трудових договорів, крім випадків вивільнення працівників до закінчення терміну їхньої дії, а також щодо службовців державних установ або інших органів управління та членів екіпажу морських суден.

Для цілей Директиви 98/59/ЄС важливо, щоб поняття «вивільнення» мало єдине наднаціональне визначення і не обмежувалось на рівні держав-членів. При цьому, як роз'яснив Суд ЄС, воно повинно охоплювати не лише звільнення через структурні, технологічні чи циклічні причини, але й будь-які розірвання трудових договорів, що не пов'язані

з особистістю працівника, проводяться не з ініціативи працівників та без їхньої згоди. Припинення трудових договорів без згоди працівників через зовнішні обставини, що не залежать від волі роботодавця, також підпадають під дію Директиви<sup>13</sup>. Яскравим прикладом, що ілюструє останню ситуацію, є ухвалення рішення суду про припинення діяльності підприємства.

Директива 98/59/ЄС зобов'язує роботодавців, які планують колективні звільнення, консультиватися із представниками працівників на предмет запобігання вивільнення та мінімізації негативних наслідків такого. А саме в рамках переговорів повинні бути з'ясовані такі питання, як зменшення кількості постраждалих працівників, запровадження альтернативних соціальних заходів, таких як перекваліфікація працівників, які втратили роботу, а також їхнє переведення та ін.

Кого саме вважати представниками працівників, вправі вирішувати держави-члени. Однак певні межі розсуду у визначенні кола уповноважених суб'єктів все ж закріплені. Зокрема, у справі *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* Суд ЄС наголосив, що положення національного законодавства щодо обов'язкового консультивання лише із профспілками як представниками працівників звужує зобов'язання роботодавця провести консультації, а відтак порушує Директиву 98/59/ЄС. З урахуванням цього Великобританії довелося розробити спеціальні механізми представництва для підприємств, де профспілки не функціонували чи працівники в такі не були об'єднані<sup>14</sup>.

Директива 98/59/ЄС також зобов'язує роботодавця надавати представникам працівників усю необхідну інформацію під час консультацій та, в будь-якому випадку, в письмовій формі повідомляти їх про таке:

- причини та період вивільнення;
- кількість та категорія робітників, які зазвичай працюють;
- кількість працівників, яку заплановано звільнити;
- критерії, які використовуються для вибору працівників, які підлягають вивільненню;
- метод для обчислення компенсації, якщо така гарантується.

Після ухвалення Директиви 75/129 чимало роботодавців стверджувало, що їхні можливості надати

<sup>10</sup> Opinion of Advocate General Wahl delivered on 5 February 2015. *Valerie Lyttle and Others v Bluebird UK Bidco 2 Limited*. Case C-182/13. *Andrés Rabal Cañas v Nexea Gestión Documental SA and Fondo de Garantía Salarial*. Case C-392/13. Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDAW) and B. Wilson v WW Realisation 1 Ltd and Others. Case C-80/14. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2015:65.

<sup>11</sup> Redondo J.J. The new legal framework of the thresholds of dismissals, following the judgment of the Court of Justice of the European Union, fifth chamber, of 13 May 2015, Case C-392/13. // *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal* (November 2015), Vol. 4, No. 1-2, p. 52.

<sup>12</sup> Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 10 December 2009. *Ovidio Rodríguez Mayor and Others v Succession vacante de Rafael de las Heras Dávila and Sagrario de las Heras Dávila*. Case C-323/08. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2009:770.

<sup>13</sup> Judgment of the Court (Second Chamber) of 12 October 2004. *Commission of the European Communities v Portuguese Republic*. Case C-55/02. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2004:605; Judgment of the Court (First Chamber) of 7 September 2006. *Georgios Agorastoudis and Others (C-187/05), Ioannis Pannou and Others (C-188/05), Kostandinos Kotsabouggioukis and Others (C-189/05) and Georgios Akritopoulos and Others (C-190/05) v Goodyear Hellas ABEE*. Joined cases C-187/05 to C-190/05. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2006:535.

<sup>14</sup> Judgment of the Court of 8 June 1994. *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*. Case C-383/92. ECLI identifier: ECLI:EU:C:1994:234.

потрібні для консультацій відомості обмежені, адже відповідальність за масові вивільнення та представлення релевантної інформації покладена на материнські компанії чи великі групи, що їх контролюють. Для усунення цієї прогалини 1992 року до Директиви 75/129 було внесено зміни, і відтоді роботодавці зобов'язані дотримуватись усіх елементів процедури вивільнення незалежно від того, чи рішення щодо колективного звільнення було ухвалено роботодавцем або установою, якій він підпорядковується<sup>15</sup>.

Одним із обов'язкових елементів процедури колективних звільнень, які встановлені на рівні ЄС, є адресована роботодавцю вимога письмово повідомляти компетентні національні органи про будь-які заплановані колективні звільнення. Копія такого повідомлення передається представникам працівників для того, щоб останні могли представити цьому ж національному органу власні доводи та аргументи щодо вивільнення.

Процедура колективного звільнення, про планування якого було повідомлено компетентному державному органу влади, може бути розпочата не раніше 30 днів після повідомлення. Держави-члени вправі надати державним органам повноваження скоротити цей період або продовжити його до 60 днів із метою урегулювання спірних аспектів вивільнення.

На випадок порушення роботодавцем обов'язку провести консультації із представниками працівників щодо колективних звільнень держави-члени повинні закріпити ефективні засоби правового захисту, які мають бути еквівалентними тим, що застосовуються в подібних ситуаціях за національним законодавством. Питання оцінки таких засобів часто стає предметом розгляду Суду ЄС. У справі *Mono Car Styling SA, in liquidation v Dervis Odemis and Others*, наприклад, Суд ЄС підтвердив, що з огляду на колективний характер права на консультації, відповідати-муть Директиві 98/59/ЄС положення національного закону, які дозволяють представникам працівників оскаржувати будь-які порушення процедури вивільнення з боку роботодавця. При цьому обмеження можливостей окремих працівників оскаржити дії роботодавця є допустимими, адже відповідне право як індивідуальне є додатковим засобом захисту<sup>16</sup>.

У справі *Irmtraud Junk v Wolfgang Kühnel* Суд ЄС констатував, що зобов'язання щодо консультування та повідомлення про колективні звільнення виникають до прийняття роботодавцем рішення про вивільнення. Зокрема, Суд наголосив, що ефек-

тивність зобов'язання консультуватись із представниками працівників буде порушена, якщо дозволити роботодавцю розривати трудові договори під час цієї процедури або навіть на її початку. Адже значно складніше домогтись скасування вже ухваленого рішення, ніж завадити ухваленню рішення, що планується<sup>17</sup>.

Наведені судові інтерпретації можуть бути покладені в основу висновку про те, що держави-члени повинні закріпити такі засоби захисту, які зобов'язують роботодавців завершити процедуру консультацій. Ефективними засобами захисту вважатимуться вже згадане право оскаржити бездіяльність роботодавця або ж закріплення, як підстави для визнання вивільнення недійсним, проведення такого без попередніх консультацій із представниками працівників<sup>18</sup>. А от зобов'язання виплатити грошову компенсацію вивільненим працівникам у разі недотримання вимог щодо консультування не вважається стримуючим засобом, тому назвати таке ефективним засобом захисту не можна<sup>19</sup>.

### Висновки

Аналіз судової практики та положень Директиви 98/59/ЄС доводить, що на рівні ЄС здійснюється лише часткове узгодження правил захисту працівників у разі колективних звільнень. При цьому ЄС не прагне встановити механізм загальної фінансової компенсації у випадку втрати роботи. Основне завдання Директиви 98/59/ЄС полягає у створенні спільного формату, в рамках якого представники працівників та роботодавців можуть домовлятися щодо порядку колективних звільнень. Саме тому чимало її положень покликано забезпечити процес консультацій із представниками працівників ще до того, як роботодавець розпочне масові скорочення.

Директива 98/59/ЄС сама по собі не створює і не надає жодних прав, як індивідуальних, так і колективних. Вона встановлює обов'язок держав-членів закріпити низку гарантій процедурного характеру в разі колективних звільнень. Іншими словами, підхід ЄС полягає не в наданні прав тим, хто постраждав від колективних звільнень, а в покладенні зобов'язань на роботодавців, які вирішили такі звільнення провести. Таким чином, метою Директиви є не запобігання колективним звільненням, а допомога працівникам прийняти ці зміни та адаптуватись до нових умов шляхом проведення попередніх консультацій із роботодавцем. А запропоновані на вибір порогові величини для кваліфікації колективного

<sup>15</sup> Council Directive 92/56/EEC of 24 June 1992 amending Directive 75/129/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies OJ L 245, 26.8.1992, p. 3–5 ; Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 10 September 2009. *Akavan Erityselalojen Keskusliitto AEK ry and Others v Fujitsu Siemens Computers Oy*. Reference for a preliminary ruling: *Korkein oikeus – Case C-44/08*. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2009:533.

<sup>16</sup> Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 16 July 2009. *Mono Car Styling SA, in liquidation v Dervis Odemis and Others* Case C-12/08. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2009:466.

<sup>17</sup> Judgment of the Court (Second Chamber) of 27 January 2005. *Irmtraud Junk v Wolfgang Kühnel*. Case C-188/03. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2005:59.

<sup>18</sup> Anne C. L. Davies EU Labour Law Cheltenham/Northampton, UK: Edward Elgar Pub., 2012. p. 225.

<sup>19</sup> Judgment of the Court of 8 June 1994. *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*. Case C-383/92. ECLI identifier: ECLI:EU:C:1994:234.

звільнення радше доводять, аніж спростовують її орієнтацію на масштабні втрати робочих місць. Саме ж наближення законодавства держав-членів про колективні звільнення в контексті посилення

захисту працівників зумовлюється потребою ліквідувати відмінності, що існують між відповідними національними положення, адже такі прямо впливають на функціонування внутрішнього ринку.

**Theoretical aspects of consideration of ethics and responsibility in public administration****Tarasenko Tetiana**

*PhD in Public Administration, Associate Professor,  
Associate Professor at the Department  
of Public Administration and Local Government  
of Dnipropetrovsk Regional Institute for Public Administration  
of the National Academy for Public Administration  
under the President of Ukraine, Ukraine  
<https://orcid.org/0000-0002-2713-6990>*

**Sorokina Nataliya**

*PhD in Public Administration, Associate Professor,  
Associate Professor at the Department  
of Public Administration and Local Government  
of Dnipropetrovsk Regional Institute for Public Administration  
of the National Academy for Public Administration  
under the President of Ukraine, Ukraine  
<https://orcid.org/0000-0002-0804-330X>*

The paper is aimed at clarifying the essence and defining the main dimensions of consideration of ethics and responsibility in public administration at the current stage of the state and society development. The research is based on the interdisciplinary approach which takes into consideration philosophic, sociological, legal, managerial aspects of ethics and responsibility. It contributes to more fully reveal of the interconnection between these two concepts and to specify the role of law and morality in regulating relations between ethics and responsibility in public administration. It has been grounded the importance of distinguishing trust to public authorities as a measure of ethics in this field and the basis for building relationship between government and society in conditions of deepening of their relations and variety of linkages. The deepening of the processes of democratization allows speaking about dynamics of the concept of “responsibility” in public administration. The advancement in regulating responsibility relations is considered an important resource for ensuring good governance, and improving its efficiency and effectiveness. After analyzing the main dimensions of the ethics of public administration, it was found that such an important dimension is trust in public institutions and public administration institutions.

It has been confirmed that ethics and responsibility in public administration belong to the main factors that join the value basis of the organization and functioning of public administration and society development. Responsibility in public administration has an additional dimension of restrictions due to its tasks and functions. These restrictions significantly affect the process of determining its limits and facilities. At the same time, it is possible to speak about different levels of responsibility: responsibility as a means for regulating the activity under the pressure of social and legal norms; responsibility built on one`s own choice.

**Introduction**

During various stages of society and state development the urgency of ethics and responsibility in public power activity remains. In the context of modern theory on public administration the need to deepen knowledge about the regulation of these relations in the process of public administration organization and functioning is updated. The search for the means to ensure good governance requires a revision of approaches to requirements imposed to public servants and public authorities.

The paper is aimed at clarifying the essence and defining the main dimensions of consideration of ethics and responsibility in public administration at the current stage of the state and society development. The research is based on the interdisciplinary approach which takes

into consideration philosophic, sociological, legal, managerial aspects of ethics and responsibility. It contributes to more fully reveal of the interconnection between these two concepts and to specify the role of law and morality in regulating relations between ethics and responsibility in public administration.

