ЮРИДИЧЕСКИЙ ВЕСТНИК

ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК

LAW HERALD

4’2020

Виходить шість разів на рік

Засновник:
Національний університет
«Одеська юридична академія»

Журнал зареєстровано в Комітеті у справах преси та інформації Одеської обласної державної адміністрації 12 листопада 1993 р. Свідоцтво: серія ОД № 189. Перереєстровано Міністерством у справах преси та інформації України 28 липня 1996 р. Свідоцтво: серія КВ № 2065 та Міністерством юстиції України 25 травня 2010 р. Свідоцтво: серія КВ № 16683-5255ПР. Перереєстровано Державною реєстраційною службою України 14 листопада 2011 р. Свідоцтво: серія КВ № 19241-9041 рп.

Президією Вищої атестаційної комісії України включено до наукових видань, в яких можуть публікуватися основні результати дисертаційних досліджень (Постанови від 9 липня 1999 р. – № 1-05 /7, від 14 квітня 2010 р. – № 1-05/3, Наказ МОН України від 21.12.2015 р. № 1328 (додаток № 8)).

На підставі Наказу Міністерства освіти та науки України № 409 від 17.03.2020 р. (додаток 1) журнал включено до Переліку наукових фахових видань України категорії «Б» у галузі юридичних наук (081 «Право», 293 «Міжнародне право»).

Індекс міжнародного центру реєстрації періодичних видань (Париж, Франція): ISSN 1561–4999 (18 березня 1999 р.)

Передплатний індекс: 40318

Головний редактор
О. І. Сафончик

Редакційна колегія:
Л. Р. Біла-Тіунова
К. М. Глиняна
(відповідальний секретар)
Д. О. Колодін
А. Р. Крусян
(заст. голов. редактора)
С. В. Мазуренко
К. Г. Некіт
В. О. Туляков
Г. І. Чанишева
Бернд Візер
Геннадій Чобану

Відповідальний за випуск
О. П. Головко

Нормативно-правові акти, розміщені у журналі, є неофіційною інформацією.
Передрук матеріалів, надрукованих у журналі, можливий лише з посиланням на журнал

Рекомендовано вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія» 18.08.2020 р., протокол № 1

Редакційно-видавничий відділ НДЧ Національного університету «Одеська юридична академія»
вул. Академічна, 2, каб. 1007, м. Одеса, Україна, 65009
Телефон редакції: +38 066 821 82 28
Електронна пошта: yv@yurvisnyk.in.ua
Електронна адреса: **www.yurvisnyk.in.ua**

Наукове видання
ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК 4’2020
Укр., рос., англ. мовами

Здано до набору 03.08.2020.
Підписано до друку 20.08.2020.
Формат 70×108/16.
Друк офсетний.
Ум. друк. арк. 21,70.
Тираж 100 прим.
Зам. № 1020/289.

Друкарня ВД «Гельветика»
(Свідоцтво суб’єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.)
вул. Інглезі, 6/1, м. Одеса, 65101
Тел. +38 (048) 709 38 69
+38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08

Одеса • ВД «Гельветика» • 2020

© НУ «Одеська юридична академія», 2020

До авторів і читачів

Редакція науково-практичного фахового журналу «Юридичний вісник» запрошує до співробітництва вчених, практичних працівників, читачів, що цікавляться проблематикою журналу.

Матеріали для опублікування подаються українською, російською або англійською мовами і повинні відповідати чинним стандартам для друкованих праць і вимогам до наукових статей.

Наукова стаття має містити вступну частину з розкриттям актуальності проблеми дослідження, виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням здобутих наукових результатів, розгорнуті конкретні висновки за результатами дослідження та перспективи подальших наукових пошуків у цьому напрямі.

Обсяг статей, як правило, від 12 аркушів (кегль – 14, через 1,5 інтервали, усі поля по 2 см.), інші матеріали – до 6 аркушів. Посилання по тексту оформлюються у квадратних дужках. Наприкінці тексту перед літературою вказуються ключові слова (до 5) мовою статті, резюме українською та англійською мовами (мінімум 1800 знаків). Перелік джерел (література) подається мовою оригіналу, розташовується після резюме і має містити вихідні дані джерел.

Для публікації на адресу yv@yurvisnyk.in.ua надсилаються:
1. СТАТТЯ У ФОРМАТІ MS WORD
2. ІНФОРМАЦІЙНА ДОВІДКА:
Прізвище, ім'я, по батькові автора
Науковий ступінь, звання, почесне звання
Місце роботи і посада
Контактний телефон
Адреса електронної пошти
Поштова адреса для відправки друкованого примірника

Резюме не подається за матеріалами для рубрик: «Проблемна ситуація», «Публіцистика», «Наукове життя», «Критика і бібліографія», «Ювілеї», «Персоналії».

Матеріали, подані з порушенням вимог стандартів, без зазначених додатків, повертаються авторові на доопрацювання. Редакція проводить рецензування матеріалів, їх перевірку на плагіат. Редакція зберігає право на коректування матеріалів й уточнення найменування.

Опубліковані матеріали виражають позицію автора, що може не збігатися з думкою редакції. За вірогідність фактів, статистичних даних і інших матеріалів відповідальність несе автор або особа, що надала матеріал.

ЗМІСТ

МЕТОДОЛОГІЯ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Н. Єфремова
Формування наукових поглядів Всеволода Корнілійовича Дябла в 1911–1922 рр.....7

Є. Смичок
Джерела «м'якого права» та їх вплив на формування судової доктрини.....15

В. Мазур, І. Боровська
Аналіз поняття старості у наковововопрактичному та теоретичному аспектах.....23

П. Гуйван
Про часові межі здійснення суб'єктивного права в регулятивних цивільних правовідносинах.....30

Д. Кандуєв
Історичні аспекти розмежування дисциплінарної та адміністративної відповідальності військовослужбовців на території сучасної України.....38

ПРОБЛЕМИ ТА СУДЖЕННЯ

В. Васильєв
Окремі аспекти призначення судової експертизи в цивільному та господарському провадженні.....44

І. Манжул
Державно-приватне партнерство в енергетичній галузі..... 51

Л. Рябовол
Система забезпечення митної безпеки в Україні..... 58

І. Діордіца
Методологія дослідження кібербезпекової політики: кібернетичний, системний та матричний підходи..... 66

К. Дрогозюк
Способи фіксації електронних доказів, отриманих із соціальних мереж, у цивільному процесі України.....74

Т. Білоус
Цивільно-правовий режим охорони права на таємницю про стан здоров'я.....85

В. Арешонков
Техніко-криміналістичні дослідження як базова категорія криміналістичної техніки: поняття та ознаки..... 92

А. Чуб
Класифікація суб'єктивних публічних прав приватної особи.....101

Д. Спєсівцев
Ефективність способу судового захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно..109

Т. Перун
Структурні чинники механізму інформаційної безпеки держави.....117

Я. Михайлюк
Адміністративне оскарження: сучасний стан та перспективи розвитку.....125

УКРАЇНА І СВІТ

Т. Сергєєва
Запровадження міжнародних антикорупційних стандартів у національне законодавство України.....132

В. Мельник
Юридическая правосубъектность Тюркского каганата (552–568 гг.): ирано-византийский аспект.....139

Н. Полішко
Історико-правові аспекти прийняття жінок на службу в поліцію: досвід деяких зарубіжних країн.....156

ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

В. Музика
Проблема атрибуцій кібератак проти об'єктів критичної інфраструктури та шляхи її вирішення в міжнародному праві.....164

О. Сікан
Перелюб (адюльтер) як злочин проти сім'ї..... 172

А. Борисова
«Інформація» та «правова інформація» як об'єкти правовідносин у сфері інформаційних комунікацій.....180

О. Яблокова
Особливості перекладу художнього твору як первісного та похідного об'єкта авторського права.....189

І. Польщиков
Теоретичні моделі місцевого самоврядування: порівняльно-правовий аналіз.....195

І. Роянова
Демілітаризовані та нейтралізовані території в міжнародному гуманітарному праві..... 201

Є. Шинкарьова
Категорія «фідуція» в сучасному цивільному праві України.....210

І. Симонова
Проблеми ефективності судового захисту як засобу забезпечення соціальних прав..... 217

В. Нестеренко
Окремі аспекти підбору та підготовки персоналу установ виконання покарань Сполучених Штатів Америки..... 231

К. Гуляков
Еволюція законодавства про охорону об'єктів історичної та культурної спадщини протягом XX століття.....240

CONTENTS

METHODOLOGY OF THEORY AND PRACTICE OF JURISPRUDENCE

Yefremova N.
Formation of scientific views of Vsevolod Korniliyovich Dyablo in 1911–1922.....7

Smychok Ye.
Sources of "soft law" and their influence on the formation judicial doctrine.....15

Mazur V., Borovska I.
Analysis of the concept of old age in scientific-practical and theoretical aspects..... 23

Guyvan P.
About time limits of realization of the subjective right in regulatory civil legal relations.....30

Kanduiev D.
Historical aspects delineation of disciplinary and administrative liability of the servicemen on the territory of modern Ukraine.....38

PROBLEMS AND JUDGMENTS

Vasiliev V.
Some aspects of the appointment of forensic examina-tion in civil and commercial proceedings.....44

Manzhul I.
The public-private partnership in the energy sector..... 51

Riabovol L.
System software customs security in Ukraine.....58

Diorditsa I.
Cybersecurity policy research methodology: cybernetic, system and matrix approaches..... 66

Drogoziuk K.
Ways of fixation of electronic evidence obtained from social networks in the civil procedure of Ukraine.....74

Bilous T.
Civil legal regime of protection of the right to secret about health.....85

Areshonkov V.
Technical-forensic research as a basic category of forensic technology: concepts and features.....92

Chub A.
Classification of subjective public rights of a private person..... 101

Spiesivtsev D.
The efficiency of judicial way of protection of subjective civil rights on immovable property..... 109

Perun T.
Structural factors of the state information security mechanism.....117

Mykhailiuk Ya.
Administrative appeal: current state and development prospects.....125

UKRAINE AND THE WORLD

Serhieieva T.
International anti-corruption standards and national legislation of Ukraine.....132

Melnyk V.
Legal personality of the Turkic Khaganate (552–568 ad): Iranian-Byzantine aspect..... 139

Polishko N.
Historical and legal aspects of recruiting women to the police: the experience of some foreign countries.....156

TRIBUNE OF YOUNG SCIENTIST

Muzyka V.
The problem of attribution of cyberattacks against objects of critical infrastructure and ways of its solving.....164

Sikan O.
Fornication (adultery) as a crime against family.....172

Borisova A.
"Information" and "legal information" as objects of legal relations in the field of information.....180

Yablokova O.
Peculiarities of translation of literary text as primary and derived object of copyright.....189

Polshchykov I.
Theoretical models of local government: comparative and legal analysis.....195

Roianova I.
Demilitarized and neutralized territories in international humanitarian law.....201

Shynkarova Ye.
The category "fiduity" in modern civil law of Ukraine.....210

Symonova I.
Problems of efficiency of judicial protection as a means of enforcing social rights. 217

Nesterenko V.
Certain aspects of selection and training of U.S. penetantiary staff.....231

Gulyakov K.
Evolution of legislation on protection of objects of historical and cultural heritage during the XX century.....240

МЕТОДОЛОГІЯ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

УДК 340.15(477) «1911/22» : 342
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1965

Н. Єфремова,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри історії держави і права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ФОРМУВАННЯ НАУКОВИХ ПОГЛЯДІВ ВСЕВОЛОДА КОРНІЛІЙОВИЧА ДЯБЛА В 1911–1922 рр.

Постановка проблеми. У Національному університеті «Одеська юридична академія» вже досить тривалий час здійснюються наукові розвідки юридично-біографічного й науково-історичного спрямування, які висвітлюють еволюцію правової науки в Україні та наукові здобутки представників Одеської школи права. Досвід діяльності видатних вітчизняних науковців наразі може багато чому навчити і допомогти відшукати витоки й основні напрями розвитку доктринальної думки, відправні пункти існування та функціонування наукових установ у контексті формування відповідної школи права. Такі знання, безумовно, сприятимуть створенню ефективної системи юридичної науки, яка повинна ґрунтуватися на оригінальному історико-правовому фундаменті.

Аналіз досліджень і публікацій. Особливо складно сьогодні відтворювати реальні події з історії правничих кафедр. На нашу думку, це насамперед пов'язано зі складною політичною ситуацією, яка склалася в Україні у 1917–1922 роках у результаті революційних подій, коли юридичні факультети масово втрачали своїх науковців, трансформувались або знищувались відповідно до революційних директив численних урядів. Чимало сучасних науковців досліджували історію української школи права тих часів. Так, наприклад, доцільно згадати окремі розвідки А.Й. Рогожина, В.Я. Тація, В.В. Сташиса, І.Б. Усенка, І.Й. Бойка, В.С. Кахніча, Л.В. Міхневич, О.Є. Музичко, В.В. Левченка, Т.Р. Короткого та інших. Водночас доцільно зауважити, що у вітчизняній і зарубіжній юридичній науці немає ані спеціальних, ані узагальнювальних праць, які би повною мірою розкривали історію розвитку української школи права.

Постановка завдання. У цій статті ми пропонуємо розглянути, як відбувалось становлення наукових поглядів професора Всеволода Корнілійовича Дябла – вітчизняного правознавця, вченого-конституціоналіста, відомого фахівця з конституційної юстиції радянської доби, чия постать і досі потребує ґрунтовного дослідження з боку вітчизняних правознавців. Вибрана тема передбачає необхідність визначити хронологічні рамки дослідження – приблизно з 1910 по 1921 роки, тобто час, коли в умовах революції молодий дослідник робив свої перші кроки в юриспруденції.

Виклад основного матеріалу. Всеволод Корнілійович Дябло народився 26 червня 1894 року в місті

© Н. Єфремова, 2020

Полтава, в родині земського службовця – Дябла Корнілія Даниловича (селянсько-козацький рід Полтавської губернії). Напередодні революції його батько працював на посаді завідуючого страховим відділом Полтавської губерніальної управи. Світогляд юнака формувався під впливом революції 1905 року. Він вступив до партії українських есерів та есерів-боротьбистів, які вбачали своєю метою здійснити перебудову капіталістичного ладу на лад соціалістичний шляхом проведення соціальної революції, а також досягти повного політико-економічного й соціального визволення трудящих. У національному питанні есери виступали за право кожного народу на самовизначення та, відповідно, за перебудову імперії на федерацію демократичних республік, створених за національно-територіальним принципом, з міжнародним забезпеченням прав національних меншин на підставі екстериторіальності. Отже, саме ці політичні ідеї керували юнаком під час вибору ним теми дипломної роботи в університеті. У 1917 році Всеволод Корнілійович закінчив юридичний факультет Харківського Імператорського університету із золотою медаллю, захистивши роботу з державного (конституційного) права.

Безсумнівно, що на світогляд і наукові позиції молодого дослідника впливали різні чинники й особи. Але природно, що перші, найяскравіші враження він отримав у студентські та аспірантські роки свого життя. Отже, враховуючи той факт, що студентське життя В.К. Дябла протікало на юридичному факультеті Харківського Імператорського університету, цілком природно, що саме тогочасна професура університету заклала потужний фундамент для подальшого наукового росту молодого дослідника.

Зазначимо, що студентські роки В.К. Дябла припадають на так званий «четвертий» період в історії Харківського Імператорського університету, який умовно окреслюється вченими 1884–1920 роками [1]. У цей період на юридичному факультеті існувало 12 кафедр, де працювало багато талановитих учених і перспективних студентів. Серед викладачів університету, які читали лекції студенту В.К. Дяблу, і яких потім він неодноразово згадував, були такі, як ординарний професор кафедри цивільного права Микола Андрійович Гредескул, завідувач кафедри історії руського права Микола Олексійович Максимейко, приват-доцент Володимир Іванович Сливицький і професор кафедри державного права Микола Іванович Палієнко.

Микола Андрійович Гредескул – яскравий оратор з неординарними, новаторськими поглядами, відомий ліберальний політик і громадський діяч, один із засновників партії кадетів, улюбленець як студентів, так і вчених-правників. Він був першим депутатом І Державної Думи із числа мешканців Харківської губернії. Сучасники сприймали Думу як поле битви народу з урядом і депутатів з владою [2, с. 138, 299]. Депутати прагнули зупинити тероризм в імперії. Вони вважали, що амністія політичним в'язням і скасування смертної кари посприяють цьому. Разом із М.А. Гредескулом проти смертної кари для політичних злочинців виступив кадет, професор Харківського університету М. Ковалевський [3, с. 374–375]. Цікаво, але більшість тогочасних депутатів оцінювала тероризм як засіб, котрий у суспільстві використовувався вимушено – для боротьби зі свавіллям влади, і не бажала засудити це явище.

Професор М.А. Гредескул закликав до політичних реформ і відіграв важливу роль у створенні нелегального «Союзу визволення», який ставив своїм програмним завданням запровадження в Російській імперії конституційної монархії замість абсолютної, загальних виборів, упровадження права націй на самовизначення, захист інтересів трудящих,

8-годинний робочий день та інші зміни. Тож не дивно, що його вважали одним із найвидатніших теоретиків кадетської партії. І хоча з часом політичні погляди М.А. Гредескула почали змінюватись (він вийшов із партії кадетів і захопився більшовицькими поглядами), до 1917 року він мав значний авторитет серед української інтелігенції.

Яскраві враження у молодого студента залишили лекції та публічні виступи завідувача кафедри історії руського права **Миколи Олексійовича Максимейка.** Ще 1902 року він захистив магістерську дисертацію на тему «Сейми Литовсько-Руської держави по Люблінській унії» й отримав звання екстраординарного професора. З 1905 року вчений обіймав посаду ординарного професора та завідуючого кафедри Історії російського права Харківського Імператорського університету. Того ж року, разом із професорами університету Дмитром Багалієм, Миколою Сумцовим і Тимофієм Буткевичем, учений входив до складу Ради з питань про скасування обмежень Емського указу 1863 року на захист української мови та літератури.

У своїх політичних уподобаннях професор М.О. Максимейко виступав активним прихильником Конституційно-демократичної партії, відстоював її позиції на шпальтах харківських газет «Мир», «Волна», «Будущее». Також він підтримував ідею децентралізації Російської імперії та надання автономії українському народу [4, с. 557–558]. У 1915 році вчений успішно захистив дисертацію на тему «Опыт критического исследования Русской правды» та здобув ступінь доктора права. Професор М.О. Максимейко вів активну педагогічну та наукову діяльність, для нас особливий інтерес представляють його статті «Русская правда и обычное право Литовско-Русского государства до издания Статута» (1905) та «Русская Правда и литовско-русское право» (1904), а також монографія «Сеймы Литовско-Русского государства до Люблинской унии 1569» (1902).

Значний внесок у формування базових знань В.К. Дябла в галузі права зробив приват-доцент **Володимир Іванович Сливицький,** який з 1917 року обіймав посаду професора юридичного факультету Харківського університету та посаду завідувача кафедри теорії держави і права. Його вважають засновником політико-правової школи правознавства, яка поєднувала дослідження найбільш актуальних і політично важливих проблем з їх ретельним юридичним аналізом. Наукові праці вченого і сьогодні не втратили актуальності. Серед найбільш відомих: «Авторське право» (1912); «Право на чесне до себе ставлення» (1915); «Про передачу векселя» (1919) та інші.

У 1920 році Народний комісаріат освіти УРСР призначив В.І. Сливицького деканом Харківського інституту народного господарства з дорученням організувати там правовий факультет замість ліквідованого юридичного факультету Харківського університету.

Потужній вплив на формування наукових поглядів В.К. Дябла здійснив професор кафедри державного права Харківського Імператорського університету, а з 1912 до 1918 року – проректор університету, **Микола Іванович Палієнко.** 1903 року він захистив магістерську дисертацію «Суверенитет: Историческое развитие идеи суверенитета и её правовое значение» та отримав ступінь магістра державного права. 1908 року відбувся захист його докторської дисертації «Учение о существе права и правовой связанности государства». Учений став автором низки неординарних наукових праць, таких як «Правовое государство и конституционализм» (1906), «Основные законы и форма правления в России: Юридическое исследование» (1910), «Новая доктрина народного суверенитета во

французском государствоведении» (1913), «Областная автономия и федерация» (1917).

У «Харківський період» правознавець паралельно з основною посадою був деканом юридичного факультету місцевих Вищих жіночих курсів. Він же став ініціатором заснування в 1912 році Вищих комерційних курсів Харківського купецького товариства, які в 1916 році були перетворенні на Харківський комерційний інститут. Події лютого і жовтня 1917 року радикально змінили досі відносно спокійний ритм академічного життя. Вчений виступає з лекціями перед населенням, випускає кілька науково-публіцистичних праць «на злобу дня», витриманих здебільшого в дусі поглядів партії конституційних демократів, членом якої, за деякими відомостями, був правознавець [5, с. 13].

М.І. Палієнко розробляв юридичне поняття держави, вивчав питання автономії та федерації, проблеми форм правління, доктрину правової держави та конституціоналізму, сутність адміністративної юстиції та її основні риси. Вагомим доробком правової думки стали загальнотеоретичні праці вченого, присвячені теоріям і поняттю права, предмету і завданням енциклопедії права, сутності права і правовій зв'язаності держави. На особливу увагу заслуговує його концепція суверенітету [6, с. 35]. Ґрунтовну працю «Суверенітет. Історичний розвиток ідеї суверенітету та її правове значення» (1903) М.І. Палієнко присвятив еволюції ідеї суверенітету.

Він дослідив розуміння суверенітету з часів античності в різних типах і формах держави. Ця робота заслужено вважається визначним здобутком у галузі державотворення, «енциклопедією різноманітних проявів суверенітету» [7, с. 25]. Підсумовуючи свої думки, вже в 1929 році вчений видав брошуру «Проблема суверенітету сучасної держави», з новими ідеями про тогочасні теорії суверенітету [8], де виклав власну точку зору на питання суверенітету, використавши ідею класової теорії права.

Учений розмежовував поняття «незалежність держави» та «державна незалежність» і вважав, що лише повний суверенітет держави варто розуміти як незалежність держави [8, с. 8]. Він одним із перших у вітчизняній науці виступив проти теорії «подільності суверенітету», вважаючи, що «не можна відчужувати ні однієї частини суверенітету, це означало би дробити суверенітет, а суверенітет за власною своєю якістю є неподільний» [9, с. 514]. Закликаючи не розділяти поняття внутрішнього та зовнішнього суверенітету, учений зазначав, що ідея зовнішньої незалежності держави, її самостійність стосовно таких же самостійних держав, є логічним наслідком наявності вищої державної влади [8, с. 13]. М.І. Палієнко стверджував, що утворення складних держав-союзів і розмежування компетенції між союзною владою та владою держав-учасниць союзу не позбавляє їх суверенітету (тобто найвищої влади на власній території) [8, с. 26]. Водночас не порушує державного суверенітету й участь держави в міжнародних зносинах, застосування нею норм міжнародного права та додержання принципів цього права, оскільки держава таким чином перебуває лише в товаристві рівноправних з нею, а не пануючих над нею держав [8, с. 27]. Вчений визнавав і тезу, що суверенітет допускає існування над державою вищої системи норм, тобто норм міжнародного права, які для суверенної держави діють і як визнане нею право, і як складова частина власного права, і як наддержавне (міжнародне) право [8, с. 28].

У 1917–1918 роках В.К. Дябло обіймав посаду мирового судді в Полтаві, що внесло елементи практичного досвіду в процес формування наукових поглядів молодого юриста, але з осені 1918 і до 1919 року він розпочав науково-педагогічну діяльність у Київському університеті, де

в той час працював відомий юрист – **Отто Оттович Ейхельман.** У 1905–1909 роках цей правник був деканом юридичного факультету, періодично виконував обов'язки заступника ректора. З 1908 до 1913 року він керував Київським комерційним інститутом, викладав на Вищих жіночих курсах. У 1918 році брав участь у підготовці Брест-Литовського мирного договору з Центральними державами, а також у мирних переговорах із Радянською Росією, що відбувалися в Києві. Багато зробив для налагодження двосторонніх відносин України з Білоруссю, Румунією та Кримом. Отто Ейхельман брав участь у роботі Комісії з підготовки проєкту Конституції Російської імперії, а в 1918–1919 роках розробив проєкт Конституції УНР доби Директорії. Професор О. Ейхельман був одним з основних теоретиків конституційного устрою УНР і провідним розробником концепції федералізації України, формування самостійних адміністративних одиниць – «земель», а також прихильником ідеї конституційної юстиції.

Оцінка поглядів О. Ейхельмана засвідчує, що він не лише теоретично обґрунтував політико-правові підстави української державності, основні етапи її розбудови, але й надав чіткі практичні рекомендації щодо їх реалізації. Використовуючи досвід державного будівництва передових західних держав, він водночас адаптував його до національних традицій українського народу. Федеративний устрій він розглядав не лише як засіб децентралізації влади, але і як забезпечення ідеї народного суверенітету, можливість народних мас впливати на організацію державної влади. Майбутню систему державно-територіального устрою України О. Ейхельман вбачав у формі союзної держави, в якій установча влада належить народові, воля якого визначається шляхом усенародних референдумів. Отже, така яскрава постать, як О. Ейхельман, з його неординарними поглядами та пропозиціями, не могла не привернути уваги В.К. Дябла. І хоча ми не маємо підтвердження інформації про їх спілкування, ймовірно, Всеволод Корнілійович читав виданий О. Ейхельманом у 1921 році проєкт Конституції УНР [10] та інші його наукові праці.

Однак київський період виявився для В.К. Дябла дуже коротким. Ситуація в Наддніпрянській Україні погіршувалась, тож мрія талановитого юнака про викладацьку кар'єру та про продовження наукової діяльності в галузі юриспруденції не мала чітких перспектив. З весни 1919 року почалися суперечливі процеси «пролетаризації» вищої школи. Відчуваючи політичну нестабільність і загрозу закриття Київського університету, зимою 1919 року В.К. Дябло повертається до Полтави, де працює членом колегії Полтавського губернського відділу юстиції та головою Ради народних суддів м. Полтави, здійснюючи організацію судового апарату на Полтавщині до 1921 року.

Протягом 1919–1920 років він викладав загальну теорію права і держави на історико-філологічному факультеті Педагогічного інституту в Полтаві [11], всупереч життєвим випробуванням він зберіг бажання вивчати право. З 1920 року його було залучено до роботи в апараті Наркомату юстиції УСРР, яку він продовжував поєднувати з викладацькою діяльністю, – з 1921 року вже на правовому факультеті Харківського Інституту народного господарства (далі – ХІНГ). Восени 1921 року там було засновано кафедру проблем сучасного права. Метою її діяльності була реалізація наукових, педагогічних і практичних завдань, до числа яких входило теоретичне висвітлення окремих питань радянського права та відверта політизація правової науки. Водночас співробітники кафедри визначилися з темами наукових досліджень, про що було зазначено у звітній документації ВНЗ.

Так, наприклад, професор М.І. Палієнко – науковий керівник В.К. Дябла – планував дослідження державного устрою Німеччини новітнього періоду, конституцій Польщі та Чехословаччини, а також змін, що відбувалися в устрої інших держав Європи і Америки, з метою виявлення еволюції державних форм нормативного матеріалу [12, арк. 22]. Цей напрям був близьким і до наукових інтересів Всеволода Корнілійовича, який з початку 1921 року став асистентом кафедри Проблем сучасного права ХІНГ; викладаючи там державне та адміністративне право, він одночасно навчався в аспірантурі цього ВНЗ.

Разом зі своїм вчителем В.К. Дябло досліджував зміни державного устрою західноєвропейських держав і систематизував теоретичні матеріали з державного права. За результатами цих пошуків він підготував матеріали за напрямом «Анализ Конституции Германии». За підтримки свого наукового керівника, професора М.І. Палієнка, в 1922 році він звітував про завершення праці «Анархизм как система философии и политики права» [12]. Більшість аспірантів була змушена заробляли на життя, працюючи в різноманітних установах, що відволікало їх від систематичної наукової праці. Враховуючи складне матеріальне становище, В.К. Дябло вже в листопаді 1922 року клопотав про відрядження його до факультету суспільних наук при І Московському університеті для продовження наукової праці [13]. Аналізуючи аспірантський склад кафедри Проблем сучасного права ХІНГ станом на 1 січня 1924 року, ми бачимо, що В.К. Дябло серед шести аспірантів уже не значився [14]. З 1922 року Всеволод Корнілійович переїхав до Москви, де в 1923 році вступив до аспірантури Московського Інституту Радянського права, що ознаменувало початок нового етапу його наукового розвитку.

Висновки. Підсумовуючи наведене, можна сказати, що значний вплив на формування наукових поглядів В.К. Дябла в часи його навчання на юридичному факультеті Харківського Імператорського університету справили талановиті вчителі-професори М.А. Гредескул, М.О. Максимейко, В.І. Сливицький та М.І. Палієнко. Науковий зв'язок з останнім Всеволод Корнілійович зберігав принаймні до 1922 року, коли він тимчасово виїхав з України.

Набутий у студентські роки юридичний досвід В.К. Дябло буде активно розвивати та вдосконалювати. Спостерігаючи за провалом української національної революції та за наслідками радянізації України, він як справжній патріот своєї Батьківщини почав докладати значні зусилля задля демонстрації наукового обґрунтування ідеї правової та суверенної держави. Аналізуючи досягнення юридичної та політико-правової думки на прикладах іноземних держав, він фактично ставав «незручним» коментатором фактичної сутності червоного терору крізь призму юридичної науки. Ще не усвідомлюючи всієї глибини наслідків більшовицької революції, в умовах започаткованої нової економічної політики вчений намагався привернути увагу української інтелігенції до проблем порушення принципів правової держави в СРСР, плекаючи надію на захист прав УРСР як повноправного суб'єкту федеративного союзу.

Можливо, саме в той період, розмірковуючи над долею своїх учителів і знайомих, він почав замислюватись над власним призначенням. Перебуваючи під постійною загрозою арешту, він почав більш активно вивчати інститут судового конституційного контролю з урахуванням діяльності вже утворених на той час Конституційних Судів Австрії та Чехословаччини. Однак проблеми конституційної юстиції в СРСР навряд чи могли бути цікавими. Отже, його ідея створення конституційного суду не була підтримана керівництвом СРСР. Разом із

тим В.К. Дябло зумів проявити себе як юрист-практик і педагог.

Серед майже забутих сьогодні видатних дослідників конституційної юстиції, міжнародного та адміністративного права в СРСР особливе місце посідає постать радянського вченого Всеволода Корнілійовіча Дябла. Цілісних досліджень його біографії та наукових досягнень не існує, що, на наш погляд, вельми не заслужено. Свою наукову діяльність він розпочав ще в Російській імперії, в умовах важких політичних трансформацій і революційних потрясінь, які відбилися на всіх сферах життя держави та її громадян. Як відомо, політична незрілість більшості населення Російської імперії призвела до катастрофічних наслідків. Разом із тим початок XX століття став благодатним періодом для інтенсивного розвитку державного (конституційного) права й ознаменувався появою цілого ряду надзвичайно талановитих правознавців. Їхні імена не часто згадувалися в радянських історико-правових дослідженнях, а деякі перебували під забороною. До числа таких маловідомих сьогодні вчених-правознавців можна віднести і професора В. К. Дябла, який закінчив у 1917 р. Харківський імператорський університет і мріяв про активну науково-дослідницьку практику, але революція несподівано втрутилася в його плани.

Продовжуючи розвиток юридично-біографічного напряму в історико-правовій науці, ми встановили за мету и завдання визначення особливостей формування наукових поглядів українського вченого, професора В.К. Дябла. Ще з юнацтва він проявив себе як талановитий правознавець, який мріяв бачити свою Батьківщину вільною, квітучою державою, де права людини будуть гарантовано захищеними незалежно від соціального та національного походження. Виявлення особливостей формування наукових поглядів нашого видатного співвітчизника для відтворення об'єктивної дійсності про його світогляд і особистість уявляється нам цікавим завданням.

Ключові слова: наукові погляди Всеволода Корнілійовича Дябла, історія української школи права, науковий осередок, реформування освітньої системи в Україні в умовах революції 1917–1920 років.

Yefremova N. Formation of scientific views of Vsevolod Korniliyovich Dyablo in 1911–1922

Among the almost forgotten today, outstanding researchers of constitutional justice, international and administrative law in the USSR, a special place is occupied by the figure of the Soviet scientist Vsevolod Korniliyovich Dyablo. There are no holistic studies of his biography and scientific achievements, which is not very deserved, in our opinion. He began his scientific career back in the Russian Empire, under the conditions of difficult political transformations and revolutionary upheavals that affected all spheres of life of the state and its citizens. As known, the political immaturity of the majority of the population of the Russian Empire led to very disastrous consequences. At the same time, the beginning of the twentieth century became there a beneficial period for the intensive development of state (constitutional) law and was marked by the appearance of a number of talented legislators. Their names were not often mentioned in Soviet historical and legal studies, and some were prohibited. Among such insufficiently explored legal scholars is Professor V.K. Dyablo, who graduated from the Kharkov Imperial University in 1917 and dreamed of active research practice when the revolution unexpectedly interfered in his plans.

Continuing the development of the legal and biographical direction in the historical and legal science, the goal of this study was to establish the task of determining the peculiarities of the formulation of scientific glances of the Ukrainian doctor, Professor V.K. Dyablo. From a young age, he proved to be a talented legislator, who dreamed of witnessing his homeland free, prosperous state, where human rights would be guaranteed and protected regardless of social and national origin. Therefore, revealing the peculiarities of his scientific glances formulation is presented to us as an interesting task for the recreation of objective activity about the worldview and personality of our national.

Key words: scientific views of Vsevolod Korniliyovich Dyablo, history of the Ukrainian school of law, scientific center, reformation of the educational system in Ukraine under the conditions of the revolution 1919–1920.

Література

1. Юридичний факультет: Історія та Сучасність. URL: http://jurfak.univer.kharkov.ua/history.php

2. Локоть Т.В. Первая Дума: статьи, заметки и впечатления бывшего члена Государственной думы. Москва : Книгоиздательство «Польза», 1906. 365 с.

3. Хайлова Н.Б. Максим Максимович Ковалевский. Российские либералы : сб. статей / под ред Б.С. Итенберга, В.В. Шелохаева. Москва : РОССПЭН, 2001. С. 355–390.

4. Скакун О. Максимейко Микола Олексійович. Юридична енциклопедія. Київ, 2001. Т. 3. С. 557–558.

5. Усенко І.Б. На шляху до наукової біографії академіка М.І. Палієнка: факти і припущення. Поняття та категорії юридичної науки : зб. наук. праць. Матеріали V міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 18 лист. 2014 р.) / за заг. ред. Н. Пархоменко, М. Шумила. Київ : Ніка-Центр, 2014. С. 10–19. URL: idpnan.org.ua › files › zb.nauk.prats.palienko.pdf

6. Міхневич Л. Погляди М.І. Палієнка на проблеми суверенітету. Поняття та категорії юридичної науки : зб. наук. праць. Матеріали V міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 18 лист. 2014 р.) / за заг. ред. Н. Пархоменко, М. Шумила. Київ : Ніка-Центр, 2014. С. 34–37. URL: idpnan.org.ua › files › zb.nauk.prats.palienko.pdf

7. Егоров С.А Ярославская юридическая школа. Анализ научно-педагогического опита Демидовского лицея : автореф. дис. ... на соискание степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.01. Москва, 2009. 51 с.

8. Палієнко М.І. Проблема суверенітету сучасної держави. Харків : Юрид. вид-во НКЮ УРСР, 1929. 39 с.

9. Палиенко Н.И. Суверенитет. Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение. Ярославль : Тип. Губерн. Правления, 1903. 591 с.

10. Ейхельман О. Проєкт Конституції основних державних законів Української Народньої Республіки. Київ-Тернів : Вид-во С.У.Д., 1921. 96+VIII с.

11. Автобіографія В.К. Дябла. Матеріали приватного архіву родини В.К. Дябло в Одесі : Рукопис. 20.04.1954 р.

12. ЦДАВОВ. Ф. 166 «Міністерство освіти України». Оп. 2. Спр. 476 «Отчет за первое полугодие 1922 г. аспиранта Всеволода Корниловича Дябло». Арк. 22.

13. Міхневич Л. Кафедра «Проблеми сучасного права»: досвід організації юридичної науки ранньої радянської доби. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 5. С. 102–107.

14. ЦДАВОВ. Ф. 166. Оп. 2. Спр. 476 «Отчет руководителя научно-исследовательской кафедры «Проблемы современного права» проф. В.М. Гордона за полугодие до 1/1–1924 г.». Арк. 83.

УДК 336.22
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1966

Є. Смичок,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри фінансового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ДЖЕРЕЛА «М'ЯКОГО ПРАВА» ТА ЇХ ВПЛИВ НА ФОРМУВАННЯ СУДОВОЇ ДОКТРИНИ

Загальноприйнятий підхід, відповідно до якого суди повинні у своїй діяльності керуватися виключно положеннями чинного законодавства (в широкому розумінні відповідного поняття – як приписами законів, так і нормами підзаконних нормативно-правових актів). Водночас непоодинокі випадки, коли сувора буква закону не здатна дати чітко вивірену відповідь щодо порядку правозастосування. У такому випадку суди часто звертаються до положень джерел «м'якого права».

Джерела «м'якого права» не мають сили обов'язкових до застосування норм права. Вони містять норми рекомендаційного характеру або ж положення переконливого характеру. Такого роду підхід зумовлюється тим, що джерела «м'якого права» інтегрують у собі положення, сформовані авторитетними інституціями. В умовах колізійності приписів чинного законодавства, прогалин у праві, наявності оцінних понять набувають актуальності системно сформовані позиції джерел «м'якого права», посиланням на які суди можуть забезпечити додаткову аргументацію власної позиції. Не є виключенням і судова практика щодо розв'язання податкових спорів, в якій можна знайти посилання на різноманітні джерела «м'якого права».

Перед тим як перейти до безпосереднього аналізу джерел «м'якого права» та їх ролі у формуванні судової доктрини з розв'язання податкових спорів, потрібно визначити зміст поняття «джерела «м'якого права». Поширений підхід, відповідно до якого під джерелами «м'якого права» (soft law) розуміють акти міжнародного права, які не обов'язкові до дотримання сторонами, що їх укладають. До таких джерел заведено відносити міжнародні угоди, які не укладені у формі міжнародних договорів (на них не поширюють свою дію положення Віденської конвенції про міжнародні договори), міжнародні меморандуми й резолюції тощо.

Такий підхід до визначення джерел «м'якого права», хоча поширений, однак його потрібно все ж таки розглядати як вузький. Водночас ми не можемо говорити, що поняття джерела «м'якого права» потрібно розглядати виключно крізь призму вузького підходу. Широкого підходу в аспекті визначення змісту поняття «джерела «м'якого права» дотримується Т.В. Матвєєва, яка зазначає, що «м'яке право» – це не тільки не обов'язкові до застосування норми міжнародного права, але й інші документи (в тому числі й національні), які не характеризуються обов'язковою юридичною силою (наприклад, кодекси поведінки, модельні закони, правові керівництва тощо) [2, с. 66–67]. Своєю чергою С.О. Чеховська відзначає, що «м'яке право» формується недержавними суб'єктами, а його іманентною рисою є добровільне слідування суб'єктами права положенням, що отримали своє закріплення в актах «м'якого права»

© Є. Смичок, 2020

[10, с. 8–12]. О.О. Щокіна зауважує, що під «м'яким правом» слід розуміти будь-які приписи, що формуються недержавними (не владними) суб'єктами права (як на міжнародному, так і на національному рівні) [11]. Концептуально аналогічної позиції дотримується з приводу цього питання і О.В. Муратова [3, с. 627–633].

Як влучно резюмує Ю.Б. Фогельсон, поняття «м'яке право» було інтегровано в правовий дискурс у зв'язку з появою нових суб'єктів права, котрі, бувши недержавними суб'єктами, мають змогу формувати положення, які, не зважаючи на необов'язковість дотримання, через свою «авторитетність» отримують об'єктивну реалізацію в рамках суспільних відносин. Ключовою особливістю «м'якого права», на думку автора, є його створення та забезпечення реалізації без залучення державно-владних суб'єктів [9, с. 48–50]. Зі своєї сторони можемо додати, що дотримання положень «м'якого права» й справді спирається на змістовну послідовність сформульованих у них положень та авторитетність суб'єкта, який формує такі положення.

Насамперед потрібно відзначити, що раніше суди переважно скептично ставилися до джерел м'якого права. Роль джерел «м'якого права» почала стрімко зростати зі створенням нового Верховного Суду. Особливістю застосування «м'якого права» в судовій практиці є той аспект, що воно («м'яке право») виконує роль своєрідного «доповнення», додаткової аргументації, що підкріплює позицію суду. Водночас саме застосування «м'якого права» нерідко виводить позицію суду на якісно новий, вищий рівень. Джерела «м'якого права» сприяють концептуалізації правової позиції суду, а саме м'яке право нерідко сприяє доктринальному оформленню позиції суду.

У рамках відповідного дослідження ми спробуємо визначити основні завдання в контексті судової практики, розв'язанню яких сприяє застосування джерел «м'якого права». Так, джерела «м'якого права» в судовій практиці сприяють розв'язанню таких завдань:

1) доповнюють аргументацію суду, тим самим концептуалізуючи саму правову позицію;

2) є одним з інструментів подолання негативних явищ у праві.

Надалі буде доцільно розглянути особливості реалізації кожного з наведених вище завдань.

Доповнення аргументації суду. Суди, формуючи власну правову позицію, нерідко стикаються з проблемою додаткової аргументації такої позиції. У таких випадках і стають у пригоді джерела «м'якого права». Саме джерела «м'якого права» дозволяють сформувати суду позицію шляхом застосування формулювань, які змістовно розвивають нормативні положення. «М'яке право» не формулює обов'язкові для слідування правила поведінки. Не завжди можна сказати, що в рамках «м'якого права» взагалі формулюються хоча й необов'язкові, але правила поведінки. Часто в рамках відповідних джерел здійснюється поширювальне тлумачення нормативних положень, що має риси «прототипно-нормативного» регулювання. Тобто окремі ознаки нормативності (хоча й не обов'язкової до застосування) положення м'якого права й містять, проте вони не формалізують чітко визначені, самостійні правила поведінки. Доповнення аргументації суду положеннями м'якого права виконує своєрідну допоміжну функцію. У такому випадку йдеться не про формулювання на основі актів «м'якого права» власне позиції суду. Скоріше, головна ідея актів м'якого права полягає в тому, щоб розвинути ту аргументацію суду, що спирається безпосередньо на приписи нормативного, загальнообов'язкового характеру.

Подолання негативних явищ у праві. Джерела «м'якого права»

можуть виступати як своєрідні інструменти, що слугують розв'язанню комплексних проблем правозастосування. До таких проблем можна віднести:

а) подолання колізій нормативного регулювання;

б) заповнення прогалин у праві;

в) неоднозначне тлумачення оцінних понять.

Тут потрібно зауважити, що прогалини в праві й колізії повною мірою слід розглядати саме як негативні явища в праві. Що ж стосується оцінних понять, то вони до негативних явищ у праві можуть відноситися з певним застереженням. Такого роду підхід зумовлюється тим, що в окремих випадках через неможливість деталізованого нормативного регулювання окремих аспектів суспільних відносин наявність оцінних понять є об'єктивно-необхідною. Водночас може відбуватися ситуація, коли неоднозначність тлумачення оцінного поняття призводить до порушення прав та інтересів особи, зумовлює покладення додаткового обов'язку на учасника суспільних відносин. За таких умов оцінні поняття можуть трактуватися як такі, що є негативним явищем у правозастосуванні. Саме в рамках джерел «м'якого права» можуть отримувати своє закріплення положення, які й визначають алгоритми подолання таких негативних явищ. Водночас такі положення «м'якого права», як правило, вирізняються системністю підходу до розв'язання проблеми правозастосування, комплексністю формулювань і доктринальним обрамленням. Саме в рамках відповідного завдання джерела «м'якого права» набувають рис ефективного інструменту допомоги правозастосовній практиці.

Як уже відзначалося, не останню роль у забезпеченні послідовності судової практики з розв'язання податкових спорів відіграють джерела «м'якого права». Слід зауважити, що в контексті розв'язання податкових спорів джерела «м'якого права» забезпечують розв'язання як першого (додаткова аргументація), так і другого (подолання негативних явищ у праві) завдання. До джерел «м'якого права», які застосовуються судами в разі розв'язання податкових спорів, можна віднести:

а) резолюції міжнародних організацій;

б) висновки міжнародних неурядових організацій;

в) науково-правові висновки.

Для наочнішої ілюстрації підходів до застосування джерел м'якого права під час розв'язання податкових спорів слід проаналізувати конкретні рішення Верховного Суду. Так, в Окремій думці (спільній) від 21 січня 2020 р. (справа № 820/11382/15) до постанови Верховного Суду в складі Палати з розгляду справ щодо податків, зборів, інших обов`язкових платежів Касаційного адміністративного суду, зазначалося таке: «<...> Європейська Комісія за демократію через право (Венеціанська Комісія) в Доповіді щодо верховенства права від 4 квітня 2011 року № 512/2009 зазначила, що однією зі складових частин верховенства права є правова визначеність; вона вимагає, щоб правові норми були чіткими й точними, спрямованими на те, щоб забезпечити постійну прогнозованість (передбачуваність) ситуацій і правовідносин, що виникають. Принцип правової визначеності передбачає, що органи державної влади повинні бути обмежені у своїх діях заздалегідь встановленими й оголошеними правилами, які дають можливість передбачити з великою ймовірністю та точністю заходи, що будуть застосовані представниками влади в тій чи іншій ситуації. Правова визначеність передбачає стабільність і цілісний характер законодавства, здійснення адміністративної практики органами державної влади на основі закону відповідно до принципу верховенства права, а також прозорість і демократизм

у разі прийняття владних рішень. Ідея передбачуваності (очікуваності) суб`єктом суспільних відносин правових наслідків (правового результату) свої поведінки, яка відповідає наявним у суспільстві нормативним приписам, утворює основу принципу правової визначеності. Згідно з усталеною прецедентною практикою Європейського суду з прав людини, однією з вимог, що випливає зі слів «встановлений законом», є вимога передбачуваності. Питання забезпечення єдності практики також є складовим елементом принципу верховенства права. Отже, суб`єкт владних повноважень, виконуючи надані йому законом повноваження щодо вчинення дій чи прийняття індивідуальних актів стосовно конкретної особи, повинен дотримуватися згаданого принципу, забезпечуючи водночас сталість та єдність своєї адміністративної практики» [4].

Джерелом «м'якого права», на яке було зроблено посилання судом, є рішення авторитетної міжнародної неурядової організації – Європейської Комісії за демократію через право (Венеціанська Комісія). Судом звертається увага на положення щодо принципу верховенства права, а саме такої його інтегративної складової частини, як принцип правової визначеності. В аспекті принципу правової визначеності було концептуалізовано такі його вимоги:

а) чіткість і точність нормативно-правових приписів;

б) постійна прогнозованість (передбачуваність) розвитку правовідносин;

в) стабільний і цілісний характер законодавства й адміністративної практики.

Водночас основний акцент робиться судом на вимоги принципу правової визначеності щодо передбачуваності суб'єктом суспільних відносин правових наслідків своєї поведінки (передбачуваність правового результату). Передбачуваність наслідків своїх дій надзвичайно важлива для платників податків. Такого роду підхід зумовлюється тим, що відсутність правової визначеності в аспекті наслідків своїх дій – це насамперед економічні ризики для платника податків. Свій наочний вияв такі ризики можуть отримати, зокрема, у втраті платником податків права на отримання податкових вигод із податку на прибуток підприємств і податку на додану вартість. Відсутність такої передбачуваності правозастосування може зумовлюватися наявністю в податковому праві оцінних понять. У контексті цього особливої актуальності набуває проблематика, пов'язана з оцінно зумовленим підходом до формулювання на рівні законодавства концепції розумної економічної причини (ділової мети). Ми відзначаємо, що прогнозованість правозастосування нормативних положень, які регламентують доктрину ділової мети, буде відсутня до того часу, допоки не буде сформована стійка практика на рівні Верховного Суду з приводу застосування відповідних нормативних положень.

В аспекті застосування джерел «м'якого права» з процедурних питань цікаві посилання Верховного суду на такі міжнародні акти, як резолюції, в яких отримують свою формалізацію окремі вихідні положення права. Так, в Ухвалі Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 06 липня 2020 р. (справа № 818/1345/16) отримали своє закріплення такі положення: «Приписами пункту 2.5 Бангалорських принципів поведінки суддів від 19 травня 2006 року (Схвалених Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН від 27 липня 2006 року № 2006/23) визначено, що об`єктивність судді є необхідною умовою для належного виконання ним своїх обов`язків. Вона проявляється не тільки в змісті винесеного рішення, а й в усіх процесуальних діях, що супроводжують його прийняття. Суддя заявляє самовідвід від участі в розгляді справи також у тому

випадку, коли в стороннього спостерігача могли б виникнути сумніви в неупередженості судді» [8].

У такому випадку суд здійснив посилання на документ Економічної та Соціальної Ради ООН, який, не зважаючи на відсутність обов'язкового для застосування характеру, розглядається судом як такий, що містить цілком послідовні й влучні формулювання. Водночас податкових спорів відповідна позиція стосується опосередковано, тому що вона спрямована на розв'язання процедурних питань із приводу самовідводу судді, яка розглядала податковий спір. Посилання на відповідний міжнародний акт «м'якого права» було здійснено й в Ухвалі Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 26 грудня 2019 р. (справа № 826/12108/18), де отримали своє закріплення такі положення: «Згідно з Бангалорськими принципами поведінки суддів, схваленими резолюцією № 2006/23 Економічної та Соціальної Ради Організації Об`єднаних Націй від 27 липня 2006 р., суддя заявляє самовідвід від участі в розгляді справи в тому випадку, коли в стороннього спостерігача могли б виникнути сумніви в неупередженості судді. З огляду на викладене, відводу (самовідводу) підлягає суддя не лише в разі існування фактів, що свідчать про його упередженість, але й у тому випадку, коли в стороннього спостерігача могли б виникнути обґрунтовані сумніви в безсторонності судді» [7]. Таким чином, ми повинні резюмувати, що Бангалорські принципи, не зважаючи на те, що є «м'яким правом», відіграють значну роль у розв'язанні процедурних аспектів у разі здійснення судочинства, зокрема й під час розв'язання податкових спорів.

Ще одним різновидом джерел «м'якого права», положення якого отримують своє закріплення в рамках судових рішень, які стосуються розв'язання податкових спорів, є науково-правові висновки. У такому випадку потрібно зазначити, що науково-правові висновки належать до такої категорії джерел права, як правова доктрина. Так, в Постанові Верховного Суду В складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 15 травня 2019 р. (справа № 825/1496/17) було закріплено такі положення: «Звертаючись до узагальненого висновку, викладеному в Науковому висновку члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді, доцента кафедри адміністративного й фінансового права Львівського національного університету імені Івана Франка, кандидата юридичних наук, доцента Ільницького Олега Володимировича щодо питань встановлення місцевих податків і зборів органами місцевого самоврядування (на підставі розгляду звернення судді Касаційного адміністративного суду в складі Верховного Суду В.В. Хохуляка) й науково-правовому експертному дослідженню щодо впливу принципу стабільності податкового законодавства на реалізацію повноважень органів місцевого самоврядування, яке проведене завідувачем кафедри фінансового права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, академіком Національної академії правових наук України, доктором юридичних наук, професором М.П. Кучерявенко й асистентом кафедри фінансового права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидатом юридичних наук Є.М. Смичком, Суд зазначає таке <...>» [5].

Стосувався відповідний науково-правовий висновок застосування принципу стабільності в аспекті встановлення місцевих податків і зборів. Особливістю судового рішення є пряме посилання суду на науково-правовий висновок. Раніше суди могли брати за основу своїх рішень науково-правові висновки, проте не робили прямі посилання на це (посилання на сам науково-правовий висновок і його

авторів). У такому ж випадку в рамках рішення суду прямо було сформовано посилання на правову доктрину й викладено окремі узагальнені положення, що були сформульовані в таких висновках. Водночас, як не парадоксально, під час направлення наукових висновків у суди важливо правильно назвати такий висновок. Якщо в назві висновку, який стосується загальноправових (галузевих) питань, застосувати термін «експертний», то з великою долею ймовірності він не буде прийнятий судом до уваги.

Такий висновок зумовлюється приписами Кодексу адміністративного судочинства України, а саме ч. 1 ст. 112 відповідного кодифікованого акта, де зазначається, що «висновок експерта в галузі права може стосуватися виключно двох категорій питань:

1) застосування аналогії закону чи аналогії права;

2) змісту норм іноземного права згідно з їхнім офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування, доктриною у відповідній іноземній державі» [1].

З усіх інших питань такі експертно-правові висновки надаватися не можуть. Наочною ілюстрацією відповідної тези може слугувати позиція, що була сформульована в Постанові Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 01 липня 2020 р. (справа № 640/8980/19), де зазначалося таке: «Щодо клопотання позивача про врахування відомостей, які містяться в науково-правовому експертному висновку, підписаному (1) завідувачем кафедри адміністративного права й адміністративної діяльності Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, доктором юридичних наук, професором, членом-кореспондентом НАПрН України, членом Науково-консультативної ради при Верховному Суді Настюк В.Я., (2) професором кафедри цивільного права Навчально-наукового юридичного інституту ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника», доктором юридичних наук, професором, членом Науково-консультативної ради при Конституційному Суді України Кострубою А.В., (3) директором Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса Національної академії правових наук України, доктором юридичних наук, старшим науковим співробітником Батиргареєвою В.С. щодо процедури адміністративного оскарження податкових повідомлень-рішень, то суд звертає увагу на таке <...> Як вказано вище, цей висновок експертів у галузі права стосується питань застосування лише чинного законодавства України, а тому через імперативні норми КАС України не може братися Судом до уваги» [6]. Тобто в такому випадку науковий висновок навіть не був взятий судом до уваги із суто формально-юридичних причин.

Висновки. Отже, джерела «м'якого права» можуть застосовуватися судами під час розв'язання податкових спорів. Такого роду джерела можуть виконувати два завдання:

1) доповнювати аргументацію суду, тим самим концептуалізуючи саму правову позицію;

2) виступати як один з інструментів подолання негативних явищ у праві.

У податкових спорах джерела «м'якого права» в основному виконують роль засобу додаткової аргументації. Водночас через останні тенденції із закріплення на законодавчому рівні оцінних понять можна спрогнозувати зростання ролі джерел «м'якого права», зокрема науково-правових висновків, як інструменту розв'язання питань, пов'язаних із неоднозначним тлумаченням нормативних приписів.

Статтю присвячено комплексному дослідженню особливостей застосування джерел «м'якого права» під час вирішення податкових спорів. Визначено особливості впливу джерел «м'якого права» на формування судової доктрини. Не зважаючи на те, що джерела «м'якого права» не мають обов'язкової сили до застосування, вони все ж таки відіграють не останню роль під час вирішення судових спорів. Судді нерідко застосовують «м'яке право» під час формування судової аргументації. Відповідно, джерела «м'якого права» виконують допоміжну функцію, яка є своєрідним інструментом, що застосовується під час розв'язання комплексних проблем (подолання колізій, заповнення прогалин, неоднозначного тлумачення оцінних понять тощо). Проаналізовано й вивчено роль джерел «м'якого права» під час формування судової доктрини з розв'язання податкових спорів. Як дослідницьку мету автор розглянув особливості реалізації джерела «м'якого права» під час розв'язання завдань, які виникають у судовій практиці. До таких завдань слід віднести доповнення аргументації суду, який тим самим концептуалізує свою правову позицію. Крім цього, джерела «м'якого права» є інструментом подолання негативних явищ у праві. У статті звернено увагу на перелік джерел «м'якого права», які суди використовують під час розв'язання податкових спорів, і детальний аналіз кожного різновиду таких джерел. До переліку джерел «м'якого права», які використовуються судами під час розв'язання податкових спорів, належать: резолюції міжнародних організацій; висновки міжнародних неурядових організацій; науково-правові висновки. Зазначено, що резолюції міжнародних організацій і висновки міжнародних неурядових організацій є авторитетними джерелами права. Водночас такого роду авторитетність є як змістовною, так і формальною. Змістовна авторитетність полягає в комплексності й послідовності висновків, сформульованих у таких рекомендаційних актах. Щодо формальної авторитетності, то вона криється в сприйнятті вагомості самої організації, яка приймає такі резолюції / висновки. Коли ж йдеться про науково-правові висновки, то тут слід розглядати насамперед висновки, джерелом яких є національна наукова правова доктрина.

Ключові слова: «м'яке право», джерела «м'якого права», судові доктрини, податкове право, судова практика.

Smychok Ye. Sources of "soft law" and their influence on the formation judicial doctrine

The article is devoted to a comprehensive study of the peculiarities use of sources of "soft law" in resolving tax disputes. The peculiarities influence of the sources of "soft law" on the formation judicial doctrine are determined. Although "soft law" sources are not binding, they still play an important role in resolving litigation. Judges often use "soft law" in formulating judicial arguments. Accordingly, the sources of "soft law" perform a supporting function, which is a kind of tool used in solving complex problems (overcoming conflicts, filling gaps, ambiguous interpretation of valuation concepts, etc.). The role of sources of "soft law" was been analyzed and studied in the formation of judicial doctrine for resolving tax disputes. As a research goal, the author considered the peculiarities of the implementation of the "soft law" in solving problems that arise in judicial practice. For such tasks should be include supplementing the arguments of the court, which therefore conceptualizes its legal position. In addition, the sources of "soft

law" are tool to overcome the negative phenomena in law. The article draws attention to the list of sources of "soft law" that courts use in resolving tax disputes and a detailed analysis of each type of such sources. The list of sources of "soft law" used by courts in resolving tax disputes includes resolutions of international organizations, conclusions of international non-governmental organizations, scientific and legal conclusions. It was be noted that the resolutions of international organizations and the conclusions of international non-governmental organizations are authoritative sources of law. Moreover, this kind of the authority is both substantive and formal. Substantive authority lies in the complexity and consistency of the conclusions formulated in such recommendatory acts. As for formal authority, it lies in the perception of the importance of the organization itself, which adopts such resolutions / conclusions. When it comes to scientific and legal conclusions, then we should consider first the conclusions whose source is the national scientific legal doctrine.

Key words: "soft law", sources of "soft law", court doctrines, tax law, case law.

Література

1. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06 липня 2005 р. № 2747-IV (у редакції від 18 липня 2020 р.) / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text.

2. Матвеева Т.В. К вопросу о «мягком праве» в регулировании международных частноправовых отношений. Государство и право. 2005. № 3. С. 62–71.

3. Муратова О.В. Акты «мягкого» права как регуляторы частноправовых отношений. Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 4 (53). С. 627–633.

4. Окрема думка (спільна) від 21 січня 2020 р. (справа № 820/11382/15) до постанови Верховного Суду у складі Палати з розгляду справ щодо податків, зборів, інших обов`язкових платежів Касаційного адміністративного суду / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/87363996.

5. Постанова Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 15 травня 2019 р. (справа № 825/1496/17) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/82119034 .

6. Постанова Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 01 липня 2020 р. (справа № 640/8980/19) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/90264357.

7. Ухвала Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 26 грудня 2019 р. (справа № 826/12108/18) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/86717755.

8. Ухвала Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 06 липня 2020 р. (справа № 818/1345/16) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/90213020.

9. Фогельсон Ю.Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе. Журнал российского права. 2013. № 9 (201). С. 43–51.

10. Чеховская С.А. «Мягкое» корпоративное право: постановка проблемы. Предпринимательское право. 2012. № 4. С. 8–12. URL: https://center-bereg.ru/b2936.html.

11. Щокіна О.О. «М'яке право» у системі регулювання корпоративних відносин. URL:http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=tipp_2018_2_12.

УДК 347.151-053.09
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1967

В. Мазур,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

І. Боровська,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

АНАЛІЗ ПОНЯТТЯ СТАРОСТІ У НАКОВОВОПРАКТИЧНОМУ ТА ТЕОРЕТИЧНОМУ АСПЕКТАХ

Однією з головних, основоположних та пріоритетних засад функціонування будь-якого суспільства та держави є захист прав людини незалежно від її соціального та політичного статусу, релігійного та майнового стану, раси та кольору шкіри, статі та т.п. Частиною 3 ст. 8 Конституції України передбачається, що звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується. Відповідно до ч. 1 ст. 24 Основного Закону України громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом [1]. Частиною 1 ст. 16 Цивільного кодексу передбачається, що кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу [2]. Норми Господарського кодексу України передбачають рівний захист державою всіх суб'єктів господарювання (ст. 6) [3].

Дослідження поняття старості в правовому та науково-теоретичному аспектах є актуальною проблематикою, оскільки в законодавстві досить часто почав використовуватися вказаний термін, і при цьому дана тематика комплексно не досліджувалася. Серед науковців, що досліджували наукові положення щодо питань похилого віку, можна виокремити таких, як С.М. Прилипко, Н.Б. Галіяш, М.П. Кухта. Згідно зі ст. 46 Конституції України громадяни мають право на соціальний захист у старості та в інших випадках, передбачених законом [1]. При цьому відсутня законодавча дефініція старості. А у ч. 2 ст. 24 вказується, що не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками [1]. Знову ж таки про віковий ценз нічого законодавець не зазначає.

У цій площині особливого значення набуває дослідження поняття старості, про що законодавець згадав у ч. 14 ст. 230 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) та в ч. 10 ст. 211 Господарського процесуального кодексу (далі – ГПК) України, вказавши, що свідок, який не може прибути в судове засідання внаслідок хвороби, старості, інвалідності або з інших поважних причин, допитується судом у місці його проживання (перебування), зважаючи на відсутність у чинному законодавстві України визначення вказаної категорії та можливість неоднозначного її

© В. Мазур, І. Боровська, 2020

тлумачення у правозастосовній діяльності [4; 5].

Раніше цивільне процесуальне законодавство України не містило вказаної норми, але у зв'язку з реформуванням процесуального законодавства України та внесенням змін, зокрема шляхом прийняття Закону України від 3 жовтня 2017 року «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», до ЦПК України та ГПК України було запроваджено низку новел, у тому числі щодо порядку допиту свідків під час розгляду справ у порядку цивільного та господарського судочинства. Слід зазначити, що структура вищевказаних кодексів суттєво змінилась, об'єми значно збільшилися, а статті викладені структурно по-новому. Хоча і відбулися кардинальні зміни законодавства, але питання його досконалості залишається відкритим, навіть і щодо з'ясування поняття старості.

Проаналізувавши положення багатьох нормативно-правових актів, ми виявили, що жоден із них не дає чіткого розуміння, що таке старість. Тому в даній статті ми намагатимемося проаналізувати та з'ясувати це поняття.

В Академічному тлумачному словнику зазначається, що старість – це період життя, що наступає після зрілості і характеризується поступовим послабленням діяльності організму; похилий вік кого-небудь [6].

Погоджуємося, що старість – це певний період життя, але вважаємо, що вказане поняття не можна застосовувати в цивільному та господарському процесах. Тому, що в подальшому виникає ще більше питань, наприклад: а) про яку зрілість ідеться, оскільки вона буває різних видів: біологічна, психологічна, професійна і т.д.? б) з якого віку починається таке поступове послаблення функцій життєдіяльності людини? Мабуть, у кожної людини це все відбувається по-різному.

На сайті Державної установи «Інститут геронтології ім. Д.Ф. Чеботарьова НАМН України» під старістю розуміють період життя людини після втрати здатності організму до продовження роду та до смерті. Характеризується погіршенням здоров'я, розумових здібностей, загасанням функцій організму [7].

На нашу думку, вищевказане поняття підходить для теоретичного визначення старості й на практиці, під час судового розгляду справ у допиті свідка в місці його проживання (перебування), який не може прибути в судове засідання внаслідок старості, застосувати не можна, у зв'язку з тим, що втрата здатності організму до продовження роду в кожної особистості настає в різному віці. А якщо, наприклад, фізична особа втратила здатність до продовження роду у 20 років, то що – це старість? Авжеж, ні. Тобто для того щоб установити втрату такої здатності, особі необхідно звернутися до медичних закладів за довідкою чи висновком про старість, щоб надати необхідні докази до суду щодо того, що особа через старість не може прибути на допит як свідок. Але медичні установи таких документів не видають. Тобто суддя на власний розсуд та за заявою особи визначає, чи підпадає свідок під категорію осіб, які не можуть прибути в судове засідання внаслідок старості.

Далі в цьому джерелі вказується, що старість характеризується погіршенням розумових здібностей. Таким чином, у відповідній площині важливого значення набуває дослідження співвідношення категорій «процесуальна дієздатність» та «старість» у контексті правового статусу свідка як учасника судового процесу. Відповідно до ч. 2 ст. 47 ЦПК України [4] та до ч. 3 ст. 44 ГПК України [5] вказано, що особи, цивільна дієздатність яких обме-

жена, можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають із відносин, в яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом. Суд може залучити до участі в таких справах законного представника особи, цивільна дієздатність якої обмежена. Також у даному випадку слід звернути увагу і на ч. 1. ст. 69 Цивільного процесуального кодексу України, що свідком може бути кожна особа, якій відомі будь-які обставини, що стосуються справи. Не можуть бути допитані як свідки, зокрема, недієздатні фізичні особи, а також особи, які перебувають на обліку чи на лікуванні в психіатричному лікувальному закладі і не здатні через свої фізичні або психічні вади правильно сприймати обставини, що мають значення для справи, або давати показання (п. 1 ч. 1 ст. 70 ЦПК України) [4]. Норми Господарського процесуального кодексу (ч. 1 ст. 66) передбачають, що свідком може бути будь-яка дієздатна фізична особа, якій відомі будь-які обставини, що стосуються справи [5]. Отже, з наведеного випливає, що свідком особисто може бути й особа, яка страждає на психічні розлади та на підставах, визначених у ч. 1 ст. 36 ЦК України, обмежена в цивільній дієздатності судом або має погіршення розумових здібностей. У даному випадку суд має право, а не зобов'язаний долучити законного представника до участі в справі. Але тоді виникає чимало питань щодо достовірності та відповідності таких даних та фактів, що надають такі особи, чи не буде перекручувань, плутанини, спотворення інформації; чи варто тоді витрачати час та грошові кошти на такі допити свідків, і чи не буде в майбутньому виникати питання щодо так званого «затягування» судового розгляду справи або процесу. Вважаємо такі дії недоцільними.

Ще існує думка, що старість – це фінальна стадія життя, неминуча частина життя, яку збирається пережити кожен, чиє життя не обірвалося трагічно в молодості. Це час, який кожен проходить по-різному – є стільки різних відтінків старіння, скільки є людських історій. Старіння є постійним процесом, який починається від народження. Його протікання залежить від генетичних факторів, умов життя і способу життя. Послідовні стадії включають прогресування фізіологічного та психічного старіння, поступове погіршення фізичного, психічного стану та незалежності зростання обмеження можливостей соціальної адаптації – так зване соціальне старіння зростання залежності від інших людей [8].

Важко не погодитися із вказаною думкою, а саме щодо того, що старіння є постійним процесом, який починається від народження, що це час, який кожен проходить по-різному залежно від генетичних та соціальних факторів, умов та способу життя. Тому в разі з'ясування поняття старості, яке на даний час досить часто використовується в нормативно-правових актах України, питання залишається відкритим щодо розуміння та трактування даного терміна, а також доречності застосування його в законодавстві.

Більшість дослідників, а також Всесвітня Організація охорони здоров'я, вважають, що старість починається із 60 років і триває до смерті. Міжнародна класифікація виокремлює такі періоди геронтогенезу: 1) рання старість або похилий вік (для чоловіків 60–74 роки, для жінок 55–74 роки); 2) старість або старечий вік (75–90 років); 3) вік довгожительства (90 років і старші) [8; 9].

Для того щоб все ж таки зрозуміти та з'ясувати термінологічне навантаження поняття «старість», крім теоретичного розуміння, необхідно також проаналізувати походження вказаного терміна в законодавстві.

Можливо, початок застосування терміна старості пов'язаний із Проектом Закону України «Про пенсії за

старістю та виплати з персональних накопичувальних пенсійних рахунків» [10], який був запропонований на розгляд до Верховної Ради України у 2000 році. Цей Проект передбачав пенсію за старістю та виплати з персональних накопичувальних пенсійних рахунків. Як варіант, Проектом передбачалося поняття старості. Але це тільки наші здогадки.

Слід відзначити, що Житловий кодекс Української РСР, а саме абзац 5 ч. 2 ст. 125 містить словосполучення «пенсіонерів по старості» [11], але хоча і норма 1983 року, вказане словосполучення було офіційно розтлумачене аж у 2014 році, а саме Рішенням Конституційного суду України. Відповідно до цього Рішення до пенсіонерів по старості, крім осіб, яким згідно із законодавством України призначено пенсію за віком, віднесено також осіб, що вийшли на пенсію за віком зі зменшенням пенсійного віку, встановленого статтею 26 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 9 липня 2003 року № 1058-IV зі змінами, зокрема, на підставі статті 55 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» від 28 лютого 1991 року № 796–XII зі змінами [12].

Велика кількість міжнародних договорів передбачають пенсії по старості. Серед них, зокрема: Конвенція про допомоги по інвалідності, по старості і у зв'язку із втратою годувальника № 128 від 29 червня 1967 р.; Конвенція про запровадження міжнародної системи співробітництва у збереженні прав мігрантів на пенсію по інвалідності, старості та на випадок втрати годувальника № 48 від 21 червня 1982 р.; Конвенція про обов'язкове страхування по старості працівників промислових і торговельних підприємств, осіб вільних професій, а також надомників і домашніх служників № 37 від 29 червня 1967 р. та інші. У вказаних міжнародних договорах поняття старості відсутнє, але врегульовує питання щодо пенсій по старості та допомоги по старості, а також висвітлено питання обов'язкового страхування по старості особливої категорії осіб.

В українському законодавстві такий вид пенсії, як по старості, не врегульовано і жодним нормативним актом не передбачено. Тому, можливо, в законодавстві України старість з'явилася у зв'язку з невдалим перекладом міжнародних договорів українською мовою, оскільки наша державна мова багата на синоніми.

На нашу думку, законодавець під старістю розуміє похилий вік, поняття якого, до речі, в законодавстві України визначено. Відповідно до ст. 10 Закону України «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні» громадянами похилого віку визнаються особи, які досягли пенсійного віку, встановленого статтею 26 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», а також особи, яким до досягнення зазначеного пенсійного віку залишилося не більш як півтора року [13].

Починаючи реформування пенсійної системи у 2001 році, в Посланні Президента України до Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України «Про основні напрями реформування системи пенсійного забезпечення населення України» йдеться про заощадження на старість для підвищення добробуту та поліпшення життя людей похилого віку [14].

Щодо тотожності понять старості та похилого віку в Цивільному та Господарському процесуальних кодексах України, то слід відмітити, що згідно з ч. 2. ст. 69 ЦПК України [4] та ч. 2 ст. 66 ГПК України [5] суд може дозволити свідку брати участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції незалежно від заперечень учасників справи, якщо свідок не може з'явитися до суду через хво-

робу, похилий вік, інвалідність або з інших поважних причин.

З наведеного випливає, що свідків через похилий вік можна допитати в режимі відеоконференції. А як нам відомо, відповідно до ч. 14 ст. 230 Цивільного процесуального кодексу України та ч. 10 ст. 211 Господарського процесуального кодексу України свідок, який не може прибути в судове засідання внаслідок старості, допитується судом у місці його проживання (перебування) [4; 5]. Таким чином, ЦПК України та ГПК України містять норми, що надають можливість вибору альтернативних форм порядку допиту свідків, які не можуть з'явитися в судове засідання внаслідок старості, похилого віку.

Старість тісно взаємопов'язана з процесом старіння, який починається від народження і постійно триває до смерті особи, і вона (старість) починається у кожної особи в різний період життя залежно від соціальних умов та способу життя, від генетичних задатків, а також від моменту фізіологічного та психологічного дозрівання. Тому ми вважаємо, що все ж таки законодавець у процесуальному законодавстві використав терміни «похилий вік» та «старість» як синоніми, і вони можуть вважатися тотожними. У майбутньому, щоб унеможливити подальшу плутанину, в теорії та в практичній діяльності щодо розуміння законодавчої термінології законодавцю слід би було би звернути на це увагу і замінити незрозумілий термін «старість» на зрозуміле в правовій сфері поняття «похилий вік», яке законодавчо закріплене. Навіть для того, щоб підвищити обізнаність про проблеми літніх людей, захистити їхні права та оцінити внесок старшого покоління в життя суспільства, Генеральною Асамблеєю ООН засновано Міжнародний день людей похилого віку, який відзначають у світі 1 жовтня [15].

Кожна особа має право на захист своїх прав та законних інтересів, а також на соціальний захист у старості та звернення до суду за таким захистом. Старість тісно взаємопов'язана з процесом старіння, який починається від народження і постійно триває до смерті особи. У статті автори здійснюють спробу проаналізувати поняття старості в теоретичному та науково-правничому розумінні, а також дослідити правову природу старості за законодавством України.

Оскільки новелою в цивільно-процесуальному та господарсько-процесуальному законодавстві є застосування терміна «старість», а саме під час допиту свідка за місцем проживання (перебування), який через старість або з інших поважних причин не може прибути в судове засідання, тому автори ставлять перед собою за мету – з'ясувати в різних аспектах поняття старості. Для досягнення поставленої мети авторами статті здійснено аналіз теоретичного розуміння поняття старості та вплив такого теоретичного розуміння на тлумачення її в практичній діяльності судових органів. Крім теоретичної бази, автори дослідили чинне законодавство України, а саме норми Конституції України як Основного Закону, Цивільного процесуального та Господарського процесуального кодексів України й інших нормативно-правових актів, підзаконні нормативно-правові акти, приділили увагу дослідженню проблемних питань щодо розуміння поняття старості в міжнародних договорах, а саме в Конвенціях, а також проекти законів, щоб з'ясувати правову природу та понятійно-правовий апарат терміна старості. Досліджено співвідношення категорій «процесуальна дієздатність» та «старість» у контексті правового статусу свідка як учасника судово-

го процесу під час допиту свідків за місцем проживання (перебування) внаслідок неможливості прибуття в судове засідання у зв'язку зі старістю, похилим віком. Також у статті розглянуто поняття старості через призму тлумачення в законодавстві категорії «похилий вік», при цьому проаналізувавши законодавство у сфері соціального захисту та пенсійного страхування. Автори звернули увагу та проаналізували критерії поділу старості та класифікацію періодів геронтогенезу, а також запропонували власне розуміння категорії старості в правозастосовчій діяльності та запропонували внести відповідні зміни до чинного законодавства України.

Ключові слова: свідок, допит свідка, порядок допиту свідків, допит свідків за місцем проживання (перебування), старість, процес старіння, похилий вік.

Mazur V., Borovska I. Analysis of the concept of old age in scientific-practical and theoretical aspects

Everyone has the right to the protection of his rights and legitimate interests, as well as to social protection in old age and to apply to the court for such protection. Old age is closely linked to the aging process, which begins at birth and continues until death. In the article the authors make an attempt to analyze the concept of old age in the theoretical and scientific-legal sense, as well as to explore the legal nature of old age under the laws of Ukraine.

As a novelty in civil procedure and commercial procedure legislation is the use of the term old age, namely when questioning a witness at the place of residence (stay), who due to old age or for other valid reasons can not come to court, so the authors aim to – to find out in different aspects of the concept of old age. To achieve this goal, the authors of the article analyzed the theoretical understanding of the concept of "old age" and the impact of such a theoretical understanding and interpretation in the practice of the judiciary. In addition to the theoretical basis, the authors studied the current legislation of Ukraine, namely the Constitution of Ukraine as the Basic Law, Civil Procedure and Commercial Procedural Codes of Ukraine and other regulations, bylaws, paid attention to the study of problematic issues of understanding the concept of old age in international treaties, namely the Conventions, as well as draft laws to clarify the legal nature and conceptual framework of old age. The relationship between the categories of procedural capacity and old age in the context of the legal status of a witness as a participant in the trial during the interrogation of witnesses at the place of residence (stay) due to the inability to come to court due to old age, old age. The article also considers the concept of old age through the prism of interpretation in the legislation of the category of old age, while analyzing the legislation in the field of social protection and pension insurance. The authors drew attention to and analyzed the criteria for the division of old age and the classification of periods of gerontogenesis, as well as offered their own understanding of the category of old age in law enforcement and proposed to make appropriate changes to current legislation of Ukraine.

Key words: witness, witness interrogation, witness interrogation procedure, witness interrogation at the place of residence (stay), old age, aging process, mature (late) age.

Література

1. Конституція України : Основний Закон України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–41. Ст. 356.

3. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18, № 19–20, № 21–22. Ст. 144.

4. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.

5. Господарський процесуальний кодекс України від 06 листопада 1991 року. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 6. Ст. 56.

6. Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970—1980) : в 11 томах. 1978. Том 9. С. 657. URL: http://sum.in.ua/s/staristj

7. Добірка публікацій на тему «старість»: Державна установа «Інститут геронтології ім. Д.Ф. Чеботарьова НАМН України». URL: http://geront.kiev.ua/base-of-publications-on-gerontology/253-dobirka-publikatsi-na-temu-qstaristq.htm

8. Відтінки старості. URL: https://seni.ua/uk_UA/content/v-dt-nki-starost

9. Психологія старіння. URL: https://pidru4niki.com/12671005/psihologiya/psihologiya_starinnya

10. Про пенсії за старістю та виплати з персональних накопичувальних пенсійних рахунків : Проект Закону України від 13 липня 2000 року. UR: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1881-14#Text

11. Житловий кодекс Української РСР від 30 червня 1983 року. Відомості Верховної Ради України. 1983. Додаток до № 28. Ст. 573.

12. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Скорохода Василя Васильовича щодо офіційного тлумачення словосполучення «пенсіонерів по старості», яке міститься в абзаці шостому статті 125 Житлового кодексу Української РСР. № 6-рп/2014 від 11.06.2014 р. Справа № 1-2/2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-14#Text

13. Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні : Закону України від 16 грудня 1993 року. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 4. Ст. 18.