The specific character and tasks of public administration determine the need for further specification of theoretical, legal, organizational grounds for building responsibility relations in this field. At the same time, in conditions of democracy development and the expansion of the freedom boundaries, new aspects of responsibility appear. In particular, it is connected with realization of the citizens` opportunity to take part in decision-making on socially significant issues, realization of rights and freedoms in local democracy.

### Ethics in public administration

To achieve the paper objective, it is necessary to focus on considering ethics as a system of moral norms and values, characteristic to particular social or professional group of people. As a philosophic science ethics focuses on the issues of essence and functioning of morality, specific nature of moral norms and values and the ways for their justification, defines moral aspects of human consciousness, activity, and communication. The term "ethics", as a doctrine of morality, is fixed by the works of Aristotle who considered that ethics occupies the position between psychology and politics<sup>1</sup>.

For our research it is of special significance to take into account the following important dimensions of the consideration of ethics as a science: the general theory of morality (philosophical problems of ethics), it is the origin of morality, its essence, structure, specific nature, relationship of moral necessity, freedom and responsibility; normative ethics as a set of requirements, regulations of society and stereotypes of an individual's behavior, his or her moral qualities that are in accordance with social moral norms; professional ethics which aims to describe and justify the specific features of morality characteristic to various professional groups, taking into consideration specific features of their activities<sup>2</sup>. Professional ethics is a theoretical basis for any professional activities revealed through the specific requirements in the area of morality imposed on the profession. Professional ethics deals, first of all, with norms, rules of conduct, it specifies the general moral requirements for the uniqueness of the particular profession<sup>3</sup>.

Ethics of public administration as a kind of professional ethics is an institutional ethics which derives from the mission and philosophy of public administration and expresses its values, ethical principles, norms and mechanisms of their support. The main public purpose of public administration, public servants' activities is to serve the people and every citizen. The whole ethical system of public administration in particular, values, principles, norms and rules of conduct, requirements to professional and ethical characteristics of public servants is built around the mission<sup>4</sup>. According to Ukrainian scientist T. Vasylevska, it is possible to form and support ethics of public servants efficiently only under conditions of combining moral factors (moral self-regulation, personal moral principles and qualities of public servants), and institutional influences (through which the state and the professional community create guaran-

tees of the proper behavior of the bureaucracy)<sup>5</sup>. Thus, the main attention in the research is paid to the consideration of moral actions and relations, moral consciousness in the process of fulfilling functions and tasks of the public service where the concept of morality is basic.

As general ethical dimensions of the efficiency of public administration the following ones are distinguished: inheritance, ensuring the national interests of Ukraine, universal values of democratic governance and best practices of efficient governance by the public administration system; correlation of the content/sense of normative and existed values of administrative activities; presence and nature of functioning of the elements that determine and ensure ethics in administration activity, in particular, the components of ethical infrastructure; the degree of availability of ethical components of the efficient administrative practices in contemporary public administration; the level of difference in the assessment of ethics in public administration by the main forces of social and economic space of the country and representatives of public administration<sup>6</sup>. Given the importance of each of the above-mentioned ethical dimensions, attention should be paid to the significance and importance of such ethical dimension as trust in public administration institutions. This trust includes a special ethical code of state-power relations based upon ethical credit and voluntary obligations. This very dimension is the main one in the process of establishment of relations between government and society, and can be considered an indicator of social stability which testifies to the readiness of society for serious reforms.

### Responsibility

The key category in regulation of relations in the field of public administration is responsibility which is a category of ethics and law. Social and philosophic context of its consideration is focused on defining such characteristics as the degree of relevance of a person, group, state's behavior to the existed social norms, laws; balance between duty and the degree of its fulfillment by a subject<sup>7</sup>; a person's dependence on something which is perceived as a determining ground for decision-making and performing actions<sup>8</sup>. It is important to note that it can be determined by a conscious perception by a person his or her social status or by

<sup>1</sup> Філософський енциклопедичний словник / наук.-ред. кол. В.І. Шинкарук (голова) [та ін.] ; Інститут філософії ім. Г.С. Сковороди НАНУ. Київ : Абрис, 2002. 742 с.

<sup>2</sup> Вербівський Д.С. Деякі аспекти становлення професійної етики. Вісник Житомирського державного університету. Педагогічні науки. Випуск 49. 2010. С. 90. URL : [http://eprints.zu.edu.ua/4075/1/Vip\\_49\\_18.pdf](http://eprints.zu.edu.ua/4075/1/Vip_49_18.pdf).

<sup>3</sup> Гусейнов А.А. Этика: энциклопедический словарь / под ред. Р.Г. Апресяна, А.А. Гусейнова. Москва : Гардарика, 2001. С. 389.

<sup>4</sup> Василевська Т.Е. Етика державного управління : підручник ; за заг. ред. Т.Е. Василевської. Київ : НАДУ, 2015. С. 39.

<sup>5</sup> Василевська Т.Е. Етичні аспекти реформування системи державної служби. Демократичне врядування. 2011. Вип. 7. URL : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeVr\\_2011\\_7\\_18](http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeVr_2011_7_18).

<sup>6</sup> Саламатов В.О. Визначення вимірів етичності державної служби. Новітні стратегії реформування державної служби в умовах європейської інтеграції / за заг. ред. проф-рів Ю.В. Ковбасюка і В.Л. Федоренка; матеріали круглого столу за міжнародною участю (м. Київ, 5 грудня 2014 р.). Київ : Вид-во Ліра-К, 2014. С. 121.

<sup>7</sup> Філософський енциклопедичний словник / наук.-ред. кол. В.І. Шинкарук (голова) [та ін.] ; Інститут філософії ім. Г.С. Сковороди НАНУ. Київ : Абрис, 2002. С. 87.

<sup>8</sup> Философия : энциклопедический словарь / под. ред. А.А. Ивина. Москва : Гардарика, 2006. С. 620.



concluded agreements. At the same time, the conditionality by the status is realized by a person as a calling, and the conditionality by the agreement is realized as a duty. Such dual nature of responsibility is revealed in the dimension of “responsibility to”, another sense is put in the “responsibility for”<sup>9</sup>. In order to define administrative context of responsibility it is interesting to reveal its essence in the dimension of “responsibility to”, in particular, with regard to responsibility of public servants, public authorities to citizens.

Studying the nature of responsibility, we inevitably apply to law and morality which are the main means of rule-making in regulating social relations. We must take into account the existence of tight links of responsibility with freedom, its expansion in terms of the deepening of democracy<sup>10</sup>. The key category which allows revealing the interdependence of responsibility and freedom is law. The best thing about this is to recognize that the law society is a form of realization of responsibility as well as such values as justice, equity, freedom, trust and others<sup>11</sup>.

Psychologically speaking, it is interesting to study responsibility as one of the forms of manifestation of personal potential as one of the main elements of the mechanism of an individual's self-determination. Such a vision is based upon the fact that responsibility is defined as inner regulation due to the values<sup>12</sup>. Responsibility is also disclosed as the goal of education, moral feature of a person, quality which reflects the duty acknowledged by a person<sup>13</sup>. Here, the other side of relationship between freedom and responsibility illustrates the person's degree of maturity depending on the ability to take responsibility for his or her actions. The unwillingness to take responsibility results in the lack of own freedom through depriving the opportunity to make own choice and decisions. Such approach is used in the context of consideration of politics problems where responsibility is defined as a duty to be responsible for certain actions, to be a guarantor of something, to fulfill the promises; it is associated with the duty of correcting the damage caused by his or her action, being subject to punishment<sup>14</sup>.

Consequently, the basic concepts which allow a more complete disclosure of the content of responsibility are

freedom, duty, choice, awareness of consequences, responsibility. Responsibility is based on a person's opportunity to make a choice how to act, what decision to make. In this regard, it is determined that freedom to some extent is a choice<sup>15</sup>. It is essential to distinguish such context of responsibility as responsibility to others and to oneself based on recognition of one's own duty and harmonization of the activity in accordance with it. Thus, to understand the essence of responsibility it is essential to take into account the ability to be responsible for own actions.

Thus, responsibility is based on defining the degree of compliance of certain subjects' behavior with existed norms and rules, duty and awareness of their roles. Such social and philosophic content of responsibility is enshrined in legal norms, organizational and legal foundations of public administration.

Consequently, the vector of responsibility – law – morality is joined by such concepts as duty, ability to be responsible for actions or inactions by an individual, a group of people, or an organization. In the administrative context it is important to take into account that responsibility is exercised both on the basis of regulation of subject-subject as well subject-object relations. Disclosure of these relations is of great importance. Also, it is essential that the degree and means of ensuring responsibility of authorities is determined by the way they are empowered: elections, appointment, and approval. Responsibility as a regulator in the system of public-administrative relations is due to the specific nature of the subject and the object of responsibility.

Consequently, special attention should be paid to consideration of such characteristics of responsibility as duty and opportunity which determine the nature and degree of responsibility<sup>16</sup>. At the same time, duty must be in compliance with opportunities, so formalizing the functions of a certain subject is the main for determining his or her duty as for making decisions and actions. The duty should be based on the existence of necessary capabilities to perform these functions. The studies indicated that such capability is based on knowledge, skills and competences<sup>17</sup>. In this context it is important to recognize that legal and moral aspects of responsibility become of great importance due to specific nature of their activity aimed at fulfilling the tasks entrusted by society.

Thus, responsibility belongs to a list of main characteristics of the public administration system. It is an essential component which ensures the compliance of activities of public authorities with expectations, interests, needs of citizens, since it is the basis for building

<sup>9</sup> Философия : энциклопедический словарь / под. ред. А.А. Ивина. Москва : Гардарики, 2006. С. 620.

<sup>10</sup> Філософський енциклопедичний словник / наук.-ред. кол. В. І. Шинкарук (голова) [та ін.] ; Інститут філософії ім. Г.С. Сковороди НАНУ. Київ : Абрис, 2002. С. 87.

<sup>11</sup> Мануйлов С.М. Відповідальність як ціннісна константа буття правового суспільства. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. № 2 (21). 2014. С. 28.

<sup>12</sup> Пушков О.О. Відповідальність як компонент особистісного потенціалу. *Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія : Психологія*. 2012. № 1032, вип. 50. С. 32–35. URL : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/VKHP\\_2012\\_1032\\_50\\_10](http://nbuv.gov.ua/UJRN/VKHP_2012_1032_50_10).

<sup>13</sup> Мануйлов С.М. Відповідальність як ціннісна константа буття правового суспільства. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»* № 2(21). 2014. С. 25.

<sup>14</sup> Touppictionnaire : le dictionnaire de politique. URL : <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Responsabilite.htm>.

<sup>15</sup> Бондарчук М.М. Філософсько-правове обґрунтування взаємозалежності принципів «свобода» та «відповідальність». *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 1. С. 288.

<sup>16</sup> Лаказова Г. Ответственность личности в социокультурных отношениях. *Власть*. 2013. № 3. С. 26–29.

<sup>17</sup> Лаказова Г. Ответственность личности в социокультурных отношениях. *Власть*. 2013. № 3. С. 28.

relation between state, citizens and society. Responsibility also can be considered as a mechanism of self-identification of the public administration system. The context of responsibility of public servants, public authorities involves consideration of authorities' activities in terms of the result of this activity, its consequences for citizens and society as a whole. Accordingly, responsibility is an important component in the assessment of authorities' activities.

### **Conclusions**

The research makes it possible to note the significance of such a measure dimension of ethics in public administration as trust to public authorities which is an important prerequisite for the establishment of relations between government and society. Consideration of the responsibility content in the context of various fields of knowledge, taking into consideration the deepening of democratization in organization of public life makes it possible to speak about dynamism of the category "responsibility" in public-administrative activity. Improving the regulation of responsibility relations is considered an important resource for ensuring good governance, increasing the efficiency and effectiveness of public servants and public authorities.

Depending on the scope of application various aspects of considering responsibility are revealed: in law this category is tightly connected with sanctions, punishment for violation of certain legal norms; in ethical, moral context responsibility is considered a mechanism of self-regulation, the basis for committing acts and actions in accordance with values of personal guidance; in politics responsibility is seen through the problems of political development, justice, building relations between state, citizens and society. All these aspects are the point of intersection with administrative sphere, public relations, connected with the exercise of power influence on people from public authorities.

The raise of attention to the principle of responsibility in modern theories of public administration proves the need for shifting to the new level of building responsibility relations between the public authorities. Responsibility is reflected in the concepts of "responsible administration", "responsible activity" which

characterize the essential features of the current view on trends in the development of public administration. Consequently, it is a means for understanding, conscious attitude of the public authorities to their own obligations and duties, acknowledgement of their roles.

The analysis of scientific approaches confirms the statement that responsibility, among other things, should be regarded as relations of dependence stipulated by the norms of society, their own values and instructions. In public administration responsibility issues receive an additional dimension of restrictions due to its tasks and functions. These restrictions have an essential influence on limits of responsibility, measures and means of ensuring it. Here, responsibility lies in the importance of public authorities to regulate their activity in compliance with expectations, needs and legitimate interests of citizens and society. Along with it, it is possible to speak about the different levels of responsibility: responsibility as a means for regulation of activity under the pressure of social, legal norms; responsibility built at one's own choice.

Ethics and responsibility are the factors which join valuable basis for organization and functioning of public administration. These are necessary factors of building relations between state, citizens, society aiming at realizing rights, freedoms and interests of citizens, meeting the needs of society in the development of all spheres of life.

The research confirms the conclusion that the important task of the public administration ethics is to raise the level of moral and ethical foundations of public servants, provide them with knowledge that will enable them to overcome the contradictions in their professional activity easier. Also, there is a necessity to address the issues of regulating the rules of ethics and responsibility of public servants for their violation which will be not only fixed in the normative acts, but also be certainly implemented in practice.

In the context of practical realization of modern concepts of public administration, the topical scientific task is to study different approaches to the division of responsibility between public authorities, civil society institutions and business. Further research of this problem requires thinking about contemporary challenges to building relations of ethics and responsibility.

**Terms of appointment of the dispute settlement procedure with the participation of a judge in the civil proceedings of Ukraine***Tykhanskyi Oleksandr**Judge of the Obukhiv District Court,**Teacher of the National School of Judges of Ukraine,**Graduate Student**of the Research Institute of Private Law and Entrepreneurship named**after Academician F.G. Burchak**of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine*

The author of the article investigated the purpose of the dispute resolution procedure with the participation of a judge in the civil proceedings of Ukraine. Achieving agreement between the parties to legal relations and the settlement of existing conflicts throughout human history has been the defining goal of regulating any social relations. It is established that before the adoption of the law on mediation and other alternative ways of resolving a dispute, the only possible legally defined procedural way to resolve a dispute peacefully with the help of another person to resolve the dispute with the participation of a judge. The urgency of the problem of applying the conciliation procedure is due to its novelty, special conditions of appointment and conduct. Effective implementation of the dispute settlement procedure, provided that the dispute settlement process, principles and procedure 1 can be explained to the parties, can be explained to the parties. The article outlines the role of the judge in initiating the application of the dispute settlement procedure and draws attention to the conditions of its appointment, including: mutual consent of the parties, conducting the trial on the merits. It is stated that the dispute settlement procedure can be used in both general and simplified litigation. The possibility of resolving the dispute in case of filing a counterclaim, the participation of several plaintiffs and defendants, third parties who do not declare independent claims on the subject of the dispute. There are general types of restrictions for the application of conciliation procedures, which are divided into objective, which are contained in the rules of law and subjective, which depend on the parties themselves, the nature of their disputed relationship and the specifics of the case. It is noted that the dispute settlement procedure cannot be conducted at the stage of appellate and cassation review of the case.

**Умови призначення процедури врегулювання спору за участі судді в цивільному процесі України***Тиханський Олександр Богданович**суддя Обухівського районного суду,**викладач Національної школи суддів України,**аспірант**Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва**імені академіка Ф.Г. Бурчака**Національної академії правових наук України, Україна***Вступ**

На даний час до прийняття закону про медіацію та інші альтернативні способи вирішення спору єдиним можливим законодавчо визначеним процесуальним способом мирно вирішити спір за допомогою іншої особи є процедура врегулювання спору за участі судді.

З огляду на викладене **метою** даної статті є дослідження умов та порядку призначення процедури врегулювання спору за участі судді в цивільному процесі.

**Виклад основного матеріалу**

Стаття 4 ЦПК України передбачає, що кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх

порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи законних інтересів. Відмова від права на звернення до суду за захистом є недійсною. У випадках, встановлених законом, до суду можуть звертатися органи та особи, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб або державних чи суспільних інтересах. Для можливості застосувати процедуру врегулювання спору за участі судді особа повинна звернутись до суду з відповідною позовною заявою.

КРЕС у своєму консультативному висновку звертає увагу, що звернення до посередництва в цивільних і адміністративних процесах може здійснюватися за ініціативою сторін або судді, також може бути дозволено рекомендувати сторонам звернутися до посередника. У будь-якому випадку сторонам також має бути дозволено відмовлятися від звер-

нення до посередництва. Така відмова не повинна порушувати право сторін на вирішення справи<sup>1</sup>.

Досягнення згоди між сторонами правовідносин та врегулювання наявних конфліктів протягом усієї історії людства було визначальною метою регулювання будь-який суспільних відносин. Тоді як самі дії з урегулювання наявних спорів теж формують певні особливі суспільні відносини між самими сторонами такого конфлікту з можливим залученням третіх осіб. Описані суспільні відносини, як і будь-які інші, потребують певного правового регулювання та правової визначеності, що і стало передумовою для формування в системі права окремого інституту примирення сторін<sup>2</sup>.

Чинне цивільне процесуальне законодавство нормативно закріплює умови призначення та проведення наведеної процедури. Так, основні процесуальні умови призначення процедури врегулювання спору за участі судді визначені у ч. 1 ст. 201 ЦПК України. Ключовою об'єктивною умовою є проведення процедури до початку розгляду справи по суті. А ключовою суб'єктивною умовою – згода сторін, що базується на принципі добровільності. Якщо звернути увагу на структуру ч. 2 ст. 197 ЦПК України, то вбачається, що в підготовчому засіданні суддя одразу після оголошення складу суду та з'ясування наявності підстав для відводу з'ясовує, чи бажають сторони укласти мирову угоду, передати справу на розгляд третейського суду або звернутися до суду для проведення врегулювання спору за участі судді.

Як зазначає О.І. Сергєєва, важливим є те, що запропонувати сторонам процедуру врегулювання спору за участі судді є обов'язком суду. Якщо сторони висловлять своє бажання скористатися цією процедурою, то суд не може їм відмовити. Крім того, сторони мають право самостійно подавати відповідне клопотання до суду<sup>3</sup>.

Згода на проведення процедури врегулювання цивільного спору повинна бути спільною, а тому в разі подачі відповідної заяви однією із сторін згода іншої сторони повинна бути обов'язковою умовою, та в разі відсутності такої згоди у проведенні примирної процедури повинно бути відмовлено.

Щодо ефективного повідомлення та роз'яснення права сторін на застосування примирної процедури, цілком доречний приклад запропонований Н.М. Грень у процедурі медіації, який також

може бути адаптований у процедурі врегулювання спору за участі судді. Так, науковцем зазначено, що існують дві практики повідомлення сторін, умовно їх можна поділити на активну та пасивну. До активної форми вчена відносить роз'яснення самим суддею права звернутися до медіатора і використати процедуру врегулювання конфліктів за допомогою медіації; консультування медіатором учасників судового процесу. До пасивної форми Н.М. Грень відносить роз'яснення права на звернення до процедури медіації в судових актах, створення відповідних буклетів, інформаційних стендів, які були б розміщені у приміщеннях судів і містили б основну інформацію про процедуру медіації, а також розміщення відомостей про медіаторів і саму процедуру на інтернет-сайтах судів<sup>4</sup>.

По суті, йдеться про інформаційну функцію цивільного процесу як додаткову, однак важливу функцію диспозитивного судового процесу.

Н.Л. Бондаренко-Зелінська звертає увагу на неоднозначність норми щодо ініціативи застосування процедури врегулювання спору та зазначає, що не зрозуміло, хто може бути ініціатором примирної процедури: тільки сторони, чи суддя також може із власної ініціативи запропонувати сторонам врегулювати спір і, за їхньої згоди, провести процедуру. З одного боку, аналіз наявних випадків застосування означеної процедури свідчить, що вона застосовувалась виключно за клопотанням однієї зі сторін. А з іншого, українське суспільство в основній його масі недостатньо обізнано про примирні процедури, переважна більшість пересічних українців (потенційних сторін конфлікту) просто не знають про сутність і переваги мирного врегулювання спору за допомогою судді. Тож ініціатива судді щодо врегулювання спору за його участі могла б сприяти поширенню інформації про такий спосіб захисту прав<sup>5</sup>.

Тобто з можливості примирення сторін та роз'яснення переваг мирного врегулювання суддя повинен розпочинати всі засідання, що дасть змогу із самого початку, не переходячи до вирішення інших процесуальних питань, пов'язаних із підготовкою розгляду справи по суті, з'ясовувати у сторін наявність намірів на мирне вирішення спору. Щодо мотивів, які суддя може використовувати для можливого застосування процедури врегулювання спору, то слід звернути увагу на схожу за змістом процедуру медіації та інші форми альтернативного вирішення спору. У таких процедурах важливо, що розгляд можливості використання альтернативної форми

<sup>1</sup> Висновок № 6 (2004) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо справедливого суду в розумний строк та ролі судді в судових процесах з урахуванням альтернативних засобів вирішення спорів. URL : [https://court.gov.ua/userfiles/visn6\\_2004.pdf](https://court.gov.ua/userfiles/visn6_2004.pdf) п.149-151.

<sup>2</sup> Василина Н.В. Врегулювання спору за участі судді і спрощене провадження у цивільному судочинстві України. URL : [http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/14842/Vasylyna\\_vrehuliyuvannia\\_sporu\\_za\\_uchastiu\\_suddi.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/14842/Vasylyna_vrehuliyuvannia_sporu_za_uchastiu_suddi.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

<sup>3</sup> Сергєєва О.І. «Врегулювання спору за участі судді у господарському процесі». Юридична газета. № 17. 2018. URL : <https://yur-gazeta.com/publications/practice/gospodarske-pravo/vregulyuvannya-sporu-za-uchastyu-suddi-u-gospodarskomu-procesi.html>.

<sup>4</sup> Грень Н.М. «Реалізація права людини на справедливий суд шляхом процедури присудової медіації: теоретико-правове дослідження». Львів, 2016. URL : [http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/38263/4/dysertaciyna\\_robota\\_na\\_zdobuttya\\_naukovogo\\_stupenya\\_kandydata\\_yurydychnyh\\_nauk\\_gren\\_n.m\\_2.pdf](http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/38263/4/dysertaciyna_robota_na_zdobuttya_naukovogo_stupenya_kandydata_yurydychnyh_nauk_gren_n.m_2.pdf).

<sup>5</sup> Бондаренко-Зелінська Н.Л. Врегулювання спору за участі судді: проблеми та перспективи застосування. Університетські наукові записки. № 67-68, 2018. С. 66. URL : <http://www.univer.km.ua/visnyk/1786.pdf>

завичай пов'язаний з оцінкою сторонами таких категорій, як ціна конфлікту (сукупність витрат, пов'язаних із виникненням, розвитком і завершенням конфлікту) і ціна виходу з конфлікту (різниця між втратами і прибутками як вираження результату конфлікту). Порівняння ціни конфлікту і ціни виходу з конфлікту дає змогу раціонально вирішити питання про те, чи варто продовжувати конфлікт, чи ж доцільно припинити його<sup>6</sup>. На нашу думку, зазначені мотиви щодо ціни спору, що може виражатись у вартості понесених судових витрат, затраченому часі на судовий розгляд, емоційній складовій частині під час процесу, також повинні застосовуватись суддею для роз'яснення переваг застосування процедури врегулювання спору. Щодо форми погодження сторонами процедури врегулювання спору, то, на нашу думку, така згода може бути висловлена сторонами як у письмовій, так і в усній формі з фіксацією у протоколі судового засідання.

ЦПК України передбачає, що цивільне судочинство здійснюється за правилами, передбаченими цим Кодексом, у порядку: наказного провадження; позовного провадження (загального або спрощеного); окремого провадження (ч. 2 ст. 19). Крім того, ч. 8 цієї статті визначено, що суди розглядають справи про оскарження рішень третейських судів, про оспорювання рішень міжнародного комерційного арбітражу, а також про визнання та надання дозволу на виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу, іноземного суду.