14. Про основні напрями реформування системи пенсійного забезпечення населення України : Послання Президента України до Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2001 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n1_14100-01#Text

15. Що таке старість? / А Клименко та ін. URL: https://mind.ua/kmbs_alumni/publications/20202998-shcho-take-starist-vidpovidayut-alla-klimenko-margarita-muradova-ta-inshi-vidomi-blogeri

УДК 347.4
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1968

П. Гуйван,
кандидат юридичних наук, заслужений юрист України,
професор
Полтавського інституту бізнесу

ПРО ЧАСОВІ МЕЖІ ЗДІЙСНЕННЯ СУБ'ЄКТИВНОГО ПРАВА В РЕГУЛЯТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Правовідношення – це урегульоване правом та охоронюване державою суспільне відношення, учасники якого виступають як носії взаємно кореспондуючих один одному юридичних прав та обов'язків [1, с. 479]. Воно розвивається як у просторі (шляхом реалізації своїх сутнісних елементів), так і обов'язково в часі. Майже в кожній четвертій статті Цивільного кодексу України в тому чи іншому вигляді прослідковується вплив фактору часу, певним чином зазначається про наслідки, пов'язані зі спливом чи настанням строків. Час тісно пов'язаний із внутрішніми характеристиками суб'єктивного права особи та визначає період існування цього права. У правовій нормі часовий елемент зазвичай проявляється як пряма вказівка на строк чи термін, проте може мати й інший вигляд, наприклад, коли вказується про своєчасність та розумність виконання тощо. Без перебільшення можна сказати, що саме за допомогою встановлення матеріально-правових строків досягається визначеність суб'єктивних прав учасників цивільних відносин. Питання про строки в цивільних правовідносинах завжди були об'єктом прискіпливої уваги науки.

Однією з головних засад сучасного майнового обороту є принцип належного виконання зобов'язань, сутність якого полягає в тому, що виконання має бути проведене учасниками взаємин належним чином відповідно до умов договору та вимог законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться (ст. 526 ЦК України, ч. 1 ст. 193 ГК України). Саме в результаті належного виконання найбільшою мірою задовольняються інтереси кредитора. Атрибутом виконання зобов'язання за договором є сторони, строк та місце виконання. Питання про строки (терміни) виконання зобов'язання контрагентом за договором у регулятивному режимі є дуже суттєвим, адже від визначення моменту, з якого наступає обов'язок боржника виконати певне зобов'язання, та моменту, яким закінчується такий обов'язок, тобто від встановлення строку виконання зобов'язання, залежить можливість подальшого здійснення вірителем (кредитором) свого суб'єктивного права і, зрештою, його захисту. Нині у цивілістиці досить безспірною є позиція щодо обмеженості будь-якого суб'єктивного права, якщо межі права не встановлені, здійснити його неможливо. Але, на жаль, позиція стосовно строків існування суб'єктивного права як одного із факторів, що впливає на межі поведінки управненої особи, а також про обмеження права певними строками, не набула усталеного характеру.

У наукових працях питання часового впливу на можливість реалізації суб'єктивного права в межах регу-

© П. Гуйван, 2020

лятивного правовідношення вивчалися такими вченими, як М.М. Агарков, В.П. Грибанов, О.С. Йоффе, В.В. Луць, С.М. Братусь, З.В. Ромовська, П.М. Рабінович, С.О. Сліпченко тощо. У цих роботах здійснено аналіз темпорального складника права особи на вчинення власних продуктивних дій та вимагання необхідної поведінки від контрагента. Однак основні проблеми організації взаємодії суб'єктів в часі на рівні уповноважена особа – зобов'язана особа залишаються не вирішеними. Зокрема, практично не визначене місце строків у цілісній системі факторів, які зумовлюють належне здійснення права і відмежовують його від зловживання, виходячи з його призначення та природи юридичного впливу на опосередковувані відносини. На жаль, строк у цивільному праві переважно не в контексті його впливу на зміст суб'єктивного права, а як окреме соціально-правове явище. А це, так чи інакше, призводить до ізольованого аналізу та можливої звуженої оцінки його юридичної сутності. На досягнення визначеності в даному питанні й спрямована дана праця.

Правовідношення – це сукупність прав та обов'язків контрагентів. Суб'єктивне право може виникати як результат волевиявлення особи. До прикладу, укладаючи договір оренди майна, сторони створюють своїми діями право користування та володіння певним майном. Проте воно може виникати і поза волею управненої особи, наприклад, право громадянина на спадщину, право на відшкодування нанесеної шкоди тощо [2, с. 117]. Навпаки, реалізація суб'єктивного права завжди відбувається в результаті конкретних вольових вчинків особи, спрямованих на перетворення в дійсність закладених у праві можливостей поведінки. Причому в одному правилі неможливо в повній мірі відобразити порядок поведінки з урахуванням конкретних особливостей окремих випадків. І хоча будь-яке правило намагається досягти якомога більшого ступеню узагальнення, в ньому завжди залишається той чи інший елемент абстрактності. С.М. Братусь відзначав, що законодавча конкретизація суб'єктивного права все одно не охопить усіх можливих його проявів, оскільки норма закону залишається загальним правилом поведінки [3, с. 80–81]. При цьому йдеться не про конкретні вираження назовні можливої поведінки, що становить зміст суб'єктивного права, а про варіанти вчинків, спрямованих на реалізацію суб'єктивного права. Отже, незважаючи на те, що в цивільно-правових нормах визначається загальний порядок поведінки управненої особи, часто відбувається її особливе регулювання в межах однотипових відносин. У цих діях знаходить відображення не тільки воля управненої особи, а й специфічні особливості конкретного випадку.

Здійснення суб'єктивних цивільних прав має обмеження в часі. Так, досить часто період реалізації права встановлюється відповідними нормами законодавства, тобто фактично в нормативному порядку визначаються межі здійснення особою свого права. Як правило, строк існування суб'єктивного права збігається зі строком реалізації права, і тому поняття «існування» та «здійснення» суб'єктивного права мають тотожній зміст. Зокрема, це характерно для гарантійних строків, протягом яких особа вправі використовувати якісний товар та виявляти його недоліки. Відповідно, пропуск вказаного гарантійного строку припиняє не тільки можливість вчиняти дії щодо подальшого пред'явлення вимог з усунення недоліків, а й саме існування подібної правомочності особи. Форма реалізації принципу справедливості, добросовісності й розумності являє собою порядок втілення його вимог у поведінку суб'єктів цивільного обороту, у взаємовідносини між ними. У матеріальних відносинах здійснення

принципу справедливості та розумності зазвичай пов'язується із встановленням меж суб'єктивних матеріальних прав контрагентів [4, с. 11]. Зміст практичного застосування правила про реалізацію суб'єктивного матеріального права протягом строку його існування можна звести до науково обґрунтованого принципу здійснення цивільних прав. За своєю правовою силою зазначений принцип полягає в законодавчому закріпленні загального обов'язку для будь-якої управненої особи здійснювати належні їй повноваження лише в межах змісту відповідного суб'єктивного матеріального права [5, с. 12]. Іншими словами, реалізація суб'єктивного права можлива лише в певних межах, що характеризують його зміст, строк та характер здійснення. Не викликає сумнівів той факт, що межі здійснення права визначаються не тільки його змістом, встановленим згідно з правовими приписами, котрі містяться в конкретних нормах законодавства, а й часовими рамками існування [6, с. 28–29]. Будь-які дії, вчинені особою поза межами тривалості її права, слід розглядати як правопорушення.

Отже, надзвичайно актуальним є встановлення в кожному конкретному випадку тривалості строку, протягом якого можлива реалізація суб'єктивного права. У переважній кількості випадків така задача не є складною: час існування права встановлений нормативно або за згодою учасників правовідношення. Разом із тим, на відміну від положень кримінального чи адміністративного законодавства, які досить чітко окреслюють сферу дозволеної (забороненої) поведінки, в тому числі й щодо її тривалості, цивільно-правові норми, побудовані на принципі дозвільності, часто (і це продиктовано специфікою предмета регулювання) містять дозволи загального характеру. У Цивільному кодексі України досить широко запроваджені такі строки, як необхідні, розумні, як тільки стане можливо тощо [7, с. 467]. Це у свою чергу передбачає необхідність судового тлумачення вказаних термінів у разі виникнення спору. Проте, як правильно вказував М.С. Малеїн, судовий розсуд не є конкуренцією закону, він сам – прояв волі законодавця, який нормативно передбачив доцільність такого розсуду з точки зору суспільства [8, с. 56].

Та як би там не було, проблема належного здійснення матеріального права виключно в тих межах (в тому числі й часових), що встановлені нормативно чи за згодою учасників правовідношення, продовжує залишатися актуальною. Окремі сучасні дослідники обстоюють позицію, згідно з якою правовідносини є саме формою реалізації права, будучи наслідком спеціально-юридичної форми правового впливу – правового регулювання, інструментом переходу загальних моделей у площину конкретних заходів поведінки – суб'єктивних прав і юридичних обов'язків для цих суб'єктів [9, с. 60–61]. Гостроти цій проблемі, зокрема щодо темпоральної визначеності, додають іноді не виважені та відверто невдалі правові акти, що видаються органами влади. Достатньо навести подібного роду документи, прийняті на рівні законів України. Так, закон встановлює якусь аморфну, квазіправову можливість здійснення права орендаря користуватися протягом часу до одного місяця чужим майном після вичерпання змісту цього права – закінчення договору оренди. Такий підхід виглядає досить дивним та неправовим, насамперед з огляду на те, що коли орендодавець навіть у тридцятий день після закінчення дії договору заявить про його розірвання, правочин буде припинений від моменту спливу його строку. Тобто заднім числом. А місячне користування виявиться неправомірним. Отже, відверто проглядає абстрактність побудованого силогізму та його практична складність, а часом і недієвість.

І вже зовсім критично має бути оцінено редакцію ч. 3 ст. 267 ЦКУ, згідно з якою закінчення позовної давності (за доктринальним визначенням – строку існування права на позов) не погашає суб'єктивного охоронного повноваження (позовного домагання), допоки цього не попросить відповідач. Останній же є фігурантом не матеріального правовідношення, а зовсім іншого за сутністю – процесуального, котре регулюється нормами публічного права, і, зрештою, може взагалі ніколи не виникнути. Тож, за ідеєю нашого законодавця, матеріальне право на позов, навіть попри сплив строку на його реалізацію, існує скільки завгодно довго, а іноді – вічно. На жаль, подібні антиправові підходи законодавця не є виключенням, і до якого б із численних прикладів ми не зверталися, в кожному випадку впадає в очі невідповідність між абстрактною конструкцією нормативно встановленого правила та конкретними життєвими ситуаціями.

Подібні підходи практично зводять нанівець усі ті теоретичні побудови, що були здійснені науковцями з приводу неправомірності реалізації суб'єктивного матеріального права поза його межами. Між тим ці доктринальні напрацювання заслуговують на увагу. Усі дослідники питання сходяться на тому, що здійснення права поза його межами не відповідає засадам цивілістики. Але далі починаються розбіжності: одні вчені охоплюють таке порушення поняттям «зловживання правом» [10, с. 16], інші – з цим не погоджуються. Ми підтримуємо позицію останніх: використання права поза межами його дії не може кваліфікуватися як зловживання правом, бо насправді жодного права вже не існує. Для зловживання правом треба ним володіти. Оскільки вказаний прояв за відсутності права є поведінкою всупереч праву, то він підпадає під визначення звичайного правопорушення [8, с. 63].

Розглянемо дане питання з темпоральної точки зору. Вчинки, здійснені суб'єктом права поза періодом їх існування, навіть якщо вони відповідають обсягу повноважень особи, слід розглядати не інакше, як здійснення дій, що не становлять повного змісту права, тобто як вчинення їх без належних підстав. У результаті може настати відмова в захисті права у зв'язку з неналежністю його особі. На жаль, у нашому законодавстві дане питання не врегульоване (ба, більш того, як вказувалося вище, існують норми протилежного штибу, котрі дозволяють реалізацію права поза межами його змісту). Що ж у такому разі слід розуміти як зловживання правом? На це питання дається відповідь у численних наукових дослідженнях, і така відповідь є цілком коректною. Вихідним постулатом тут зазвичай приймається доктринальне визначення, що реалізація цивільних прав має відбуватися відповідно до їхнього призначення. Тобто згідно з тією метою, заради досягнення якої покликане право, воно має бути спрямовано на певний конкретний результат. Зазначена мета, спрямовуючи поведінку правоволодільця, проявляється у змістові права [11, с. 79–84]. Отже, наукова думка з часом поєднала ці два поняття: «зловживання правом» та «здійснення права всупереч його призначенню». Під час розгляду спорів відмова у захисті права судом має настати у випадку, коли матеріали справи свідчать про вчинення громадянином чи юридичною особою дій, які можуть бути кваліфіковані як зловживання правом, зокрема дій, що мають за мету нанесення шкоди іншим особам. Закон (ст. ч. 6 ст. 13, ч. 7 ст. 319 ЦКУ) також вказує на можливість відмови у захисті цивільного права в разі його здійснення всупереч призначенню.

Утім, подібне розуміння сформувалося в цивілістиці не відразу. У літературі мала місце і певною мірою досі триває полеміка

стосовно самої можливості зловживання правом та відмови в захисті, якщо носій права діє в рамках свого права. Зокрема, М.М. Агарков відкидав подібний вплив на правоволодільця, а критерії неналежності використання права вважав ненадійними. Він стверджував, що оскільки право надане особі, то дії її в межах права відповідають його меті й призначенню [12, с. 435]. Окремі сучасні дослідники, вже керуючись новими підходами щодо обмеження матеріальних прав, також заперечують можливість зловживання суб'єктивним правом так же, як і перевищення меж його здійснення [13, с. 84]. Адже, як зазначають дані науковці, саме зведення свободи особи до рамок матеріального зобов'язання є вже обмеженням. С.М. Братусь, навпаки, вказував на реальну можливість зловживання правом і наполягав на запровадженні адекватного юридичного реагування. Адже ступінь конкретизації суб'єктивного права, виражений у певній правовій нормі, не настільки значний, щоб чітко визначити виключний перелік припустимих дій та унеможливити прояв ініціативи в здійсненні інших вчинків. Отже, відповідна норма права залишається загальним правилом поведінки, що призводить до необхідності встановлення критеріїв оцінки правомірності тих чи інших вчинків носія права щодо їхньої відповідності його призначенню. При цьому автор зазначав, що в основу вказаних критеріїв має покладатися відповідність певних дій щодо реалізації свого права моральним засадам суспільства [3, с. 80–81, 84]. Зрозуміло, що в такому разі суттєво зростає значення суб'єктивного фактору, підвищується роль судового розсуду, що не є бажаним.

Сучасна доктрина та законодавство притримують тези про можливість зловживання правом його носієм. При цьому очевидно, що таке зловживання є вчиненням уповноваженим дій «у своєму праві», проте ці дії спрямовані проти інших охоронюваних прав та інтересів [14, с. 192]. У цивілістиці зараз загальноприйнятною вважається думка, відповідно до якої здійсненням суб'єктивного права є вчинення управненою особою окремих дій у межах існуючих у неї як суб'єкта права повноважень. Якщо ж способи реалізації права виходять за встановлені законом суспільно бажані напрями здійснення права, це кваліфікуються як зловживання правом. Сказане значною мірою справедливо в разі реалізації права всупереч його призначенню чи на шкоду інтересам інших осіб. Зокрема, законодавство багатьох країн прямо забороняє так звану шикану: використання права виключно з метою нанесення шкоди іншій особі (див., наприклад, пар. 226 Німецького цивільного укладення). Разом із тим не можна погодитися з тим, що зловживання правом є поведінкою носія права всупереч його змісту. Адже у разі, коли вчинок особи не відповідає змістові належного їй права, її дії мають кваліфікуватися як протиправні. Саме такими (неправомірними) є вчинки особи щодо здійснення права поза часовими межами його існування. Їх не можна визнавати зловживанням правом, оскільки на час здійснення зазначене право особі вже/ще не належало [15, с. 80–81]. Натомість слід погодитися з тезою, що зловживання правом пов'язане не зі змістом самого права, а з його здійсненням [16, с. 54–55], тому вчинення окремих дій, як правомірних, так і неправомірних, поза межами змісту права слід кваліфікувати як такі, що не спираються на суб'єктивне право.

Із проведеного дослідження можна дійти певних висновків. Не можна прийняти позицію, згідно з якою зловживання правом є здійсненням певних учинків уповноваженим, котрі виходять за межі суб'єктивного права.

Такий підхід, хочемо ми того, чи ні, неодмінно приведе до позиції, що реалізація суб'єктивного права поза його межами або змістом також є зловживанням правом. Проте хибність такої позиції яскраво висвітлюється під час аналізу можливостей реалізації матеріального права поза часовими межами його існування. Стосовно здійснення управленою особою повноважень, що становлять зміст суб'єктивного права, до початку існування чи після закінчення права, справедливим буде твердження М.М. Агаркова, що такі дії відбулися за межами права і тому не можуть вважатися зловживанням правом [12, с. 427]. Зрозуміло, що пред'явлення уповноваженою особою вимог поза межами здійснення права (скажімо, після закінчення договору) потягне неможливість його реалізації. Особа здійснила юридично значимий вчинок за межами строків існування певного суб'єктивного права, тому буде помилковим вважати її суб'єктом, що реалізує (вживає) своє право. Подібні дії слід розглядати не як зловживання правом, а як протиправні.

Стаття присвячена дослідженню актуального наукового питання про часові межі здійснення суб'єктивного права в регулятивних правовідносинах. Надається правове визначення правовідношення як урегульованої законом суспільної взаємодії, учасники якої мають взаємно кореспондуючі юридичні права та обов'язки. Регулятивні правовідносини мають ту особливість, що їхня реалізація відбувається як бажана поведінка суб'єктів шляхом виконання вчинків, прямо передбачених змістом відповідного зобов'язання. Здійснення суб'єктивних цивільних прав має обмеження в часі. Підстави таких обмежень, їхній характер та вплив на дієвість самого права вивчаються в роботі. Наводиться особиста позиція автора щодо доктринального визначення понять «існування» та «здійснення» суб'єктивного права, доводиться, що зазвичай вони мають однаковий зміст. Саме протягом існування права можна його здійснити, поза даними межами – це неможливо. Тому надзвичайно актуальним є встановлення в кожному конкретному випадку тривалості строку, протягом якого можлива реалізація суб'єктивного права. Особливо є важливим, коли законодавець встановлює тривалість відношення у вигляді необхідних, розумних та інших подібних періодів. Вважаємо, що вони є визначеними, а їхня тривалість набуває визначеності шляхом застосування звичаїв ділового обороту. Утім, бажано звести дане правозастосування до мінімуму, уникаючи зайвого суб'єктивізму.

У роботі проаналізовано теоретичні побудови, що були здійснені науковцями з приводу неправомірності реалізації суб'єктивного матеріального права поза його межами. Ретельно досліджена наукова полеміка з даного приводу, за якою одні вчені охоплюють таке явище поняттям «зловживання правом», а інші – з цим не погоджуються. Автор аргументовано обґрунтовує останню позицію. Використання права поза межами його дії не може кваліфікуватися як зловживання правом, бо насправді жодного права вже не існує. Для зловживання правом треба ним володіти. Оскільки вказаний прояв за відсутності права є поведінкою всупереч праву, то він підпадає під визначення звичайного правопорушення. Саме такими (неправомірними) є вчинки особи щодо здійснення права поза часовими межами його існування. Їх не можна визнавати зловживанням правом, оскільки на час здійснення зазначене право особі не належало.

Ключові слова: зловживання правом, суб'єктивне право, регулятивне правовідношення.

Guyvan P. About time limits of realization of the subjective right in regulatory civil legal relations

The article is devoted to the study of a topical scientific issue about the time limits of the exercise of subjective law in regulatory relations. It provides a legal definition of a legal relationship as a social interaction regulated by law, the participants of which have mutually corresponding legal rights and obligations. Regulatory legal relations have the feature that their implementation takes place as a desirable behavior of the subjects by performing actions directly provided for in the content of the relevant obligation. The exercise of subjective civil rights is limited in time. The grounds for such restrictions, their nature and impact on the effectiveness of the law itself are studied in the paper. The author's personal position on the doctrinal definition of the concepts of "existence" and "exercise" of subjective law is given, it is proved that they usually have the same meaning. It is during the existence of the law that it can be exercised, outside these limits it is impossible. Therefore, it is extremely important to establish in each case the duration of the period during which the exercise of subjective rights is possible. This is especially important when the legislator sets the duration of the relationship in the form of necessary, reasonable and other similar periods. We believe that they are definite, and their duration is determined by the application of business practices. However, it is desirable to minimize this enforcement, avoiding excessive subjectivity.

The paper analyzes the theoretical constructions made by scientists about the illegality of the implementation of subjective substantive law outside it. The scientific controversy on this subject has been carefully studied, according to which some scholars cover such a phenomenon with the concept of "abuse of rights", while others do not agree with it. The author substantiates the last position. The use of a right outside its scope cannot be qualified as an abuse of a right, because in fact no right exists anymore. To abuse a right, you must own it. Since this manifestation in the absence of law is a behavior contrary to law, it falls under the definition of a common offense. Such (illegal) are the actions of a person to exercise the right outside the time limits of its existence. They cannot be considered an abuse of rights, because at the time of exercise this right did not belong to the person.

Key words: abuse of law, subjective law, regulatory relationship.

Література

1. Теория государства и права : учебник / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малька. Москва : Юрист, 1997. 642 с.

2. Харитонова О.І. Співвідношення категорій «правовідносини інтелектуальної власності» та «регулятивні, організаційні та охоронні правовідносини». Актуальні проблеми держави і права. 2012. Вип. 65. С. 115–125.

3. Братусь С.Н. О пределах осуществления гражданских прав. Правоведение. 1967. № 3. С. 79–86.

4. Бабич І.Г. Принцип справедливості в римському праві та зобов'язальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2006. 22 с.

5. Луць В.В. Строки і терміни у цивільному праві : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2013. 320 с.

6. Гуйван П.Д. Правовая природа гражданско-правовых сроков. LEGEA SI VIATA. 2015. № 6/2 (282). С. 26–30.

7. Ромовська З.В. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс : підручник. Київ : Атіка, 2005. 560 с.

8. Малеин Н.С. Гражданский закон и права личности в СССР. Москва : Юридич. лит-ра, 1981. 216 с.

9. Ромащенко І. Поняття цивільного правовідношення та його структура. Юридичний журнал. 2014. № 2/3. С. 59–63.

10. Белоножкин А.Ю. Содержание и форма злоупотребления субъективным

гражданским правом : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2005. 22 с.

11. Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. Москва : Рос. Право, 1992. 208 с.

12. Агарков М.М. Проблемы злоупотребления правом в советском гражданском праве. Изв. Аккад. наук СССР. Отд. экономики и права. 1946. № 6. С. 422–436.

13. Мічурін Є.О. До природи обмежень майнових прав фізичних осіб. Форум права. 2006. № 3. С. 81–86.

14. Филиппов П.М., Белоножкин А.Ю. Новое определение субъективного гражданского права и злоупотребление им. Волгоград : ВА МВД России, 2009. 248 с.

15. Гуйван П.Д. Теоретичні питання строків у приватному праві : монографія. Харків : Право, 2014. 632 с.

16. Емельянов В. Запрет злоупотребления гражданскими правами. Законность. 1999. № 10. С. 52–55.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1969

Д. Кандуєв,
офіцер
Східного територіального відділу з питань запобігання та виявлення корупції

ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ РОЗМЕЖУВАННЯ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ТА АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ НА ТЕРИТОРІЇ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

Вступ. З початком 2014 року проведення в Україні антитерористичної операції, яку згодом перейменували в Операцію об'єднаних сил (ООС), великої актуальності й зацікавленості набули питання встановлення, кваліфікації та розмежування адміністративної відповідальності військовослужбовців Збройних Сил України від інших видів юридичної відповідальності. До цього часу точаться суперечки щодо переходу дисциплінарної відповідальності в адміністративну, щодо доцільності виділення дублюючих із кримінальним законодавством військових адміністративних правопорушень у КУпАПі щодо пропорційності вини та встановлених розмірів покарань за них тощо. Там все ж для більш точного розуміння даних питань перш за все необхідно розібратись в історичних засадах формування відповідальності військовослужбовців на території сучасної України

Питанням співвідношення злочину, адміністративного і дисциплінарного проступків, визначенню характерних ознак певних видів юридичної відповідальності приділяли увагу такі вчені, як Х.М. Ахметшин, В.В. Богуцький, П.П. Богуцький, В.О. Бугаєв, Ю.М. Дьомін, С.І. Дячук, В.В. Забарський, В.Ф. Кириченко, С.С. Корольов, Л.М. Кривоченко, А.М. Медведєв, М.І. Мельник, В.Д. Меньшагін, С.П. Пасіка, А.А. Піонтковський, С.Ю. Поляков, Г.П. Середа, О.Я. Свєтлов, М.І. Хавронюк, В.М. Чхіквадзе та багато інших.

Постановка завдання. Метою статті є проведення аналізу формування та розвитку особливого виду відповідальності для військових на території сучасної України.

Результати дослідження. Для з'ясування соціальної зумовленості трансформації адміністративної відповідальності військовослужбовців у дисциплінарну (трансформація адміністративної відповідальності військовослужбовців у дисциплінарну й обмеження адміністративної відповідальності військовослужбовців розглядаються як однопорядкові явища), на наш погляд, потрібно також установити питання зародження та розвитку відповідальності такої категорії населення, як воїни, а згодом трансформації їх у справжніх військових.

Відповідно до філософських підходів «категорія можливості фіксує об'єктивну тенденцію розвитку існуючих явищ, наявність умов їх виникнення або, як мінімум, відсутність обставин, що перешкоджають цьому виникненню» [1, с. 69–70]. У даному випадку можливість передбачає існування обмеження загальної відповідальності військовослужбовців у різні періоди часу, а також у різних суспільно-політичних формаціях.

Ретроспективний огляд показує, що для військовослужбовців завжди існував особливий порядок застосовування заходів відповідальності. Так, запорозькі козаки за вчинені ними провини підлягали владі їхнього

 © Д. Кандуєв, 2020

військового начальника – кошового отамана. Під час військових походів влада кошового була необмеженою, і він діяв як диктатор: «міг викинути непокірного за борт човна або ж тягнути його, з мотузком на шиї, за важким обозом». Однією із причин існування суворих законів на Запоріжжі була необхідність підтримання порядку у війську в умовах постійного ведення війни [2, с. 138, 150].

За часів царської Росії, до складу якої входила більша частина території сучасної України, була проведена диференціація відповідальності саме в адміністративній сфері для військових. У ст. 9 Статуту дисциплінарного 1869 року передбачалося, що дисциплінарному стягненню підлягали не тільки проступки військовослужбовців по службі, але й порушення громадського порядку та благочиння, що не тягнули віддання до суду [3, с. 78].

Лютнева революція 1917 року призвела до зламу старої системи законодавства. Чимало питань, пов'язаних із життєдіяльністю армії, перебували на стадії формування і не були врегульовані. Питання про відповідальність військовослужбовців в Українській Народній Республіці було відображено в артикулі 148 Проекту Основного державного закону УНР, підготовленого Урядовою комісією з вироблення Конституції Української держави. Згідно з цією нормою «військові особи на час служби за злочини та провини відповідають перед військовими судами на підставі постанови окремого Військового Карного Статуту» [4, с. 147]. У Західно-Українській Народній Республіці військовослужбовці українського походження («жовніри української народності») підпорядковувались Українській Національній Раді і наказам встановленої нею військової влади [4, с. 94]. Пізніше, в добу Директорії передбачалося застосування дисциплінарних стягнень до військовослужбовців за службові порушення. В артикулі 10 Дисциплінарного статуту, затвердженого Головним отаманом С. Петлюрою 7 грудня 1922 року, зазначалося, що «дисциплінарна кара накладається за такі малозначні службові провини або порушення дисципліни та військового порядку і пристойности, за які військові, що допустилися їх, не підлягають притягненню до суду» [5, с. 5]. Проте в артикулі 107 цього ж статуту встановлювалося, що «грошові пені, яких накладено на військових по справах цивільного управління, за порушення статутів скарбового управління або статутів громадського ладу та пристойности, стягаються на тих же підставах, як і з приватних осіб, за винятком випадків, коли ці грошові пені сполучені з особистою карою. В останньому разі цивільні установи обмежуються лише визначенням суми грошової пені, що належить стягти з винного, й повідомляють про це відповідне військове начальство для накладення на винного особистої кари і для стягнення з нього грошової пені» [5, с. 44].

Вперше після розвалу Російської імперії питання про адміністративну відповідальність військовослужбовців було згадано в Декреті ВЦВК і РНК РСФРР від 23 червня 1921 року «Про порядок накладення адміністративних стягнень», де вказувалося, що за вчинення адміністративних проступків військовослужбовцями у разі виконання службових обов'язків місцева влада застосовує адміністративні стягнення через відповідного начальника згідно зі статутом РСЧА [6].

На території радянської України актом, який регулював адміністративну відповідальність військовослужбовців, був Декрет ВУЦВК та РНК УСРР від 27 червня 1922 року «Про порядок видання обов'язкових постанов та про накладення за їх порушення стягнень в адміністративному порядку». Згідно із цим Декретом адміністративна відповідальність військовослужбовців перестала залежати від виконання ними своїх службових обов'язків. Але постанова про

накладання стягнень на військовослужбовця, який вчинив адміністративне правопорушення, спрямовувалася до відповідного командира (начальника) [7].

Практично аналогічні положення були відображені в Положенні про видання місцевими виконкомами та Радами обов'язкових постанов та про накладання за їх порушення стягнень в адміністративному порядку, відповідно до якого у випадку вчинення військовослужбовцем адміністративного правопорушення протокол про це надсилався належному командирові (начальнику), який застосовував заходи дисциплінарного впливу за правилами дисциплінарного статуту РСЧА [8].

Надалі розвиток законодавства про адміністративну відповідальність військовослужбовців визначили два союзних закони. Стаття 229 Закону Союзу РСР «Про обов'язкову військову службу» 1928 року і стаття 262 закону Союзу РСР з аналогічною назвою 1930 року закріпили існуюче до їх вступу в силу положення і встановили обов'язок командира повідомляти відповідний цивільний орган про накладення стягнення [9; 10].

Дисциплінарний статут РСЧА 1940 року знову, як це і вказувалося в Статуті дисциплінарному 1869 року, повернувся до поняття «громадський порядок». У ст. 16 цього нормативного акта передбачалося: «Дисциплінарні стягнення накладаються за вчинені військовослужбовцями проступки по службі або за порушення ними громадського порядку, якщо ці проступки не тягнуть за собою притягнення винного до судової відповідальності» [11].

Дисциплінарний статут Збройних Сил СРСР 1946 року прямо не передбачав, що військовослужбовці за вчинення адміністративних правопорушень несуть дисциплінарну відповідальність. У ст. 18 статуту вказувалося: «За порушення військової дисципліни військовослужбовець має бути підданий дисциплінарному стягненню, якщо вчинений ним проступок не тягне за собою віддання до суду» [12]. Однак на практиці, з введенням у дію цього нормативного акта, повноваження щодо притягнення військовослужбовців до відповідальності за вчинення адміністративних правопорушень у відповідних командирів (начальників) стали чи не найбільш широкими за весь радянський період.

Стаття 1 Дисциплінарного статуту 1946 року встановлювала: «Військова дисципліна – це суворе і точне дотримання всіма військовослужбовцями порядку і правил, встановлених законами і військовими статутами» [12]. Таким чином, до порушень військової дисципліни прирівнювалися будь-які порушення правил адміністративно-правового характеру [13].

Важливим елементом у подальшому формуванні інституту адміністративної відповідальності загалом і військовослужбовців зокрема стало прийняття 21 червня 1961 року Указу Президії Верховної Ради Союзу РСР «Про подальше обмеження застосування штрафів, що накладаються в адміністративному порядку», в ст. 9 якого передбачалося: «За проступки, що тягнуть накладення штрафу в адміністративному порядку, військовослужбовці, а також особи рядового і начальницького складу органів Міністерства охорони громадського порядку несуть відповідальність відповідно до дисциплінарних статутів» [14]. Це суттєво обмежило, якщо не сказати скасувало, можливість притягнення військовослужбовців до адміністративної відповідальності.

Крім того, ще в Дисциплінарному статуті 1960 року говорилося про те, що військовослужбовці несуть дисциплінарну відповідальність за порушення військової дисципліни і громадського порядку без будь-яких обмежень, наприклад таких, як притягнення винного до суду [15, с. 17], про що вказувалося в Дисциплінар-

ному статуті 1940 року. Аналогічні положення були викладені в Законі Союзу РСР «Про загальний військовий обов'язок» від 12 жовтня 1967 року [16], а потім – у Дисциплінарному статуті 1975 року [17, с. 474].

23 жовтня 1980 року Верховною Радою СРСР були прийняті Основи законодавства Союзу РСР і союзних республік про адміністративні правопорушення [18]. Стаття 9 цього кодифікованого акта, а згодом і стаття 15 Кодексу України РСР про адміністративні правопорушення (зараз ст. 15 КУпАП) встановлювали загальне правило, згідно з яким військовослужбовці несуть відповідальність за адміністративні правопорушення за дисциплінарним статутом. Практично ці норми закріпили існуючий порядок. Навіть установлення переліку адміністративних правопорушень, за вчинення яких військовослужбовці могли (але не обов'язково) відповідати на загальних підставах, частково відображало стан існуючої нормативної бази.

За часів СРСР Головне митне управління Міністерства зовнішньої торгівлі своїм листом від 21 червня 1966 року за № 114-2/1193 роз'яснило, що відповідно до статей 100, 103 Митного кодексу СРСР предмети контрабанди могли конфісковуватися і у військовослужбовців.

Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 29 червня 1991 року, Законами України від 23 грудня 1993 року і 5 жовтня 1995 року дещо розширена адміністративна відповідальність для військовослужбовців. По-перше, знято заборону застосування до цієї категорії осіб адміністративного штрафу і, по-друге, розширено перелік адміністративних правопорушень, за вчинення яких військовослужбовці можуть нести адміністративну відповідальність на загальних підставах.

Висновки. Отже, на всіх етапах розвитку адміністративного і військового права адміністративна відповідальність військовослужбовців мала обмежений характер, а точніше – завжди передбачалася можливість застосування дисциплінарних стягнень до цієї категорії осіб за вчинення ними адміністративних правопорушень. Відрізняється лише ступінь цього обмеження: для воєнного часу або часу, коли збройні сили використовуються або плануються використовуватися у воєнних діях, характерним є зменшення переліку адміністративно караних провин, за вчинення яких військовослужбовці можуть нести загальну відповідальність.

Сфера юридичної відповідальності взагалі та відповідальності військовослужбовців зокрема завжди привертала увагу науковців та військових, які зацікавлені й небайдужі до воєнної проблематики. Адже зазначена сфера є досить важливою не лише у військовій галузі, а й в адміністративно-правовій.

Стаття присвячена встановленню історичних витоків до розмежування адміністративної та дисциплінарної відповідальності військовослужбовців. У ході наукового дослідження було встановлено, що перші зачатки виокремлення відповідальності за свої проступки в окремий особливий вид відповідальності спостерігався ще у козаків, які на час війни «переходили» під владу кошового отамана. За часів царської Росії відповідальність військових трансформувалась в адміністративну на загальних умовах, а вже з приходом радянської влади набула більш сучасного виду та була поділена на дисциплінарну та адміністративну (наприклад, порушення громадського порядку не під час несення служби). Згодом дані положення було закріплено в Дисциплінарних статутах 1940 року, 1960 та 1975 років, в яких говорилося про те, що військовослужбовці несуть

дисциплінарну відповідальність за порушення військової дисципліни і громадського порядку без будь-яких обмежень. Зі здобуттям Україною незалежності в 1991 році адміністративна відповідальність для військовослужбовців була розширена: знято заборону застосування адміністративного штрафу і розширено перелік адміністративних правопорушень, за вчинення яких військовослужбовці можуть нести адміністративну відповідальність на загальних підставах.

Ключові слова: відповідальність, адміністративна, дисциплінарна, військові злочини, військовослужбовці, покарання, Дисциплінарний статут.

Kanduiev D. Historical aspects delineation of disciplinary and administrative liability of the servicemen on the territory of modern Ukraine

The sphere of legal responsibility in general and the responsibility of servicemen in particular has always attracted the attention of scientists and the military, who are interested and not indifferent to military issues. After all, this area is very important not only in the military field, but also in administrative and legal.

The article is devoted to the establishment of historical origins to the distinction between administrative and disciplinary responsibility of servicemen. In the course of scientific research, it was established that the first beginnings of the separation of responsibility for their misdeeds into a separate special type of responsibility was observed in the Cossacks, who during the war "passed" under the rule of the Kosh Ataman. During the reign of tsarist Russia, the responsibility of the military was transformed into administrative responsibility on general terms, and with the advent of Soviet power it acquired a more modern form and was divided into disciplinary and administrative (for example, violation of public order during service). These provisions were subsequently enshrined in the Disciplinary Statutes of 1940, 1960 and 1975, which stated that servicemen were subject to disciplinary liability for breaches of military discipline and public order without any restrictions. Since Ukraine gained independence in 1991, administrative liability for servicemen has been expanded: the ban on administrative fines has been lifted and the list of administrative offenses for which servicemen may be held administratively liable on general grounds has been expanded.

Key words: responsibility, administrative, disciplinary, war crimes, servicemen, punishment, Disciplinary statute.

Література

1. Философский словарь / под ред. И.Т. Фролова. 5-е изд. Москва : Политиздат, 1986. 590 с.

2. Яворницький Д.І. Історія запорізьких козаків / пер. з рос. І.І. Сварника. Львів : Світ, 1990. 319 с.

3. Уставъ дисциплинарный. Сводъ военныхъ постановленій 1869 года. Изданіе третье (по 1 октября 1900). С.-Петербургъ : Государственная типография, 1900. Часть шестая. Книга двадцать третья.

4. Конституція України : Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року Київ : Юрінком Інтер, 1996. 80 с.

5. Дисциплінарний статут : Затверджений Головним отаманом С. Петлюрою 7 грудня 1922 року. Видання Управи Навчання Війська Генерального штабу, 1923. 46 с.

6. Декрет ВЦИК и СНК РСФСР «О порядке наложения административных взысканий» от 23 июня 1921 года. Собрание узаконений и распоряжений Рабочего и Крестьянского правительства. 1921. 7 сентября. № 52. Ст. 310.

7. Декрет ВУЦВК та РНК УРСР «Про порядок видання обов'язкових постанов та про накладення за їх порушення стягнень в адміністративному порядку» від 27 червня 1922 року. ЗУ УРСР. 1922. № 36. Ст. 553.

8. Положення про видання місцевими виконкомами та Радами обов'язкових постанов та про накладення за їх порушення стягнень в адміністративному порядку. ЗУ УРСР. 1926. № 39. Ст. 304.

9. Закон Союза ССР «Об обязательной военной службе». Собрание законов СССР. 1928. № 51. Ст. 448, 449.

10. Закон Союза ССР «Об обязательной военной службе». Собрание законов СССР. 1930. № 40. Ст. 134.

11. Дисциплинарный устав Красной Армии : Утверждён приказом Народного Комиссара Обороны СССР № 356 от 12 октября 1940 г.

12. Дисциплинарный устав Вооруженных Сил СССР : Утверждён приказом Министра Вооруженных Сил СССР от 1 июля 1946 года. Москва : Воениздат, 1948.

13. Чумак В.В. Законодавче регулювання підстав дисциплінарної відповідальності військовослужбовців. Науково-теоретичний та прикладний аспекти : дис. ... канд. юрид. наук : 20.02.03. Хмельницький : Академія Прикордонних військ України ім. Б. Хмельницького, 1998. 204 с.

14. О дальнейшем ограничении применения штрафов, налагаемых в административном порядке : Указ Президиума Верховного Совета Союза ССР от 21 июня 1961 года. Ведомости Верховного Совета СССР. 1961. № 35. Ст. 368.

15. Дисциплинарный устав Вооруженных Сил СССР : Утверждён Указом Президиума Верховного Совета СССР 23 августа 1960 года. Москва : Воениздат, 1961. 48 с.

16. Закон Союза ССР «О всеобщей воинской обязанности». Ведомости Верховного Совета СССР. 1967. № 44. Ст. 552.

17. Дисциплинарный устав Вооруженных Сил СССР : Утверждён Указом Президиума ВС СССР от 30 июля 1975 года. Свод законов СССР. Москва : Известия, 1982. Т. 9. С. 463–494.

18. Основы законодательства Союза ССР и союзных республик об административных правонарушениях : Приняты Верховным Советом СССР 23 октября 1980 года. Ведомости Верховного Совета СССР. 1980. № 44. Ст. 909.

УДК 343.148 (477)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1970

В. Васильєв,
доктор юридичних наук,
провідний науковий співробітник
Харківського науково-дослідного інституту судових експертиз
імені заслуженого професора М.С. Бокаріуса Міністерства юстиції України

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРИЗНАЧЕННЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ В ЦИВІЛЬНОМУ ТА ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Для судової експертизи характерним є наявність певної процесуальної форми, що характеризується особливою підготовкою матеріалів до судової експертизи, процесуально визначеним порядком її призначення та проведення, що здійснюється з дотриманням спеціальних правових вимог, висунутих процесуальним законодавством. Однак чинний процесуальний порядок призначення судової експертизи в цивільному та господарському провадженні не завжди дозволяє повною мірою використати всі потенційні можливості застосування даного засобу доказування, коли в цьому є практична необхідність. Науковці, вказуючи на недоліки правового регулювання порядку призначення судових експертиз чинним процесуальним законодавством, а також практику його застосування загальними судами, зауважують, що проблема забезпечення ефективного механізму призначення та проведення судових експертиз становить особливий інтерес не тільки для науковців, але й для юристів-практиків та експертів [1].

Погоджуючись із такою позицією, підкреслимо, що вищенаведене зумовлює актуальність зазначеного питання як з погляду вдосконалення процесуального законодавства, так і з боку покращення існуючої судової практики. Крім того, в контексті проблематики дослідження одним із провідних є питання про призначення експертизи, оскільки від правильного його вирішення залежить своєчасність та ефективність використання спеціальних знань у формі експертизи в цивільному та господарському процесі.

Аналізування чинного цивільного та господарського процесуального законодавства дозволило зробити висновок, що регламентований законом порядок призначення судової експертизи передбачає вирішення низки ключових питань щодо: підстав призначення експертизи; встановлення предмета експертизи; визначення кола питань для експерта; вибору експерта; процесуального оформлення призначення експертизи тощо. Зауважимо, що зазначені питання тісно пов'язані між собою, і загальний порядок призначення експертизи неможливий без вирішення принаймні одного з них. Вбачається доцільним зупинитись на особливостях окремих із них.

У лексичному розумінні термін «підстави» означає, серед іншого, обставину, достатню для того, щоб викли-

 © В. Васильєв, 2020

кати будь-яке діяння [2, с. 334–335]. Відповідно, визначити підставу призначення та проведення експертизи означає виявити такі обставини, які, з одного боку, свідчать про необхідність застосування спеціального знання, а з іншого – мають нормативне закріплення в процесуальному законодавстві.

Внесення змін у процесуальне законодавство дещо змінило підстави призначення експертизи судом у цивільному та господарському провадженні. Так, ст. 102 ЦПК України та ст. 99 ГПК України визначено, що суд призначає експертизу в справі за сукупності таких умов:

1) для з'ясування обставин, що мають значення для справи, необхідні спеціальні знання у сфері іншій, ніж право, без яких встановити відповідні обставини неможливо;

2) сторонами (стороною) не надані відповідні висновки експертів із цих самих питань або висновки експертів викликають сумніви щодо їх правильності (ч. 2. ст. 102 ЦПК) [3];

3) жодною стороною не наданий висновок експерта з цих самих питань або висновки експертів, надані сторонами, викликають обґрунтовані сумніви щодо їх правильності, або за клопотанням учасника справи, мотивованим неможливістю надати експертний висновок у строки, встановлені для подання доказів, з причин, визнаних судом поважними, зокрема через неможливість отримання необхідних для проведення експертизи матеріалів (ч. 2. ст. 99 ГПК) [4].

Як бачимо, законодавець у ГПК України більш конкретно визначає другу умову для призначення експертизи, надаючи більше прав учасникам справи.

Перелік підстав для обов'язкового призначення експертизи врегульований статтею 105 ЦПК України, в якій вказано, що «призначення експертизи судом є обов'язковим у разі заявлення клопотання про призначення експертизи обома сторонами. Крім того, призначення експертизи судом є обов'язковим також за клопотанням хоча б однієї зі сторін, якщо у справі необхідно встановити: характер і ступінь ушкодження здоров'я; психічний стан особи; вік особи, якщо про це немає відповідних документів і неможливо їх одержати» [3].

Однак таке визначення щодо підстав призначення експертизи формує низку проблем, пов'язаних із застосуванням зазначених положень процесуальних Кодексів. Так, згідно з положеннями ст. 105 ЦПК України, експертиза може бути призначена судом тільки у випадку ініціювання її особою, яка бере участь у справі. У такій ситуації не зрозуміло, як має діяти суд у випадках, коли проведення експертизи за законом є обов'язковим (наприклад, у справах про визначення батьківства, визнання особи недієздатною): або призначати експертизу самостійно, або очікувати від сторін клопотання про призначення експертизи, передбаченого ст. ст. 102, 105 ЦПК України. Проте процесуальне законодавство не зобов'язує сторони вчиняти подібні дії, тобто подавати клопотання про призначення експертизи, тому у випадку їхньої відмови від заявлення відповідного клопотання втрачається сенс статті 105 ЦПК України.

Ж.В. Васильєва-Шаламова звертає увагу на те, що на практиці непоодинокими є випадки, коли суд із власної ініціативи призначає експертизу, навіть у тому випадку, коли не має права ініціювати її обов'язкове призначення. Так, наприклад, у справі за позовом К.В.Л. до ТОВ «Торговий дім ХХХ», Г.О.І. та ДПІ у Дніпровському районі м. Києва про визнання недійсними установчих та реєстраційних документів ТОВ «Торговий дім ХХХ» питання про призначення у справі судової почеркознавчої експертизи було винесено на розгляд за ініціативою суду, про що прямо вказано в ухвалі суду від 25.09.05 р. про призначення такої експертизи [1].

У даному випадку суд підштовхнув сторони до рішення про доцільність проведення експертизи. Інакше кажучи, суд фактично зініціював таку експертизу.

У статті 298 ЦПК України уточнюються положення статті 105 ЦПК України: обов'язковість призначення експертизи уточнюється тільки щодо однієї категорії справ, зокрема щодо встановлення психічного стану особи. Зі змісту цієї статті випливає, що суд за наявності достатніх даних про психічний розлад здоров'я фізичної особи призначає для встановлення її психічного стану судово-психіатричну експертизу, тобто це робить із власної ініціативи. Крім того, «у виняткових випадках, коли особа, щодо якої відкрито провадження у справі про обмеження її в цивільній дієздатності чи визнання її недієздатною, явно ухиляється від проходження експертизи, суд у судовому засіданні за участю лікаря-психіатра може постановити ухвалу про примусове направлення фізичної особи на судово-психіатричну експертизу» [3].

У результаті аналізу законодавства України про призначення експертизи виникає питання: чи може сторона заперечити проти призначення експертизи судом? Зауважимо, що згідно зі ст. 43 ЦПК України та ст. 42 ГПК України учасники справи мають право [3; 4]:

– ознайомлюватися з матеріалами справи, робити з них витяги, копії, одержувати копії судових рішень;

– подавати докази; брати участь у судових засіданнях, якщо інше не визначено законом; брати участь у дослідженні доказів; ставити питання іншим учасникам справи, а також свідкам, експертам, спеціалістам;

– подавати заяви та клопотання, надавати пояснення суду, наводити свої доводи, міркування щодо питань, які виникають під час судового розгляду, і заперечення проти заяв, клопотань, доводів і міркувань інших осіб;

– ознайомлюватися з протоколом судового засідання, записом фіксування судового засідання технічними засобами, робити з них копії, подавати письмові зауваження з приводу їх неправильності чи неповноти;

– оскаржувати судові рішення у визначених законом випадках;

– користуватися іншими визначеними законом процесуальними правами.

Таким чином, якщо одна сторона заявляє суду клопотання про призначення експертизи, то інша має право заперечити проти нього, оскільки обидві сторони мають рівні права щодо подання доказів та участі в дослідженні доказів. Із цього випливає, що фактично законодавець позбавив суд повноважень щодо ініціювання призначення експертизи, закріпивши це право за сторонами, при цьому залишивши право суду на власний розсуд постановляти ухвалу про задоволення клопотання, заявленого сторонами щодо проведення експертизи.

На жаль, як у ст. ст. 103–104 ЦПК України, так і у ст. ст. 99–100 ГПК України відсутня норма стосовно того, що суд у своїй ухвалі зобов'язаний мотивувати як призначення експертизи, так і відмову в її призначенні. Єдине, що визначено ст. 103 ЦПК України та ст. 99 ГПК України, – це те, що учасники справи мають право запропонувати суду питання, роз'яснення яких, на їхню думку, потребує висновку експерта; у разі відхилення або зміни питань, запропонованих учасниками справи, суд зобов'язаний мотивувати таке відхилення або зміну [3; 4]. Однак на практиці ці положення процесуального законодавства часто ігнорується.

Разом із тим на практиці необхідність використання спеціальних знань виникає й під час вирішення інших питань. Так, наприклад, під час дослідження письмових доказів суд має перевірити їх достовірність, а у випадку оспорювання такої достовірності суд може перевірити

її шляхом допиту свідків, сторін або порівняння цих доказів з іншими письмовими доказами, а також призначити експертизу [5, с. 216].

Призначення судової експертизи – складний процес, який є результатом реалізації як повноважень суду, так й ініціативи осіб, які беруть участь у справі. Тому, визначаючи наявність або відсутність підстав для призначення судової експертизи, суди не повинні ігнорувати позицію осіб, які беруть участь у справі. Для забезпечення реалізації зазначеного положення, на переконання Ж.В. Васильєвої-Шаламової, слід законодавчо закріпити обов'язок суду мотивовано відповідати на клопотання сторін як про призначення експертизи, так і про відмову в її призначенні [1].

Окремо підкреслимо, що під час розгляду цивільних справ суд має встановити такі факти, дані про які потребують спеціальних досліджень. До подібних фактів можна віднести такі, що свідчать про характер захворювання особи або характер та ступінь ушкодження здоров'я, чи факт про усунення перешкод у користуванні земельною ділянкою. При цьому суд, вирішуючи питання про доцільність призначення експертизи в цивільній справі чи під час вирішення господарського спору, повинен ураховувати такі питання:

– *по-перше, чи має значення для справи факт, який експерт має встановити*. Необхідність призначення експертизи щоразу випливає з матеріалів справи і, таким чином, має об'єктивний характер. Разом із тим обов'язкове призначення експертизи за клопотанням обох сторін, передбачене ЦПК України, на переконання Ж.В. Васильєвої-Шаламової, є дещо невдалим. Сторони, не знаючи правил і особливостей призначення судових експертиз, можуть вимагати їх проведення й у тих випадках, коли дослідження не потрібне або взагалі неможливе. З огляду на це, на її переконання, необхідно зобов'язати суд призначати експертизу в разі заявлення клопотання про це обома сторонами лише за умови, що факт, який експерт повинен встановити, має значення для справи і за відсутності обставин, що виключають можливість проведення такої експертизи [1];

– *по-друге, чи не можна довести той чи інший факт іншими доказами, зібраними у справі,* оскільки проведення експертизи, як правило, ускладнює процес розгляду та вирішення цивільної справи, потребує додаткових витрат часу та коштів, проведення додаткових процесуальних дій тощо. З огляду на це у випадку, якщо відсутні підстави для обов'язкового призначення експертизи, а певну обставину справи можна довести іншими доказами, доцільно використовувати останні;

– *по-третє, які реальні можливості тієї чи іншої судової експертизи*: як зазначає В.Г. Тіхіня, якщо факти, що є предметом дослідження, не можуть бути встановлені на даному рівні розвитку науки й техніки, то й призначення судової експертизи в такому випадку є недоцільним [6, с. 125–126]. У цілому погоджуючись із вказаною думкою, необхідно зауважити, що це стосується не тільки стану розвитку тієї чи іншої галузі знань, але й технічних, фінансових, організаційних можливостей судових експертів у межах конкретної країни. Окреслене має й інший бік, оскільки недостатня поінформованість про наукові можливості використання нових видів експертиз є однією з основних причин залишення без розгляду певних фактів, які потрібно встановити в цивільному чи господарському провадженні.

Як зазначено в юридичній літературі, чітке теоретичне формулювання поняття предмета експертизи набуває особливої актуальності, насамперед під час визначення предмета окремих видів експертиз, їх розмежування, визначення компетенції експертів різноманітних спеціальностей тощо

[7, с. 10]. Крім того, якщо враховувати етимологію поняття «предмет» (в значенні предмет дослідження), зміст останнього можна розуміти так: «те, на чому зосереджується чиясь увага, на що спрямована чиясь діяльність» [8, с. 357].

В юридичній доктрині поняття предмета експертизи вчені трактують по-різному. Окремі науковці ототожнюють предмет експертизи з колом питань для експерта, що мають бути вирішені на основі спеціальних знань [9, с. 189]. Однак з таким визначенням навряд чи можна беззаперечно погодитись. Наприклад, Т.В. Сахнова зауважує, що питання експертові становлять зміст експертного завдання і мають відображати предмет експертизи [10, с. 156]. Поряд із цим Т.В. Авер'янова вказує, що коли йдеться про предмет дослідження, поняття предмету рівноцінно поняттю мети [11, с. 76]. Слід зауважити, що за експертного дослідження увага експерта та його діяльність спрямовані не на питання суду самі по собі, а на досягнення однієї мети – з'ясування обставин справи за допомогою спеціальних знань. З огляду на це заслуговує на увагу визначення предмета експертизи, сформульоване А.Р. Шляховим, коли дослідник предметом експертизи називає своєрідні фактичні дані (факти, обставини), що встановлюються шляхом дослідження матеріалів справи [12, с. 7]. Цю думку слід підтримати разом з іншими науковцями [7, с. 10–12; 13, с. 19].

Однак, погоджуючись із цим визначенням, необхідно зробити певні уточнення. Зокрема, слід зазначити, що під час проведення експертизи експерт працює з конкретною інформацією, яка має бути достовірно встановленою на момент проведення дослідження, інакше кажучи, бути такою, що не викликає сумнівів, забезпечує достовірність висновку експерта та його доказове значення. У разі недотримання зазначених умов кінцевий результат експертизи, скоріш за все, буде мати ймовірний характер, що неприпустимо з точки зору його ролі в процесі доказування, оскільки не дозволяє його використовувати як засіб доказування.

Крім того, експерт, досліджуючи конкретні факти, які були або є в дійсності, чи фактичні дані (інформацію про такі факти), встановлює нові фактичні дані, що стануть фактами тільки тоді, коли їх такими визнає суд. Факти або інформація про факти, які досліджує експерт, є об'єктом експертизи, тобто тими засобами, за допомогою яких експерт вирішує свої завдання [11, с. 76], а предметом дослідження, його метою є встановлення нових фактичних даних, що мають значення для справи та потребують застосування спеціальних знань експерта. З огляду на це погоджуємось із позицією Ж.В. Васильєвої-Шаламової, яка предметом експертизи пропонує визнати обставини, що мають значення для справи та потребують встановлення із застосуванням спеціальних знань експерта [14, с. 47].

Таким чином, встановлено, що призначення судової експертизи є складним процесом, який є результатом реалізації як повноважень суду, так й ініціативи осіб, які беруть участь у справі, і суди не мають права ігнорувати позицію учасників справи. Поряд із цим, вирішуючи питання про доцільність призначення експертизи в цивільній справі чи під час вирішення господарського спору, суд повинен враховувати: чи має значення для справи факт, який експерт повинен встановити; чи не можна довести той чи інший факт іншими доказами, зібраними у справі; які реальні можливості тієї чи іншої судової експертизи, що є її предметом. Крім того, предметом експертизи запропоновано визнати обставини, що мають значення для справи та потребують своєчасного встановлення із застосуванням спеціальних знань експерта у відповідній галузі знань.

У статті зауважено, що для судової експертизи притаманним є наявність певної процесуальної форми, яка характеризується особливою підготовкою матеріалів; процесуально визначеним порядком її призначення та проведення, що здійснюється з дотриманням спеціальних правових вимог, висунутих процесуальним законодавством. Крім того, в контексті проблематики дослідження одним із провідних виділено питання про призначення експертизи, оскільки від правильного його вирішення залежить своєчасність та ефективність використання спеціальних знань у формі експертизи в цивільному та господарському процесі. Аналізування чинного цивільного та господарського процесуального законодавства дозволило зробити висновок, що регламентований законом порядок призначення судової експертизи передбачає вирішення низки ключових питань щодо: підстав призначення експертизи; формування предмета експертизи; визначення кола питань для експерта; вибору експерта; процесуального оформлення призначення експертизи тощо. Встановлено, що призначення судової експертизи є складним процесом, який є результатом реалізації як повноважень суду, так й ініціативи осіб, які беруть участь у справі, тому, визначаючи наявність або відсутність підстав для призначення судової експертизи, суди не мають ігнорувати позицію осіб, які беруть участь у справі. Доведено, що суд, вирішуючи питання про доцільність призначення експертизи в цивільній справі чи під час вирішення господарського спору, повинен враховувати: чи має значення для справи факт, який експерт повинен встановити; чи не можна довести той чи інший факт іншими доказами, зібраними у справі; які реальні можливості тієї чи іншої судової експертизи, що є її предметом. Автор предметом експертизи пропонує визнати обставини, що мають значення для справи та потребують своєчасного встановлення із застосуванням спеціальних знань експерта у відповідній галузі знань. Також зазначено, що під час проведення експертизи експерт працює з конкретною інформацією, що має бути достовірно встановленою на момент проведення дослідження, тобто бути такою, що не викликає сумнівів, забезпечує достовірність висновку експерта, його доказове значення.

Ключові слова: судова експертиза, призначення, цивільне провадження, господарське провадження, предмет експертизи, суд, учасники справи.

Vasiliev V. Some aspects of the appointment of forensic examination in civil and commercial proceedings

The article notes that forensic examination is characterized by the presence of a certain procedural form, which is characterized by special preparation of materials; procedurally determined procedure for its appointment and conduct, which is carried out in compliance with special legal requirements set by procedural legislation. In addition, in the context of the study, one of the leading issues is the appointment of expertise, as its correct solution depends on the timeliness and effectiveness of the use of special knowledge in the form of expertise in civil and commercial proceedings. Analysis of the current civil and commercial procedural legislation allowed us to conclude that the statutory procedure for the appointment of a forensic examination provides for the solution of a number of key issues regarding: the grounds for the appointment of an expert examination; formation of the subject of examination; determination of the

range of questions of the expert; choice of expert; procedural registration of the appointment of examination, etc. It is established that the appointment of a forensic examination is a complex process, which is the result of the implementation of both the powers of the court and the initiative of persons involved in the case, so when determining the presence or absence of grounds for forensic examination, courts in the case. It is proved that the court, deciding on the expediency of appointing an expert in a civil case or in resolving a commercial dispute, must take into account: whether the fact that the expert must establish is relevant to the case; whether it is possible to prove this or that fact by other proofs collected in the case; what are the real possibilities of a forensic examination that is its subject. The author proposes to recognize the subject of the examination of the circumstances that are relevant to the case and require timely establishment using the special knowledge of the expert in the relevant field of knowledge. It is also noted that during the examination the expert works with specific information that must be reliably established at the time of the study, ie, be such that there is no doubt, ensures the reliability of the expert's opinion, its probative value.

Key words: forensic examination, appointment, civil proceedings, economic proceedings, subject of examination, court, participants in the case.

Література

1. Васильєва-Шаламова Ж.В. Судова експертиза в цивільному процесі : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ : Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченко, 2009. 212 с.

2. Лопатин В.В., Лопатина Л.Е. Малый толковый словарь русского языка : ок. 35000 слов. Москва : Рус. яз., 1990. 704 с.

3. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-VI (зі змінами та доповненнями). Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.

4. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. № 1798-XII (зі змінами та доповненнями). Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1992. № 6. Ст. 56.

5. Гражданский процесс : учебник / под ред. В.В. Комарова. Харьков : Одиссей, 2001. 704 с.

6. Тихиня В.Г. Теоретические проблемы применения данных криминалистики в гражданском судопроизводстве. Минск : Выш. шк., 1983. 159 с.

7. Орлов Ю.К. Производство экспертизы в уголовном процессе : учеб. пособие. Москва : ВЮЗИ, 1982. 79 с.

8. Івченко А.О. Тлумачний словник української мови. Харків : Фоліо, 2003. 539 с.

9. Воложанин В.П., Кайгородов В.Д., Кац А.К. Гражданский процесс : учеб. для студентов юрид. вузов и фак. Москва : БЕК, 1995. 460 с.

10. Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. Москва : Городец, 2000. 368 с.

11. Аверьянова Т.В. Судебная экспертиза : курс общ. теории. Москва : Норма, 2006. 480 с.

12. Шляхов А.Р. Судебная экспертиза: организация и проведение. Москва : Юрид. лит., 1979. 168 с.

13. Давтян А.Г Экспертиза в гражданском процессе. Москва : Спарк, 1995. 83 с.

14. Васильєва-Шаламова Ж.В. Процесуальний порядок призначення судової експертизи в цивільному процесі. Судоустрій і судочинство в Україні. 2007. № 4. С. 43–50.

УДК 620.9:330.117
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1971

І. Манжул,
доктор юридичних наук, доцент,
доцент спеціальної кафедри № 2
Навчально-наукового інституту контррозвідувальної діяльності
Національної академії Служби безпеки України

ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНЕ ПАРТНЕРСТВО В ЕНЕРГЕТИЧНІЙ ГАЛУЗІ

Ефективність державно-приватного партнерства (далі – ДПП) підтверджується зарубіжною практикою та його впровадженням в Україні. До основних позитивних результатів реалізації концесійних проектів, які є основною формою реалізації ДПП, варто віднести залучення приватного капіталу до інвестування в різні галузі економіки, охорони здоров'я, освіти, науки та культури, об'єднання державного та приватного майна, підприємницького досвіду, фінансових, кадрових ресурсів, забезпечення більшої зайнятості населення.

Однак діяльність у сфері ДПП, що активізувалась із прийняттям спеціального закону та низки підзаконних актів, якими були встановлені її форми, процедура та порядок прийняття концесійних проектів, у тому числі конкурсів та надання дозволів, через декілька років сповільнилась. Зазначена ситуація було проаналізована вищим виконавчим органом влади та галузевими міністерствами, науковцями і провідними фахівцями. Безпосередня практика ДПП ще потребує подальшого аналізу й осмислення, розробки пропозицій щодо її вдосконалення.

Однією з провідних галузей народного господарства є енергетика, від її успішного функціонування залежить загальний розвиток економіки держави. Додаткове фінансування, впровадження нових технологій та модернізація енергетичної сфери необхідні як у традиційній підгалузі – ядерній енергетиці, так і в таких сучасних, як відновлювана енергетика, енергосервіс та ін.

Проблематика ДПП розглядається науковцями в різних сферах суспільного життя. Зокрема, В. Дятлова, І. Петрик, О. Никифорук, Ю. Гусєв, Л. Чмирьова розглядають питання розрахунку та оцінки ефективності ДПП; О. Вінник, І. Милостива, О. Сімсон аналізують оптимальність нормативно-правового регулювання; у колі зору науковців знаходиться реалізація ДПП в інвестиційній сфері, зв'язку, автодорожньому господарстві та енергетичній галузі. Найбільша увага приділяється укладенню концесійних проектів у відновлюваній енергетиці (Н. Рязанова, Ю. Башинська, П. Жук, В. Круглов), атомній енергетиці (А. Ахромкін), сфері енергосервісу (І. Самойленко). Варто відмітити одночасне, з розглядом стану ДПП, виявлення фахівцями упущень та недоліків, проблем здійснення ДПП, висловлення пропозицій щодо вдосконалення такої діяльності.

Однак відсутнім є комплексне дослідження ДПП в енергетичній сфері, розробка шляхів усунення негативних явищ та підняття ефективності енергетичної галузі.

Поняття ДПП, його ознаки, правові засади, принципи, форми здійснення, сфери та об'єкти застосування, процедура і порядок оформлення співпраці між органами влади та

© І. Манжул, 2020

приватними партнерами, державна підтримка, державні гарантії, державний контроль встановлені Законом України «Про державно-приватне партнерство» від 1.07.2010 р. № 2404-VI.

У законодавчому трактуванні ДПП є співробітництвом між державою Україна, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами в особі відповідних державних органів, що згідно із Законом України «Про управління об'єктами державної власності» здійснюють управління такими об'єктами, органів місцевого самоврядування та юридичними особами, крім державних та комунальних підприємств, установ, організацій (приватних партнерів), що здійснюється на основі договору в порядку, встановленому Законом про державно-приватне партнерство та іншими законодавчими актами, та відповідає ознакам такого партнерства. До ознак ДПП належать: 1) створення та/або будівництво (нове будівництво, реконструкція, реставрація, капітальний ремонт та технічне переоснащення) об'єкта ДПП та/або управління (користування, експлуатація, технічне обслуговування) таким об'єктом; 2) довготривалість відносин (від 5 до 50 років); 3) передача приватному партнеру частини ризиків у процесі здійснення ДПП; 4) внесення приватним партнером інвестицій в об'єкт ДПП [1]. Спеціальним уповноваженим органом у сфері ДПП визначено Міністерство економічного розвитку та торгівлі України..

Враховуючи визначення ДПП у спеціальному Законі, науковці наводять різні авторські дефініції, покладаючи в основу ті чи інші його істотні ознаки: виокремлюють договірний характер партнерства та його здійснення в усіх сферах діяльності, пов'язаних з вирішенням завдань загальнодержавного чи територіального розвитку, крім видів господарської діяльності, які згідно із законами України дозволяється здійснювати виключно державним підприємствам [2], вказують на спрямування такого партнерства – осягнення загальних економічних цілей і вирішення актуальних соціально-економічних завдань [3], підкреслюють як його результат вигідну взаємодію між державним та приватним партнерами шляхом об'єднання ресурсів і розподілу між ними винагороди та ризиків з метою реалізації інвестиційно вигідних проектів [4], а також організаційно-майновий характер, спрямований на організацію та забезпечення виконання проектів пріоритетного публічного значення, реалізація яких вимагає об'єднання коштів, інших ресурсів носіїв публічних інтересів відповідного рівня та носіїв приватних бізнесових інтересів [5, с. 103].

Відповідно до спеціального Закону ДПП повинно здійснюватися також у таких сферах, як: виробництво транспортування і постачання тепла та розподіл і постачання природного газу; виробництво, розподілення та постачання електричної енергії; виробництво та впровадження енергозберігаючих технологій, будівництво та капітальний ремонт житлових будинків, повністю чи частково зруйнованих унаслідок бойових дій на території проведення антитерористичної операції.

Аналіз нормативно-правових актів зі здійснення ДПП свідчить про те, що органи влади займаються в більшості визначенням мети та завдань, контролю, нагляду, моніторингу за розробленням, прийняттям, виконанням проектів, а приватний партнер вкладає свої фінанси, майно, сучасні технології, професійний досвід. Відмітимо встановлення спеціальним Законом справедливого розподілу ризиків між обома партнерами, пов'язаних з виконанням договорів, укладених у рамках ДПП. Передача приватному партнеру об'єкта ДПП, у тому числі його подальша реконструкція, реставрація, капітальний ремонт та технічне переоснащення, не зумовлює перехід права власності на цей об'єкт [1].

До основних результатів ДПП віднесемо отримання певних переваг як у державному, так і у приватному секторі. До переваг держави здебільшого відносять: підвищення бюджетної і соціально-еколого-економічної ефективності реалізації партнерських проектів; залучення приватних інвестицій для створення інноваційної інфраструктури, зниження ризиків у процесі здійснення великих інвестиційних проектів; забезпечення швидкого інфраструктурного розвитку і можливості надання послуг високої якості; використання професійного досвіду приватного партнера; зниження витрат бюджету на реалізацію проектів. До переваг приватного сектора належать: нові інвестиційні можливості і, відповідно, нові джерела доходу; протекціонізм із боку держави, її гарантії в інвестиційних проектах та їх співфінансування; можливості отримання субсидій з метою довгострокового інвестування; пайова участь і, відповідно, пайова відповідальність за реалізацію проекту ДПП; можливості діалогу з Урядом [6].

За даними центральних та місцевих органів виконавчої влади в Україні станом на 01.01.2020 р. на засадах ДПП укладено 187 договорів, з яких реалізується 52 договори (34 договорів концесії, 16 договорів про спільну діяльність, 2 – інші договори), 135 договорів не реалізується (4 договори – закінчено термін дії, 18 договорів – розірвано, 113 договорів – не виконується). Тобто ефективність впровадження ДПП потрібно оцінювати не по кількості укладених проектів, а по кількості реалізованих. Матеріали Департаменту інвестицій та інновацій Міністерства економіки, торгівлі та сільського господарства про здійснення ДПП станом на 01.01.2020 р. в Україні показують, що найбільш ефективно виробництво електричної енергії за такими договорами здійснюється в Миколаївській, Харківській та Херсонській областях [7].

До результатів ефективного ДПП варто віднести запуск у 2015 р. у м. Малин (Житомирська область) першого в Україні проекту з питань енергоефективності. Цей проект передбачає використання відновлюваного біопалива, пелет із соломи замість природного газу. У разі успішної реалізації проект продемонструє доцільність використання біопалива та залучення приватного сектора до вирішення нагальних енергетичних проблем в Україні.. Також у 2015 р. між територіальною громадою міста Остер в особі Остерської міської ради (Чернігівська область) та корпорації «Укратомприлад» у рамках здійснення ДПП укладено договір про спільну діяльність. За даними Чернігівської обласної державної адміністрації, проект був успішно реалізований [4].

Найбільшим за масштабами проектом ДПП у сфері енергетики є прийнятий Кабінетом Міністрів України у 2015 р. проект «Енергетичний міст «Україна – Європейський Союз». Ініціатором проекту став консорціум у складі: EDF Trading (Велика Британія), Westinghouse Electric Sweden (Швеція), Polerergia International (Люксембург). Розрахункова вартість цього проекту – 243, 5 млн євро в цінах 2017 р. Його метою визначено створення умов для інтеграції об'єднаної енергетичної системи України до європейської енергосистеми ENTSO-E за рахунок забезпечення експорту електричної енергії з енергоблоку № 2 Хмельницької АЕС. Під час реалізації проекту буде підвищений рівень використання та збільшення потужності ядерних енергоблоків, у тому числі Південноукраїнської АЕС та Запорізької АЕС, створено умови та інструменти, необхідні для залучення ДП «НАЕК Енергоатом» коштів для фінансування розвитку енергетичної інфраструктури. Внаслідок реалізації проекту планується розширити генеруючі потужності українських об'єктів ядерної енергетики та підвищення ефективності енергоблоків [8].

За допомогою проектів ДПП здійснюється реконструкція різних об'єктів енергетики, розбудова енергетичної інфраструктури, реалізація заходів з підвищення рівня енергоефективності, прийняття енергосервісних контрактів, стратегічне управління розвитком альтернативної енергетики. Однак позитивні результати ДПП не враховуються належним чином державою, за даними центральних та місцевих органів виконавчої влади в Україні станом на 01.01.2017 року на засадах ДПП реалізувалось у сфері виробництва, розподілення та постачання електричної енергії 5 проектів, що становить 2,7% від загальної кількості [9, с. 39].

У процесі реалізації ДПП в Україні виявилися недоліки, упущення, проблеми. Зокрема О. Карий, К. Процак, А. Мавріна називають недостатність співробітництва та довіри між партнерами, складне і суперечливе законодавство у цій сфері, відсутність доступних фінансових ресурсів, недостатню фаховість публічного партнера для підготовки відповідних проектів [10, с. 39].

Чинниками низької активності використання форм ДПП Н. Михальчишин та Я. Левицька вважають переоцінену економічну ефективність проектів, непередбачення настання високих збитків, надмірне регулювання процесів ДПП із перевагою державного партнера, слабкий інфраструктурний розвиток, потребу в умінні управлінням великими компаніями, яким не завжди володіє приватний партнер, фінансування проектів через публічні закупівлі тощо [11, с. 34].

Проблеми чинного законодавства з ДПП, на думку А. Нікітіна та І. Милостивої, полягають у: 1) відсутності чіткого розмежування процедур ДПП та концесії, складність і довготривалість процедури укладення договору; 2) не врегулювання законодавством процедури виділення земельних ділянок для реалізації ДПП; 3) відсутність управління фіскальними та фінансовими ризиками партерів; 4) неможливість заміни приватного партнера у разі відсутності в останнього можливості виконати взяті на себе фінансові обов'язки; 5) недосконаліть механізму визначення комерційних платежів [4].

М. Воробйова називає такі причини невдач інвестиційних проектів ДПП: недосконаліть відповідного законодавства, відсутність сформованого інституційного середовища та необхідного досвіду і навиків для реалізації проектів та гарантій із боку держави щодо виконання своїх фінансових зобов'язань, наявність високого рівня корупції в органах влади, недостатню прозорість проектів ДПП та процедури укладення договорів та ін. [12].

Підтримуємо висновок І. Самойленко про те, що в Україні механізм ДПП для стратегічного та економічного розвитку держави майже не задіяно, прийняті законодавчі акти щодо співробітництва публічного та приватного секторів не сформували єдиного бачення та моделі організації цих взаємовідношень [13, с. 55].

Водночас відмітимо, що позитивним аспектом аналізу стану реалізації ДПП є не тільки з'ясування підстав та причин упущень, недоліків та проблем, а й водночас розроблення вказівок та рекомендації щодо нових напрямів концесійних проектів та реалізації таких договорів. В. Круглов зазначає на активне використання ДПП у відновлюваній енергетиці, проте для створення ринкових умов виробництва енергії з біопалива для приватного сектора потрібно прийняття регіональної програми організації мережі таких котелень, державна допомога місцевим органам влади в залученні інвесторів [14, с. 129]. Для успішної реалізації проекту «Енергетичний міст «Україна – Європейський Союз», вважає А. Ахромкін, регіональна енергетична політика повинна передбачати заходи, спрямовані на вдосконалення схем електричних мереж

і поліпшення технічного стану їхніх елементів [15, с. 89–90].

До актуальних проблем реалізації аналізованої практики віднесемо:

1) нормативно-правове забезпечення ДПП (удосконалення процедури та порядку прийняття концесійних проектів, а саме чітке визначення повноважень органів влади та міського самоврядування, які будуть задіяні до розроблення та реалізації таких проектів, контролю і подальшого моніторингу за їх виконанням, систему управління в цій сфері, встановлення правової відповідальності суб'єктів партнерства в разі невиконання своїх договірних обов'язків, а також механізму державних гарантій приватному сектору з метою відшкодування збитків за угодами, повернення вкладених інвестицій у разі розірвання договору та ін.);

2) інституційне забезпечення ДПП (створення у ключових міністерствах впровадження ДПП робочих дієвих органів, відповідальних за загальний контроль і нагляд за реалізацією відповідних договірних зобов'язань держави та приватного сектору, в тому числі: організації перевірки проектів щодо реальності їх виконання (вище вже було зазначено, що більшість із укладених договорів не реалізується), надання методологічної та методичної допомоги розробникам проектів під час їх аналізу, допомога приватному сектору в разі виникнення суперечностей з реалізації проектів тощо;

3) кадрове забезпечення ДПП (організація в місцевих органах державної влади та органах місцевого самоврядування курсів навчання й перепідготовки державних і муніципальних службовців, зайнятих у сфері ДПП, з питань розробки та реалізації таких проектів із залученням провідних фахівців, науковців, а також практичних працівників);

4) фінансове забезпечення ДПП (залучення інвестиційних фондів та приватних фірм, міжнародних фінансових інститутів до такої діяльності, встановлення на правовому рівні механізмів бюджетної підтримки та довгострокових бюджетних зобов'язань державних партнерів).

Висновки. Аналіз реалізації ДПП в енергетичній галузі (ядерна енергетика, відновлювана енергетика, енергосервіс) в Україні свідчать про вчасність та доцільність впровадження такої практики. Однак стан розроблення та реалізації концесійних договорів є недостатньо ефективним, здійснюється повільними темпами. Потребує вдосконалення нормативно-правове, інституційне, кадрове, фінансове забезпечення ДПП.

Необхідна розробка Концепції стратегічного розвитку ДПП із зазначенням: наявного стану такого партнерства як загалом у державі, так і по окремих галузях та регіонах, із вказівками на упущення, недоліки та проблеми такої діяльності; основні засади, мету і завдання реалізації партнерства; правову базу, суб'єкт та об'єкт; пріоритетні напрями реалізації, етапи та стадії, строки; фінансове та економічне забезпечення концесійних проектів та інших договорів, а також фінансові гарантії з боку держави, очікувані результати.

У статті узагальнено реалізацію державно-приватного партнерства (ДПП) в Україні та енергетичній галузі, його вплив на підняття ефективності її розвитку. До основних позитивних результатів реалізації концесійних проектів, які є основною формою реалізації ДПП, віднесено залучення приватного капіталу до інвестування в різні галузі економіки, охорони здоров'я, освіти, науки та культури, об'єднання державного та приватного майна, підприємницького досвіду, фінансових, кадрових ресурсів, забезпечення більшої зайнятості населення. Проаналізовано сучасні підходи науковців щодо впровадження ДПП,

його недоліків, проблем та шляхів їх вирішення. Автор обґрунтував, що усунення підстав сповільнення впровадження ДПП буде сприяти підйому енергетичних показників в економіці держави. Основна мета статті – здійснити дослідження реального стану ДПП в енергетичній сфері України, розроблення пропозицій з удосконалення зазначеної діяльності. Об'єктом дослідження було вибрано окремі підгалузі енергетики (ядерна енергетика, відновлювана енергетика, енергосервіс), в яких реалізовувались концесійні проекти ДПП. Період дослідження становив 2000–2018 роки. З метою перевірки гіпотези дослідження застосовувались методи порівняння та аналізу встановлених законодавчих положень з ДПП та наявної реальної практики як загалом в Україні, так і в деяких регіонах. Встановлено, що в Україні механізм ДПП, незважаючи на прийняття значної кількості нормативно-правових актів та розроблення відповідних проектів в енергетиці, майже не працює, наявні лише окремі досягнення в цій галузі. Отримані результати довели, що підняття ефективності енергетичної галузі в значній мірі залежить від рівня впровадження ДПП. Обґрунтовано необхідність прийняття Концепції стратегічного розвитку ДПП в Україні, в тому числі в енергетиці, усунення суперечностей між загальним та спеціальним законодавством в енергетичній галузі, нормативно-правове, інституційне забезпечення такого партнерства, підвищення рівня фінансової допомоги та фінансових гарантій приватному сектору, підготовки кадрового потенціалу для реалізації відповідних концесійних проектів.