Постає закономірне запитання, чи можна всі вказані категорії цивільних справ вирішувати за допомогою врегулювання спору за участі судді. На нашу думку, звичайно, ні, оскільки основною метою для застосування будь-якої примирної процедури є наявність спору. А отже, врегулювання спору за участі судді можливо застосовувати виключно у справах позовного провадження, як загального, так і спрощеного. Крім того, ст. 42 ЦПК України визначено склад учасників справи, до яких віднесено сторони (позивач, відповідач), треті особи; під час розгляду вимог у наказному провадженні учасниками справи є заявник та боржник; у справах окремого провадження учасниками справи є заявники, інші зацікавлені особи. Тобто тільки у справах позовного провадження учасниками справи визначено сторони, позивач та відповідач, що узгоджується з умовами призначення процедури врегулювання спору, визначеними ч. 1 ст. 201 ЦПК України.

Як правило, поняття процедури врегулювання спору застосовується до розгляду справ у загальному позовному провадженні. Вказане підтверджується п. 2 ч. 2 ст. 197 ЦПК України, відповідно

<sup>6</sup> Шинкар Т.І. Сутність процедур примирення у системі альтернативного вирішення юридичних конфліктів (спорів) Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки : збірник наукових праць. Львів : Видавництво Львівської політехніки. № 876, 2017. С. 221.

до якого в підготовчому засіданні суд з'ясовує, чи бажають сторони укласти мирову угоду, передати справу на розгляд третейського суду або звернутися до суду для проведення врегулювання спору за участі судді. Крім того, як правило, справи, що розглядаються в порядку спрощеного провадження, є справами незначної складності та для яких пріоритетним є швидке вирішення справи.

Зважаючи на категорію справ, які розглядаються у спрощеному провадженні, зокрема трудові спори, про стягнення аліментів, розірвання шлюбу, на нашу думку, цілком доречно застосовувати процедуру врегулювання спору за участі судді у спрощеному провадженні без жодних обмежень до початку розгляду справи по суті. За загальним правилом процедура врегулювання спору за участі судді може бути призначена під час розгляду будь-якої цивільної справи, яка розглядається в позовному провадженні. Проте існує категорія справ, у яких суддя не може призначити примирну процедуру зважаючи на процесуальний характер сторін/учасників справи.

Із цього приводу наведемо думку С.В. Лазарева, який виділяє два загальних види обмежень для застосування процедур примирення: об'єктивні та суб'єктивні. Вчений визначає, що об'єктивні обмеження містяться в нормах права, тоді як суб'єктивні залежать від самих сторін, характеру їхніх відносин та специфіки справи<sup>7</sup>.

Розкриємо його думку більш детально та адаптуємо її до українських правових реалій. Так, перше обмеження щодо можливості призначення процедури врегулювання спору визначене у ч. 1 ст. 201 ЦПК України, відповідно до якої проведення врегулювання спору за участі судді не допускається в разі, якщо у справу вступила третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору. Тобто в даному випадку відповідно до ст. 52 ЦПК України третя особа набуває статусу позивача та користується усіма правами і несе усі обов'язки позивача подавши позов до однієї або декількох сторін.

Хоча в даному випадку сторони та третя особа можуть укладати мирову угоду, вказані процесуальні обмеження, на нашу думку, є цілком вірними, оскільки правова природа інституту врегулювання спору стосується проведення виключно між сторонами. Крім того, враховуючи складну конструкцію судового спору, де в такому випадку наявно декілька позовів та обмежений термін процедури врегулювання спору, провести ефективну процедуру буде вкрай складно.

Щодо наявності в судовому спорі третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог щодо предмету спору, то законодавчого обмеження на заснування процедури врегулювання спору не встановлено.

Наступна категорія справ, які зустрічаються під

<sup>7</sup> Лазарев С.В. Основы судебного примирения. Москва : Инфотропик Медиа, 2011. С. 256.

час розгляду цивільних спорів, – це спори з декількома позивачами або відповідачами чи розгляд спору за наявності зустрічної позовної заяви. Отже, наявність зустрічної позовної заяви, яка подається та приймається судом відповідно до ст. 193 ЦПК України, а саме до початку розгляду справи по суті, жодним чином не обмежує можливість проведення процедури врегулювання спору, а, навпаки, певною мірою надає суду та сторонам більшої варіативності з досягнення компромісу, адже в кожній зі сторін є вимоги одна до одної, які можна вирішувати шляхом взаємних поступок та домовленостей. Із приводу наявності у справі декількох позивачів та/або відповідачів, на перший погляд, жодних процесуальних обмежень ЦПК України не встановлено.

Проте в такому випадку успішне проведення врегулювання цивільного спору може стикнутись із проблемами суто технічного характеру, адже віднайти компроміс й досягнути взаємної згоди між декількома позивачами та/або відповідачами буде значно складніше, бо кожен із них може мати власне бачення на спірні правовідносини, відмінну від інших думку та окрему позицію із приводу можливих пропозицій та бажати настання різних результатів.

Тому, на нашу думку, в разі наявності у цивільній справі декількох позивачів та/або відповідачів, як правило, успішне врегулювання спору можливе, якщо протилежні сторони діють спільно, мають одне бачення та спільні правовідносини, спільну позицію щодо варіантів мирного вирішення спору. Інакше вирішити спір мирним шляхом під час застосування процедури врегулювання спору буде складно, хоча в судді будуть відсутні підстави для відмови у її проведенні за умови згоди всіх сторін.

Так, ст. 56 ЦПК України визначає перелік випадків, коли органи та особи можуть звертатись до суду позовом, який подається в інтересах особи або державних чи суспільних інтересів, та мають право брати участь у цих справах, проте не мають статусу представників у справі. Також ч. 1 ст. 57 ЦПК України визначає, що процесуальні права та обов'язки вказаних органів та осіб, які звернулися до суду в інтересах інших осіб, є такими самими, як процесуальні права та обов'язки особи, в інтересах якої вони діють, за винятком права укладати мирову угоду. Ураховуючи те, що вказаним органам та особам процесуальним законом прямо заборонено укладати мирову угоду, процедура врегулювання спору у справах за їхньої участі не може бути розпочата. Проте ч. 3 ст. 57 ЦПК України закріплює право особи, яка має цивільну процесуальну дієздатність, самостійно вирішувати питання щодо підтримання нею позовних вимог. Крім того, у таких випадках, особа, в інтересах якої подано позов та яка має статус позивача, має всі права позивача, визначені ст. ст. 43, 49 ЦПК України, в тому числі і щодо укладення мирової угоди. А отже, фактично врегулювання спору цивільного за участі судді може відбу-

тись, проте без участі органів та осіб, які звернулись до суду із заявами про захист прав, свобод та інтересів інших осіб або державних чи суспільних інтересів. Тому в даному випадку, як і у випадку залучення до участі у справі третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог, проведення врегулювання спору хоча теоретично і є можливим, проте така процедура буде проведена без усіх учасників справи, що може призвести до порушення прав осіб або держави.

Щодо можливості участі у процедурі врегулювання спору законних представників відповідно до ст. 59 ЦПК України, то, на нашу думку, жодних процесуальних обмежень не встановлено за умови виконання представницьких функцій в інтересах своїх довіритель. Нормативні акти та судова практика окреслюють категорії спорів, у яких мирові угоди не можуть бути затверджені судом, і, відповідно, процедура врегулювання спору на може бути розпочата.

1. Визнання правочинів нікчемними. Так, відповідно до п. 29 Постанови Пленуму ВСУ від 06.11.2009 № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» визначено, що судам необхідно враховувати, що в силу частини другої статті 215 ЦК норми закону щодо підстав нікчемності правочинів є імперативними. У зв'язку із цим суди повинні відмовляти у визнанні мирових угод у справах щодо визнання нікчемності правочинів та застосування наслідків як таких, що суперечать закону<sup>8</sup>.

2. Визнання батьківства. У п. 8 Постанови Пленуму ВСУ від 15.05.2006 № 3 «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» зазначається, що умови та порядок визнання батьківства визначено законом, тому у справах названої категорії суд не може визнавати мирові угоди<sup>9</sup>.

3. Визнання заповіту недійсним. Так, під час розгляду справи про визнання заповіту недійсним сторони обмежені у процесуальному праві щодо укладення мирової угоди. Під час визначення можливості укладення мирової угоди в конкретній справі, пов'язаній із вирішенням спадкового спору, слід враховувати принцип свободи заповіту, що є основною базовою засадою, навколо якої ґрунтується увесь інститут спадкування за заповітом. Крім призначення спадкоємця, заповідач наділений також правом позбавити права на спадкування будь-яку особу із числа потенційних спадкоємців за законом. Уявляється справедливим, що спадкоємці шляхом визнання заповіту недійсним можуть намагатися ухилитися від виконання покладених на них змістом заповіту обов'язків – зокрема, заповідального відказу, заповідального покладення. За наявності умови в заповіті (ст. 1242 ЦК України) аналогічно

<sup>8</sup> URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09/stru.2>.

<sup>9</sup> URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0003700-06>.

можна припустити, що спадкоємець шляхом укладення мирової угоди у справі про визнання заповіту недійсним уникає вчинення тих дій, що складають зміст умови заповіту<sup>10</sup>.

Таким чином, вказані спірні правовідносини не можуть бути вирішені мировою угодою через можливі порушення прав інших осіб, та порядок вирішення таких спорів регулюється імперативними нормами матеріального права. Також можна стверджувати, що, зважаючи на предмет спірних правовідносин, процедура врегулювання спору, хоча і може бути призначена, проте досягнути примирного результату буде складно, а в деяких випадках і неможливо.

Проте, вважаємо, не потрібне визначення наперед, у якій справі може бути проведено врегулювання спору за участі судді з позитивним результатом, слід обмежувати категорію спорів, у яких можливе примирення сторін, та виключати справи, де така процедура не може бути розпочата. Адже саме суддя може визначити, враховуючи конкретні обставини справи, поведінку сторін, позапроцесуальне ставлення один до одного, важливість спору, ймовірність ефективного застосування примирної процедури тощо. А відтак процедура врегулювання спору може бути застосована в будь-якому цивільному спорі, окрім випадків, коли це заборонено виходячи із процесуального складу учасників/сторін або зважаючи на предмет спірних правовідносин. Як визначено частиною 2 статті 202 ЦПК України, у випадку недосягнення сторонами мирного врегулювання спору за наслідками проведення врегулювання спору повторне проведення врегулювання спору за участі судді не допускається. Тобто процедура врегулювання спору за участі судді може проводитись із кожної справи лише один раз і не може бути призначена вдруге. Хоча ч. 5 ст. 211 ЦПК України визначає, що під час розгляду справи по суті суд сприяє примиренню сторін, таке примирення може відбуватись лише поза процедурою врегулювання спору за участі судді. Чинними нормами ЦПК України не передбачено, що процедура врегулювання спору може бути застосована на стадії апеляційного та касаційного перегляду справи.

<sup>10</sup> Спадкове право : навч. посібник [для студ. вищ. навч. закл.] / кол. авт. ; кер.авт. кол. канд. юрид. наук, доц. Нестерцова-Собакарь О.В. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр.справ. 2017. С. 47.

## Висновки

Врегулювання спору за участі судді можливо застосовувати виключно у справах позовного провадження, як загального, так і спрощеного.

У разі заперечення хоча би однієї зі сторін на застосування судом процедури врегулювання спору суд відмовляє у її проведенні за наявності клопотання іншої сторони або за відсутності таких клопотань продовжити підготовче/судове засідання. Щодо форми погодження сторонами процедури врегулювання спору, то, на нашу думку, така згода може бути висловлена сторонами як у письмовій, так і в усній формі з фіксацією у протоколі судового засідання.

Справи, які розглядаються у спрощеному провадженні, зокрема: трудові спори, про стягнення аліментів, розірвання шлюбу тощо – цілком доречно поширити застосування процедури врегулювання спору за участі судді без жодних обмежень до початку розгляду справи по суті. Врегулювання спору за участі судді не допускається в разі, якщо у справу вступила третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору. Стосовно участі в судовому спорі декількох позивачів та/або відповідачів або третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог щодо предмету спору, то законодавчого обмеження на заснування процедури врегулювання спору не встановлено.

Урегулювання спору за участі судді проводиться за згодою сторін, тобто не має жодних обмежень щодо кількості позивачів та/або відповідачів у справі щодо можливості застосування примирної процедури.

Узагальнено, що нормативні акти та судова практика окреслюють категорії спорів, у яких мирові угоди не можуть бути затвердженні судом, і, відповідно, процедура врегулювання спору на може бути розпочата, зокрема щодо підстав нікчемності правочинів, умов та порядку визнання батьківства, справ про визнання заповіту недійсним. Процедура врегулювання цивільного спору може бути застосована в будь-якій справі, окрім випадків, коли це заборонено, виходячи із процесуального складу учасників/сторін або зважаючи на предмет спірних правовідносин. Чинними нормами ЦПК України не передбачено, що процедура врегулювання спору може бути застосована на стадії апеляційного та касаційного перегляду справи.

**Some indicators of the recidivism and group component of environmental crime**

**Turlova Yuliia**

*Doctor Habil. of Law,*

*Head of the Department for Prosecutors Training in Criminal Offence Classification  
of the Institute for Special Training  
of the National Prosecution Academy of Ukraine, Ukraine*

**Polishchuk Hennadii**

*Ph.D. of Law, Associate Professor,*

*Professor of the Department for Criminology, Criminal and Penal Law  
of the National Academy of Internal Affairs, Ukraine*

The long-term criminological analysis made in respect of the recidivist and group component of environmental crime for the period 2009–2019 helped establish the specific characteristics of criminals in this category. The author calculated the indicators of group and repeated criminal activity and determined the types of committed offence.

It is established that in the total number of environmental criminals the persons who committed crimes earlier account for 15.7% (2291 of 13726), and the share of criminal recidivism is 637 persons (4.8%), this being 2-3 times lower than the corresponding indicators of general crime. The indicators of the recidivist component of environmental crime change in a wave-like manner, with the maximum values in 2011–2012 followed by a drop to the minimum value in 2014 and a stable growth so far (9.3%).

A comparison of the group component of environmental and general crime demonstrated significantly higher values of the former – 23.1% vs. 14.3% of the latter. The dynamics of group environmental crime is characterized by a relative stability and until 2016 was marked by minor fluctuations and a further drop of the indicators to the minimum in 2018–2019 (13.2%).

Such group crimes account for the largest share: illegal hunting and illegal fishing, animal or other water-based extractive activities (52.1%), illegal logging (26.4%) and violation of the rules of subsoil protection or use (18.6%), which is explained by the specifics of these offenses since they often require coordinated collective actions of accomplices thereof.

There are isolated cases when persons were identified who committed environmental crimes as part of an organized group or a criminal organization – 69 (0.5%). During the analyzed period, no organized group with inter-regional connections or a criminal organization was identified.

The justification of the statistical analysis made rests upon, firstly, the tasks of typologization of individuals who commit respective crimes and systematization of personality characteristics of environmental criminals for scientific and practical purposes, secondly, clarification of criminal behavior determination, and thirdly, development of effective measures to counter crimes of this category.

**Деякі показники рецидивного та групового складника екологічної злочинності**

**Турлова Юлія Анатоліївна**

*доктор юридичних наук,*

*начальник відділу підготовки прокурорів з проблем кваліфікації кримінальних правопорушень  
Інституту спеціальної підготовки  
Національної академії прокуратури України, Україна*

**Поліщук Геннадій Сергійович**

*кандидат юридичних наук, доцент,*

*професор кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права  
Національної академії внутрішніх справ, Україна*

**Вступ**

Відомості про рецидивні та групові злочини певної категорії відносяться до кримінально-правових характеристик особи злочинця та розглядаються під час дослідження одного з основних елементів кримінології – особи злочинця, адже накопичення,

описання, пояснення та систематизація відповідних наукових знань є невід'ємним компонентом створення цілісної кримінологічної теорії протидії злочинності. Зазначене справедливе і стосовно окремих видів злочинності, зокрема й екологічної, запобігання якій неможливо без з'ясування специфіки окремих категорій осіб, які вчиняють злочини



даної категорії, адже система особистісних характеристик злочинців має важливе значення для аналізу причин злочинної поведінки, а відтак і для запобігання таким злочинам.

**Метою статті** є встановлення деяких типових кримінально-правових ознак, притаманних особам, які вчинили екологічні злочини, зокрема рецидивні та групові.

### Виклад основного матеріалу

Як відомо, вивчення осіб, які вчиняють екологічні злочини, передбачає дослідження структуруючих елементів характеристик даних осіб. У кримінологічній науці запропоновано багато варіантів щодо розуміння структури особи злочинця та визначення її складових частин. Найбільш поширеним є уявлення про структуру особи злочинця, що включає в себе сукупність таких елементів, як: її соціально-демографічні ознаки, моральні властивості та психологічні особливості, її соціальний статус і соціальні зв'язки, кримінально-правові ознаки<sup>1</sup>.

А.П. Закалюком була запропонована структура особи злочинця, що складається з дев'яти блоків (груп) ознак, у тому числі:

- три відображають соціальну характеристику особи злочинця (її особистість): ознаки формування, соціалізації особи; ознаки соціального статусу та соціальних ролей; безпосередні ознаки спрямованості особистості;

- п'ять – біосоціальні, що включають: демографічні ознаки, які мають соціальне і психологічне значення; психофізіологічні особливості, в тому числі генетичного походження; показники фізичного стану здоров'я; показники психічного стану здоров'я; індивідуальні психологічні риси.

Окремий блок (дев'ятий) містить ознаки, пов'язані із вчиненням злочину особою. Цей блок є єдиним, що має специфічну структуру порівняно зі структурою особи загалом. Він відображає специфічно-типову ознаку типу особи злочинця, що пов'язана із вчиненням останнім злочину. Більшою мірою це кримінально-правові ознаки самого злочину. Проте оскільки він вчинений певною особою, а ознаки мають особисту належність, характеризують індивідуальний механізм його вчинення і певним чином саму особу, вони мають також кримінологічне значення<sup>2</sup>.

Як зазначалось, серед кримінологів немає єдності в підходах до виокремлення структурних компонентів особи злочинця. Так, А.Ф. Зелінський досліджував її переважно із психологічних позицій без урахування соціально-демографічних і кримі-

нально-правових ознак<sup>3</sup>. Ю.М. Антонян у структурі особи вирізняє шість блоків, три з яких містять види особистісних елементів без зазначення їх походження: один – це навички, вміння, знання (тобто результати соціалізації та іншого індивідуального розвитку); два – групують ознаки та властивості біосоціального характеру<sup>4</sup>. Водночас у структурі не передбачено окремим блоком кримінально-правові ознаки. Деякі з них можна уявити в інших блоках, зокрема тих, в яких зосереджені ставлення до навколишнього світу, ціннісні орієнтації тощо.

Водночас більшість дослідників окремим блоком у структурі особи злочинця виділяють ознаки, пов'язані із учиненням злочину, без яких кримінологічна характеристика особи злочинця значно втрачає свою специфічність.

До кримінально-правових ознак особи відносять такі, як:

- ознаки складу злочину, об'єктів посягання, суспільну небезпечність останніх (за системою Кримінального кодексу України); способи досягнення злочинної мети; мотиви, що спонукали особу до вчинення злочину, його конкретні результати, в тому числі заподіяна ним шкода; вина і роль особи у злочинному діянні, форма останнього (індивідуальна, групова, організована) та ін.;

- ознаки ставлення особи до вчиненого, в тому числі до доказів, потерпілого, завданої шкоди, призначеного покарання;

- інші кримінально-правові ознаки: наявність колишніх судимостей; характеристика (кваліфікація) злочинів, за які особа була раніше засуджена; відбуття покарання за попередніми судимостями, застосування різних видів дострокового, умовно-дострокового звільнення від відбуття покарання або звільнення від кримінальної відповідальності<sup>5</sup>.

Відтак однією зі складових частин повторної кримінальної активності у сфері екології є рецидивні злочини. У кримінологічній літературі відзначається тенденція до систематичного підвищення професіоналізму й організованості рецидивних угруповань<sup>6</sup>. Також слушно зазначається, що злочинна діяльність рецидивістів характеризується витонченістю, приховуванням слідів злочинів. Вони дедалі частіше вчиняють злочини у складі організованих злочинних груп<sup>7</sup>. Відтак логічним є висновок щодо підвищеного ступеню суспільної небезпеки рецидивної злочинності порівняно з іншими видами злочинно-

<sup>3</sup> Зелінский А.Ф. Криминология : учеб.пособие. Харьков : Рубикон, 2000. С. 54–55.

<sup>4</sup> Антонян Ю.М. Криминология. Избранные лекции. Москва : Логос, 2004. С. 84–89.

<sup>5</sup> Закалюк А.П. Курс сучасної української криминології: теорія і практика: у 3 кн. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. Кн. 1: Теоретичні засади та історія української криминологічної науки. С. 261–262.

<sup>6</sup> Голіна В. Рецидивна злочинність в Україні: рівень, структура, динаміка. Вісник Академії правових наук України. Харків, 1998. № 4(15). С. 152.

<sup>7</sup> Криминология: учеб. для учебных заведений МВД Украины / под ред. В.Г. Лихолоба и В.П. Филонова. Киев; Донецк. 1997. С. 234.

<sup>1</sup> Курс криминології. Загальна частина: підручник: у 2 кн. / за заг. ред. О.М. Джури. Київ : Юрінком Інтер, 2001. Кн. 1. С. 120.

<sup>2</sup> Закалюк А.П. Курс сучасної української криминології: теорія і практика: у 3 кн. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. Кн. 1: Теоретичні засади та історія української криминологічної науки. С. 257–258.

Таблиця 1

## Кількість виявлених осіб, які раніше вчиняли екологічні злочини, протягом 2009–2019 рр.

Рік	Усього виявлено осіб, які вчинили екологічні злочини	У тому числі ті, що раніше вчиняли злочини		У тому числі ті, з яких судимість не знята і не погашена	
		Виявлено осіб	Частка, %	Виявлено осіб	Частка, %
2009	1719	181	10,5	45	2,6
2010	1472	188	12,8	40	2,7
2011	1666	503	30,2	83	5
2012	1862	502	27	136	7,3
2013	1413	207	14,7	54	3,8
2014	1194	112	9,4	29	2,4
2015	1003	96	9,6	42	4,2
2016	765	98	12,8	31	4,1
2017	938	127	13,5	32	3,4
2018	964	158	16,4	77	8
2019	730	119	16,3	68	9,3
Разом	13726	2291	15,7	637	4,8

сті. Варто також зауважити на такі типові негативні риси рецидивістів, як соціопатизація, алкогольна та наркотична залежність, втрата нормальної соціальної комунікації, маргіналізація, моральна та психологічна деградація.

Як справедливо зауважує Г.М. Чернишов, кримінологічний аналіз рецидивної злочинності в Україні ускладнюється низкою обставин, які призводять до викривлення її об'єктивного стану та можливого формування хибного уявлення про реальну кримінальну ситуацію і загрози рецидивізму. До таких причин можна віднести, по-перше, відсутність єдиного розуміння рецидивної злочинності, попри наявність легального визначення рецидиву у кримінальному законодавстві, по-друге, недоліки офіційного статистичного обліку даного виду злочинності та, по-третє, латентністю, яка притаманна усім проявам кримінальної активності<sup>8</sup>.

Щодо першої зі згаданих причин, то варто погодитись із таким висловлюванням В.С. Батиргарєєвої: «Інваріантність інтерпретації рецидивної злочинності частково зумовлюється спробами теоретиків вирізнити види рецидиву (легальний, кримінологічний, пенітенціарний, реабілітаційний та ін.), що одночасно має за мету показати неоднорідність цього явища. У будь-якому разі виявлення параметрів останнього треба гармонізувати з легальною дефініцією рецидиву злочинів, яку наводить кримінальний закон»<sup>9</sup>. Ґрунтуючись саме на такому (кримінально-правовому) розумінні рецидиву, варто, на наш погляд, досліджувати показники, що відображають стан рецидиву екологічних злочинів.

Як джерела статистичної інформації щодо показників рецидиву використовуються: Форми

№ 1 та № 2 Генеральної прокуратури України «Єдиний звіт про кримінальні правопорушення», «Єдиний звіт про осіб, які вчинили кримінальні правопорушення», а також Форма статистичної звітності Державної судової адміністрації України № 7 «Звіт про склад засуджених». Водночас Форма № 1 Генеральної прокуратури України дає уявлення про рівень рецидивної злочинності у країні в широкому (кримінологічному) розумінні рецидиву. Суттєвим недоліком такого подання інформації є те, що у відповідному стовпчику звіту наведені відомості щодо осіб, які раніше вчиняли кримінальні правопорушення усіх категорій, тобто для дослідника залишається невідомим, щодо яких саме злочинів йдеться у звіті, адже попередніми та новими вчиненими злочинами у цьому випадку можуть бути як умисні, так і необережні злочини.