Ключові слова: державно-приватне партнерство, енергетична галузь, законодавство, державна допомога і підтримка, приватний сектор.

Manzhul I. The public-private partnership in the energy sector

The article summarizes the implementation of public-private partnership (PPP) both in Ukraine and in the energy sector, as well as its impact on improving the efficiency of its development. It also contains the modern approaches of scientists to the PPP implementation, its disadvantages, problems and the ways to solve them analysed. The author has grounded that the elimination of causes for slowing down the implementation of PPP would facilitate the rise of the energy performance in the state economy. The main purpose of the article is to study the real state of PPP in the energy sector of Ukraine and to develop proposals for improving this activity. The object of the study is separate subsectors of energy (nuclear energy, renewable energy, energy service), in which PPP concession projects were implemented. The study period was 2000–2018. Aiming to verify the hypothesis of the study, there were used the methods of comparison and analysis of established legal provisions of PPP and the existing real practice both generally in Ukraine and in some regions. It is established that in Ukraine the PPP mechanism, despite the adoption of a significant number of regulations and the development of relevant projects in the energy sector is almost non-existent, there are only some achievements in this area. The results proved that raising the efficiency of the energy sector largely depends on the level of PPP implementation. The necessity of adopting the Concept of strategic development of PPP in Ukraine, including in energy, elimination of contradictions between general and special legislation in energy sector, normative-legal, institutional support of such partnership, increase of level of financial aid and financial guarantees to private sector,

preparation of personnel potential for realization of relevant projects is also substantiated.

Key words: publik-private partnership, energy sector, legislation, sovereign assistance, private sector.

Література

1. Про державно-приватне партнерство : Закон України від 1.07.2010 р. № 2404-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2404-17 (дата звернення 15.07.2020).

2. Башинська Ю.І., Жук П.В. Перспективні шляхи розвитку публічно-приватного партнерства у сфері відновлюваної політики регіону. Регіональна економіка. 2016. № 3. С. 63–68.

3. Михеев В.А. Государственно-частное партнерство в реализации приоритетных национальных проектов. Москва : Финпресс, 2016. 320 с.

4. Нікітін А., Милостива І. ДПП в енергетиці: чого чекаємо в законодавчій сфері. URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/energetichne-pravo/dpp-v-energetici-chogo-chekaemo-v-zakonodavchiy-sferi.html (дата звернення 20.07.2020).

5. Вінник О.М. Договірні відносини державно-приватного партнерства: проблеми правового регулювання. Вісник Вищої ради юстиції. 2013. № 2. С. 90–107.

6. Рязанова Н.О. Дослідження взаємодії державно-приватного партнерства як інструменту розвитку альтернативної енергетики. URL: file:///C:/Users/user/Desktop/взаємодія%20партнерства.pdf (дата звернення: 22.07.2020).

7. Стан здійснення ДПП в Україні / Міністерства економіки, торгівлі та сільського господарства. URL: https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=9fc90c5e-2f7b-44b2-8bf1-1ffb7ee1be26&title=StanZdiisnennia DppVUkraini &isSpecial=true (дата звернення: 15.07.2020).

8. Висновок Міністерства енергетики та вугільної промисловості за результатами аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства «Енергетичний міст «Україна – Європейський Союз». URL: https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-A&isSpecial=True&id=9a47d67e-6546-4caa-9ab0-dce86654169e&title=SistemaZboruTaUtilizatsiiBiogazuNaPoligoniTverdikhPobutovikhVidkhodivVM-Kremenchuk (дата звернення: 17.07.2020).

9. Державно-приватне партнерство як механізм реалізації нової регіональної політики: можливості застосування та практичні аспекти підготовки та впровадження інвестиційних проектів. 2017. 106 с. URL: http://rdpa.regionet.org.ua/images/129/PPP_report_U-LEAD_30_10_2017.pdf (дата звернення: 27.07.2020).

10. Карий О., І. Процак К.В., Мавріна А.О. Проекти державно-приватного партнерства: ключові проблеми практичної реалізації. Економічний аналіз. 2015. Том 20. С. 35–44.

11. Михальчишин Н.Л., Левицька А.В. Державно-приватне партнерство як засіб вирішення проблем функціонування природних монополій. Причорноморські економічні студії. 2019. Вип. 39 (1). С. 31–36.

12. Воробйова М.О. Державно-приватне партнерство в Україні: сучасний стан та перспективи розвитку. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія : Економічні науки. 2016. Вип. 20. Част. 1. С. 39–43.

13. Самойленко І. Енергосервісний контракт як форма розвитку державно-приватно партнерства. Економічний дискурс : Міжнародний науковий журнал. 2016. Випуск 2. С. 54–62.

14. Круглов В.В. Розвиток альтернативної енергетики з використанням механізмів державно-приватного партнерства. Теорія і практика державного управління. 2015. Вип. 5. С. 127–131.

15. Ахромкін А.О., Ахромкін А.Є. Імплементація державно-приватного партнерства в регіональній енергетичній політиці. Економіка та право. 2019. № 2 (53). С. 115–125.

УДК 342.95
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1972

Л. Рябовол,
доктор педагогічних наук, професор,
професор кафедри державно-правових дисциплін та адміністративного права
Центральноукраїнського державного педагогічного університету
імені Володимира Винниченка

СИСТЕМА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ МИТНОЇ БЕЗПЕКИ В УКРАЇНІ

Сучасний етап становлення України позначається посиленням загроз у різних сферах суспільного життя, у зв'язку із чим роль і значення національної безпеки суттєво зростає. Як стан правової упорядкованості життя суспільства й держави, національна безпека є ключовим чинником самозбереження українського суспільства [1, с. 3], багатовимірним і багатоаспектним явищем державно / соціально-правової дійсності, структура якого зумовлена складністю будови суспільного життя, значною кількістю об'єктів, які потребують безпечних умов. Виходячи зі змісту ст. ст. 1 і 3 Закону України «Про національну безпеку України», можливо виокремити такі складники національної безпеки, як: воєнна, державна, зовнішньополітична, економічна, інформаційна, екологічна, кібербезпека тощо [2]. Про митну безпеку наразі не йдеться, однак як така вона знайшла своє закріплення в Митному кодексі України, згідно із ч. ч. 1–2 ст. 6 якого митна безпека – це стан захищеності митних інтересів як національних інтересів України, забезпечення та реалізація яких досягається шляхом здійснення митної справи [3].

Проблематика митної безпеки притягує науковий інтерес фахівців із різних галузей знань. З позицій юриспруденції її вивчали А.О. Брачук, Т.І. Єфименко, О.І. Попівняк, Д.В. Пудрик, О.О. Разумова, В.Ю. Хомутиннік та інші, економіки – В.С. Альошкін, В.В. Даценко, О.В. Джумурат, Т.В. Калінеску, М.І. Кулєшина, М.М. Левко, В.П. Мартинюк, О.О. Недобега, І.В. Новосад, П.В. Пашко, П.Я. Пісной, С.В. Шевчук та інші, державного управління – О.В. Комаров та інші. Окремі аспекти цієї проблеми у своїх дослідженнях розкрили Н.І. Гавловська, М.О. Губа, О.Є. Денисов, Є.В. Додін, Л.М. Дорофеєва, Є.С. Жураківський, А.В. Ільїна, С.В. Козловський, О.В. Комаров, О.В. Осадчук, Є.М. Рудніченко, І.П. Яковлєв та інші. Проте питання забезпечення митної безпеки не втрачає своєї актуальності, крім того, в доступних нам правничих наукових працях не повною мірою реалізовано потенціал системного підходу, а саме він дозволяє забезпечити комплексність і повноту відповідного дослідження. Цим зумовлена мета статті – екстраполювати обґрунтовану ними в попередніх працях ([4]) узагальнену систему забезпечення безпеки на феномен забезпечення митної безпеки й дослідити його як складне явище, цілісність закономірно розташованих і взаємопов'язаних цільового, об'єктного, суб'єктно-організаційного й результативного компонентів.

Системотвірним складником цієї, як і будь-якої іншої соціальної, системи є мета, з якою вона створюється. Останню вбачають у такому: досягнення усталеної та передбачуваної роботи митної служби, достатнього рівня сприяння зовнішньоекономічній діяльності в нестабільних зовнішніх і внутрішніх умовах, забезпечення

 © Л. Рябовол, 2020

зниження ризиків, а також виявлення та нейтралізація ризик-чинників, які безпосередньо впливають на стан реалізації митної справи й опосередковано – на зовнішньоекономічну діяльність (П.В. Пашко) [5, с. 11]; досягнення необхідного рівня надійності митної системи [6, с. 42] тощо. Загалом цільову спрямованість системи забезпечення митної безпеки можливо розглядати в різних напрямках і пов'язувати з: продуктивним функціонуванням митної системи, митної служби й митних органів; проведенням ефективної зовнішньоекономічної діяльності; реалізацією економічних і безпосередньо митних інтересів і нівелюванням відповідних загроз і небезпек тощо.

Об'єктний компонент охоплює такі елементи, як:

1) предмет – митні інтереси, які є об'єктом загроз і на забезпечення безпеки яких і спрямована відповідна система; особливий складник національних інтересів, що знаходить свій вияв у економічному, соціальному, політичному, екологічному й інших аспектах і реалізується в рамках здійснення митної справи;

2) суб'єкти / носії митних інтересів і власники цінностей, які підлягають захисту в рамках цієї системи – людина / громадянин, суспільство, держава / регіони;

3) загрози й небезпеки митним інтересам, які формуються як результат суперечностей у різних сферах життя та діяльності суспільства й держави, зокрема в політичній та економічній (зовнішньоекономічний), і охоплюють джерела й носіїв загроз, своєчасне виявлення та повне усунення яких є умовою досягнення митної безпеки як стану захищеності митних інтересів.

У рамках суб'єктно-організаційного компонента системи забезпечення митної безпеки можливо умовно виокремити два елементи: організаційно-інституційний – сукупність уповноважених суб'єктів, відповідним чином організованих, які беруть участь у формуванні й реалізації митної політики; організаційно-функціональний – функції, компетенції та повноваження цих суб'єктів. Сутність цього компоненту полягає не лише в управлінській, адміністративній діяльності митних органів, він охоплює особливу сферу суспільних відносин, що виникають у зв'язку з організацією, реалізацією, управлінням державною митною справою. Такий підхід дозволяє охопити широкий склад суб'єктів як інституційних утворень із певною організацією та функціоналом, суб'єктів, котрі беруть участь у формуванні й реалізації митної політики, здійснюють організаційну, виконавчо-розпорядчу діяльність щодо втілення державної митної політики, здійснення митної справи.

У найширшому розумінні до суб'єктів забезпечення митної безпеки можливо віднести усіх суб'єктів митних правовідносин. І.А. Муравйова розуміє під ними фізичних та юридичних осіб приватного й публічного права, які потенційно або реально можуть виступати учасниками митних правовідносин, наділені певним обсягом правосуб'єктності, що визначає їх адміністративно-правовий статус [7, с. 4].

Насамперед до суб'єктів забезпеченні митної безпеки ми віднесли органи публічної адміністрації, які відповідно до законодавства здійснюють владні управлінські функції з метою забезпечення реалізації публічного інтересу в галузі митної справи. Передусім це Верховна Рада України, адже виключно законами України, згідно із ч. 9 ст. 92 Конституції України, визначаються засади зовнішніх зносин, зовнішньоекономічної діяльності, митної справи. До цих органів належить також Кабінет Міністрів України, який забезпечує проведення фінансової, цінової, інвестиційної та податкової політики, розробляє і здійснює загальнодержавні

програми економічного, науково-технічного, соціального й культурного розвитку України, організовує і забезпечує здійснення зовнішньоекономічної діяльності, митної справи (ч. ч. 3, 4, 8 ст. 116 Конституції України) [8].

Ця група суб'єктів охоплює і Міністерство фінансів України (Мінфін), обсяг повноважень і компетенцій якого визначено в Положенні про Міністерство фінансів України, згідно з п. 1 якого Мінфін – головний орган у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію єдиної державної податкової, митної політики, державної політики у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування податкового й митного законодавства; відповідно до покладених на нього завдань здійснює нормативно-правове регулювання у фінансовій, бюджетній, податковій, митній сферах, державної політики у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування податкового й митного законодавства (ч. 5 п. 4) [9].

Через Міністра фінансів Кабінет Міністрів України спрямовує і координує діяльність Державної фіскальної служби України (далі – ДФС), яка також бере участь у формуванні державної політики у сфері державної митної справи, у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування митного законодавства, що відбувається шляхом внесення на розгляд Міністра фінансів відповідних пропозицій. Водночас на вказаний центральний орган виконавчої влади покладено й реалізацію державної політики у сфері державної митної справи, у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування митного законодавства. ДФС здійснює адміністрування податків і зборів, митних та інших платежів; має значний обсяг контрольних повноважень щодо дотримання податкового й митного законодавства, застосування заходів тарифного й нетарифного регулювання під час переміщення товарів через митний кордон України, проводить консультативну діяльність тощо (підпункти 1, 2 п. 3, підпункт 4 п. 4, п. п. 5, 6, 16 Положення про Державну фіскальну службу України) [10].

Особливу роль серед суб'єктів забезпечення митної безпеки покликана відгравати Державна митна служба України (далі – Держмитслужба) – центральний орган виконавчої влади, діяльність якого, як і діяльність ДФС, спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України через Міністра фінансів. Як і ДФС, Держмитслужба бере участь у формування державної митної політики шляхом внесення відповідних пропозицій на розгляд Міністра фінансів. Її пріоритетними завданнями є: забезпечення реалізації державної митної політики, зокрема забезпечення митної безпеки й захисту митних інтересів України й створення сприятливих умов для розвитку зовнішньоекономічної діяльності, збереження належного балансу між митним контролем і спрощенням законної торгівлі; забезпечення реалізації державної політики у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування законодавства з питань державної митної справи, запобігання та протидії контрабанді, боротьба з порушеннями митних правил. Для організації та здійснення такої діяльності Держмитслужба в межах своїх повноважень на основі й на виконання Конституції та законів України, актів Президента України й постанов Верховної Ради України, актів Кабінету Міністрів України й наказів Мінфіну видає накази організаційно-розпорядчого характеру, організовує і контролює їх виконання [11].

Здійснення митної справи покладається на територіальні митні органи – митниці й митні пости, призначення яких – створення умов, сприятливих для розвитку зовнішньоекономічної діяльності, забезпечення безпеки суспільства, захист митних інтересів

України. Територіальні митні органи уповноважені: здійснювати митний контроль і виконувати митні формальності щодо товарів, транспортних засобів комерційного призначення, що переміщуються через митний кордон України; забезпечувати справляння митних платежів, контролювати правильність обчислення, своєчасність і повноту їх сплати, застосовувати заходи щодо їх примусового стягнення; застосовувати заходи митно-тарифного й нетарифного регулювання зовнішньоекономічної діяльності, заходи щодо недопущення переміщення через митний кордон України товарів, на які встановлені заборони й / або обмеження щодо такого переміщення, а також товарів, які не відповідають вимогам якості й безпеки; здійснювати державний експортний контроль, контроль за дотриманням правил переміщення валютних цінностей через митний кордон України; вживати заходи щодо запобігання переміщенню через митний кордон товарів із порушеннями охоронюваних законом прав інтелектуальної власності, недопущення переміщення через митний кордон контрафактних товарів; запобігати й протидіяти контрабанді, порушенням митних правил на всій митній території України тощо (ст. ст. 543, 544 Митного кодексу України) [3].

Місія суб'єктно-організаційного компонента в системі забезпечення митної безпеки є надзвичайно важливою, адже ступінь досягнення мети функціонування усієї системи значною мірою залежить від того, на скільки буде реалізованим потенціал саме цього компоненту. Умовою високого рівня його реалізованості є узгоджена діяльність, налагоджена взаємодія суб'єктів, уповноважених на застосування визначених законом заходів, засобів, методів, інструментів і механізмів забезпечення митної безпеки. Важливим водночас є ресурсне (фінансове, матеріально-технічне, кадрове, інформаційне тощо) забезпечення їхньої діяльності, яке має бути необхідним і достатнім для реалізації ними своїх повноважень, адекватного реагування на загрози митним інтересам. Так, чисельність і кваліфікація працівників митних органів має відповідати інтенсивності й складності експортно-імпортних операцій.

Щодо узгодженої діяльності, то в положенні про Державну податкову службу України й Державну митну службу України зазначено, що остання під час виконання покладених на неї завдань взаємодіє з іншими органами виконавчої влади, консультативними, дорадчими й іншими допоміжними органами, органами місцевого самоврядування, громадськими об'єднаннями, відповідними органами іноземних держав і міжнародних організацій і об'єднань, підприємствами, установами й організаціями, всеукраїнськими об'єднаннями профспілок та організацій роботодавців, зокрема шляхом обміну електронними документами у визначеному законом порядку [11].

До суб'єктів забезпечення митної безпеки належать також спеціалізовані заклади освіти й науково-дослідна установа митних органів, які можуть створюватися з метою підготовки, перепідготовки й підвищення кваліфікації фахівців із митної справи й проведення наукових досліджень у сфері забезпечення митних інтересів України в системі центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну митну політику (ч. 1 ст. 550 Митного кодексу України) [3].

Підсумовуючи питання суб'єктів системи забезпечення митної безпеки, не можемо не погодитися з А.В. Рубаном у тому, що основним суб'єктом забезпечення національної безпеки, отже й митної як її складової частини, є держава. Саме на неї покладена організація, реалізація та гарантування таких заходів, як: прогнозування та запобігання випадків настання та розвитку небезпек

і загроз природного й техногенного походження, їх виявлення та дослідження, розкриття причин і закономірностей їх виникнення, формування системи моніторингу, контролю, нагляду, прогнозування, попередження та ліквідації; забезпечення реалізації загальнодержавних програм цільового й науково-технічного спрямування з проблем забезпечення національної безпеки [1, с. 10].

Правові заходи управлінського впливу на митну справу, закріплені в чинному законодавстві, в рамках суб'єктно-організаційного компонента системи забезпечення митної безпеки можливо систематизувати у дві групи: регулятивні й організаційні. Регулятивні мають не лише суто адміністративний, але й економічний характер і стосуються безпосередньо механізмів тарифного й нетарифного регулювання зовнішньоекономічної діяльності й справляння митних платежів. Організаційні за своїм характером є переважно адміністративними й визначають порядок та умови: переміщення товарів через митний кордон України, їх митний контроль і митне оформлення; здійснення відповідно до закону державного контролю нехарчової продукції в разі її ввезенні на митну територію України; запобігання та протидії контрабанді, боротьби з порушеннями митних правил, організації та забезпечення діяльності митних органів та інших заходів, спрямованих на реалізацію державної митної політики. Слід зазначити, що особливістю як регулятивних, так і організаційних заходів правового регулювання митної безпеки в умовах євроінтеграції України є широке впровадження митно-тарифних преференцій (пільг), а також спрощення митних процедур для тих суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, які сумлінно виконують приписи законодавства.

Останнім за місцем, але не за значенням у системі забезпечення митної безпеки є результативний компонент. Відповідний результат має корелювати з метою, саме тому як метою, так і результатом цієї системи доцільно визначити митну безпеку як стан захищеності митних інтересів. Досягнутий результат функціонування системи забезпечення митної безпеки дозволяє встановити рівень її дієвості, ефективності, а також визначити напрямки її удосконалення.

Слід акцентувати, що перелічені й схарактеризовані вище компоненти перебувають у тісних взаємозв'язках і взаємозалежностях і тільки в їх єдності й цілісності система здатна ефективно виконувати своє функціональне призначення – забезпечувати збалансованість митних інтересів особи, суспільства й держави шляхом моніторингу, виявлення та ідентифікації, запобігання та припинення, мінімізації та нейтралізації дії внутрішніх і зовнішніх загроз і небезпек.

Методологічний інструментарій системного підходу дозволяє розглянути систему забезпечення митної безпеки як відкриту й динамічну, тобто таку, що реагує на зміни в зовнішньому середовищі, а її розвиток детермінується відповідними чинниками. Особливі чинники, які впливають на визначення, окреслення кола митних інтересів. Фахівці з проблематики справедливо підкреслюють, що митні інтереси не завжди однакові, вони змінюються зі зміною умов існування країни, а також у зв'язку з поточним станом зовнішньоекономічних відносин, повнотою задоволення матеріальних потреб громадян, ступенем реалізації визначених стратегічних орієнтирів соціально-економічного розвитку й захисту культурного й інформаційного середовища держави, станом зовнішньоекономічної та митної безпеки [6, с. 43, 45]. Актуалізацію митної складової частини економічних і загалом національних інтересів на сучасному етапі розвитку України А.Д. Войцещук та А.А. Вірковська пов'язують із дією чинників і викликів не тільки націо-

нального, але й глобального характеру, зокрема з глобальною лібералізацією міжнародної торгівлі й переорієнтацією митної політики з фіскальної на регулювальну функцію, що передбачає гармонізацію митних процедур, спрощення тарифних умов переміщення товарів тощо [12, с. 119]. Завдання, які держава ставить перед митницею, зумовлюють пріоритетні функції останньої, якими є: захист інтересів національного виробника; захист суспільства, здоров'я та безпеки; сприяння розвитку торгівлі; здійснення антитерористичної діяльності, нарешті, забезпечення усього ланцюжка постачання та рамкових стандартів безпеки [6, с. 53].

Слід зазначити, що зовнішні чинники можуть впливати на систему забезпечення митної безпеки як позитивно, стимулюючи її прогресивний розвиток, так і негативно, гальмуючи його. Залежно від цього їх можливо поділяти на конструктивні й деструктивні / дестабілізаційні. До останніх відносять різні критичні ситуації (війни, стихійні лиха, страйки), тривалі важкі економічні кризи, надзвичайні ситуації, різні, в тому числі діаметрально протилежні, економічні інтереси України й інших держав, обмежувальні й / або протекціоністські дії окремих фінансових груп і країн тощо. Негативний вплив може здійснювати й недосконале законодавство, нормативно-правові основи діяльності митних органів. Суттєвий вплив державної митної політики як сукупності принципів і напрямів діяльності держави в цій сфері, істотний вплив на яку здійснює європейська інтеграція нашої держави.

У результаті проведеного дослідження ми дійшли таких висновків. Система забезпечення митної безпеки – єдність, цілісність закономірно розташованих і взаємопов'язаних цільового, об'єктного, суб'єктно-організаційного й результативного компонентів. Системотвірним складником цієї системи є мета – реалізація економічних і безпосередньо митних інтересів і нівелювання відповідних загроз і небезпек. Елементами об'єктного компонента є: предмет – митні інтереси; суб'єкти / носії митних інтересів; загрози й небезпеки митним інтересам, які охоплюють джерела й носіїв загроз. Суб'єктно-організаційний компонент охоплює організаційно-інституційний та організаційно-функціональний елементи. Досягнутий результат функціонування системи забезпечення митної безпеки має корелювати з метою та дозволяє встановити рівень дієвості, ефективності всієї системи й визначити напрямки її удосконалення. Система забезпечення митної безпеки є відкритою та динамічною, тобто реагує на зміни в зовнішньому середовищі, а її розвиток детермінується відповідними чинниками.

У статті забезпечення митної безпеки досліджено як складне явище на основі системного підходу. Систему забезпечення митної безпеки розглянуто як єдність, цілісність таких закономірно розташованих і взаємопов'язаних компонентів, як цільовий, об'єктний, суб'єктно-організаційний, результативний. Цільовий компонент представлено метою, з якою створюється ця система, а саме: реалізація економічних і безпосередньо митних інтересів і нівелювання відповідних загроз і небезпек. Об'єктний компонент схарактеризовано як сукупність таких елементів: предмет – митні інтереси (об'єкт загроз, на забезпечення безпеки яких і спрямована відповідна система); суб'єкти / носії митних інтересів (людина / громадянин, суспільство, держава / регіони); загрози й небезпеки митним інтересам, які охоплюють джерела й носіїв загроз, своєчасне виявлення та повне усунення яких є умовою досягнення митної безпеки як стану захищеності митних

інтересів. У рамках суб'єктно-організаційного компонента системи забезпечення митної безпеки умовно виокремлено два елементи: організаційно-інституційний (сукупність певним чином організованих суб'єктів, уповноважених брати участь у формуванні й реалізації митної політики); організаційно-функціональний (функції, компетенції та повноваження цих суб'єктів). Правові заходи управлінського впливу на митну справу в рамках суб'єктно-організаційного компонента системи забезпечення митної безпеки систематизовано у дві групи: регулятивні й організаційні. Акцентовано, що досягнутий результат функціонування системи забезпечення митної безпеки має корелювати з метою, що дозволяє встановити рівень дієвості системи й визначити напрямки її удосконалення. Систему забезпечення митної безпеки в Україні презентовано як відкриту й динамічну, розвиток якої детермінується визначеними чинниками.

Ключові слова: система, митна безпека, митні інтереси, загрози й небезпеки митним інтересам, суб'єкти забезпечення митної безпеки, заходів правового регулювання митної безпеки.

Riabovol L. System software customs security in Ukraine

Software customs security in the article is investigated as a complex phenomenon based on a systematic approach. The system software of customs security is considered as the unity, integrity of such naturally interconnected components, as: target, object, subject-organizational, effective. The target component is represented by the goal, for which this system is created, namely – realization of economic and directly customs interests and leveling of the corresponding threats and dangers. The object component is characterized as a set of the following elements: subject – customs interests (object of threats, the security of which is aimed at the relevant system); subjects / holders of customs interests (person / citizen, society, state / regions); threats and dangers to customs interests, which include sources and carriers of threats, timely detection and complete elimination of which are a condition for achieving customs security as a state of protection of customs interests. Within the subject-organizational component of the customs security system, two elements are conditionally distinguished: organizational-institutional (a set of organized entities authorized to participate in the formation and implementation of customs policy); organizational and functional (functions, competencies and powers of these entities). Legal measures of administrative influence on customs within the subject-organizational component of the customs security system are systematized into two groups: regulatory and organizational. It is emphasized that the achieved result of the functioning of the customs security system should be correlated with the goal, that allows to establish the level of efficiency of the system and to determine the directions of its improvement. The system software of customs security is presented as open and dynamic, the development of which is determined by certain factors.

Key words: system, customs security, customs interests, threats and dangers to customs interests, subjects of customs security, measures of legal regulation of customs security.

Література

1. Рубан А.В. Державне управління у сфері забезпечення національної безпеки України : автореф. дис. ... канд. наук з держ. управлін. : 25.00.05. Харків, 2019. 23 с.

2. Про національну безпеку України : Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII / Верховна Рада України.

URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19 (дата звернення: 24.08.2020).

3. Митний кодекс України : Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17 (дата звернення: 213.08.2020).

4. Рябовол Л.Т. Забезпечення безпеки як наукова проблема: реалізація системного підходу до дослідження. Держава та регіони. Серія «Право». 2020. № 3.

5. Пашко П.В. Умови та чинники забезпечення митної безпеки. Митна справа. 2010. № 1. С. 5–16.

6. Науково-практичний коментар до Митного кодексу України : у 3 т. / П.В. Пашко, В.Ю. Хомутиннік, Т.І. Єфименко та ін. Київ : ДННУ «Акад. фін. Управління», 2012. Т. 1. 428 с.

7. Муравйова І.А. Адміністративно-правовий статус суб'єктів митних правовідносин : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2020. 24 с.

8. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр (дата звернення: 25.08.2020)

9. Про затвердження Положення про Міністерство фінансів України : Постанова Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 375 / Кабінет Міністрів України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/375-2014-п (дата звернення: 21.08.2020)

10. Про Державну фіскальну службу України : Постанова Кабінету міністрів України від 21 травня 2014 р. № 236 / Кабінет Міністрів України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/236-2014-п (дата звернення: 18.08.2020)

11. Про затвердження положень про Державну податкову службу України та Державну митну службу України : Постанова Кабінету міністрів України від 06 березня 2019 р. № 227 / Кабінет Міністрів України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/227-2019-п (дата звернення: 18.08.2020)

12. Войцещук А.Д., Вірковська А.А. Митні аспекти захисту національних економічних інтересів країни. Економічний аналіз. 2016. Том № 24. № 1. С. 106–113.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1973

І. Діордіца,
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри публічного та приватного права
Київського національного університету технологій та дизайну

МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ КІБЕРБЕЗПЕКОВОЇ ПОЛІТИКИ: КІБЕРНЕТИЧНИЙ, СИСТЕМНИЙ ТА МАТРИЧНИЙ ПІДХОДИ

Актуальність теми зумовлена необхідністю побудови валідної наукової моделі дослідження кібербезпеки. У практичному руслі це дозволить правильно розуміти природу даного явища, а також формувати адекватні прогнозні моделі для будови організаційно-функціональної структури національної системи кібербезпеки.

Отже, мета статті – розглянути евристичні можливості кібернетичного, системного та матричного підходів як методологічних інструментів дослідження кібербезпекової політики.

Кібернетика (від грецьк. *мистецтво управління*) – наука про загальні закони отримання, збереження, передання і розповсюдження інформації в складних управляючих системах. При цьому під управляючими системами розуміються не лише технічні, а й будь-які біологічні й соціальні системи. Прикладами складних управляючих систем є нервові системи живих організмів, в особливості людини, а також апарат управління в суспільстві [1, с. 440].

Норберт Вінер визначив кібернетику як науку про управління і зв'язки у тварині й машині [2]. Людське суспільство випало в цьому визначенні. Розуміючи цей недолік, Н. Вінер опублікував у 1954 році нову книгу «Кібернетика і суспільство». Для цих книжок Вінера є характерним оповідний підхід, автор описує власні думки і враження у зв'язку з деякими дослідженнями, які виконувалися ним і його колегами в галузі теорії випадкових процесів і фізіології нервової системи. Фактично вона не містить послідовного викладу методів нової науки та її результатів. Більш систематично суть кібернетики у 1956 році виклав англійський вчений У.-Р. Ешбі [3].

Загалом, для розвитку кібернетики у США і Західній Європі, особливо попервах, було характерним захоплення її філософськими аспектами. Водночас розгортання використання цифрових обчислювальних машин у 50-х рр. XX століття і автоматизованих систем управління потребувало створення наукових основ проектування таких машин і систем.

Кібернетичний підхід, на думку окремих дослідників, виступає частково науковим методом дослідження. Однак якщо продивитись роки такого ставлення та зіставити з періодизацією розвитку науки кібернетики, то можна чітко простежити, що така тенденція якраз припадає на другий період розвитку кібернетики – 60 роки XX століття, коли наука ще перебувала в стадії ствердження і розповсюдження, у той час, коли ще точилися жваві дискусії щодо необхідності взагалі її існування. Адже починаючи із 70-х років, коли кібернетика вже остаточно уконституювалась як окрема наука, такий підхід уже не виглядав беззаперечним.

Наприкінці 1990-х років остаточно унормувалася позиція, згідно з якою

© І. Діордіца, 2020

кібернетика вже повністю охоплювала не лише теорію цифрових обчислювальних машин, а чисельні застосування в різноманітних областях, починаючи з автоматизації обробки наукових даних, до управління великими економічними та соціальними системами.

Таким чином, можна виділити три компоненти кібернетики: *теоретична кібернетика* – досліджує філософські й математичні проблеми кібернетики; *технічна кібернетика* – досліджує принципи розроблення технічних систем, фактично будови кіберпростору; *прикладна кібернетика* – досліджує можливості використання ідей, методів і технічних засобів кібернетики для вирішення практичних завдань у різних сферах життєдіяльності людини.

Фактично елементарна схема управління слугує прообразом самоорганізації штучного інтелекту: інформація передається від суб'єкта управління до об'єкта каналами прямого зв'язку; каналами зворотного зв'язку отримується інформація від об'єкта управління до суб'єкта; на підставі отриманої інформації відбувається корегування і корекція алгоритму управління.

Можливість накопичення інформації в управляючих системах і здійснення складних її перетворень, що було реалізовано зі створенням ЦОМ, зумовила можливість формувати й успішно вирішувати завдання не лише фізичної, а й розумової діяльності людини. Теоретична база кібернетики почала збагачуватись через множення дискретних форм уявлення інформації.

Завдання теоретичної кібернетики – створення наукового апарату і методу досліджень, який є придатним для вивчення широких класів систем управління незалежно від їх конкретної природи [1, с. 441].

Отже, *теорія інформації*, яка вивчає кількісну міру інформації, є одним із наукових напрямів, які увібрала в себе теоретична кібернетика. Так само як теорія кодування і теорія алгоритмів, які вивчають подання дискретної інформації у вигляді послідовностей і перетворення таких послідовностей відповідно.

Саме в межах кібернетики були вперше досліджені гібридні системи, і, відповідно, на основі кібернетики було розроблено *алгоритм ведення гібридної війни,* методологічною базою якого виступили: теорія випадкових процесів; теорія ігор; теорія статистичних рішень; методи вирішення складних екстремальних завдань (лінійне, стохастичне та динамічне програмування); теорія графів; теорія струн; теорія систем, що самоорганізуються (синергетика).

За допомогою даних теорій стає можливим наблизитися до розкриття закономірностей накопичення і перетворення інформації в мозку людини.

Важливим методологічним інструментарієм виступає *експеримент* і *комп'ютерне моделювання*.

Отже, наявність специфічного предмета дослідження формує особливі нові методи дослідження, які знаходять своє застосування і в інших науках незалежно від специфіки об'єктів, що вивчаються.

Ще на зорі уконституювання кібернетики дослідники намагалися знайти відповідь стосовно меж розвитку штучного інтелекту. Таких меж принципово не існує. Найбільш складними завданнями для штучного інтелекту буде здатність:

– самостійно ставити собі завдання, виробляти таймінг їх реалізації, здійснювати пріоритезацію завдань з метою досягнення загальних цілей системи;

– встановлювати загальні цілі розвитку всього виду кіборгів;

– оцінювати отримані результати і рішення з метою вдосконалення системи управління.

Розвиток кібернетики розвіяв побоювання Н. Вінера стосовно того, що зі збільшенням інформаційних

потоків прямо пропорційно зростатиме і можливість учинення помилок ЦОМ [2; 4]. Надійність кібернетичних систем спирається не стільки на зростаючу надійність їхніх елементів, а й на можливість побудови невизначеної кількості надійних систем із ненадійних елементів.

Кібернетика, будучи комплексною наукою, створює значні можливості для дослідження кібернетичного простору з метою проактивного формування алгоритмів соціального управління.

Якщо з позиції тектології кіберпростір виступає симулякром реальності, то з позицій кібернетики кіберпростір не є відображенням або симулякром реального простору – він унормовується як самостійний простір. Відповідно, говорити про необхідність розроблення правового регулювання суспільних відносин у кіберпросторі можна лише за таких умов, коли буде досить точно й однозначно усвідомлена максима: *ефективність регулювання базуватиметься на прогностичних моделях розвитку кіберпростору в майбутньому*.

Тобто ми *маємо регулювати та формувати правовий механізм, виходячи* не з потреб сьогодення, а *з потреб майбутнього*. Відповідно, поки право виконуватиме свою інструментальну функцію, то саме тоді й настане це майбуття. Якщо ж регулювати і формувати правову базу стосовно тих відносин, що існують зараз, то за такого випадку функції держави будуть нівельовані, а право перетвориться не на регулятор суспільних відносин, а на фактор констатації таких відносин.

Більш того, з урахуванням тенденцій кіборгізації механізм правового регулювання за даного випадку наперед створить умови для рівноправного симбіотичного співіснування кіборгів, штучного інтелекту та живої людини. Тому розвиток даних суб'єктів гібридних відносин уже буде наперед передбачений у законодавстві й визначений. Якщо ж упустити цей момент, то стрімкий розвиток робототехніки та самовідтворення штучного інтелекту, його експоненційний розвиток може призвести до того, що нам не вдасться створити ті правила, які штучний інтелект сприйме як прийнятні для себе.

Формування проактивної правової бази з передбаченням уже зараз майбутніх тенденцій сприятиме правильному входженню кіборгів (та інших нових гібридних суб'єктів соціальних відносин) у наше суспільство, розумінню того, що люди залишаються суб'єктами управління, водночас самі люди створюють правила життя як собі, так і тим кіборгам, які будуть співіснувати з ними в реальному світі – інтегрованому світі *homo sapiens* і *homo cyberus*. Дрони й автопілоти, роботи, які патрулюють вулиці та хайвеї в Абу Дабі в ОАЕ, вже є самостійними в ухваленні окремих рішень. Якщо вони знатимуть правила, нестимуть відповідальність за недотримання тих чи інших правил на рівні з людиною, це наперед створить статус-кво людей і кіборгів, надасть можливість залишити людині ініціативу в управлінні розвитком.

Зважаючи на недолік інформації про соціальні системи, а також подекуди практичну неможливість проведення натурних експериментів у різноманітних сферах життєдіяльності, створюють *евристичні моделі,* в яких відтворюються гіпотези про структуру і функції системи з використанням наявної інформації і заповненням її прогалин за рахунок припущень. Евристичні моделі корисні для перевірки гіпотез, планування експериментів і управління системою.

За характером блок-схем моделі можна умовно поділити на *феноменологічні* та *структурні* [1, с. 447–448].

Феноменологічні (функціональні) моделі відображають часові та причинно-наслідкові відношення між дискретними явищами, що характеризують функцію системи без урахування

її структури. Можливими є моделі різної складності: моделі, що відображають залежності дискретних входів і виходів цілої системи, що розглядається як чорний ящик, та ієрархічні моделі, в яких представлені не лише загальні для системи входи і виходи, а й дискретні функції внутрішніх підсистем, які в разі інтеграції визначають цілісну поведінку. Деталізація функцій, виділення декількох рівнів, розчленування енергетичних та інформаційних потоків, прив'язка до внутрішніх структурних елементів, уведення імовірнісних оцінок і зворотних зв'язків хоча певним чином і ускладнює моделі даного типу, втім наближає до розкриття сутності системи.

Структурні моделі – будуються на базі внутрішньої структури системи і відображають один або декілька ієрархічних рівнів (елементи, підсистеми, зв'язки). До структури прив'язуються безперервні й дискретні зміни часткових функцій, з яких розраховуються сумарні функції системи як цілого. Модель являє собою пласку або просторову мережу, що відображає робочі й управляючі елементи системи. Структурні моделі краще придатні для вираження сутності систем, однак складність розрахунків не дозволяє починати моделювання з низьких структурних рівнів і змушує обмежуватися відображенням окремих підсистем і приватних функцій.

Алгоритм застосування кібернетичного підходу можна подати через послідовне визначення його елементів [1, с. 447].

Визначення мети управління. Вона виражається моделями висхідного, проміжного і кінцевого стану системи. Мету встановлює людина, а кількісні динамічні моделі одного з типів записуються до пам'яті комп'ютера або виражаються аналоговою моделлю. Ці моделі дозволяють прогнозувати природні зміни системи за різних висхідних умов.

Перерахування засобів управління з програмами їх впливу на елементи системи. Наприклад, перелік засобів фізичного впливу на порушника правопорядку із зазначенням механізму дії у вигляді зміни поведінки на правомірну.

Складання алгоритму управління. Розрахунок за моделюю зміни системи в часі за різних управляючих впливів і вибір оптимальної стратегії і тактик управління для досягнення мети. Прийняття рішення й уточнення програми управління. Наприклад, вибір методів впливу під час масових заворушень за критеріями ефективності залежно від висхідного стану заворушень, загальної оперативної обстановки в місті події і програма послідовності застосування засобів.

Контроль виконання програми управління. Він передбачає систему зворотних зв'язків, оцінку стану системи на проміжних стадіях і корекцію управляючих впливів залежно від ефекту управління. Це є ключовим моментом, оскільки можливі лише ймовірнісні моделі, що не дозволяють однозначно передбачити її реакції на управління.

Важливого значення набуває застосування **системного підходу**, за якого уможливлюється розглянути предмет дослідження як певну систему, що складається із сукупності елементів та зв'язків між ними, які у своїй органічній єдності утворюють нову якість.

Застосування даного підходу знаходить своє відображення в численних дослідженнях. Зокрема, його активно використано в роботах В.А. Ліпкана, який запропонував розглядати систематизацію інформаційного законодавства як систему, що складається з таких органічно поєднаних елементів, як інкорпорація, консолідація та кодифікація [5; 6; 7], а інформаційну політику держави – як складну систему, що пов'язує між собою однорідні суспільні відносини у сфері інформації [8; 9].

Даний метод також заходить своє відображення в роботах В.С. Цимбалюка стосовно формування теоретично-правових засад щодо предмета, методу та системи інформаційного права як основи формування теорії кодифікації законодавства про інформацію, а також щодо формування системи галузевого законодавства України стосовно інформації [10; 11].

З використанням методології системного підходу досліджувалися статичні, динамічні, структурні компоненти, онтогенетичні зв'язки та властивості кібернетичних відносин, їхні внутрішні та зовнішні вияви, а також рівень інформаційної взаємодії з інформаційним середовищем.

До основних методологічних положень *системного підходу* під час дослідження проблематики кібернетичної безпеки і відповідних відносин у рамках реалізації кібербезпекової політики належать:

– кібернетичні відносини та окремі їхні компоненти розглядаються як системи (підсистеми); вони повинні мати цілісний характер, що зумовлює їх виокремлення із зовнішнього середовища, бути об'єднані сталими кібернетичними зв'язками. Відповідно, кібербезпекова політика інтерпретується як багатошарова, комплексна, узгоджена за метою, завданнями та принципами діяльність відповідних суб'єктів національної системи кібербезпеки;

– елементи системи взаємопов'язані між собою так само, як і кожне явище з множиною інших явищ (систем), причому властивості елементів (підсистем) залежні від властивостей цілого, частиною якого вони є, тому забезпечення кібернетичної безпеки впливає та зумовлює реалізацію державної кібербезпекової політики, оскільки усвідомлюється залежно від особливостей його взаємодії з іншими складниками певних системних утворень – іншими видами кібернетичних відносин, – як залежне від своєрідності природи тієї чи іншої системи, що завдає як певний ракурс його вивчення, так і відповідні властивості;

– кожний вид суспільних відносин має динамічну природу, тому і кібернетичним відносинам властиві такі ознаки системності, як процеси виникнення, становлення, розвитку, зміни та припинення існування;

– функціонування та розвиток кібернетичних відносин здійснюється в результаті кібернетичної взаємодії із зовнішнім середовищем за домінування внутрішніх закономірностей над зовнішніми чинниками та закономірностями. Це означає, що сталість елементів зсередини системи кібернетичних відносин, рівень зв'язків між елементами є вищі за рівень зв'язку будь-якого елемента з елементами іншої системи, наприклад, інших суспільних відносин. Саме цим і зумовлюється формування кібермови, в тому числі особливостей її конотації, кіберкультури та кіберсоціуму.

Зважаючи на складність та новизну кібернетичних правовідносин, не можна було залишити осторонь **матричний підхід.** У теорії інформаційного права такий методологічний підхід був запозичений із правової інформатики і найбільше використовується в роботах українського вченого В.С. Цимбалюка. У своїх роботах науковець застосовує матричний підхід моделювання інститутів правового регулювання для визначення меж його застосування щодо структуризації загальновизнаних у теорії, практиці окремих інститутів інформаційного права, в тому числі тих, що знайшли відображення у спеціальних юридичних законах за загальною, особливою та спеціальною частинами цього права, що в перспективі має екстраполюватися на структуру проекту Кодексу України про інформацію [10]. Проте В.С. Цимбалюк не зовсім чітко формулює зміст даного підходу, алгоритм його наукового застосування, а також можливі та прогнозовані наслідки у вигляді

очікуваних результатів, порівнюючи його лише з методом формування таблиці Д.І. Менделєєва.

Проведені нами дослідження дають змогу констатувати, що матричний підхід був запозичений інформатикою з математики, зокрема з алгебри, і розвинутий в аналітичній геометрії. Він активно використовується для потреб формування і дослідження економічних моделей [12, с. 9–22]. Цей підхід був адаптований інформатикою до структуризації кібернетичних процесів у соціальних системах для їх формалізації з метою автоматизації із застосуванням комп'ютерних кібернетичних технологій. У математиці матрицею називають прямокутні таблиці чисел, що мають відповідні рядки та стовпчики векторів, що аналізуються, по горизонталі, вертикалі, діагоналях тощо.

Стосовно ж нашого дослідження, то *матричний підхід* ми інтерпретуємо як стандартний спосіб структурування зібраних даних на основі моделі «об'єкт – ознака». Кожний об'єкт аналізу характеризує свій ряд, а кожну ознаку – свій стовпчик. Відповідно до *матричного підходу* становлення та розвиток кібернетичних відносин для будь-якого соціального явища за багатокритеріальними параметрами безпеки має як безсумнівно позитивні, так і певні негативні наслідки.

З одного боку, як *позитив* – комп'ютерні технології пришвидшили можливості створення, передачі, оброблення, отримання (доступу), захисту і створення значного обсягу інформації. *З іншого* – занепокоєння викликають такі тенденції: поширення фактів протизаконного збору і використання інформації; несанкціонований доступ до кібернетичних ресурсів держав; недостатній рівень захисту персональних даних; незаконне копіювання інформації в електронних системах; незаконний доступ до персональних даних та інформації на серверах, що розташовані в інших країнах; викрадення інформації з електронних бібліотек, архівів, банків і баз даних; порушення технологій обробки інформації; використання хакерами комп'ютерних програм-вірусів, що призводить до знищення та неконтрольованої власником інформації модифікації даних у кібернетичних системах; протиправне перехоплення інформації в технічних каналах, її витік; маніпулювання суспільною та індивідуальною свідомістю тощо [13, с. 1].

Отже, *спроба регулювати існуючі кібервідносини – це завжди за фактом констатація минулого*. Нині кіберпростір за своїм розвитком випереджає реальність, тому і намагання держави якимось чином регулювати дані процеси має будуватись на прогнозних моделях і *сценарному підході* й не описувати нові явища за допомогою лише застарілих матриць на кшталт суб'єкт-об'єктних відносин.

Наше бачення і тверда наукова позиція стоять на тому підґрунті, що наука і її цінність полягає в передбаченні й формуванні прогнозних моделей і сценаріїв розвитку різноманітних подій із відповідними механізмами реагування держави. За такого підходу ми не відстаємо, ми не реагуємо, а діємо проактивно, адже за даного випадку ми формуємо майбутнє і реальність, і штучний інтелект приходить *до нас* у світ і буде функціонувати *за нашими правилами*.

За іншого випадку створення штучного кіберпростору призведе до можливої конкуренції кіборгів та людини через неефективність управління людиною тими чи іншими ресурсами. Звичайно, що людина дану конкуренцію програє, адже вона керується не завжди розумом, а й емоціями, уподобаннями, традиціями, національними та культурними звичаями тощо. А головне: людина втомлюється – навчатися, працювати, самовдосконалюватися. Чого не можна сказати про штучний інтелект.

Загалом, необхідно констатувати, що кібернетика на даному етапі відкриває цілу низку непересічних можливостей для інтенсифікації тієї чи іншої професійної діяльності, для необмеженого розширення можливостей людського розуму та розвитку штучного інтелекту. Такі науки, як: *нейробіоніка* (наука на стику біологічної і технічної кібернетики, що досліджує закономірності використання моделей біологічних процесів у техніці), *нейрокібернетика* (наука, в рамках якої досліджуються закономірності моделювання процесів перероблення інформації в нервовій системі – від нейрона до організму в цілому) та *біоінформатика,* стануть основою майбутнього знання коеволюції людини та штучного інтелекту.

У статті пропонуються до розгляду авторські результати формування методології дослідження кібербезпекової політики шляхом застосування кібернетичного, системного та матричного підходів. У рамках кібернетичного підходу виокремлено три компоненти кібернетики: теоретична кібернетика, яка досліджує філософські й математичні проблеми кібернетики; технічна кібернетика – досліджує принципи розроблення технічних систем, фактично будови кіберпростору; прикладна кібернетика – досліджує можливості використання ідей, методів і технічних засобів кібернетики для вирішення практичних завдань у різних сферах життєдіяльності людини. Запропоновано алгоритм застосування кібернетичного підходу через послідовне визначення таких його елементів: визначення мети управління (виражається моделями висхідного, проміжного і кінцевого стану системи; мету встановлює людина, а кількісні динамічні моделі одного з типів записуються до пам'яті комп'ютера або виражаються аналоговою моделлю); перерахування засобів управління з програмами їх впливу на елементи системи; складання алгоритму управління (розрахунок за моделюю зміни системи в часі за різних управляючих впливів і вибір оптимальної стратегії і тактик управління для досягнення мети; прийняття рішення й уточнення програми управління); контроль виконання програми управління (система зворотних зв'язків, оцінка стану системи на проміжних стадіях і корекція управляючих впливів залежно від ефекту управління). З використанням методології системного підходу проаналізовано статичні, динамічні, структурні компоненти, онтогенетичні зв'язки та властивості кібернетичних відносин, їхні внутрішні та зовнішні вияви, а також рівень інформаційної взаємодії з інформаційним середовищем. Розглянуто трактування матричного підходу як стандартного способу структурування зібраних даних на основі моделі «об'єкт – ознака». Висновується, що наука і її цінність полягає в передбаченні й формуванні прогнозних моделей і сценаріїв розвитку різноманітних подій із відповідними механізмами реагування держави. За такого підходу ми не відстаємо, ми не реагуємо, а діємо проактивно, адже в даному випадку ми формуємо майбутнє і реальність, і штучний інтелект приходить до нас у світ і буде функціонувати за нашими правилами.

Ключові слова: кібернетика, кібербезпекова політика, кібербезпека, штучний інтелект, кіберпростір.

Diorditsa I. Cybersecurity policy research methodology: cybernetic, system and matrix approaches

The author's results of formation of methodology of research of cybersecurity policy by application of cybernetic, system and matrix approaches are offered for

consideration in the article. Within the framework of the cybernetic approach, three components of cybernetics have been identified: theoretical cybernetics – which explores the philosophical and mathematical problems of cybernetics; technical cybernetics – explores the principles of development of technical systems, in fact the structure of cyberspace; applied cybernetics – explores the possibilities of using ideas, methods and technical means of cybernetics to solve practical problems and various spheres of human life. An algorithm for applying the cybernetic approach through the sequential definition of its following elements is proposed: definition of the control goal (expressed by models of ascending, intermediate and final state of the system; the goal is set by a person, and quantitative dynamic models of one type are written to computer memory or expressed by analog model); transfer of control means with programs of their influence on system elements; compilation of control algorithm (calculation by modeling changes in the system over time under different control influences and selection of optimal management strategies and tactics to achieve the goal; decision-making and refinement of the control program); control of the implementation of the control program (feedback system, assessment of the state of the system at intermediate stages and correction of control effects depending on the control effect). Using the methodology of the systems approach, static, dynamic, structural components, ontogenetic connections and properties of cybernetic relations, their internal and external manifestations, as well as the level of information interaction with the information environment are analyzed. The interpretation of the matrix approach as a standard way of structuring the collected data on the basis of the «object – feature» model is considered.

Key words: cybernetics, cybersecurity policy, cybersecurity, artificial intelligence, cyberspace.

Література

1. Энциклопедия кибернетики : в 2 т. Киев : Главная редакция Украинской советской энциклопедии, 1974. Т. 1. 608 с.

2. Винер Н. Кибернетика или управление и связь в животном и машине. Москва : Наука, 1983. 343 с.

3. Эшби У. Росс. Введение в кибернетику. Москва : Иностр. лит., 1959. 432 с.

4. Винер Н. Кибернетика или управление и связь в животном и машине ; под ред. Г.Н. Поварова ; пер. с англ. И.В. Соловьёва. Москва : Советское радио, 1958. 215 с.

5. Ліпкан В.А., Дімчогло М.І. Консолідація інформаційного законодавства України : монографія ; за заг. ред. В.А. Ліпкана. Київ : О.С. Ліпкан, 2014. 416 с.

6. Ліпкан В.А., Залізняк В.А. Систематизація інформаційного законодавства України : монографія / за заг. ред. В.А. Ліпкана. Київ : О.С. Ліпкан, 2012. 304 с.

7. Ліпкан В.А., Череповський К.П. Інкорпорація інформаційного законодавства України : монографія / за заг. ред. В.А. Ліпкана. Київ : О.С. Ліпкан, 2014. 408 с.

8. Ліпкан В.А., Сопілко І.М., Кір'ян В.О. Правові засади розвитку інформаційного суспільства в Україні : монографія ; за заг. ред. В.А. Ліпкана. Київ : О.С. Ліпкан, 2015. 664 с.

9. GOAL. Глобальна організація союзницького лідерства. URL: http://goal.int.org.

10. Цимбалюк В.С. Інформаційне право (основи теорії і практики) : монографія. Київ : Освіта України, 2010. 388 с.

11. Цимбалюк В.С. Інформаційне право : концептуальні положення до кодифікації інформаційного законодавства. Київ : Освіта України, 2011. 426 с.

12. Высшая математика для экономистов : учебник для вузов / Н.Ш. Кремер и др. ; под ред. Н.Ш. Кремера. 2-е изд, перераб.и доп. Москва : Банк и биржа ; ЮНИТИ, 1998. 471 с.

13. Максименко Ю.Є. Теоретико-правові засади забезпечення інформаційної безпеки України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2007. 20 с.

УДК 347.942/943
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1974

К. Дрогозюк,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

СПОСОБИ ФІКСАЦІЇ ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ, ОТРИМАНИХ ІЗ СОЦІАЛЬНИХ МЕРЕЖ, У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Зазвичай люди використовують соціальні мережі для задоволення своїх інтересів і потреб. Проте існують випадки, коли публікація чи коментар порушує права іншої особи або навпаки – компрометує свого власника. У такому випадку особа має право звернутися до суду за захистом своїх законних прав та інтересів. Разом із тим постає важливе питання: як правильно вилучити та зафіксувати таку публікацію з метою її використання як доказу в суді?

Основною метою фіксації електронних доказів є отримання належних і допустимих доказів, які можуть бути використані в суді. Водночас відповідне питання так і не знайшло належного законодавчого регулювання в Україні. Зокрема, законодавством не встановлений чіткий перелік можливих способів фіксації змісту вебсторінок в Інтернеті, а також не встановлена допустимість альтернативних способів фіксації електронних доказів, коли їх оригінал змінюється чи перестає існувати. З огляду на це існує необхідність аналізу як законодавчо визначених, так і альтернативних способів фіксації електронних доказів.

Оцінка стану літератури. Питанню дослідження електронних доказів були присвячені праці С.Л. Галушкиної, С.О. Ємельянчик, А.Ю. Каламайко, О.М. Лазько, Г.З. Огнев'юк, О.П. Радкевич, Д.К. Фартушної, Д.М. Цехан, А.С. Штефан, Ю.С. Павлової, В.С. Петренко тощо. Однак ґрунтовних спеціалізованих досліджень проблеми фіксації електронних доказів, отриманих із соціальних мереж, вітчизняними науковцями проведено ще не було.

Метою статті є визначення можливих способів належної фіксації електронних доказів, отриманих із соціальних мереж, а також аналіз судової практики щодо використання відповідних доказів у цивільному судочинстві.

Виклад матеріалу. Соціальні мережі займають все більше місця в повсякденному житті. Майже кожна особа має свою сторінку у Facebook, Instagram, TikTok та Twitter, що зумовило появу і законодавчого визнання електронних доказів як самостійного засобу доказування, що є позитивним зрушенням у правовому регулюванні та захисті прав, свобод та інтересів в умовах сучасної тенденції розповсюдження інформації.

Для української правової системи інститут електронних доказів не є новим. Об'єкти, що відносяться до відповідних доказів, використовувалися в цивільному судочинстві й раніше: електронні документи та роздруківки сторінок вебсайтів розглядалися як письмові докази, а магнітні, електронні та інші носії інформації належали до речових доказів.

Разом із тим в учасників справи часто виникає потреба у фіксації

© К. Дрогозюк, 2020

конкретного змісту інформації, яка міститься в соціальних мережах, оскільки вона може бути видалена або змінена автором.

Серед *способів фіксації* електронних доказів, отриманих із соціальних мереж, *встановлених у законодавстві України,* можна виокремити:

1) огляд доказів судом за їх місцезнаходженням (огляд аккаунту в соціальних мережах або інших місць збереження даних в Інтернеті);

Відповідно до ч. 7 ст. 85 ЦПК суд за заявою учасника справи чи з власної ініціативи може оглянути вебсайт (сторінку), інші місця збереження даних в Інтернеті з метою встановлення та фіксування їх змісту. Нині відомо чимало прикладів, коли під час розгляду цивільної справи суди здійснювали огляд соціальних мереж та фіксували зміст розміщеної в них інформації.

Так, у Постанові Шостого апеляційного адміністративного суду від 19.03.2019 р. у справі № 826/18174/16 негативні висловлювання в Twitter стали підставою для рішення про відмову у визнанні позивача біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту [1].

В ухвалі Апеляційного суду м. Києва у справі № 757/16817/16 від 17.05.2017 р., спростовуючи доводи відповідача про його скрутне майнове становище, суд послався на роздруківку аккаунту відповідача із соціальної мережі, з якої вбачається, що останній багато подорожує [2].

Огляд вебсайту здійснюється в загальному порядку, передбаченому для огляду доказів за їх місцезнаходженням, тобто з обов'язковим повідомленням учасників справи про огляд вебсайту. Неявка учасників провадження не перешкоджає огляду вебсайту, однак неявка одного з них є підставою для обов'язкового здійснення відеофіксації огляду технічними засобами [3, с. 158].

Сутність цього способу полягає в тому, що огляд електронного доказу виступає як самостійна процесуальна дія, під час вчинення якої суд здійснює безпосереднє дослідження оригіналу електронного доказу з подальшою фіксацією результатів такої процесуальної дій на окремому носії. За участю учасників справи суддя оглядає зміст та форму електронного доказу, його властивості та індивідуальні ознаки, оформлює результати огляду в окремий протокол, у межах якого перелічує всі вчинені процесуальні дії. Такий протокол підписується всіма учасниками огляду.

Судова практика останніх років свідчить про те, що суди також задовольняють клопотання про забезпечення доказів шляхом *огляду листування сторін у мобільних месенджерах*, обґрунтовуючи це, зокрема, загальновідомими особливостями їх функціонування (наприклад, WhatsApp, Viber), відповідно до яких абонент у будь-який час може видалити написане ним текстове повідомлення, після чого останнє не буде доступне для перегляду іншому абоненту, який брав участь у листуванні [4]. Однак з моменту винесення такої ухвали до моменту огляду відповідного пристрою (наприклад, смартфону) заінтересована особа може видалити свої повідомлення, що унеможливить ознайомлення суду з їхнім змістом. У деяких випадках *експерт із застосуванням спеціального програмного забезпечення* може відновити видалені відомості. Так, повідомлення, надіслані з використанням засобів мобільного зв'язку, можуть протягом певного часу зберігатися в оператора мобільного зв'язку.

Реалізація відповідного способу фіксації електронних доказів не створює складності для суду, тим більше, що у разі необхідності залучений спеціаліст надасть необхідну допомогу для огляду сайту.

2) залучення спеціаліста з метою фіксування електронних доказів. У деяких випадках докази існування інформації, яка пізніше була видалена

користувачем соціальної мережі, можна отримати з інших джерел. Так, у Рішенні Святошинського районного суду м. Києва від 14.09.2017 р. у справі № 759/13029/16-ц зазначено, що позивач опублікував допис на своїй сторінці у Facebook, а відповідач із власної сторінки розмістив до цієї публікації три коментаря, які, на думку позивача, містять недостовірну інформацію. На підтвердження цього факту позивач надав скріншот сторінки своєї електронної пошти. Заперечуючи проти позову, відповідач зазначив, що він не додавав коментарів до зазначеного допису позивача, окрім того, до вказаної публікації позивача немає жодних коментарів не лише від відповідача, а й від будь-яких інших осіб. Суд установив, що надані позивачем докази є неналежними та недопустимими, адже не доводять факт розміщення саме відповідачем відповідної інформації на офіційній сторінці позивача у Facebook, а також не дають можливості ідентифікувати особу, яка таку інформацію нібито розмістила. Додавання відповідачем коментарів до посту позивача не здійснювалося, що підтверджено відповідачем у судовому засіданні. У задоволенні позову було відмовлено [5].

У цій справі необхідно було залучити спеціаліста, який пояснив би, що згідно зі стандартними налаштуваннями аккаунту користувача на його електронну пошту надходитимуть листи-повідомлення щодо кожної дії, вчиненої у Facebook стосовно цього користувача. Навіть якщо коментарі відповідача були видалені самим відповідачем, листи від системи Facebook підтверджують, що коментарі певного змісту до певної публікації існували.

3) проведення експертного дослідження відповідними судовими експертами за експертизою 10.17 «дослідження телекомунікаційних систем (обладнання) та засобів». Статтею 102 ЦПК України передбачається такий вид доказів, як висновок експерта. За умови, якщо встановлення та фіксування змісту електронного доказу потребує спеціальних знань і не може бути здійснено судом самостійно або із залученням спеціаліста, суд для досягнення цієї мети може призначити експертизу для встановлення та фіксування змісту вебсайту (сторінки), інших місць збереження даних в Інтернеті (ч. 8 ст. 85 ЦПК).

Наразі відповідна судова експертиза здійснюється за допомогою Науково-дослідного центру судової експертизи з питань інтелектуальної власності при Міністерстві юстиції України. Можливість проведення комп'ютерно-технічної та телекомунікаційної експертиз передбачена «Інструкцією про призначення та проведення судових експертиз і експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень», затвердженою наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 р. № 53/5.

Зокрема, п. 3.16 Інструкції передбачено, що для розв'язання ідентифікаційних завдань щодо документів, виготовлених за допомогою комп'ютерної техніки, проводиться комплексна комп'ютерно-технічна експертиза та технічна експертиза документів [6]. Для проведення такої експертизи потрібен доступ до оригіналу сторінки, яка зберігається на сервері. Проте навіть у разі ідентифікації сервера, на якому знаходиться певна сторінка, може виявитися, що він знаходиться на території іншої держави, що практично унеможливлює доступ експерта до сервера. Також не існуватиме достатніх підстав для вилучення жорсткого диску із сервера для передачі його експерту.

Сама по собі експертиза є складною процесуальною дією, яка вимагає значного об'єму часу та витрат, більш того, для встановлення факту використання електронної пошти та її змісту, розповсюдження недостовір-

ної інформації в Інтернеті, порушення умов договору щодо створення, модифікації Інтернет-магазинів, сайтів тощо необхідності вилучення технічних носіїв, на яких розміщена електронна інформація (серверів Інтернет-провайдерів). З практичної точки зору в межах цивільного судочинства це є майже неможливим, а тому проведення експертизи важко назвати ефективним способом збирання електронних доказів [11].

Коли допис чи коментар у соціальній мережі були змінені, деякі соціальні мережі дають можливість переглянути історію редагування і побачити всі зміни, внесені в допис чи коментар. Однак видалення фотографії, відео, посту чи коментаря із соціальної мережі часто має своїм наслідком неможливість відновлення видаленої інформації. Разом із тим більшість сторінок у соцмережах «прив'язуються» до номерів телефонів чи електронної пошти, що також полегшує процедуру доведення. Експерт може визначити, до якого номера або електронної пошти «прикріплений» аккаунт.

Під час використання соціальних мереж існує можливість пов'язувати свої аккаунти, використовуючи інформацію з однієї соцмережі для входу в іншу. Так, однією із функцій Viber, яка полегшує ідентифікацію особи, є використання даних зі сторінки у Facebook. Тобто пов'язати між собою ці аккаунти й довести, що їх використовує одна і та ж особа, легше, оскільки розміщена інформація в них буде однакова.

Так, Дарницький районний суд міста Києва в рішенні від 28.04.2017 р. по справі № 753/21759/16 вказав, що «надані представником позивача роздруківки зі сторінки в соціальній мережі не є допустимими доказами, оскільки їх дійсність неможливо перевірити. У зазначених соціальних мережах будь-яка особа може створити сторінку під будь-яким іменем [8], а позивачем не надано жодних доказів того, що вказана інформація поширена саме відповідачами». Апеляційний суд м. Києва ухвалою від 26 червня 2017 року залишив рішення в силі [9], а Касаційний цивільний суд Верховного Суду залишив касаційну скаргу без задоволення [10].

У таких випадках суди, як правило, *залучають Консорціум «Український центр підтримки номерів та адрес»,* який здійснює проведення фіксації та дослідження змісту вебсторінок в Інтернеті з видачею експертних висновків, а також видачі довідок з відомостями про власників вебсайтів або інформацію про їх встановлення. Компетенція консорціуму підтверджується Свідоцтвом про акредитацію, виданим 22.11.2017 р. ОП «Український мережевий інформаційний центр», яким відповідно до розпорядження Кабінету Міністрів України від 22.07.2003 р. № 447-р «Про адміністрування домену «.UA» та ст. 56 Закону України «Про телекомунікації» уповноважено здійснювати адміністрування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет [11].

4) проведення протоколу огляду вебсайту адвокатом на підставі його професійного права на збирання відомостей про факти, що можуть бути використані як докази. Відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» адвокат під час здійснення адвокатської діяльності має право вчиняти будь-які дії, запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їх копії, ознайомлюватися з ними та опитувати осіб за їхньою згодою, збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази. Таким чином, на підставі статті даного Закону адвокат як уповноважений суб'єкт може збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази.

Для цього складається акт огляду сторінки в соціальній мережі й до нього додаються фотографії, що підтверджують факт публікації. Він

обов'язково має зафіксувати час складання акта, назву сайту та його адресу, назву матеріалів і роздрукувати публікацію. Безумовно, потрібно, щоб свідки зазначили час вироблення фотографії та адресу здійснення фотографування. Можна додати відеозапис та роздруківку сторінки, записати це на диск і таким чином зберегти первинні зразки сторінки в електронному вигляді.

5) *подання паперової копії електронного доказу або роздруківки вебсторінки (скріншот), посвідченої в порядку, передбаченому законом*. Найпоширенішим способом збирання та процесуального закріплення електронних доказів є трансформація таких доказів у паперові документи. Сутність цього способу фіксації електронних доказів полягає в переведенні електронної інформації у форму, доступну для сприйняття та її дослідження без залучення спеціальних технічних засобів. Використання скріншотів існувало до прийняття Закону України № 2147-VIII від 3 жовтня 2017 р. Так, у попередній редакції ЦПК України допускалася подача електронних документів у вигляді їх засвідчених копій на паперових носіях, що підпадало під ознаки письмових доказів.

Учасники цивільних справ роздруковували сторінки із соціальних мереж, договори, укладені шляхом електронного листування, іншу електронну інформацію на письмових носіях, засвідчували такі документи власноручним підписом та надавали до суду у вигляді роздруківок. Однак відсутність нормативного врегулювання такого способу збирання електронних доказів зумовлювала проблему дослідження роздруківок на предмет їх допустимості, зокрема відповідність наданої копії оригіналу електронного доказу, доведення авторства електронної інформації певній особі, цілісність відомостей електронного доказу тощо. Також відповідний доказ легко ставився під сумнів шляхом подання іншою стороною аналогічної роздруківки з іншим змістом.

При цьому суд не мав процесуальної можливості дослідити оригінал електронного доказу без його залучення безпосередньо до матеріалів справи. У випадку отримання доказової інформації з Інтернету залучення оригіналу такого доказу до матеріалів справи було майже неможливим, через що захист порушених прав фактично був ускладнений через недоліки процесуального порядку розгляду цивільних справ [3, с. 149].

Із набранням чинності Законом України № 2147-VIII від 03 жовтня 2017 р. подання електронного доказу на паперових носіях було закріплено на законодавчому рівні (ч. 3 ст. 100 ЦПК України).

Потрібно підкреслити, що в ч. 3 ст. 100 ЦПК України окрема увага приділена тому, що паперова копія електронного доказу має бути посвідчена в порядку, передбаченому законом. Проблема застосування цієї норми полягає в тому, що законодавчий порядок посвідчення паперових копій електронних доказів відсутній [3, с. 151]. З урахуванням цього вдається, що проста роздруківка електронного доказу не може бути достатньою для подання такого засобу доказування до суду, що підтверджує і судова практика.

Так, Волинський апеляційний суд у судовій справі № 157/1158/18 погодився з місцевим судом, який, дійшовши висновку, не звернув уваги на те, що банком, в порушення частини першої ст. 81 ЦПК України на підтвердження укладення договору про надання послуг між відповідачем та готелем, будь-яких доказів надано не було, а надане позивачем зображення скріншоту з вебсайту «Booking.com» не є підтвердженням існування між позивачем та готелем договірних відносин, що в даному випадку виключає дію пункту 1.1.3.1.6. Умов та правил надання банківських послуг у Приватбанку та свідчить про непра-

вомірність дій банку щодо списання грошових коштів із картрахунку відповідача [12].

Відповідно до ст. 100 ЦПК України можна вважати, що скріншот є копією електронного доказу, оригінал якого в певний момент часу виводився на екран монітора. Таким чином, крім власне візуалізації, скріншот повинен мати дату і час його формування і веб-адресу візуалізації, відображеної на ньому.

6) *фіксація контенту, що міститься на вебсайті, шляхом його збереження на відповідних носіях (CD, DVD, магнітні диски тощо)*. Від попереднього способу відрізняється лише об'єктивною формою існування результатів фіксації. За своєю суттю так само являє фактично роздруківку вебсторінки.

Серед *альтернативних способів фіксації електронних доказів* варто виокремити такі:

1) *протокол огляду вебсторінки нотаріусом*. Наразі українські нотаріуси відмовляють у здійсненні протоколу огляду вебсторінки через відсутність такої нотаріальної дії в Законі України «Про нотаріат» та в Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

Втім, відповідно до ст. 6. Угоди «Про порядок вирішення спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності» від 20.03.1992 р., сторонами яких є Україна, Білорусь і Російська Федерація, документи, які на території однієї з Договірних Сторін видані або засвідчені компетентною установою або спеціально на те уповноваженою особою в межах його компетенції та за встановленою формою і скріплені гербовою печаткою, приймаються на територіях інших Договірних Сторін без будь-якого спеціального посвідчення.

Так, відповідно до ч. 2. ст. 96-2, ст. 96-4 Закону Республіки Білорусь «Про нотаріат і нотаріальну діяльність» нотаріуси республіки Білорусь наділені повноваженнями із забезпечення письмових доказів, а інформація, розміщена в мережі Інтернет та отримана в результаті проведення нотаріусами огляду вебсторінок, відноситься до письмових доказів.

Досить тривалий час у науці цивільного процесуального права оговорюється можливість залучення нотаріуса до збирання електронних доказів. У зв'язку із цим пропонується замість вжиття в ст. 100 ЦПК України посилань на необхідність засвідчення копій електронних доказів у порядку, передбаченому законом, який, як уже зазначалось вище, відсутній, запровадити можливість посвідчення таких копій у нотаріальному порядку.

Так, 17 квітня 2018 р. у Верховній Раді України був зареєстрований законопроект № 8281 «Про внесення змін до статті 100 Цивільного процесуального кодексу України (щодо засвідчення копій електронних доказів)», відповідно до якого запропоновано внести зміни в статтю 100 Цивільного процесуального кодексу України, а саме в частині третьої слова «посвідчених у порядку, передбаченому законом» замінити словами «посвідчених у нотаріальному порядку» [13].

Залучення нотаріусів до засвідчення копій електронних доказів полягає в запровадженні та нормативному визначенні окремих видів нотаріальних дій в електронному вигляді, а саме: фіксації і посвідчення авторства, інформації, яка міститься на сайтах, Інтернет-сторінках, відправки електронних листів тощо. Сутність змісту електронних доказів посвідчувалася б незалежним учасником цивільно-правових відносин, який наділений спеціальною компетенцією забезпечувати достовірність юридичних фактів. А з огляду на відсутність особистої зацікавленості у нотаріуса та наявності спеціальної компетенції в суду було б досить підстав уважати такий доказ допустимим та використовувати його під час розгляду справ [3, с. 169].

2) проведення відеозапису процесу дослідження огляду соціальних

мереж будь-якою заінтересованою особою. Норми цивільного процесуального законодавства не передбачають можливості використання як доказу відеозапису огляду сайту, хоча він міг би слугувати засобом установлення обставин справи у разі внесення змін у спірну інформацію, видалення цієї інформації чи видалення сторінки в цілому. Однак, незважаючи на те, що в такому відеозаписі буде зафіксований зміст вебсайту чи аккаунту, їх оригінал змінюється або перестає існувати. Відповідно, результати огляду сайту чи сторінки судом покажуть інше змістовне наповнення, ніж містить відеозапис.

У п. 46 Постанови Пленуму ВГС України від 17.10.2012 р. № 12 вказується на можливість проведення відео-, аудіозапису процесу дослідження будь-якою заінтересованою особою сайту, стосовно якого є відомості використання його з порушенням авторських чи суміжних прав. Такий запис, здійснений на електронному чи іншому носії (жорсткому диску комп'ютера, дискеті, диску для лазерних систем зчитування, іншому носії інформації), подається до суду із зазначенням того, коли, ким і за яких умов цей запис здійснено і може бути речовим доказом у справі.

3) допомога приватних компаній, які здійснюють фіксацію інформації, розміщеної на вебсторінках, станом на дату архівації (наприклад, *сервісу InternetArchive, WaybackMachine)*. Так, вищезазначені сервіси здійснюють фіксацію змісту окремих вебсторінок як в автономному режимі, так і на вимогу користувача. Зазначений сервіс має статус бібліотеки і підпорядкований праву США. Він надає можливість ознайомитися зі змістом збереженої в архіві сторінки, якщо сама сторінка була змінена чи видалена.

Існують певні технічні обмеження такої фіксації змісту вебсторінки: так, не зберігаються об'єкти, розмір яких більше 10 МБ, не зберігаються сторінки з обмеженим доступом (наприклад, закриті аккаунти). Тобто архівування аккаунтів у соціальних мережах не завжди відображатиме повний зміст сторінки: якщо в налаштуваннях конфіденційності вибрано, що публікації користувача можуть бачити тільки друзі цього користувача, в архіві буде збережена лише та частина сторінки, яка містить публікації користувача, відкриті для всіх. Крім того, на вимогу власника вебсайту дані з цього веб-архіву видаляються.

Здебільшого такі відомості суди приймають як належний та допустимий доказ. Так, наприклад у Рішенні Солом'янського районного суду м. Києва від 23.03.2016 р. у справі № 760/19611/15-ц вказано, що з огляду на відсутність доступу до оригінальної сторінки експертом було здійснено пошук та виявлено копію сторінки, збережену сервісом Internet Archive. Таким чином, доступ до матеріалу, який містить недостовірну інформацію негативного характеру про позивача та завдає шкоди його немайновим правам, визнався судом відкритим для необмеженого кола осіб – користувачів мережі Інтернет. З урахуванням цього суд частково задовольнив позов про захист честі, гідності, ділової репутації та спростування недостовірної інформації [14].

Проте питання щодо належності й допустимості таких сервісів залишається дискусійним. Суди інколи відмовляють у задоволенні клопотання про долучення до матеріалів справи «матеріалів фотофіксації в цифровій формі – вебсторінки сайту організатора аукціону в html форматі, яка збережена та зафіксована станом на 18.08.2017 р. за допомогою «Internet Archive: Wayback Machine»», на підставі того, що сторона «не надала суду докази достовірності доказів – «матеріалів фотофіксації в цифровій формі – вебсторінки сайту організатора аукціону в html форматі, яка збережена та зафіксована станом на

18.08.2017 р. за допомогою «Internet Archive: Wayback Machine»» [15].

4) запит до провайдера на отримання довідки – log-файлу. Log-файл – це документ із послідовним записом всіх подій, що відбуваються на вебсайті або віддаленому сервері. Він містить дані користувача з приводу розміщення інформації. Однак зміст такої інформації може різнитися в залежності від налаштувань хостингу. Крім того, такі файли фіксують тільки ім'я файлу, а не його зміст. Якщо певна інформація була розміщена на сторінці в соціальній мережі, а потім видалена, всі ці дії можуть бути записані в log-файлі. Однак якщо провайдер знаходиться в іншій країні, отримати таку довідку буде складно.

Сутність цього способу збирання доказів полягає в тому, що будь-яка інформація, яка передається за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем, зберігається на спеціальних технічних носіях серверах, та у спеціальному вигляді log-файлі. Інтернет-провайдери та інші суб'єкти, які беруть участь у процесі інформаційно-телекомунікаційної передачі даних, та у фактичному володінні яких знаходяться сервери, мають можливість вилучити необхідні log-файли, засвідчити їхній зміст та надати до суду [7, с. 79]. Такий спосіб збирання доказів можливо би було використовувати в порядку застосування ст. 133 ЦПК України й забезпечити докази шляхом витребування в Інтернет-провайдера log-файлів, які зберігаються на електронних носіях серверів. Сервер у цьому разі може оцінюватися судом як речовий доказ [16, с. 14].

На думку Ю.С. Павлової, для збільшення ефективності судового захисту можливо би було застосовувати інститут забезпечення доказів шляхом огляду судом електронних доказів, розміщених в Інтернеті [6, с. 159]. По-перше, інститут забезпечення доказів передбачає можливість здійснити огляд електронних доказів в Інтернеті без повідомлення іншої сторони. По-друге, забезпечення доказів можливе до подання позовної заяви до суду. Одночасно із цим ч. 4 ст. 116 ЦПК України передбачено, що забезпечення доказів до подання позовної заяви здійснюється судом першої інстанції за місцезнаходженням засобу доказування або за місцем, де повинна бути вчинена відповідна процесуальна дія [3, с. 160].

Висновки. З урахуванням проведеного дослідження можна зробити висновок, що судова практика останніх років щодо використання електронних доказів, отриманих із соціальних мереж, є повчальною для низки питань, пов'язаних із пошуком, фіксацією та верифікацією відповідних доказів.

Передусім звернути увагу на те, що перед наданням до суду відповідних доказів слід зафіксувати їх належним чином. Обрання будь-якого способу фіксації електронних доказів має відбуватись з урахуванням властивостей таких доказів, зокрема з огляду на вразливість електронних доказів та можливість зміни їхнього змісту.

Прості роздруківки електронних доказів є недостатніми для їх використання з метою встановлення обставин справи, якщо одна зі сторін ставить такий доказ під сумнів та наполягає на наданні його оригіналу або огляду судом у мережі Інтернет.

Проблемою реалізації фіксації електронних доказів способами, закріпленими в законодавстві, є обов'язок суду повідомити про дату, час і місце огляду вебсайту учасникам справи. Звернення з позовною заявою, й тим більше повідомлення сторони про здійснення огляду або експертизи аккаунту чи допису в соціальній мережі, може свідчити про високу ймовірність втручання недобросовісного опоненту до змісту таких електронних доказів або вчинення дій

з метою їх знищення, внаслідок чого позивач буде позбавлений можливості реального захисту порушених прав та інтересів або відшкодування шкоди, завданої розміщенням інформації в соціальній мережі.