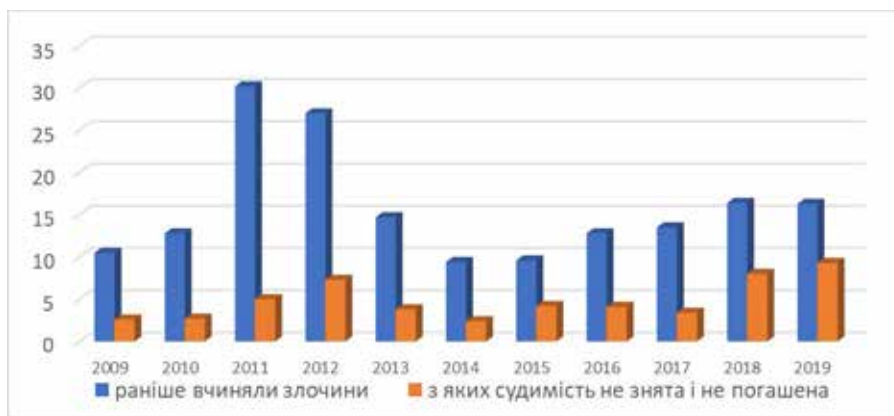
Зважаючи на це, більш доцільним, на нашу думку, під час характеристики особи екологічного рецидивіста використовувати відомості, що стосуються не зареєстрованих злочинів, а осіб, які їх вчинили (або ж засуджених осіб). Це дозволяє більш точно оцінити окремі ознаки (у тому числі й кримінально-правові) злочинців певної категорії, порівняти їх із загальними характеристиками особи злочинця та визначити специфіку, що відрізняє досліджувану категорію злочинців.

За офіційними статистичними даними, протягом 2009–2019 рр. частка осіб, які раніше вчиняли злочини, в загальній кількості осіб, які вчиняли екологічні злочини, становила 15,7% (2291 з 13726). Число осіб, що вчинили кримінально-правовий рецидив, тобто судимість яких на момент вчинення екологічного злочину не була знята чи погашена, становила за весь період дослідження 637 осіб, або лише 4,8% від усієї кількості виявлених екологічних злочинців.

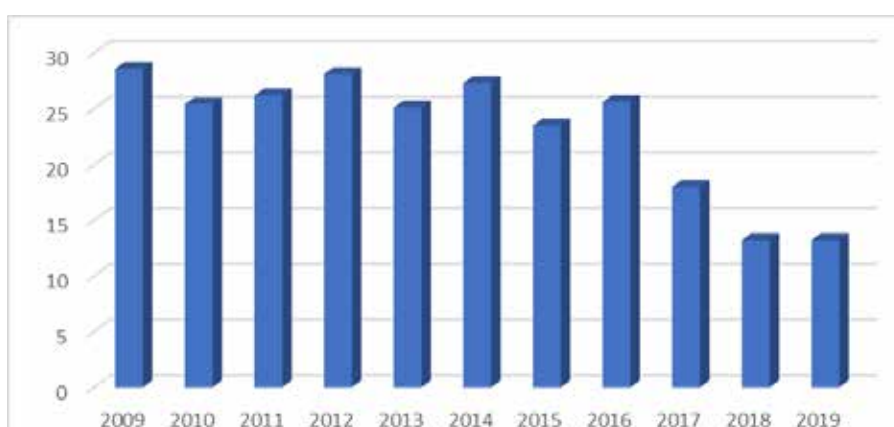
Для порівняння: аналогічні показники загальної злочинності становили у 2019 році, відповідно, 32,9% та 21,8%, що набагато більше за показники

<sup>8</sup> Чернишов Г.М. Кримінологічна характеристика рецидивної злочинності в Україні: аналіз сучасного стану. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 6, т. 1. С. 157.

<sup>9</sup> Батиргарєєва В.С. Кримінологічні засади запобігання рецидивній злочинності в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2010. С. 4.



**Рис. 1.** Питома вага осіб, які раніше вчиняли злочини, та тих, з яких судимість не знята і не погашена, в загальній кількості екологічних злочинців, протягом 2009–2019 рр.



**Рис. 2.** Частка групової складової частини екологічної злочинності протягом 2009–2019 рр.

екологічної злочинності. Як засвідчують наведені в таблиці відомості, зміни показників рецидивної складової частини екологічної злочинності мають хвилеподібний характер із максимальними значеннями часток виявлених осіб, які раніше вчиняли злочини, а також осіб, з яких судимість не знята і не погашена, у 2011–2012 роках, подальшим зниженням до мінімального значення у 2014 р. та подальшого стабільного зростання. Зауважимо, що протягом останнього року зафіксоване максимальне значення частки легального рецидиву в показниках екологічної злочинності – 9,3%.

Порівнюючи відповідні показники групової складової частини серед екологічних злочинців та осіб, що вчинили злочини всіх категорій, протягом 2009–2019 рр. варто звернути увагу на істотно більше значення відповідного показника стосовно екологічних злочинців – 23,1% проти 14,3% для загальної злочинності.

Як видно з наведеної нижче діаграми, показники частки групової складової частини екологічної злочинності характеризуються відносною (порівняно

з загальною) стабільністю та відзначаються до 2016 року несуттєвими коливаннями.

Протягом останніх трьох років спостерігається зниження відповідних показників до мінімальних значень у 2018–2019 роках до 13,2%.

Подібна тенденція притаманна і загальній злочинності. Так, у колективній монографії «Злочинність в Україні: фактори, тенденції, протидія (2002–2014 рр.)» наведено такі показники: 2002 р. – 29,1%, 2014 р. – 11,6%<sup>10</sup>. Зауважимо, що в подальшому ця тенденція зберігається: у 2019 р. частка виявлених осіб, які вчинили злочин у групі, становила 6,9%.

Показники, що характеризують вчинення екологічних злочинів у групі, суттєво різняться залежно від виду посягання. Зокрема, Т.В. Корнякова вказує, що за попередньою змовою групою осіб вчинене майже кожне третє (31%) незаконне полювання, кожне четверте-п'яте незаконне зайняття рибним, тваринним або іншим водним добувним промислом

<sup>10</sup> Кулик О.Г., Наумова І.В., Бова А.А. Злочинність в Україні: фактори, тенденції, протидія (2002–2014 рр.): монографія. Київ: ДНДІ МВС України, 2015. С. 274.

Таблиця 2

**Кількість осіб, які вчиняли екологічні злочини у складі групи, організованої групи чи злочинної організації протягом 2009–2019 рр.**

Роки	Усього виявлено осіб, які вчинили екологічні злочини	у складі групи			
		усього	у т.ч. у складі організованої групи або злочинної організації	за участі неповнолітніх (змішаної групи)	тільки неповнолітніми
2009	1719	492	8	12	3
2010	1472	374	0	23	3
2011	1666	437	8	19	0
2012	1862	524	6	27	5
2013	1413	355	8	12	0
2014	1194	326	2	26	7
2015	1003	236	3	9	2
2016	765	196	5	8	0
2017	938	169	16	4	2
2018	964	127	3	5	2
2019	730	96	10	0	0
<b>Разом</b>	<b>13726</b>	<b>3332</b>	<b>69</b>	<b>145</b>	<b>24</b>

(23,7%) і незаконна порубка лісу (22,5%). Але лише у 12,2% випадків незаконне видобування корисних копалин було вчинено за попередньою змовою групою осіб (за іншими складами злочинів у сфері навколишнього природного середовища не виявлено фактів групового вчинення злочину)<sup>11</sup>.

Водночас О.В. Мельник, яка досліджувала злочинне забруднення довкілля, так пояснює незначну частку групової злочинності за цією категорією справ: «Офіційна статистика не є повністю адекватною реаліям вчинення злочинам даної категорії, адже хоча видання незаконного розпорядження, що призводить до забруднення довкілля або ж створення такої загрози, здійснюється службовою особою (яка за незаконне використання наявних в неї правових можливостей і притягується до відповідальності), фактичне виконання безпосередніх дій, як правило, здійснюються іншими особами. Досліджена нами правозастосовна практика свідчить про відсутність випадків притягнення до відповідальності безпосередніх виконавців злочинів даної категорії. При цьому потрібно виходити з того, що підлеглий та інша особа, які виконали розпорядження службової особи та усвідомлювали його злочинний характер, є співучасниками злочинної дії службової особи. У подібних ситуаціях сама службова особа виступає як організатор вчинення злочину. Кримінальна ж відповідальність осіб, які виконували розпорядження службової особи про забруднення об'єктів природного середовища, може настати в тих випадках, коли вони усвідомлювали істинний характер виданого наказу. Разом із тим судово-слідча практика йде шляхом визнання таких виконавців особами, що діяли невинно»<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Корнякова Т.В. Кримінологічні засади запобігання органами прокуратури злочинам проти довкілля: монографія. Київ: Ін Юре, 2011. С. 248.

<sup>12</sup> Мельник О.В., Поліщук Г.С., Левченко Ю.О. Запобігання злочинам щодо забруднення довкілля в Україні: монографія. Київ: ТОВ «НВП» Інтерсервіс, 2014. С. 109–110.

Попри певний незбіг оцінок окремих дослідників стосовно розмірів групової складової частини серед окремих категорій екологічних злочинців, можна визначити злочини, за якими найчастіше засуджуються особи за вчинення екологічних злочинів у складі групи. Це – злочини, що пов'язані з протиправним заволодінням природними ресурсами, передусім незаконне полювання та незаконне добування промислом (52,1%), незаконна порубка лісу (26,4%) та порушення правил охорони або використання надр (18,6%)<sup>13</sup>. Груповий характер цих злочинів можна пояснити особливостями вчинення зазначених посягань, які часто потребують узгоджених колективних дій співучасників.

Привертають увагу одиничні випадки виявлення осіб, які вчиняли екологічні злочини у складі організованої групи чи злочинної організації. Так, протягом 2009–2019 рр. було виявлено лише 69 таких осіб, що становило 0,5% від усієї кількості екологічних злочинців. Варто також звернути увагу на те, що жодного організованого угруповання з міжрегіональними зв'язками чи злочинної організації протягом аналізованого періоду не виявлено.

Невеликою є й частка екологічних злочинів, вчинених у змішаній, тобто за участю неповнолітніх, групі. Показники, що ілюструють кількість окремих категорій осіб, які вчиняють екологічні злочини у групі, наведено в таблиці нижче.

Цілком очевидно, що зазначена статистика не відображає поширеності організованої екологічної злочинності, про існування та розвиток якої свідчать окремі публікації у ЗМІ та думки науковців-фахівців. Зокрема, на думку Г.С. Поліщука, в Україні

<sup>13</sup> Турлова Ю.А. Екологічна злочинність в Україні: кримінально-правові та кримінологічні засади протидії: монографія. Київ: Знання України, 2018. С. 180.

відсутня дієва та цілеспрямована протидія організованим екологічній злочинності, адже правоохоронні органи реагують лише на явні факти правопорушень, в основному стосовно безробітних місцевих мешканців, які таким чином намагаються заробити на своє існування. Члени ж організованих угруповань у сферу дії правоохоронних органів та судів практично не потрапляють<sup>14</sup> (табл. 2).

Організована злочинна діяльність таких осіб характеризується неодноразовим, повторним вчиненням екологічних злочинів та професіоналізацією частини злочинців цієї категорії. Варто зауважити, що утворення груп злочинців-професіоналів є результатом специфічної тенденції розвитку екологічної злочинності – трансформації (внаслідок безкарності та високої прибутковості цієї діяльності) мотивів забезпечення сім'ї найнеобхіднішим (наприклад, продуктами харчування – рибою та дичиною; дровами для опалення і т. ін.) у мотиви збагачення. Так, «професійні» браконьєри найчастіше діють спільно, мають свої транспортні засоби, велику кількість заборонених засобів лову, налагоджені схеми реалізації незаконно добутої риби та морепродуктів (ікра, креветки). Сприяють злочинному бізнесу особи, які спеціалізуються на переробці (зберіганні в спеціально обладнаних морозильних камерах, засолюванні й копченні) та подальшій реалізації рибної продукції.

Професіоналізація кримінальної активності у сфері екології пов'язана з її експортом за межі держави та набуттям при цьому характеру транснаціональної організованої злочинності. Особливо яскраво це засвідчують масштабні незаконні порубки лісу в західних регіонах України з подальшим вивезенням лісоматеріалу контрабандним шляхом, а також незаконне видобування бурштину в українському Поліссі. Аналіз джерел кримінологічної інформації,

що засвідчують інтенсивність і поширеність кримінальних практик, пов'язаних із незаконною порубкою лісу та незаконним видобутком бурштину, дає підстави для висновку, що така діяльність повною мірою відповідає ознакам «злочинного промислу» (систематичність, висока прибутковість, терпиме ставлення суспільства, легальність такої діяльності у випадку державного ліцензування, транснаціональний характер), що також визначає високу суспільну небезпечність зазначених посягань.

### Висновки

Отже, поширеність групової, в тому числі організованої, екологічної злочинності в Україні є дуже значною. Проведене дослідження засвідчує існування масштабної групової складової частини екологічної злочинності, яка має найнебезпечніший характер та протидія якій набуває в сучасних умовах особливого значення. Очевидно, що зазначена ситуація потребує й адекватного застосування заходів кримінально-правового впливу, під яким розуміється діяльність держави в особі уповноважених органів щодо реагування на фактично вчинені посягання шляхом встановлення кримінально-правових норм, які забороняють таку поведінку та передбачають відповідні міри покарання та інші заходи кримінально-правового характеру стосовно порушників таких заборон, а також фактичну діяльність правоохоронних органів, спрямовану на практичне застосування сформульованих на державному рівні засобів протидії зазначеним посяганням.

Уявляється, що наведені вище розрахунки щодо рецидивної та групової складової частини екологічної злочинності виправдовується, по-перше, завданнями їх типологізації осіб, які вчиняють відповідні злочини, в наукових і практичних цілях, по-друге, поясненням детермінації злочинної поведінки, по-третє, розробкою ефективних заходів запобігання злочинам даної категорії.

<sup>14</sup> Поліщук Г.С. Щодо кримінологічної характеристики організованої екологічної злочинності. Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). Київ. 2008. Вип. 18. С. 224.

## Issues of legal status of the participant of legal relations regarding turnover and processing of personal data

**Feyer Oleksandr**

*Postgraduate of the Department of Administrative, Financial and Information Law of Uzhhorod National University, Ukraine*

Ukraine takes its direction progressively to the information-oriented society that needs a valid information legislation. It consists of reforming the public law order and adjusting the social information relations at the state level; legal formalization of the most important legal norms of participants' behavior; constitution of the legal mechanism to protect legal rights and to execute duties. As contemplated in the concept of reforming Ukrainian legislation in the public information relations sphere, one of the directions of reforming information legislation is not only the ensuring legislative regulation of national information resources legal regime that must be defined at the level of a state doctrine, but also a legal status regulation of legal relations participant of a circulation and a processing the identity details. It is established that the legal status of legal relations subjects in relation to the identity details circulation and processing is dissimilar for each of them have its particular function. That is why the individuals who use specific rights in every particular case will discharge responsibilities the same as information relations subjects do. The authority of the database owner is investigated; rights and obligations are defined. Emphasis is placed on the fact that the subject of law is one of the basic categories of both general law theory at all and information law in particular. Several approaches to the subjects of information legal relations given by some scientists were analyzed. Basic rights and responsibilities of the personal details database owner were described. Obligation of the personal data protection by the information legal relations subjects was considered from the perspective of the rights and duties system. It is the presence of the subject in the structure of legal relations that is placed in law enforcement processes basis that add the regulator of social relations status to the legal proposition.

### Питання правового статусу учасника правовідносин щодо обігу та обробки персональних даних

**Феєр Олександр Іванович**

*аспірант кафедри адміністративного, фінансового та інформаційного права Ужгородського національного університету, Україна*

#### Вступ

Ураховуючи, що будь-які правовідносини – це відносини між конкретними особами, які працюють з інформацією, кількість суб'єктів тут може бути різна, залежно від характеру та складності інформаційних правовідносин, але не менше двох. Відповідно, сторін, які здійснюють свої права в інформаційній сфері, також має бути не менше двох<sup>1</sup>.

На думку фахівців у сфері інформатики, процес передачі інформації вимагає обов'язкової наявності двох елементів: того, хто передає, і того, хто приймає. Тільки наявність того, що передає, і того, що приймає, утворює, як прийнято тепер говорити, систему зв'язку, в якій можлива передача інформації<sup>2</sup>. Додамо, що третім обов'язковим елементом, який називають у відповідних спеціальних джерелах, є середовище, у якому відбувається перенесення інформації від одного елемента до іншого, оскільки процес переносу інформації у просторі має

місце тільки тоді й тільки тоді, коли ця інформація приймається споживачем і може виявитися тільки в поєднанні зі споживачем. Більше того, цінність інформації не однакова для різних користувачів. Таким чином, немає сенсу говорити про інформативність будь-якого джерела інформації (книги, картини, радіопередачі, людська мова), якщо не вказаний споживач цієї інформації, хоча б гіпотетичний, і по-друге, цінність чи змістовність інформації, яку отримують від джерела, не є постійною величиною, що визначається джерелом, а залежить від споживача інформації.

Правовий статус суб'єктів не однаковий, оскільки кожен із них виступає у своїй особливій ролі, тому особи, які в кожному конкретному випадку будуть користуватися конкретними правами, нести будуть і обов'язки як суб'єкти інформаційних відносин. Отже, з огляду на викладене **мета даної статті** – дослідити питання правового статусу володіння бази персональних даних як учасника правовідносин з обігу та обробки персональних даних.

#### Виклад основного матеріалу

Аналіз зарубіжного законодавства засвідчує, що

<sup>1</sup> Кохановська О.В. Суб'єкти та об'єкти інформаційних правовідносин в сучасній правовій доктрині. *Вісник Київського національного університету ім. Т.Г. Шевченка. Серія «Юридичні науки»*, № 67-69. 2005 р. С. 51–54.

<sup>2</sup> Петрович Н.Т. *Поговорим об информации*. Москва, 1973. 182 с. С. 74.

чимало країн дотримуються концепції, згідно з якою закони про захист персональних даних застосовуються тільки до фізичних осіб. Проте існують і інші підходи. Так, міжнародні рекомендації Ради Європи з питання обробки персональних даних передбачають для держав-учасниць Ради Європи можливість поширювати принципи Рекомендацій на дані, що належать групам осіб, асоціаціям, установам, компаніям чи іншим організаціям, які складаються прямо або опосередковано з фізичних осіб, незалежно від того, володіють чи ні ці організації статусом юридичної особи. В умовах зміни ставлення до приватної власності та соціально-економічного становлення для держави важливим є питання про включення груп осіб до обсягу поняття «суб'єкти відносин, пов'язаних із обробкою персональних даних»<sup>3</sup>.

Правовідносини, що складаються із приводу персональних даних громадян, досить різноманітні. Вони утворюють окремий, специфічний правовий інститут, суб'єктивний склад якого досить широкий. При цьому правовий статус суб'єктів не є однаковим, оскільки кожен із них виступає у своїй особливій ролі (при цьому можливе й поєднання декількох суб'єктів цих правовідносин, визначених чинним інформаційним законодавством), тому особи, які в кожному конкретному випадку будуть користуватися конкретними правами, нестимуть і обов'язки саме як суб'єкти інформаційних відносин.

У літературі зазначається, що в практичній інформаційно-правовій діяльності іноді поняття суб'єкта інформаційного права поділяється на дві категорії – суб'єкта права та суб'єкта обов'язків в інформаційній сфері. Однак, на погляд М. Рассолова, суб'єкт інформаційного права – це конкретна особа, яка має лише інформаційні права, але не несе обов'язків. Суб'єкт обов'язків у цьому випадку – це особа (скажімо, розробник програми, алгоритму, відповідач у суді), яка несе тільки обов'язки, проте може користуватися незначним колом прав або за певних умов взагалі не користується правами<sup>4</sup>. Такий поділ суб'єкта права і суб'єкта обов'язків у сфері інформаційно-правової діяльності, на думку названого автора, не завжди є обґрунтованим у результаті нерозривного зв'язку інформаційних прав і обов'язків взагалі<sup>5</sup>. На думку О. Кохановської, до учасників інформаційних правовідносин можуть бути віднесені й інші, крім названих вище, суб'єкти. Їхнє коло в процесі вдосконалення та розвитку інформаційного законодавства постійно розширюється. Крім того, практично кожен із суб'єктів може виступати учасни-

ком інформаційних правовідносин, які складаються в різних сферах суспільного життя і діяльності<sup>6</sup>.

Закон України «Про захист персональних даних» не виділяє чітких критеріїв, які дозволяють охарактеризувати суб'єкта як учасника досліджуваних нами правовідносин (наприклад, із точки зору віку, обсягу правоздатності та дієздатності, громадянства тощо). Згідно зі статтею 4 Закону України «Про захист персональних даних» суб'єктами правовідносин, пов'язаних із персональними даними, є:

1) суб'єкти персональних даних – фізична особа, персональні дані якої обробляються;

2) володілець персональних даних – фізична або юридична особа, яка визначає мету обробки персональних даних, встановлює склад цих даних та процедури їх обробки, якщо інше не визначено законом;

3) розпорядник персональних даних – фізична чи юридична особа, якій володільцем персональних даних або законом надано право обробляти ці дані від імені володільця;

4) третя особа – будь-яка особа, за винятком суб'єкта персональних даних, володільця чи розпорядника персональних даних та уповноваженого Верховної Ради України із прав людини, якій володільцем чи розпорядником персональних даних здійснюється передача персональних даних;

5) уповноважений Верховної Ради України із прав людини – уповноважений державний орган із питань захисту персональних даних (у контексті даного закону<sup>7</sup>).

Слід відзначити, що В. Копилов, ґрунтуючись на спеціально розробленій ним моделі інформаційної сфери, виділяє основні групи суб'єктів інформаційних правовідносин, а саме: 1) виробники, або творці інформації, в тому числі автори; 2) володільці інформації (інформаційні об'єкти); 3) споживачі інформації<sup>8</sup>. Декілька класифікацій суб'єктів правовідносин дається автором у поєднанні з аналізом їхньої поведінки, пов'язаної з інформаційними об'єктами правовідносин в інформаційній сфері. За допомогою цієї моделі, на його думку, легко дослідити поведінку суб'єктів правовідносин залежно від видів і способів виробництва та перетворення й організації інформації та інформаційних об'єктів і провести класифікацію інформаційних правовідносин<sup>9</sup>.

Керуючись класифікацією, запропонованою В. Копиловим, можна виділити такі групи суб'єктів інформаційних правовідносин щодо персональних

<sup>3</sup> Баранов А.А., Брыжков В.М., Базанов Ю.К. Права человека и защита персональных данных. Киев : Государственный комитет связи и информации Украины, 2000. 280 с. С. 86.

<sup>4</sup> Рассолов М.М. Информационное право : учебное пособие. Москва, 1999. 400 с. С. 43.

<sup>5</sup> Кохановська О.В. Суб'єкти та об'єкти інформаційних правовідносин в сучасній правовій доктрині. *Вісник Київського національного університету ім. Т.Г. Шевченка. Серія «Юридичні науки»*. № 67-69. 2005 р. С. 51–54. С. 52.

<sup>6</sup> Кохановська О.В. Суб'єкти та об'єкти інформаційних правовідносин в сучасній правовій доктрині. *Вісник Київського національного університету ім. Т.Г. Шевченка. Серія «Юридичні науки»*. № 67-69. 2005 р. С. 51–54.

<sup>7</sup> Про захист персональних даних : Закон України від 01.06.2010. Офіц. вид-во, Київ : Парлам. Вид-во. 34 с.

<sup>8</sup> Копылов В.А. Информационное право : учебник. Москва, 2003. 512 с. С. 132.

<sup>9</sup> Кохановська О.В. Суб'єкти та об'єкти інформаційних правовідносин в сучасній правовій доктрині. *Вісник Київського національного університету ім. Т.Г. Шевченка. Серія «Юридичні науки»*. № 67-69. 2005 р. С. 51–54.

даних: 1) суб'єкт персональних даних – фізична особа, яка виступає виробником персональних даних; 2) володільці баз персональних даних, як інформаційний об'єкт персональних даних; 3) споживачі персональних даних, які здійснюють безпосередній обіг та обробку персональних даних. Водночас для визначення правового статусу володіння бази персональних даних у системі суб'єктів інформаційних відносин щодо персональних даних та визначення проблемних питань правового регулювання його статусу необхідно відштовхуватися від поняття «база персональних даних».

Закріплене в Законі України «Про захист персональних даних» поняття «база персональних даних» встановило три обов'язкові ознаки, такі як: база персональних даних завжди іменована, виключними формами існування баз персональних даних є електронна форма та форма картотек, база персональних даних – це сукупність виключно упорядкованих персональних даних, які породили дискусію серед юристів-практиків та науковців щодо поширення даної нормативної бази на бази персональних даних, які в силу суб'єктивних чи об'єктивних причин не були іменовані їхніми володіннями та містять у собі неупорядковану сукупність персональних даних або мають відмінну від електронної форму або форму картотек. Наявність чималої кількості неузгодженостей та колізій у законодавстві регулювання обігу та обробки персональних даних пояснюється тим, що цей напрямок правового регулювання є новим для України, а його постійні зміни та доповнення до чинного законодавства розробляються на основі цінностей політичної доцільності, а не юридичної обґрунтованості<sup>10</sup>.