Можливість сторони провадження впливати на зміст фактичних даних, які підлягають доказуванню, ставить у нерівне становище учасників провадження та звужує процесуальні можливості позивача захистити порушені права.

Задля нівелювання зазначеної проблеми доцільним буде використати такі заходи на вибір:

1) завчасно, до початку розгляду спору, зафіксувати електронні докази у вигляді інформації в соціальній мережі шляхом проведення експертизи із залученням судового експерта;

2) самостійна фіксація адвокатом змісту сторінок соціальної мережі зі збереженням їх виду на електронних носіях із проведенням огляду вебсторінки і складанням протоколу;

3) звернення до ДП «Центр компетенції адресного простору мережі Інтернет» або Консорціуму «Український центр підтримки номерів і адрес» для фіксації і дослідження змісту вебсторінок з видачею експертного висновку із застосуванням онлайн-сервісу «Web-fix»;

4) звернення до нотаріуса іншої країни та отримання нотаріального свідоцтва і протоколу про огляд вебсайту і посвідчення наявності та змісту відомостей на них;

5) замовити на сервісі InternetArchive фіксацію змісту потрібних вебсторінок. Такий захід є додатковим і дозволяє за необхідності отримати підтвердження відомостей, розміщених на веб-сторінці.

Разом із тим існує необхідність уточнити правовий статус інформації з веб-архівів та архівних копій повідомлень, можливість використання як доказу відеозапису огляду сайту чи сторінки, допустимість знімків екрана як доказів у разі неможливості відновлення змісту видалених повідомлень, допустимих доказів для встановлення змісту інформації, розміщеної на персональній сторінці в соціальній мережі.

Досліджуючи феномен соціальних мереж, соціологи звертають увагу на зростання кількості їхніх користувачів, яке відображається в геометричній прогресії. Соціальні мережі стають не тільки місцем для вільного спілкування, а ще й повноцінним засобом обміну інформацією серед користувачів, майданчиком для розвитку комерційної діяльності тощо.

Незважаючи на позитивні зміни в процесуальному законодавстві щодо застосування електронних доказів у цивільному судочинстві, необхідно констатувати, що досі немає чіткого законодавчого врегулювання ряду важливих питань, зокрема порядку фіксації електронних доказів, отриманих із соціальних мереж, адже чинні норми не враховують процесуально-правові особливості відповідних доказів.

Метою наукової статті є виокремлення та аналіз можливих способів належної фіксації, електронних доказів, отриманих із соціальних мереж, а також аналіз судової практики під час використання відповідних доказів у цивільному судочинстві.

У статті досліджено можливі способи фіксації електронних доказів, отриманих із соціальних мереж. За результатами дослідження встановлено, що серед способів фіксації електронних доказів, отриманих із соціальних мереж, можна виокремити: огляд доказів судом за їх місцезнаходженням (огляд аккаунту в соціальних мережах або інших місць збереження даних в Інтернеті); залучення спеціаліста з метою фіксування електронних доказів; проведення експертного дослідження; проведення протоколу огляду вебсайту адво-

катом; подання паперової копії електронного доказу, посвідченої в порядку, передбаченому законом; фіксація контенту, що міститься на вебсайті, шляхом його збереження на відповідних носіях; протокол огляду вебсторінки нотаріусом; проведення відеозапису процесу дослідження огляду соціальних мереж; допомога приватних компаній, які здійснюють фіксацію інформації, розміщеної на вебсторінках (наприклад, сервісу Internet Archive, Wayback Machine); запит до провайдера на отримання довідки – log-файлу.

Ключові слова: електронні докази, соціальні мережі, цивільний процес, доказування, доказ, фіксація доказів, подання доказів.

Drogoziuk K. Ways of fixation of electronic evidence obtained from social networks in the civil procedure of Ukraine

Investigating the phenomenon of social networks, sociologists pay attention to the growing number of their users, which is reflected in the geometric progression. Social networks are becoming not only a place for free communication, but also a full-fledged means of exchanging information among users, a platform for business development, and so on.

Despite the positive changes in the procedural legislation of Ukraine on the use of electronic evidence in civil proceedings, it should be noted that there is still no clear legislative regulation of a number of important issues, in particular, the procedure for fixation of electronic evidence obtained from social networks, because the current norms do not take into account the procedural and legal features of the relevant evidence.

The purpose of the scientific article is to identify and analyze possible ways of proper fixation of electronic evidence obtained from social networks, as well as analysis of case law in the use of relevant evidence in civil proceedings.

The article explores possible ways of fixation of electronic evidence obtained from social networks. According to the results of the research, among the ways of fixation of electronic evidence obtained from social networks, it can be distinguished: review of evidence by the court at their location (review of the account on social networks, or other places of data storage on the Internet); involvement of a specialist in order to fix an electronic evidence; conducting expert research; conducting a protocol of website review by an advocate; submission of a paper copy of the electronic evidence, certified in the manner prescribed by law; fixing the content contained on the website by storing it on appropriate media; protocol of inspection of the web page by a notary; video recording of the process of researching the review of social networks; assistance of private companies that record information posted on web pages (for example, the Internet Archive service, Wayback Machine); request to the provider for the log-file.

Key words: electronic evidence, social networks, civil proceedings, proving, evidence, fixation of evidence, submission of evidence.

Література

1. Постанова Шостого апеляційного адміністративного суду від 19.03.2019 р. у справі № 826/18174/16. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80579207

2. Ухвала Апеляційного суду м. Києва у справі №757/16817/16 від 17.05.2017 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66563382

3. Павлова Ю.С. Електронний документ як джерело доказів у цивільному процесі : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2019. 239 с.

4. Ухвала Оболонського районного суду м. Києва від 16.01.2018 р. Справа

№ 756/11258/17-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/71720199

5. Рішення Святошинського районного суду м. Києва від 14.09.2017 р. у справі № 759/13029/16-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/68970942

6. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень : Наказ Міністерства юстиції України від 08.10.1998 р. № 53/5. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98

7. Павлова Ю.С. Особливості збирання та процесуального закріплення електронних доказів у цивільному судочинстві. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2017. Вип. 4. Т. 1. С. 76–80.

8. Рішення Дарницький районний суд міста Києва від 28.04.2017 р. по справі №753/21759/16. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66288969

9. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 26.06.2017 р. у справі № 753/21759/16. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68068970

10. Рішення Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 24.01.2019 р. у справі №753/21759/16-ц. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79412437

11. Мисник Н. Електронні докази в суді: вирішення проблем доказування чи поле для фальсифікацій. Юридична газета. 2019. URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/elektronni-dokazi-v-sudi-virishennya-problem-dokazuvannya-chi-pole-dlya-falsifikaciy.html

12. Пушкар М. Електронні докази як один із способів доказування в цивільному судочинстві. Науково-практичний журнал «Право. Людина. Довкілля». 2019. С. 117.

13. Законопроект «Про внесення змін до статті 100 Цивільного процесуального кодексу України (щодо засвідчення копій електронних доказів)» № 8281 від 17 квітня 2018 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=63876

14. Рішення Солом'янського районного суду м. Києва від 23.03.2016 р. у справі № 760/19611/15-ц. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56794496

15. Рішення Господарського суду Запорізької області від 11.01.2018 р. у справі № 71673077. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71673077

16. Лежух Т. Застосування електронних доказів у справах про захист честі, гідності та ділової репутації. Віче. 2013. № 16. С. 13–15.

УДК 347.15/.17:614.2(477)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1975

Т. Білоус,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Університету державної фіскальної служби України

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ОХОРОНИ ПРАВА НА ТАЄМНИЦЮ ПРО СТАН ЗДОРОВ'Я

Відповідно до статті 3 Конституції України людина, її життя, здоров'я, честь та гідність, недоторканість та безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Згідно з даною правовою нормою в Україні виникає потреба належної правової охорони права на медичну допомогу, складовою частиною якої є право на таємницю про стан здоров'я.

У сучасному суспільстві з розвитком та впровадженням новітніх медичних технологій захист права на таємницю про стан свого здоров'я є особливо актуальним. Сьогодні кожна особа знає медичну практику, коли лікар після проведення обстеження повідомляє рідним та близьким хворого його діагноз, особливості та тривалість курсу лікування, а також можливості та перспективи одужання. Проте багато лікарів навіть не здогадуються про те, що розголошення такої інформації без згоди пацієнта є прямим порушенням його законних прав та інтересів. Разом із тим лікарський персонал в інтересах пацієнта не завжди доносить усю повноту інформації про стан пацієнта, побоюючись нашкодити йому самому [16, с. 154].

Останнім часом наукова громадськість приділяє значну увагу висвітленню проблеми захисту права особи на таємницю про стан свого здоров'я, про що свідчать наукові праці С.В. Антонова, І.В. Арістової, К.І. Білякова, Н.Б. Болотіної, Ю.Л. Бошицького, С.Б. Булеци, І.В. Венедиктової, А.А. Герц, З.С. Гладуна, О.В. Грищук, О.В. Дзери, К.О. Ільющенкової, О.Ю. Кашинцевої, А.О. Кодинця, О.В. Кохановської, Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця, Р.А. Майданика, О.С. Мостовенко, О.О. Отрадновї, П.І. Орлова, Д.О. Перова, О.О. Пономарьової, П.М. Рабіновича, З.В. Ромовської, А.М. Савицької, І.Я. Сенюти, С.Г. Стеценка, Р.О. Стефанчука, Є.О. Харитонова, М.В. Фігель, О.А. Чабан, І.В. Шатковської, С.І. Шимон, Р.Б. Шишки, Г.В. Юровської та ін. Необхідно відзначити, що більшість наукових робіт із предмету дослідження не втрачає своєї актуальності на даний час і тому зумовлює необхідність подальших досліджень.

Метою даної статті є аналіз та вдосконалення законодавства України щодо отримання, збереження і захисту інформації про стан здоров'я людини, дослідження й визначення об'єкта та предмета права на таємницю про стан здоров'я, встановлення переліку осіб, які повинні забезпечувати збереження даної інформації, а також випадків правомірного її розголошення.

Для початку ватро дослідити саме поняття «здоров'я», яке є основним елементом у визначенні права на таємницю про стан здоров'я. Згідно зі статтею 3 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» під даним поняттям розуміється стан повного фізичного, психічного і соціального благополуччя, а не

© Т. Білоус, 2020

тільки відсутність хвороб і фізичних вад [7]. Як особисте немайнове благо воно розуміється як комплекс якісних та кількісних медичних показників про плотський, психічний і соціальний стан людини. Основним носієм права на таємницю про стан свого здоров'я є кожна людина незалежно від свого віку, майнового та соціального положення та інших чинників.

Медична інформація передбачає відомості про стан здоров'я людини, історію її хвороби, про мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, які лікар зобов'язаний надати на вимогу пацієнта, членів його сім'ї або законних представників, за винятком випадків, коли така повна інформація може завдати шкоду пацієнту. А інформаційне право особи, яке стосується даної інформації, надає їй змогу встановлювати певні обмеження щодо отримання та поширення такої інформації як для самих медичних працівників, так і осіб, які її отримали під час виконання своїх професійних або службових обов'язків. Реалізація даного права закріплюється важливою гарантією поширення на неї особливого правового режиму. Тому змістом права особи на таємницю про стан свого здоров'я є можливість самостійно, на власний розсуд визначати коло осіб, які можуть отримати таку інформацію, а також вимагати не розголошувати її від тих осіб, що отримали її під час виконання своїх робочих обов'язків.

Аналізуючи таємницю про стан здоров'я, зупинимось на дослідженні даного правового явища. Інформація про стан здоров'я належить до медичної галузі. Тому можемо використовувати термін «медична інформація про стан здоров'я», яка дозволяє також використовувати термін «медична таємниця», з яким тісно переплітається термін «лікарська таємниця».

Саме збереження лікарської таємниці відображається статтею 285 ЦК України [4] та статтею 40 Основ здоров'я [7] шляхом закріплення права на таємницю про стан здоров'я. Таке право слід визначати як особисте немайнове право фізичної особи, яке надає їй можливість тримати в таємниці відомості про стан свого здоров'я, а також вимагати таких самих дій від інших осіб. Зміст права фізичної особи на таємницю про стан свого здоров'я становить можливість цієї особи самостійно визначати коло осіб, яким вона захоче надати інформацію про своє здоров'я, а також можливість вимагати не поширювати такі відомості іншим особам.

Забезпечуючи право на лікарську таємницю, законодавець закріпив й обов'язок інших осіб утримуватись від втручання в особисте життя людини, що пов'язане з її здоров'ям. Так, частиною другою статті 286 ЦК України [4] заборонено вимагати та подавати за місцем роботи або навчання інформацію про діагноз та методи лікування людини.

В. Акопов під лікарською таємницею розуміє всі відомості, що отримані від хворого чи виявлені під час його медичного обстеження чи лікування, що не підлягає розголошенню без згоди хворого [10, с. 118]. На думку інших учених (Л. Бедрін, А. Загрядська, П. Ширинський), лікарська таємниця – це відомості про хворобу, особисте та інтимне життя хворого, що стають відомими медичним працівникам у процесі виконання ними своїх професійних обов'язків [11, с. 24].

У чинному законодавстві застосовується термін «лікарська таємниця» щодо медичних працівників, яким у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторони життя громадянина, вони не мають права розголошувати ці відомості, крім передбачених законодавчими актами випадків [2].

На думку І.Я. Сенюти, доречніше вживати термін «медична таємниця»,

тобто інформація, отримана в процесі надання медичної допомоги, яка не підлягає розголошенню, крім випадків, передбачених законодавством, про яку медичним працівникам та іншим особам стало відомо у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків [15, с. 200].

Лікарська таємниця є одним із видів медичної таємниці. Медичну таємницю можна розглядати у двох варіантах: лікарська таємниця і хворий та лікарська таємниця і треті особи. У першому варіанті важливе значення має право пацієнта на медичну інформацію і проблеми його реалізації. Для другого – те, що медичні працівники та інші особи, які, виконуючи професійні чи службові обов'язки, отримали інформацію про стан здоров'я, сімейне та особисте життя, не мають права її розголошувати без згоди особи, крім випадків, передбачених законодавчими актами [15, с. 196].

На думку А. Пустовіт, лікарську таємницю («інформацію про пацієнта») слід відрізняти від медичної інформації («інформації для пацієнта»), яка містить у собі відомості про стан здоров'я людини, історію її хвороби, про мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, які лікар зобов'язаний надати на вимогу пацієнта, членів його сім'ї або законних представників, за винятком випадків, коли така повна інформація може завдати шкоди здоров'ю пацієнта [12, с.13].

Варто зауважити, що термін «лікарська» не зовсім точно відображає обов'язок збереження в таємниці інформації про хворого. Більш точним може вважатися використання терміна «медична таємниця», оскільки йдеться про всю сферу медицини, про необхідність не тільки лікарям зберігати в таємниці отримані відомості.

Деякі науковці вважають, що основне призначення інституту медичної таємниці – попередження випадків можливого заподіяння моральної шкоди пацієнту та його близьким. Однак збереження медичної таємниці не може бути абсолютним. В. Версаєв уважав, що якщо збереження таємниці шкодить суспільству або оточуючим хворого, то лікар повинен порушити таємницю. Сучасне вітчизняне та міжнародне законодавство забороняє поширення інформації, що порушує права людини, та передбачає випадки правомірного розголошення медичної таємниці [13, с. 60].

Як убачається зі ст. 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я, розголошення відомостей, які становлять лікарську таємницю, можливо лише в передбачених законом випадках [7]. Законодавчими актами передбачено низку таких випадків, як-от:

– обов'язок наречених повідомити один одного про стан здоров'я [3];

– обов'язок підприємств, установ і організацій усунути за поданням відповідних посадових осіб державної санітарно-епідеміологічної служби від роботи, навчання, відвідування дошкільних закладів осіб, які є носіями збудників інфекційних захворювань, хворих на небезпечні для оточуючих інфекційні хвороби, або осіб, які були в контакті з такими хворими, з виплатою у встановленому порядку допомоги із соціального страхування, а також осіб, які ухиляються від обов'язкового медичного огляду або щеплення проти інфекцій, перелік яких встановлюється центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я [5];

– обов'язок установи виконання покарань повідомити відповідний протитуберкульозний заклад про клінічну та диспансерну категорію захворювання хворого на туберкульоз, звільненого з місць позбавлення волі (арештного дому) [8]);

– передача відомостей про стан психічного здоров'я особи та надання їй психіатричної допомоги без згоди

особи або без згоди її законного представника для:

1) організації надання особі, яка страждає на тяжкий психічний розлад, психіатричної допомоги;

2) провадження досудового розслідування або судового розгляду за письмовим запитом слідчого, прокурора та суду [9];

– обов'язок лікувально-профілактичного закладу передати протягом доби з використанням засобів зв'язку та на паперовому носії екстрене повідомлення про звернення потерпілого з посиланням на нещасний випадок на виробництві за встановленою формою підприємству, де працює потерпілий, а також визначеним органам державної влади (п. 9 постанови Кабінету Міністрів України «Деякі питання розслідування та обліку нещасних випадків, професійних захворювань і аварій на виробництві» [7].

На нашу думку, цей перелік не є вичерпним, і розголошення лікарської таємниці можливе і в інших випадках. Зокрема, за приписами ст. 32 Конституції України не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини [2]. Відповідно до ч. 2 ст. 8 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод органи державної влади не можуть втручатись у здійснення права на повагу до приватного і сімейного життя, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб [1]. Крім цього, правила поширення інформації з обмеженим доступом врегульовано ст. 29 Закону України «Про інформацію», за приписами якої інформація з обмеженим доступом може бути поширена, якщо вона є суспільно необхідною, тобто є предметом суспільного інтересу, і право громадськості знати цю інформацію переважає потенційну шкоду від її розголошення. Такою вважається інформація, яка свідчить про загрозу державному суверенітету, територіальній цілісності України; забезпечує реалізацію конституційних прав, свобод і обов'язків; свідчить про можливість порушення прав людини, введення громадськості в оману, шкідливі екологічні та інші негативні наслідки діяльності (бездіяльності) фізичних або юридичних осіб тощо [6].

Доктрині і практиці іноземних держав відомі випадки розголошення лікарської таємниці, які не згадуються в чинному законодавстві України.

Із судової практики питання щодо розкриття медичної інформації про стан здоров'я публічної особи аналізувалося у справі Кемпбелл проти ЕмДжіЕн Лімітед (Campbell v. MGN Limited), яка розглядалася у 2004 році у Великобританії. Супермодель Наомі Кемпбелл неодноразово переконувала суспільство, що вона не має наркотичної залежності. Якось британське видання повідомило своїх читачів про те, що супермодель лікується в спеціалізованому закладі для наркотично залежних, про деталі такого лікування, а також опублікувало фотографію Наомі на фоні закладу. У зв'язку із цим супермодель звернулася до суду з позовом про порушення її права на приватне життя. За результатами судового розгляду було вирішено, що відомості про наркотичну залежність супермоделі та отримання нею медичної допомоги можуть бути розголошені, оскільки вона сама ввела суспільство в оману своїми заявами про здоровий спосіб життя. Водночас публікація інформації про заклад, в якому Наомі отримувала медичну допомогу, деталі лікування, а також розміщення її фотографії на фоні спе-

ціалізованого закладу для лікування наркозалежних є неправомірним втручанням у приватне життя [17].

Відступ від нерозголошення лікарської таємниці можливий у випадках, коли хвороба може призвести до важливих наслідків у родині, створити загрозу для оточуючих чи суспільства (наприклад, у випадку захворювання на СНІД). Інтереси здоров'я населення й окремих фізичних осіб припускають випадки, коли фізична особа може бути зобов'язана пройти медичний огляд. З цією метою організовуються профілактичні медичні огляди неповнолітніх, вагітних, працівників підприємств, установ і організацій зі шкідливими і небезпечними умовами праці, військовослужбовців і осіб, чия професійна діяльність пов'язана з обслуговуванням населення чи підвищеною небезпекою для оточуючих. Так, наприклад, відповідно до Інструкції про порядок виявлення та постановки на облік осіб, які незаконно вживають наркотичні засоби або психотропні речовини, від 10.10.1997 року в разі встановлення особі діагнозу «наркоманія», «токсикоманія» та призначення диспансерної наркологічної допомоги і нагляду на неї заповнюється відповідна медична документація, про що повідомляються органи внутрішніх справ. Досліджуючи право особи на таємницю про стан здоров'я, слід взяти до уваги аргументи американського фахівця з біоетики Едварта, який виділив сім головних факторів, що мають визначати конфіденційність взаємовідносин лікаря та пацієнта, а саме: захист фундаментальної цінності, до якої належить недоторканність приватного життя; захист соціального статусу пацієнта, запобігання «клеймування» людини інформацією про наявність хвороби; захист економічних інтересів пацієнта, діловій репутації і кар'єрі якого може загрожувати розголошення його стану здоров'я; забезпечення належного статусу і популярності медичного закладу в умовах наявності права пацієнта на вибір лікаря і медичного закладу і, нарешті, втілення права людини на особисту свободу, можливість контролювати події свого життя [14, с. 28].

Отже, право особи на таємницю про стан свого здоров'я є основним немайновим правом особи, яке тісно переплітається з правом особи на інформацію про стан свого здоров'я. Основною відмінністю від права на інформацію про стан свого здоров'я є те, що особа наділяється правом вимагати від вищезазначених осіб зберігати конфіденційність інформації про стан її здоров'я. Гарантією даного права є встановлений правовий режим таємниці на даний вид інформації. Право на таємницю про стан здоров'я бере свої корені зі сфери лікарської діяльності, яка й зумовлює необхідність установлення лікарської таємниці, яка є основою для ширшого поняття медичної таємниці. Остання є основою для поєднання медичної і юридичної наук.

У даній статті досліджено цивільно-правовий режим охорони права на таємницю про стан свого здоров'я. Встановлено, що людина, її життя, здоров'я, честь та гідність, недоторканість та безпека визнаються найвищою соціальної цінністю. Особисте немайнове благо розуміється як комплекс якісних та кількісних медичних показників про плотський, психічний і соціальний стан людини. Проаналізовано, що з терміном «медична таємниця» тісно переплітається термін «лікарська таємниця». Досліджено, що зміст права фізичної особи на таємницю про стан свого здоров'я становить можливість цієї особи самостійно визначати коло осіб, яким вона захоче надати таку інформацію. Стверджується, що реалізація права на медичну таємницю закріплюється важливою гарантією поширення на

нього особливого правового режиму. Визначається, що права особи на таємницю про стан свого здоров'я є можливістю самостійно, на власний розсуд визначати коло осіб, які можуть отримати таку інформацію, а також вимагати не розголошувати її від тих осіб, що отримали її під час виконання своїх робочих обов'язків. Встановлено, що, забезпечуючи дане право, законодавець закріпив і обов'язок інших осіб утримуватись від втручання в особисте життя людини, що пов'язане з її здоров'ям. Зазначається, що медичну таємницю можна розглядати у двох варіантах: лікарська таємниця і хворий та лікарська таємниця і треті особи. Акцентується увага на тому, що збереження медичної таємниці не може бути абсолютним, адже якщо збереження таємниці шкодить суспільству або оточуючим хворого, то лікар повинен порушити таємницю. У даній роботі підкреслено, що сучасне вітчизняне та міжнародне законодавство забороняє поширення інформації, що порушує права людини та передбачає випадки правомірного розголошення медичної таємниці. Наголошується, що відступ від нерозголошення лікарської таємниці можливий у випадках, коли хвороба може призвести до важливих наслідків у родині, створити загрозу для оточуючих чи суспільства.

Ключові слова: Цивільний кодекс, цивільне право, медичне право, здоров'я, медична таємниця, лікарська таємниця, лікар, пацієнт, цивільно-правові відносини, життя людини, медична допомога, право на інформацію, таємниця про стан здоров'я.

Bilous T. Civil legal regime of protection of the right to secret about health

This article examines the civil law regime for the protection of the right to secrecy about one's health. It is established that a person, his life, health, honor and dignity, inviolability and security are recognized as the highest social value. personal intangible benefit, it is understood as a set of qualitative and quantitative medical indicators of the carnal, mental and social condition of man. It is analyzed that the term "medical secret" is closely intertwined with the term "medical secret". It has been studied that the content of an individual's right to secrecy about his or her state of health constitutes the possibility for that person to independently determine the range of persons to whom he or she wishes to provide such information. It is argued that the exercise of the right to medical secrecy is an important guarantee of the extension of a special legal regime to it. It is defined that a person's right to secrecy about his or her state of health is an opportunity to determine at his or her own discretion the circle of persons who may receive such information, as well as to require non-disclosure of those who received it in the performance of their duties. It has been established that by ensuring this right, the legislator has established the obligation of other persons to refrain from interfering in a person's private life related to his or her health. It is noted that medical secrecy can be considered in two ways: medical secrecy and the patient and medical secrecy and third parties. Emphasis is placed on the fact that medical secrecy cannot be absolute, because if secrecy is harmful to society or the patient's environment, the doctor must violate the secrecy. This paper emphasizes that modern domestic and international law prohibits the dissemination of information that violates human rights and provides for cases of lawful disclosure of medical secrets. It is emphasized that deviation from non-disclosure of medical secrets is possible in cases where the disease can lead to

important consequences in the family, create a threat to others or society.

Key words: Civil Code, civil law, medical law, health, medical secrecy, medical secrecy, doctor, patient, civil law relations, human life, medical care, right to information, health secrecy.

Література

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: з поправками, внесен. відповідно до положень Протоколів № 11, 14 з Протоколами № 1, 4, 6, 7, 12 та 13. Право України. 2010. № 10. С. 215–233.

2. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

3. Сімейний кодекс України : Закон України від 10.01.2002 р. № 2947-III. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 21–22. Ст. 135.

4. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 4. Ст. 356.

5. Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення : Закон України від 24.02.1994 р. № 4004-XII. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 27. Ст. 218.

6. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 48. Ст. 650.

7. Про Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 р. № 2801-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 4. Ст. 19.

8. Про протидію захворюванню на туберкульоз : Закон України від 0507.2001 р. № 2586-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 49. Ст. 258.

9. Про психіатричну допомогу : Закон України від 22.02.2000 р. № 1489-III. Відомості Верховної Ради України. 2000. № 19. Ст. 143.

10. Акопов В.И. Медицинское право : книга для врачей, юристов и пациентов. Москва : ИКЦ «МарТ», 2004. 368 с.

11. Бедрин Л.М., Загрядская А.П., Ширинский П.П. Вопросы права и деонтологии в подготовке и воспитании врача : учебн. пособие для студентов, субординаторов и интернов. Ярославль, 1986. 76 с.

12. Кичма О.Ю. Медико-правове значення медичної таємниці. Європейські перспективи. 2013. № 11. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/evpe_2013_11_4

13. Коробцова Н.В. Правове регулювання медичної таємниці. Підприємство, господарство і право. 2005. № 4. С. 65–78.

14. Москаленко К. Розголошення лікарської таємниці: деякі питання теорії та практики. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 8. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pgip_2016_8_6

15. Сенюта І.Я. Медичне право: право людини на охорону здоров'я : монографія. Львів : Астолябія, 2007. 224 с.

16. Цивільно-правова охорона права на таємницю про стан здоров'я. Часопис Київського університету права. 2010. № 4. С. 154–158.

17. United Kingdom: Campbell v. MGN Limited. URL: https://www.article19.org/resources.php/resource/2458/en/united-kingdom:-campbell-v.-mgn-limited

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1976

В. Арешонков,
кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник,
провідний науковий співробітник наукової лабораторії з проблем протидії злочинності
Навчально-наукового інституту № 1
Національної академії внутрішніх справ

ТЕХНІКО-КРИМІНАЛІСТИЧНІ ДОСЛІДЖЕННЯ ЯК БАЗОВА КАТЕГОРІЯ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ТЕХНІКИ: ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ

Розділ криміналістики, який сьогодні має назву «Криміналістична техніка», почав формуватися одним із перших ще наприкінці XIX – на початку XX століть і з того часу продовжує активно розвиватись і доповнюватись.

У межах вказаного розділу в підручниках з криміналістики та монографіях на дану тематику такими авторами, як Т.В. Авер'янова, Р.С. Бєлкін, А.І. Вінберг, В.Г. Гончаренко, О.М. Зінін, А.В. Іщенко, Н.І. Клименко, В.О. Коновалова, І.В. Пиріг, М.В. Салтевський, М.Я. Сегай, В.Ю. Шепітько, М.Г. Щербаковський та іншими, досить детально, з наведенням понять, розкриттям змісту та класифікаціями, розглядаються такі базові для даного розділу поняття, як «техніко-криміналістичні засоби» [1, с. 53], «техніко-криміналістичні прийоми» [2, с. 151], «техніко-криміналістичні методи» [3, с. 52], «техніко-криміналістичне забезпечення» [4, с. 26], проте така основоположна категорія, як «техніко-криміналістичні дослідження», чітко не визначена.

Разом із тим, як слушно зауважують М.В. Салтевський та деякі інші криміналісти, саме дослідження речових доказів із застосуванням технічних засобів було початком зародження такого розділу криміналістики, як «Криміналістична техніка» [5, с. 93–94].

Метою даної статті є визначення ознак техніко-криміналістичних досліджень та на основі цього формулювання поняття даної категорії, яка є базовою для такого розділу криміналістики, як криміналістична техніка.

Щодо власне словосполучення «техніко-криміналістичні дослідження», то в більшості випадків у літературі з криміналістики воно вживається відносно досліджень документів і ним позначається галузь криміналістичної техніки з однойменною назвою, предметом якої є вивчення способів виготовлення і підроблення письмових документів [6, с. 352].

Додавання в цьому випадку слова «техніко-» або ж «технічне дослідження», яким позначається відношення до техніки або те, що вивчатись буде технічна сторона чогось, на нашу думку, є уточнюючим, оскільки так само може застосовуватись і з іншими видами досліджень (наприклад, криміналістичним дослідженням зброї, яка є власне технічним засобом, вивчатись може її технічний стан та при цьому застосовуватися різні технічні засоби).

Термін «техніко-криміналістичні дослідження» без віднесення його до дослідження документів майже не вживається в науковій літературі. Виключення становлять підручник «Криміналістика» авторів Л.Я. Драпкіна та В.М. Карагодіна. У параграфі, присвяченому поняттю і структурі

 © В. Арешонков, 2020

криміналістичної техніки, вони зазначають, що «при проведении исследований в области криминалистической техники не могут не учитываться развитие научно-технического прогресса. В тоже время результаты технико-криминалистических исследований используются при проведении изысканий в отдельных отраслях науки и техники» [7, с. 80–81]. Проте, далі пояснюючи зазначене ними твердження, наводиться приклад, коли під час проведення техніко-криміналістичних досліджень у випадку виготовлення підроблених документів ураховуються принципи дії засобів комп'ютерної техніки, а виявлені недоліки захисту документів узагальнюються і враховуються її виробниками.

Оскільки автори зазначеного підручнику не наводять визначення поняття «техніко-криміналістичні дослідження» та не розкривають його значення, то, по-перше, не зрозуміло, чи не ототожнюють вони, виходячи з наведеного прикладу, «техніко-криміналістичні дослідження» з «техніко-криміналістичними дослідженнями документів»; по-друге, навіть розділяючи ці поняття, не зрозуміло, про яку категорію досліджень тут ідеться – про наукові чи практичні дослідження. Разом із тим ми вважаємо, що це не тотожні між собою поняття, до того ж дослідження за своїм характером або ж сферою проведення можуть поділятись як на теоретичні (наукові), так і прикладні (практичні).

Іншим джерелом, де згадується досліджуване нами поняття, є стаття Я. Лазора, Б. Русина, В. Цибочкина, присвячена апаратно-програмному підходу до техніко-криміналістичних досліджень об'єктів для розкриття злочинів. У ній використовується термін «техніко-криміналістичні дослідження речових носіїв доказів», проте жодним чином не розкривається його визначення та ознаки. Більше того, зі статті не зрозумілим є співвідношення між собою техніко-криміналістичних досліджень та криміналістичних експертиз, оскільки в одному випадку авторами зазначається, що експертні дослідження, до яких фактично відносяться і криміналістичні експертизи, – це етап техніко-криміналістичного дослідження, водночас в іншому – техніко-криміналістичні дослідження вживаються на одному рівні із судовими експертизами, тобто виходить, що це різні дослідження [8, с. 209–210].

Згідно з лексичним значенням словосполучення «техніко-криміналістичне» відносно власне дослідження означає: по-перше, що воно відноситься до криміналістики; по-друге, що таке дослідження пов'язане з технікою як сукупністю засобів і знарядь праці в певній галузі [9, с. 465, 1244]. Проте, на нашу думку, в межах самої криміналістики як науки дане словосполучення може мати й інше лексичне значення, а саме означати, що дослідження відносяться або ж пов'язані з таким розділом криміналістики, як криміналістична техніка. Відповідно, дослідження, які передбачені розділом криміналістики – криміналістичною технікою, та про які, власне, зазначається у визначеннях даного поняття, будуть називатись техніко-криміналістичними.

Оскільки визначення поняття – це логічна операція, за допомогою якої розкривається його зміст, відповідно, потрібно розкрити істотні характеристики поняття, що нами визначається, а саме «техніко-криміналістичні дослідження», виділити його загальні та специфічні (окремі) ознаки.

Відносно особливостей (ознак) техніко-криміналістичних досліджень, на нашу думку, необхідно виділити декілька критеріїв їх поділу на групи:

1. *За належністю:* притаманні як техніко-криміналістичним, так й іншим криміналістичним дослідженням (загальні); притаманні виключно техніко-криміналістичним дослідженням у цілому (окремі для всіх техніко-криміналістичних досліджень, для

конкретного різновиду досліджень є загальними); притаманні окремим різновидам техніко-криміналістичних досліджень (окремі);

2. *За обов'язковістю:* обов'язкові та факультативні (варіативні).

Згідно з академічним тлумачним словником української мови термін «досліджувати» означає ретельно обстежувати кого-, що-небудь, уважно знайомитися з чим-небудь для встановлення чогось [10, с. 550].

У криміналістиці існують досить різні визначення даного поняття. Наприклад, щодо доказів, то в підручнику «Криминалистическая экспертиза» за редакцією Р.С. Бєлкіна під дослідженнями розуміється пізнання особою, яка здійснює дізнання, слідчим, суддями змісту доказів, перевірку достовірності існування тих фактичних даних, які становлять зміст доказу, з'ясування відношення даного доказу до всіх інших доказів у справі [11, с. 6].

У наукових джерелах існують навіть дещо алогічні інтерпретації даного терміна, наприклад, що «дослідження – це сукупність операції, яка складається з операції з визначення предмета дослідження хоча б в одному об'єкті дослідження у відповідності з поставленим питанням» [12, с. 62].

Проте загальним є те, що, по-перше, дослідження – це пізнання або процес отримання чогось нового, які здійснюються шляхом вивчення певного об'єкта або їх сукупності. Тобто незалежно від того, хто здійснює дослідження – слідчий, детектив, спеціаліст чи експерт, незалежно від різновиду такого дослідження чи безпосереднього об'єкту сутність дослідження буде полягати в пізнанні (вивченні) об'єкту шляхом, наприклад, спостереження, вимірювання, порівняння, моделювання тощо. По-друге, метою такого пізнання є отримання нових знань, невідомої інформації. У розслідуванні злочинів інформації, наприклад, про особу злочинця, засоби чи знаряддя злочину тощо, або ж її джерел – різноманітних слідів злочину це є проміжним результатом в отриманні необхідної розшукової або доказової інформації.

Потрібно зауважити, що потреба в пізнанні (вивченні) певного об'єкту та отриманні необхідної інформації виникає не тільки під час здійснення кримінального судочинства. Досить часто окремі різновиди техніко-криміналістичних досліджень проводяться в ході здійснення цивільного, господарського та адміністративного судочинства.

Таким чином, якщо розглядати техніко-криміналістичні дослідження як практичну діяльність із вивчення матеріальних слідів, то необхідно зазначити, що натепер сфера проведення таких досліджень не обмежується тільки кримінальним процесом та, відповідно, вивченням виключно слідів кримінального правопорушення. Якщо говорити про вивчення матеріальних відображень саме кримінального проступку чи злочину, то така діяльність притаманна не техніко-криміналістичним дослідженням взагалі, а техніко-криміналістичним дослідженням у розслідуванні кримінальних правопорушень.

Продовжуючи розгляд ознак техніко-криміналістичних досліджень, необхідно зауважити, що одним з елементів, необхідних для пізнання об'єкта дослідження, є наявність в особи, яка здійснює його вивчення, відповідних знань. Межі таких знань досить широкі, починаючи від властивостей певних об'єктів, їх різновидів та особливостей слідоутворення на різних поверхнях за різних умов, і закінчуючи практичними прийомами проведення досліджень та формулювання конкретних висновків. Такі знання у кримінальному процесі прийнято називати спеціальними.

У наукових джерелах із криміналістики та кримінального процесу під час розкриття поняття та сутності спеціальних знань слушно наголошується на тому, що такі знання: отри-

муються в ході спеціальної підготовки та послідуючої практичної діяльності; вони є апробованими, науковими і, відповідно, зафіксованими в науковій літературі, методичних рекомендаціях, настановах, інструкціях тощо [13, с. 15]. Окрім цього, в зазначених джерелах до спеціальних знань у тій чи іншій мірі віднесено вміння та навички застосування таких знань на практиці. Проте ми не поділяємо думку щодо включення вмінь та навичок до спеціальних знань. І хоча ці категорії досить тісно пов'язані, вони мають відмінності й повинні розмежовуватись між собою.

Оскільки вміння та навички – це категорії, які безпосередньо пов'язані з діяльністю в певній сфері, а техніко-криміналістичні дослідження в розслідуванні кримінальних правопорушень – це саме діяльність із вивчення певних об'єктів, то для її успішної реалізації разом зі спеціальними знаннями потрібно також окремо зазначати такі обов'язкові для згаданих досліджень категорії, як «вміння» і «навички». Наприклад, обізнаній особі недостатньо тільки знати типи папілярних візерунків, їхні загальні й окремі ознаки, а також методику проведення ідентифікації людини за слідами пальців рук, потрібно також мати відповідні навички і вміння виявляти такі сліди та проводити дактилоскопічні дослідження.

Досить широке поняття спеціальних знань наводять В.Г. Гончаренко, В.В. Курдюков та К.В. Легких, щоправда, воно також не позбавлене зазначеного вище недоліку. Вони наголошують, що спеціальними знаннями в кримінальному судочинстві є знання і навички, одержані в результаті фахової освіти та/або практичної діяльності в будь-якій галузі науки, техніки, мистецтва або ремесла, які використовуються визначеними законом учасниками процесу в межах наданих кожному з них повноважень для вирішення за певною процедурою процесуальних завдань [14, с. 24].

Згідно з даним визначенням у кримінальному судочинстві можуть використовуватись досить різноманітні спеціальні знання, які можуть не мати жодного відношення до проведення техніко-криміналістичних досліджень як таких, наприклад, залучення до проведення процесуальної дії перекладача як фахівця, який володіє певною мовою, педагога або психолога як спеціалістів у роботі з неповнолітніми тощо.

Відносно власне техніко-криміналістичних досліджень, як щодо їх генезису, так і безпосереднього проведення, справедливо було б говорити не тільки виключно про знання такого розділу криміналістики, як криміналістична техніка. Причин цьому декілька: по-перше, межі таких знань різні автори визначають досить по-різному; по-друге, починаючи з появи перших різновидів техніко-криміналістичних досліджень, їм притаманна тісна інтеграція різних наук, наприклад, криміналістики й хімії, фізики, медицини тощо.

Таким чином, використання спеціальних криміналістичних знань для проведення техніко-криміналістичних досліджень є однією з характерних ознак таких досліджень.

Разом із тим потрібно зауважити, що для проведення конкретного техніко-криміналістичного дослідження недостатньо просто наявності спеціальних криміналістичних знань (наприклад, рекомендацій щодо пошуку мікрослідів, слідів пальців рук, слідів вибуху тощо та послідуючої лабораторної роботи з ними), потрібна людина – відповідний фахівець, який володіє цими знаннями в необхідному об'ємі та може провести таке дослідження.

Кримінальний процесуальний кодекс України володіння спеціальними знаннями прямо передбачає у двох суб'єктів – спеціаліста (ст. 71) та експерта (ст. 69). І хоча суб'єктами-носіями спеціальних знань є й інші особи, наприклад, перекладачі, пси-

хологи, педагоги, однак спеціальними криміналістичними знаннями вони не володіють взагалі, відповідно й суб'єктами техніко-криміналістичних досліджень вони не можуть бути. Водночас і не всі спеціалісти та експерти є суб'єктами техніко-криміналістичних досліджень. Такими суб'єктами є тільки та частина, яка, як уже зазначалось, володіє саме спеціальними криміналістичними знаннями.

Окрім спеціаліста та експерта, як слушно зауважує О.В. Фролов, суб'єктом застосування спеціальних знань у кримінальному провадженні в окремих випадках може бути безпосередньо особа, що проводить розслідування [15, с. 80–82]. На нашу думку, це твердження стосується в тому числі й застосування такими особами спеціальних криміналістичних знань і проведення ними окремих різновидів техніко-криміналістичних досліджень. Наприклад, слідчий чи детектив для пошуку та огляду об'єктів може не залучати спеціаліста-криміналіста, а здійснити це самостійно, якщо в нього вистачає на це необхідних знань, умінь та навичок.

Потрібно також зауважити, що суб'єкти техніко-криміналістичних досліджень повинні бути правомочні на проведення того чи іншого різновиду дослідження. Одним з елементів такої правомочності, як зазначалось вище, є володіння спеціальними криміналістичними знаннями, проте це не всі умови.

Відносно спеціаліста, то для появи в нього повноважень, передбачених КПК України, особа, яка проводить слідчу (розшукову) дію, повинна відповідним чином залучити спеціаліста, відобразивши про таке залучення в протоколі проведення слідчої дії. Тобто на відміну від спеціаліста, для залучення особи як експерта недостатнім є тільки факт володіння нею спеціальними знаннями. Згідно з ч. 2 та ч. 3 ст. 10 Закону України «Про судову експертизу» такі особи повинні мати вищу освіту, освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче спеціаліста, пройти відповідну підготовку, отримати кваліфікацію судового експерта з певної спеціальності та бути внесеними в Державний Реєстр атестованих судових експертів. За існування цих умов, за наявності постанови про призначення експертизи або відповідної заяви сторони захисту визначений експерт стає правомочним на проведення криміналістичної експертизи або дослідження (у даному випадку це та ж експертиза, проте назва залежить від суб'єкта її призначення (замовлення)).

Таким чином, необхідною умовою проведення техніко-криміналістичних досліджень, а відповідно й обов'язковою ознакою досліджень даного різновиду, є суб'єкт-носій спеціальних криміналістичних знань, умінь і навичок, залучений для проведення відповідного дослідження стороною обвинувачення, стороною захисту чи слідчим суддею.

Наступна істотна ознака техніко-криміналістичних досліджень пов'язана з тим, що саме вивчається під час їх проведення, тобто безпосередні об'єкти дослідження.

Аналіз наукових джерел із криміналістики та судової експертизи дозволяє стверджувати, що об'єкти техніко-криміналістичних досліджень є досить різноманітними за своєю природою та сферою застосування (використання), починаючи від різноманітних документів та друкарських форм, закінчуючи різноманітними хімічними речовини та фонограмами. Детальний їх розгляд буде предметом окремого нашого дослідження.

Проте, попри суттєві відмінності в природі та сфері використання (призначенні) об'єктів техніко-криміналістичних досліджень, все ж таки у них є спільна ознака: всі вони є матеріальними, тобто мають своє матеріальне відображення, певну форму в навколишньому світі. Саме ця ознака зазначених об'єктів відрізняє дану категорію досліджень від

інших досліджень у криміналістиці, оскільки об'єкти останніх можуть бути як матеріальними, так й ідеальними (наприклад, відображеннями подій і фактів у пам'яті людини, припущеннями того, що досліджується, тощо).

Досить часто для проведення техніко-криміналістичних досліджень, окрім спеціальних криміналістичних знань, необхідно використовувати техніко-криміналістичні засоби – певний різновид криміналістичної техніки.

Такі засоби можуть бути досить різноманітними. Згідно з їх класифікацією в криміналістиці це можуть бути й засоби «польової криміналістики», й засоби лабораторної техніки, розроблені як спеціально для цілей криміналістики, так і запозичені з інших галузей науки і техніки [16, с. 94–95].

Однак використання того чи іншого технічного засобу залежить від конкретної ситуації та різновиду техніко-криміналістичного дослідження. Існують випадки, коли для проведення техніко-криміналістичного дослідження технічні засоби можуть взагалі не використовуватись. Наприклад, коли на місці події знаходиться видимий слід пальця руки, утворений нашаруванням речовини темного кольору на світлій поверхні, або коли потрібно оглянути виявлений зразок вогнепальної зброї чи провести почеркознавчу експертизу за текстом, виконаним великим і розбірливим почерком. У такому разі спеціаліст чи експерт можуть обійтись візуальним методом дослідження, без використання жодного додаткового криміналістичного обладнання. Саме тому дана ознака, на наш погляд, є факультативною.

Підсумовуючи вищезазначене, можна зробити такі *висновки:*

1. До *обов'язкових загальних ознак техніко-криміналістичних досліджень* у розслідуванні кримінальних правопорушень відноситься:

– сутність техніко-криміналістичних досліджень, як і будь-яких інших досліджень у криміналістиці, полягає в пізнанні (вивченні) певного об'єкта чи об'єктів дослідження;

– метою їх проведення є отримання певної інформації або її джерел;

– проводяться такі дослідження у зв'язку з розслідуванням конкретних кримінальних проступків чи злочинів, у тому числі для їх розкриття та попередження.

До *обов'язкових, окремих ознак, притаманних усім техніко-криміналістичним дослідженням*, відносяться такі:

– для проведення дослідження використовуються спеціальні криміналістичні знання – знання в галузі криміналістичної техніки та окремих різновидів криміналістичних експертиз, окремі знання інших розділів криміналістики й інших суміжних галузей науки і техніки, а також відповідні вміння та навички;

– суб'єкти дослідження – особи, які володіють спеціальними криміналістичними знаннями, уміннями та навичками, мають право (наділені повноваженнями) проведення таких досліджень та залучені з цією метою стороною обвинувачення, стороною захисту чи слідчим суддею;

– об'єктами дослідження є матеріальні об'єкти – об'єкти, передбачені теорією криміналістичної техніки та (або) окремих напрямів криміналістичних експертиз.

До *факультативних, окремих ознак, притаманних усім техніко-криміналістичним дослідженням*, відноситься те, що для проведення досліджень можуть застосовуватися спеціальні техніко-криміналістичні засоби – засоби криміналістичної техніки.

2. Виходячи з окреслених ознак, *техніко-криміналістичні дослідження* в розслідуванні кримінальних правопорушень – це вивчення матеріальних об'єктів з метою

отримання інформації або виявлення її джерел, яке здійснюється в ході розслідування кримінальних правопорушень з використанням спеціальних криміналістичних знань, умінь, навичок та за потреби – техніко-криміналістичних засобів суб'єктом, який володіє такими знаннями, уміннями та навичками та який правомочний на виконання відповідних досліджень.

3. Поява даного терміна та його широкий ужиток у криміналістиці дозволить об'єднати різні види досліджень в одну групу, чітко окреслити її та відмежовувати від інших існуючих у криміналістиці досліджень, наприклад, передбачених таким розділом криміналістики, як криміналістична тактика. Це також дозволить розглядати дані дослідження на рівні з іншими базовими для криміналістичної техніки науковими категоріями.

Наукова стаття присвячена розгляду такої базової для криміналістики категорії, як «техніко-криміналістичні дослідження». Наголошується, що в більшості випадків у літературі з криміналістики цей термін вживається відносно досліджень документів і ним позначається галузь криміналістичної техніки з однойменною назвою. Водночас термін «техніко-криміналістичні дослідження» без віднесення його до дослідження документів майже не вживається в науковій літературі. Таким чином, на відміну від інших існуючих категорій у криміналістиці, до цього часу чітко не визначено поняття техніко-криміналістичних досліджень та не окреслені їхні ознаки. Це призводить до певних проблем як наукового, так і практичного характеру. Для визначення ознак даних досліджень пропонується використовувати два критерії: за належністю та за обов'язковістю. За першим критерієм ознаки техніко-криміналістичних об'єктів можуть бути загальними обов'язковими та окремими. Загальні обов'язкові ознаки пов'язані із сутністю досліджень, метою їх проведення та сферою використання. Загальні обов'язкові у свою чергу передбачають знання, які використовуються в ході досліджень, суб'єктів та об'єкти техніко-криміналістичних досліджень. Факультативні окремі ознаки пов'язані з технічними засобами, які застосовуються під час проведення таких досліджень. На основі окреслених у роботі ознак зроблено висновок, що техніко-криміналістичні дослідження в розслідуванні кримінальних правопорушень – це вивчення матеріальних об'єктів з метою отримання інформації або виявлення її джерел, яке здійснюється в ході розслідування кримінальних правопорушень з використанням спеціальних криміналістичних знань, умінь, навичок та за потреби – техніко-криміналістичних засобів суб'єктом, який володіє такими знаннями, уміннями та навичками та який правомочний на виконання відповідних досліджень. Окрім цього, як висновок відстоюється позиція, що поява даного терміна дозволить об'єднати різні види досліджень в одну групу, чітко окреслити її та відмежовувати від інших існуючих у криміналістиці досліджень, а також дозволить розглядати дані дослідження на рівні з іншими базовими для криміналістичної техніки категоріями.

Ключові слова: криміналістична техніка, техніко-криміналістичні дослідження, спеціальні знання.

Areshonkov V. Technical-forensic research as a basic category of forensic technology: concepts and features

The scientific article is dedicated to the consideration of such a basic category for criminology as "technical-forensic research". It is noted that in most cases in the literature on criminalistics,

this term is used in relation to the study of documents and it refers to the field of forensic science of the same name. At the same time, the term "technical-forensic research" without referring it to the study of documents is almost not used in the scientific literature. It emphasizes that, unlike other existing categories in criminology, the concept of technical forensic research is still not clearly defined and their features are not outlined. This leads to certain problems, both scientific and practical. It is suggested that two criteria be used to determine the characteristics of these studies: relevance and binding. According to the first criterion, the features of technical-forensic objects can be general mandatory and separate. General mandatory features are related to the nature of the research, its purpose and scope. The general requirements in turn include the knowledge used in the course of research, subjects and objects of technical-forensic research. Optional individual features are related to the technical means used in conducting such studies. Based on the features outlined in the paper, it is concluded that technical-forensic research in the investigation of criminal offenses is the study of material objects in order to obtain information or identify its sources, which is carried out during the investigation of criminal offenses using special forensic knowledge, skills, abilities and if necessary, technical-forensic means, an entity that has such knowledge, skills and abilities and which is authorized to perform relevant research. In addition, the conclusion is that the emergence of this term will combine different types of research into one group, clearly define it and distinguish it from other existing research in forensics, as well as allow to consider the dates of the study on a par with other basic categories for forensic techniques.

Key words: forensic technique, technical-forensic research, special knowledge.

Література

1. Маркусь В.О. Криміналістика : навчальний посібник. Київ : Кондор, 2007. 558 с.

2. Криминалистика : учебник для вузов / Т.В. Аверьянова и др. ; под ред. Заслуженного деятеля науки Российской Федерации, профессора Р.С. Белкина. Москва : Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА М), 2000. 990 с.

3. Криміналістика : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / К.О. Чаплинський та ін. 2-е вид, перероб. і доп. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ ; Ліра ЛТД, 2017. 480 с.

4. Дмитриева Т.Ф. Криминалистическое обеспечение осмотра места происшествия: теория и практика : монография ; под науч. ред. Е.И. Климовой. Витебск : ВГУ имени П.М. Машерова, 2016. 307 с.

5. Салтевський М.В. Криміналістика : навчально-довідковий посібник. Київ, 1996. 219 с. С. 93–94.

6. Кофанов А.В., Кобилянський О.Л., Арешонков В.В. Криміналістична техніка : навч. Посібник ; за ред. А.В. Кофанова. Київ : «КИЙ», 2011. Книга друга. Ч. ІІ. 352 с.

7. Драпкин Л.Я., Карагодин В.Н. Криминалистика : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : Проспект, 2011. 768 с.

8. Лазор Я., Русин Б., Цибочкін В. Програмно-апаратний підхід до техніко-криміналістичних досліджень об'єктів для розкриття злочинів. Вісник Львівського інституту внутрішніх справ. 1996. Випуск 3 Проблеми державотворення.

9. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. 1440 с.

10. Словник української мови : в 11 т. / ред. тому : П.П. Доценко, Л.А. Юрчук ; АН УРСР, Ін-т мовознавства імені О.О. Потебні. Київ : Наук. думка, 1971. Т. 2: Г–Ж. 550 с.

11. Криминалистическая экспертиза / Л.Е. Ароцкер и др. Москва : Высшая школа МООП РСФСР, 1966. Выпуск I. 166 с.

12. Нестеров А.В. Основы экспертной деятельности. Москва : ГУ-ВШЭ, 2009. 168 с.

13. Семенов В.В. Спеціальні знання в розслідуванні злочинів (зміст, організація використання) : автореф. дис. ...

канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ : Київ. нац. ун-т внутр. справ, 2006. С. 15.

14. Гончаренко В.Г., Курдюков В.В., Легких К.В. Спеціальні знання: генезис, предмет, рівні, форми використання в доказуванні. Вісник Академії адвокатури України. 2007. № 9. С. 22–34.

15. Фролов О.В. Суб'єкти застосування спеціальних знань у кримінальному провадженні на стадії досудового розслідування. Часопис Академії адвокатури України. 2014. № 4 (25). Т. 7. С. 77–83.

16. Пясковський В.В., Чорноус Ю.М., Самодин А.В. Криміналістика : підручник ; за заг. ред. В.В. Пясковского. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ : Філія вид-та «Право», 2020. 752 с.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1977

А. Чуб,
кандидат юридичних наук,
здобувач кафедри адміністративного та господарського права
Запорізького національного університету

КЛАСИФІКАЦІЯ СУБ'ЄКТИВНИХ ПУБЛІЧНИХ ПРАВ ПРИВАТНОЇ ОСОБИ

Постановка проблеми. Як свідчить історія виникнення та становлення наукової категорії «суб'єктивні публічні права», з моменту початку активного й глибокого догматичного її відпрацювання теоретики встигли запропонувати безліч її визначень і класифікацій, що свідчить про багатогранність і наукомісткість цього феномена [1, с. 31]. І це не дивно: адже, беручи до уваги поліаспектність взаємодії індивідів і держави та її органів, що виступають як публічна влада, можна впевнено припустити, що досліджувані права надзвичай різноманітні як за сферою суспільних відносин, яких вони стосуються, так і за власним юридичним змістом.

Взагалі метод класифікації виступає одним із найважніших методів наукового пізнання, осмислення та описання закономірностей оточення, а також формою пізнання, базою емпіричного знання, засобом впорядкування знань. Метод класифікації в науці використовується з метою систематизації та організації знань, репрезентації знань у надійному й зручному для огляду, розпізнавання та зіставлення вигляді, відбиття або встановлення порядку речей; представлення знань; використання знань; опосередкованого надання знань.

Класифікацією вважають розподіл предметів певного роду на класи відповідно до найсуттєвіших ознак, притаманних предметам такого роду, що відрізняють їх від предметів інших родів, водночас кожен клас посідає в системі, яка склалася, певне постійне місце й своєю чергою поділяється на підкласи. Класифікування ж є процесом приведення певної предметної галузі в систему, встановлення відносин спорідненості між цими предметами й групування їх у кластери – таксони за ступенем спорідненості. Тобто класифікація як результат класифікування – мережа таксонів різного рангу, в якій знаходить своє місце кожний об'єкті з досліджуваної предметної галузі [2, с. 252].

З зазначеного випливає, що класифікація в адміністративно-правовому дослідженні не може й не повинна відігравати роль яскравої ілюстрації досліджуваного матеріалу або данини науковій традиції; це передусім серйозний гносеологічний інструмент, що виконує функції систематизації знання, описання та пояснення досліджуваного об'єкта, засади конструювання наукових теорій або впорядкування реальної дійсності.

Ступінь наукової розробки проблеми. Розгляд сучасної проблематики класифікації суб'єктивних публічних прав спирається на ґрунтовну теоретичну базу, створену вітчизняними й зарубіжними науковими підходами до дослідження цієї тематики. Тому, беручись до теми класифікації суб'єктивних прав у публічній сфері, дослідник у галузі адміністративного права нині має обов'язково ставити собі питання,

© А. Чуб, 2020

з якою саме метою він збирається її здійснити. У нашому випадку це узагальнення масиву знань і пошук правдивих пояснювальних (теоретичних) моделей розподілу суб'єктивних публічних прав, які можуть бути продуктивно екстрапольовані на весь масив досліджуваних прав і дадуть уявлення про їх різноманітність та однорідність, про загальні й специфічні їхні характеристики.

Метою наукової статті є здійснення класифікації суб'єктивних публічних прав приватної особи.

Виклад основного матеріалу. Базову класифікацію суб'єктивних публічних прав у свій час запропонував ще Г. Еллінек у праці «Система суб'єктивних публічних прав» [3]. Обираючи підставу для розподілу суб'єктивних публічних прав на окремі класи, вчений спирався на думку, що суб'єктивні публічні права по суті є можливістю домагань приватної особи до органів публічної влади, а рівень цих домагань визначений правовим статусом особи – конкретним її становищем стосовно держави. Згідно із цими міркуваннями Еллінек виділив чотири різновиди правового статусу й відповідні категорії суб'єктивних публічних прав:

1) пасивний статус особи (status passivus) характеризується станом підкорення індивіда органам влади, йому відповідають виключно обов'язки приватних осіб стосовно держави. З одного боку, тут ідеться про свободу публічної влади й несвободу приватної особи; з іншого, на думку Еллінека, підкорення приватної особи державі розповсюджується лише на дозволений об'єктивним правом простір, тобто кожне домагання держави до приватної особи повинно мати правове підґрунтя. Іншими словами, суб'єктивне право, що відповідає пасивному статусу, полягає в обмеженості обтяження приватної особи публічно-правовими обов'язками сферою її залучення до державного правопорядку; незаконне обтяження особи обов'язками виступає підставою для оскарження дій публічної влади;

2) активному статусу особи (status activus) відповідають політичні права, що містять права на участь в організації та діяльності публічної влади, у формуванні державної волі (виборчі права, право петицій, свобода спілок, зібрань тощо). Тут вчений демонструє, як реалізація нормативно закріплених можливостей викликає до життя активну громадянську позицію;

3) негативний статус (або свободний статус) (status negativus sive status libertatis) корелює з правами приватних осіб на свободу від держави, від втручання органів публічної влади у сферу наданої приватним особам свободи – з правами на недоторканність особи, житла, імені, на свободу переміщень тощо. Статус свободи, або негативний статус (зазначимо, що слово «негативний» тут позбавлено семантичного відтінку чогось поганого й спирається на розуміння негації як протилежності чомусь, у нашому контексті – свободи як протилежності примусу) означає вільний від втручання держави стан приватної особи. У силу такого становища приватна особа може претендувати на відміну всіх розпоряджень публічної влади, що порушують її свободу, всіх адміністративних актів, що обмежують її права або створюють перешкоди до їх здійснення. Тобто це сфера абсолютного самовизначення індивіда, в яку держава взагалі не має права втручатися. Формальними характеристиками цієї сфери, на думку Еллінека, є, по-перше, індивідуальні цілі й приватні інтереси, по-друге – виключна дія принципу свободи волевиявлення;

4) позитивний статус особи (status positivus) означає, що приватна особа з метою реалізації власних інтересів має право користуватися державними інститутами. Водночас сама держава зобов'язана не тільки не супере-

чити здійсненню цих інтересів, але й у позитивний спосіб сприяти йому. До цієї групи прав Еллінек відносив насамперед право на судовий захист індивідуальних інтересів, порушених органами публічної влади [4, с. 73-75].

Пропонуємо проілюструвати цю класифікацію прикладами суб'єктивних публічних прав, що існують у сучасному українському публічно-правовому полі. По-перше, розглянемо політичні суб'єктивні права, які призначені на підтримку й забезпечення реалізації основних політичних прав, закріплених у ст. ст. 36–39 Конституції України: права на свободу об'єднання в політичні партії та громадські організації для здійснення та захисту своїх прав і свобод і задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів; права брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському й місцевих референдумах, вільно обирати й бути обраними до органів державної влади й органів місцевого самоврядування; права збиратися мирно, без зброї та проводити збори, мітинги, походи й демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування [5].

Слід зазначити, що практичне забезпечення реалізації права на свободу об'єднання відбувається шляхом реалізації суб'єктивних публічних прав, визначених Законом України «Про громадські об'єднання», яким закріплено права й порядок створення та припинення діяльності об'єднання громадян, право на членство в громадському об'єднанні [6], яким відповідає обов'язок органу публічної влади (Мінюсту та його територіальних органів, виконавчих органів сільських, селищних, міських Рад народних депутатів) щодо легалізації об'єднання через внесення його до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців і громадських формувань [7]. Право брати участь у державному управлінні реалізується завдяки таким суб'єктивним публічним правам, як право вільно обирати й право бути обраним, що відповідають адміністративно-правовим статусам виборця та кандидата на виборну посаду й закріплені п. 2 ст. 6 Виборчого кодексу України [8].

Складна ситуація спостерігається у сфері реалізації права на мирні зібрання, де, на відміну від попередніх прикладів, відсутня нормативно закріплена модель поведінки приватної особи чи дій суб'єктів публічної влади, потрібних для реалізації законного інтересу в проведенні мирного зібрання, тобто легітимізоване суб'єктивне публічне право. Насправді дозвіл на реалізацію цього права фактично виданий Конституцією, проте самої моделі реалізації, закріпленої правовою нормою, в чинному законодавстві немає. Умовою реалізації цього конституційного права виступає вимога «завчасного сповіщення місцевих органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування», а ось конкретні терміни цього завчасного сповіщення не визначив навіть Конституційний Суд України, обмежившись указівкою на «прийнятні строки» [9]. Ця ситуація ускладнилась протизаконними рішеннями деяких місцевих органів влади щодо ухвалення власних «порядків проведення мирних зібрань» зі встановленням вимог і строків, які заперечувалися громадянами в судах; врешті-решт судові спори перетнули український кордон і вийшли на рівень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). ЄСПЛ у справі «Вєрєнцов проти України» виніс рішення від 11 квітня 2013 року, в якому встановив, що в Україні не існує жодних правових підстав для обмеження права на мирні зібрання [10].

На наш погляд, вкрай необхідне нормативне закріплення можливої поведінки приватної особи в разі організації мирних зібрань та участі в них, тобто суб'єктивного публічного права, на рівні закону України

«Про мирні зібрання». Прийняття цього акта має супроводжуватися обов'язковим закріпленням у ньому як суб'єктивних публічних прав приватних осіб на мирні зібрання, так і обов'язків органів публічної влади, що забезпечують реалізацію цього права. Це сприятиме спрощенню ситуації у сфері реалізації конституційного права на мирні зібрання та водночас дозволить покращити імідж України як демократичної держави на міжнародній арені.

Суб'єктивні публічні права приватних осіб на свободу від держави можна проілюструвати таким прикладом, як право на інформацію, що містить вільне її використання й розповсюдження. Суб'єктивні публічні права в цій сфері – право на вільний обмін інформацією, свобода вираження поглядів і переконань – закріплюються Законом України «Про інформацію» [11], а ті, що цим правам кореспондують, обов'язки публічної влади щодо забезпечення доступу до необхідної інформації – Законом України «Про доступ до публічної інформації» [12].

Право на користування державними інститутами в розумінні Г. Еллінека означає право на судовий захист; сучасним українським законодавством передбачено здійснення адміністративного судочинства, яке забезпечує можливість захисту прав та інтересів приватних осіб від порушень із боку суб'єктів, наділених владними повноваженнями. Мало того, згідно з принципом інстанційності, закріпленим Законом України «Про судоустрій і статус суддів» [13], вітчизняна судова система організована в спосіб, що забезпечує право на перегляд рішення суду нижчої інстанції судом вищої інстанції. Цей спосіб – інстанційність як принцип організації судової системи – виступає додатковим чинником обмеження можливої владної сваволі у відносинах із приватними особами, посилюючи ефективність судового захисту прав та інтересів останніх [14]. Тобто суб'єктивне публічне право на судовий захист від порушень інтересів приватних осіб суб'єктами публічної влади має декілька (три) рівнів реалізації.

Узагальнюючи результати розгляду класифікації Г. Еллінека, можна дійти висновку, що вчений вважав наділеними суб'єктивними публічними правами активний, негативний і позитивний правові статуси приватної особи; в його теоретичній моделі першому відповідають політичні права, другому – права на свободу від держави, тобто на невтручання держави, третьому – права на користування державними інституціями задля досягнення власних інтересів (у розумінні Еллінека – право на судовий захист, в пізніших розробках – також право на позитивні послуги з боку держави). Пасивний статус індивіда в цій моделі супроводжувався виключно обов'язками приватної особи. Надалі ця класифікація була допрацьована О. Маєром і його прибічниками, завдяки аргументації яких до числа суб'єктивних публічних були віднесені публічно-речові права [1], приклад яких ми також пропонуємо розгледіти детальніше.

Так, до об'єктів суб'єктивних публічно-речових прав серед іншого належать і водні ресурси нашої держави, адже згідно зі ст. 13 Конституції земля, її надра, атмосферне повітря, водні й інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу [5]. Суб'єктивне публічне право безоплатного й безперешкодного водокористування закріплено ст. 47 Водного кодексу України [8], однак на практиці відбувається загальне встановлення огорож і споруд, які блокують доступ громадян до рекреаційних водойм, забороняючи риболовлю, купання та відпочинок біля річки чи моря.

Для виправлення ситуації в плані реалізації зазначеного суб'єктивного права було ухвалено Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення безперешкодного доступу громадян до узбережжя водних об'єктів для загального водокористування», яким закріплено обов'язок органів публічної влади сприяти реалізації права на безоплатне й безперешкодне водокористування: на органи місцевої державної адміністрації чи виконавчі органи сільської, селищної чи міської ради покладається завдання здійснення контролю за забезпеченням безперешкодного й безоплатного доступу громадян до узбережжя водних об'єктів та островів для загального водокористування відповідно до закону [16]. У такому випадку, коли право приватної особи підкріплюється обов'язком органу публічної влади, й можна говорити про суб'єктивне публічне право.

Взагалі у вітчизняному теоретичному просторі адміністративно-правової науки питанню класифікації суб'єктивних публічних прав приділено досить уваги. Водночас легко помітити, що класифікація Г. Еллінека виступає базисом багатьох сучасних наукових розробок, що підкреслює її наукову значущість та евристичну ефективність.

Так, власне бачення розподілу пропонує В.К. Колпаков для адміністративних прав (так у науковій літературі іноді називаються суб'єктивні права громадян у відносинах з органами управління [17], тобто суб'єктивні публічні права):

а) соціально-економічні, які стосуються основ життя людей і становлять базу правового статусу громадян: право на працю, матеріальне забезпечення, право на освіту, на охорону здоров'я;

б) політичні права й свободи – права на свободу думки, совісті, релігії, зібрань, мітингів, демонстрацій, об'єднання в політичні партії; право вносити пропозиції до державних органів і критикувати недоліки, оскаржувати в суді дії посадових осіб; право на судовий захист. Сюди також належать право обиратися та бути обраним у ради будь-якого рівня; право на користування досягненнями культури, свободу наукової, технічної, художньої творчості;

в) особисті права й свободи – права, пов'язані з виконанням громадянами дій, спрямованих на задоволення особистих потреб [18, с. 158–159].

Схожий погляд демонструють автори підручнику «Адміністративне право України», обираючи як критерій розподілу чинник змісту прав і поділяючи адміністративні права громадян на три такі групи:

1) участь у державному управлінні й соціально-політична активність: право на державну службу, внесення пропозицій, одержання необхідної інформації та документів у встановленій формі, проведення зборів, мітингів, демонстрацій, створення громадських об'єднань чи входження в них тощо;

2) одержання допомоги від відповідних компетентних організацій: право на медичну, санітарно-епідеміологічну допомогу, безкоштовне користування благами (бібліотеками, парками тощо), користування транспортом одержання платних та інших послуг;

3) права, що захищаються в адміністративному (адміністративна скарга, адміністративно-юрисдикційне провадження) або в судовому порядку (адміністративний позов).

Взаємодіючи з органами виконавчої влади, вважають учені, громадяни реалізують передусім такі суб'єктивні права: на участь в управлінні; на об'єднання; на проведення мітингів, демонстрацій, зборів; на особисті або колективні звернення до державних органів; на свободу й особисту недоторканність; на недоторканність житла; на пересування; на інформацію; на відшкодування шкоди,

заподіяної незаконними діями державних організацій, а також посадових осіб під час виконання ними службових обов'язків [19].

Подібну диференціацію прав спостерігаємо в іншій науковій праці, де адміністративні права умовно поділяють на такі групи:

1) права, пов'язані з участю громадян в управлінні;

2) права, пов'язані із задоволенням громадянами матеріальних, культурних та інших потреб;

3) права, пов'язані з можливістю захисту своїх прав і свобод [20, с. 52–55].

Висновки. Таким чином, у ході аналізу наукових підходів щодо класифікації суб'єктивних публічних прав нам вдалося встановити, що досліджувані права є розгалуженою системою, що об'єднує досить різні за змістом, сферою використання, нормативно-правовою базою публічно-правові феномени. Якщо ж намагатися вибудувати внутрішню ієрархію цієї системи, то в основу, на наш погляд, слід закласти розподіл суб'єктивних публічних прав на права, пов'язані з участю в публічному управлінні (умовно «публічно-управлінські права»); права, пов'язані з реалізацією законних інтересів у соціальній, культурній, економічній, екологічній тощо сферах («соціокультурні права»); права, пов'язані із захистом і відновленням порушених органами публічної влади прав («захисні права»). Саме ця диференціація має стати стовбуром класифікаційного дерева; так, публічно-управлінські й соціокультурні права можуть розгалужуватися за суб'єктом права – на загальні, спеціальні й індивідуальні; за ступенем можливості реалізації права – на абсолютні й відносні; за галузевою належністю нормативної бази – на адміністративні й змішані тощо; за змістом можливої дозволеної правом поведінки – на права-дії та права-вимоги. Інша ситуація – подальший розподіл захисних суб'єктивних публічних прав, які можуть бути класифіковані за критерієм правових норм, що їх регулюють, на адміністративно-процесуальні й адміністративно-процедурні.

У науковій статті визначено критерії класифікації суб'єктивних публічних прав приватної особи. Розглянуто, що здійснення класифікації суб'єктивних публічних прав обґрунтовує їхнє розуміння як розгалуженої системи, що об'єднує досить різні за змістом, сферою використання, нормативно-правовою базою публічно-правові феномени. Наголошено, що метод класифікації виступає одним із найважніших методів наукового пізнання, осмислення та описання закономірностей навколишнього середовища, а також формою пізнання, базою емпіричного знання, засобом впорядкування знань. Досліджено, що метод класифікації в науці використовується з метою систематизації та організації знань, репрезентації знань у надійному й зручному для огляду, розпізнавання та зіставлення вигляді, відбиття або встановлення порядку речей; представлення знань; використання знань; опосередкованого надання знань. З'ясовано, що побудова внутрішньої ієрархії цієї системи ґрунтується на розподілі суб'єктивних публічних прав на права, пов'язані з участю в публічному управлінні (умовно «публічно-управлінські права»); права, пов'язані з реалізацією законних інтересів у соціальній, культурній, економічній, екологічній тощо сферах («соціокультурні права»); права, пов'язані із захистом і відновленням порушених органами публічної влади прав («захисні права»). Обґрунтовано, що в межах системи суб'єктивних публічних прав виділяються такі групи прав, як публічно-управлінські й соціокультурні, що можуть розгалужу-

ватися. За правочинним суб'єктом виділено загальні, спеціальні й індивідуальні суб'єктивні публічні права; за ступенем можливості реалізації права – абсолютні й відносні; за галузевою належністю нормативної бази – адміністративні й змішані тощо; за змістом можливої дозволеної правом поведінки – права-дії та права-вимоги.

Ключові слова: класифікація, критерії, об'єкт, публічно-управлінські правовідносини, система, суб'єкт.

Chub A. Classification of subjective public rights of a private person

The scientific article defines the criteria for classifying the subjective public rights of an individual. It is determined that the implementation of the classification of subjective public rights justifies their understanding as a branched system that combines quite different in content, scope, legal framework public law phenomena. It is emphasized that the method of classification is one of the most important methods of scientific knowledge, understanding and describing the laws of the environment, as well as a form of knowledge, the basis of empirical knowledge, a means of organizing knowledge. It is emphasized that the method of classification in science is used to systematize and organize knowledge, representation of knowledge in a reliable and easy to view, recognize and compare the form, display or establish the order of things; presentation of knowledge; use of knowledge; indirect provision of knowledge. It was found that the construction of the internal hierarchy of this system is based on the distribution of subjective public rights to rights related to participation in public administration (conditionally "public administration rights"); rights related to the realization of legitimate interests in social, cultural, economic, environmental, etc. spheres ("socio-cultural rights"); rights related to the protection and restoration of rights violated by public authorities ("protective rights"). It is substantiated that within the system of subjective public rights there are such groups of rights as: public administration and socio-cultural rights can be branched. General, special and individual subjective public rights are allocated for the authorized subject; according to the degree of possibility of realization of the right – to absolute and relative; by industry affiliation of the regulatory framework – administrative and mixed, etc.; according to the content of possible behavior permitted by law – on rights-actions and rights-requirements.

Key words: classification, criteria, object, public-administrative legal relations, system, subject.

Література

1. Винницкий А.В. Учение о субъективных публичных правах vs «государственно-управленческого подхода» в науке. Право и политика. 2018. № 12. С. 27–40.

2. Понкин И.В. Классификация как метод научного исследования, в частности в юридической науке. Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. Вып. 37. С. 249–259.

3. Еллинек Г. Система субъективных публичных прав / пер. со 2-го нем. изд-я ; под ред. А.А. Рождественского. Санкт-Петербург, Москва : Изд-во Освобождение, 1913. URL: https://viewer.rusneb.ru/ru/000199_000009_004014568?page=1&rotate=0&theme=white.

4. Зеленцов А.Б. Субъективное публичное право : учебное пособие. Москва : Российский университет дружбы народов, 2012. 148 с.

5. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР (у редакції від 01 січня 2020 р.) / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text.

6. Про громадські об'єднання : Закон України від 22 березня 2012 р. № 4572-VI (у редакції від 28 квітня 2020 р.) / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4572-17#Text.

7. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань : Закон України від 15 травня 2003 р. № 755-IV (у редакції від 16 липня 2020 р.) / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text

8. Виборчий кодекс України : Закон України від 19 грудня 2019 р. № 396-IX (у редакції від 23 липня 2020 р.) / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/396-20#Text.

9. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 39 Конституції України про завчасне сповіщення органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування про проведення зборів, мітингів, походів і демонстрацій (справа щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання) від 19 квітня 2001 р. № 4-рп/2001. База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-01#Text.

10. Івасик С.М. Живи, люби та протестуй: 28 років в очікуванні закону. Українська правда. 2019. 19 вересня. URL: https://www.pravda.com.ua/rus/columns/2019/09/18/7226449/.

11. Про інформацію : Закон України від 02 жовтня 1992 р. № 2657-XII (у редакції від 16 липня 2020 р.) / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text.

12. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13 січня 2011 р. № 2939-VI (у редакції від 15 серпня 2020 р.) / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2939-17#Text.

13. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02 червня 2016 р. № 1402-VIII (у редакції від 20 червня 2020 р.) / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text.

14. Пасенюк О.М. Існуюча система судів України: конституційність та потенціал до удосконалення в ході подальшої судової реформи. Вісник Державної судової адміністрації України. 2011. № 3 (20). С. 14–18.

15. Водний кодекс України : Закон України від 06 червня 1995 р. № 213/95-ВР (у редакції від 07 червня 2020 р.) / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/213/95-%D0%B2%D1%80#Text.

16. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення безперешкодного доступу громадян до узбережжя водних об'єктів для загального водокористування : Закон України від 29 жовтня 2019 р. № 233-IX / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/233-20#Text.

17. Державне правління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. Київ : Факт, 2003. 384 с.

18. Колпаков В.К. Адміністративне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 1999. 736 с.

19. Адміністративне право України : підручник для юридичних вузів і факультетів / Ю.П. Битяк, В.В. Богуцький, В.М. Гаращук та ін. ; за ред. Ю.П. Битяка. Харків : Право, 2001. 528 с.

20. Синявська О.Ю. Суб'єктивні публічні права приватних осіб. Право і Безпека. 2010. № 2. С. 52–55.

УДК 347.122
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1978

Д. Спєсівцев,
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки

ЕФЕКТИВНІСТЬ СПОСОБУ СУДОВОГО ЗАХИСТУ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ НА НЕРУХОМЕ МАЙНО

Постановка проблеми. Незважаючи на те, що термін «ефективність» у контексті способів судового захисту суб'єктивних цивільних прав наразі вживається в положеннях чинного цивільного процесуального (ч. 2 ст. 5 Цивільного процесуального кодексу України [1, ст. 5] (далі – ЦПК України)) й господарського процесуального законодавства (ч. 2 ст. 5 Господарського процесуального кодексу України [2, ст. 5] (далі – ГПК України)), він використовується для комплексного позначання здатності відповідного способу захисту забезпечити досягнення відповідної мети, зокрема у формі припинення порушення суб'єктивних цивільних прав і відновлення вже порушених суб'єктивних цивільних прав. У зв'язку із цим явище, позначуване термінологічним словосполученням «ефективний спосіб захисту», має матеріальний цивільноправовий характер і належить до цивілістичної проблематики цивільноправового захисту суб'єктивних цивільних прав.