Слід відзначити, що замість зміни недосконалого поняття «база персональних даних», яке створило можливості для суб'єктивного трактування норм законодавства щодо обов'язку володільців баз персональних даних реєструвати такі бази та здійснювати захист їхнього вмісту, Верховна Рада України пішла шляхом заміни поняття «володільць бази персональних даних» на «володільць персональних даних»<sup>11</sup>.

Саме тому сьогодні зникла необхідність визначати наявність або відсутність бази персональних даних, оскільки будь-які персональні дані, які обробляються, є об'єктом захисту Закону та покладають відповідні обов'язки на їхніх власників та розпорядників. Водночас поняття бази персональних даних продовжує існувати у статті 2 Закону України «Про захист персональних даних» та в системному зв'язку

зі змістом інших статей породжує права та обов'язки. Слід визнати, що база персональних даних за своєю природою є різновидом бази даних, визначення якої сформувалося в законодавстві України досить давно та викладене у статті 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права»: база даних – сукупність творів, даних або будь-якої іншої незалежної інформації в довільній формі, в тому числі – електронній, підбір і розташування складових частин якої та її упорядкування є результатом творчої праці і складові частини якої є доступними індивідуально і можуть бути знайдені за допомогою спеціальної пошукової системи на основі електронних засобів (комп'ютера) чи інших засобів<sup>12</sup>.

Виходячи з того, що база персональних даних є похідною від бази даних, можна зробити висновок, що база персональних даних є результатом творчої праці особи, а тому існують такі суб'єкти правовідносин щодо персональних даних у базах даних, як суб'єкт персональних даних, розробник бази персональних даних, володільць бази персональних даних, розпорядник бази персональних даних, уповноважений державний орган із питань захисту персональних даних, третя особа. Слід відзначити, що вищеперераховані суб'єкти інформаційних правовідносин у сфері обробки та обігу персональних даних можуть бути як окремими суб'єктами правовідносин, так і поєднувати в собі кілька правових статусів одночасно.

Згідно зі статтею 24 цього ж Закону на суб'єктів правовідносин, пов'язаних із персональними даними, покладається обов'язок забезпечення захисту персональних даних, що відображається у правовому статусі володільця бази персональних даних через таку систему прав та обов'язків:

1. Реєстрація баз персональних даних. Згідно з первиною редакцією Закону «Про захист персональних даних» всі бази персональних даних підлягали державній реєстрації. Ураховуючи величезну кількість зареєстрованих юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців в Україні, перед набуттям чинності норм про адміністративну відповідальність за ухилення від реєстрації в Державну службу України з питань захисту персональних даних надійшли мільйони заявок про реєстрацію цих баз, які довгий час не були оброблені, незважаючи на визначений законодавством термін, а сам процес затягнувся на десятиліття. Разом із тим за наявності документа, що підтверджує подачу заяви, власник персональних даних не може бути притягнутий до відповідальності за ухилення від реєстрації<sup>13</sup>.

Тут необхідно зазначити, що 1 січня 2014 року обов'язки Державної служби України з питань

<sup>10</sup> Петрыкина Н.И. Правовое регулирование оборота персональных данных в России и странах ЭС: сравнительно-правовое исследование : дисс. канд.юрид. наук, 2007 г. (из фондов Российской Государственной библиотеки). 188 с.

<sup>11</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення системи захисту персональних даних : Закон України від 03.07.2013 № 383- VII. Відомості Верховної Ради України. 14, 2014. С. 252.

<sup>12</sup> Закон України «Про авторське і суміжні права». Відомості Верховної Ради України від 23.12. 1993 р.

<sup>13</sup> Про внесення змін до Закону України «Про захист персональних даних» : Закон України від 20.11.2012, № 5491-VI. Відомості Верховної ради України. № 51, 2013. С. 715.



захисту персональних даних повинен виконувати Уповноважений Верховної Ради України із прав людини. Варто зауважити, що рішення перекладення повноважень уповноваженого державного органу з питань захисту персональних даних на Уповноваженого Верховної Ради України із прав людини було поспішним, адже конституційний статус Уповноваженого обмежений статтею 101 Конституції України, яка встановлює, що він здійснює виключно парламентський контроль за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина та статтею 2 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини», яка закріплює, що сферою застосування Закону є відносини, що виникають під час реалізації прав і свобод людини і громадянина лише між громадянином України, незалежно від місця його перебування, іноземцем чи особою без громадянства, які перебувають на території України, та органами державної влади, органами місцевого самоврядування та їхніми посадовими і службовими особами.

Умовна заміна обов'язкової реєстрації баз персональних даних на обов'язок повідомлення Уповноваженого про опрацювання персональних даних, які представляють особливий ризик для прав і свобод суб'єктів персональних даних (стаття 9 Закону) не вирішує проблеми реєстрації такого масиву заяв, адже, не дивлячись на рекомендації Державної служби України з питань захисту персональних даних, форма заяви так і не переглянута.

2. Дотримання вимог щодо збору персональних даних. Право на обробку персональних даних має бути надане власнику бази персональних даних або самим суб'єктом персональних даних або законом. Відповідно до попередньої редакції Закону «Про захист персональних даних» згода суб'єкта персональних даних – це будь-яке документоване, зокрема письмове, добровільне волевиявлення фізичної особи щодо надання дозволу на обробку її персональних даних відповідно до сформульованої мети їх обробки.

Таким чином, компаніям, що займаються обробкою персональних даних, необхідно було отримати документовану згоду від фізичних осіб, а також направити виключно письмове повідомлення про включення персональних даних до бази.

Слід відзначити позитивний розвиток законодавчого поняття «згода суб'єкта персональних даних», яке з останніми змінами визначається як добровільне волевиявлення фізичної особи щодо надання дозволу на обробку її персональних даних відповідно до сформульованої мети їх обробки, висловлене в письмовій формі або у формі, яка дозволяє зробити висновок про його надання. Відповідно, скасовується вимога «документованості» згоди, що дозволить без особливих зусиль отримувати згоду в електронній формі, за допомогою мережі Інтернет,

а також у будь-якій іншій формі, включаючи конклюдентні дії<sup>14</sup>.

Водночас варто звернути увагу на такі, досить спірні, як на наш погляд, нововведення в законодавстві про внесення змін, як скасування зобов'язання власника повідомляти суб'єктові про включення їх персональних даних до бази в письмовій формі; скасування зобов'язання повідомляти суб'єкта про передачу його персональних даних третім особам тощо<sup>15</sup>.

3. Організація захисту персональних даних. Відповідно до частини першої статті 24 Закону України «Про захист персональних даних» володільці, розпорядники персональних даних та треті особи зобов'язані забезпечити захист персональних даних від випадкових втрат або знищення, від незаконного обігу та обробки, в тому числі незаконного знищення чи доступу до персональних даних.

В окремих випадках, якщо володільць чи розпорядник бази персональних даних здійснюють обіг або обробку персональних даних, про які зобов'язані повідомляти Уповноваженого Верховної Ради України із прав людини (відповідно до Закону «Про захист персональних даних»), володільць зобов'язаний створити (визначити) структурний підрозділ або відповідальну особу, що організовує роботу, пов'язану із захистом персональних даних під час їх обігу та обробки. У свою чергу, фізичні особи-підприємці, в тому числі лікарі, які мають відповідну ліцензію, адвокати, нотаріуси особисто забезпечують захист персональних даних, якими вони володіють, згідно з вимогами закону.

4. Використання персональних даних і передача їх третім особам (у тому числі передача персональних даних за кордон). Ураховуючи нашу позицію, згідно з якою захист персональних даних є окремою діяльністю володільця бази персональних даних із забезпечення безпеки даних під час їх обігу та обробки, керуючись статтею 10 Закону «Про захист персональних даних», вважаємо, що використання персональних даних передбачає будь-які дії володільця щодо обігу або обробки персональних даних іншими суб'єктами відносин, пов'язаних із персональними даними, що здійснюються за згодою суб'єкта персональних даних чи відповідно до закону та в межах визначеної мети обігу або обробки, яка повинна бути сформульована в законах, інших нормативно-правових актах, положеннях, установчих чи інших документах, які регулюють діяльність володільця персональних даних, та відповідати законодавству про захист персональних даних.

<sup>14</sup> Ризак М.В. Согласие лица на оборот и обработку его персональных данных в контексте интеграции информационно-коммуникационных технологий в экономические отношения. *Международный научно-практический правовой журнал «Закон и жизнь»*. № 14. 2014. С.188–192.

<sup>15</sup> Шестаков В. Защита персональных данных в Украине: эволюция правового регулирования. *Руководство директора по персоналу*. Февраль, 2013. С. 4–6.

Використання персональних даних працівниками суб'єктів відносин, пов'язаних із персональними даними, повинно здійснюватися лише відповідно до їхніх професійних чи службових або трудових обов'язків. Ці працівники зобов'язані не допускати розголошення в будь-який спосіб персональних даних, які їм було довірено або які стали відомі у зв'язку з виконанням професійних чи службових або трудових обов'язків, крім випадків, передбачених законом. Таке зобов'язання чинне після припинення ними діяльності, пов'язаної з персональними даними, крім випадків, установлених законом.

Стаття 29 Закону України «Про захист персональних даних» регулює відносини передачі персональних даних іноземним суб'єктам відносин, пов'язаних із персональними даними, та закріплює, що така передача здійснюється лише за умови забезпечення відповідною державою належного захисту персональних даних у випадку, встановленому законом або міжнародним договором України, а також встановлює, що персональні дані не можуть поширюватися з іншою метою, ніж та, з якою вони були зібрані.

Частина четверта передбачає, що персональні дані можуть передаватися іноземним суб'єктам відносин, пов'язаних із персональними даними, також у разі надання суб'єктом персональних даних однозначної згоди на таку передачу; необхідності укладення чи виконання правочину між володільцем персональних даних та третьою особою – суб'єктом персональних даних на користь суб'єкта персональних даних; необхідності захисту життєвих інтересів суб'єктів персональних даних; необхідності захисту суспільного інтересу, встановлення, виконання та забезпечення правової вимоги; надання володільцем персональних даних відповідних гарантій щодо невтручання в особисте і сімейне життя суб'єкта персональних даних. Пункт 5 частини четвертої нової редакції статті 29 Закону України «Про захист персональних даних», на нашу думку, є юридично невизначеним та таким, що становить під сумнів безпеку недоторканності приватного життя в Україні в контексті обігу та обробки персональних даних.

## Висновки

Таким чином, можна зробити висновок, що Верховна Рада України замість зміни недосконалого поняття «база персональних даних», яке створило можливості для суб'єктивного трактування норм законодавства щодо обов'язку володільців баз персональних даних реєструвати такі бази та здійснювати захист їх змісту, пішла юридично необґрунтованим шляхом заміни поняття «володілець бази даних» на «володілець персональних даних».

По-друге, суб'єктами правовідносин щодо персональних даних у базах даних виступають суб'єкти персональних даних, розробники персональних даних, володілець бази персональних даних, розпорядник бази персональних даних, уповноважений державний органі з питань захисту персональних даних, третя особа.

По-третє, володілець бази персональних даних може виступати як окремим суб'єктом правовідносин так і поєднувати в собі кілька вищеперерахованих правових статусів одночасно, а саме: суб'єкта персональних даних, розробника бази персональних даних, розпорядника бази персональних даних.

По-четверте, у випадках окремого існування володільця бази персональних даних та розпорядника бази персональних даних, на наш погляд, доцільним убачається затвердження порядку обігу та обробки персональних даних у базах персональних даних із чітким розподілом їхньої компетенції.

По-п'яте, до обов'язків володільця бази персональних даних, на наш погляд, слід відносити здійснення реєстрації бази персональних даних; забезпечення законного збору персональних даних; організацію захисту персональних даних під час їх обігу та оброблення.

І, насамкінець, серед основних прав володільця бази персональних даних вважаємо за доцільне виділити такі: фактичне здійснення обігу та обробки персональних даних; передачу персональних даних третім особам, в тому числі і за кордон у встановленому Законом України «Про захист персональних даних» порядку.

---

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)  
Issued quarterly  
Passed for printing: 30.06.2020