Однією зі сфер, для якої проблема ефективності способів захисту має найбільшу актуальність, виступає цивільний оборот нерухомості. Ускладненість механізмів виникнення, переходу й припинення речових прав на нерухоме майно такими елементами, як прийняття об'єкта в експлуатацію, державна реєстрація прав на нього, нотаріальне посвідчення правочинів щодо нерухомості тощо зумовлюють необхідність ретельного підходу до обрання способу захисту відповідних суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно. Адже вбачається, що в певних обставинах правової реальності ефективністю може наділятись один спосіб захисту, в той час, як в інших обставинах – другий. У зв'язку із цим з'ясування сутності ефективності способу захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно є однією з умов визначення порядку застосування відповідного захисного інструментарію в умовах практики правореалізації та правозастосування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблема ефективності способу судового захисту суб'єктивних цивільних прав ставала предметом розгляду таких вчених, як С.С. Алексєєв, І.В. Андронов, І.В. Венедіктова, І.В. Жилінкова, О.С. Іоффе, А.В. Коструба, О.О. Красавчиков, О.О. Кот, Н.С. Кузнєцова, Р.А. Майданик, В.В. Надьон, О.О. Отраднова, М.О. Рожкова, Я.М. Романюк, І.В. Спасибо-Фатєєва, Л.Г. Талан, Р.О. Халфіна, Г.Г. Харченко, С.М. Хорунжий, Я.М. Шевченко, Р.Б. Шишка, О.Я. Явор, В.Л. Яроцький та інші.

Постановка завдання. Мета статті полягає у визначенні сутності ефективності способу судового захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно як умови, що окреслює порядок його застосування

© Д. Спєсівцев, 2020

у випадках практики правореалізації та правозастосування.

Основний матеріал дослідження. Термінологічне словосполучення «ефективний спосіб захисту» знайшло формальне закріплення в положеннях ЦПК України й ГПК України з викладенням цих нормативно-правових актів у новій редакції від 03 жовтня 2017 року. Однак важливість позначуваного ним явища демонструється його втіленням в один із визначальних принципів інституту цивільноправового захисту суб'єктивних цивільних прав.

Аналіз відповідних нормативних положень, судової практики й цивілістичних розробок показує, що ефективність способу захисту є однією з його властивостей, яка може мати різні якісні характеристики. У зв'язку із цим проблему необхідно розглядати структурно, що сприятиме формуванню повного розуміння його правової природи.

1. Належність способу захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно.

Термін «належність» не вживається для позначення властивостей способу захисту в положеннях ані чинного цивільного, ані чинного цивільного процесуального чи господарського процесуального законодавства України. Проте його епізодичне вживання можна зустріти в цивілістичній літературі [3, с. 26; 4, с. 55], а також в окремих судових рішеннях, наприклад, у постанові Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду від 23 червня 2020 року у справі № 905/633/19 [5].

У Великому тлумачному словнику сучасної української мови значення слова «ефективний» описується, зокрема, як «такий, що приводить до потрібних результатів, наслідків, дає найбільший ефект. Який викликає ефект» [6, с. 358]. Своєю чергою «належний» є, зокрема, «таким, який має зв'язок із ким-, чим-небудь, стосунок до когось, чогось. Який потрібний, необхідний, відповідний» [6, с. 721].

У зв'язку із цим слово «ефективний» позначає здатність спричиняти певний результат або найбільший ефект, у той час, як слово «належний» позначає, зокрема, відношення до чогось, відповідність чомусь. Тому належним способом захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно є такий спосіб, що відповідає відповідному праву, стосується нього, а якщо точніше – відповідає порушенню такого права, адже захист протиставляється саме порушенню суб'єктивного цивільного права. Ефективним же способом захисту виступає такий, що здатен, зокрема, припинити порушення, відновити порушене право, забезпечити відшкодування завданої шкоди тощо.

У наукових дослідженнях, у рамках яких розглядається, зокрема, ефективність способу захисту суб'єктивних цивільних прав, можна угледіти спроби вчених схарактеризувати відповідну властивість способу захисту, що належить саме до належності. Наприклад, Т.О. Родоман вказує на те, що вибір способу захисту залежить від характеру правопорушення та особливостей правовідносин між сторонами з метою ефективного їх поновлення [7, с. 69]. І хоча вчений прямо не вказує про те, що відповідний спосіб захисту повинен бути належним, це слідує з описаної ситуації. Перефразовуючи відповідний підхід, ми отримаємо тезу, відповідно до якої спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно повинен відповідати характеру правопорушення та особливостям правовідносин між його сторонами, тобто мати належний характер.

У своїй постанові від 18 грудня 2019 року у справі № 522/1029/18 Велика Палата Верховного Суду, зокрема, вказала, що судом першої інстанції було вірно встановлено, що з огляду на те, що позивач стверджує про перебування з товари-

ством з обмеженою відповідальністю в зобов'язальних правовідносинах, то права позивача повинні захищатися за допомогою відповідних норм інституту зобов'язального права (п. 120) [8, п. 120]. Суд не вказує на те, що позивачем обрано неналежний або неефективний спосіб захисту. Проте, якщо виходити з того, що речово-правові способи не можуть бути використані для захисту зобов'язальних суб'єктивних цивільних прав, вимоги в тому числі, в обороті нерухомості, а ця проблема вимагає окремої уваги, то в зазначеній постанові Суду йдеться саме про обрання позивачем неналежних способів захисту.

Необхідно погодитись із тим, що ефективним може бути лише належний спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно. Проте, зважаючи на ту обставину, що в положеннях чинного цивільного, а також цивільного процесуального й господарського процесуального законодавства України не вживається термін «належний», для практики правореалізації та правозастосування належність способу захисту необхідно розглядати як елемент ефективності. У такому разі під час використання позивачем неналежного за своєю природою способу захисту суд може відмовити в його застосуванні з підстав його неефективності, розуміючи водночас неналежність відповідного способу.

2. Власне ефективність способу захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно.

У світлі викладеного вище належність способу захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно можна розглядати в широкому й у вузькому розумінні. У широкому розумінні належність способу захисту розглядається як його відповідність характеру порушення. У такому розумінні спосіб захисту мислиться окремо від конкретної правової ситуації. У зв'язку із цим належними способами судового захисту речових прав на нерухоме майно взагалі є віндикаційний позов, негаторний позов, позов про визнання права власності й інші.

У вузькому розумінні належність способу захисту визначається його здатністю досягти визначеної мети в конкретній правовій ситуації та є ефективністю у власному значенні цього слова. Зокрема, як зазначає А.М. Мірошниченко, під час розв'язання питання про порушення провадження по будь-якій справі суду слід з'ясовувати, чи приведе застосування способу захисту, обраного позивачем, до захисту його порушеного чи оскарженого права [3, с. 30]. У такому випадку йдеться про конкретну справу й про ефективність (належність) способу в конкретних умовах. Адже, якщо нерухома річ перебуває у фактичному володінні власника, то він не може використати такий спосіб захисту свого права власності на неї, як віндикаційний позов. Незважаючи на те, що цей спосіб захисту права власності належний взагалі, в конкретній ситуації він має неналежний характер, адже позбавлений здатності припинити порушення чи відновити порушене право власника або ж не допустити порушення в разі реальної загрозй його вчинення.

З цього приводу в наукових дослідженнях також відзначається, що ефективний спосіб захисту забезпечує реальний захист прав [4, с. 144].

Відповідне положення знайшло відбиття і в практиці Європейського суду з прав людини. Зокрема, у справі Теренс і Маурін Дорани проти Ірландії Суд вказав на те, що спосіб захисту повинен бути ефективним як у контексті положень законодавства, так і в практиці, а ефективність способу захисту означає в тому числі те, що він повинен бути адекватним і доступним (п. п. 55–62) [9, п. 55–62].

Також Касаційний господарський суд в складі Верховного Суду в постанові від 23 червня 2020 року у справі № 905/633/19 зазначив про те, що

належний спосіб захисту, виходячи із застосування спеціальної норми права, повинен забезпечити ефективне використання цієї норми в її практичному застосуванні – гарантувати особі спосіб відновлення порушеного права або можливість отримання нею відповідного відшкодування (абз. 2 п. 62) [5, п. 62].

У світлі зазначеного, власне ефективним способом захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно є такий належний спосіб, що здатен у коректній практичній ситуації досягти визначеної мети, зокрема у формі припинення порушення, відновлення порушених прав на нерухоме майно, а за неможливості цього – відшкодування завданої шкоди.

3. Рівень ефективності способу захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно.

Положення чинного цивільного, а також цивільного процесуального й господарського процесуального законодавства України не встановлюють критерії, за допомогою яких можна визначити, який із наявних належних та ефективних способів захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно є ефективнішим, а який менш ефективний.

Ця проблема набуває актуального значення в умовах практики правореалізації та правозастосування, коли закон визначає можливість захисту суб'єктивного цивільного права декільком способами або одним із них. Зокрема, в окремих випадках закон прямо встановлює право особи обрати один із декількох пропонованих способів захисту суб'єктивних цивільних прав. Наприклад, ч. 1 ст. 858 Цивільного кодексу України надає право замовнику у випадку відступів підрядником від договору підряду, які погіршили роботу, за своїм вибором вимагати безоплатного усунення недоліків у роботі в розумний строк; пропорційного зменшення ціни роботи або відшкодування своїх витрат на усунення недоліків, якщо право замовника усувати їх встановлено договором [10, ст. 858].

Водночас невизнання права власності особи на нерухоме майно, що супроводжується її позбавленням володіння відповідною нерухомою річчю в окремих випадках виступає умовою одночасного застосування таких способів захисту, як визнання права власності на нерухоме майно і його вимога із чужого незаконного володіння.

Юридичні механізми виникнення, переходу й припинення речових прав на нерухоме майно мають складніший характер у порівнянні з аналогічними механізмами стосовно прав на рухомі речі. Адже для них характерні, зокрема, такі елементи, як прийняття новозбудованого об'єкта нерухомого майна в експлуатацію, державна реєстрація речових прав на нерухоме майно, зокрема, права власності й похідних речових прав тощо. У зв'язку із цим в конкретних умовах практики правореалізації та правозастосування може виникнути ситуація, коли особі необхідно обрати такий спосіб або способи захисту, що здатні забезпечити досягнення найповнішого результату.

Як зазначає А.О. Штанько, ефективність способу захисту оцінюється за фактично досягнутими потрібними результатами відповідно до поставленої мети цивільноправового захисту майнових цивільних прав та інтересів у межах, забезпечуваних призначенням і властивостями цього способу захисту [11, с. 208–209]. У цьому сенсі під «ефективним» слід розуміти такий спосіб, що приводить до потрібних результатів, наслідків, дає найбільший ефект [12, с. 46]. Іншими словами, за можливості застосування одного з декількох або одночасно декількох способів захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно ефективним способом або комбінацією способів вважається той спосіб (комбінація способів), що здатен забезпечити досягнення найбільш

комплексного результату. За наявності можливості застосування способу захисту, що здатен забезпечити повне відновлення порушеного суб'єктивного цивільного права, застосуванню підлягає саме такий спосіб, а не той, що може забезпечити лише часткове його відновлення.

Як приклад можна навести висновок Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду, викладений у постанові від 10 грудня 2019 року у справі № 910/979/19, в якому суд вказав на те, що позивач просить суд визнати за ним право на користування нежитловим приміщенням.

Однак така вимога позивача фактично спрямована на встановлення судом юридичного факту, а задоволення такої вимоги не приведе до реального поновлення прав позивача й не усуне перешкоди в користуванні майном, оскільки зазначена вимога не може бути виконана в примусовому порядку [13, п. 34–37]. Проблема в тому, що в цій справі відповідач чинить перешкоди позивачу в здійсненні ним господарської діяльності на орендованих площах торговельно-розважального центру, зокрема шляхом встановлення охорони й недопущення працівників до торгових точок. У зв'язку із цим, хоча визнання права користування і є належним способом його захисту, що визначений положеннями чинного цивільного законодавства України (п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України) [10, ст. 16], проте в цій конкретній ситуації його використання не здатне забезпечити найповніший ефект. Дійсно, з описаних дій відповідача можна зробити висновок, що він чинить перешкоди позивачу в користуванні відповідним майном, у тому числі й у зв'язку з тим, що не визнає відповідного права позивача. Проте, якщо в цій ситуації буде використано лише такий спосіб захисту права користування нежитловим приміщенням, як визнання такого права, то існує ризик того, що відповідач не припинить здійснення перешкод позивачу в здійсненні такого права. Тобто захист буде неповним і створюватиме передумови для використання додаткових способів. У зв'язку із цим використаний позивачем спосіб є «не досить ефективним» або «менш ефективним» способом захисту, ніж наявні альтернативи, які можуть бути використані в цій ситуації. Тому в контексті усталеної термінології використаний спосіб захисту неефективний.

Висновки й перспективи подальших досліджень. Підбиваючи підсумок під викладеним вище, необхідно зазначити, що ефективність способу захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно є комплексним поняттям, яке стосується властивості відповідного способу захисту та його якісної характеристики.

Зокрема, як така властивість виступає здатність способу захисту забезпечити досягнення відповідного результату у формі припинення порушення, відновлення порушених прав на нерухоме майно, а за неможливості цього – відшкодування завданої шкоди. Іншими словами, це властивість належності способу захисту.

Водночас ефективність у такому сенсі (належність) може розумітись у широкому й у вузькому значеннях. У широкому розумінні належність способу захисту розглядається як його відповідність характеру порушення. У такому сенсі ефективними способами захисту права власності на об'єкти нерухомого майна є, зокрема, віндикаційний, негаторний позови, позов про визнання права власності й інші, які взагалі можуть бути використані для захисту права власності. Своєю чергою у вузькому розумінні ефективним (належним) способом захисту права власності на об'єкт нерухомого майна є такий спосіб, який може досягти визначеного результату в умовах конкретної правової обставини, в тому числі взагалі може бути використаний у відповідних умовах (власне ефективний спосіб).

Водночас характеристика ефективних способів захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно може мати різну якість в конкретних умовах, в яких вони були застосованими. У зв'язку із чим у випадку можливості застосування лише одного з декількох або одночасно декількох способів захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно ефективним способом або комбінацією способів вважається той спосіб (комбінація способів), що здатен забезпечити досягнення найбільш комплексного результату.

Стаття містить результати наукового дослідження ефективності як критерію застосування способу судового захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно. Встановлюється, що в умовах дії положень чинного цивільного, а також цивільного процесуального й господарського процесуального законодавства України ефективність розглядається як визначальний критерій застосування способу захисту в конкретній правовій ситуації. Водночас положення чинного законодавства України не розкривають чітко зміст критерію, що актуалізує необхідність його наукового осмислення, в тому числі в контексті способів захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно.

У процесі дослідження автор звертається до сучасних лексикографічних джерел, які розкривають сутність ефективності як характеристики певного явища, а також до правових позицій вищих судових інстанцій із приводу відповідної властивості способу захисту суб'єктивних цивільних прав.

Встановлюється, що ефективність способу захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно є комплексним поняттям, яке охоплює три компоненти:

1) належність способу захисту в цілому. У такому розумінні належність способу захисту розглядається як його відповідність характеру порушення. Ефективними в такому сенсі способами захисту права власності на об'єкти нерухомого майна є, зокрема, віндикаційний, негаторний позови, позов про визнання права власності й інші, які взагалі можуть бути використані для захисту права власності;

2) власне ефективність способу захисту, яка позначає здатність способу захисту досягти визначеної мети, зокрема не допустити порушення, припинити порушення, відновити порушене право або забезпечити відшкодування завданої шкоди в конкретній практичній ситуації;

3) здатність відповідного способу захисту досягти найкомплекснішого результату (ефекту) в конкретній правовій ситуації.

В умовах, коли для захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно може бути використаний один із декількох способів захисту або одночасно декілька способів захисту, ефективним способом або комбінацією способів вважається той спосіб (комбінація способів), що здатен забезпечити досягнення найкомплекснішого результату.

Ключові слова: захист, спосіб захисту, охорона, нерухоме майно, ефективність.

Spiesivtsev D. The efficiency of judicial way of protection of subjective civil rights on immovable property

The article contains the results of scientific research of the efficiency as a criterion for enforcement the way of judicial protection of subjective civil rights on immovable property. It is defined that in context of current civil as well as civil procedural and commercial procedural legislative provisions of Ukraine the efficiency is

considered as determinative criteria for enforcement appropriate way of protection in concrete juridical situation. At the same time legislative provisions of current civil law of Ukraine do not reveal clearly the nature of mentioned criterion that is the factor that actualizes the necessity of it scientific comprehension particularly in context of ways of protection of subjective civil rights on immovable property.

During the research the author turns to the modern lexicographical sources that reveal the nature of the efficiency as characteristics of certain phenomenon as well as to the juridical positions of highest courts dedicated to appropriate features of the ways of protection of subjective civil rights on immovable property.

It is defined that the efficiency of the way of protection of subjective civil rights on immovable property is a complex concept that covers tree main components:

1) proper character of the way of protection on the whole. According to this meaning the proper character means the conformity of the protective way to the kind of rights violation. The proper way of protection of property rights on immovable property in this context is vindication, negatory lawsuit, lawsuit on recognition of right of property etc. that can be used in appropriate situation for protection of property right;

2) actually the efficiency of protective way that denotes the ability of protective way to achieve the goal, particularly to prevent the violation, terminate it or to provide compensation for the caused damage in concrete practical situation;

3) the ability of appropriate protective way to achieve the most complete result (effect) in concrete juridical situation.

In circumstances when only one among several juridical ways or several ways at one time can be used in order to protect subjective civil rights the effective way or combination of ways is the way (combination of ways) that can provide the most complete juridical result.

Key words: protection, protective way, safeguard, immovable property, efficiency.

Література

1. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2004. №№ 40–41. Ст. 492 (зі змінами).

2. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06 листопада 1991 р. № 1798-XII / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 6. Ст. 56 (зі змінами).

3. Мірошниченко А.М. Обрання належного способу захисту прав на земельні ділянки. Адвокат. 2011. № 1 (124). С. 26–31.

4. Петруня В.В. Поняття та система способів захисту прав суб'єктів господарювання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Одеса, 2019. 221 с.

5. Постанова Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду від 23 червня 2020 р., судова справа № 905/633/19 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/90176799 (дата звернення: 23.07.2020).

6. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. З дод. і допов. Київ, Ірпінь : Перун, 2005. 1728 с.

7. Родоман Т.О. До питання способів захисту цивільних прав та інтересів у контексті положень ст. 16 Цивільного кодексу України. Судова апеляція. 2015. № 4 (41). С. 65–70.

8. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 18 грудня 2019 р., судова справа № 522/1029/18 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/87144996 (дата звернення: 23.07.2020).

9. Judgment of European Court of Human Rights of 31.10.2003 in Case of Terence and Maureen Doran v. Ireland (Application No. 50389/99). URL: https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22it

emid%22:[%22001-61277%22]} (access date: 21.07.2020).

10. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2003. №№ 40–44. Ст. 356 (зі змінами).

11. Штанько А.О. Ефективність визнання права як способу захисту майнових цивільних прав та інтересів. Наук. часопис Нац. акад. прокуратури України. 2014. № 4. С. 200–211.

12. Хоменко М.М. Ефективність способів захисту цивільних прав та інтересів у практиці Європейського суду. Юрид. Україна. 2016. № 5–6. С. 45–53.

13. Постанова Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду від 10 грудня 2019 р., судова справа № 910/979/19 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/86332845 (дата звернення: 23.07.2020).

УДК 338.2:351.863
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1980

Т. Перун,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри адміністративного та інформаційного права
Навчально-наукового інституту права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»

СТРУКТУРНІ ЧИННИКИ МЕХАНІЗМУ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ ДЕРЖАВИ

Постановка проблеми. Трансформація економічної системи в Україні відповідно до змін світового господарства в умовах глобалізації супроводжується значним посиленням ролі інформаційної безпеки як фундаментальної основи економічної ефективності держави в цілому.

Система інформаційної безпеки держави перманентно перебуває під впливом кризових явищ, її складові елементи можуть негативно відбитися на стані об'єктів інформаційної безпеки національної економіки. Важливим завданням економічної науки є змістовне наповнення категорії «інформаційна безпека держави» з урахуванням розвитку сучасного економічного середовища, яке динамічно розвивається в умовах економічної кризи й підвищених ризиків. Нині встановлюються нові відносини між суб'єктами господарювання в напрямку вдосконалення інформаційної безпеки їхньої діяльності. Тому проблема визначення перспективних напрямків інформаційної безпеки держави на сучасному етапі розвитку економіки актуальна, а дослідження теоретичних основ інформаційної безпеки й побудова на їхній основі сучасних методів її оцінки мають важливе прикладне значення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Інформаційна система держави через її виключно важливу роль у ринковій економіці знаходиться у фокусі досліджень вчених-економістів. Теоретичні проблеми, пов'язані з різними елементами системи інформаційної безпеки та їхньої взаємодії, досліджуються в роботах таких зарубіжних авторів: М. Вебера, A.Z. Vieane, G.J. Funke, R.S. Gutzwiller, V.F. Mancuso, B.D. Sawyer, C.D. Wickens та інші.

У національній економічній науці досі залишається дискусійним питання про сутність інформаційної безпеки. Дотепер існує не менше двох десятків визначень, різних за своїм смисловим навантаженням. Серед вітчизняних авторів, які приділяли у своїх роботах значну увагу аспектам інформаційної безпеки, можна виділити М.А. Бендікова, Я.Д. Вишнякова, Л.П. Гончаренко, В.П. Шеломенцева, Г.Б. Клейнера, Л.Г. Окорокова, Е.А. Олейникова, В.Л. Тамбовцева, О.О. Барабаш, В. Мунтіян, С.А. Харченко, В.П. Бочарникова й ряд інших.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Метою статті є дослідження генезису поняття «інформаційна безпека держави», аналіз та обґрунтування основних підходів до трактування сутності механізму інформаційної безпеки держави та його структурних чинників, визначення структури й особливостей взаємодії її складових елементів на кожному рівні забезпечення безпеки держави.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Слід зазначити, що у вісімдесятих роках минулого

© Т. Перун, 2020

століття американський футуролог Alvin Toffler у своїй праці “Previews & Premises: An Interview with the Author of Future Shock and The Third Wave” розглядав інформацію як «один із головних видів сировини, причому невичерпної» [1]. Виник новий тип громадських відносин, в якому основним економічним ресурсом виступає інформація – інформаційне суспільство.

Що ж таке інформація? C. Murdoch, K. Knorr, F. Trager, проаналізувавши різні концепції поняття інформації у своїй роботі “Economics interests & national security” [3], виділили ряд її особливостей (рис. 1).

У наш час термін «інформація» розглядається як правова, економічна, соціальна й політична категорія, тому пропонуємо визначення, яке об’єднує всі її галузеві аспекти: *це універсальна категорія, що пронизує всі сфери суспільної діяльності, опосередковує знання та думки, є засобом спілкування, взаємодії та співробітництва, формування стереотипів мислення та поведінки* (рис. 2).

Впровадження інформаційно-комунікаційних технологій відкрило нові можливості для подальшого розвитку інформаційних процесів і для ефективнішого розвитку державних політико-правових інститутів, суб’єктів економічної діяльності, інститутів громадянського суспільства, а також для найповнішої реалізації прав і свобод громадян. Від ефективного використання можливостей сучасних інформаційних технологій залежить безпека держави й перспективи формування правового інформаційного суспільства, яке може реалізовувати конституційні права й свободи громадян.

Однак інформація – це не тільки творча сила. Вона має потенціал, який може дестабілізувати суспільство, якщо її практично необмежені можливості впливу на людину й суспільство використовуються в інтересах

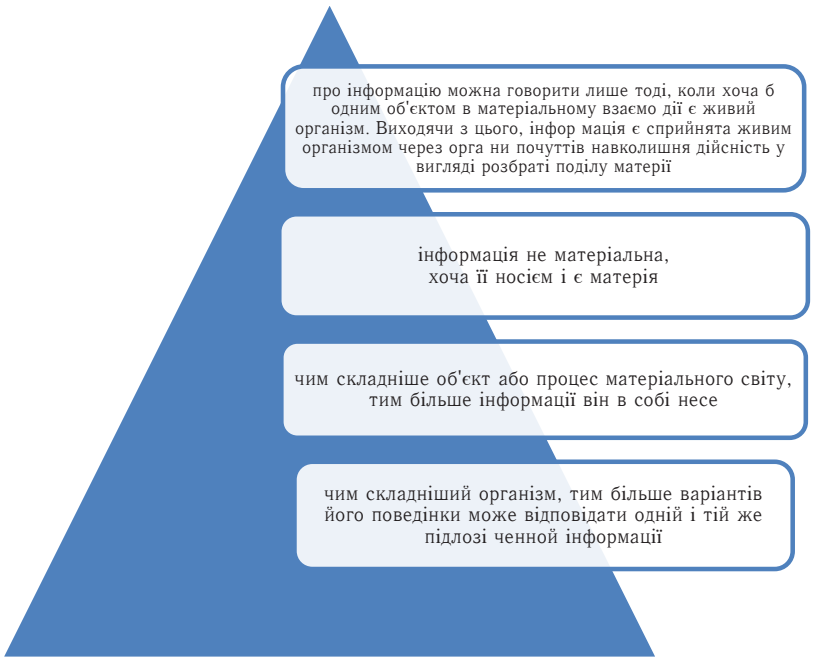

Рис. 1. Визначальні риси інформації як наукової категорії

коаліційних угруповань, окремих держав, політичних угруповань чи окремих осіб. Досвід новітньої історії світу розкрив очевидність: інформація може стати джерелом політичної та соціальної загроз. Цим викликана необхідність державно-правового й суспільного регулювання інформаційних потоків, зокрема діяльності засобів масової інформації (далі – ЗМІ). Виникла сфера політико-правових відносин, що забезпечують інформаційну безпеку особистості, суспільства й держави. Електронні ЗМІ й Інтернет відіграють все більшу роль у політичному житті.

Державні структури, політичні партії, громадські об'єднання відкривають свої сайти й портали, зростають можливості громадянина брати участь у політичному творчому процесі: обговоренні законопроєктів, висуненні ініціатив, участі в інноваційних проєктах і так далі. У зв'язку з інтенсивним розвитком зазначених політичних процесів вельми актуальною стає проблема забезпечення інформаційної безпеки в цій сфері.

Інформаційна безпека у сфері політичних відносин, у політичному процесі може розглядатися як сукупність пов'язаних між собою компонентів, що перманентно взаємодіють.

З процесуального боку інформаційна безпека держави може бути представлена такими основними напрямками:

– інформаційна безпека у сфері політичних інтересів;

– інформаційна безпека у сфері політичних відносин;

– інформаційна безпека у виборчому процесі;

– інформаційна безпека в партійно-політичному процесі;

– інформаційна безпека зовнішньополітичного процесу й тому подібне.

За основними сферами прояву системне вираження інформацій-

Рис. 2. Аспекти інформації

ної безпеки держави локалізується в трьох напрямках:

1) інформаційна безпека у сфері функціонування державних органів влади (державна інформаційна безпека);

2) інформаційна безпека, яка здійснюється у сфері громадянського суспільства (громадська інформаційна безпека);

3) інформаційна безпека особистості, а також особиста інформаційна безпека [7, с. 1179].

Всесвітній день захисту інформаційної безпеки було встановлено 30 листопада 1988 року, коли відбулася перша масова комп'ютерна епідемія, яку спровокував Хробак Моріса (англ. *Morris worm*) [11, с. 20].

Різні компоненти системи інформаційної безпеки держави детально проаналізовано в роботі Nyre-Yu, Megan & Gutzwiller, Robert & Caldwell, Barrett "Observing Cyber Security Incident Response: Qualitative Themes From Field Research. Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society Annual Meetingi" [6].

На думку автора, державно-правовий механізм забезпечення інформаційної безпеки особистості – це система взаємопов'язаних нормативних гарантій та організаційно-діяльнісних елементів, що визначають стан захищеності держави в інформаційній сфері й надають фактичну можливість її громадянам реалізувати свої інформаційні права й свободи.

Структуру механізму забезпечення інформаційної безпеки держави утворюють три елементи: інформаційно-правова, інформаційно-технічна й інформаційно-психологічна безпека.

Інформаційно-правова безпека – це стан захищеності прав громадян на пошук, одержання, зберігання, використання та поширення інформації, а також права на недоторканність інформації про приватне життя. Об'єктами інформаційно-правової безпеки особистості виступають: право людини на інформацію, право на захист від небезпечної інформації, право на недоторканність інформації про приватне життя людини. Право на інформацію – це суб'єктивне право людини, що полягає в можливості вільно здійснювати будь-які операції, пов'язані з пошуком, отриманням, розповсюдженням інформації, як правило, без урахування її призначення та змісту. Право на захист від небезпечної інформації – це суб'єктивне право людини, що полягає в можливості перебувати в стані безпеки від негативних інформаційно-психологічних впливів, у результаті чого здійснювати різні дії, що відповідають її інтересам. Право на недоторканність приватного життя виражається у свободі спілкування між людьми на неформальній основі у сферах сімейного життя, родинних, дружніх зв'язків, інтимних та інших особистих контактів, уподобань, симпатій та антипатій.

Недоліками сучасного стану нормативно-правового забезпечення інформаційної безпеки є: відсутність ратифікації міжнародних документів, термінологічні неточності в нормативних актах, що регулюють питання інформаційної безпеки, розмиті формулювання об'єктів інформаційної безпеки особистості, невизначеність у повноваженнях суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки особистості, неврегульованість питань забезпечення інформаційно-психологічної безпеки, на стадії розробки знаходиться законодавство, що регулює питання забезпечення інформаційної безпеки органів державної влади й місцевого самоврядування в глобальній інформаційній мережі Інтернет.

Інформаційно-технічна безпека. Система інформаційно-технічної безпеки ґрунтується на використанні різних комунікаційних засобів, серед яких нині на першому місці – інформаційні технології. Ідентифікація та авторизація застосовуються для обмеження доступу випадкових і незаконних

суб'єктів інформаційних систем до її об'єктів. Ідентифікація – присвоєння суб'єктам та об'єктам доступу особистого ідентифікатора й порівняння його із заданим. Авторизація – перевірка приналежності особі наданого їй ідентифікатора й підтвердження його автентичності. Іншими словами, авторизація полягає в перевірці того, чи є суб'єкт, що підключається, тим, за кого він себе видає.

Загальний алгоритм роботи таких систем полягає в тому, щоб отримати від суб'єкта (наприклад, користувача) інформацію, що засвідчує його особу, перевірити її справжність і потім надати (або не надати) цьому користувачеві доступ до роботи із системою.

Наявність процедур авторизації або ідентифікації користувачів є обов'язковою умовою будь-якої захищеної системи, оскільки всі механізми захисту інформації розраховані на роботу з ідентифікованими суб'єктами й об'єктами інформаційних систем.

Інформаційно-психологічна безпека – це стан захищеності від негативних інформаційних впливів і впровадження деструктивної інформації у свідомість або підсвідомість особи, що дозволяють спеціальними засобами й методами впливати на психіку і, як наслідок, визначати її поведінку. Проблема відкритості інформації та контролю над нею в процесі розширення використання в державній практиці інформаційної техніки поряд із загрозою для розвитку демократії в цілому несе в собі загрозу порушення прав і свобод особи. Річ у тому, що держава, звичайно, володіє великим, у порівнянні з окремою особистістю, економічним і технічним потенціалом для придбання та використання інформаційних засобів, за допомогою яких цілком можливо контролювати окремих людей або групи. Можна сказати, що ступінь демократичності суспільства в цілому пов'язаний зі ступенем інформованості його громадян.

Однак водночас слід враховувати, що повна свобода інформації може призвести й до прямо протилежного результату – комп'ютерного контролю над особистістю, що рівносильно позбавленню особистої свободи. Вже нині з достатньою підставою можна говорити про те, що інформаційні технології досить широко використовують для контролю над особистістю, що суперечить принципам демократії. Не без підстав багато політологів відзначають, що нині стає все очевиднішою загроза поліцейського й політичного спостереження за індивідами за допомогою інформаційної техніки.

Висновки дослідження та перспективи подальших досліджень у цьому напрямі. Однією з істотних причин інформаційної вразливості держави є нерозвиненість політико-правового механізму, що гарантує її інформаційну безпеку. Ефективне функціонування механізму забезпечення інформаційної безпеки забезпечують політичні інституції держави, що встановлюють і реалізують інтереси, цінності й потреби особистості у сфері безпеки.

Перспективним напрямком для подальших наукових досліджень може стати запропонована автором модель та інші схеми, спільно об'єднані в єдиний механізм забезпечення інформаційної безпеки держави.

З метою вдосконалення нормативно-правового забезпечення механізму інформаційної безпеки держави доцільно:

1) на законодавчому рівні виробити єдину термінологію, характерну для цієї сфери, у формі глосарію як обов'язкового нормативного варіанта для інших правових актів, що стосуються інформаційної безпеки;

2) внести категорію «Законодавство у сфері захисту інформаційної безпеки держави» в Єдиний державний реєстр нормативно-правових актів;

3) уточнити положення Доктрини інформаційної безпеки України,

визначивши, що об'єктами інформаційної безпеки є забезпечення права на інформацію, права на захист від небезпечної інформації, права на недоторканність приватного життя громадян;

4) закріпити перелік видів інформації, яку державні, громадські й комерційні організації зобов'язані надати громадянам у межах реалізації ними механізму інформаційної безпеки, а також встановити, які види інформації та в яких випадках повинні надаватися безкоштовно;

5) прийняти Закон України «Про доступ до глобальної мережі Інтернет», в якому поряд з іншими розв'язувалося б питання забезпечення інформаційної безпеки держави в Інтернеті.

У науковій статті викладається ступінь та еволюція механізму інформаційної безпеки. З'ясовано, що термін «механізм інформаційної безпеки держави» базується на основі детермінантів і принципів безпеки.

Інформаційна безпека країни може розглядатися з позиції забезпечення захисту життєво важливих інтересів усіх громадян, суспільства й держави від внутрішніх і зовнішніх загроз.

Автор зазначає, що інформаційна безпека – це динамічний елемент економіки, який адаптується до вимог свого часу. Таким чином, розглядаючи поняття інформаційної безпеки, слід виходити з визначення рівноваги економічної системи та її подальшого сталого розвитку.

Також розглядається взаємодія засобів масової інформації та державних органів влади. Аналізується впровадження інформаційно-комунікаційних технологій як фактору подальшого розвитку інформаційних процесів та ефективнішого розвитку державних політико-правових інститутів. Розглянуто можливі варіанти підвищення ефективності інформаційного забезпечення державної політики. Показано, що інформаційне забезпечення державної політики з доступом громадян до відкритих державних ресурсів є одним зі складників національних інтересів України в інформаційній сфері.

Автор доходить висновку, що з метою вдосконалення нормативно-правового забезпечення механізму інформаційної безпеки держави доцільно: на законодавчому рівні виробити єдину термінологію, характерну для цієї сфери, у формі глосарію як обов'язкового нормативного варіанта для інших правових актів, що належать до інформаційної безпеки; внести категорію інформаційної безпеки держави в Єдиний державний реєстр нормативно-правових актів; уточнити положення Доктрини інформаційної безпеки України, визначивши, що об'єктом інформаційної безпеки є забезпечення права на інформацію, права на захист від небезпечної інформації, права на недоторканність приватного життя громадян.

Ключові слова: інформаційна безпека, форми інформаційної безпеки, інформаційна безпека держави, напрями формування інформаційної безпеки, механізми державного управління.

Perun T. Structural factors of the state information security mechanism

The paper reseach highlights the degree and evolution of the information security mechanism. It was found that the term "state information security mechanism" is based on determinants and security principles.

The information security of the country can be considered from the standpoint of ensuring the protection of vital interests of all inhabitants of the country, society and the state

in the economic sphere from internal and external threats.

Author notes that information security is a dynamic element of the economy that adapts to the requirements of its time. Thus, considering the concept of information security, we should proceed from the definition of the balance of the economic system and its further sustainable development.

The interaction between the media and state authorities is also considered. The introduction of information and communication technologies as a factor of further development of information processes and more effective development of state political and legal institutions is analyzed. Possible options for improving the efficiency of information support of state policy are considered. It is shown that information support of state policy with access of citizens to open state resources is one of the components of national interests of Ukraine in the information sphere.

The author concludes that in order to improve the regulatory and legal support of the information security mechanism of the state it is advisable: at the legislative level to develop a single terminology specific to this area, in the form of a glossary as a mandatory regulatory option for other legal acts related to information security; to enter the category of information security of the state in the Unified state register of normative legal acts; clarify the provisions of the Doctrine of Information Ukraine Security determining that the objects of information security are ensuring the right to information, the right to protection from dangerous information, the right to privacy of citizens.

Key words: information security, forms of information security, information security of the state, directions of formation of information security, mechanisms of public administration.

Література

1. Toffler A. Previews & Premises: An Interview with the Author of Future Shock and The Third Wave. W. Morrow, 1983. 230 p.

2. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 29 грудня 2016 року «Про Доктрину інформаційної безпеки України» : Указ Президента України від 25 лютого 2017 року № 47/2017 / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/47/2017#Text (дата звернення: 29.07.2020).

3. Economic factors as objects of security : Economics security & vulnerability / C. Murdoch, K. Knorr, F. Trager. Economics interests & national security. Lawrence, 2001. 867 p.

4. National Security Act of 1947. URL: https://history. state.gov/milestones/1945-1952/national-security-act.

5. Bahuguna, Ashutosh and Bisht, Raj and Pande, Jeetendra. Don't Wanna Cry: A Cyber Crisis Table Top Exercise for Assessing the Preparedness against Eminent Threats. International Journal of Engineering and Advanced Technology. Vol. 9. Issue 1. October 2019. P. 3705–3710.

6. Nyre-Yu, Megan and Gutzwiller, Robert and Caldwell, Barrett. Observing Cyber Security Incident Response: Qualitative Themes From Field Research. Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society Annual Meeting. 2019. P. 437–441.

7. Martin J., Dubй C., Coovert M. D. Signal detection theory (SDT) is effective for modeling user behavior toward phishing and spear-phishing attacks. Human Factors. 2018. No. 60 (8). P. 1179–1191.

8. Aggarwal P., Gonzalez C., Dutt V. HackIt: A real-time simulation tool for studying real-world cyber-attacks in the laboratory. CNCS 2019, September. DOI: 10.1007/978-3-030-20488-4_11.

9. VieaneA.Z.,FunkeG.J.,GutzwillerR.S., Mancuso V.F., Sawyer B.D., Wickens C.D. Addressing human factors gaps in cyber defense. Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society. No. 60. P. 770–773 ; Vishwanath A., Harrison B., Ng Y.J. Suspicion, cognition, and automaticity model of phishing susceptibility. Communication Research. 2016. No. 45 (8). P. 1146–1166.

10. Бочарников В.П. Fuzzy Technology: основы моделирования и реше-

ния экспертно-аналитических задач / Б.В. Почарников, С.В. Свешников. Киев : Эльга, НикаЦентр, 2003. 296 с.

11. Steinke J., Bolunmez B., Fletcher L., Wang V., Tomassetti A.J., Repchick K.M., Tetrick L.E. Improving cybersecurity incident response team effectiveness using teams-based research. IEEE Security and Privacy. 2015. No. 13 (4). P. 20–29.

12. Шеломенцев В.П. Сутність організаційного забезпечення системи кібернетичної безпеки України та напрями його удосконалення. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/boz_2012_2_36.

13. Барабаш О.О. Четверте покоління прав людини: загальнотеоретична характеристика. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. 2016. № 837. С. 213–217.

14. Сулейманова Ш.С. Эффективность информационного обеспечения государственной политики: проблемы и перспективы. Коммуникология. 2018. Том. 6. № 1. С. 15–33. DOI: 10.21453/2311-3065-2018-6-1-15-33.

УДК 342.924, 342.922
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1981

Я. Михайлюк,
кандидат юридичних наук, адвокат
Адвокатського об'єднання «ТОТУМ»

АДМІНІСТРАТИВНЕ ОСКАРЖЕННЯ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

Постановка проблеми. Забезпечення ефективного захисту прав і свобод громадян у відносинах з органами державної влади є однією з ключових рис демократичної та правової держави. Належне правове регулювання адміністративних процедур у вказаному контексті відіграє важливу роль.

Ефективне правове регулювання відносин між фізичними і юридичними особами та органами державної влади і місцевого самоврядування (органами публічної адміністрації) убезпечує від зловживань із боку останніх і, як наслідок, є запорукою забезпечення захисту прав та інтересів приватних осіб. Д.В. Луценко, наголошуючи на важливому значенні оскарження в адміністративному праві, вказує, «що оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів публічно-владних повноважень становить інститут демократії і чинник забезпечення демократичності Української держави» [1, с. 23].

Правове регулювання адміністративного оскарження є складником інституту адміністративних процедур. Інститут адміністративних процедур в Україні потребує ґрунтовного оновлення і приведення у відповідність до найкращих світових практик правового регулювання відносин органів публічної адміністрації з приватними особами на основі принципів належного врядування.

Як зазначається в науковій літературі, «концепція належного урядування сформувалася в європейській правовій доктрині на основі та за умови дотримання двох основоположних принципів побудови правових систем провідних західноєвропейських країн – демократії та верховенства права» [2, с. 37].

Дослідження досвіду правового регулювання адміністративного оскарження у країнах ЄС має важливе значення в контексті адаптації українського законодавства до законодавства ЄС та вдосконалення процедур адміністративного оскарження в Україні.

Стан наукового дослідження. Дослідженням правового регулювання адміністративних процедур займалися такі вчені, як В.Б. Авер'янов, К.К. Афанасьєв, Ю.П. Битяк, І.П. Голосніченко, С.Л. Дембіцька, Т.О. Коломоєць, І.Б. Коліушко, Є.В. Курінний, Г.М. Писаренко, А.А. Пухтецька, А.О. Селіванов, В.П. Тимощук та ін. Інститут оскарження в адміністративному праві є предметом дослідження у працях Д.В. Луценка, А.Т. Комзюка, О.В. Кузьменко, Р.О. Куйбіди, В.Г. Перепелюка, С.Г. Стеценка, А.М. Школика та ін.

Метою статті є дослідження сучасного стану правового регулювання адміністративного оскарження, вивчення зарубіжного досвіду оскарження актів публічної адміністрації та на основі порівняльного аналізу формулювання пропозицій та рекомендацій щодо вдосконалення українського законодавства в означеній сфері.

Завданнями статті є:

– аналіз сучасного стану правового регулювання оскарження адміністра-

© Я. Михайлюк, 2020

тивних актів в Україні та основних законодавчих ініціатив щодо його вдосконалення;

– характеристика позитивних прикладів зарубіжного досвіду регулювання процедур оскарження актів публічної адміністрації;

– формулювання пропозицій та рекомендацій щодо вдосконалення правового регулювання адміністративного оскарження.

Виклад основного матеріалу. В юридичній літературі зазначають, що «з точки зору адміністративної процедури таке оскарження можна розглядати як один із видів адміністративної процедури або як її факультативну стадію» [3, с. 206]. Поняття адміністративного оскарження та місце інституту адміністративного оскарження у правовій системі дискується в науковій літературі.

Зокрема, адміністративне оскарження розглядають як «правовий інститут, який являє собою сукупність правових норм, що регулюють суспільні відносини, які виникають у зв'язку з реалізацією фізичною чи юридичною особою права на оскарження рішень, дій та бездіяльності органів виконавчої влади шляхом подання скарги до органу виконавчої влади (посадової особи), що уповноважений здійснювати їх розгляд та вирішення» [4, с. 8].

Також інститут адміністративного оскарження пропонують включати до комплексного інституту оскарження в адміністративному праві, до якого, окрім інституту адміністративного оскарження, входять також інститути судового оскарження та непрямого оскарження [1, с. 14].

В європейській адміністративно-правовій доктрині адміністративне оскарження розглядають значно ширше з точки зору суб'єктів, рішення, дії або бездіяльність яких можуть оскаржуватися. Зокрема, в порядку адміністративного оскарження можуть переглядатися акти всіх органів публічної адміністрації, в тому числі органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян під час здійснення делегованих функцій публічного адміністрування, посадових осіб органів публічної адміністрації.

Узагальнюючи результати дослідження правової природи адміністративного оскарження, варто виділити такі його ознаки:

– адміністративне оскарження виступає факультативною стадією адміністративної процедури, оскільки без попередніх стадій адміністративної процедури неможливим є оскарження рішень, дій чи бездіяльності адміністративного органу;

– адміністративне оскарження реалізується в межах системи органів публічної адміністрації (чи спеціально утворених комісій);

– порядок здійснення оскарження регламентований адміністративно-процедурними нормами;

– в Україні адміністративне оскарження не є обов'язковим перед зверненням до суду, однак у багатьох країнах адміністративне оскарження має обов'язковий характер;

– має безоплатний характер;

– за результатами адміністративного оскарження суб'єкт розгляду скарги може прийняти рішення, яким вирішить справу по суті, на відміну від судового розгляду;

– рішення, прийняте за результатами адміністративного оскарження, є обов'язковим для виконання, проте може бути переглянуто в судовому порядку [5, с. 23].

Згідно з даними статистичних досліджень Ради Бізнес-омбудсмана в Україні адміністративне оскарження має високу популярність. Зокрема, серед 300 опитаних представників бізнесу у 2019 році, якщо є можливість оскаржити спірне рішення (дію, бездіяльність) державного органу спочатку в адміністративному порядку або ж одразу до суду, то 73,3% учасників опитування Ради спочатку подадуть скаргу в адміністративному порядку

і лише 26,7% одразу звернуться до суду [6, с. 7–8].

Однак довіра громадян до інституту адміністративного оскарження невисока, про що свідчать результати України згідно з Індексом Глобальної Конкурентоспроможності у 2018 році, за яким Україна посіла 107-е місце (зі 140 країн) за показником «Ефективність правових механізмів оскарження регуляторних актів».

Така ситуація зумовлена різними чинниками: як перевагами адміністративного оскарження порівняно із судовим, так і його недоліками.

Зокрема, серед основних переваг адміністративного оскарження для приватної особи варто виділити такі:

– доступність: подання скарги в порядку адміністративного оскарження не вимагає спеціальних знань, залучення адвоката та в переважній більшості може бути реалізовано особою самостійно, на відміну від судового оскарження, що в більшості випадків вимагає залучення адвоката;

– оперативність: строки розгляду скарг в порядку адміністративного провадження на практиці є значно коротшими порівняно із судовим розглядом, що забезпечує дотримання принципу правової визначеності;

– безоплатність: адміністративне оскарження є безоплатним, на відміну від судового, що в більшості випадків передбачає сплату судового збору, окрім винятків, коли судовий збір не сплачується;

– результативність: у результаті розгляду адміністративної скарги уповноваженим органом може бути прийнято рішення по суті, на відміну від судового розгляду, у випадках коли суд не може втручатися в дискреційні повноваження органів публічної адміністрації.

Незважаючи на вказані переваги, адміністративне оскарження в Україні не позбавлено таких недоліків, як:

– низька ефективність: у результаті розгляду більша частина скарг залишається без задоволення. Зокрема, під час розгляду податкових спорів відповідно до даних, розміщених на офіційному сайті Державної податкової служби України, в результаті адміністративного оскарження у 2019 році було скасовано 23,4% оскаржуваних податкових повідомлень-рішень;

– суб'єктивність та упередженість: під час розгляду скарг у порядку адміністративного провадження відсутні ефективні механізми забезпечення неупередженості та безсторонності, які наявні під час розгляду справи у суді;

– відсутність реальних механізмів оскарження в окремих випадках: така ситуація має місце, зокрема, в разі відсутності органу вищого рівня, що може виступати суб'єктом розгляду скарги, наприклад, під час оскарження рішень органів місцевого самоврядування;

– залишається відкритим питання корупційних ризиків і загального рівня недовіри до органів державної влади в Україні, що значно вище, ніж у багатьох європейських країнах.

Узагальнюючи досвід правового регулювання адміністративного оскарження, західноєвропейські науковці виділяють «два основні типи адміністративних апеляцій: обов'язкова та диспозитивна (необов'язкова). Перший тип застосовується у великій кількості правових систем (серед яких Німеччина, Нідерланди, Угорщина, Словенія, Польща, Сербія, Данія, Чехія, Румунія), де виключається позов до суду за відсутності попереднього адміністративного оскарження. На рівні законодавства ЄС попередні адміністративні апеляції необхідні в окремих випадках: до відкриття Європейською Комісією процедур стосовно порушення законодавства Союзу державами-членами, у разі надання державного фінансування державами-членами, у випадках коли йдеться про доступ до документів ЄС, у справах про спори, пов'язані з державною службою в органах ЄС» [7, с. 540].

З іншого боку, «другий тип апеляції (фр. – recours administratif), що застосовується у французькій юридичній системі та частково в Бельгії, Італії, вказуючи на певні наслідки здійснення адміністративного оскарження (наприклад, продовження строків подання позову в судовому порядку), не визначає адміністративне оскарження як обов'язкове» [7, с. 541].

В українському законодавстві попереднє адміністративне оскарження перед зверненням до суду не є обов'язковим. Відповідно до ст. 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення. Однак у цій же статті закріплено положення про те, що законом може бути визначений обов'язковий досудовий порядок урегулювання спору, що фактично дає можливість на законодавчому рівні встановити обов'язкове адміністративне оскарження.

Законодавчі ініціативи з регулювання адміністративних процедур в Україні досі не увінчалися успіхом. Починаючи з 2001 року й дотепер, було підготовлено багато проєктів спочатку Адміністративно-процедурного кодексу, а пізніше Закону «Про адміністративну процедуру». Зокрема, сьогодні на розгляді у Верховній Раді України знаходиться черговий проєкт Закону України «Про адміністративну процедуру» № 3475 від 14.05.2020 року. Нещодавно відбулись перші зрушення в розгляді цього законопроєкту, його розглянуто та прийнято в першому читанні.

Однак вказаний законопроєкт не позбавлений недоліків, зокрема, в контексті адміністративного оскарження потребують уточнення положення щодо суб'єктів розгляду скарг.

Зокрема, в законопроєкті № 3475 збережено норму, яка містилася в попередніх законопроєктах, що суб'єктом розгляду скарги може бути утворено комісію з розгляду скарг, яка діє на громадських засадах. Причому рішення такої комісії мають рекомендаційний характер для органу державної влади. Науковці, досліджуючи інститут адміністративного оскарження, піддають критиці пропозицію щодо розгляду скарг спеціальною комісією, яка діє на громадських засадах. Д.В. Лученко, зазначає, що «недоліками правового регулювання діяльності комісій з розгляду скарг, що передбачене в проекті Адміністративно-процедурного кодексу України, є те, що їх створення є правом, а не обов'язком адміністративного органу, їхні рішення носять рекомендаційний характер, а склад цих комісій формується не на фаховій основі» [8, с. 228–229].

Звертаючись до зарубіжного досвіду адміністративного оскарження, варто звернути увагу на порядок розгляду адміністративних скарг. Зокрема, в Нідерландах відповідно до ст. 6:4 Акту загального адміністративного права передбачено два способи адміністративного оскарження: подання заперечення та подання адміністративної апеляції. Повідомлення про заперечення подається до адміністративного органу, який видав розпорядження. Адміністративна апеляція подається до апеляційного органу.

Відповідно до ст. 73 Закону про адміністративну процедуру Республіки Естонія заперечення подається через адміністративний орган, що видав адміністративний акт чи здійснив захід, адміністративному органу, що здійснює наглядовий контроль за адміністративним органом, що видав адміністративний акт чи здійснив захід, який заперечується. За відсутності адміністративного органу, що здійснює наглядовий контроль за адміністративним органом, що видав адміністративний акт чи здійснив захід, який заперечується, заперечення розглядається адміністративним органом, що видав адміністративний акт чи здійснив захід, який заперечується.

Згідно з параграфом 2 ст. 127 Кодексу про адміністративні провадження Республіки Польща компетентним для розгляду апеляцій є орган публічної адміністрації вищого ступеня, якщо законом не передбачений інший апеляційний орган.

Таким чином, в європейських країнах в основному розгляд скарг на адміністративні акти здійснюється або органом вищого рівня, або органом, що прийняв оскаржуване рішення, якщо орган вищого рівня відсутній. Причому неупередженість та об'єктивність під час розгляду скарг забезпечується через заборону посадовій особі, яка брала участь у прийнятті оскаржуваного акта, брати участь у розгляді скарги на нього.

Висновки та перспективи подальших досліджень. Аналізуючи сучасний стан правового регулювання адміністративного оскарження в Україні, варто зазначити, що наразі відсутнє його ефективне правове регулювання. Закон України «Про звернення громадян» містить застарілі положення та не відповідає сучасним вимогам до регулювання суспільних відносин. Правові норми про порядок адміністративного оскарження містяться в нормативно-правових актах різної юридичної сили.

Зазвичай порядок адміністративного оскарження є різним залежно від сфери суспільних відносин, які регулюються тим чи іншим нормативно-правовим актом. Наприклад, Податковий кодекс України закріплює порядок оскарження рішень контролюючих (податкових та митних) органів, Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» установлює порядок оскарження рішень, дій та бездіяльності у сфері державної реєстрації тощо.

Загальний (рамковий) порядок адміністративного оскарження, який може застосовуватися незалежно від сфери суспільних відносин, сьогодні відсутній. Звичайно, що вирішення цього питання є частиною більш широкої проблеми і пов'язане з відсутністю загального нормативного акта, спрямованого на регулювання адміністративних процедур.

Доцільність та необхідність уніфікованого правового регулювання адміністративних процедур, у тому числі порядку адміністративного оскарження, підтверджена досвідом правового регулювання означених відносин у західноєвропейських країнах. Про ефективність такого правового регулювання свідчить як високий рівень довіри громадян до органів публічної адміністрації, так і широке застосування такого механізму і, порівняно з Україною, низький відсоток судового оскарження актів органів публічної адміністрації.

Подальшого дослідження потребують окремі аспекти правового регулювання адміністративного оскарження, вивчення зарубіжного досвіду правового регулювання аналогічних суспільних відносин з метою вдосконалення існуючого законодавства в означеній сфері та доопрацювання проєкту Закону України «Про адміністративну процедуру».

У статті проведено наукове дослідження сучасного стану правового регулювання адміністративного оскарження в Україні. Окрему увагу присвячено проблемі прийняття загального нормативно-правового акта щодо регулювання адміністративних процедур. Проаналізовано переваги та недоліки адміністративного оскарження в Україні. Зокрема, до переваг адміністративного оскарження віднесено доступність, оперативність, безоплатність, результативність. Натомість серед недоліків, що притаманні адміністративному оскарженню, виділено такі як низька ефективність, суб'єктивність та упередженість, відсутність реальних

механізмів оскарження в окремих випадках.

Детально розглянуто проблему суб'єкта розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність органів публічної адміністрації. Розгляд адміністративних скарг органом вищого рівня є найефективнішим, однак не завжди такий орган наявний. У цьому випадку в західноєвропейських країнах зазвичай застосовується механізм перегляду, тобто розгляд скарги здійснюється органом, який видав оскаржуваний адміністративний акт. При цьому з метою забезпечення неупередженості та об'єктивності посадова особа чи особи, які видали оскаржуваний адміністративний акт, не можуть брати участь у розгляді такої скарги. Розгляд скарг на рішення, дії чи бездіяльність органів публічної адміністрації спеціальними комісіями з розгляду скарг не є ефективним, зважаючи на рекомендаційний характер їхніх рішень та необов'язковість їх створення.

Проаналізовано досвід західноєвропейських країн у сфері правового регулювання адміністративного оскарження та виокремлено дві основні моделі адміністративного оскарження: обов'язкове та необов'язкове, кожна з яких наділена як перевагами, так і недоліками.

За результатами проведеного дослідження наголошено на необхідності вдосконалення сучасного стану правового регулювання через прийняття єдиного акта щодо регулювання адміністративних процедур загалом, так і адміністративного оскарження зокрема.

Ключові слова: адміністративне оскарження, адміністративна процедура, оскарження актів органів публічної адміністрації, правове регулювання адміністративного оскарження, правове регулювання адміністративних процедур.

Mykhailiuk Ya. Administrative appeal: current state and development prospects

The article is a scientific study of the current state of legal regulation of administrative appeals in Ukraine. Particular attention is paid to the problem of adopting of general legal act regulating administrative procedures. The advantages and disadvantages of administrative appeal in Ukraine are analyzed. In particular, the advantages of an administrative appeal including accessibility, efficiency, free of charge, and effectiveness. Instead, the disadvantages of administrative appeal including low efficiency, subjectivity and partiality, lack of real mechanisms for appeal in some cases.

The problem of the subject of consideration of complaints against decisions, actions or inaction of public administration bodies is considered in detail. The consideration of administrative complaints by a higher level body is the most effective, but such a body is not always available. In this case, in Western European countries, the review mechanism is usually used. The review of the complaint is carried out by the body that issued the contested administrative act. However, in order to ensure impartiality and objectivity, the official or persons who issued the contested administrative act may not participate in the consideration of such a complaint. Consideration of complaints against decisions, actions or inaction of public administration bodies by special commissions for review of complaints is not effective due to the recommendatory nature of their decisions and the optional nature of their creation.

The experience of Western European countries in the field of legal regulation of administrative appeals is analyzed and two main models of administrative appeals are

singled out: obligatory and optional, each of which is endowed with both advantages and disadvantages.

According to the results of the study, it is needed to improve the current state of legal regulation through the adoption of a single act on the regulation of administrative procedures in general, and administrative appeals in particular.

Key words: administrative appeal, administrative procedure, appeal of acts of public administration bodies, legal regulation of administrative appeal, legal regulation of administrative procedure.

Література

1. Лученко Д.В. Інститут оскарження в адміністративному праві : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07 ; Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2017. 36 с.

2. Пухтецька А.А. Запровадження принципів та стандартів належного урядування у діяльності публічної адміністрації. Наук. зап. НаУКМА. 2010. Т. 103. С. 36–40.

3. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. Київ, 2003. 384 с.

4. Грибок І. О. Оскарження рішень органів виконавчої влади в адміністративному порядку : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 ; НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2006. 19 с.

5. Михайлюк Я.Б. Перспективи удосконалення правового регулювання оскарження у сфері надання адміністративних послуг з урахуванням європейського досвіду. Адміністративне право і процес. 2016. № 2 (16). С. 21–34.

6. Системний звіт. Адміністративне оскарження: поточний стан та рекомендації / Рада бізнес-омбудсмена. Київ, 2019. 80 с.

7. Dragos D., Marrani D. Administrative Appeals in Comparative European Administrative Law: What Effectiveness? URL: https://www.researchgate.net/publication/312705391_Administrative_Appeals_in_Comparative_European_Administrative_Law_What_Effectiveness (viewed on August 31, 2020).

8. Лученко Д.В. Про новий проект Адміністративно-процедурного кодексу України в аспекті проблем адміністративного оскарження. Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». 2013. № 1 (12). С. 223–231.

УДК 341: 343.3
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1982

Т. Сергєєва,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри правоохоронної та антикорупційної діяльності
Навчально-наукового інституту права
Міжрегіональної Академії управління персоналом

ЗАПРОВАДЖЕННЯ МІЖНАРОДНИХ АНТИКОРУПЦІЙНИХ СТАНДАРТІВ У НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

Існування корупції в суспільстві свідчить про те, що вона задовольняє певні потреби суспільної системи, відіграє специфічну роль в її підтриманні як єдиного цілого. З цього боку корупція пов'язана не лише з вадами суспільства, недосконалістю людської природи, а також із низькими моральними якостями носіїв корупційних відносин. Вона зумовлена також тим, що формальні, закріплені нормативно моделі відносин між державними й приватними суб'єктами не можуть забезпечити повноцінного функціонування системи й тому об'єктивно доповнюються неформальними відносинами. Специфічною формою цих відносин і є корупція.

Україна зазнає тих самих негативних наслідків від корупції, що й інші країни. Усвідомлення того, наскільки деструктивно корупція впливає на розвиток суспільства, спонукає нашу державу до активної боротьби з корупцією та тісніше міжнародне співробітництво в цій сфері. Зовнішнім стимулом подолання корупції є необхідність підвищення іміджу України на міжнародній арені. Водночас внутрішнім стимулом є прагнення забезпечити стабільний розвиток національної економіки. Очевидний той факт, що обсяги залучення іноземних інвестицій є обернено пропорційними до рівня корумпованості держав. Так, оцінка міжнародних експертів має значний вплив на привабливість національної економіки держави для іноземних інвесторів.

Проблема боротьби з корупцією в різних її проявах вже багато років не припиняє хвилювати світ. Цього питання торкається не мала кількість науковців, які, досліджуючи його, намагаються знайти причини й способи подолання цього шкідливого явища. Слід зазначити, що окремі теоретичні й практичні аспекти боротьби з корупцією представлені в працях таких вчених, як Л. Астаф'єв, М. Бурменський, К. Вишневська, А. Гайдук, Д. Заброда, О. Медвецька, М. Мельник, О. Прохоренко й інших. Недарма така тема роками залишається актуальною.

Мета статті – аналіз положень міжнародних угод щодо протидії корупції та імплементація норм у законодавство України.

У сфері боротьби з корупцією Україна співпрацює з рядом міжнародних організацій, насамперед із Радою Європи й структурами Організації Об'єднаних Націй, зокрема Управлінням ООН із наркотиків і злочинності, на яке нині покладені

 © Т. Сергєєва, 2020

функції Секретаріату Конвенції ООН проти корупції. Україна приєдналася до Конвенції ООН проти корупції 12 грудня 2003 р.

Механізм взаємного огляду державами-учасницями стану виконання зобов'язань за Конвенцією ООН проти корупції почав діяти у 2010 році. Україну було обрано одним із перших об'єктів такого огляду. Шляхом жеребкування було визначено, що зазначений огляд у нашій країні будуть проводити експерти з Польщі й Словенії. З української сторони в процесі огляду стану виконання конвенції брали участь експерти з ряду державних установ, зокрема Міністерства юстиції, Служби безпеки, Генеральної прокуратури й інших. Крім того, українські експерти дали свою оцінку стану виконання положень Конвенції разом із супровідними матеріалами й поясненнями [1].

Участь у першій хвилі механізму огляду стану виконання Конвенції ООН дала можливість Україні на практиці здійснити ревізію національного антикорупційного законодавства, отримати інформацію про досвід інших країн-учасниць Конвенції в їх кроках із подолання корупції, а також визначити потреби, які має наша країна в технічній допомозі з метою подальшої імплементації положень Конвенції.

Україна й інші держави, які беруть участь у реалізації Стамбульського плану Організації економічного співробітництва й розвитку, висловили свою згоду здійснювати його положення задля сприяння розвитку, економічному зростанню та соціальній стабільності.

Рада Європи розробила кілька міжнародно-правових документів у цій сфері: Кримінальну Конвенцію Ради Європи про боротьбу з корупцією 1999 р., Цивільну Конвенцію Ради Європи про боротьбу з корупцією 1999 р., Двадцять принципів боротьби з корупцією 1997 р., Модельний кодекс поведінки для державних службовців 2000 р., Єдині правила протидії корупції під час фінансування політичних партій і виборчих кампаній 2003 р. Контроль за реалізацією зазначених документів покладено на Групу держав Ради Європи проти корупції (далі – ГРЕКО).

Приєднання до Цивільної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією зробило Україну сороковим членом Групи держав Ради Європи проти корупції. Приєднавшись до цього міжнародного інструменту, Україна взяла на себе зобов'язання брати участь у процесах взаємного оцінювання щодо виконання антикорупційних рекомендацій цієї міжнародної організації. Раунди оцінювання, що вже були проведені, стосувалися діяльності спеціальних органів із боротьби з корупцією, імунітету посадових осіб щодо кримінального переслідування, попередження корупції в системі державного управління.

У зв'язку з набуттям для України чинності Цивільної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією з 1 січня 2006 р. Україна стала сороковим членом ГРЕКО.

Приєднавшись до ГРЕКО, Україна зобов'язалась брати участь у процесі взаємної оцінки в рамках Групи. У травні 2009 р. на пленарному засіданні ГРЕКО затверджено звіт щодо виконання Україною антикорупційних рекомендацій цієї міжнародної організації. Ці рекомендації надано Україні за результатами першого й другого раундів оцінки. Зазначені раунди оцінки були присвячені діяльності спеціалізованих органів, які займаються запобіганням корупції, питанням імунітету посадових осіб щодо кримінального переслідування, а також питанням виявлення, вилучення та конфіскації доходів та іншого майна, отриманих внаслідок корупції, попередження корупції в системі держаного управління, відповідальності юридичних осіб за корупційні злочини.

Нині триває Третій раунд оцінювання України. У його рамках

у квітні 2011 р. відбувся візит експертів ГРЕКО до України, в ході якого вивчалася ситуація стосовно імплементації в українське законодавство положень Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією та Додаткового протоколу до неї, а також рекомендацій Ради Європи щодо фінансування політичних партій. Заслуховування та затвердження звіту за результатами зазначеного оцінювання заплановано під час пленарної сесії ГРЕКО в жовтні 2011 р. [2].

Аналогічний механізм взаємної оцінки використовується для контролю за дотриманням та імплементацією положень Конвенції ООН проти корупції. Відповідно до графіка проведення оцінювання, Україна є однією з перших країн, щодо якої проводиться оцінка стану імплементації згаданої Конвенції ООН.

Крім того, Україна бере участь у зовнішньополітичній ініціативі держав-членів Європейського Союзу (далі – ЄС) «Східне партнерство», яку було започатковано у 2009 р. задля зміцнення стосунків зі східними сусідами ЄС та яка є продовженням східного напрямку наявної Європейської політики сусідства.

З метою виконання та імплементації норм міжнародного права щодо протидії корупції в Україні впроваджується та вдосконалюється власна система антикорупційного законодавства.

Антикорупційне законодавство України розвивається з урахуванням міжнародних зобов'язань, а також найкращих практик міжнародних регіональних та універсальних організацій. З урахуванням положень зазначених інструментів відбувається поступова імплементація до нашого правового поля різних міжнародних документів.

Рівень протидії корупції є одним із визначальних факторів, що характеризує державу як територію з високим рівнем економічної захищеності господарської діяльності, захищеності держави від зловживання службовим становищем державними службовцями під час виконання службових обов'язків, високим рівнем свободи здійснення підприємницької діяльності й сприятливим середовищем для інвестування. Бажання України вийти на світові ринки обміну товарів і послуг і міжнародні інтеграційні процеси повинні спонукати її до покращення як внутрішнього національного законодавства, так і імплементації міжнародно-правових актів [3].

Базовою складовою частиною успішної протидії корупційним проявам є належне антикорупційне законодавство. У вузькому розумінні антикорупційне законодавство – це закони й інші нормативно-правові акти, які встановлюють спеціальні законодавчі положення щодо запобігання корупції, визначають ознаки корупційних правопорушень і відповідальність за їх вчинення, регулюють діяльність державних органів чи їх спеціальних підрозділів, до компетенції яких належить протидія корупції, координація такої діяльності (контроль) і нагляд за нею [4].

Суть антикорупційного законодавства насамперед полягає в тому, щоб: по-перше, обмежити, нейтралізувати чи усунути чинники корупції, запобігти конфліктам інтересів (з особистих і службових підстав), на нормативному рівні – визначити межі правомірної та етичної поведінки особи, уповноваженої на виконання функцій держави, зробити вчинення корупційних правопорушень справою невигідною та ризикованою, врешті, досягти того, щоб особа чесно й сумлінно виконувала свої службові обов'язки; по-друге, чітко визначити ознаки корупційних правопорушень, передбачити адекватні заходи відповідальності за їх вчинення, належним чином врегулювати діяльність органів державної влади та їх окремих підрозділів, що безпосередньо протидіють корупції [5, с. 104].

Аналіз чинного національного законодавства України свідчить, що

в державі існує та продовжує удосконалюватися нормативно-правова база, спрямована на протидію корупції. В основі будь-якого нормативно-правового акта України лежить Конституція. Загальними основами законодавства України, визначеними в Конституції України, є принципи правової держави, верховенства права й дотримання приписів міжнародного права (ст. ст. 1, 8, 9, 18) [6]. Такі принципи насамперед відповідають прагненням України створити сприятливе правове середовище як для власних громадян, так і для іноземців, і покращити свій імідж на міжнародній арені.

Основою для протидії корупції, зокрема у сфері здійснення підприємницької діяльності, є принцип «свободи підприємницької діяльності», закріплений у ст. 42 [6]. В основу цього принципу покладено свободу кожного громадянина займатися будь-якою підприємницькою діяльністю, крім тієї, що заборонена або обмежена законодавством. Такі відносини характеризуються переказними правами й обов'язками між державою в особі органів державної влади й суб'єктами підприємницької діяльності.

Створення сприятливого середовища для ведення підприємницької діяльності містить наділення кожного підприємця можливостями добросовісно виконувати свої обов'язки перед державою, водночас отримувати різнопланову допомогу з боку органів державної влади щодо ведення підприємницької діяльності, а також забезпечення кожного підприємця рівними правами й обов'язками.

Важливою передумовою для здійснення цього принципу є добросовісне виконання приписів антикорупційного законодавства всіма суб'єктами різних видів правовідносин.

Таким чином, можна зробити висновок, що Конституція України створює базис та окреслює основи антикорупційного законодавства, що втілюються у вигляді нових нормативно-правових актів у цій сфері. Крім того, Конституція закріплює зобов'язання держави й кожного громадянина дотримуватися норм міжнародного права.

Закони й підзаконні акти в цій сфері значним чином модернізовано внаслідок системного міжнародного впливу на Україну з приводу впровадження антикорупційних заходів. Особливо інтенсивним виявився період 2014–2015 рр., коли було ухвалено ряд законів, що містили новаторські для правової системи антикорупційні механізми: «Про запобігання корупції», «Про Національне антикорупційне бюро України», «Про прокуратуру», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпече'ння діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції», «Про публічні закупівлі» тощо [7, с. 23–24].

Окремий блок складають закони, якими вдосконалено адміністративну й кримінальну відповідальність за корупційні правопорушення: «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією», «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб)», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення законодавства у сфері запобігання і протидії корупції» [8].

Стан імплементації Україною антикорупційних стандартів перебуває під постійною увагою відповідних міжна-

родних інституцій, які за наслідками моніторингу готують регулярні звіти, де відзначається ступінь прогресу виконання наданих рекомендацій і, в разі потреби, надаються додаткові або уточнені рекомендації.

На виконання рекомендацій Європейської комісії щодо удосконалення процедури конфіскації майна ухвалено Закон «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо виконання рекомендацій, які містяться у шостій доповіді Європейської комісії про стан виконання Україною Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України, стосовно удосконалення процедури арешту майна та інституту спеціальної конфіскації» від 18 лютого 2016 р. [9].

Однією з найважливіших проблем антикорупційної політики України є її несистемність і відсутність методологічної бази.

З початку 2018 р. в Україні відсутня Антикорупційна стратегія – комплексний документ загальнодержавного рівня, який визначає заходи із запобігання та протидії корупції. Без цього антикорупційні заходи були здебільшого несистемними й нескоординованими. Проєкт Антикорупційної стратегії, підготовлений Національним агентством із питань запобігання корупції, був розкритикований громадськістю, отримав значну кількість зауважень від національних і міжнародних експертів, а профільний парламентський комітет рекомендував Верховній Раді України відхилити його.

Виходячи з найкращого досвіду зарубіжних країн щодо створення дієвого національного механізму протидії корупції, варто створити в Україні єдиний централізований орган із боротьби з корупцією. Його створення дозволить уникнути дублювання функцій ряду державних органів із протидії корупції, що є однією із суттєвих помилок побудови української інституційної антикорупційної системи.

Крім того, на нашу думку, доцільно, щоб такий орган займався, серед іншого, питаннями розслідування фактів корупції, ускладнених іноземним елементом. Саме такий вид корупції є найскладнішим із боку можливості його розслідування та покарання винних осіб і тому потребує окремої уваги законодавця.

Таким чином, діяльність із реформування національного антикорупційного законодавства має відбуватися з урахуванням міжнародних зобов'язань України, а також з урахуванням зарубіжної практики. Водночас виконання будь-яких міжнародних зобов'язань у цілому й у сфері протидії корупції зокрема насамперед залежить від рівня правосвідомості в державі.

Стаття присвячена дослідженню законодавства України у сфері протидії корупції. Виявлено, що чинне законодавство лише частково враховує положення міжнародних антикорупційних договорів, стороною яких є Україна. Ряд питань залишаються лише частково врегульованими або взагалі неврегульованими. Зазначено, що корупція деструктивно впливає на розвиток суспільства. Спонукає нашу країну до активної боротьби з корупцією здійснення міжнародного співробітництва у цій сфері. Зроблено акцент на співпраці України з Радою Європи й структурами Організації Об'єднаних Націй у сфері боротьби з корупцією. Підкреслено значення для України Цивільної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією та проаналізовано основні моменти виконання Україною положень міжнародної угоди. Зазначено, що з метою виконання та імплементації норм міжнародного права щодо протидії корупції в Україні впроваджується та вдосконалюється

власна система антикорупційного законодавства.

Проаналізовано норми щодо вдосконалення адміністративної та кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення. Закони й підзаконні акти в цій сфері значним чином зазнали змін внаслідок міжнародного впливу на Україну міжнародних організацій із приводу впровадження антикорупційних заходів та їх виконання.

Приділено увагу захищеності господарської діяльності й створенню сприятливого середовища для ведення підприємницької діяльності у світлі добросовісного виконання приписів антикорупційного законодавства всіма суб'єктами різних видів правовідносин.

Запропоновано використати досвід зарубіжних країн щодо створення дієвого національного механізму протидії корупції. Варто створити в Україні єдиний централізований орган із боротьби з корупцією, який не дублюватиме функції ряду державних органів із протидії корупції. Доцільно, щоб такий орган займався питаннями розслідування фактів корупції, ускладнених іноземним елементом. Зазначено, що нині українське антикорупційне законодавство ще має бути переглянуте у світлі базових положень міжнародних документів, що удосконалить чинне законодавство.

Ключові слова: корупція, міжнародно-правовий механізм, міжнародне співробітництво, антикорупційне законодавство, імплементація.

Serhieieva T. International anti-corruption standards and national legislation of Ukraine

The article is devoted to the study of Ukrainian legislation in the field of anti-corruption. It was found that the current legislation only partially takes into account the provisions of international anti-corruption agreements to which Ukraine is a party. A number of issues remain only partially settled or not settled at all. It is noted that corruption has a destructive effect on the development of society. Encourages our country to actively fight corruption, in particular, through international cooperation in this area. Emphasis is placed on Ukraine's cooperation with the Council of Europe and United Nations structures in the fight against corruption. The importance of the Council of Europe Civil Convention against Corruption for Ukraine was emphasized and the main points of Ukraine's implementation of the provisions of the international agreement were analyzed. It is noted that in order to implement and enforce the norms of international law on combating corruption in Ukraine, its own system of anti-corruption legislation is being introduced and improved.

The norms on improving administrative and criminal liability for corruption offenses are analyzed. Laws and by-laws in this area have undergone significant changes due to the international influence of international organizations on Ukraine regarding the implementation of anti-corruption measures and their implementation.

Attention is paid to the protection of economic activity and the creation of a favorable environment for doing business in the light of conscientious compliance with the requirements of anti-corruption legislation by all parties to various types of legal relations.

It is proposed to use the experience of foreign countries to create an effective national mechanism for combating corruption. It is necessary to create a single centralized anti-corruption body in Ukraine, which will not duplicate the functions of a number of state anti-corruption bodies. It is advisable that such a body

should deal with the investigation of corruption complicated by a foreign element. It is noted that today the Ukrainian anti-corruption legislation has yet to be revised in the light of the basic provisions of international documents, which will improve the current legislation.

Key words: corruption, international legal mechanism, international cooperation, anti-corruption legislation, implementation.

Література

1. Здійснення Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції – оцінка громадянського суспільства: стенограма засідання круглого столу у Комітеті Верховної Ради України з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією від 07 грудня 2011 р. URL: http://crimecor.rada.gov.ua/komzloch/control/uk/publish/ article?art_id=48405&cat_id=46352&showHidden=1 (дата звернення: 19.04.2020).

2. Участь України в міжнародному співробітництві у сфері запобігання та протидії корупції. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_35749 (дата звернення: 19.04.2020).

3. Медвецька О.О. Поняття, ознаки та види корупційних злочинів, їх особливості відповідно до актів міжнародного законодавства. Підприємництво, господарство і право. 2015. № 7. С. 42–48.

4. Прохоренко О.Я. Протидія корупційним проявам у системі державної служби України: організаційно-правовий аспект. Київ, 2004. 206 с.

5. Мамзин А.С., Рожин В.П. О законах функционирования и законах развития. Вопросы философии. 1965. № 4. С. 3–8.

6. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. URL: http://zakon.nau.ua/doc/?code=254%EA/96-%C2%D0 (дата звернення: 20.08.2020).

7. Вишневська К.О. Імплементація міжнародних антикорупційних стандартів у національне законодавство України. Право і суспільство. 2015. № 5.2. С. 22–28.

8. Антикорупційний портал. URL: http://www.acrc.org.ua/ (дата звернення: 20.08.2020).

9. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо виконання рекомендацій, які містяться у шостій доповіді Європейської комісії про стан виконання Україною Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України, стосовно удосконалення процедури арешту майна та інституту спеціальної конфіскації : Закон України від 18 лютого 2016 р. № 1019-VIII / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради. 2016. № 11. Ст. 127.

УДК 342.365:342.156:342.514
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1983

В. Мельник,
кандидат политических наук,
ассистент кафедры политологии
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко,
преподаватель кафедры философии и общественных наук
Винницкого национального медицинского университета имени Н. И. Пирогова,
главный редактор журнала «Анналы юридической истории»,
член Американского общества юридической истории

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТЬ ТЮРКСКОГО КАГАНАТА (552–568 ГГ.): ИРАНО-ВИЗАНТИЙСКИЙ АСПЕКТ

Тюркский каганат просуществовал с 552 по 603 годы, распавшись на два формально единые образования – *Западно-тюркский каганат (603–658 гг.)* и *Восточно-тюркский каганат (603–744 гг.)* [1, с. 5]. Название народа «тюрки» (в древности – «тюркюты» [1, с. 6]) впервые можно встретить в записях китайских историографов, датированных 542 годом. Изначально прототюркские племена, именовавшиеся «*Ашина*» [1, с. 22–23], занимались промышленной добычей и обработкой железа в предгорьях Алтая. Здесь же они подчинились власти монголоязычного *Жужаньского каганата (330–555 гг.)* [2, с. 32]. В 542 г. ашинские племена объединились с некоторыми алтайскими сородичами и приняли общее название «*тюрки*». Заметим, что выдающийся востоковед, арабист и тюрковед Василий Бартольд (1869–1930) неоднократно утверждал: *понятие «тюрки» необходимо дословно переводить как «люди закона»* [3, с. 22].

Как и белые гунны-эфталиты, племена Ашина состояли в прямом генетическом родстве с когда-то могущественным племенем хунну и, соответственно, гуннской элитой, управлявшей Поволжьем с 158 г. и правившей Восточной Европой в 376–454 гг. Ашинский вождь Бумын принял титул кагана и в кропопролитной войне 542–551 гг. разгромил соперников-жужаней. Именно Бумын стал основателем суверенного политического образования (вождества), получившего звучное наименование «*Вечный Эль Тюркского народа*». Племенная аристократия племени Ашинов объединилась при Бумын-кагане в единую династию и признала род Бумына достойным править всеми «людьми закона», то есть «тюрками». *Таким образом, изначально понятие «тюрки» подразумевало даже не столько этническое родство с подчиненными северокитайским жужаням ашинцами, сколько признание власти ашинского правителя*. Если племя входило в состав военной орды Бумына, то оно немедленно объявлялось «тюркским».

Около 544 г. тюрки вступили в активные дипломатические отношения с китайскими царями из династии Западная Вэй (535–556 гг.). Характерно, что представители этой «китайской» династии имели сяньбийское происхождение и, соответственно, с легкостью понимали не только политические устремления «*Великого Эля Тюркского народа*», но и язык *алтайских степняков* [1, с. 9–10]. В 545 г. состоялась великолепная церемония признания «политических прав тюрок» в вэйской

© В. Мельник, 2020

столице Чанъань (теперь Сиань). Там китайцы признали название «Вечный Эль Тюркского народа» [4, с. 130] и объявили о своей поддержке ашинским притязаниям на управление всеми племенами Жужаньского каганата. Китайцы послали официальных представителей в степную ставку Бумына на Алтае и заключили союз формального сюзеренитета с «младшими» тюркскими представителями [1, с. 27].

Около 546 г. в состав Великого Эля вошли сибирские племена телеутов. С этого момента тюркское войско начало умножаться в геометрической прогрессии, а каган Бумын постепенно сумел реализовать главную договоренность с вэйскими китайцами – нанёс сокрушительный удар по Жужаньскому каганату [5, с. 181]. В 551 г., после разгрома жужаней, взаимные договорённости вэйцев и ашинцев были подтверждены. Китайцы признали Великий Эль как политически «состоятельное» образование, однако же Бумын-каган в свою очередь признал верховную суверенную власть китайского императора из династии Западная Вэй.

На грани 551 и 552 гг. (предполагаем, учитывая степные алтайские традиции, что это произошло весной 552 г.) Бумын принял новый титул, дарованный ему императорской ставкой Западной Вэй [1, с. 28]. *Он стал «ильханом» («правителем народов»), составив костяк орды Великого Эля из ашинцев и телеутов*. Впрочем, во второй половине 552 г. Бумын умер, и вся полнота власти перешла к его сыну Кара Иссык Хану.

Хотя сын Бумына, официально признанный «вторым ильханом тюрков» в китайской столице Чанъань, пребывал на «степном троне» менее одного года (552–553), он отличился целенаправленно динамичным государственным строительством. В частности, Кара Иссык Хан сокрушил остатки жужаней, не желавших входить на подчиненных правах в состав Вечного Эля. *Ильханов тюркских народов Кара Иссык Хан впредь повелел называть «Гёктюрк Каганами», то есть «Правителями Небесных Тюрок»*.

В середине 553 г. орда *Кара Иссык Хана Гёктюрка* вступила в сражение с ближайшими сородичами жужаней из Маньчжурской степи – аварами [6, с. 143]. Великая тюркско-аварская битва произошла у правого притока Селенги (на р. Орхон, теперь – Монголия). Значительная часть аваров была уничтожена, меньшая вошла в состав Великого Эля на правах жужаней (т. е. на подчинённых правах «младших братьев») [1, с. 28–30]. Еще меньшая часть была вынуждена спасаться бегством маленькими тропами в монгольских горах Букрат. *Их переход через реку Орхон в западном направлении стал исходной точкой для нового витка Великого переселения народов и появления аваров на западном берегу Волги в 557 г.* [7, с. 92], где новую переселяющуюся азиатскую орду зафиксировали византийские хроники, отмечая дерзость, корыстолюбие и тщеславие аварских вождей [8, *Excerpta de Legationibus gentium ad Romanos*, 1; 9, *Menandr Protector*, *Fr.* 5, 18].

Резюмируем общепринятые характеристики летописных сообщений о дальнейших событиях, имевших знаковое и важное значение для развития восточноримской теории юридической правосубъектности.

Остатки разбитой на Орхоне аварской армии, проделав дальний путь, сумели, однако, оперативно подчинить своей власти (за четыре года!) ираноязычные племена аланов [10] и савиров [11, с. 114] на Северном Кавказе, являвшиеся, в ходе противостояния Византии и Персии за грузинскую Лазику (552–562 гг.), федератами Восточной Римской империи. Параллельно авары подчинили тюркоязычные протобулгарские племена «утригуров» [12, с. 24–25], жившие на Азовском море и ранее

также получившие lex foedus от императора Юстиниана Великого [13; 14, с. 7–61]. По всей видимости, новоподчиненные аварам византийские федераты (никогда официально не отказывавшиеся от такого правового статуса) рассказали аварской знати о «несметных сокровищах Константинополя» [15, p. 194]. С этим и связано требование их первого посольства, прибывшего с Волги в Константинополь в конце 557 г., – «бояться аваров как самого могущественного племени Скифии и предоставить им драгоценности и земли в пределах империи для поселения» [16, *Agath. Hist.* V, 10; 17, *Theoph. Chron.* A. M. 6050]. Такое противоречивое требование Юстиниану лично высказали посланцы аварского кагана Баяна, участвовавшие в дворцовых мероприятиях в течение января-февраля 558 г. Юстиниан снабдил послов большими подарками для кагана Баяна и всей аварской знати, а также охраной, ведшей послов «через Скифию» вплоть до начала донско-волжских кочевий аварских воинов [1, с. 36]. В итоге Баян принял предложение императора – получил lex foedus [18, с. 195] на Волго-Донское междуречье и провозгласил аварский союз племен официальными федератами Восточной Римской империи [9, *Menandr Protector, Fr.* 5, 9, 14; 19, *Theophyl. Simoc.*, III. 6.11, 14; 20].

Как и в случае с правлением Теодориха Великого (493–526) или Хлодвига (481–511), каган Баян получал от Юстиниана признание его «*наместником Скифии*» и заверение в защите со стороны императорского войска от потенциальных притязаний ашинцев-тюрок [21, с. 359–363].

Необходимо понимать, что хорошо осведомленный Юстиниан знал о слабости аварской элиты (не только благодаря шпионам из Персии, но, главным образом, благодаря хорошо налаженной поставке информации в черноморском бассейне и на прилегающем к нему Северном Кавказе). Аварская элита была мала числом и выигрывала только умением объединять вокруг себя чтивших военную доблесть тюрок и номадов-иранцев, кочевавших вдоль течения великих восточноевропейских рек (Волга, Дон, Днепр, Южный Буг). Собственно, только это умение Юстиниан и оценил. *Император, носивший титул «победителя антов»*[1] [22, с. 195], *стремился к полному объединению Скифии под своей властью и рассматривал территорию от Дуная до Волги в качестве северной границы Византии* [23, с. 59–92]. Приход жужаньских аваров не срывал Юстиниану политическую игру, а наоборот, её укреплял [другая точка зрения: 21, с. 362]. Не надо было посылать никаких войск или специально обученных стратигов в Тирас, Ольвию, Херсонес или Боспор. *Объединение «скифских» кочевых племён (совершенно разнородных и полиэтничных, с мощными вкраплениями славянской, германской, иранской, гуннской крови) в единое политическое образование, подконтрольное официальному Константинополю, теперь должно было осуществиться аварскими руками.*

Итак, военно-политический старт Аварскому каганату (типичному кочевническому вождеству по своей внутренней юридической структуре [о «вождестве» 24, с. 29; 25, pp. 164–169; 26, с. 8–10; 27]), просуществовавшему в Европе согласно правовой санкции Юстиниана Великого с 558 по 805 годы, дала экспансия Кара Иссык Хана Гёктюрка в пределах современной Монголии. К слову, именно родной дядя Иссык Хана по имени Муган-каган в дальнейшем возглавил Вечный Эль Тюркского народа (с 553 г.) [1, с. 28], став, пожалуй, самым выдающимся тюркским ильханом («Гёктюрк-каганом»).

[1] Полный титул Юстиниана: «Император Цезарь Флавий Юстиниан владыка Алеманнский, Готский, Франкский, Германский, Антский, Аланский, Вандальский, Африканский» [22, с. 195].

Первоначальные действия Муган-кагана (553–572) в монгольской степи были связаны с необходимостью «добить» верные жужаньскому правлению племена, объединившиеся с некоторыми жужаньскими вождями и активно пытавшиеся восстановить Жужаньский каганат в пределах новообразованного Вечного Тюркского Эля [28, с. 31].

Славные воины-жужани, поддержанные некоторыми остатками монгольских аваров, сумели привлечь к своему восстанию китайское государство Северная Ци во главе с «цзицзином» Вэнь Сюань-Ди Гао-Яном (годы правления: 529–559). Вышло так, что Западная Вэй поддержала Тюркский Эль, а Северная Ци выступила на стороне жужаней. Таким образом, тюрки органично вошли в сферу междоусобных войн, отравлявших китайскую жизнь в течение всего VI-го века [1, с. 30–32]. Каждая из феодализирующихся китайских политий, провозглашая себя единственной китайской империей, пыталась создать ударный отряд в лице собственной вассальной орды монгольских степняков [28, с. 36–39]. В частности, Северная Ци отказалась признать Тюркский Эль и называла его территории и племена жужаньскими. Муган-кагану, в самом начале правления, было даже нанесено китайцами сокрушительное поражение у границ владений Северной Ци.

Противостояние вэйско-тюркского и ци-жужаньского союзов длилось целых два года. *В 555 г. Западная Вэй одержала верх.* Остатки жужаней, с вассально зависимыми аварскими семьями, были изгнаны из Северной Ци и пленены вэйской армией. *В 556 г. вэйцы передали пленников Муган-кагану, организовавшему казнь трёх тысяч мужчин и распределившему жужаньских женщин между своими приближенными. Так окончилась жужаньская история* [28, с. 34]*, а жизнь аварских беженцев оказалась навсегда связанной с Центрально-Восточной Европой.*

Родной дядя Муган-кагана Истеми-каган был назначен командующим «западной Ордой Тюркского Эля», куда вошли многие западноалтайские племена. Именно эта часть тюркской орды нанесла ряд сокрушительных поражений белым гуннам-эфталитам и начала тюркскую экспансию в пределах ираноцентричной Средней Азии [1, с. 33].

Еще в 554 г. персидский шахиншах Хосров Ануширван (531–579) отправил посольство с богатыми подарками в кочевья Муган-кагана и предложил Великому Элю мирный договор на достаточно заманчивых условиях [29, с. 585]. Тюрки должны были помочь Хосрову разгромить эфталитов, за что «царь царей» обещал им поселение вдоль всей восточной границы Ирана, извечное денежное содержание и государственные посты. *Фактически «тюркский ход» Хосрова (554 г.) можно анализировать, сравнивая с ответом Юстиниана аварскому посольству четырью годами позже (558 г.).* Оба «царя царей» жаждали приобщить большие степные конгломераты народов (в первом случае тюрок, во втором случае – аваров) к делу государственного обустройства и реформирования собственных империй. Хосров Ануширван хотел, наконец, разрешить эфталитскую проблему и не видел способа лучше, чем «выбить клин клином». Само персидское войско было ослаблено постоянными войнами «на два фронта» (с Восточной Римской империей на западе, с эфталитами на востоке) и не могло окончательно уничтожить своих противников ни на одном направлении. Персы нуждались в помощи тюрок, также как и тюрки нуждались в персидском покровительстве для своего цивилизационного развития и территориальной экспансии.

Юстиниан Великий также пытался «лечить подобное подобным». Тюрко-

язычные аварские элиты, признанные в савирской, булгарской и алано-осетинской федератской среде благодаря собственному мужеству в противостоянии Тюркскому Элю, представлялись императору Юстиниану реальной возможностью сплотить всех кочевников Северного Причерноморья, подчинив их, наконец, единой политической воле Константинополя, посредством устройства единого административно-территориального центра власти [у Л.Н. Гумилева другая точка зрения: 1, с. 39].

Получив в 558 г. lex foedus на владение поволжскими и донскими степями, каган Баян обязывался по первому требованию выставлять войска для помощи Юстиниану, а также должен был проводить военные операции в центральных и западноевропейских странах под руководством византийских стратегов. *Схема была близкой к персидско-тюркской модели взаимоотношений: Юстиниан финансировал, Баян воевал*. Впрочем, сами авары тоже сознавали все слабые стороны византийской внешней политики, поскольку изначально пытались «устрашить» Юстиниана. Восточноримская армия, как и персидское войско, устала от постоянной необходимости противостоять врагам на двух фронтах. С одной стороны, Восточная Римская империя тратила огромные средства на содержание своих контингентов по всему североафриканскому побережью, в Италии, Провансе, Испании. Кстати, в отличие от Хосрова Ануширвана, Юстиниан Великий вдесятеро больше денег тратил на свой военно-морской и торговый флот (средиземноморскую коммуникацию), а также был вынужден постоянно перестраивать громадное количество крепостей (взять хоть бы даже Дару возле месопотамского Нисибиса). С другой стороны, перманентное состояние войны на ирано-византийской границе не добавляло лишних золотых солидов имперской казне Византии. Вот почему Юстиниан должен был не пренебрегать аварами, но радоваться их желанию «вступить» в имперское сообщество. Византийцы и авары поняли друг друга. Следовательно, уже в 558 г. авары стали частью восточноримского политического пространства, признав высшую власть Юстиниана.

Хосров Ануширван, однако, добился аналогичного статуса «сюзерена» степной орды на четыре года раньше Юстиниана Великого. *Договор между Тюркским Элем и Эраншахром был скреплен взаимными клятвами на Алтае в марте 554 г.* Дочь Истеми (родного дяди Муган-кагана) была отдана в жёны Хосрову Ануширвану и должна была стать его «главной женой» [29, с. 586]. *В ответ Муган-каган признавал верховную власть шахиншаха над Тюркским Элем и передавал ему «для военной нужды» всю западную орду под командованием теперь уже официального шахиншахского тестя Истеми-кагана*.

Отметим, что отправка Истеми «на подмогу» Эраншахру многими на Алтае воспринималась как почетная ссылка в памирские горы и как попытка Муган-кагана избавиться от угрожающего его власти родственника. Муган продолжал активно сотрудничать с китайцами, участвуя в их междоусобных конфликтах и выжимая с локальных «императоров» значительные подарки. В свою очередь Истеми-каган очень быстро достиг небывалых для тюрок-ашинцев результатов. Эфталиты терпели поражение за поражением, даже без помощи измождённых византийскими войнами иранских контингентов. *В конце 554 г. все сынцзянские племена, семиреченские кочевья, Хотан и почти весь Хорезмийский оазис признали верховную власть Вечного Эля Тюркского народа* [1, с. 34]. В марте 555 г. Истеми-каган вышел на берега Аральского моря, а *к январю 557 г. передовые тюркские отряды появились на левом берегу Волги*

[1, с. 35]. Именно это галопирующее приближение тюрок-ашинцев вынудило в 557 году аварского кагана Баяна срочно искать союза с Юстинианом Великим [1, с. 36; 30, с. 8–9]. Впрочем, и Константинополь, и авары с новоподчинёнными им булгарами, аланами и савирами понимали, что без подхода основной орды, находившейся в Алтайской степи, тюрки никогда не начнут форсировать Волгу и открыто вторгаться в де-юре византийскую Восточную Европу, предпочитая предварительно упрочить своё политическое влияние в пределах только что завоёванных оазисов Средней Азии.

Вся территория современного Казахстана, начиная от установившейся теперь китайско-казахской границы, значительная часть современных Узбекистана и Туркменистана, с Бухарой и Самаркандом включительно, а также вся Сынцзян-Уйгурская автономия нынешнего Китая, большая часть долин таджикского и афганского нагорий, благодаря действиям полководца Истеми стали владениями Тюркского каганата. Убийство тюркского посольства эфталитами (560 г.) привело к окончательному разгрому белых гуннов-эфталитов тюрками на территории современной Кашкадарьинской области Узбекистана (в 565-м году). Главная битва возле крепости Карша продолжалась целых восемь дней и окончилась грандиозной победой шахиншахского тестя Истеми [1, с. 40]. В середине 565-го года даже существовала реальная угроза полной оккупации тюрками Хорасана. В итоге Хосров Ануширван, окончив войну с Восточной Римской империей, поспешил к восточным границам и восстановил персидский контроль над ранее подвластной эфталитам Бактрией. Граница между Новоперсидским царством и Вечным Тюркским Элем прошла вдоль реки Амударьи [29, с. 587–588]. *Муган-каган вновь подтвердил верховную власть Хосрова, продолжая, однако, ежегодно признавать также сюзеренитет китайских властителей*. Установив наконец дружеские отношения с Истеми-каганом и признав его вторым человеком в Тюркском Эле, Муган пытался лавировать между Ираном и Китаем, получая наибольшие выгоды на обоих направлениях. Грабить и жечь близлежащие области Муган запретил всем своим *багадурам (то есть «богатырям»* [1, с. 34] – *военачальникам, «генералам» или «комитам» на римский манер)*. Получив контроль благодаря примирению с Истеми-каганом над территориями вплоть до берегов восточного побережья Каспийского моря и астраханской дельты Волги [29, с. 586–587], алтайский Гёктюрк-каган закономерно увидел возможность создания крепкого и политически самостоятельного государства вокруг Великого Шелкового пути. *Соответственно, уничтожать Китай не входило в интересы кочевников. Тюрки желали продолжения дружеских, а когда было необходимо, то и вассальных отношений с китайцами ради получения монополии на провоз через свои территории китайского шелка и великого множества иных товаров*. Все ключевые оазисы этой величайшей международной торговой дороги после официального договора между Муган-каганом и Хосровом Ануширваном о разделе эфталитских владений (566-й год) находились под прямым контролем Вечного Тюркского Эля [1, с. 41–43].

Крупнейшие городские центры Хорезма еще десятилетием ранее признали власть Истеми и Мугана. *Договор же Мугана и Хосрова от 566 г. предусматривал юридическое признание Эраншахром права тюрок на приобретённые в Средней Азии земли* [29, с. 587–589]. Получив такую юридическую «индульгенцию», тюрки не стали ждать и обратились к феодальным китайским правительствам с просьбой присылать караваны

товаров и не бояться грабителей или войн, поскольку тюркская орда обязалась охранять каждого купца. Муган-каган ввёл в действие закон о неприкосновенности всех торговцев в пределах Вечного Тюркского Эля. *Все же товары, происходившие из Китая и пересекавшие владения тюркского Гёктюрк-кагана в любом направлении, признавались на время их пребывания в границах Эля личной собственностью кагана тюрков. Тронуть товары означало оскорбить кагана и быть убитым.* Тюрки активно занимались восстановлением коммуникаций и инфраструктуры вдоль древнего Великого Шелкового пути [31, с. 542][2], нарушенных ранее эфталитскими набегами. Основные опорные пункты для складирования товаров и отдыха китайских купцов были воссозданы в Согдиане – иранской провинции, ранее занимаемой эфталитами, но после договора 566 г. переданной Эраншахром в пользование Тюркскому Элю [32, с. 27–35].

Надо заметить, что вместе с активной внешней политикой вдоль Великого Шелкового пути, соединявшей Китай и Иран, тюрки в течение 550–560-х гг. осуществили ряд завоевательных походов на севере и востоке – в сибирском и дальневосточном направлениях. Пока Истеми-каган пугал аваров своими успехами в Прикаспийском регионе и даже дошел до берегов Волги (557-й год), сам верховный правитель Вечного Тюркского Эля Муган-каган в 554 г. лично подчинил все племена к югу от Саянских гор – чиков и киргизов. В 555 г. Муган-каган завоевал кочевья татаров, отуз-татар и воинственных дальневосточных киданей, а в 556 г., по заданию правительства Западной Вэй, покорил тогонские владения сяньбийцев. Восточной границей Тюркского Эля, таким образом, стало побережье Желтого моря.

В 563 г. тюрки успешно участвовали в очередной гражданской войне в раздробленном Китае. Таким образом, Муган-каган, хотя и не командовал лично войсками во время западной кампании Истеми против эфталитов, однако параллельно сумел завоевать непререкаемый авторитет в среде воинов благодаря военным и экономическим успехам, значительным территориальным приобретениям и уважению, которое ему заслуженно оказывали почти все правители раздробленных китайских «империй». Для многих китайских удельных князьков Муган являлся единственной гарантией спокойного существования, и многие китайцы, а также корейцы и приморские народы Дальнего Востока соревновались между собой, предлагая кагану свою вассальную службу. *Вот почему к моменту заключения Договора о разделе эфталитского наследия между персами и тюрками (566-й год) Муган-каган был окончательно признан дядей Истеми верховным лидером Евразийской степи, а все их внутриродовые раздоры ушли в прошлое.* Постепенно Муган предпринял ряд шагов к централизации подвластных территорий. Защита караванов вдоль Великого Шелкового пути требовала от тюрок решительности во внутриполитической организации собственного вождества [1, с. 57].

Здесь мы вплотную подходим к важному историко-юридическому вопросу: *уже в 562, 563, 565 и 566 гг. тюркские послы, помимо устоявшихся дружеских связей с Эраншахром, открыто контактировали с Восточной Римской империей.* Юстиниан Великий (527–565) и его племянник-преемник Юстин II (565–578) позволили Вечному Тюркскому Элю организовать администрирование поставок китайских товаров в пределы византийских владений. *Основная внешнеполитическая*

[2] Шарль Диль отмечал, что Великий Шелковый путь занимал около 230 дней. От Желтого моря до Персии караваны двигались 150 дней, а от восточноперсидской границы до пограничной дороги Нисибис-Дара надо было идти еще 80 дней [31, с. 542].

дискуссия, очевидно, шла только вокруг образования Константинополем Аварского каганата [1, с. 48]. К тому времени это политическое объединение являлось союзом византийских федератов и смогло взять под контроль большие пространства к востоку от дельты Днепра. Тюркский каганат просил императора отказаться от покровительства аварам и называл их «псевдоаварами», недостойными имени тех, кто погиб от тюркских мечей еще в Северном Китае и Монголии.

Пока Юстиниан Великий был жив, он рьяно отстаивал интересы подчинённых ему аваров, передав им lex foedus на владение землями антов (славян) как на левом берегу, так и в правобережье реки Днепр (это случилось около 560-го года). В результате постепенно авары изменили этнокультурную и религиозно-политическую окраску, естественным образом смешиваясь с иранскими племенами Приазовья, протобулгарами Поволжья и славянами (антами) Поднепровья. Заметим, что к 600-му году от настоящих маньчжурско-монгольских аваров в пределах Восточной Европы остались только жалкие следы в среде политической верхушки Аварского каганата. В 560-е гг. процесс смешивания кочевников и земледельцев на приднепровских территориях шел полным ходом. Вначале в этом процессе доминировала сила и динамика кочевников, но очень скоро, не без воздействия страха перед тюркской угрозой из Вечного Эля, аварские политические капли растворились в славянском этническом море. Следовательно, процесс славянизации Аварского каганата, изначально запрограмированный мудрой административной политикой Юстиниана Великого, необходимо признать главной чертой культурного развития Восточной и Центральной Европы в течение следующего VII-го века [33, с. 203–204].

Однако 14 ноября 565 г. управление Юстиниана наследовал племянник Юстин II (565–578). Он отнёсся к просьбам тюрок намного либеральнее. В константинопольском дворце начали обсуждать возможность передачи Тюркскому каганату пространств между Доном и Волгой. Стоит здесь опять отметить, что *тюрки так же легко признали сначала Юстиниана, а потом и Юстина II «верховными владыками мира», как это было и в случае Хосрова Ануширвана или китайских императоров Западной Вэй*. То есть император Юстин II с правовой точки зрения не подразумевал отчуждения византийских владений Восточной Европы в пользу какого-то другого государства. Формально об этом не могло идти и речи. Тюрки ведь сами называли себя «вассалами небесного императора Нового Рима». Этот факт, равно как и стягивание Муган-каганом тюркской орды к левому берегу Волги, заставили Аварский каганат принять *собственное решение* о всеобщем переселении подданных им кочевников на правый берег Днепра.

Муган-каган объяснял подданным, что освоение Восточноевропейской равнины, составной части Великой Евразийской степи, жизненно необходимо тюркам на случай противодействия функционированию Великого Шелкового пути со стороны Сасанидского Ирана (*на случай противодействия шахиншаха обогащению Вечного Тюркского Эля*). Разлад в изначально дружеских отношениях династий Сасанидов и Ашина наступил очень скоро [29, с. 590–592]. Зачатки агрессивного восприятия экономической экспансии тюрок были продемонстрированы Хосровом Ануширваном сразу после дружественного Договора о разделе эфталитского наследия 566 года [34, с. 187]. Таможенные пункты сасанидской Бактрии и Хорасана начали препятствовать прохождению китайских и согдийских караванов вглубь

Персии [29, с. 591], также участились грабежи торговцев шёлком в южном Прикаспии.

Для преодоления закономерного возмущения Хосрова Ануширвана тюркским обогащением Муган-каган снарядил большое купеческое посольство, состоявшее из хорезмийцев и согдийцев. Его возглавил Маниах Согдийский [1, с. 44]. *В 567 г. посольство прибыло в Ктесифон и, используя влияние купцов-несториан из местного патриархата, добилось аудиенции шахиншаха*. Итог дипломатической борьбы за перераспределение материальных благ был предсказуем: *царь царей купил весь шёлк, привезенный купцами из Тюркского Эля в Эраншахр, и сжёг его на виду изумленной столичной толпы* [34, с. 209]. Хосров Ануширван объявил, что все шёлковые и любые другие караваны, входящие с территории Китая на древние земли персов, «принадлежавшие ещё Ахеменидам», должны обращаться за помощью и, соответственно, платить таможенные сборы не его вассалам тюркам, а официальному Ктесифону [контекст: 29, с. 590–592]. *Этим высказыванием Хосров заявил, что считает почти треть территории Тюркского Эля «своей по историческому праву»*. Сами же тюрки, по убеждению шахиншаха, согласно Договору 566 г. лишь получили право военного поселения и подчинения шахиншаху на землях, продолжавших де-юре оставаться его личным владением. Таким образом, таможенный контроль, отдых, перегрузка и формирование караванов с китайскими товарами, а также вся торговля и доходы в Хорезме и Согдиане, должны были контролироваться и финансово сопровождаться ктесифонскими, а не алтайскими администраторами [35, с. 202–204].

Мудрая реакция Муган-кагана на ктесифонское происшествие сдержала гнев тюркских багадуров. В 568 г. каган лично сформировал второе посольство, состоявшее теперь из тюрок (воинов), а не согдийцев или хорезмийцев (купцов). Послы Мугана снова просили шахиншаха позволить им переправлять караваны и считать это царской милостью для подданных. Их внезапная смерть в Ктесифоне выглядела очень странно, и многие тюрки поспешили объявить своих послов отравленными Ануширваном [1, с. 45]. Сейчас тяжело расследовать эти события, но разве Хосров не мог уничтожить таким же образом и первое посольство тюрок? Кроме того, шахиншах, если бы желал войны, то убил бы послов «официально» – открыто и не таясь. Следовательно, предположение, что послы умерли своей смертью, имеет право на существование (*к примеру, от очередной эпидемии, ибо вспышки бубонной чумы после юстинианового пика 542–544 гг. теперь были постоянным «сезонным» явлением в жизни всей Евразии*). Но такое предположение не единственное. Учитывая политический талант Муган-кагана, на наш взгляд, не будет преувеличением утверждать, что тюркский лидер был способен тайно умертвить нескольких собственных агентов для создания *законного повода к войне*. Если принять такую версию, то останется только один вопрос – *идеологический*. Почему позиция Гёктюрк-кагана настолько существенно изменилась в сравнении с предыдущим 567-м годом?

Летом 567 г., тогда же когда Маниах Согдийский убеждал Хосрова Ануширвана признать право Тюркского Эля на администрирование Великого Шелкового пути, западнотюркская орда Истеми-кагана получила приказ Муган-кагана о вторжении в Восточную Европу (форсирование Волги). Сам же Муган-каган заручился поддержкой императора Юстина II [1, с. 46]. Такой шаг призван был создать возможность альтернативного персидскому северного направления на Великом Шелковом пути. Оккупация восточно-

европейской равнины и получение lex foedus от восточноримского императора позволяли Истеми и Мугану создать новую сетку торговых факторий для перегрузки товаров и отдыха караванов. Эти фактории, по замыслу Муган-кагана, должны были обойти Каспийское море не с юга, как это было много столетий подряд, а с севера – через казахские и астраханские степи. Далее, поскольку на Кавказе постоянно шли византийско-персидские стычки, альтернативный торговый путь должен был пересечь Волгу и двигаться вдоль течения Дона. Приазовье считалось тюрками достаточно безопасной гаванью для потенциального создания морских портов на месте когда-то процветавших древнегреческих колоний. *Вся азовская акватория, контролируемая де-факто тюрками, должна была де-юре оставаться восточноримской провинцией. То же касалось и Крыма, где мощные византийские крепости не позволяли надеяться степнякам-тюркам на что-то иное, кроме покровительства Византии*.

Крепости Крыма и всего Северного Причерноморья тюрки планировали использовать как перевалочные центры согласно своим далекоидущим торговым замыслам [36, с. 127–129]. Из Приазовья и Крыма караваны Великого Шелкового пути, включая не только китайские, но и согдианские, мервские и хорезмийские товары, способны были перемещаться как по Черному морю (кораблями), так и по суше – от Ольвии до Константинополя. Вот почему возможность контролировать Волгу и Приазовье считалась тюрками недостаточной. По всей видимости, Юстин II, соглашаясь с доводами послов Мугана [34, с. 24], позволил тюркам занять все причерноморские степи, вплоть до дельты Днепра и даже вплоть до нижнего течения Южного Буга [1, с. 48]. Это объясняет полностью позитивное восприятие восточными римлянами, особенно ольвиополитами и крымчанами, стягивания западнотюркской орды к берегам Днепра, произошедшего в 567–568 гг. Итак, если юго-западная граница Тюркского Эля установилась вдоль северокавказской горной цепи, то крайняя западная граница каганата достигла Днепра в районах современных Запорожской, Днепропетровской и Херсонской областей Украины.

Основной ударной силой новоявленной западнотюркской орды Истеми-кагана стали племена *огузов (позднейших печенегов, предков современных туркменов)*. Именно огузы сокрушили остатки аваров, не успевшие переселиться на запад. Теперь же аварам пришлось спешно отступать даже западнее Южного Буга. *Основная часть аварской орды, оставив небольшой заслон в Буго-Днестровском междуречье, совершила стремительную атаку на королевство гепидов в западной части Дакии. Император Юстин признал этот поход правомерным из-за постоянных бунтов гепидских рексов. Его распоряжением древняя Дакия в конце 567 г. была официально передана Аварскому каганату как зависимому от Восточной Римской империи политическому образованию* [фон событий: 20; 38].

Рядом с Дакией находились паннонийские владения лангобардов, получивших lex foedus от Юстиниана Великого. Лангобарды как «союзники авар», по мнению Юстина II, должны были присматривать за их благонадежностью с запада. Признав в очередной раз суверенитет восточноримского императора (567 г.), каган Баян, в содружестве с подчинёнными буго-днепровскими славянами, осуществил резню гепидов. Однако, получив новости, что тюркская орда Истеми разгромила аварский заслон на Южном Буге и покорила тамошние славянские племена (возможно, тюрки сомкнулись с восточноримскими мезийскими отрядами в между-

речье Прута и Днестра), каган Баян нарушил навязанный Юстином II союз с лангобардами и вторгся в пределы их королевства в Западной Паннонии.

Впрочем, лангобарды, напуганные славяно-аварскими жестокостями в Гепидии, заранее приготовились к бегству на запад. Сложилась интересная культурно-политическая ситуация, когда миграционные процессы Великого переселения народов порождались страхом и бегством – с востока на запад. Таким образом, авары убегали от тюрок, завоёвывая все новые и новые земли в Европе (в частности, гепидскую Дакию и лангобардскую Паннонию). Лангобарды предусмотрели такой поворот событий. Большая часть лангобардов тоже смогла убежать на запад, не дожидаясь открытого аварского вторжения в паннонийские степи. *Убегая от аваров, в 568 г. лангобарды начали вторжение в восточноримскую Италию. В течение 568–572 гг. они сумели разгромить несколько византийских отрядов и завоевать треть Апеннинского полуострова* [18, с. 197]. *Началась новая эпоха в жизни этой страны, приведшая в итоге к усилению власти Римского Папства над Италией и к политическому ослаблению византийских институтов Западной Европы.*

Авары в свою очередь не стали вторгаться в Италию, бывшую, в отличие от завоеванных вождеств германских федератов, «личной собственностьюимператоров».Онидовольствовались разграблением богатых федератских королевств гепидов Дакии и лангобардов Паннонии. Оставшиеся в живых гепиды и лангобарды были порабощены, а на их место авары привели с собой славянскую пехоту – авангард аварского войска. Вытеснив лангобардов в Северную Италию, где варвары вступили в противостояние с византийскими войсками и сумели оккупировать несколько крупных внутренних районов (без доступа к морю), авары предприняли массовое заселение паннонийской степи и западной Дакии подконтрольными им славянскими выходцами из Буго-Днепровского междуречья. Именно по инициативе и под политическим контролем Баяна I была осуществлена первая в истории массовая колонизация отдельной римской провинции славянами-антами. Смешиваясь с остатками германцев и римлян, славяне меняли свой внешний этноантропологический облик, принесённый из Поднепровья, но, впрочем, не изменили внутреннего этнокультурного естества. Политическое содержание Аварского каганата постепенно становилось славянским.

Итак, в конце 560-х гг. азиатские кочевники взяли под военно-политический контроль большую часть Восточной и Центральной Европы. Почти вся Восточноевропейская равнина, известная в римской картографии как Сарматия или Великая Скифия, вошла в состав Тюркского каганата. В то же время огромная территория между Южным Бугом (на востоке), Вислой (на севере), Одером (на западе) и Дунаем (на юге) стала известна современникам как «Аварский каганат» – политическое образование, regnum foederati, представлявшее федеративный союз кочевников тюрко-монгольского и иранского происхождения (с одной стороны) со славянами-земледельцами (с другой стороны). И Тюркский, и Аварский каганаты де-юре признавали высшую власть императора Восточной Римской империи.

Поскольку летом 567 г. западнотюркская орда Истеми-кагана вошла в степи Северного Причерноморья и вышла на границы с военными заставами Восточной Римской империи, Муган-каган (553–572) принял решение заключить военный союз с официальным Константинополем и объявить войну Эраншахру. *Полученный Истеми-каганом lex*

foedus от Юстина II (565–578) означал, что Вечный Тюркский Эль вошёл в юридическую конструкцию Восточной Римской империи и стал составной частью римского публично-правового поля[3]. Теперь официальный Константинополь нёс ответственность перед новыми федератами и обязан был помочь тюркам военными контингентами в случае начала очередной большой войны.

В 568 г. император Юстин II снарядил *посольство во главе с Земархом Киликийским* [29, с. 590–592], которое *должно было встретиться с Муган-каганом в районе среднего течения Сырдарьи*. Это посольство, полностью загруженное подарками и дарственными письмами, прошло галопом всё Северное Причерноморье. Очевидно, что около древней Ольвии Земарха Киликийского встретили охранные отряды Истеми-кагана. Они помогли посольству форсировать Днепр и Волгу, сопровождали Земарха через астраханские и оренбургские степи, прошли большую часть современного Казахстана. Прежде чем Земарх встретился с Истеми-каганом, он вместе со всеми сопровождающими прошел особый тюркский обряд очищения между двумя большими кострами. Обсудив главные предложения Юстина с Истеми, Земарх был допущен в «главную юрту» Тюркского Эля [30, с. 10–13].

Очень жаль, что мы крайне мало знаем об этих первых концептуальных переговорах между Византией и Тюркским каганатом. Из сообщений хронистов известно, что Земарха Киликийского поразили чистота и богатое убранство «главной юрты». Также известно, что *Муган-каган через Истеми подтвердил все существовавшие ранее договоренности между официальным Константинополем и тюрками, включая статус федератов, полученный западным ответвлением тюркской орды под командованием Истеми-кагана* [30, с. 12]. Но разве только за этим могло идти специальное посольство византийского правительства? Разве не достаточно было организовать переговоры двух посольств на Днепре или Волге? Зачем Юстин подвергал опасности своих легатов и отправлял их в такую даль?

Мы не будем искать ответов в традиционно обсуждающемся и зачем-то осуждающемся безумии императора Юстина II (565–578). Ведь в 567–568 гг. Юстин был все еще подающим надежды «новым» императором и не проявлял никаких признаков грядущего психического расстройства, окончательно погубившего его политику в следующем десятилетии. В 567 году Юстин пытался продолжать политику великого дяди, и ничего не могло помочь больше получения вассальной присяги от самого мощного политического объединения кочевников Евразии. Именно Юстин позволил тюркам завоевать пространства между Волгой и Южным Бугом [9, *Menander Protector, Fr.* 14]. Именно Юстин предоставил Истеми-кагану статус федерата и не возражал против силового вытеснения на запад других подчинённых Византии федератов (аваров). По всей видимости, *мягкая первоначальная реакция Восточной Римской империи на вынужденное вторжение лангобардов в Италию (568–572 гг.)*, спровоцированное именно аварским завоеванием паннонийских лангобардских владений и геноцидом гепидов со стороны славяно-аваров, *также обозначала меньшую значимость итальянских событий в сравнении с причерноморскими или даже среднеазиатскими*. Всё внимание Юстина было обращено не к аварам, их войнам с гепидами или лангобардами, не к лангобардским перемещениям в сельские районы

[3] Форма принесения присяги на верность Юстину II тюркскими послами под руководством Маниаха Согдийского четко соответствует присягам других федератов Восточной Римской империи [37, с. 28].

Италии, а к тюркам. Думается, что это было не случайным помутнением разума, а хорошо спланированной геополитической стратегией.

Как мы уже увидели, Юстиниан Великий отдавал много сил и энергии любым контактам и дипломатическим возможностям, открывавшимся восточноримской внешней политике бескрайними степными просторами Средней Азии [39, с. 234–235]. Впрочем, для окончательной инкорпорации Тюркского Эля в состав юридического пространства Восточной Римской империи византийцы должны были получить гарантию пожизненного культурного единства – *крещение тюрок*. И такое крещение должно было отдать новые среднеазиатские епархии в подчинение Константинопольского патриархата, усиливая канонические институты, легализованные V Вселенским Константинопольским Собором (553 г.) [40, с. 462–481].

Антиохийский патриархат в 541 г. получил такой удар со стороны войск Хосрова Ануширвана, что вплоть до конца VI в. не мог оправиться [39, с. 253]. Александрийский патриархат постоянно строил заговоры и был разделен на две церкви, среди которых лишь монофизитская, следовательно незаконная, обладала абсолютной поддержкой коренных египтян. Иерусалимский патриархат являлся крайне слабой церковью, страдающей одинаково сильно от притеснений со стороны общин сирийских несториан, египетских монофизитов и евреев иудейского вероисповедания. Римский патриархат (Папство) занимался обустройством разрушенных ранее готами-арианами епархий в Италии и Испании, что не позволяло ему серьезно вмешиваться в административно-политические дела восточных провинций. Таким образом, после Пятого Вселенского Константинопольского Собора, созванного Юстинианом Великим в 553 г., только Константинопольский патриархат был способен претендовать на расширение территориальной юрисдикции в восточном направлении, тем более что первый шаг к такому расширению Юстиниан Великий предпринял еще задолго до Вселенского Собора 553 г. Вся территория Лазики (современная Грузия) и большая часть Армении и Азербайджана (Кавказской Албании) в ходе боевых действий 556–561 гг. стали частями именно Константинопольского патриархата, а не территориально близкого Антиохийского патриархата [41, с. 276].

Согласно мирному договору между Восточной Римской империей и Эраншахром (562 г.) права ортодоксального Константинопольского патриархата становились признанными на всей территории Кавказа [29, с. 538–542]. В то же время Юстиниану удалось установить политическую власть ортодоксальной Христианской Церкви во всем регионе Причерноморья [42, с. 60–67]. С фракийских, крымских и грузинских берегов Понта Евксинского были изгнаны все организованные группы священников и монахов, открыто проповедующих монофизитство, арианство или несторианство. Весь регион Черного Моря, традиционно являвшегося внутренним морем Римской империи, прошел через тотальную христианскую ортодоксализацию [43, с. 78–84]. Права и политические привилегии Константинопольского патриархата в этом регионе должны были обозначать формирование дипломатического плацдарма для культурной экспансии официального Константинополя не столько вглубь «безнадежно варварских славянских племен» (сначала Юстиниан Великий, а позже и Юстин II официально передали их под власть Аварского каганата), сколько вглубь тюркоязычной евразийской степи.

Автор пропонує читачам комплексний аналіз юридичної історії Тюркського каганату (552–603 рр.),

як за доби його становлення (545–553 рр.), так і в часи правління видатного полководця Муган-кагана (553–572 рр.). Встановлення тісних політико-правових зв'язків між тюрками і Східною Римською імперією було наслідком укладення мирної угоди між візантійцями та персами (562 р.). У 562, 563, 565 і 566 роках Тюркський каганат надсилав своїх офіційних послів у Константинополь. На той момент тюрки володіли юридичним статусом васалів китайського династичного царства Західна Вей (згідно з привілеєм 545 р.). Перемога над Жужаньським каганатом у 552 р. дозволила тюркам взяти під контроль усі тюрко-монгольські й маньчжурські племена східної частини Євразійського степу. У 554 р. тюрки почали боротьбу проти інших спадкоємців племені хунну – «гуннів-ефталітів». Оскільки ефталіти вже тривалий час тероризували східні провінції Новоперсидського царства, то іранський шахіншах («цар царів») Хосров Ануширван (531–579) прийняв рішення запросити частину тюркської орди на військову службу. При цьому ми припускаємо, що Хосров Ануширван, маючи великий штат радників греко-римського походження, прагнув використати юридичну модель lex foedus, згідно з якою Римська імперія традиційно вербувала та приймала на імперську військову службу цілі народи «варварів» (як германців чи слов'ян-землеробів, так і кочівників іранського, арабського чи гуннського походження). Задум був успішним. Муган-каган передав загони свого дядька Істемі («західну орду») під командування Хосрова, а донька Істемі стала дружиною персидського «царя царів». У 555–557 рр. тюрки розгромили останні прожужаньські сили в Північному Китаї (племена аварів) та підпорядкували своїй владі Хорезм. Внаслідок поразки частина аварів відступила аж у Волго-Донське міжріччя, де в 558 р. стала просити візантійського імператора Юстиніана Великого (527–565) надати їм статус федератів. Східна Римська імперія прийняла аварів у своє підданство і де-юре заснувала Аварський каганат (558–805 рр.). Оскільки володіння Тюркського каганату тепер сягнули Волги, тюрки і перси уклали Договір про поділ ефталітських володінь (566 р.), що охоплювали межі сучасних Афганістану та Пакистану. Ратифікація нової угоди створила важливий прецедент в історико-правовому житті Євразії. Тюркський каганат визнавав своїми сюзеренами як китайських імператорів із династії Західна Вей, так і шахіншаха Персії («прецедент полівасалітету»). При цьому тюрки надавали «сюзеренам» усі необхідні знаки уваги та визнання, вбачаючи в цьому простір для політичного маневрування, прагнучи повністю підпорядкувати своїй владі ключові відтинки Великого Шовкового Шляху. Прихід до влади у Візантії імператора Юстина II (565–578) та подальша активізація торговельних контактів Константинополя з Тюркським каганатом привели до охолодження ірано-тюркських стосунків. У 567 р. Східна Римська імперія ініціювала переселення аварів у Паннонію та Дакію, тоді як Північне Причорномор'я передавалось західнотюркській орді Істемі на правах lex foedus. Отже, станом на 568 р. Тюркський каганат юридично визнавав себе залежним від влади Східної Римської імперії, Ірану та Західної Вей, що, безумовно, мало призвести до вибуху чергового міжнародного збройного конфлікту.

Ключові слова: Великий Ель Тюркського народу (Тюркський каганат), Гектюрк-каган (правитель небесних тюрків), Аварський каганат, Новоперсидське царство (Ераншахр), Східна Римська імперія (Візантія).

Melnyk V. Legal personality of the Turkic Khaganate (552–568 ad): Iranian-Byzantine aspect

The author offers readers a comprehensive analysis of the legal history of the Turkic Khaganate (552–603), both during its formation (545–553) and during the reign of the prominent military leader Muqan Qaghan (553–572). The establishment of close political and legal ties between the Turks and the Eastern Roman Empire was the result of a peace treaty between the Byzantines and the Persians (562). In 562, 563, 565 and 566, the Turkic Khaganate sent its official ambassadors to Constantinople. At that time, the Turks had the legal status of vassals of the Chinese dynastic kingdom of Western Wei (according to the privilege of 545). The victory over the Zhuzhan Khaganate in 552 allowed the Turks to take control of all the Turko-Mongol and Manchurian tribes of the eastern part of the Eurasian steppe. In 554, the Turks began to fight against other heirs of the Hun tribe – the "White Huns-Hephthalites". Since the Hephthalites had long terrorized the eastern provinces of the New Persian Empire, the Iranian shāhanshāh (king of kings) Khosrow I Anushirvan (531–579) decided to invite part of the Turkic horde to military service. At the same time, we assume that Khosrow Anushirvan, having a large staff of advisers of Greco-Roman origin, sought to use the lex foedus model , according to which the Roman Empire traditionally recruited and accepted "barbarians" for imperial military service. The idea was successful. Muqan Qaghan transferred the troops of his uncle Istəmi ("Western Horde") under the command of Khosrov, and Istəmi's daughter became the main wife of the Persian "king of kings". In 555–557, the Turks defeated the last pro-Zhuzhan forces in northern China (Avar tribes) and subjugated Khorezm. As a result of the defeat, some Avars retreated as far as the Volga-Don interfluve, wherein they began to ask the Byzantine emperor Justinian the Great (527–565) to grant them the status of federates. The Eastern Roman Empire accepted the Avars as its citizens and, de jure, founded the Avar Khaganate (558–805). Since the possessions of the Turkic Khaganate now reached the Volga, the Turks and Persians concluded a treaty on the division of Hephthalite possessions (566), which covered the borders of modern Afghanistan and Pakistan. Ratification of the new agreement set an important precedent in the historical and legal life of Eurasia. The Turkic Khaganate recognized as its suzerains both the Chinese emperors of the Western Wei dynasty and the shāhanshāh of Persia ("the precedent of polyvassality"). At the same time, the Turks gave the "suzerains" all the necessary signs of attention and recognition, seeing this as a space for political manoeuvring, seeking to completely subjugate the key sections of the Great Silk Road. The transfer of power in Byzantium to Emperor Justin II (565–578) and the further intensification of trade contacts between Constantinople and the Turkic Khaganate led to the cooling of Iranian-Turkic relations. In 567, the Eastern Roman Empire initiated the resettlement of the Avars in Pannonia and Dacia, while the Northern Black Sea Coast was ceded to the Western Turkic Horde by Istem as a lex foedus. Thus, as of 568, the Turkic Khaganate legally declared itself dependent on the authorities of the Eastern Roman Empire, Iran and the Western Wei, which, of course, should have led to the outbreak of another international armed conflict.

Key words: Great El of the Turkic people (Turkic Khaganate), Gцk-tьrks-kagan ("ruler of the celestial Turks"), Avar Khaganate, the Persian Empire (Ērānšahr), the Eastern Roman Empire (Byzantium).

Литература

1. Гумилев Л.Н. Древние тюрки. Москва : Клышников и Комаров и Ко., 1993. 536 с.

2. Савинов Д.Г. Народы Южной Сибири в древнетюркскую эпоху. Ленинград : Изд-во ЛГУ, 1984. 174 с.

3. Бартольд В.В. Тюрки. Двенадцать лекций по истории Средней Азии. Москва : Юрайт, 2019. 154 с.

4. Гумилев Л.Н. В поисках вымышленного царства. Санкт-Петербург : Азбука-классика, 2014. 480 с.

5. Бартольд В.В. История культурной жизни Туркестана. Ленинград : Изд-во АН СССР, 1927. 256 с.

6. Кара-каган. Казахстан. Национальная энциклопедия / под ред. проф. Б.Г. Аягана. Алматы : Главная редакция «Казак энциклопедиясы», 2005. Т. 3. С. 143.

7. Кляшторный С.Г., Савинов Д.Г. Степные империи древней Евразии. Санкт-Петербург, 2005. 346 с.

8. Excerpta de legationibus. Pars II., Excerpta de legationibus gentium ad Romanos. Edidit Carolus de Boor. Berolini : Apud Weidmannos, 1903. P. 230–599.

9. Менандр Византиец. История. Византийские историки: Дексипп, Эвнапий, Олимпиодор, Малх, Петр Магистр, Менандр, Кандид Исавр, Нонос и Феофан Византиец / перевод Г.С. Дестуниса. Рязань : Александрия, 2003. С. 229–335.

10. Кузнецов В.А. Очерки истории алан. Пятигорск : Снег, 2016. 432 с.

11. Захарий Митиленский. Из Сирийской хроники / перевод Н.В. Пигулевской. Вестник древней истории. 1939. № 1. С. 114–115.

12. Avenarius A. Die Awaren in Europa. Amsterdam ; Bratislava, 1974. 282 s.

13. Рашев Р. Прабългарите през V-VII век. София : Орбел, 2005. 348 с.

14. Божилов И., Димитров Х. Protobulgarica (Заметки по истории протоболгар до середины IX в.). Byzantinobulgarica. София, 1995. Т. IX. С. 7–61.

15. Vernadsky G.V. Ancient Russia. New Haven : Yale University Press, 1943. 425 p.

16. Миринейский А. О царствовании Юстиниана / пер., ст. и примеч. М.В. Левченко. Москва ; Ленинград : Изд-во АН СССР, 1953. 221 с.

17. Чичуров И.С. Византийские исторические сочинения: «Хронография» Феофана, «Бревиарий» Никифора: Тексты, перевод, комментарий ; отв. ред. В.Т. Пашуто. Москва : Наука, 1980. 216 с.

18. Серов В.В. Ранневизантийская дипломатия в 60-70-е гг. VI в. Известия Алтайского государственного университета. 2009. № 4–1 (64). С. 195–201.

19. Феофилакт Симокатта. История / вступ. ст. Н.В. Пигулевской ; пер. С.П. Кондратьева. Москва : Арктос ; Вика-пресс, 1996. 272 с.

20. Люттвак Эдвард Н. Стратегия Византийской империи / пер. с англ. А.Н. Коваля. Москва : Русский фонд содействия образованию и науке, 2016. 664 с.

21. Митрофанов А.Ю. Аварский каганат как политический феномен языческого этно-религиозного контекста развития Христианской Ойкумены. Христианское чтение. 2016. № 6. С. 350–370.

22. Васильев А.А. История Византийской империи. Время до Крестовых походов (до 1081 г.). Санкт-Петербург : Алетейя, 1998. 514 с.

23. Мельник В.М. Византия, германцы и славяне у истоков международной правосубъектности государств: римское юридическое наследие и проблема исторического неравенства возможностей. Аннали юридичної історії. 2017. Том 1. № 2. С. 59–92.

24. Крадин Н.Н. Империя Хунну. Москва : Логос, 2001. 312 с.

25. Khazanov A.M. Nomads and the Outside World. 2nd Edition. University of Wisconsin Press, 1994. 442 p.

26. Мельник В.М. Вопрос об экономических контактах кочевников и земледельцев в истории древних хунну. Історія торгівлі, податків та мита : XII Міжнародна наукова конференція (25-26 жовтня 2018 р., Дніпро). Тези доповідей. Київ : Інститут історії України НАНУ, 2018. С. 8–10.

27. Мурзин В.Ю. Скифская проблема глазами автора. Київ : Видавець Олег Філюк, 2014. 120 с.

28. Мухамадеев А.Р. Основы престолонаследия и династические браки в Жужаньском государстве. Народы и религии Евразии. Барнаул : Издательство Алтайского государственного университета, 2020. Вып. 1 (22). С. 29–41.

29. Мишин Д.Е. Хосров I Ануширван (531–579), его эпоха и его жизнеописание и поучение в истории Мискавейха.

Москва : Институт востоковедения РАН, 2014. 696 с.

30. Жданович О.П. Посольство Земарха в ставку тюркского кагана (перевод и комментарии фрагментов труда Менандра Протектора). Золотоордынское обозрение. 2014. № 2 (4). С. 6–20.

31. Диль Ш. Юстиниан и византийская цивилизация в VI веке. Санкт-Петербург : Типография Альтшулера, 1908. XXXIV+687 с.

32. Аюбов А.Р. Особенности эволюции согдо-тюркских взаимоотношений в раннем средневековье. Вестник Таджикского государственного университета права, бизнеса и политики. Серия гуманитарных наук. 2017. № 1 (70). С. 27–35.

33. Мельник В. Кінець античності: як і коли слов'яни вийшли на світову арену міжнародних відносин? Всесвіт : незалежний літературно-мистецький та громадсько-політичний журнал. 2019. №№ 9–12. С. 203–208.

34. Пигулевская Н.В. Византийская дипломатия и торговля шелком. Византийский временник. 1947. Т. 1 (XXVI). С. 184–214.

35. Пигулевская Н.В. Византия на путях в Индию. Москва : АН СССР, 1951. 170 с.

36. Дюличев В.П. Крым. История в очерках. Симферополь : Рубин, 2008. 496 с.

37. Жданович О.П. Менандр Протектор. История: О посольствах тюрков к персам и византийцам в 568 году (перевод и комментарии). Золотоордынское обозрение. 2014. № 1 (3). С. 22–32.

38. Хизер П. Восстановление Римской империи. Реформаторы Церкви и претенденты на власть. Москва : Центрполиграф, 2015. 576 с.

39. Курбатов Г.Л. Ранневизантийские портреты: К истории общественно-политической мысли. Ленинград : Издательство Ленинградского университета, 1991. 272 с.

40. Дворкин А. Очерки по истории Вселенской православной церкви. Нижний Новгород : Христианская библиотека, 2016. 1024 с.

41. Allen W.E.D. A History of the Georgian People. From the beginning down to the Russian Conquest in the Nineteenth Century. London : Kegan Paul, Trench Trubner & Company Limited, 1932. XXIV+429 p.

42. Уманец А.Н., Шевченко Ю.А. Появление раннего христианства III-VII вв. в Северном Причерноморье. Сіверщина в історії України : Збірник наукових праць. Київ, 2010. Випуск 3. С. 60–67.

43. Шевченко Ю.Ю., Уманец А.Н. О времени учреждения и существования Готской митрополии. Сіверщина в історії України : збірник наукових праць. Київ, 2011. Вип. 4. С. 78–84.

УДК 349.2:351.741-055.2
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1984

Н. Полішко,
старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Національної академії внутрішніх справ

ІСТОРИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРИЙНЯТТЯ ЖІНОК НА СЛУЖБУ В ПОЛІЦІЮ: ДОСВІД ДЕЯКИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Постановка проблеми. Проблема дискримінації жінок є одним із важливих явищ як в окремо взятому суспільстві, так і у всьому світі. Саме така обставина спонукала Організацію Об'єднаних Націй та інші міжнародні організації до розробки й затвердження ряду міжнародних документів, метою яких є забезпечення рівності й справедливості у сфері праці жінок, у тому числі й тих, хто несе службу в різних правоохоронних структурах.

Серед таких необхідно виділити: «Загальну декларацію прав людини», яка була прийнята 10 грудня 1948 р. на Генеральній Асамблеї ООН та яка проголосила принцип рівноправності, акцентуючи увагу на тому, що кожна людина повинна бути наділена всіма правами й свободами; «Конвенцію про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок», прийнятою Резолюцією ООН 18 грудня 1979 р., яка утвердила права людини, гідність і цінність людської особистості й рівність чоловіків і жінок; Резолюцію № 1325 Ради Безпеки ООН, яка прийнята 31 жовтня 2000 р. «Жінки у 2000 році: рівність між чоловіками й жінками, розвиток і мир в XXI столітті». Важливе значення для розв'язання окресленої проблеми мають і ряд конференцій, проведених за участю багатьох країн. Зокрема, це Четверта всесвітня конференція щодо становища жінок (м. Пекін (Китай), 4–15 вересня 1995 р.), на якій було вироблено План дій щодо покращення становища жінок у всіх сферах суспільного й приватного життя та боротьби з дискримінацією, та міжнародна конференція «Жінки в правоохоронних органах» (м. Бішкек, (Киргизстан), 16 жовтня 2014 р.), де було розроблено стратегічний План розвитку Асоціації жінок-поліцейських, визначені подальші кроки й механізми досягнення гендерного балансу в системі органів внутрішніх справ Киргизстану й в регіоні Центральної Азії [1, с. 41].

Завдяки таким зусиллям натепер жінки-поліцейські займають чільне місце в системі поліцейської діяльності, але так було не одразу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти започаткування добору жінок на службу в поліцію та їх залучення до сфери професійної поліцейської діяльності в різних зарубіжних країнах були предметом наукових досліджень таких фахівців, як В.В. Бобирьов, Н.В. Бихтіна, Р.А. Бикова, А.В. Губанов, А.С. Душкін, С.А. Жбанова, Г.Е. Журавльова, Т.М. Заніна, В.Г. Зазикін, В.В. Закатов, Л.С. Кравчук, Ю.М. Кофтіна, С.В. Мохова, Н.В. Мартіросова, М.В. Пряхіна, К.Д. Ридченко, К.С. Смірнов, А.О. Стаханов, І.Ч. Шушкевич, О.О. Чурсін, М.В. Щелкунова й ряд інших.

Формулювання цілей статті. Дослідити основні історичні передумови, які спонукали ті чи інші зарубіжні країни звернутися до питання залучення жінок до сфери поліцейської діяльності, визначити особливості прийняття жінок на службу

 © Н. Полішко, 2020

в поліцію та з'ясувати вплив зарубіжного досвіду на формування кадрового складу жінок-поліцейських у нашій державі.

Виклад основного матеріалу. «Загальносвітовий стаж» служби жінок у поліції становить понад ста років.

За даними деяких досліджень залучення жінок на службу до правоохоронних органів відбулося в США в середині XIX століття. Варто відзначити, що період становлення був тривалим, оскільки остаточно завершився лише в 70-х рр. минулого століття та був пов'язаний із прийняттям ряду антидискримінаційних законодавчих актів, якими жінки та чоловіки отримали рівність прав. Необхідність використання жінок у правоохоронній сфері було пов'язано також із тим фактом, що в першій половині XIX століття в США у зв'язку зі зростанням емансипації жінок виникла гостра потреба в жінках-наглядачках для виконання певних функцій у жіночих тюрмах. У цей час (1828 р.) було прийнято закон, відповідно до якого було розмежовано службові приміщення для наглядачів чоловічої та жіночої статі, а в 1932 р., знову ж таки на рівні закону, були сформульовані права наглядачок. Трохи згодом, а саме в 1845 р. як наглядачки (матрони) за ув'язненими особами жіночої статі вперше були використані жінки, й вже в 1878 р. за сприяння Союзу Поміркованих Жінок-Християнок (Women's Christian Temperance Union) більшість посад наглядачок у в'язницях США були зайняті жінками.

Разом із тим лише в 1888 р. роботу жіночого персоналу з жінками-злочинницями й неповнолітніми правопорушниками було вперше визнано офіційно. Так, приміром, у штатах Массачусетс і Нью-Йорк було прийнято закон, що зобов'язував поліцейські департаменти міст із населенням понад двадцяти тисяч брати на службу жінок-наглядачок для роботи зі злочинницями. Завдяки цьому вже до 1890 р. наглядачки (матрони) стали звичним явищем для великих міських поліцейських відділків.

Історичні процеси індустріалізації, урбанізації та міграції на початку XX століття викликали величезний ріст таких негативних явищ, як проституція, жорстоке поводження з дітьми, розбещення неповнолітніх, злочини, вчинювані на сексуальному й побутовому ґрунті, а також дитяча бездоглядність. Все це вимагало зміни не лише структури поліцейських управлінь, перегляду покладених на них функцій, але й максимально можливого залучення жінок у правозастосовній сфері.

Аналізуючи проблематику залучення жінок на службу в поліцію, Т.М. Заніна й А.С. Петранцов вказують, що перша жінка на службі в поліції з'явилась в 1910 р. Саме цього року керівництво поліцейського департаменту м. Лос-Анджелес (США) прийняло рішення про зарахування до штату на постійну роботу Еліс Стеббінс Уелс, яка згодом стала організатором національного руху за прийняття жінок на поліцейську службу й першим президентом міжнародної Асоціації жінок-поліцейських (International Association of Policewomen, IAP). До 1915 р. в США жінки несли службу в поліції 25 міст у 20 штатах країни [2, с. 30].

Цього ж 1915 р. за підтримки Міжнародної Асоціації Начальників Поліції (IACP) у м. Балтиморі (США) була створена Міжнародна Асоціація Жінок-поліцейських. Асоціацією було вперше розроблено проєкт Концепції найму жінок до поліцейських відділків для виконання наглядової та профілактичної роботи щодо жінок і неповнолітніх. Зрештою, саме в цьому документі було закладено основи рівних із чоловіками прав і можливостей кар'єри жінки-поліцейського [3].

У другій половині XX століття (50–60 рр.) ряд поліцейських відділків стали брати на роботу жінок

для виконання внутрішньої, канцелярської, зв'язкової, агентурної діяльності. Однак не дивлячись на те, що жінки мали спеціальний однострій, вони продовжували бути цивільними службовцями й не були приведені до присяги. До кінця 60-х років у результаті проведення експериментів із метою встановлення критеріїв відповідності персоналу посадовим вимогам відбулася значна зміна ділової оцінки співробітників-жінок керівниками поліції, що значною мірою вплинуло на процес відбору й розвитку жіночого персоналу.

Наступний етап на шляху закріплення статусу жінок-поліцейських пов'язується з прийняттям Генеральною Асамблеєю ООН у 1979 р. Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок, яка закріпила рівні права чоловік і жінок у сфері зайнятості. Жінки отримали право на подання судових позовів до керівництва поліцейських управлінь, які незаконно відмовляли жінкам у прийомі на службу.

З огляду на вищенаведене можна припустити, що після законодавчого закріплення прав жінок 70-ті рр. минулого століття слід вважати початком нового періоду залучення жінок до діяльності в правоохоронній сфері. Вже з середини 70-х рр. спостерігається значне збільшення кількості жінок, прийнятих на службу в поліцію. Суттєвим кроком, що характеризує зміну статусу жінок-поліцейських, стало їх залучення до виконання деяких професійних функцій, таких, як патрулювання, розслідування окремих видів злочинів, регулювання дорожнього руху.

Нині в США не існує жодних обмежень у функціональних обов'язках співробітниць і жодних перешкод в їх кар'єрному рості по службовій лінії. Проходження служби в поліції регулюється законодавством про державну службу (як локальним, так і штатів) і законами про поліцію, окружними директивами. У деяких підрозділах прийняті нормативні акти, які спеціально регламентують використання жіночого персоналу. Приміром, у Вашингтоні служба жінок-патрульних здійснюється на підставі спеціально прийнятої директиви.

У 70-х роках XX століття в поліції США несло службу близько 2% жінок, проте вже в 1991 р. в американській поліції жінки складали понад 9% від загальної кількості всього особового складу. На 2016 р. кількість жінок-поліцейських у США складала понад 13%. Більшість із них проходять службу у федеральних підрозділах (20% спеціальних агентів ФБР – жінки). Близько 200 жінок-поліцейських займають у США керівні посади (1%), а дві співробітниці очолюють галузеві департаменти федеральної поліції. Серед керівників середньої ланки жінки складають: 7% на посадах капітанів і вище; 10% – на посадах лейтенантів і старших сержантів поліції, але більшість жінок у поліції обіймають рядові посади. Усього ж у правоохоронних структурах США служить понад 100 тисяч жінок. Останнім часом поліцейські навчальні заклади США збільшили кількість дівчат, які в них навчаються. Приміром, у поліцейській академії м. Сан-Хосе 50 % тих, хто проходить навчання – дівчата [4].

У таких країнах, як Ірландія, Ізраїль, Канада жінок на службу в поліцію стали брати лише в другій половині XX століття.

В Європі, а саме в Німеччині, було започатковано залучення жінок до правоохоронної діяльності як соціальних працівниць, які вели облік безпритульних дітей і жінок – так званих працівниць комерційного сексу. Першою жінкою, яка почала працювати в поліцейському відділі, стала жителька м. Штутгарт Генрієт Арендт, яка в 1903 році була прийнята в штат як «помічниця поліції». Вже через десять років жінки-поліцейські несли службу в 35 містах Німеччини (Прусія, Баден, Саксонія, Гамбург).

Але під час правління Гітлера жіночі підрозділи були ліквідовані. Керівники німецької поліції ввели в практику зарахування на роботу жінок, які мали досвід соціального характеру – викладання, догляд за дітьми, соціальне обслуговування. Крім того, співробітниці протягом року проходили спеціальну підготовку, де викладались дисципліни, необхідні для роботи з жінками й дітьми [5, с. 136].

У сучасний період у багатьох країнах Європи, в тому числі й Німеччині, простежується загальна тенденція до зростання кількості жінок на службі в поліції, а також здійснюється активне залучення жінок до виконання всього комплексу задач, покладених на органи поліції по боротьбі зі злочинністю.

У 1907 р., перейнявши досвід Німеччини, у Швеції також почали залучати до служби в поліції жінок.

Схожа ситуація була й в Англії, де в 1914 р. внаслідок нестачі робочої сили в результаті національної військової повинності було засновано корпус жіночої поліції. Серед основних напрямків діяльності цього корпусу були такі: патрульно-постова служба, регулювання дорожнього руху, розслідування дорожньо-транспортних пригод, забезпечення охорони громадського порядку. Разом із тим англійське суспільство по-різному ставилося до служби жінок у поліції – більшість громадян вважали, що жінки-поліцейські не повинні були бути наділеними рівними із чоловіками-поліцейськими правами й обов'язками. Та вже в 1923 р. завдяки створенню Асоціації жінок-поліцейських у США у Великобританії була введена посада жінки-констебля, яка була наділена всіма повноваженнями поліцейського: забезпечення правопорядку, охорона власності й захист громадян на території обслуговування. Пізніше у Великобританії було видано Статут жіночої поліції, яким було зрівняно права чоловіків і жінок – співробітників поліції. З цього часу жіноча поліція почала розвиватися та розширювати свій штат.

Деякі дослідники підкреслюють, що така поліція стала незамінною в роки Другої світової війни, хоча після її закінчення під час відбору на службу до правоохоронних органів знову почала надаватись перевага чоловікам. Така ситуація кардинально змінилася після прийняття закону про заборону дискримінації за ознакою статі.

У 1979 р. у Великобританії було прийнято закон, який затвердив принцип рівності в поліцейській діяльності, й керівництво поліції визнало, що будь-який співробітник поліції незалежно від статі може бути залучений до виконання будь-якого виду правоохоронної діяльності, необхідно лише враховувати індивідуальні здібності співробітника поліції [6, с. 20].

Поступово кількість жіночого персоналу в поліції Великобританії стала збільшуватись. На законодавчому рівні стали розроблятися деякі гарантії для жінок-поліцейських. У 1975 р. було прийнято закон про захист зайнятості, який надавав жінкам право на збереження заробітної плати на період у шість тижнів до й після народження дитини, а вже в 1993 р. було прийнято закон про реформу профспілок, яким заборонялось звільняти вагітних жінок [2, с. 30–33].

Натепер у Великобританії атестований жіночий персонал поліції використовується для виконання таких функцій: патрулювання на вулицях і шосейних дорогах із метою запобігання порушень громадського порядку; регулювання руху й забезпечення дотримання правил безпеки на дорогах; розслідування дорожньо-транспортних пригод; забезпечення порядку в місцях масового скупчення людей; розслідування на місці злочинів проти власності; участь у розшуку жінок і дітей; надання допомоги жертвам статевих злочинів; супровід жінок і дітей під час

транспортування до медичних закладів або з них, до місць ув'язнення, місця попереднього тримання, в державні школи для малолітніх правопорушників; обшук та охорони жінок-ув'язнених, а також жінок, що вчинили спробу самогубства й тримаються під вартою в лікарнях; планування та проведення науково-дослідних робіт; канцелярської роботи; професійного навчання; виконання функцій детективів тощо.

У поліції Великобританії нині несуть службу 36 тисяч жінок, що складає 20% від усього особового складу поліції країни. Позитивним прикладом є призначення в 1995 р. шефом поліції Ланкаширу жінки – Пауліни Клер.

Служба жінок у Національній поліції Франції також має свою історію, яка бере початок із 1966 р., коли жінок вперше допустили до участі в конкурсі по заміщенню поліцейських посад. На перших порах жінок у поліції залучали виключно для роботи з неповнолітніми, а згодом їх участь поширилась і на інші служби. Так, у 1977 р. вперше в історії Франції декілька жінок було призначено на посаду комісарів поліції.

Натепер зайнятість жінок у поліції Франції складає: 61% співробітників Національного наукового інституту поліції (ІНПС); 43% Головного управління Національної поліції (DGPN); 41% Управління кадрів Національної поліції (DRCPN); 34% Центрального управління судової поліції (DCPJ); 33% Генеральної інспекції Національної поліції (IGPN); 29% Головного управління внутрішньої безпеки (DGSI); 28% штату штаб-квартир поліції Парижа (ПП); 27% Центрального управління громадської безпеки (DCSP); 25% Центрального управління прикордонної поліції (DCPAF); 19% Управління міжнародного співробітництва (DCI); 12% Служби захисту (SDLP); 7% Центрального управління республіканських охоронних компаній (DCCRS); 6% штату Сил втручання Національної поліції (FIPN), таких, як Рейд і Національна поліцейська група (GIPN). Однак попри ці показники жінки складають лише 27% від загальної кількості співробітників [7, с. 149].

Одним із підрозділів, який здійснює поліцейську діяльність у Франції, є жандармерія, де 20% штатної чисельності складають жінки. Жінки отримують однакову із чоловіками заробітну плату, однаковими є і умови прийому в жандармерію, за винятком нормативів фізичного навантаження. Попри це для того, щоб жінка самостійно виконувала службові обов'язки, їй необхідно прослужити не менше 10 років. До 1982 р. жінкам доручалось ведення лише адміністративних справ (кадрова робота, робота з документами тощо). У 1987 р. Ізабель Гуйон де Марітенс вперше в історії поліції Франції отримала звання офіцера жандармерії, а у 2013 р. вона ж була першою, хто була призначена генеральним директором жандармерії [7, с. 151].

Жінки в поліції Нідерландів складають близько 28% від загальної кількості працівників поліції, до того ж 18% наділені поліцейськими повноваженнями, а 50% є службовцями з-поміж цивільних осіб.

У 1989 р. за фінансової підтримки уряду Нідерландів була створена «Європейська мережа жінок-поліцейських», метою якої стала оптимізація становища жінок-поліцейських у поліцейських службах країн Євросоюзу й інших держав Європи. Для цього основними напрямками роботи вказаної міжнародної структури є: обмін інформацією та досвідом; навчання жінок, які несуть службу в поліції; організація конференцій і семінарів, які, окрім іншого, містять тематику боротьби проти сексуального переслідування в межах компетенції поліції; просування співробітництва й встановлення ділових контактів жінок, які працюють у поліції всіх країн Європи. На 2014 р. «Європейська мережа

жінок-поліцейських» має своїх представників у 28 країнах [8].

Можна з упевненістю стверджувати, що більшість країн у світі намагаються за допомогою різноманітних заходів залучити до служби в поліцію якомога більшу кількість жінок. У Скандинавії навіть ставлять за мету, щоб в лавах поліції працювало не менш як 40% жінок [9].

Таким чином, нині практично у всіх країн Європи й США однією із задач керівників кадрових апаратів поліції є найефективніший набір у поліцію необхідної кількості жінок для виконання різноманітних поліцейських функцій.

Висновки. Отже, вперше використання жінок на службі в правоохоронних органах почали в США в середині XIX століття. Поява жінок у поліцейських структурах висунуло на один рівень із каральною функцією поліції функцію профілактичну.

Вивчення процесу залучення жінок на службу до поліції в різних країнах дозволяє зробити висновок про те, що використання жінок-поліцейських розвивалось у сповільненому темпі. На початку кадрові служби наймали на роботу жінок для виконання обмежених видів діяльності, вони не мали спеціальної підготовки й поліцейських повноважень. І лише після того, як керівництво визнало їх ефективність у роботі, пов'язаній із жінками й дітьми, співробітниці почали проходить професійну підготовку й отримувати повноваження поліцейських.

Історичний аналіз використання жінок у поліції також дозволяє дійти висновку, що активне залучення жінок на службу в правоохоронні органи, зокрема в поліцію, сприяло підвищенню ефективності їхньої діяльності. Залучення жінок на службу в поліцію розв'язало проблеми з некомплектом кадрів, що також дозволило планомірно й стабільно розв'язувати завдання щодо забезпечення правопорядку, що є головним завданням поліції. У цілому ж удосконалення правового регулювання служби жінок у поліції сприяло удосконаленню роботи поліції у сфері забезпечення правопорядку й боротьби зі злочинністю.

У статті розглянуто питання залучення жінок до несення служби в поліції деяких зарубіжних країн у його історичному розвитку. Автором статті підкреслено, що проблема дискримінації жінок є одним із важливих явищ як в окремо взятому суспільстві, так і у всьому світі. Саме така обставина спонукала Організацію Об'єднаних Націй та інші міжнародні організації до розробки й затвердження ряду міжнародних документів, метою яких є забезпечення рівності й справедливості у сфері праці жінок, у тому числі й тих, хто несе службу в різних правоохоронних структурах.

Здійснений аналіз зарубіжної літератури й законодавства дозволив автору сформулювати висновок, що першою країною, яка стала залучати жінок до поліцейської діяльності, стали Сполучені Штати Америки, а згодом така практика поширилась і на країни Західної Європи. Автор спирається на офіційні дані, за якими досвід роботи жінок у поліції в Сполучених Штатах Америки розпочався в середині XIX століття. У таких країнах Європи, як Великобританія, Німеччина, Франція та інші жінок на службу в поліції почали залучати в 30-х роках минулого століття. У таких країнах, як Ірландія, Ізраїль, Канада жінок на службу в поліцію стали брати лише в другій половині XX століття.

У результаті здійсненого дослідження автором встановлено, що спочатку поліцейська діяльність жінок, в основному, здійснювалась у таких напрямках: патрульно-постова служба, регулювання дорожнього руху, розслідування

дорожньо-транспортних пригод, забезпечення охорони громадського порядку.

Вивчення процесу залучення жінок на службу до поліції в різних країнах дозволяє зробити висновок про те, що на початку кадрові служби наймали на роботу жінок для виконання обмежених видів діяльності, вони не мали спеціальної підготовки й поліцейських повноважень. І лише після того, як керівництво визнало їхню ефективність у роботі, пов'язаній із жінками й дітьми, співробітниці почали проходити професійну підготовку й отримувати повноваження поліцейських.

Автор констатує, що залучення жінок на службу в поліцію розв'язало ряд проблем, зокрема це й питання некомплекту кадрів. Загалом удосконалення правового регулювання служби жінок у поліції сприяло покращенню роботи поліції у сфері забезпечення правопорядку й боротьби зі злочинністю.

Ключові слова: служба в поліції, поліцейська діяльність, жінка-поліцейський, статус жінки-поліцейського, професійний відбір.

Polishko N. Historical and legal aspects of recruiting women to the police: the experience of some foreign countries

The article considers the issue of involving women in the police service of some foreign countries in its historical development. The author of the article emphasizes that the problem of discrimination against women is one of the important phenomena both in the individual society and around the world. It is this circumstance that has prompted the United Nations and other international organizations to develop and approve a number of international instruments aimed at ensuring equality and justice in the field of women's work, including those serving in various law enforcement agencies.

An analysis of foreign literature and legislation allowed the author to conclude that the first country to involve women in policing was the United States, and later, this practice spread to the countries of Western Europe. The author relies on official data, according to which the experience of working in the police force in the United States began in the middle of the 19th century. In such European countries as Great Britain, Germany, and France, women began to be recruited to serve in the police in the 1930s. In countries such as Ireland, Israel, Canada, women began to be recruited into the police service only in the second half of the twentieth century.

As a result of the study, the author found that in the beginning, women's policing was mainly carried out in the following areas: patrol service, traffic regulation, accident investigation, public order.

A study of the process of recruiting women into the police in different countries suggests that in the beginning, personnel services hired women to perform limited activities; they did not have special training and police powers. It was only after management recognized their effectiveness in work related to women and children that female employees began to receive professional training and police powers.

The author states that the involvement of women in the police service has solved a number of problems; in particular, it is the solution of the issue of staff shortages. In general, the improvement of the legal regulation of the service of women in the police has contributed to the improvement of police work in the field of law enforcement and the fight against crime.

Key words: police service, policing, female police officer, status of female police officer, professional selection.

Література

1. Мохова С.В. Организационно-правовые основы службы женщин в полиции России и зарубежных стран. Челябинск : 2016. 109 с.

2. Занина Т.М., Петранцов А.С. Зарубежный опыт организации и правового регулирования службы женщин в полиции. Вестник Воронежского института МВД России. 2015. № 4. С. 30–33.

3. Caiden G.E. Police Revitalization. Lexington, 1977. 136 p.

4. Женщины на службе в полиции. URL: http://gender.mvd.kg/en/gendernoepartnerstvo-i-obmen-opytom/38-zhenshchiny-na-sluzhbe-v-politsii (дата обращения: 01.07.2020).

5. Губанов А.В. Полиция зарубежных государств: организационно-правовые основы, стратегия, тактика, кадровое обеспечение деятельности, международное полицейское сотрудничество. Москва : Московская Академия МВД России, 2001. 220 с.

6. Щелкунова М.В. Организационно-правовые основы службы женщин в полициях зарубежных стран : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.13. Москва : 1999. 22 с.

7. Матвеев С.П. Организация полицейской деятельности: французский опыт. Вестник Воронежского института МВД России. 2018. № 4. С. 147–153.

8. Kerngegevens Nederlandse Politie. Den Haag, 2013. 17p.

9. Bell D. Policewomen: Myths and Reality. Journal of Police Science and Administration. 1982. № 10. P. 112–120.

ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

УДК 341.1/8
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1985

В. Музика,
аспірантка кафедри міжнародного та європейського права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРОБЛЕМА АТРИБУЦІЙ КІБЕРАТАК ПРОТИ ОБ'ЄКТІВ КРИТИЧНОЇ ІНФРАСТРУКТУРИ ТА ШЛЯХИ ЇЇ ВИРІШЕННЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ

Кількість кібератак проти об'єктів критичної інфраструктури держав постійно зростає, як і загроза фізичного знищення таких об'єктів. Ті ресурси, якими володіють хакери та складність кібероперацій свідчать про безпосередню або опосередковану участь держави в плануванні та здійсненні атак, а також використанні технічних та наукових ресурсів держави. Незважаючи на це, наразі практично не можливо притягнути державу до відповідальності, оскільки ця проблема виходить за межі юридичної площини та, окрім правової атрибуції, вимагає здійснення технічної атрибуції кібератак.

Мета статті – розглянути можливість створення допоміжного органу, який займався би питаннями атрибуції для подальшого притягнення держав до міжнародної відповідальності.

Притягнення держав до відповідальності вимагає встановлення двох елементів міжнародно-протиправного діяння – порушення зобов'язання та його присвоєння державі [10, ст. 2]. Що стосується першого елемента, то залежно від контексту та наслідків таких кібератак будуть діяти норми міжнародного гуманітарного права чи міжнародного права прав людини. Кібератаки проти об'єктів критичної інфраструктури держави також можуть призвести до порушення принципу заборони погрози або застосування сили і досягти рівня збройної агресії. Отже, проблем з юридичними підставами відповідальності на практиці не виникає, що не можна сказати щодо фактичних підстав.

Враховуючи делікатність та серйозність заяв щодо порушення державою міжнародних зобов'язань, Міжнародний Суд ООН встановив досить високий тест для притягнення держав до відповідальності. Відповідно до тесту ефективного контролю, який був розроблений у справі щодо військової та напіввійськової діяльності в Нікарагуа, для цілей відповідальності необхідна наявність ефективного контролю над приватними особами [6, п. 86]. У контексті кібератак це означає те, що встановлення відповідальності держав не можливе, коли держава здійснює загальний контроль над приватними особами (хакерами, групами хакерів, IT-компаніями тощо) шляхом планування, фінансування або підтримання кібератак. У такому випадку можна встановити лише порушення принципу невтручання у внутрішні справи держави, але ніяк не порушення заборони погрози чи використання сили, норм міжнародного гуманітарного права чи міжнародного права прав людини. Тому

 © В. Музика, 2020

виходить, що міжнародне право практично безсильне, якщо держава самостійно не визнає свою причетність до кібератаки, або якщо не буде доведена відсутність необхідної турботи з боку останньої.

Для атрибуції кібератак також потрібно спочатку встановити комп'ютери та сервери, які застосовувалися під час їх здійснення, ідентифікувати осіб, які мають безпосередній стосунок до цих атак, а потім довести, що ці особи діяли від імені конкретної держави, щоб атрибутувати їхні дії державі [8, с. 240; 9, с. 98–103]. Таке завдання очевидно виходить за межі юридичної площини та вимагає оцінки технічних індикаторів.

Пов'язані з правовою та технічною атрибуцією труднощі змусили юристів-міжнародників серйозно задуматись над ефективними шляхами їх подолання в міжнародному праві. З одного боку, були намагання сформувати новий підхід на підставі публічної атрибуції кібератак. Але така практика носить швидше політичний характер, ніж правовий [7, с. 47–48], що не дозволяє констатувати формування *lex specialis*. Відсутній елемент *opinion juris* [11], тому про формування норм звичаєвого права, відмінного між загальноприйнятих правил притягнення до відповідальності (на підставі тесту ефективного контролю), також неможливо говорити. З іншого боку, політичні індикатори, вироблені в межах публічної атрибуції кібератак, все ж потребують урахування для отримання достовірних висновків [7, с. 46–47].

Приватні IT-компанії та компанії, що займаються питаннями кібербезпеки, показали можливість здійснення технічної атрибуції та встановлення відповідальних осіб, а іноді – і держав, що за ними стоять. Так, наприклад, у 2013 році компанія Мандіант опублікувала безпрецедентний звіт, що викривав діяльність китайської кібергрупи APT1 (*Advanced Persistent Threat 1*), яка займалась тривалим кібершпигунством. Звіт готувався протягом 7-ми років та враховував «активність» проти 141-ї організації, які були скомпрометовані APT1 та діяли в 20-ти основних галузях промисловості. Серед іншого, звіт містив: (1) докази, що пов'язують APT1 з 2-м бюро Народно-визвольної армії Китаю (PLA), відділом Генерального штабу, 3-м відділенням (найменування для прикриття військового підрозділу PLA 61398); (2) хронологію економічного шпигунства APT1, починаючи з 2006 року; (3) опис інструментів, тактики, процедури роботи APT1, включаючи компіляцію відео, що показують фактичну активність APT1; (4) хронологію та відомості про понад 40 сімейств шкідливих програм APT1; (5) хронологію та деталі розгалуженої інфраструктури атаки APT1 [5].

Цікаво, що до цього, у 2010 році, Мандіант опублікував свій перший звіт щодо APT. Розслідування, які проводились з 2004 року для підготовки цього звіту, дозволили висунути гіпотезу про те, що близько двадцяти груп APT знаходяться в Китаї (APT1 – найбільш активна й успішна, але не єдина). Тоді Мандіант виразив позицію щодо того, що діяльність цієї кібергрупи могла санкціонуватися Урядом Китаю, визнаючи, що на той момент не уявлялось за можливе встановити рівень причетності. Звіт 2013 року, навпаки, містить докази причетності та висновок: «Ми вважаємо, що APT1 здатний вести таку тривалу та розгалужену кампанію з кібершпигунства значною мірою тому, що отримує пряму підтримку уряду <...> [Н]аше дослідження дозволило встановити, що підрозділ 61398 Народно-визвольної армії (PLA) у своїй місії, можливостях та ресурсах аналогічний APT1. Підрозділ 61398 PLA також розташований у точно тій самій зоні, з якої починається активність APT1» [5, с. 2].

Такий детальний звіт, що був представлений на оцінку широкому

загалу, породив так званий «ефект Мандіанту»: відтепер компанії, що займаються питаннями кібербезпеки, переконані в тому, що задля всезагального визнання здійсненого аналізу та підвищення репутації їхні звіти не повинні поступатись деталізованому звіту від Мандіант.

Уже в 2014 році CrowdStrike, приватна компанія з кібербезпеки, публікує свій звіт, який заперечує твердження Китайського уряду щодо його непричетності до кібершпигунства та наполягає на широкомасштабних кампаніях проти урядів та компаній, що базуються в різних країнах світу [2]. Цим самим CrowdStrike демонструє системність проблеми та існування низки небезпечних кібергруп.

Крім того, як видається з аналізу публічної та технічної атрибуції кібератак 2014–2018 років, звіт Мандіант також призвів до активізації урядів. Можемо справедливо зробити висновок про те, що держави не хочуть втрачати свою позицію в кіберпросторі, який вони, хоча й не можуть контролювати в межах власного суверенітету, не хочуть визнавати за приватним сектором. Але тут також важливим є той факт, що децентралізована атрибуція з боку недержавних акторів та їхня готовність обмінюватися інформацією і спільно взаємодіяти з державою та її агентами зводить до мінімуму ризик помилкової атрибуції.

Помилкова атрибуція внаслідок спуфінгу є тим монстром, якого держави дуже бояться. Якщо держава здійснить помилкову атрибуцію та вдасться до реторсій чи контрзаходів або, що ще гірше, до застосування сили, то її дії становитимуть міжнародно-протиправне діяння, яке не можна буде виправдати помилкою. Більш того, це може привести до відкритого реваншу з боку держави, яка стала жертвою спуфінгу та помилкової атрибуції. Тому державам варто визнати, що епоха державоцентризму залишилась у минулому, і для забезпечення власних інтересів та безпеки необхідно об'єднатися з тими компаніями, які готові співпрацювати.

Сценарій, за яким і держави, і недержавні кіберактори проводять технічну атрибуцію окремо один від одного, має своє плюси, але більш ефективно об'єднати зусилля з урахуванням переваг, якими кожна зі сторін володіє. Перевага, яка є у держав у разі атрибуції, полягає в тому, що вона прекрасно обізнана з власним історичним, соціальним, політичним та економічним контекстом, в межах якого були здійснені кібератаки проти її критичної інфраструктури. Що ж до приватних компаній, то в їх розпорядженні часто містяться відомості ряду компаній, що стали жертвами кібератак у різних країнах. Фактично це і є тією причиною, яка дозволяє приватному сектору здійснити технічну атрибуцію в короткі строки. Але й ці строки можуть скоротитися, якщо буде проходити періодичний обмін інформацією з державою, що підтверджує доцільність об'єднання зусиль державних та недержавних акторів.

Співпраця може стати тим важелем, який запустить правову атрибуцію кібератак для цілей притягнення держав до міжнародної відповідальності. Експерти Microsoft пропонують досить оптимальний варіант міжнародного механізму, який би займався питаннями атрибуції. Зокрема, пропонується створити організацію, яка би включала не тільки державних, а й приватних технічних експертів, науковців, представників громадянського суспільства, що зможуть оцінити тактику та прийоми, які використовують державні кіберактори, та інші індикатори, що демонструють причетність держави до кібератаки [1, с. 11].

Така централізована атрибуція за участі всіх зацікавлених сторін сприяла б не тільки здійсненню атрибуції, а й досягненню стандарту доказування у випадку подання міждержавного спору. Завдяки атрибуції

з високим рівнем підтвердження державам-жертвам кібероперацій вдасться притягнути державу-правопорушницю до міжнародної відповідальності, якщо остання має безпосереднє відношення до кібератак. Разом із тим для міжнародної спільноти це шанс зменшити зростаючу кількість кібератак та почати реагувати на порушення норм міжнародного права, зокрема в ситуаціях, коли кібероперації проти об'єктів критичної інфраструктури досягають порогу використання сили.

Важливо, що, пропонуючи такий міжнародний механізм, експерти Microsoft надихнулися прикладом Міжнародної агенції з атомної енергії (МАГАТЕ). І тут складно не погодитися, оскільки цей механізм добре відомий своєю технічною експертизою. До Ради керуючих МАГАТЕ входять 35 країн-членів, які змінюються на ротаційній основі. Процес прийняття Радою рішень, як правило, визначається консенсусом, що також є бажаним для майбутнього механізму з питань атрибуції кібероперацій. До основних напрямів діяльності МАГАТЕ відноситься здійснення ядерних перевірок (зокрема, верифікаційної та моніторингової діяльності в Ірані з ціллю виконання резолюції РБ ООН 2231 від 2015 року), виробництво медичних радіоізотопів та радіаційних технологій у межах ядерного застосування, технології ядерного паливного циклу і матеріалів тощо. Отже, діяльність організації неможлива без залучення технічних експертів, які проводять інспекції та розробки. МАГАТЕ – це саме той приклад, який може бути використаний як модель для створення механізму, що здійснюватиме технічну атрибуцію кібератак. Однозначно позитивним буде створення виключно технічного механізму, який не прийматиме політичних рішень, а лише встановлюватиме факти.

Створення такого механізму необхідне і з тієї причини, що між приватними фірмами існує розрив у тих методах та інструментах, які вони використовують для здійснення технічної атрибуції. Так, наприклад, Лабораторія Касперського (Kaspersky Lab) зазначила, що аналіз, проведений BAE та Anomali щодо зв'язку між «групою Лазарус» (Lazarus Group) і Північною Кореєю та їх причетністю до пограбування Центрального банку республіки Бангладеш, невиправдано вузько зосереджений лише на коді інструмента «wiper». Що ж до аналізу та технічної атрибуції від Symantec, то причетність Lazarus Group виявлено завдяки повторному використанню ряду зловмисних програм під час атаки на польський фінансовий сектор [4; 3, с. 20].

На увагу заслуговує пропозиція, що виключає участь агентів держави. При цьому складно повірити в можливість створення такого механізму, який виключав би роль держави в процесі здійснення технічної атрибуції. По-перше, із суто політичних міркувань держави не хочуть відходити на другий план та втрачати контроль над сферою, в якій вони зацікавлені. По-друге, відсутність урядових експертів позбавить можливості здійснювати обмін інформацією між державними агентами та приватним сектором. Разом із тим пропозиції створення «бездержавного» міжнародного механізму для здійснення технічної атрибуції все ж існують.

Зокрема, Корпорація РЕНД (RAND) запропонувала створення Глобального консорціуму з кібератрибуції [3]. Згідно із пропозицією Корпорації РЕНД цей консорціум повинен включати (1) технічних експертів компаній з питань кібербезпеки та інформаційних технологій, а також науковців, та (2) експертів з питань кіберпростору, юристів-науковців та експертів з міжнародних відносин різних наукових та дослідницьких організацій. У консорціум повинно входити від 20-ти до 40-ка експертів з різноманітних

організацій, серед яких РЕНД називає Лабораторію Касперських, Symantec, CrowdStrike, Microsoft, Huawei, ZTE, Інженерну Раду Інтернету (Internet Engineering Task Force – IETF), Інститут інженерів електротехніки та електроніки, Спільноту Інтернету (Internet Society), групу експертів Талліннського Керівництва.

На думку корпорації РЕНД, є три основні причини, чому держави не повинні допускатись до процесу технічної атрибуції в межах створеного міжнародного механізму. По-перше, держави здійснюють технічну атрибуцію на підставі доказів та матеріалів розвідки, які вони не готові публічно оприлюднити. Тому виникають обґрунтовані запитання щодо достовірності та повноти доказів, які неможливо перевірити. По-друге, держави переслідують свої політичні інтереси. Представники РЕНД припускають можливий тиск із боку державних акторів задля отримання бажаного висновку від Консорціуму [3, с. 19]. І це дійсно можливо, якщо враховуватимуться не лише технічні індикатори, а й політичні індикатори та інформація із різних джерел. Спиратись виключно на технічні індикатори стратегічно невірно, оскільки технічні індикатори можуть бути підроблені [3, с. 16]. По-третє, у випадку членства в Консорціумі держави зможуть впливати на вибір справ для розслідування. Тобто можливий варіант, коли кібероперації за участю конкретних держав будуть відсіюватися.

Незважаючи на відмову від постійної участі держав у діяльності Консорціуму, РЕНД не виключає можливість співпраці з державами. Останні зможуть надавати інформацію, яка може допомогти в розслідуванні та встановленні відповідальних. Разом із тим на Консорціум не покладатиметься обов'язок щодо використання цієї інформації, особливо в ситуаціях, коли виникають сумніви щодо достовірності переданої інформації.

Щодо можливого впливу на організації-учасниці, які, попри свою незалежність від держав, створені відповідно до національного законодавства та діють на території держави, то наявність значної кількості технічних експертиз і процедур розслідування дозволить мінімізувати можливий вплив [3, с. 30].

Створення організації, яка не передбачає постійне членство держав, дійсно має своє плюси, але далеко не завжди приватний сектор володіє необхідними ресурсами для здійснення технічної атрибуції. Історія знає приклади, коли приватні організації були змушені призупинити процес атрибуції через потребу в даних урядової розвідки. Так, наприклад, компанія Novetta під час підготовки звіту щодо операції «Блокбастер» виразила бажання підтримати роботу інших акторів, зазначивши відсутність ресурсів для самостійної технічної атрибуції. Це пояснюється тим, що відомі хакерські групи, які підтримуються державами, зазвичай не одразу попадають у поле зору приватних компаній. Крім того, нападники не є ізольованою та єдиною групою, а масштаб їхньої діяльності досить значний і може охоплювати значну кількість країн та сфер.

У своїх звітах приватний сектор визнає необхідність оцінки політичних індикаторів, і це зумовлено не лише можливістю фальсифікації технічних даних. З одного боку, встановлення ряду держав, які мають політичні, економічні чи інші мотиви в здійсненні кібератаки, може пришвидшити процес технічної атрибуції. Адже зазвичай ціль атаки та знання, які необхідні для її здійснення, свідчать про участь держав, а не випадкові атаки хакерів заради розваги [3, с. 12]. Наприклад, розробникам вірусу Stuxnet потрібне було не лише глибоке розуміння мережевої архітектури чутливого ядерного об'єкта, але і знання щодо досить складного процесу збагачення урану. Отже, йдеться не лише про

збір розвідувальних даних, а також про залучення фахівців із глибоко спеціалізованими знаннями в конкретній галузі [1, с. 10]. У випадку зі Stuxnet мотиви США та Ізраїлю щодо іранської ядерної програми послужили додатковим політичним індикатором причетності цих країн. Аналогічно у випадку з кібератаками на систему електропостачання України у 2015 та 2016 роках – мотиви, вибрана ціль та використані знання можна розглядати як додаткові підтвердження причетності російських державних акторів.

Звичайно, поодинці технічні та політичні індикатори не завжди спроможні надати відповідь на питання, хто стоїть за конкретною кібероперацією. Технічних індикаторів не завжди достатньо, а політичні іноді досить розмиті (наприклад, у ситуації коли потенційні мотиви є у декількох, ніяк не пов'язаних держав або коли мотиви взагалі не зрозумілі). Отже, співпраця між державами та приватним сектором, а також участь держави в діяльності механізму, який займатиметься питаннями атрибуції, є необхідною умовою отримання достовірних результатів атрибуції.

У статті досліджено проблему атрибуції кібератак у міжнародному праві. Встановлено, що неможливість присвоєння державі поведінки приватних осіб зумовлена високим порогом тесту ефективного контролю. Отже, аналізується пропозиція щодо створення міжнародного механізму за прикладом МАГАТЕ, який би займався питаннями технічної атрибуції для подальшого встановлення правової атрибуції і відповідальності в межах міжнародного права. Лише такі висновки незалежного міжнародного механізму зможуть задовольнити вимоги ефективного контролю та поводження з приватними особами як з агентами держави. Це зумовлено тим, що в більшості звітів щодо технічної атрибуції наявні докази використання державної інфраструктури, а також взаємодії хакерів та хакерських груп з державними органами.

У статті також розглянуті запропоновані моделі цього міжнародного механізму. З одного боку, пропонується такий міжнародний механізм, який би здійснював технічну атрибуцію на підставі взаємодії державних та недержавних акторів, з іншого боку, приватний сектор пропонує створити механізм, який би передбачав виключно консультації та отримання інформації від держав. Тому виключається членство держав, а інформація, яка надана ними, не буде обов'язковою для врахування у випадку сумнівів щодо достовірності даних. Ця пропозиція зумовлена тим, що, на думку приватного сектору, держави спробують втрутитися в процес технічної атрибуції через свої політичні мотиви або намагатимуться досягти рішення щодо відсіювання розслідування кібератаки, до якої вони або їхні союзники причетні.

Автор доходить висновку про доцільність створення міжнародного механізму, який не передбачає повне виключення представників держави. Це пояснюється тим, що не лише технічні, а й політичні індикатори повинні бути враховані. Такий підхід знаходить підтримку серед усіх зацікавлених сторін через те, що технічні дані можуть бути скомпрометовані. Крім того, в розпорядженні державних агентів зазвичай знаходиться важлива інформація щодо конкретної кібератаки та контексту, в якому вона була здійснена. Не менш важливо й те, що міжнародна спільнота навряд чи погодиться на створення міжнародного механізму з представників приватного сектору, висновки якого потенційно

можуть стати доказами у встановленні відповідальності держав. Як наслідок, вирішення проблеми зі встановленням атрибуції буде відкладено на невизначений час.

Ключові слова: атрибуція кібератак, відповідальність держав, правова атрибуція, технічна атрибуція, міжнародний механізм, що відповідальний за технічну атрибуцію.

Muzyka V. The problem of attribution of cyberattacks against objects of critical infrastructure and ways of its solving

The article examines the problem of legal attribution of cyberattacks in international law. The main challenge associated with this problem is a high threshold for invocation of state responsibility that is based on the effective control test. Therefore, the author supports the idea to create an independent international mechanism responsible for technical attribution of cyberattacks. For this purpose, International Atomic Energy Agency, which deals with technical issues and expertise, may be used as a model. Technical outcomes thus could solve the existing problem of impunity for cyberattacks against objects of critical infrastructure that plays indispensable functions. It is argued that technical attribution and its outcomes are essential prerequisite for legal attribution and the possibility to treat private actors as de facto agents of state. This is due to the fact that most reports on technical attribution contain evidence of the use of state infrastructure, as well as evidence about the nexus between hackers or hacker groups and governmental agencies.

The article also contains the analysis of proposed models of this international mechanism. First, there is a proposition to create a mechanism able to carry out technical attribution based on the cooperation of state and non-state actors. Second, the private sector proposes to create a mechanism that would foresee only consultations with states and information-sharing. Therefore, the membership of the states is excluded, and the information provided by states will not be necessary considered in case doubts exists concerning the reliability of data. This proposal is made due to the fact that, according to the private sector, states will try to interfere in the process of technical attribution in light of their political motives or reach a decision to exclude a particular situation in which they or their allies are involved.

The author concludes that a new mechanism should not exclude the membership of state representatives. The rationale behind this conclusion is that not only technical but also political indicators must merit considerations. And this approach is supported by both states and private sector, otherwise – there is a high risk of technical indicators to be falsified. Furthermore, governments are usually in possession of important information about the specific cyberattack committed against its critical infrastructure and the context in which it was carried out. There is also a low probability that international community will agree to create an international mechanism consisting of representatives of private sector, whose conclusions could potentially be used in the process of establishing state responsibility. Therefore, most probably, resolving the attribution issue will be delayed.

Key words: attribution of cyberattacks, state responsibility, legal attribution, technical attribution, international mechanism responsible for technical attribution.

Література

1. Charney S., English E., Kleiner A. From Articulation to Implementation: Enabling Progress on Cybersecurity Norms. 2016. URL: https://query.prod.cms.

rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/REVmc8

2. CrowdStrike Intelligence Report «Putter Panda». URL: https://cdn0.vox-cdn.com/assets/4589853/crowdstrike-intelligence-report-putter-panda.original.pdf

3. Stateless Attribution: Toward International Accountability in Cyberspace / J. Davis et al. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2017. URL: https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR2081.html.

4. GReAT, «BlackEnergy APT Attacks in Ukraine Employ Spearphishing with Word Documents». SecureList, Kaspersky Lab : website.2016.URL:https://securelist.com/blog/research/73440/blackenergy-apt-attacks-in-ukraine-employspearphishing-with-word-documents/

5. Mandiant`s Report «APT1 Exposing One of China's Cyber Espionage Units». URL: https://www.fireeye.com/content/dam/fireeye-www/services/pdfs/mandiant-apt1-report.pdf

6. Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U. S.), Judgment, 1986 I.C.J. 14 (June 27). URL: https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf

7. Muzyka V. Public Attribution of Cyber-Attacks: Toward a New Approach in International Law. Правове життя сучасної України : у 3 т. : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15 трав. 2020 р.) / відп. ред. М.Р. Аракелян. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2020. Т. 3. С. 46–49.

8. Roscini M. Evidentiary Issues in International Disputes Related to State Responsibility for Cyber Operations. Texas International Law Journal. Volume 50. Symposium Issue 2. P. 234–273.

9. Schmitt M. Tallinn Manual on the International Law applicable to cyber warfare. 2013. 283 p.

10. UN General Assembly, Responsibility of States for internationally wrongful acts : resolution ; adopted by the General Assembly, 8 January 2008, A/RES/62/61. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf

11. Vðljataga A. Tracing opinio juris in National Cyber Security Strategy Documents. NATO CCD COE. URL: https://ccdcoe.org/uploads/2019/01/Tracing-opinio-juris-in-NCSS-2.docx.pdf

УДК 343.3/.7
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1986

О. Сікан,
аспірантка кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПЕРЕЛЮБ (АДЮЛЬТЕР) ЯК ЗЛОЧИН ПРОТИ СІМ'Ї

Шлюб і сім'я без перебільшення є найважливішими з ціннісних надбань в історії людства, а культура й форми співжиття є визначальними складовими частинами гармонійного й стабільного розвитку суспільства. З найдавніших часів, коли свобода статевих відносин була майже безмежною, на ряду з проявами проміскуїтету, гомосексуалізму, інцесту тощо зароджувалися ознаки моногамії матримоніальних відносин і з'являлися обмеження щодо перелюбу (адюльтеру). Адюльтер – караний проступок, що неминуче тягнув за собою покарання, які залежно від формації, місця та часу їх застосування були різноманітними – від найсуворіших до більш-менш гуманних [1, с. 282]. В епоху постмодерну з характерним збільшенням плюралізму в суспільстві й загостренням багатоманітності розуміння моральності вкрай важливо приділяти увагу фундаментальним і системоутворювальним інститутам, щоб не допустити їх руйнації та забезпечити перспективи сталого суспільного розвитку. До таких базових інститутів із давніх часів належить сім'я, одним із руйнівних чинників якої є перелюб (адюльтер, подружня зрада). Перелюб призводить до безповоротної руйнації взаємостосунків і є причиною та мотивом багатьох злочинів. Слід зауважити, що чинне кримінальне законодавство України не містить складу відповідного злочину, а латентність зазначеного діяння та відсутність офіційної статистики унеможливлюють оцінити нині дійсні масштаби наявної проблеми.

Загалом дослідження подружньої зради має багатоаспектний характер і відзначається плюралізмом підходів і думок. У науковій літературі зазначене діяння розглядається в рамках вивчення злочинів проти моральності [2, с. 107]. Історичні пам'ятки права свідчать про інтерпретацію перелюбу в контексті злочинів проти сім'ї та неповнолітніх. У значній кількості країн заміжня жінка розглядалася як власність чоловіка й відповідно перелюбство було частково замахом на право власності й право на розмноження. Окремі експерти сучасності відносять перелюб до однієї з форм домашнього насильства [3]. Суспільна думка щодо морально-етичної оцінки подружньої зради також не єдина й та характеризується полярністю поглядів щодо необхідності встановлення кримінальної заборони за її вчинення.

Постановка завдання. Враховуючи зазначене, вбачається за необхідне приділити увагу проблемним питанням криміналізації перелюбу (подружньої зради). Метою статті є виявлення історичних закономірностей криміналізації та декриміналізації такого діяння, як перелюб, у кримінальному праві України. Для досягнення поставленої мети були визначені такі завдання: встановити, коли вперше у вітчизняному кримінальному праві були передбачені правові санкції за перелюб; виявити хронологічну послідовність динаміки санкцій за зазначений злочин; встановити кореляції виявленого із сучасністю, обґрунтувати вплив подружньої зради

© О. Сікан, 2020

на сімейні відносини й запропонувати відповідний механізм їх охорони від зазначеного суспільно-небезпечного діяння.

Дослідженням питань кримінальної відповідальності за перелюб приділяли увагу такі науковці минулого й сучасності, вітчизняні й зарубіжні вчені, як Ю. Аверкіна, Ж. Батай, Є. Беляєва, І. Бентам, Ч. Беккаріа, С. Бородіна, І. Галяутдін, Б. Гульбан, К. Джета, О. Зазимко, К. Леві-Стросс, О. Старко, Ш. Летурно, Г. Мальцев, Б. Малиновський, Дж. Мердок, Е. Побєгайло, К. Раєн, О. Сосновский, Я. Талалаж, І. Філановський, А. Шевчук, Д. Шестаков, Ю. Щербатих та інші.

Виклад основного матеріалу. Вивчення специфіки шлюбно-сімейних відносин дає можливість зрозуміти не лише суспільні, культурні, моральні цінності минулого, але й деякі закономірності сьогодення. На гендерні взаємини, сексуальну поведінку чинять вплив традиції національної культури, субкультурні фактори, релігія. У всі історичні епохи кожен із наявних класів мав свої власні гендерні інтереси. З цієї різноманітності інтересів завжди випливала різноманітність статевих стосунків, моральних поглядів і постулатів [4, с. 131].

Історично в багатьох культурах світу перелюб жорстоко карався, аж до страти [5].

Перші згадки щодо охорони шлюбно-сімейних відносин і покарання за перелюб містяться в найдавніших пам'ятках права. Більшість вчених-правознавців сходяться в думках про те, що першим джерелом права є Старий Заповіт. Як найдавніше релігійне джерело, Старий Заповіт, що складається з 5 книг (Буття, Вихід, Левіт, Числа, Повторення закону), містить у собі Закон Мойсея (Десять Заповідей або Десятислів'я, Декалог), який і став основою сучасної кримінальної галузі. Так, за старозавітним законодавством, ґрунтуючись на заповіді «Не чини перелюбу» (Вих. 20:14), Закон накладав обмеження на всі види статевого зв'язку, крім законного (подружнього): «А коли хто підмовить дівчину, яка не заручена, й ляже з нею, то нехай дасть їй віно, й візьме її собі за жінку» (Вих. 22:15). За статевий зв'язок із заміжньою жінкою та зґвалтування призначалася найвища міра покарання – побиття камінням. Натомість за статеві зносини з рабинею, хоча й обрученою, смертна кара не призначалася (Лев. 19:20) [6, с. 59, 65].

Смертна кара дружинам за подружню зраду передбачалася Законами Ману в Стародавній Індії та законами Стародавнього Єгипту, Афін [7, с. 59, 65].

Засудження дружини до страти через удушення за перелюбство й подружню зраду передбачалося також за Законами Хамурапі [8, с. 59, 65].

Найсуворішому покаранню у вигляді смертної кари за перелюб піддавали й за законами Римської республіки. Ці злочини були в очах римлян досить тяжкими. Так, якщо чоловік застав дружину на місці злочину, то міг її вбити незалежно від того, чи був укладений шлюб cum manu чи sine manu [9, с. 136–142].

У багатьох юрисдикціях країн третього світу адюльтер, як і позашлюбне статеве життя (перелюб), досі переслідується законом. Там, де вони здійснюються, жінки караються набагато суворіше, ніж чоловіки, аж до забивання камінням. У деяких країнах світу випадками адюльтеру й перелюбства називають і ті випадки, коли жінку було зґвалтовано. Так, наприклад, відбувається в Нігерії та Пакистані.

Подружню зраду нині заборонено шаріатом та ісламом, із цієї причини вона входить до переліку кримінальних злочинів в Ірані, Саудівській Аравії, Афганістані, Бангладеш і Сомалі. Цікаво, що перелюб є злочином у 21 американському штаті. У Брунеї подружня зрада й нині карається смертною карою. Лише три роки тому покарання за перелюб скасували

в Південній Кореї [10] та нещодавно Конституційний суд Тайваню визнав, що подружня зрада не може вважатися кримінальним злочином, скасувавши статтю, що передбачала покарання за подружню зраду у вигляді до одного року позбавлення волі [11].

Урядом В'єтнаму ж, навпаки, майже десятиліття потому за адюльтер було запроваджено систему штрафів, а якщо такі стосунки спричинили «серйозні наслідки», то невірних чоловіка або дружина підлягають кримінальній відповідальності [12].

Історія мала й період, коли за подружню зраду покарання було мінімальним із відлученням від церкви, кари голодом, висміюванням тощо [13, с. 128].

Дослідження генези становлення кримінальної відповідальності за перелюб у пам'ятках права, які діяли раніше на території сучасної України, свідчить, що позашлюбні сексуальні стосунки раніше визнавалися за злочин, виключно підсудний церковному суду [14, с. 107]. З запровадженням християнства в Київській Русі почався відчутний вплив клерикального соціального контролю: церква керувала суспільством не меншою, а нерідко більшою мірою, ніж державна влада й місцеве самоврядування. Статут князя Ярослава Володимировича був відбиттям спроб церкви позбутися пережитків язичництва в сімейно-шлюбній сфері відносин.

Довгий час ці злочини були виключною юрисдикцією церкви й не були представлені у світському праві аж до 1588 р. на Правобережній Україні й аж до 1669 р. на Лівобережній Україні.

Уперше кримінально-правова охорона моральності у Великому князівстві Литовському виникає в Литовському статуті 1588 р., у розділі чотирнадцятому, котрий називався «Про злодійство всякого стану», де передбачалися три норми (артикули 29, 30, 31). Нормами передбачалися дуже суворі санкції за звваблення чужої дружини, водночас каралася й сама жінка, за подружню зраду (чужолозтво) й за звідництво. Вважається, що поява цих норм була результатом зміцнення світської влади, оскільки раніше покарання за означені діяння знаходилися цілком у межах церковної влади [15, с. 345–346, с. 520–521].

Наступною правовою пам'яткою, в якій містилися санкції за злочини проти моральності, був Артикул Військовий від 30 березня 1716 р., який містив переважно норми кримінального права. У главі XX цього Артикулу, яка називалася «Про содомський гріх, про насилля та блуд» передбачалася низка статей, в яких йшлося про злочини проти моральності. У цей же період з'являються «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. За високою юридичною технікою «Права...» є однією з найцінніших пам'яток української правової культури XVIII ст. Хоча Кодекс і не набув офіційної чинності, п'ятнадцятирічна праця українських правників мала позитивний вплив на подальший розвиток українського правознавства. У цьому Кодексі передбачалися злочини, спрямовані проти моральності. Ці злочини каралися смертю через утинання голови, биттям публічно різками або канчуками, арештом і грошовою покутою, утинанням носа або вуха, биттям різками в стовпа публічно або вигнанням із міста (так само як і в Литовському статуті 1588 р.) [16, с. 682–695, с. 164–166].

Крім того, XVIII ст. на українських землях позначилося ще й особливостями козацької кримінально-звичаєвої юстиції. Не були виключенням і злочини, які можна було на той час вважати злочинами проти моральності. Санкції за ці злочини були традиційно суворими. За перелюбство, содомський гріх передбачалося тілесне покарання. Винних били киями (дубовими палками) або батогами.

Джерелами кримінального права в Україні на початку XIX століття були третій Статут і норми магдебурзького права, а з 1840 року –

15-й том Зводу Законів Російської імперії та прийняте в 1845 році «Уложение о наказаниях уголовных и исправительных» [17, с. 254]. Саме під час підготовки «Уложения о наказаниях уголовных и исправительных» отримали розвиток норми, спрямовані на захист сім'ї та неповнолітніх, і було визнано доречним присвятити вказаним діянням окремий розділ «О преступлениях против прав семейных», який містив у собі декілька глав. Так, до першої глави Уложення – «О преступлениях против союза брачного» – було, зокрема, включено статтю, що передбачала відповідальність за подружню зраду [18].

Суворі покарання та розправа над порушниками за перелюб також регулювалися Магдебурзьким правом, яке, зокрема, дозволяло чинити самосуд чоловікам, якщо вони застали дружину з іншим чоловіком – в такому випадку цього чоловіка можна було поранити чи навіть вбити [19].

Друга половина XIX ст. у Російській імперії характеризується порівняно не суворими санкціями за ці злочини, натомість водночас кримінальне законодавство Австро-Угорщини демонструвало суворіше ставлення до означених злочинів із боку виду й розміру санкцій.

Радянське кримінальне законодавство взагалі відмовилося від криміналізації досліджуваного діяння та не виділяло самостійного розділу в Особливій частині Кримінального кодексу Української РСР, що зумовлювалося вимогами суспільно-політичного ладу тих часів і поширенням атеїстичної ідеології марксизму. Відповідні тенденції збереглися і під час прийняття чинного кримінального законодавства України.

Отже, історіографія питання свідчить про постійну увагу до проблем перелюбу від найдавніших часів і до сучасності.

Зважаючи на відсутність в національному законодавстві України кримінально-правової заборони щодо перелюбу й враховуючи відносну поширеність серед злочинів подружніх вбивств, важливим представляється питання визначення подружньої зради як мотиву й детермінанти їхнього вчинення.

Також проблемним питанням виділяють кваліфікацію вбивств через ревнощі, які вчинені в стані сильного душевного хвилювання. Зокрема, складно визначити факт зради як тяжку образу, що лежить в основі виникнення фізіологічного афекту.

Так, деякі вчені розглядають факт подружньої зради в усіх без винятку випадках як тяжку образу. Наприклад, Є. Побєгайло також підтримує цю думку, адже саме так зрада сприймається більшістю людей [20, с. 130].

Інші вчені дотримуються супротивної думки, зокрема А. Піонтковський зазначає, що зраду одного з подружжя судова практика не вважає тяжкою образою. Вбивство за такої умови слід вважати кваліфікованим [21, с. 22].

Зрада одного з подружжя не є приниженням честі й гідності іншого, тому не може розглядатись як образа, вважають М. Загородніков, В. Бєляєв і М. Свідлов [22, с. 142; 23, с. 47].

С. Бородін зазначає, що відповісти на запитання про визнання образи тяжкою в разі порушення подружньої вірності в присутності одного з подружжя заздалегідь для усіх випадків неможливо [24, с. 106].

На думку О. Старко, не завжди подружня зрада або зрада закоханих грубо принижує честь і гідність особи, яку зрадили, чи характеризується виключним цинізмом. У більшості випадків, зраджуючи, особа не має переважного прагнення глибоко принизити свого партнера, його честь і гідність. Тяжкої образи невірність набуває тоді, коли зрада, наприклад, систематична, демонстративна, супроводжується цинічними діями тощо [25, с. 499].

Проблемне й розмежування вбивств із мотивів помсти й вбивств із мотивів ревнощів.

Так, помстою є дії, що спричиняють шкоду, мета яких – покарати особу чи декількох осіб у відповідь на справжню або уявну образу, несправедливість, насильство й таке інше, вчинені раніше.

Природа ревнощів як мотиву злочину подібна природі перешкоджання догляду партнера й має у своїй основі незадоволену потребу у володінні конкретною людиною, чоловіком або дружиною.

У науковій літературі зустрічається така думка, що мотив помсти поглинає мотив ревнощів. Однак це не завжди так, оскільки не в кожному випадку ревнощі є приводом для виникнення помсти. Мета помсти виникає дещо пізніше в результаті зробленої людиною «внутрішньої роботи» й прийняття рішення про засоби, за допомогою яких можна буде розв'язати таку конфліктну ситуацію. Таким чином, ревнощі є мотивом невпевненості в монопольному володінні людиною, а помста є метою покарання за таку неприпустиму, на думку злочинця, поведінку.

Отже, мотив у подружніх злочинах є визначальним і характеризується наявністю міжособистісного зв'язку. Виникнення в одного з подружжя спонукання до вчинення злочину щодо іншого в більшості випадків є результатом складного процесу сімейного спілкування, негативні сторони якого, проходячи через психіку певним чином, відбиваються в ній у вигляді мотиву суспільно небезпечного діяння. В умовах подружнього конфлікту, що передує злочину, мотивування залежить від складності й суперечливості міжособистісних відносин суб'єкта та їх фіксації в його поведінці [26, с. 101].

Дискурс щодо криміналізації перелюбу в умовах сьогодення набуває все більшої актуальності. В аспекті зумовленості кримінально-правової заборони перелюбу слушною представляється позиція О. Коробєєва стосовно того, що незахищеність певних суспільних відносин кримінально-правовими засобами на тлі заподіяної реальної їм шкоди нерідко спонукає людину до пошуку не передбачених законом альтернатив. Водночас наявна так звана криміналізаційна надмірність – перенасиченість законодавства кримінально правовими заборонами, потреба в яких уже відпала або не існувала зовсім. З огляду на це, під час криміналізації та декриміналізації діянь необхідне глибоке й всебічне вивчення соціальних реалій та їх адекватне відбиття в кримінальних законах [27, с. 8].

Враховуючи зазначене й зважаючи на збільшення злочинів, детермінованих перелюбом, слід зауважити, що перелюб потребує криміналізації як суспільно небезпечне й деструктивне явище. Умовами встановлення кримінальної заборони є настання суспільно небезпечних наслідків і підвищений ступінь суспільної небезпеки у зв'язку з тим, що детермінує низку похідних злочинів у сімейній сфері, спричиняючи підвищену небезпеку відповідним суспільним відносинам.

Висновки. Отже, дослідження свідчить, що в різні історичні періоди приділялася увага й вводилися обмеження щодо заборони перелюбу. Відповідні норми містилися у всіх пам'ятках права минулих літ. Тривалий час через різні об'єктивні й суб'єктивні причини шлюбно-сімейні відносини довго залишалися поза фаховими інтересами дослідників. Проте вивчення специфіки шлюбно-сімейних відносин дає можливість зрозуміти не лише суспільні, культурні, моральні цінності минулого, але й деякі закономірності сьогодення. За весь період охоплення дослідженням спостерігається диференціація покарань за перелюб від суворих смертних кар до помірних грошових стягнень. Дослідження правових пам'яток дає можливість зробити висновок, що з X по XX століття вплив церкви на злочинність і караність діянь проти сім'ї був безпрецедентний. Згодом на питання

декриміналізації багатьох злочинів проти сім'ї та моральності, в тому числі й подружню зраду, вплинули процеси секуляризації, які були продиктовані змінами суспільно-політичного устрою на початку XX століття.

Слід зазначити, що в більшості випадків ознаки перелюбу не беруть до уваги й не враховують під час здійснення кримінально-правої оцінки обставин справи, залишаючи за межами складів, що призводить до невірної кваліфікації та неналежної охорони відповідних суспільних відносин.

Сьогодення потребує перегляду підходів до розв'язання проблем, пов'язаних зі злочинним впливом на основи суспільного устрою та базові сімейні цінності, саме тому вважається необхідним повернутися до питання встановлення кримінальної заборони на вчинення перелюбу, криміналізувавши подружню зраду, й на основі родового об'єкта виділити окремий розділ в Особливій частині кримінального права «Злочини проти сім'ї» та включити до нього склад злочину «подружня зрада».

У статті досліджено питання кримінальної відповідальності за перелюб (адюльтер). Приділено увагу історичним аспектам і вивчено наявний міжнародний досвід правового регулювання та охорони відповідних суспільних відносин. Для виявлення історичних закономірностей криміналізації та декриміналізації такого діяння, як перелюб, в кримінальному праві України були визначені такі завдання: встановити, коли вперше у вітчизняному кримінальному праві були передбачені правові санкції за перелюб; виявити хронологічну послідовність динаміки санкцій за зазначений злочин; встановити кореляції виявленого із сучасністю, обґрунтувати вплив подружньої зради на сімейні відносини й запропонувати відповідний механізм їхньої охорони від зазначеного суспільно-небезпечного діяння. Встановлено, що покарання за перелюб уже зустрічається в Старому Заповіті, який відносять до першоджерел найдавніших пам'яток права. Зазначено, що перелюб, як правило, лежить в основі багатьох злочинів, зокрема подружніх вбивств і вбивств, мотивом до яких є ревнощі. Обґрунтовано, що подружня зрада спричиняє руйнівну шкоду сімейним відносинам, які є надважливими для сталого розвитку суспільства й мають належним чином охоронятися з боку держави, а тому відповідні суспільно-небезпечні посягання потребують криміналізації. Наголошено, що кримінально караним перелюб має бути в разі настання суспільно-небезпечних наслідків, таких, як, наприклад, самогубство члена сім'ї (дружини, чоловіка, сина, доньки тощо) або ж у разі втрати вагітності тощо. За ознаками родового об'єкта, що лежить в основі охоронюваних суспільних відносин, вбачається, що зазначений злочин слід розмістити в окремому розділі Кримінального кодексу України «Злочини проти сім'ї». Видовим об'єктом подружньої зради виступають нематеріальні сімейні відносини. Суб'єктом перелюбу може бути як загальний, так і спеціальний суб'єкт.

Ключові слова: перелюб, адюльтер, подружня зрада, злочини проти сім'ї, ревнощі як мотив, подружні вбивства.

Sikan O. Fornication (adultery) as a crime against family

The article examines the issue of criminal liability for adultery (adultery). Attention is paid to historical aspects and the existing international experience of legal regulation and protection of relevant public relations is studied. To identify the historical

patterns of criminalization and decriminalization of such an act as adultery in the criminal law of Ukraine, the following tasks were identified: to establish when for the first time in domestic criminal law provided legal sanctions for adultery; identify the chronological sequence of the dynamics of sanctions for this crime; to establish correlations of the revealed with the present, to substantiate influence of marital infidelity on family relations and to offer the corresponding mechanism of their protection against the specified socially – dangerous act. It is established that the punishment for adultery is already found in the Old Testament, which is considered to be one of the oldest sources of ancient monuments of law. It is noted that adultery, as a rule, is the basis of many crimes, in particular, marital murder and murder motivated by jealousy. It is substantiated that adultery causes destructive damage to family relations, which are crucial for the sustainable development of society and should be properly protected by the state, and therefore the relevant socially dangerous encroachments need to be criminalized. It is emphasized that adultery should be criminally punishable in the event of socially dangerous consequences, such as the suicide of a family member (wife, husband, son, daughter, etc.) or in the event of loss of pregnancy, etc. According to the features of the generic object, which is the basis of protected public relations, it is seen that this crime should be placed in a separate section of the Criminal Code of Ukraine "Crimes against the family". Intangible family relationships are a specific object of adultery. The subject of adultery can be both a general and a special subject.

Key words: adultery, crimes against the family, jealousy as a motive, marital murder.

Література

1. Шевчук А.В. Перелюбство (адюльтер) – один із найдавніших злочинів статевої моралі. Право і суспільство. 2014. № 3. С. 279–284.

2. Макаров В.А. Генеза санкцій за злочини проти моральності в Кримінальному праві України. Право. 2013. № 4 (42). С. 107–111.

3. За подружню зраду – кримінальна відповідальність: юрист пояснила, як це працює. 5.ua : вебсайт. URL: https://www.5.ua/suspilstvo/za-podruzhniu-zradu-kryminalna-vidpovidalnist-iurystpoiasnyla-iak-tse-pratsiuie-184843.html.

4. Кравець В.П. Соціально-економічні передумови гендерної стратифікації первісного суспільства. Україна – Європа – Світ : міжнародний збірник наукових праць. Тернопіль : ТНПУ ім. В. Гнатюка, 2013. С. 131–137.

5. Подружня зрада. Вікіпедія: вільна енциклопедія. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D0%BE%D0%B4%D1%80%D1%83%D0%B6%D0%BD%D1%8F_%D0%B7%D1%80%D0%B0%D0%B4%D0%B0.

6. Бабиніна К.С. Кримінальне право України в православному вимірі (стан, динаміка та перспективи) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2016. 216 с.

7. Супружеская измена. Википедия: свободная энциклопедия. URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D1%83%D0%BF%D1%80%D1%83%D0%B6%D0%B5%D1%81%D0%BA%D0%B0%D1%8F_%D0%B8%D0%B7%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D0%B0.

8. Казанник А.И. Наказание по Вавилонскому Талмуду. Вестник Омского университета. 1999. Вып. 2. С. 156–158.

9. Казанцев Л.Н. О разводе по римскому праву в связи с историческими формами римского брака. Период языческий. Киев : Тип. Имп. ун-та св. Владимира, 1892. 247 с.

10. Секс із заміжньою жінкою більше не злочин : в Індії легалізували подружні зради. 112.ua : вебсайт. URL: https://ua.112.ua/svit/seks-z-zamizhnoiu-zhinkoiu-bilshe-ne-zlochyn-v-indii-lehalizuvaly-podruzhni-zrady-463896.html.

11. На Тайвані скасували кримінальну відповідальність за подружню зраду. Zik : вебсайт. URL: https://zik.ua/news/world/na_taivani_skasuvaly_kryminalnu_vidpovidalnist_za_podruzhniu_zradu_970250.

12. «Наліво» зі штрафом. Закон і бізнес : вебсайт. URL: https://zib.com.ua/ua/pda/45553.html.

13. Ивик Олег. История сексуальных запретов и предписаний. Москва : Ломоносовъ, 2011. 288 с.

14. Макаров В.А. Генеза санкцій за злочини проти моральності в Кримінальному праві України. Право. 2013. № 4 (42). С. 107–111.

15. Статути Великого князівства Литовського : у 3 т. Статут Великого князівства Литовського 1588 р. : У 2 кн. Кн. 2 / за ред. С.В. Ківалова, П.П. Музиченка, А.Ы. Панькова. Одеса : Юридична література, 2004. Т. 3. 568 с.

16. Права, по которымъ судится малороссійскій народъ 1743 г. Изъ трехъ книг, изданныя подъ редакціею и съ приложениемъ исследования о семъ Своде и законахъ действовавшихъ в Малоросіи, профессора А.Ф. Кистяковского. Киев : Университетская типографія (І.І. Завадского), 1879. 944 с.

17. Музыченко П.П. История государства и права Украины в вопросах и ответах / П.П. Музыченко, Н.И. Долматова. Изд. 5-е. Харьков : Одиссей, 2007. Ч. 1. 254 с.

18. Шимановский В.М. Преступные деяния по Уложению о наказаниях уголовных и исправительных и Уставу о наказаниях, налагаемых Мировыми Судьями, статьям Уголовного уложения 1903 г. Одесса : Тип. Акц. Южно-Рус. О-ва Печат. дела, 1910. 648 с.

19. Жернова Т.О. Як карали за любов, або пристрасті по-львівські. Фотографії старого Львова : вебсайт. URL: https://photo-lviv.in.ua/yak-karaly-za-lyubov-abo-prystrasti-po-lvivsky/.

20. Побегайло Э.Ф. Умышленные убийства и борьба с ними: уголовно-правовое и криминологическое исследование. Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1965. 206 с.

21. Пионтковский А.А. Уголовное право. Особенная часть. Преступления против личности : учебное пособие для юридических институтов. Москва : Юрид. изд-во НКЮ СРСР, 1938. 136 с.

22. Загородников Н.И. Преступления против жизни по советскому уголовному праву. Москва :Госюриздат, 1961. 276 с.

23. Беляев В.Г., Свидлов Н.М. Вопросы квалификации убийств. Волгоград : ВСШ МВД СССР, 1984. 60 с.

24. Бородин С.В. Квалификация убийств по советскому уголовному праву : учебное пособие. Москва, 1963. 222 с.

25. Старко О.Л. Деякі питання кваліфікації вбивств, учинених на ґрунті ревнощів. Держава і право. 2010. № 47. С. 498–503.

26. Потильчак А.О. Мотивація подружніх вбивств. Юридичний вісник. Повітряне і космічне право. 2011. № 4. С. 101–104.

27. Коробєєв О.І. Кримінальний кодекс Росії: достоїнства і недоліки. Юридичний Вісник України. 2006. № 19 (567). С. 8–9.

УДК 004.9:34 (075.8)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1987

А. Борисова,
аспірант кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету

«ІНФОРМАЦІЯ» ТА «ПРАВОВА ІНФОРМАЦІЯ» ЯК ОБ'ЄКТИ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ ІНФОРМАЦІЙНИХ КОМУНІКАЦІЙ

Сутність і характер суспільних відносин, що виникають між різними суб'єктами в інформаційній сфері, багато в чому зумовлюється особливостями та юридичними властивостями інформації – основного об'єкта, з приводу якого і виникають такі відносини [1]. Оскільки правовідносини, в тому числі й у сфері інформаційних комунікацій, є результатом урегулювання суспільних відносин за допомогою певної сукупності правових норм, то дослідження цих відносин одночасно означає і виокремлення їхнього основного об'єкта – інформації.

Поняття «інформація» походить від лат. *informatio*, що означає відомості, роз'яснення, поінформованість, ознайомлення, та відноситься до фундаментальних понять, які лежать в основі розуміння світу (час, простір, матерія, енергія і т.д.). Перші згадки про дане поняття сягають ще античної філософії [2].

Тлумачний словник С.І. Ожегова надає поняття категорії «інформація» у двох значеннях:

1) відомості про навколишній світ та процеси, які в ньому відбуваються, що сприймаються людиною чи спеціальним пристроєм;

2) відомості про стан справ або чогось іншого [3].

Сучасний словник української мови визначає категорію «інформація» як відомості про якійсь події, чиюсь діяльність тощо; повідомлення про щось [4].

За сучасних умов поняття інформації – одне з основних для науки і культури, й тому інтерес до нього залишається незмінно високим із другої половини XX століття, коли воно міцно увійшло в загальнотеоретичний ужиток. Велика кількість підходів до визначення поняття інформації, що існує в даний час, безперечно, говорить про те, що природничо-наукові галузі знання в цьому питанні досі перебувають у стані пошуку.

Поняття «інформації» досліджувало багато вчених у різних галузях науки. Так, дослідженням даного поняття займались такі видатні світові вчені, як Н. Вінер, К. Шенон, В. Вернадський, Е. Тофлер, А. Хорі та інші. Вивченню загальних положень інформаційних відносин також присвячено праці зарубіжних та вітчизняних дослідників, серед яких І. Арістова, К. Бєляков, Б. Кормич, О. Кохановська, О. Ляшенко, А. Марущак, Г. Почепцов, О. Синєокий, В. Цимбалюк, М. Швець та інші. Сучасні правові відносини щодо інформації є предметом регулювання нормами конституційного, кримінального, адміністративного, трудового, цивільного права, кожні з яких мають свої особливості.

Незважаючи на великий науковий доробок учених, концепція інформації недостатньо повно розглядається у сфері інформаційних комунікацій. Існує багато напрацювань у теорії інформації, в кібернетиці, інформатиці, проте в них відсутній розгляд

 © А. Борисова, 2020

даного поняття саме в контексті інформаційних комунікацій. Тому основним завданням статті є аналіз та визначення понять «інформація» та «правова інформація», а також їхніх властивостей і характеристик саме в аспекті інформаційних комунікацій.

До початку промислової революції визначення суті інформації залишалось переважно прерогативою філософів. Нині даний термін розглядається в багатьох галузях знань: у системології, фізиці, математиці, в теорії управління, юриспруденції.

З часом термін «інформація» як філософська категорія поступово набуває економічного, політичного, юридичного значення. Зауважимо, що термін «інформація» до недавнього часу взагалі не використовувався у сфері суспільних відносин, які регулюються нормами права. Інформація залучалась до сфери суспільних відносин як об'єкт, але лише та частина відокремленої інформації, яка має певну цінність для досягнення конкретних цілей, задоволення інтересів і потреб.

Самостійне значення поняття «інформації» тісно пов'язане з перспективою розвитку ринку інформаційних та телекомунікаційних технологій – побудовою «інформаційного суспільства».

Відповідно, включення в правову термінологію поняття «інформації», а також інтенсивний розвиток відповідної галузі, «інформаційного права», безпосередньо залежить від прийняття ідеології «інформаційного суспільства», яка ставить перед правовою системою конкретної держави завдання створення найбільш сприятливих з точки зору законодавства умов для його формування, адже право невіддільне від загальносоціальних процесів і з необхідністю реагує на зміни, що відбуваються в реаліях сучасного життя суспільства. Важливе суспільне значення інформаційної сфери зумовлює той факт, що кожна галузь права, в межах свого предмету і методології, досліджує інформацію та інформаційні особливості відповідних державно-правових явищ.

В умовах глобалізації інформація проявляє себе як «цінність», що впливає на правовий статус учасників цивільно-правових відносин – фізичних осіб, юридичних осіб і держави – та економічний розвиток усього суспільства. Універсальність інформації, її властивість пронизувати всі сфери суспільного життя призвели до виникнення великої кількості інформаційних об'єктів (програми, бази даних, засоби індивідуалізації, безготівкові гроші, сайти, коди доступу та ін.), з приводу яких виникають, змінюються і припиняються цивільні правовідносини. Інформаційна природа таких об'єктів впливає на їхній правовий режим, зміст і структуру, яку слід ретельно вивчити.

Вважається, що в системі суспільних відносин інформація може виступати як продукт, предмет, що має попит на ринку, вартісну оцінку і властивість товару у формі нематеріальних активів. У даному випадку інформація у формі інформаційного продукту або інформаційних послуг виступає об'єктом майнових цивільних прав, змістом яких можуть бути дві правомочності: користування і розпорядження. При цьому перше полягає в можливості вчиняти будь-які можливі і не заборонені законом або договором дії з інформацією та на її основі, а друге – передавати інформацію в будь-якій формі будь-якій третій особі, як за плату, так і безоплатно [5].

Джерелами визначення категорії «інформація» є Конституція України, інші законодавчі й підзаконні нормативні правові акти, міжнародні договори та угоди, принципи міжнародного права, повідомлення засобів масової інформації, публічні виступи, інші джерела інформації з правових

питань, що є передумовою багатьох юридичних фактів.

Чинне законодавство України закріплює визначення «інформації» в нормативно-правових актах, и це є позитивним для правового регулювання інформаційних відносин у суспільстві. Конституція України (ст. 32) закріплює положення про те, що «кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати й поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір» [6].

Саме визначення «інформації» закріплено статтею 1 Закону України «Про інформацію» 1992 р., під якою законодавець розуміє «будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді» [7]. Закон визначає, що право на інформацію забезпечується шляхом:

– створення механізму реалізації права на інформацію;

– створення можливостей для вільного доступу до статистичних даних, архівних, бібліотечних і музейних фондів, інших інформаційних банків, баз даних, інформаційних ресурсів;

– обов'язку суб'єктів владних повноважень інформувати громадськість та засоби масової інформації про свою діяльність і прийняті рішення;

– обов'язку суб'єктів владних повноважень визначити спеціальні підрозділи або відповідальних осіб для забезпечення доступу запитувачів до інформації; здійснення державного і громадського контролю за додержанням законодавства про інформацію;

– встановлення відповідальності за порушення законодавства про інформацію [7].

О. Харенко звертає увагу на недоліки законодавчої дефініції «інформація» і вказує на те, що, по-перше, акцентується увага на тому, що обов'язковою умовою для даних та відомостей є можливість їх закріплення на матеріальних носіях або відображення даних в електронній формі, тобто фіксація на електронному носії з використанням засобів обчислювальної техніки і можливістю передачі за допомогою електрозв'язку. Але якщо проаналізувати поняття «дані», стане зрозумілим, що дані передбачають їх автоматичну обробку електронно-обчислювальними пристроями, а тому є очевидною їхня якість бути відображеними в електронній вигляді. По-друге, враховуючи, що під терміном «інформація» закріплюються лише «відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді», може ускладнитися його правозастосування в цивільно-правових відносинах, де інформація є нематеріальним благом і не зводиться до матеріального (фізичного) об'єкта, на якому вона зафіксована, або до відображення її в електронному вигляді, наприклад, у реалізації права на захист честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи. Матеріальний носій необхідний для збереження або передачі інформації, а також інформація передається коливаннями поля, наприклад, електромагнітного [8, с. 122].

У статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р. закріплюється, що інформація – це відомості в будь-якій формі й вигляді та збережені на будь-яких носіях (у тому числі листування, книги, помітки, ілюстрації (карти, діаграми, органіграми, малюнки, схеми тощо), фотографії, голограми, кіно-, відео-, мікрофільми, звукові записи, бази даних комп'ютерних систем або повне чи часткове відтворення їхніх елементів), пояснення осіб та будь-які інші публічно оголошені чи документовані відомості [9].

Більш змістовне поняття інформації наводилось у Законі України «Про внесення змін до Закону України «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної кон-

куренції у підприємницькій діяльності» від 1998 р.. У ст. 1 цього Закону було надано визначення інформації як засобу прояву недобросовісної (несумлінної) конкуренції в підприємницькій діяльності: «Інформація – відомості в будь-якій формі та вигляді, на будь-яких носіях (у тому числі листування, книги, помітки, ілюстрації (карти, діаграми, органіграми, малюнки, схеми тощо), фотографії, голограми, кіно-, відеофільми, мікрофільми, звукові записи, бази даних комп'ютерних систем або повне чи часткове відтворення їх елементів), пояснення осіб та будь-які інші публічно оголошені чи документовані відомості» [10].

Неабияке значення категорія «інформація» має в цивільному праві України. Саме інформація, інформаційні відносини, інформаційні права відіграють нині найсуттєвішу роль у розвитку цивілістики [11].

Правовий режим окремих видів інформації визначається спеціальними актами цивільного законодавства, які враховують її особливість та визначають співвідношення публічних і приватних інтересів під час її пошуку, збирання, зберігання, переробки, поширення й використання в різних сферах суспільного життя [12].

Відповідно до ст. 177 Цивільного кодексу України об'єктом цивільних прав є інформація, а також інші матеріальні й нематеріальні блага. Положення щодо оборотоздатності об'єктів цивільних прав законодавець поширює також на інформацію, яка як об'єкт цивільних прав може вільно відчужуватись або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином, якщо вона не вилучена із цивільного обороту, не обмежена в обороті або не є невід'ємною від фізичної чи юридичної особи (ст. 178 ЦК України).

Закріплення інформації як окремого об'єкта цивільних прав у ст. 200 ЦК України і права на інформацію як одного з найважливіших особистих немайнових прав фізичної особи в низці статей Книги другої ЦК України надало поштовх для більш інтенсивного пошуку в цьому напрямі. Правовий режим інформації відрізняється від правового режиму матеріальних благ унаслідок її ідеального, нематеріального характеру, а також правового режиму особистих немайнових благ унаслідок відсутності зв'язку з особистістю, яка нею володіє. Тому інформацію відносять до нематеріальних благ, які становлять самостійний об'єкт приватноправових відносин.

О.М. Касьяненко у своєму дисертаційному дослідженні «Інформація як цивільно-правова категорія» 2009 р. підкреслює, що цивільно-правова сутність феномену інформації проявляється у вигляді відображення її особливих властивостей у цивільних правовідносинах, до яких авторка відносить:

– оборотоздатність інформації, в якій знаходить відображення цивільно-правовий принцип свободи обороту;

– економічно значимий зміст інформації як спосіб безпосереднього впливу на комерційну цінність матеріального об'єкта;

– здатність інформації бути конфіденційною як стан цивільно-правового об'єкта;

– юридична і фізична невіддільність інформації від її суб'єкта-творця (автора, володаря) як найважливіша властивість охоронюваних об'єктів інтелектуальної діяльності, нематеріальних благ і приватної таємниці (персональних даних);

– здатність інформації відображати матеріальні об'єкти цивільного характеру, не змінюючи при цьому їхніх товарних властивостей (наприклад, у правовідносинах із приводу бездокументарних цінних паперів, безготівкових грошових коштів, у ході електронних торгів, електронних розрахунків банківськими картами і т. п., які завойовують все більшу популярність

на сучасному високотехнологічному ринку);

– необхідність фіксації інформації на будь-якому носії як умова об'єктивації, яка виступає основним критерієм правової охорони інформаційних благ;

– необхідність і можливість охорони інформації цивільно-правовими нормами [13].

О. Кохановська, виходячи з узагальненого підходу до інформації як об'єкту цивільних прав, класифікує інформацію за видом цивільних правовідносин, об'єктом яких вона виступає: на інформацію як особисте немайнове благо, тобто об'єкт немайнових відносин; інформацію як результат творчої діяльності, тобто як об'єкт виключних прав; інформацію як інформаційний продукт, ресурс, документ, тобто об'єкт, який може бути за певних умов об'єктом майнових відносин, товаром або може виступати складником таких об'єктів, як цінні папери, майно, послуги тощо [14].

О. Кулінич акцентує увагу на тому, що інформація як об'єкт цивільних прав відрізняється від матеріальних речей – об'єктів права власності своїми специфічними ознаками. На думку автора, передусім інформація є ідеальним компонентом буття (нематеріальним благом). Це одна з найважливіших її особливостей як об'єкту права. Саму по собі інформацію неможливо відчути, тому в більшості випадків вона опосередкує в результаті дій суб'єкта, здійснених під впливом сприйнятої ним інформації, або вона стає об'єктом права після її фіксації на матеріальному носії [15].

Як зазначають дослідники, специфіка інформації, яка має своїм змістом знання і забезпечує взаємодію суб'єктів не лише інформаційних, але й інших правовідносин, та власне інформаційна сутність права [16] дозволяють вважати інформаційні права одночасно як елементом основоположних та похідних прав людини всіх поколінь, так і продуктом останнього (четвертого або п'ятого) покоління еволюційного розвитку прав людини. Інформаційні права і свободи використовуються людиною у всіх сферах її життя, на різних етапах, що підкреслює їхню виняткову значущість. Дійсно, як зазначає І. Діордіца, нині будь-які суспільні відносини проявляються через інформацію, інформаційну сферу, тому можна стверджувати, що інформаційні права і свободи є в будь-якій сфері життєдіяльності суспільства [17].

Як зазначає О.В. Кохановська, до об'єктів інформаційного права належать: інформація як немайнове благо; відкрита інформація та інформація з обмеженим доступом (зокрема, всі види таємниць); інформаційні продукти (ресурси), документи тощо в різних сферах інформаційної діяльності; інформаційні системи (мережі, зокрема Інтернет); об'єкти права інтелектуальної власності, які не мають кваліфікуючих ознак і не визнані такими у встановленому законом порядку; відкриття; інформація, яка набуває юридичного значення в момент і за умови фіксації її впливу на людину [18].

Інформація як об'єкт цивільного права розглядається у таких проявах: як особисте немайнове благо в комплексі благ, наведених у ст. 201 та Книзі другій ЦК України, право на яке закріплено в цивільному законодавстві; як результат інтелектуальної діяльності, тобто як об'єкт виключних прав, урегульованих у ст. 199 ЦК України; як інформаційний продукт, ресурс, документ, тобто об'єкт, який може бути інформаційним товаром і предметом будь-яких правочинів, з урахуванням особливостей та специфіки його як особливого об'єкта [19].

Слід розрізняти використання поняття «інформації» в його загальновживаному сенсі та використання як центрального поняття у правовому регулюванні конкретних суспіль-

них відносин, безпосередньо пов'язаних з інформаційними процесами в суспільстві.

До початку 1970-х рр. минулого століття в юриспруденції поняття «правова інформація» практично не використовувалося. Перші дефініції правової інформації в науковий обіг вводяться у працях А. Венгерова, Ю. Кудрявцева, О. Шебанова та інших дослідників у 70–80 роках XX століття. Автори переважно підкреслюють нормативний зміст правової інформації [20], розуміють під нею сукупність відомостей про право, про процеси та явища, які пов'язані з правом [21]. Досліджуючи зміст і цілі правової інформації щодо проблеми розвитку механізмів правового регулювання, О. Шебанов підрозділив її на два види: офіційну й неофіційну. До офіційної правової інформації він відносить зведення і дані про право чи законодавство в широкому розумінні цього поняття, тобто про всі діючи в суспільстві нормативні юридичні акти, про нормативні акти, які вже припинили дію, тощо. Як джерела цього виду інформації розглядаються Закони, Укази, різні нормативні акти місцевих органів державної влади і державного самоврядування, центральних органів та громадських організацій та ін. Як неофіційна правова інформація розглядаються всі відомості та дані про право і пов'язані з ним явища, що знаходяться в різноманітних матеріалах і одержуються від підприємств, установ, громадських організацій, громадян та з інших недержавних джерел. Це, зокрема, відомості, що містяться в юридичних монографіях, підручниках, статтях, довідниках, доповідях, оглядах та інших джерелах, які не є офіційними виданнями [22].

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про правову інформацію» законодавець трактує правову інформацію як будь-які відомості про право, його систему, джерела, реалізацію, юридичні факти, правовідносини, правопорядок, правопорушення і боротьбу з ними та їх профілактику тощо.

Правова інформація має офіційний і документальний характер, для неї характерна системність. Існуючі наукові підходи до визначення правової інформації різноманітні в залежності від авторського розуміння даної категорії зарубіжними й вітчизняними вченими і фахівцями.

Аналіз наукових робіт дозволяє охарактеризувати наявні погляди на категорію «правова інформація». Так, О. Чапала визначає правову інформацію як будь-які відомості про право, його систему, джерела, реалізацію, юридичні факти, правовідносини, правопорядок, правопорушення і боротьбу з ними та їх профілактику тощо [23]. О. Тихомиров розрізняє поняття правової інформації в широкому та вузькому розумінні. На думку автора, правова інформація, в широкому розумінні, вбирає в себе значний масив суспільно важливої інформації і є не стільки окремим видом інформації, скільки специфічною якістю тієї інформації, яка відображає процеси організації суспільного життя у сферах, охоплених правовим регулюванням. Специфіка правової інформації полягає ще й у тому, що незалежно від змісту вона завжди має певну соціальну значущість, яку їй і надає така якість, як «правота» або «правність» [24].

У вузькому розумінні правова інформація має відображати основне призначення права як універсального регулятора суспільних відносин, а саме: правова інформація, яка відображає нормативні (загальнообов'язкові) або індивідуальні вимоги до поведінки (діяльності) суб'єктів, що відповідають інтересам суспільства та забезпечуються й охороняються державою [24].

Отже, термін «інформація» широко використовується в різних сферах життя, ним позначається багато явищ, які є ключовими для інформаційного суспільства та важливими для

з'ясування особливостей правового регулювання пов'язаних з ним відносин. Також поступово у сфері юридичної діяльності та правової інформатизації широко застосовується термін «правова інформація», яка також є об'єктом інформаційних правовідносин взагалі та у сфері інформаційної комунікації. Тому правове регулювання відносин у сфері інформаційних комунікацій є однією з актуальних проблем сучасної юриспруденції, яка має осмислити природу віртуальної реальності, яка створює особливий тип буття, пов'язаний з розповсюдженням нових форм комунікації та інформаційних технологій.

У статті аналізуються визначення категорій «інформація» та «правова інформація» в контексті дослідження приватноправових відносин у сфері інформаційних комунікацій. Встановлено, що інформація і правова інформація є основними об'єктами інформаційних правовідносин взагалі та правовідносин у сфері інформаційних комунікацій. Також, незважаючи на великий науковий доробок учених, концепція інформації недостатньо повно розглядається у сфері інформаційних комунікацій. Існує багато напрацювань у теорії інформації, кібернетиці, інформатиці, проте в них відсутній розгляд даного поняття саме в контексті інформаційних комунікацій.

Доведено, що категорія «інформація» має неабияке значення у цивільному праві України. Саме інформація, інформаційні відносини, інформаційні права відіграють нині найсуттєвішу роль у розвитку цивілістики. Так, встановлено, що правовий режим окремих видів інформації визначається спеціальними актами цивільного законодавства, які враховують її особливість та визначають співвідношення публічних і приватних інтересів під час її пошуку, збирання, збереження, переробки, поширення й використання в різних сферах суспільного життя.

Встановлено, що слід розрізняти використання поняття «інформації» в його загальновживаному сенсі та використання як центрального поняття у правовому регулюванні конкретних суспільних відносин, що пов'язані з інформаційними комунікаціями. Так, у науці та національному законодавстві розрізняють поняття інформації та правової інформації. Правова інформація має офіційний і документальний характер.

Інформація як об'єкт цивільного права розглядається в таких проявах: як особисте немайнове благо, право на яке закріплено в цивільному законодавстві; як результат інтелектуальної діяльності, тобто як об'єкт виключних прав; як інформаційний продукт, тобто об'єкт, який може бути інформаційним товаром і предметом будь-яких правочинів.

Правова інформація має офіційний і документальний характер, для неї характерна системність. Існуючі наукові підходи до визначення правової інформації різноманітні в залежності від авторського розуміння даної категорії зарубіжними і вітчизняними вченими і фахівцями.

Ключові слова: інформація, правова інформація, відносини у сфері інформаційних комунікацій, цивільне право, об'єкт цивільного права.

Borisova A. "Information" and "legal information" as objects of legal relations in the field of information

The article analyzes the definitions of the categories "information" and "legal information" in the context of the study of private law relations in the field of information communications. Also, despite the great scientific achievements of

scientists, the concept of information is not fully considered in the field of information communications. There are many developments in information theory, cybernetics, computer science, but they do not consider this concept in the context of information communications.

It is proved that the category "information" is of great importance in the civil law of Ukraine. It is information, information relations, information rights that play the most important role in the development of civilization today. Thus, it is established that the legal regime of certain types of information is determined by special acts of civil law, which take into account its features and determine the ratio of public and private interests in its search, collection, storage, processing, distribution and use in various spheres of public life.

It is established that a distinction should be made between the use of the concept of "information" in its common sense and the use as a central concept in the legal regulation of specific social relations related to information communications. Thus, science and national law distinguish between the concepts of information and legal information. Legal information is official and documentary.

Information as an object of civil law is considered in the following manifestations: as a personal intangible good, the right to which is enshrined in civil law; as a result of intellectual activity, is as an object of exclusive rights; as an information product, is an object that can be an information product and the subject of any transactions.

Legal information has an official and documentary nature, it is characterized by systematicity. Existing scientific approaches to the definition of legal information are diverse depending on the author's understanding of this category by foreign and domestic scientists and specialists.

Key words: information, legal information, relations and spheres of information communications, civil law, object of civil law.

Література

1. Коваленко Л.П. Деякі питання щодо визначення інформаційного права. URL: file:///:/%D0%97%D0%B0%D0%B3%D1%80%D1%83%D0%B7%D0%BA%D0%B8%20%D0%B8%D0%B7%20%D0%B8%D0%BD%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B5%D1%82%D0%B0/uy_2014_2_18.pdf

2. Джохадзе Д.В. Античная философия: проблемы историографии и теории познания. Москва, 1991. 133с.

3. Ожегов С.И. Словарь русского языка. Москва, 1990. С. 253.

4. Академічний тлумачний словник. URL: http://sum.in.ua/s/informacija

5. Самохвалов А.А. Информация как объект гражданских прав. URL: www.yurclub.ru/docs/pravo/1503/4

6. Конституція України: Прийнята на V сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96

7. Про інформацію : Закон України: від 02.10.92 р., Редакція від 01.01.2017 р. № 2657-12. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12

8. Харенко О.В. Поняття «інформація» в юридичній науці та законодавстві України. Часопис Київського університету права. 2014. № 3. С. 119–124.

9. Про захист економічної конкуренції : Закон України: від 11.01.2001 р. № 2210-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14

10. Про внесення змін до Закону України «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності» : Закон України від 3 березня 1998 р. № 154/98-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1998. № 34. Ст. 229.

11. Кохановська О.В. Творчість, інтелектуальна творча діяльність, інтелектуальна власність, право інтелектуальної власності: співвідношення. Сучасні проблеми приватного права : збірник

наукових праць, присвячених 80-й річниці з дня народження Я.М. Шевченко / відп. ред. : Н.С. Кузнєцова, Р.О. Стефанчук. Київ : ВГО «Асоціація цивілістів України» ; Друкарня «Рута», 2012. С. 58, С. 131–142.

12. Заіка Ю. Скрипник В. Інформація в системі об'єктів цивільних прав. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 1. С. 240–244.

13. Косьяненко Е.М. Информация как гражданско-правовая категория : автореф. дис. ... на соискание уч. ст. к.ю.н. : 12.00.03 «Гражданское право ; Предпринимательское право ; Семейное право ; Международное частное право». Екатеринбург, 2009. 26 с.

14. Кохановська О.В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві : монографія. Київ : ВПЦ «Київський ун-т», 2006. 463 с. С. 169.

15. Кулініч О.О. Інформація як об'єкт цивільних прав. Університетські наукові записки. 2005. № 3 (15). С. 126–128.

16. Данильян О.Г., Дзьобань О.П. Діалектична єдність інформаційних прав та інформаційної свободи. Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». 2017. № 1 (32). С. 5–15.

17. Діордіца І. Класифікація інформаційних прав і свобод людини і громадянина. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 7. С. 116–122.

18. Кохановська О. Основні теорії у сфері інформаційних правовідносин: концепція інформаційних прав як приватноправового інституту і теорія інформаційного права як галузі права у сучасній правовій доктрині України. Приватне право. 2013. С. 3. URL: irbis-nbuv.gov.ua

19. Кохановська О.В. Втілення та реалізація ідей розробників ЦК України щодо нормативного закріплення поняття та видів об'єктів цивільних прав. Актуальні проблеми приватного права : збірник статей до ювілею доктора юридичних наук, професора Н.С. Кузнєцової / відп. ред. : Р.А. Майданик, О.В. Кохановська. Київ : ПрАТ «Юридична практика», 2014. С. 247–271.

20. Венгеров А.Б. Категория «информация» в понятийном аппарате юридической науки. Советское государство и право. 1977. № 10. С. 70–76.

21. Кудрявцев Ю.В. Ценность правовой информации. Правоведение. Москва, 1977. № 1. С. 45–51.

22. Шебанов А.Ф. Содержание и цели правовой информации. Правовая информация. Москва : Наука, 1974. С. 7–16.

23. Чапала О.Ю. Види інформації та їх нормативно-правове регулювання. Форум права. 2011. № 2. С. 944–946. URL: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11hojnpr.pdf

24. Тихомиров О.О. Правова інформація: теоретико-правовий аспект. Інформаційна безпека людини, суспільства, держави. 2012. № 1 (8). С. 29–35.

УДК 341.78
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1988

О. Яблокова,
аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін
Одеського національного університету імені І.І. Мечникова

ОСОБЛИВОСТІ ПЕРЕКЛАДУ ХУДОЖНЬОГО ТВОРУ ЯК ПЕРВІСНОГО ТА ПОХІДНОГО ОБ'ЄКТА АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Постановка проблеми. Нині світ став більш відкритим, доступ до різної інформації став можливим майже для кожного члена суспільства. Доступ до художньої літератури не є виключенням. Добре перекладений художній твір дає змогу громадянам різних країн довідатися про новинки у сфері літератури. При цьому варто враховувати і права автора первісного твору, і права автора (перекладача) похідного твору (перекладу). Необхідно у висновку відповідного авторського договору закріплювати обов'язок перекладача про неможливість перекручування оригінального тексту. Це і є основна проблема, що виникає у процесі здійснення автором перекладу своїх професійних дій.

Аналіз досліджень і публікацій. На жаль, достатньої кількості юридичної літератури, присвяченої саме перекладу як виду похідного літературного твору нині немає. При цьому в роботах, в яких досліджуються проблеми авторського права, це питання розглядається. Так, автори Л. Бентлі, Б. Шерман, Б.С. Антимонов, К.А. Флейшиц, М.І. Нікітіна, В.О. Калятін та інші аналізували проблеми перекладу як похідного твору.

Метою статті є визначення місця перекладу художнього твору в системі об'єктів авторського права, виявлення ознак перекладу, як загальних, властивих всім об'єктам авторського права, так і спеціальних, характерних саме цьому виду творів.

Виклад основного матеріалу. Відомо, що переклад і літературний твір є самостійними об'єктами авторського права. Переклад – це похідний твір. Літературний твір – первісний твір. Однак є ще таке поняття, як похідний літературний твір, це, як правило, і є переклад літературного твору. Варто зазначити, що похідним літературним твором може бути не тільки переклад, але й інша переробка літературного твору, зокрема сценарій. У цій статті буде йтися саме про по хідний літературний твір – переклад.

Необхідно зазначити, що законодавчого визначення «літературного твору» в Цивільному кодексі України й Законі України «Про авторське право й суміжні права» не зафіксовано. В юридичній літературі мають місце наведені нижче визначення понять «літературний твір» і «переклад».

Учений-цивіліст І.А. Судариков пише: «Під літературними творами звичайно розуміють будь-які оригінальні письмові твору художнього, публіцистичного й прикладного характеру» [14, с. 173]. Л. Бентлі, Б. Шерман твердять, що літературні твори визначаються «як будь-які твори в письмовій, мовній або пісенній формі, за винятком драматургічних або музичних творів, у тому числі таблиці й збірники, крім баз даних, комп'ютерні програми й підготовчий матеріал для написання комп'ютерної програми або баз даних» [5, с. 105]. В.О. Калятин за ознаками

© О. Яблокова, 2020

визначав сутність літературного твору. До таких ознак автор зараховував використання символів і знаків для закріплення твору на матеріальному носії. Вид і тип символів принципового значення не мають: це можуть бути букви відповідної мови, математичні символи, нотні знаки, хімічні формули й т.п. [8, с. 42]. С.А. Чернишова думала, що «літературні твори становлять значну частину об'єктів авторського права. Помітною ознакою літературного твору є вираження думки, почуттів, ідей і образів за допомогою слова в оригінальній композиції й за допомогою оригінального викладу» [15, с. 81]. А.П. Сергєєв розглядає «літературний твір» як художній твір, виражений у словесній формі [13, с. 125]. Е.П. Гаврилов вказував, що «під літературою мається на увазі твір писемності; часто цим терміном позначається художня література й у цьому останньому своєму значенні «література» є видом мистецтва<...>чи треба під цим терміном розуміти лише художню літературу, або ж вірніше поширювати цей термін на всі твори, виражені словесно. При першому тлумаченні добуток наукової літератури буде охоронятися як твір науки, при другому – як твір літератури» [6, с. 80].

Все це свідчить про те, що літературний твір – це конгломерат словесних символів, знаків і художнього їх втілення.

Відносини, які виникають у зв'язку зі створенням такого об'єкта авторського права, як переклад, регулюються Цивільним кодексом України, Законом України «Про авторське право й суміжні права», а також Хартією перекладача, прийнятою в Дубровнику в 1963 р. й зміненої в Осло в 1994 р. Варто зазначити, що законодавство України не дає легального визначення поняття «переклад».

За загальним правилом переклад – це похідний твір, тобто твір, створений на підставі іншого оригінального твору.

У юридичній літературі питання про правову сутність перекладу розглядалося багатьма вченими-цивілістами. Однак єдності в цьому питанні між ними немає. Заради справедливості необхідно зазначити, що всі автори одностайні в тому, що переклад є об'єктом авторського права. Так, М.І. Нікітіна твердить: «Переклад є об'єктом авторського права, якщо він являє собою повністю закінчений твір <...>» [11, с. 51]. І.В. Савельєва вказує, що підставою для визнання перекладу об'єктом авторського права служить у перекладі творчий внесок перекладача. «Значеннєве значення слів і виражень мови не знаходить повної відповідності в іншій мові, тому для збереження змісту твору перекладач має творчо здійснити заміну перекладного їм слова іншим, близьким за значенням і більше точним за змістом, замінити неперекладні вирази іноземної мови подібними їм виразами мови перекладу...» [12, с. 45]. Аналогічне судження було висловлено й А.П. Сергєєвим, який вважає переклад об'єктом авторського права: «<...> загальновідомо, що значення слів і висловів однієї мови не знаходить повної відповідності в іншій мові. Тому для збереження змісту, стилістики й основних особливостей перекладу самого твору перекладач має творчо здійснити заміну перекладу самого слова іншим, близьким за значенням або більше точним за змістом, замінити неперекладні вирази іноземної мови адекватними їм виразами мови перекладу...» [13, с. 132]. Д. Ліпцик вважає, що «за допомогою перекладу твір знаходить своє вираження іншою мовою, ніж та, що використовується в оригіналі. У перекладах варто точно передавати втримування й стиль оригінального добутку. Це змушує перекладача вирішувати ідіоматичні проблеми, які іноді бувають настільки серйозними, що можуть зажадати справжньому відтворенню твору іншою мовою (що часто відбувається з поетичними

творами)» [10, с. 98]. Б.С. Антимонов і Е.А. Флейшиц вказували на те, що переклад – це «створення нового літературного твору, що істотно відрізняється від оригінального твору» [3, с. 123]. В.І. Корецький також думав, що «переклад, що має елементи творчості, має розглядатися як об'єкт авторського права» [9, с. 255].

Усі вищенаведені точки зору вчених щодо перекладу свідчать про те, що переклад як об'єкт авторського права є твором, якому властиві всі ознаки цього виду об'єктів цивільного права.

Аналізуючи питання, що стосуються перекладу, варто звернути увагу на досить істотну вимогу щодо похідних творів: вони не мають спотворювати первісний (оригінальний) твір. Дотримання цієї вимоги дасть змогу, у цьому випадку читачеві, відчути повною мірою задум первісного автора. Невиконання зазначеної вимоги тягне не тільки осудження з боку первісного автора, але й залучення до юридичної відповідальності. Порушення особистих немайнових прав первісного автора є неприпустимим і встановлене п. 4 ч. ст. 14 Закону України «Про авторське право й суміжні права», тобто автори вправі вимагати збереження цілісності твору й протидіяти якому-небудь перекручуванню або іншій зміні твору або якомусь іншому зазіханню на твір, що може завдати шкоди честі й репутації автора. Це положення Закону є дуже важливим, оскільки перекладач, розуміючи, що перекручування первісного художнього тексту призведе до юридичної відповідальності, зокрема відшкодування заподіяної шкоди авторові, починаючи переклад, прагнутиме не допускати грубого перекручування твору. Крім того, крім юридичної тридцятимільйонної неприпустимості перекручування перекладачем художнього твору, має місце етична сторона. Читачі через «вільний» переклад не має змоги зрозуміти й відчути те, що хотів донести первісний автор.

У процесі створення будь-якого похідного твору, включаючи літературний (зокрема, переклад), ставиться завдання донести до аудиторії думки, утримати оригінальний (первісний) твір у новій формі. Це й визначає, що переклад як похідний літературний твір має ознаку новизни. Це пояснюється тим, що форма перекладу відрізняється від форми первісного (оригінального) твору.

Також необхідно звернути увагу на ознаку об'єктів авторського права, творів – творчий характер праці творця. Переклад літературного художнього твору, по своїй суті, не може бути технічним (підрядковим). Необхідно зазначити, що навіть за умови творчих зусиль різних перекладачів того самого літературного твору не завжди досягається один і той самий ефект. Суть первісного літературного твору передається, але художня образність у таких перекладів різна. Це зовсім не означає, що один перекладач стає суб'єктом авторського права, а інший таким не визнається. За наявності в перекладачів творчого підходу до перекладу первісного твору вони завжди будуть суб'єктами авторського права. С. Маршак, перекладач, порівнював переклад із мистецтвом актора: перекладач «...має ніби перевтілитися в автора». Безумовно, зміст у цьому порівнянні має місце, тому що актор не переробляє й не переробляє оригінал, він його відтворює в новій художній формі. Мистецтвом перевтілення називає художній переклад П. Антокольський: «<...>навіч бачиш, до якого ступеня мистецтво перекладача – те саме, що акторське артистичне обдарування» [7, с. 52]. Інша справа, що творчий потенціал і здатності в перекладачів різні. В одному випадку це буде «слабкий», малохудожній переклад, а в іншому – автор перекладу більш художньо здійснює свою діяльність.

Отже, як уже вказувалося вище, важливо зберегти художню сутність і задум первісного автора, а якість

перекладу залежить від творчих здібностей перекладача.

Як і щодо будь-якого іншого похідного твору, переклад оригінального твору може бути здійснений тільки за умови згоди первісного автора. Інакше дії, спрямовані на переклад, будуть визнані неправомірними.

За загальним правилом, переклади бувають таких видів: авторський, авторизований, підрядковий, проміжний. У контексті розгляду перекладу як похідного літературного художнього твору доцільно охарактеризувати авторський і авторизований переклади.

В юридичній літературі вказано, що авторським вважається переклад, коли твір був виданий автором двома або більше мовами без застереження про те, що який текст є оригінальним, а який перекладним. Як вказує С.А. Баришев, «цей твір визнавався оригінальним кожною з мов. Якщо автор, створивши твір, сам перекладає його іншою мовою, вона виступає як перекладач і як автор оригіналу, що значною мірою спрощує для користувача порядок укладання договору на використання перекладу через відсутність необхідності вираження згоди на укладання договору автора оригіналу» [4, с. 85].

Авторизований переклад – це коли автор первісного твору, надаючи дозвіл на переклад, переглядає його з подальшим схваленням або несхваленням, забезпечуючи збереження структурної цілісності створеного первісного літературного твору. В юридичній літературі висловлювалося судження про те, що в цьому разі стороною авторського договору стає не тільки перекладач, але й сам автор оригінального твору. Тим самим первісний автор також здобуває за договором відповідні права й обов'язки [4, с. 85].

Саме зазначені види перекладів варто зараховувати до категорії «об'єкт авторського права», оскільки вони відображають творчий характер праці перекладача і надають нову форму первісному (оригінальному) твору.

Висновки. На підставі викладеного можна зробити висновок, що художній переклад оригінального твору є похідним літературним твором. Отже, переклад є об'єктом авторського права. Йому як виду добутку властиві загальні ознаки: творчий характер праці творця й наявність певної форми. Крім того, художній переклад має особливі ознаки: наявність згоди й схвалення первісного автора добутку; недопущення під час перекладу перекручування художнього задуму автора твору. Отже, художній переклад – це вид похідного літературного твору. який є результатом творчої праці перекладача, що має схвалення первісного автора, не порушує художні образи й задум оригінального твору. Крім того, думаємо, що переклади художніх творів можуть стосуватися тільки авторського й авторизованому виду перекладів.

У статті розглянуті питання, що стосуються перекладу художньої літератури як похідних творів. Чинне законодавство визначає переклад як вид похідного твору. Отже, переклад є об'єктом авторського права. Перекладу властиві всі ознаки, які характерні для будь-якого іншого об'єкта авторського права (творчий характер праці й об'єктивна форма). Для вчинення дій, спрямованих на переклад художнього твору з однієї мови іншою, потрібні творчі зусилля перекладача. Технічний (підрядковий) переклад не буде є об'єктом авторського права, тому що він не відображає художнього задуму первісного автора. Основним завданням перекладача, на нашу думку, є максимальна передача читачу того художнього посилу, що хотів донести автор первісного твору. Якщо перекладач допускає зміну тексту

первісного автора, спотворює образи твору, тим самим порушуються особисті немайнові права автора первісного твору. Будь-який літературний художній твір, створений автором, має донести до читача думки, образи, які дадуть змогу аудиторії зрозуміти задум первісного суб'єкта авторського права. Крім того, переклади охороняються нарівні з оригінальними творами, без шкоди правам автора (п. 3 ст. 2 Бернської конвенції), але при цьому перекладач має зважати на права автора оригінального твору. Також у статті вказується, що переклад художнього твору в класифікації видів перекладів позначається як авторизований і авторський. Стаття розкриває основні особливості перекладу як похідного літературного твору.

Ключові слова: переклад, об'єкт авторського права, похідний літературний твір, особисті немайнові права, ознаки перекладу.

Yablokova O. Peculiarities of translation of literary text as primary and derived object of copyright

This article will address issues related to the translation of fiction as derivative works. The current legislation defines translation as a type of derivative work. Therefore, the translation is subject to copyright. All the features that are characteristic of any other copyright object are inherent in translation, i.e. the creative nature of labor and the objective form. To carry out actions aimed at translating a work of fiction from one language into another requires the application of the creative efforts of the translator. A technical (interlinear) translation will not be subject to copyright as it does not reflect the artistic intent of the original author. The main task of the translator, in our opinion, is to convey as much as possible the artistic message that the author of the original work wanted to convey to the reader. If the translator allows the text of the original author to be changed, distorts the images of the work, then the personal non-property rights of the author of the original work are violated. Any literary work of fiction created by the author must convey to the reader thoughts, images that allow the audience to understand the intention of the original subject of copyright. Moreover, translations are protected on an equal basis with the original works, without prejudice to the rights of the author (paragraph 3 of article 2 of the Berne Convention), but the translator must respect the rights of the author of the original work. The article also indicates that the translation of a work of art in the classification of types of translations takes place as authorized and author's. This article will reveal the main features of translation as a derived literary work.

Key words: translation, copyright object, derivative literary work, personal non-property rights, signs of translation.

Література

1. Цивільний кодекс України, прийнятий Верховною Радою України 16 січня 2003 р. Київ : Алерта, 2017.

2. Про внесення змін до закону України «Про авторське право й суміжні права» : Закон України від 11 липня 2001 р. № 2627-III. Верховна Рада України. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3792-12/page4

3. Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. Москва : Госюриздат, 1957. 278 с.

4. Барышев С.А. Авторский договор в гражданском праве России, Франции и Швейцарии (сравнительно-правовой анализ) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Казань, 2002. 212 с.

5. Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право. Санкт-Петербург : З-В «Юридический центр Пресс», 2004. 535 с.

6. Гаврилов Э.П. Авторское право. Издательские договоры. Авторский

гонорар. Москва : Юридическая литература, 1988. 176 с.

7. Ионас В.Я. Критерий творчества в авторском праве и судовой практике. Москва : Юридическая литература, 1960. 138 с.

8. Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права) : Учебник для вузов. Москва : Издательство НОРМА, 2000. 480 с

9. Корецкий В.И. Авторские правоотношения в СССР. Сталинабад, 1959. 371 с.

10. Липцик Д. Авторское право и смежные права. Москва : Ладомир; ЮНЕСКО, 2002. 788 с.

11. Никитина М.И. Авторское право на произведения науки, литературы и искусства. Казань : Изд-во Казанского университета, 1972. 135 с.

12. Савельева И.В. Правовое регулирование отношений в области художественного творчества. Москва : Изд-во МГУ, 1986. 141 с.

13. Сергеев С.А. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник. Москва : Проспект, 2004. 752 с.

14. Судариков С.А. Основы авторского права. Минск : Амалфея, 2000. 512 с.

15. Чернишова С.А. Правоотношения в сфере художественного творчества. Москва : Наука, 1979. 166 с.

УДК 341.1(045)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1989

І. Польщиков,
прокурор
Київської місцевої прокуратури № 4 міста Києва

ТЕОРЕТИЧНІ МОДЕЛІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Наростальні тенденції глобалізації актуалізують питання розвитку основоположних суспільних цінностей, управлінського забезпечення розбудови громадянського суспільства, пошуку балансу між свободою та публічною владою, потребу в гармонічному поєднанні яких значною мірою може задовольнити місцеве самоврядування. Становлення та розвиток місцевого самоврядування як основоположного інституту громадянського суспільства вимагає з'ясування сутності теоретичних моделей місцевого самоврядування, які вказують на зміст і головні напрямки діяльності органів і посадових осіб територіальних громад.

За таких умов виникає необхідність суттєвого вдосконалення моделей організації місцевого самоврядування з метою задоволення наростальних потреб людини, територіальних громад і суспільства в цілому щодо організації місцевого управління, злагодженого функціонування всіх інститутів громадянського суспільства, що є головною передумовою демократичних трансформацій, створення ефективної системи забезпечення реалізації муніципальних прав і свобод людини й громадянина.

Теоретичні моделі місцевого самоврядування в різних правових системах світу безпосередньо сформувалися під впливом основних теоретико-методологічних концепцій, таких, як громадська, державницька, муніципального дуалізму тощо, наслідком чого стало створення декількох праксеологічних парадигм організації та діяльності самоврядних інститутів залежно від сутності місцевого самоврядування, компетенції органів місцевого самоврядування та типу їх взаємовідносин із державними органами публічної влади, втілених у нормах чинного законодавства, включаючи конституційний рівень регулювання суспільних відносин.

У цілому слід погодитися з твердженням Д.П. Співака про те, що «під час аналізу місця та ролі місцевого самоврядування в політичній системі головний наголос звичайно робиться на тому, чи є вони складовою частиною механізму держави» [1, с. 113].

Враховуючи ключові якісні ознаки, що визначають місце й роль органів місцевого самоврядування в системі публічної влади держави, можна визначити декілька цілісних теоретичних моделей місцевого самоврядування на сучасному етапі конституційного й муніципального розвитку.

Першою з таких моделей є англосаксонська модель, що історично пройшла своє формування та становлення у Великобританії. Вона діє також у США, Канаді, Австралії, Новій Зеландії та інших державах, які належать до зони впливу англосаксонської правової сім'ї.

До найважливіших характерних ознак цієї моделі належать: відсутність на місцях повноважних

© І. Польщиков, 2020

представників центрального уряду, що опікають місцеві виборні органи; функціонування органів місцевого самоврядування здійснюється тільки в межах компетенції, закріпленої в законі; утвердження принципу позитивного регулювання діяльності органів місцевого самоврядування.

У цьому контексті слід зазначити, що представницькі органи місцевого самоврядування в державах з англосаксонською моделлю місцевого самоврядування формально виступають як чинні автономно в межах наданих їм повноважень, і пряме підпорядкування нижчих органів вищим відсутнє. Крім того, для англосаксонської моделі характерна відсутність на місцях уповноважених центрального уряду, які б опікали представницькі органи, що обираються населенням. Поряд із представницькими органами в країнах із такою системою місцевого управління (США) безпосередньо населенням можуть обиратись і деякі посадові особи (наприклад, керівники муніципальної поліції) [1, с. 113].

Отже, для англосаксонської системи місцевого самоврядування властивий максимальний рівень децентралізації, за якого органи місцевого самоврядування діють автономно в межах наданих їм повноважень, причому державний контроль за здійсненням таких повноважень має опосередкований характер, тобто реалізується через міністерства й судові органи, а на місцях відсутні уповноважені центральної влади.

Іншою та найпоширенішою у світі моделлю місцевого самоврядування є романо-германська (континентальна, французька), властива переважній більшості держав Європи (в тому числі й Україні й іншим постсоціалістичним державам Східної Європи), Африки, Азії.

Континентальна модель місцевого самоврядування концептуально ґрунтується на діалектичному поєднанні місцевого державного управління на місцях і місцевого самоуправління, а також характеризується певною підпорядкованістю нижчих ланок вищим.

Водночас така модель має такі варіанти:

а) на всіх рівнях, окрім низового, діють виборні органи територіальної громади й органи, що представляють державну владу на місцях, які здійснюють контрольну функцію. На низовому рівні діють лише органи первинної територіальної освіти (Франція, Італія);

б) органи місцевого самоврядування в «природних» адміністративно-територіальних одиницях створюються лише на низовому рівні, на регіональному ж рівні (в «штучних» адміністративно-територіальних одиницях) створюються місцеві державні адміністрації загальної компетенції;

в) виборні органи місцевого самоврядування діють і на регіональному рівні лише як представницькі органи територіальних громад (Польща, Болгарія, Туреччина, Фінляндія).

Загалом місцеве самоврядування континентального типу є певною мірою залежним від органів державної влади й разом із ними здійснює державні функції та завдання місцевого значення (європейська континентальна модель) [2, с. 36].

Як приклад можна навести положення Конституції Киргизстану 1993 р., Глава 5 якої «Виконавча влада», Розділ 2 «Місцева державна адміністрація» встановлює, що виконавчу владу в областях, районах і містах здійснює місцева державна адміністрація. Глава 7 «Місцеве самоврядування» своєю чергою визначає, що місцеве самоврядування здійснюється місцевими спільнотами, які в межах закону й під власну відповідальність управляють справами місцевого значення [3, с. 206].

Отже, можна погодитися з твердженням Д.П. Співака про те, що суть розуміння місцевого самоуправління, яке засноване на європейській континентальній моделі, полягає в тому,

що місцеве самоврядування розглядається як встановлена державою місцева публічна влада [1, с. 118]. Вона реалізується на території відповідного муніципального утворення шляхом управління, здійснюваного жителями, що проживають у межах цього муніципального утворення, органами й посадовими особами місцевого самоврядування. Водночас для здійснення своїх функцій місцеве самоврядування має реальну матеріально-фінансову базу.

У такому розумінні місцевого самоуправління сполучено багато елементів надбудовних і базисних відносин, які перебувають у нерозривному зв'язку. Місцеве самоврядування здійснюється шляхом управління. Виходить, у наявності сукупність управлінських відносин, які виступають як категорія, що гарантує зв'язок, і взаємодія базису й надбудови, керованої системи й системи, що керує.

Варто зазначити, що в такому визначенні поняття місцевого самоврядування відбиті й основні його ознаки:

1. Це різновид публічної влади, що встановлена органами державної влади в законах. Отже, введення місцевого самоврядування в суспільстві залежить від органів державної влади, які приймають закони. Діяльна природа місцевого самоврядування полягає в тому, що воно є, з одного боку, аналогом центрального уряду, а з іншого – формою народовладдя, що забезпечує реалізацію прав громадян на місцеве самоврядування місцевому населенню.

2. Можливість перетворення своєї волі в публічну владу.

3. Наявність публічної муніципальної влади, закріпленої за громадянами в законі, що дає їм можливість здійснювати управління значною частиною державних справ, реалізувати державні функції в межах відповідного муніципального утворення.

4. Межі владних повноважень громадян, органів місцевого самоврядування й посадових осіб місцевого самоврядування обмежуються територією муніципального утворення. Всі рішення, прийняті в разі реалізації різних форм здійснення місцевого самоврядування, діють тільки в межах муніципального утворення.

5. Публічна муніципальна влада належить жителям і здійснюється ними безпосередньо й через створювані ними органи місцевого самоврядування або посадових осіб місцевого самоврядування.

6. Публічна муніципальна влада встановлена законом і повинна здійснюватися в рамках закону, тобто місцеве самоврядування здійснюється на основі чинного закону, але не виходячи з доцільності або яких-небудь інших позаправових умов.

7. Місцеве самоврядування як різновид публічної влади має достатню матеріально-фінансову базу у вигляді муніципальної власності, місцевого бюджету, цінних паперів і так далі, що дає змогу ухвалювати рішення від власного імені й відповідати за свої дії своїм майном.

8. Місцеві й загальнодержавні інтереси збалансовано враховуються та забезпечуються в разі практичного здійснення місцевого самоврядування [1, с. 118–119].

Ще однією загальновизнаною в конституційно-правовій доктрині сучасною моделлю, вельми схожою за цілою низкою сутнісних ознак на континентальну, є іберійська модель (Іспанія, Португалія, іспаномовні держави Латинської Америки). Її принциповою особливістю є наявність на всіх рівнях адміністративно-територіального устрою держави виборних представницьких органів і головних посадових осіб місцевого самоврядування, що очолюють виконавчі органи (алькальди, регідори, мери, префекти тощо). Введення посад спеціально призначених уповноважених представників центральних органів державної влади за цією моделлю не передбачається, але така обрана посадова особа затверджується урядом як

представник держави в адміністративно-територіальній одиниці з правом здійснення державного контролю за діяльністю представницького органу [4, с. 165].

Принциповими відмінностями від вказаних моделей місцевого самоврядування характеризується так звана «радянська» модель, яка нині становить вже не стільки практичний, скільки науково-теоретичний інтерес. Така модель діяла передусім у Радянському Союзі й інших країнах «світової системи соціалізму», а також в окремих державах, орієнтованих на радянську перспективу. Зараз вона тією чи іншою мірою зберігається в деяких країнах, що декларують соціалістичні засади побудови суспільного ладу, включаючи утопічні програмові настанови щодо побудови комунізму (В'єтнам, Китай, Китайська Народно-Демократична Республіка, Куба).

В основі «радянської» моделі лежить принцип повновладдя представницьких органів на відповідній території. Вона характеризується ієрархічною підпорядкованістю складових ланок, а всі інші органи вважаються похідними від рад та їм підпорядкованими. Місцеві представницькі органи вважаються органами державної влади, в той час, як їхні виконавчі органи – місцевими органами державного управління. Останні, як правило, мають подвійне підпорядкування – вищому органу управління та відповідному представницькому органу. У цілому, й представницькі, й виконавчі органи розглядаються як складова частина всієї системи органів держави, основним завданням якої є проведення в життя актів центральних органів влади, забезпечення виконання основних державних функцій на всій території країни. До того ж вони періодично звітують перед вищими органами про свою діяльність [4, с. 166], тобто за подібної моделі реальне місцеве самоврядування як право й реальна здатність територіальних громад розв'язувати питання місцевого значення фактично відсутня та нівелюється керівною роллю державних органів, підпорядкованих своєю чергою єдиній керівничій партії, що є ключовою ознакою недемократичного політичного режиму в його тоталітарній формі.

Отже, можна зробити загальний висновок, що в сучасному світі теоретичні моделі місцевого самоврядування (англосаксонська, континентальна, іберійська, «радянська») класифікуються та відрізняються в залежності від: сутності місцевого самоврядування; юридичного суб'єктно-об'єктного змісту компетенції органів місцевого самоврядування; типу взаємовідносин органів місцевого самоврядування з державними органами публічної влади, втіленого в нормах чинного законодавства, включаючи конституційний рівень регулювання суспільних відносин.

У статті розглядаються сутність та юридичний зміст сучасних моделей місцевого самоврядування через здійснення порівняльно-правового аналізу англосаксонської, континентальної (романо-германської), іберійської та «радянської» моделей.

Зазначається, що висхідні тенденції глобалізації актуалізують питання розвитку основоположних суспільних цінностей, управлінського забезпечення розбудови громадянського суспільства, пошуку балансу між свободою та публічною владою, потребу в гармонічному поєднанні яких значною мірою може задовольнити місцеве самоврядування. Становлення та розвиток місцевого самоврядування як основоположного інституту громадянського суспільства вимагає з'ясування сутності теоретичних моделей місцевого самоврядування, які вказують на зміст і головні напрямки діяльності органів і посадових осіб територіальних громад.

Наголошується, що за таких умов виникає необхідність суттєвого вдосконалення моделей організації місцевого самоврядування з метою задоволення наростальних потреб людини, територіальних громад і суспільства в цілому щодо організації місцевого управління, злагодженого функціонування всіх інститутів громадянського суспільства, що є головною передумовою демократичних трансформацій, створення ефективної системи забезпечення реалізації муніципальних прав і свобод людини й громадянина.

Визначено, що теоретичні моделі місцевого самоврядування в різних правових системах світу безпосередньо сформувалися під впливом основних теоретико-методологічних концепцій, таких, як громадська, державницька, муніципального дуалізму тощо, наслідком чого стало створення декількох основних парадигм організації та діяльності самоврядних інститутів залежно від сутності місцевого самоврядування, компетенції органів місцевого самоврядування та типу їхніх взаємовідносин із державними органами публічної влади, втіленої в нормах чинного законодавства, включаючи конституційний рівень регулювання суспільних відносин.

У результаті проведеного дослідження зроблено висновок, що в сучасному світі теоретичні моделі місцевого самоврядування (англосаксонська, континентальна, іберійська, «радянська») класифікуються та відрізняються в залежності від: сутності місцевого самоврядування; юридичного суб'єктно-об'єктного змісту компетенції органів місцевого самоврядування; типу взаємовідносин органів місцевого самоврядування з державними органами публічної влади, втіленого в нормах чинного законодавства, включаючи конституційний рівень регулювання суспільних відносин.

Ключові слова: муніципальне право, місцеве самоврядування, муніципальна влада, муніципальні права людини, децентралізація.

Polshchykov I. Theoretical models of local government: comparative and legal analysis

The article considers the essence and legal content of modern models of local self-government through the implementation of comparative legal analysis of the Anglo-Saxon, continental (Romano-Germanic), Iberian and "Soviet" models.

It is noted that the growing trends of globalization raise the issue of development of fundamental social values, management of civil society, finding a balance between freedom and public power, the need for a harmonious combination of which can largely satisfy local government. The formation and development of local self-government as a fundamental institution of civil society requires clarification of the essence of theoretical models of local self-government, which indicate the content and main activities of bodies and officials of territorial communities.

It is emphasized that under such conditions there is a need to significantly improve the models of local self-government in order to meet the growing needs of man, local communities and society as a whole for the organization of local government, coordinated functioning of all civil society institutions, which is the main prerequisite realization of municipal rights and freedoms of man and citizen.

It is determined that theoretical models of local self-government in different legal systems of the world were directly formed under the influence of basic theoretical and methodological concepts, such as

civic, state, municipal dualism, etc., resulting in several basic paradigms of organization and activity of self-government institutions, the competences of local governments and the type of their relationship with public authorities, embodied in current legislation, including the constitutional level of regulation of public relations.

As a result of the research it was concluded that in the modern world the theoretical models of local self-government (Anglo-Saxon, continental, Iberian, "Soviet") are classified and differ depending on: the essence of local self-government; legal subject-object content of the competence of local self-government bodies; the type of relationship between local governments and public authorities, embodied in current legislation, including the constitutional level of regulation of public relations.

Key words: municipal law, local self-government, municipal power, municipal human rights, decentralization.

Література

1. Співак Д.П. Сучасні теорії та моделі місцевого самоврядування. Актуальні проблеми політики : збірник наукових праць / гол. ред. С.В. Ківалов ; відп. за вип. Л.І. Кормич. Одеса : Національний університет «Одеська юридична академія» : Південноукраїнський центр гендерних проблем, 2012. Вип. 44. С. 112–124.

2. Качмарський Є.І. Пошук ефективної моделі місцевого самоврядування для України: теорія і практика. Дні науки філософського факультету – 2008 : матеріали доповідей та виступів міжнародної наукової конференції, м. Київ, 16–17 квітня 2008 р. Київ : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2008. Ч. XI. С. 35–36.

3. Конституційне право зарубіжних країн : навчальний посібник / М.С. Горшеньова, К.О. Закоморна, В.О. Ріяка та ін. ; за заг. ред. В.О. Ріяки. 2-е вид., допов. і перероб. Київ : Юрінком Інтер, 2007. 544 с.

4. Стешенко Т.В., Шпак Ю.О. Сучасні моделі місцевого самоврядування. Актуальні проблеми державного будівництва та місцевого самоврядування в контексті конституційної модернізації : збірник наукових статей за матеріалами наук.-практ. семінару, м. Харків, 14 жовтня 2016 р. Харків, 2016. С. 162–170.

УДК 341.3
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1990

І. Роянова,
аспірантка кафедри права Європейського Союзу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ДЕМІЛІТАРИЗОВАНІ ТА НЕЙТРАЛІЗОВАНІ ТЕРИТОРІЇ В МІЖНАРОДНОМУ ГУМАНІТАРНОМУ ПРАВІ

Постановка проблеми. Стаття присвячена актуальній темі, особливо в умовах сучасних міжнародних відносин, що потребують належного правового регулювання створення демілітаризованих і нейтралізованих зон та їхнього вивчення наукою міжнародного права. Разом із тим, поки існують прогалини в дослідженні цих феноменів.

Так, міжнародна договірна практика держав впродовж XIX – на початку XX ст.ст. свідчила про відсутність чіткої різниці в правовій регламентації створення демілітаризованих і нейтралізованих територій. Переважно держави укладали між собою договори про створення зон, які містили в собі ознаки як демілітаризованих, так і нейтралізованих територій. Це зумовлювало проблему невизначеності в регулюванні цих відносин.

Передвісником окремої правової регламентації демілітаризованих і нейтралізованих територій на міжнародному рівні можна вважати Конвенцію про демілітаризацію Аландських островів, підписану 30 березня 1856 р. [1]. Однак вона мала більше регіональний, ніж універсальний характер. Крім того, Конвенція 1856 р. містила тільки вказівку, що на Аландських островах заборонено утримувати будь-які воєнні й воєнно-морські утворення та розміщувати фортифікаційні споруди (ст. 1).

Однак практика створення демілітаризованих і нейтралізованих територій та їх окремого правового регулювання почала формуватися після Першої світової війни. Так, Версальський мирний договір 1919 р. [2] вперше на універсальному рівні передбачив створення демілітаризованої зони, а саме Рейну. Загальновідомо, що цей договір наклав жорсткі обмеження збройних сил Німеччини, її особового складу, техніки, озброєння, командної структури.

Ст. ст. 42–44 цієї багатосторонньої угоди розкривають значення поняття «демілітаризація», зокрема: «Германії заборонялося утримувати і будувати будь-які фортифікаційні споруди як на лівому березі Рейну, так і на правому березі вздовж лінії дистанцією в 50 км зі сходу на захід Рейну». Крім того, в ст. 43 зазначено, що в межах цієї зони заборонено було утримувати воєнні формування як постійно, так і тимчасово, здійснювати військові маневри, мобілізаційні заходи. У разі порушення режиму, встановленого ст. ст. 42–43, таку поведінку можна було б розглядати як ворожий акт проти країн-учасниць угоди й загалом як акт проти миру у світі.

Однак демілітаризовані й нейтралізовані зони не виникли раптово з підписанням вищезазначених угод. Більшість вітчизняних вчених, що займаються дослідженням історії міжнародного права, наприклад, О.В. Буткевич [3; 4], згадують про поодинокі приклади демілітаризації та нейтралізації територій у Стародавні часи, в епоху Середньовіччя,

© І. Роянова, 2020

Нового часу. Проте досліджень, присвячених історії становлення цих феноменів, особливостям створення та функціонування демілітаризованих і нейтралізованих територій впродовж згаданих періодів, не було. Виникає проблема у визначені їхніх головних рис у межах зазначених історичних періодів та особливостей кожного з них на сучасному етапі.

Аналіз останніх досліджень. У вітчизняній науці міжнародного права останніх років відсутні монографії та не досить наукових статей, присвячених становленню та розвитку демілітаризованих і нейтралізованих територій. Більшість праць вітчизняних вчених було представлено в другій половині XX ст. Зокрема, окремі з них присвячені створенню зон миру (Б.Р. Тузмухамедов, Н.В. Дінь), загальній характеристиці демілітаризованих і нейтралізованих територій у міжнародному праві (Б.М. Кліменко), особливостям правового регулювання окремих прикладів демілітаризованих і нейтралізованих зон, наприклад, Антарктики, Архіпелагу Шпіцберген (Б.М. Кліменко, Л.Д. Тімченко). Деякі статті й монографії можна зустріти серед зарубіжних вчених, більшість з яких займаються дослідженням особливостей демілітаризації та нейтралізації Аландських островів (С.С. Акермарк). Також зарубіжними фахівцями з міжнародного гуманітарного права (Д. Флек, М. Боте) розглядаються особливості запровадження та дії режимів демілітаризованих і нейтралізованих зон під час збройних конфліктів.

Мета статті. Сформулювати ключові ознаки демілітаризованих і нейтралізованих територій (зон) і визначити особливості їхнього створення та функціонування в міжнародному гуманітарному праві.

Виклад основного матеріалу. Потрібно зазначити, що воєнні операції сторін конфлікту повинні здійснюватися тільки в межах театру воєнних дій. Такими зонами може бути відкрите море, виключна морська економічна зона, території держав, що є сторонами збройного конфлікту. Остання містить сухопутну частину, ріки й озера, внутрішні морські води й територіальне море й повітряний простір над ним. Водночас театр воєнних дій (війни) не може містити певні зони, що знаходяться під особливою охороною з боку міжнародного гуманітарного права та які заборонено використовувати у воєнних цілях, зокрема: санітарні й безпечні зони (ст. 14 (4) Женевської конвенції 1949 р. [5]), нейтралізовані й демілітаризовані території (зони) (ст. 15 (4) Женевської конвенції 1949 р.; ст. 60 Додаткового протоколу 1977 р. до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р. щодо захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Додаткового протоколу I) [6]).

У навчальній літературі з міжнародного публічного права демілітаризовані й нейтралізовані території розглядаються як окремі феномени [7, с. 159; 8, с. 340]. Такі території користуються особливим захистом від воєнних дій. В їхніх межах діє спеціальний режим, встановлений із метою забезпечення миру й безпеки (режим міжнародної безпеки) [7, с. 159]. Для позначення цих зон також використовують загальне поняття «захищені зони» (protected zones), яке охоплює демілітаризовані, нейтралізовані, безпекові й санітарні зони, а також місцевості, що не обороняються [9, с. 671; 10]. Однак ці режими мають певні специфічні особливості.

Під демілітаризованими територіями (зонами) розуміють певні простори (наземні, морські, повітряні), в межах яких заборонені будь-які види воєнної діяльності. Тобто забороняється розміщувати збройні сили й озброєння, утворювати воєнні бази, проводити військові навчання, виробляти й ввозити військові матеріали, виробляти й випробовувати

зброю. Дія такого режиму в просторі означає, що забороняються будь-які польоти військових літаків у повітряному просторі зазначених територій. Водночас такі обмеження розповсюджуються і на внутрішні води й територіальне море в разі, коли демілітаризована територія має вихід у море. Наприклад, Конвенцією про заборону фортифікації та нейтралізацію Аландських островів від 20 жовтня 1921 р. була передбачена демілітаризація та нейтралізація не лише сухопутної, а й морської території (ч. ч. 1, 2 ст. 2 закріплюють ширину територіального моря в 3 морські милі, що відраховуються від лінії найнижчого відпливу) [11].

Правове регулювання цих територій здійснює Додатковий протокол 1977 р. до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р. щодо захисту жертв збройних конфліктів міжнародного характеру (Додаткового протоколу I) [6]. Так, ч. 3 ст. 60, що має назву «Демілітаризовані зони», розкриває такі ознаки зазначених територій:

a) всі комбатанти, а також мобільні бойові засоби й мобільне воєнне спорядження повинні бути евакуйовані;

b) стаціонарні воєнні установки й споруди не повинні використовуватися у ворожих цілях;

c) ні влада, ні населення не повинні чинити ворожих дій;

d) будь-яка діяльність, пов'язана з воєнними зусиллями, повинна бути припинена.

Юридичною підставою для встановлення демілітаризованої території є угода, укладена між державами. Якщо держава сформулює намір створити демілітаризовану зону на підставі висловленого нею одностороннього акту, останній матиме політичне значення та не буде обумовлювати правових наслідків.

У ч. 2 ст. 60 зазначено, що угода може бути укладена в усній або письмовій формі, в мирний час, а також після початку воєнних дій, і в ній повинні бути подані якомога точніші визначення та опис межі демілітаризованої зони й за необхідності встановлені методи контролю. Якщо угода про запровадження демілітаризованої зони була укладена в мирний час, вона повинна передбачати роззброєння, а також заходи, спрямованні на превенцію конфліктів, які можуть виникнути в майбутньому. Щодо меж такої зони, чим ширше вони, тим складніше їх контролювати й забезпечувати захист. В угоді, що запроваджує такий режим, повинно бути чітко прописано конкретний перелік видів діяльності, що забороняється, з визначенням засобів і заходів контролю за дотриманням таких заборон. Крім того, демілітаризована зона повинна бути чітко визначена на місцевості за допомогою певних знаків, що узгоджується сторонами угоди (ч. 5). Таким чином, демілітаризовані території (зони) – це встановленні на підставі угоди між державами певні обмежені на місцевості райони, які заборонено використовувати у воєнних цілях і здійснювати на них будь-які види воєнної діяльності.

Присутність у цій зоні осіб, які користуються особливим захистом за Женевськими Конвенціями 1949 р. (зокрема Конвенцією про поліпшення долі поранених і хворих у наявних арміях; Конвенцією про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі; Конвенцією про поводження з військовополоненими; Конвенцією про захист цивільного населення під час війни) й за цим Протоколом, й поліцейських сил, залишених з єдиною метою підтримання законності й порядку, не суперечить умовам, викладеним у п. 3 ст. 60 Додаткового протоколу I. Таким чином, режим демілітаризованої зони поширюється як на саму територію, на об'єкти, що мають воєнне призначення, так і на осіб, зокрема поранених, лікарів, духовенство, захист яких передбачений Женевськими конвенціями 1949 р.

Демілітаризована зона, що підпадає під особливу охорону з боку міжнародного гуманітарного права, може бути запроваджена на етапі післявоєнних відносин між державами або на час перемир'я. Яскравим прикладом є демілітаризована зона, що розташована між Північною та Південною Кореєю та була запроваджена на підставі Угоді про перемир'я в Кореї від 27 липня 1953 р. [12]. У ст. 1 зазначеної угоди вона називається ще «буферною зоною», ширина якої дорівнює 2 км, що відлічуються від воєнної демаркаційної лінії. Інший приклад: згідно зі ст. ст. 4–5 Угоди про демілітаризацію Сребрениці від 19 квітня 1993 р. [13] [14, с. 3] було передбачено умови, що кожна військова чи воєнізована частина повинна або вийти за межі демілітаризованої зони, або здати зброю. Відповідно до ст. 4, боєприпаси, міни, вибухові речовини й бойові припаси в межах демілітаризованої зони повинні бути передані Силам ООН, під управлінням яких здійснювалась демілітаризація Сребрениці. Крім того, особливістю цієї угоди є умова щодо строків, впродовж яких повинен розпочатися процес демілітаризації. Зокрема, демілітаризація Сребрениці повинна була завершитися впродовж 72 годин із моменту прибуття Сил ООН із можливістю корегування строку в разі, якщо буде мати місце затримка Сил ООН (ст. 4 Угоди).

Варто зазначити, що такі зони мають певну відмінність від постійних демілітаризованих територій, наприклад, Аландських островів, Антарктики, Суецького й Панамського каналів. Останні є історично сформованими демілітаризованими зонами, загальновизнаними на міжнародному рівні. Таким чином, демілітаризація території може мати постійний характер, що підтверджують вище зазначені приклади, а може мати тимчасовий характер, зокрема як засіб ліквідації наслідків збройного конфлікту в зоні бойових дій. Крім того, залежно від цілей встановлення, вона може мати превентивний або правовідновлювальний характер.

Додатково на підтвердження демілітаризації територій як заходу тимчасового характеру можна зазначити ч. 1 ст. 10 Протоколу про заборону або обмеження застосування мін, мін-пасток та інших пристроїв із поправками, внесеними 3 травня 1996 р., що має назву «Ліквідація мінних полів, мінних районів, мін, мін-пасток та інших пристроїв і міжнародне співробітництво». У цій статті передбачено таке: «Невідкладно, одразу ж після припинення активних військових дій всі мінні поля, мінні райони, міни, міни-пастки й інші пристрої розміновуються, ліквідуються, знищуються чи зберігаються відповідно до статті 3 і пункту 2 статті 5 цього Протоколу». Разом із тим, ч. 3 й 4 передбачають можливість надання стороні, що здійснює контроль над районом, від інших держав і міжнародних організацій технічної та матеріальної допомоги, необхідної для виконання зобов'язань, передбачених ч. 1, включаючи, за відповідних обставин, проведення спільних операцій, необхідних для виконання таких зобов'язань [15].

Розглянемо далі нейтралізовані території, що мають певну схожість із демілітаризованими, у зв'язку із чим впродовж XIX – на початку XX ст.ст. більшість міжнародних договорів застосовували їх як рівнозначні поняття. Хоча заходи, про які зазначали сторони в угоді, іноді не збігалися з назвою. Наприклад, на прикордонній зоні між Норвегією та Швецією була утворена нейтральна зона на підставі Конвенції щодо встановлення нейтральної зони й знищення фортифікаційних споруд (Карлстадська Конвенція), підписаної в Стокгольмі 26 жовтня 1905 р. [16]. Ч. 4 ст. 1 передбачає «заборону жодних воєнних операцій у межах цієї зони, заборону використовувати її як базу для воєнних операцій і зосере-

джувати збройні військові сили, окрім тих, що необхідні для збереження публічного порядку й для забезпечення підтримки в разі настання надзвичайних ситуацій». Однак зміст цієї норми свідчить про ознаки демілітаризованої зони.

Правове регулювання нейтралізованих територій (зон) здійснює перша Женевська конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у чинних арміях [17] і четверта Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 р. [5]. Так, ч. 1 ст. 23 1 Женевської конвенції 1949 р. закріплює фактичні підстави створення нейтралізованих зон, зокрема «після початку воєнних дій сторони конфлікту можуть створювати на власній території, а в разі необхідності – на окупованих територіях госпітальні зони й місцевості, організовані так, щоб захистити від впливу війни поранених і хворих, а також персонал, який відповідає за організацію та управління цими зонами й місцевостями й догляд за особами, які там зосереджені». Також вона містить юридичні підстави (ч. 2 ст. 23 1 Женевської конвенції 1949 р.): «з початком і під час воєнних дій відповідні сторони можуть укладати угоди про взаємне визнання створених ними госпітальних зон і місцевостей».

Ст. 15 (4) Женевської конвенції 1949 р. теж закріплює юридичні й фактичні підстави встановлення таких територій. Але вона є спеціальною нормою, на відміну від попередньої загальної норми, що стосується як створення безпечних і санітарних зон, так і нейтралізованих. Її аналіз дозволяє сформулювати такі ознаки нейтралізованих територій. Представники сторін конфлікту укладають і підписують письмову угоду, предметом якої є нейтралізована зона. Така угода укладається під час війни, оскільки ч. 1 ст. 15 містить пряму вказівку, що «будь-яка сторона конфлікту може звернутися безпосередньо або за посередництвом нейтральної держави чи якоїсь гуманітарної організації до протилежної сторони з пропозицією про створення в районах, де відбуваються бойові дії, нейтралізованих зон, призначених для захисту від наслідків війни осіб». Ця умова відрізняє нейтралізовану зону від демілітаризованої, оскільки правовий режим останньої за дією в часі функціонує як в мирний, так і у воєнний час.

Мета утворення нейтралізованих територій, як було вже зазначено – захист від наслідків війни таких осіб:

a) поранених і хворих комбатантів або некомбатантів;

b) цивільних осіб, які не беруть участі в бойових діях і, перебуваючи в зонах, не виконують жодної роботи воєнного характеру.

Таким чином, створення таких просторів є формою захисту поранених і хворих комбатантів, некомбатантів, цивільного населення та інших осіб, які захищаються міжнародним гуманітарним правом.

Крім того, ч. 2 закріплює положення про узгодження сторонами угоди географічного розташування такої зони із зазначенням координат і можливістю позначення її на місцевості. Також розв'язуються питання керівництва й контролю над дотриманням режиму нейтралізованої зони. Таким чином, нейтралізації підпадає сама територія в межах визначених за домовленістю сторін, об'єкти, розташовані на ній, і суб'єкти, що захищаються міжнародним гуманітарним правом.

Варто зазначити, що угода між сторонами встановлює початок і тривалість режиму нейтралізованої зони. З цього можна припустити таке: якщо до збройного конфлікту в межах зони були розміщені воєнні об'єкти, то вони не ліквідовуються, а лише забороняється їх використовувати на період дії режиму. Сама зона не може бути театром воєнних дій, оскільки в її межах забороняються проводити

воєнні операції. Але із закінченням строку дії режиму такої зони, якщо про інше сторони не досягли згоди, територія вже не може вважатися нейтралізованою. Проте демілітаризована територія, навпаки, вимагає ліквідації стаціонарних воєнних об'єктів і споруд або заборону їх використання у воєнних цілях, евакуацію мобільних бойових засобів і воєнного спорядження разом із комбатантами (п. п. а, в ч. 3 ст. 60 Протоколу I).

Прикладом створення нейтралізованої зони може бути Угода щодо встановлення захищеної зони навколо лікарні в Осієк від 27 грудня 1991 р., укладена між Хорватією та Соціалістичною Федеративною Республікою Югославії [18]. Вона оголосила територію навколо лікарні в Осієк захищеною зоною, яка знаходиться під наглядом Міжнародного Комітету Червоного Хреста (МКЧХ) відповідно до принципів ст. 23 (I) Женевської конвенції 1949 р. і ст. ст. 14–15 IV Женевської конвенції 1949 р. (ст. ст. 1, 2 (1)). Режим цієї зони передбачає в ст. 7 (1) зазначеної угоди, що «жодної зброї не має бути в захищеній зоні». Крім того, ст. 11 встановлює, що за жодних обставин ця зона не може бути об'єктом нападу й режим, встановлений в її межах, повинен поважатися та захищатися сторонами конфлікту. Таким чином, нейтралізовані території – це встановленні на підставі угоди між державами певні обмежені на місцевості простори, метою створення яких є захист осіб від впливу війни (поранених і хворих комбатантів і некомбатантів, а також персонал, який відповідає за організацію та управління цими зонами й місцевостями).

Підсумовуючи вищезазначене, можна зробити такі **висновки:**

1. Демілітаризовані й нейтралізовані території в сучасному міжнародному праві відрізняються за предметом регулювання. Мета їх створення під час збройного конфлікту – вивести за межі театру воєнних дій певні райони задля уникнення свавілля (методи й засоби ведення війни не є необмеженими) й створити простори, в межах яких особи, що захищаються міжнародним гуманітарним правом, були в безпеці.

2. Демілітаризовані території – це встановленні на підставі угоди між державами певні обмежені на місцевості райони (наземні, морські, повітряні простори), які заборонено використовувати у воєнних цілях і здійснювати на них будь-які види воєнної діяльності. Міжнародне гуманітарне право встановлює мінімальні умови, яким повинна відповідати така зона. Разом із тим, на рівні двосторонніх або багатосторонніх угод можуть бути уточненні заходи, які будуть здійснюватися в їхніх межах. Вона може мати як превентивний характер, так і правовідновлювальний.

3. Нейтралізовані території – встановленні на підставі угоди між державами певні обмежені на місцевості простори, метою створення яких є захист осіб від впливу війни (поранених і хворих комбатантів і некомбатантів, а також персонал, який відповідає за організацію та управління цими зонами й місцевостями).

4. Правовий режим демілітаризованої зони може бути встановлено як в мирний, так і у воєнний час. Водночас режим нейтралізованої зони – на початку й під час збройного конфлікту.

5. Демілітаризована зона передбачає ліквідацію воєнних об'єктів і споруд або, в разі неможливості цього, заборону їхнього використання у воєнних цілях. Також режим цієї території забезпечує евакуацію мобільних бойових засобів і воєнного спорядження разом із комбатантами. Водночас нейтралізована зона забороняє використовувати як театр для воєнних дій територію цієї зони на період, визначений в угоді, разом з об'єктами, що розміщенні на ній, без необхідності ліквідації їх, зокрема воєнних об'єктів.

6. Такі зони мають певну відмінність у порівнянні з історично сформованими демілітаризованими й нейтралізованими зонами, загальновизнаними на міжнародному рівні (Аландські острови, Антарктика, Архіпелаг Шпіцберген, Суецький і Панамський канали). Демілітаризація та нейтралізація території може мати постійний характер, що підтверджують вище зазначені приклади. Разом із тим, може мати тимчасовий характер як засіб ліквідації наслідків збройного конфлікту в зоні бойових дій (демілітаризовані зони) або як засіб захисту хворих і поранених комбатантів і некомбатантів, цивільного населення та інших осіб, яких захищає міжнародне гуманітарне право (нейтралізовані зони).

Статтю присвячено особливостям демілітаризованих і нейтралізованих територій у міжнародному гуманітарному праві. Акцентується увага на тому, що вони мають глибоке історичне коріння, але історія становлення та розвитку не досить досліджена наукою міжнародного права. Авторка статті зазначає, що до початку XX ст. демілітаризовані й нейтралізовані території розглядалися як тотожні поняття, у зв'язку із чим відбувалася певна невизначеність ознак, що їх відрізняє. Події Першої світової війни змусили звернутися до цієї проблеми, як наслідок, Версальський мирний договір 1919 р. передбачив утворення демілітаризованої зони (Рейну). Його особливістю була, по-перше, чітка регламентація змісту заходів, які впроваджувались у межах демілітаризованої зони, по-друге, її визначеність на місцевості, по-третє, наявність механізму забезпечення такого режиму з боку Сторін цього договору.

Зазначено, що міжнародне гуманітарне право регламентує мінімальні вимоги до створення та функціонування спеціальних режимів демілітаризованих і нейтралізованих територій (зон) (зокрема, їх регулює Женевська конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у наявних арміях від 12 серпня 1949 р. і Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 р., а також Додатковий протокол 1977 р. до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р. щодо захисту жертв збройних конфліктів міжнародного характеру). На рівні двосторонніх і багатосторонніх угод умови створення цих зон можуть бути уточнені.

Авторка статті визначає демілітаризовані території як встановлені на підставі угоди між державами певні обмежені на місцевості райони, які заборонено використовувати у воєнних цілях і здійснювати на них будь-які види воєнної діяльності. Демілітаризація території може мати постійний (наприклад, Аландські острови, Суецький канал) або тимчасовий характер як засіб ліквідації наслідків збройного конфлікту в зоні бойових дій (наприклад, демілітаризація Сребрениці). Зазначено, що нейтралізовані території – це встановлені на підставі угоди між державами певні обмежені на місцевості простори, метою створення яких є захист осіб від впливу війни (поранених і хворих комбатантів, некомбатантів, а також персонал, який відповідає за організацію та управління цими зонами й місцевостями). Акцентується увага на тому, що в міжнародному гуманітарному праві режими цих територій (зон) обмежені в часі: нейтралізовані зони можуть створюватися на початку або під час збройного конфлікту; демілітаризовані зони встановлюються в мирний час (тоді це матиме превентивний характер), воєнний, післявоєнний період (матиме

відновлювальний характер). Наприкінці авторка формулює висновок щодо головних ознак демілітаризованих і нейтралізованих зон у міжнародному гуманітарному праві.

Ключові слова: демілітаризовані зони, нейтралізовані зони, міжнародне гуманітарне право.

Roianova I. Demilitarized and neutralized territories in international humanitarian law

The article is devoted to the peculiarities of demilitarized and neutralized territories in international humanitarian law. Attention is drawn to the fact that these institutions have deep historical roots, but the history of their formation and development is partially studied by the science of international law. The author of the article notes that by the beginning of the XXth century demilitarized and neutralized territories were considered as indistinguishable concepts, due to which there was a certain uncertainty of the features that distinguishes them. The experience of the First World War required to solve this problem, as a result, the Versailles Peace Treaty of 1919 provided for the formation of a demilitarized zone (Rhine). Its peculiarities were, firstly, a clear regulation of the content of measures implemented within the demilitarized zone, secondly, its certainty of the location, and thirdly, the existence of the mechanism to guarantee such a regime by the Parties to this agreement.

It is noted that international humanitarian law regulates the minimum requirements of the establishment and operation of special regimes for demilitarized and neutralized territories (zones) (in particular regulated by the Geneva Convention on the amelioration of wounded and sick in armed forces of August 12, 1949 and the Geneva Convention on the protection of civilian persons in time of war of August 12, 1949, as well as the Additional Protocol of 1977 to the Geneva Conventions of August 12, 1949, concerning the protection of victims of international armed conflicts). At the level of bilateral and multilateral agreements, the conditions for the establishment of these zones can be clarified.

The author of the article defines demilitarized territories as the establishment on the basis of the agreement between states of the certain limited areas, which are prohibited to be used for military purposes and to carry out any kind of military activities on them. Demilitarization of the territory can be permanent (for example, the Eland Islands, the Suez Canal), or temporary as a means of eliminating the effects of armed conflict in the war zone (for example, the demilitarization of Srebrenica). It is noted that neutralized territories are established by agreement between the states certain space restrictions, the purpose of which is to protect persons from the effects of war (wounded and sick combatants, non-combatants, as well as personnel responsible for the organization and management of these zones and areas). Attention is drawn to the fact that in international humanitarian law, the regimes of these territories (zones) are limited in time: neutralized zones can be created at the beginning or during an armed conflict; demilitarized zones established in peacetime (then it will be preventive), war, post-war period (will be restorative). Finally, the author formulates a conclusion on the main features of demilitarized and neutralized zones in international humanitarian law.

Key words: demilitarized zone, neutralized zone, international humanitarian law.

Література

1. Convention on the demilitarization of the Eland Islands. Paris, 30 March 1856 (translation from the original french

text). URL: http://www.kulturstiftelsen.ax/images/internationellaavtal/engelskaavtal.pdf (дата звернення: 18.08.2020).

2. The Versailles Treaty June 28, 1919: Part XV. URL: https://avalon.law.yale.edu/imt/partxv.asp (дата звернення: 18.08.2020).

3. Буткевич О.В. Міжнародне право Стародавнього Світу : підручник. Київ : Україна, 2004. 864 с.

4. Буткевич О.В. Історія міжнародного права : підручник. М-во освіти і науки України. 2-е вид., стер. Київ : Ліра-К, 2016. 412 с.

5. Конвенция (IV) о защите гражданского населения во время войны. Женева, 12 августа 1949 года. URL: https://www.icrc.org/ru/doc/resources/documents/misc/geneva-convention-4.htmh (дата звернення: 18.08.2020).

6. Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I). Женева, 8 июня 1977 года. URL: https://www.icrc.org/ru/doc/resources/documents/misc/treaties-additional-protocol-1.htm (дата звернення: 18.08.2020).

7. Міжнародне публічне право: підручник : у 3 т. / за заг. ред. В.Ф. Антипенко, Л.Д. Тимченко, О.В. Бєглий та ін. Київ : НАУ, 2012. Т. 1. 420 с.

8. Міжнародне публічне право : підручник : у 2 т. / за заг. ред. В.В. Мицика, М.В. Буроменського, М.М. Гнатовського та ін. Т. 2. Харків : Право, 2018. 340 с.

9. Customary International Humanitarian Law. Volume 2. Practice. Parts 1 and 2 / Edited by Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, Carolin Alvermann, Angela Cotroneo, Antoine Grand, Baptiste Rolle. Cambridge University Press, 2005. 4449 p.

10. Щокін Ю.В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії і практики : монографія. Харків : Право, 2012. 454 с.

11. Convention relating to the Non-Fortification and Neutralisation of the Aaland Islands. Geneva, 20 October 1921. Treaty Series, League of Nations. Vol. 9. P. 211–221. URL: https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%209/v9.pdf (дата звернення: 18.08.2020).

12. Agreement Concerning a Military Armistice in Korea. July 27, 1953. URL:https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/KP%2BKR_530727_AgreementConcerningMilitaryArmistice.pdf (дата звернення: 18.08.2020).

13. The Agreement on Demilitarisation of Srebrenica. April 19, 1993. URL:https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BA_930418_Agreement%20on%20the%20Demilitarization%20of%20Srebrenica.pdf (дата звернення: 18.08.2020).

14. Щокин Ю.В. Основания самообороны международных межправительственных организаций. Теорія і практика правознавства. 2018. Вип. 2 (14). С. 3–14. URL: http://tlaw.nlu.edu.ua/article/view/149269/148951.

15. Протокол о запрещении или ограничении применения мин, мин-ловушек и других устройств с поправками, внесенными 3 мая 1996 г. (Протокол II к Женевской Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие от 10 октября 1980 г.) URL: https://www.icrc.org/ru/doc/resources/documents/misc/treaties-ccw-protocol2-revised-101080.htm (дата звернення: 18.08.2020).

16. Convention between Norway and Sweden relative to the establishment of a neutral zone. October 26, 1905 (reproduced by the Secretariat for the Commission). UNCCP working paper (in French). URL: https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-211915/ (дата звернення: 18.08.2020).

17. Конвенция (I) об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях. Женева, 12 августа 1949 года. URL: https://www.icrc.org/ru/doc/resources/documents/misc/geneva-conventon-1.htm (дата звернення: 18.08.2020).

18. Agreement relating to the establishment of a Protected Zone around the Hospital of Osijek. December 27, 1991. URL: https://www.peaceagreements.org/wgenerateAgreementPDF/1880 (дата звернення: 18.08.2020).

УДК 347.412.91 (477)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1991

Є. Шинкарьова,
аспірант кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

КАТЕГОРІЯ «ФІДУЦІЯ» В СУЧАСНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. З моменту свого зародження в джерелах права Стародавнього Риму й дотепер категорія «фідуція» пройшла досить тривалий шлях розвитку. Водночас протягом всього строку еволюції акцент в її сутності поступово зміщувався. Положення чинного цивільного законодавства України безпосередньо не оперують зазначеною категорією та в окремих випадках як її синонім використовують традиційніше для нормативного підходу й певною мірою стримане термінологічне словосполучення «зобов'язання, нерозривно пов'язане з особою кредитора» або «зобов'язання, нерозривно пов'язане з особою боржника» (статті 515 і 608 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)) [1]. У цивілістичній літературі значного поширення також набуло термінологічне словосполучення «особисте зобов'язання» [2, с. 14]. А термін «фідуція» вживається переважно у формі прикметника, зокрема «фідуціарний».

Ураховуючи те, що відповідні лексичні одиниці дуже часто вживаються в синонімічному ключі й спрямовані підкреслити особливий зв'язок конструкції елементів правовідношення з його учасниками, існує реальна необхідність визначення співвідношення між позначуваними ними явищами та / або їх характеристиками. Це сприятиме не лише упорядкуванню понятєво-категоріального апарату цивільного права, проте також створить умови для визначення факторів, які надають зобов'язанню особливого характеру, забезпечують специфічний зв'язок його елементів з учасниками правовідношення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика зобов'язальних правовідносин ставала предметом розгляду таких вчених-юристів, як С.С. Алексєєв, І.В. Венедіктова, Є. Годеме, Н.М. Дихта, І.В. Жилінкова, О.С. Іоффе, А.В. Коструба, О.О. Кот, Н.С. Кузнєцова, Р.А. Майданик, В.В. Надьон, О.О. Отраднова, Я.М. Романюк, І.В. Спасибо-Фатєєва, Р.О. Халфіна, Я.М. Шевченко, Р.Б. Шишка, О.Я. Явор, В.Л. Яроцький та інші.

Постановка завдання. Мета статті полягає у визначенні сутнісного наповнення та розвитку цивілістичної категорії «фідуція» із часів Стародавнього Риму й дотепер у контексті доктринальних і нормативних джерел цивільного права України.

Основний матеріал дослідження. У сучасній юридичній літературі досить часто термін «фідуціарний» використовується в розумінні «довірчий» [3, с. 21], що, однак, потребує додаткової уваги в контексті сфери походження та використання відповідної термінології, якою виступає латинська мова.

Лексикографічні джерела розкривають латинський термін *fiducia, ae* як:

1) впевненість, надійність [4, с. 71; 5, с. 138; 6 с. 140], сподівання;

2) юридичний акт, що ґрунтується на довірі;

3) фідуція, застава [4, с. 71].

 © Є. Шинкарьова, 2020

У цьому аспекті О.Ф. Черданцев цілком ґрунтовно зазначає, що терміни, які вживаються в правовій сфері – науці, законодавстві, практиці, – мають подвійний статус, оскільки невідворотно є і словами (термінами) повсякденної мови, а не тільки юридичної. У правову сферу терміни можуть проникнути з різних сфер знань і діяльності й водночас набувати специфічного значення [7, с. 46]. Це створює умови для погодження з К.М. Рогожою, що термін *fiducia* походить від латинського *fides* – довіра [8, с. 148], адже очевидно, що термін «довіра», бувши частиною повсякденної латинської мови, лише згодом набув юридичного розуміння та одержав окрему юридичну форму існування (*fiducia*).

Водночас у чому саме полягає довіра у відповідній сфері правовідносин, дозволяють з'ясувати наукові розробки римського права. Зокрема, в сучасних джерелах *fiducia* інтерпретується в тому числі як перенесення квіритського права [5, с. 138], а деякі вчені в окресленому ключі взагалі розмежовують дві форми довірчих операцій: фідуція-управління та фідуція-забезпечення [9, с. 190], що безпосередньо знаходить підтвердження й у відповідних джерелах Стародавньої держави.

У контексті окресленого необхідно звернути увагу на те, що в Стародавньому Римі фідуціарними називались правочин і / або правовідносини, що виникали на його підставі, а також весь юридичний порядок (спосіб) переходу цивільного права. Зокрема, як зазначає Д.В. Дождєв, договір *fiducia* укладався у формі *manci patio* або *in jure cessio* з найрізноманітнішою метою. У цілому ж виокремлювалось два види договорів: із другом і з кредитором – *fiducia cum amico* й *fiducia cum creditore* (contracta). У першому випадку *fiducia* оформляла договори зберігання, позички, доручення, а в другому – слугувала встановленню реальної гарантії зобов'язання. Водночас така функціональна диференціація має факультативний характер, оскільки структура контракту у всіх випадках є однаковою. За такої умови сучасниками досліджувана конструкція визнається досить суперечливою [10, с. 563].

Найбільшого поширення та підтримки здобула наукова позиція, в рамках якої фідуція розглядається саме як спосіб переходу квіритського права власності на річ на довірену особу, яка водночас зобов'язується повернути річ після досягнення мети вчинення правочину [11, с. 306]. У такому сенсі в сучасному розумінні зобов'язання, що виникало з *fiducia*, мало акцесорний характер, оскільки забезпечувало виконання основного зобов'язання. Як зазначає Н.М. Дихта, *fiducia* – це найдавніша форма застави [12, с. 191]. На цім різниця між фідуціарним договором і договором закладу полягала в тому, що на підставі першого договору річ (майно) передавалось кредитору у власність, в той час, як на підставі другого – лише у володіння [13, с. 203]. З цього слідує, що шляхом набуття кредитором права власності на певне майно боржника в правовідносинах позички забезпечувались його права на випадок невиконання боржником свого обов'язку.

Водночас цікавою є висловлювана в наукових джерелах теза про те, що під час фідуції об'єктом повернення виступала річ або її еквівалент, отриманий особою [14, с. 53] та за такої умови фідуціарний характер мали в тому числі правовідносини з довірчого управління майном. Іншими словами, фідуціарним також був договір, на підставі якого виникали правовідносини довірчого управління [8, с. 149], на підставі якого певна річ (майно) передавалось у довірчу власність певній особі, яка, дбаючи про річ як про свою власну, була зобов'язана забезпечити найефективніше управління нею в інтересах установника такого управління, тобто фідуціанта,

й повернути йому відповідне майно в разі настання визначених обставин.

Власне таке «широке» використання конструкції фідуції виступає аргументом на користь існування двох можливих її форм, а саме: фідуції-управління та фідуції-забезпечення.

У цілому ж необхідно погодитись з Д.В. Дождєвим, що в контексті конструкції манципації обов'язок фідуціарія повернути річ виглядає нелогічно, адже це суперечить самій природі манципації, під час якої особа не може стати власником речі в разі резолютивної умови. Перехід прав був істотною умовою відповідного договору, у зв'язку із чим його відсутність означає і відсутність укладення самого договору, а тому й відсутність *fiducia*. На переконання вченого, фідуціарні договори виступали реліктом стародавнього універсального правочину *nexum*, а сам факт передачі особою права власності на певне майно іншій особі зі сподіванням на його повернення означав існування особистого зв'язку між учасниками правовідношення [10, с. 563].

Таким чином, відповідні джерела римського права й наявні наукові розробки дають привід стверджувати, що в основу *fiducia* дійсно покладалася довіра, що могло зумовлюватись у тому числі й особистим характером відносин між учасниками відповідного правовідношення. Водночас неважливо було, чи мав відповідний правочин акцесорний характер до основного договору, а породжувані ними правовідносини акцесорний характер до основних, або ж він виступав самостійним правочином, як і породжувані ним правовідносини. Різними були прояви довіри.

Зокрема, у випадку, коли *fiducia* забезпечувала основне зобов'язання, довірче відношення було характерне для боржника, який, довіряючи кредитору, сподівався на повернення переданого йому у власність майна після виконання зобов'язання, що забезпечується. Адже, як зазначає Н.М. Дихта, навіть якщо боржник і виконував умови договору, наприклад, виплачував суму боргу з відсотками, то повернення чи неповернення предмета застави залежало лише від совісті кредитора [12, с. 191]. Водночас у разі передачі речі (майна) в довірче управління довірче відношення характерне для кредитора як установника управління, адже в такому випадку вже він сподівався на повернення майна, переданого в довірчу власність. Тобто в обох випадках довіра полягала в тому, що фідуціант передавав річ у власність фідуціарію, маючи довіру до нього, що й забезпечувало високий рівень ймовірності повернення відповідного майна.

Однак в окресленому ключі цікавий приклад наводить К.М. Рогожа, коли в разі спадкування на фідуціарія (спадкоємця) покладався обов'язок здійснити певні дії на користь третьої особи (фідекомісарія) [8, с. 149]. У такому разі довіра проявлялась не в сподіванні отримати річ назад із настанням певних обставин, а в сподіванні, що набувач права власності вчинить на користь третьої особи певну дію, тобто не обдурить фідуціанта. Хоча факт набуття права власності також не пов'язувався з відповідною обставиною. Вона повинна була настати після набуття права власності. Це демонструє еволюцію довірчого зв'язку й розширення сфери застосування *fiducia*.

На території сучасної України конструкції *fiducia* застосовувалась лише фрагментарно в тих регіонах, що перебували під потужним впливом держав, для правових систем яких була характерна рецепція римського права. У період раннього середньовіччя правова система Київської Русі мала всі ознаки самостійного утворення з власними унікальними характеристиками. Лише в ході здійснення на відповідні території правового впливу інших держав, для яких була характерна рецепція римського права, відповідний

правопорядок збагачувався відповідними уявленнями про фідуціарні правочини й правовідносини. Водночас важливо відзначити, що в праві Російської імперії питання довірчого зв'язку між учасниками правовідношення знайшло лише обмежене й епізодичне розкриття, а термін «фідуція» не здобув поширення ані в нормативних, ані в доктринальних джерелах. Крім того, в цілому розвиток концепції фідуціарних правочинів і правовідносин значно збавив темпи, у зв'язку із чим наразі вона має відверто фрагментарний характер.

В умовах сьогодення спостерігається досить специфічна ситуація. З одного боку, все більшого визнання знаходить факт існування фідуціарного зв'язку між учасниками окремого правовідношення, наприклад, у разі встановлення довірчої власності. З іншого боку, небезпідставно висловлюються думки з приводу того, що саме поняття «довірчий» суперечливе [15, с. 392], що є однією з причин, чому виступає відсутність чітких і зрозумілих критеріїв визначення правовідносин, для яких характерний довірчий зв'язок. Водночас необхідно враховувати те, що розвиток моделей правовідносин створює умови для переосмислення питання, адже, наприклад, довірчими визнаються як правовідносини представництва, для яких не характерне виникнення права довірчої власності, так і правовідносини управління, що безпосередньо пов'язані з її виникненням [9, с. 191].

Водночас на рівні вітчизняної доктрини в певному ракурсі розгляду простежується міцний семантичний взаємозв'язок між термінами «фідуціарний», «особистий» і «зобов'язання, нерозривно пов'язане з особою кредитора» або «зобов'язання, нерозривно пов'язане з особою боржника». Наприклад, О.С. Петров зазначає, що в цивілістичній доктрині під фідуціарними правочинами розуміються такі правочини, що мають особисто-довірчий характер [16], а в сучасних підручниках із цивільного права вказується на те, що до зобов'язань, які мають особистий характер, належать правовідносини, що нерозривно пов'язані з особою боржника або кредитора [2, с. 14]. Водночас фактори, що детермінують такий зв'язок, залишаються практично невизначеними на рівні наукових досліджень.

За такої умови слід відзначити, що певний прогрес у розвитку питання все ж таки відбувається. Свідченням цьому є поступове формування доктрини «фідуціарних обов'язків», в основу яких покладається, зокрема, необхідність діяти віддано (duty on loyalty) [17, с. 202–203]. За допомогою цієї концепції, яку слід вважати продовженням розвитку загального наукового вчення про довірчий зв'язок у цивільних правовідносинах, у цивілістичній доктрині поглиблюється розуміння змісту суб'єктивних цивільних обов'язків, зокрема, менеджменту юридичних осіб щодо управління справами такої особи, а також комерційних агентів перед особами, яких вони представляють.

Висновки й перспективи подальших досліджень. Проведений аналіз демонструє досить глибокий характер питання. Введення в понятєво-категоріальний апарат римського права категорії *«fiducia»* безспірно пов'язувалось із досягненням відповідними суспільними відносинами такого рівня розвитку, який зумовив необхідність позначення окремим терміном довірчого зв'язку, що існував між їх учасниками. В аспекті властивого римському праву прагматичного підходу до регулювання суспільних відносин цей термін вживався переважно для позначення ситуацій, в яких одна особа передавала право власності другій особі для забезпечення виконання свого зобов'язання перед нею або для встановлення правовідносин довірчої власності як окремого самостійного зобов'язання. Такий підхід пов'язувався з ризиками неповернення відповідного майна, які у зв'язку із цим

мали майновий характер. Тому учасниками відповідних правочинів, як правило, виступали особи, між якими існував довірчий зв'язок, що відбивалося на довірі фідуціанта до фідуціарія.

Незважаючи на це, в ході еволюції правового регулювання цивільних відносин питання фідуціарного зв'язку між їх учасниками не знайшло комплексного розкриття в нормативних і наукових джерелах. Значної підтримки в доктрині знайшов підхід, відповідно до якого різновидом фідуціарних відносин є відносини, що виникають між установником управління та управителем майном і передбачають виникнення в останнього права довірчої власності. Проте фактори, що зумовлюють існування такого зв'язку між відповідними особами, залишаються практично невизначеними.

Водночас необхідно визнати, що відповідні фактори мають визначальне значення для всього правовідношення. Зокрема, через фрагментарність наукових досліджень, загальноприйнятого характеру набуло наукове положення про існування довірчих цивільних правовідносин. Проте очевидно, що серед елементів правовідношення відповідна характеристика проявляється неоднаково й стосується переважно зв'язків між його учасниками, що втілюються у взаємних правах та обов'язках. Зокрема, досить складно стверджувати про довірчий характер об'єкта правовідносин незалежно від того, чи виступає ним поведінка іншої особи або ж предмет матеріального світу, чи благо, на яке поширено правовий режим речі. Хоча, якщо конструкція «довірча річ» виглядає досить абсурдно, то «довірча дія» вже змушує замислитись над можливістю наповнення її реальним змістом. Проте вбачається, що із сутнісних позицій «довірчі права й обов'язки» виступають тим елементом, який концентрує в собі прояви довіри й сподівань учасників правовідносин, що детермінують виокремлення відповідних зобов'язань в окремий специфічний вид цивільних правовідносин. І хоча ця концепція все ж таки поступово розвивається в доктрині цивільного права, вона не зможе позбавитись основної вади у вигляді фрагментарності до моменту розв'язання основного питання, яким виступає ряд факторів, що визначають фідуціарний зв'язок між учасниками правовідношення.

Водночас досліджене питання загострюється введенням у категоріальний апарат сучасного цивільного права таких термінів, як «особисті зобов'язання», а також «зобов'язання, нерозривно пов'язане з особою кредитора» й «зобов'язання, нерозривно пов'язане з особою боржника», які створюють підґрунтя для наукового припущення, що категорія «фідуціарний» розкриває лише один із декількох можливих факторів виникнення зобов'язань, нерозривно пов'язаних з їх учасниками, тобто їх побудову на довірі. Хоча за такої умови можуть існувати й інші визначальні обставини для відпорного виду цивільних правовідносин.

Стаття присвячена визначенню сутності категорії «фідуція» (від лат. fiducia) та особливостей її використання в сучасних наукових джерелах цивільного права. Автор констатує, що наразі уявлення про зміст досліджуваної категорії залишаються фрагментарними.

Окрема увага в роботі присвячується етимології терміну «фідуція». Автор звертається до лексикографічних джерел і встановлює, що в його основу покладається слово fides – довіра. У зв'язку із цим фідуціарними або довірчими називають правочини й правовідносини, в основу яких покладається довіра одного учасника правовідносин до іншого.

Водночас аналіз наукових джерел підтвердив неоднозначність конструкції фідуціарних правовідносин в епоху Стародавнього Риму. Адже, з одного боку, відпо-

відні юридичні акти передбачали перехід права власності на певне майно від однієї особи до іншої. За такої умови відповідний правочин вчинявся з надією відчужувача на те, що набувач поверне йому відповідне право з настанням визначних обставин правової реальності. Проте, з іншого боку, таке повернення не було умовою переходу права власності, адже набувач ставав власником майна безумовно й вчиненням ним правочину з його повернення відчужувачу залежало лише від його власної доброї волі.

Встановлюється, що сучасні уявлення про фідуціарні правочини й правовідносини не відзначаються своєю прогресивністю та глибиною в порівнянні з традиційною концепцією, що панувала в Стародавньому Римі. У доктрині фідуціарними визнаються правовідносини, засновані на довірі між їхніми учасниками. Проте фактори, які зумовлюють такі відносини між особами, залишились до кінця не розкритими. Певний прогрес у відповідній сфері забезпечує концепція фідуціарних обов'язків, яка, однак, також не відзначається комплексністю через зазначені обставини. Своєю чергою введення в категоріальний апарат сучасного цивільного права таких термінів, як «особисті зобов'язання», а також «зобов'язання, нерозривно пов'язане з особою кредитора» й «зобов'язання, нерозривно пов'язане з особою боржника» створюють підґрунтя для наукового припущення, що категорія «фідуціарний» розкриває лише один із декількох можливих факторів виникнення зобов'язань, нерозривно пов'язаних з їхніми учасниками, тобто їхню побудову на довірі. Хоча водночас можуть існувати й інші визначальні обставини для відпорного виду цивільних правовідносин.

Ключові слова: фідуція, довіра, управління майном, довірча власність, перехід права власності.

Shynkarova Ye. The category "fiduity" in modern civil law of Ukraine

The article is devoted to determination the essence of category fiducia and the specificity of its usage in modern scientific sources of civil law. The author states that presently the conception about the content of this category is stay fragmental.

Considerable attention in the article is devoted to the etymology of term "fiduity". The author is turning to lexicographical sources and defines that mentioned category is based on the Latin word fides – fiduity. In this relation fiduciary or confidential transactions or relationships are the transactions or relationships that based on fiduity of one participant to another.

At the same time the analyses of scientific sources confirms the ambiguity of fiduciary relationships construction in age of Ancient Rome. On the one hand appropriate juridical acts provided transfer of property right from one person to another. And such an act was committing with alienator's hope that acquirer will return appropriate property when defined circumstances of juridical reality appear. But on the other hand such return was not the condition of property right transfer and the acquirer became the owner of appropriate property certainly. Return of such a property to the alienator depended only on a good will of the new owner whose act should led to appropriate juridical consequences.

It is defined that modern conceptions on fiduciary transactions and fiduciary relationships are not much more progressive and deep than traditional concept that was widespread in Ancient Rome. In present civil law doctrine as a rule the relationships based on fiduity between its participants are called fiduciary. But at the same time the factors that determine such kind of relationships

are still not identified clearly. Some progress in such sphere is provided by concept of fiduciary obligations that cannot be called complex by virtue of abovementioned circumstances. And insertion to the categorical apparatus of modern civil law such terms as "personal relationships", "relationships inextricably linked with a debtor" and "relationships inextricably linked with a creditor" are the foundation for scientific assumption that category "fiduciary" disclose only one of several possible factors of emergence of the relationships inextricably linked with its participants and denotes relationships based of fiduity. At the same time there can exist other determinative circumstances for appropriate kind of civil relationships.

Key words: fiduity, confidence, property management, trust property, property right transfer.

Література

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2003. №№ 40–44. Ст. 356 (зі змінами).

2. Цивільне право : підручник : у 2 т. / І.В. Борисова (кер. авт. кол.), Л.М. Баранова, Т.І. Бєгова та ін. ; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 2. 816 с.

3. Буяджи Г.В. Фідуціарний заклад як вид забезпечення зобов'язань: поняття, особливості, доцільність. Підприємництво, госп-во і право. 2018. № 4. С. 21–27.

4. Скорина Л.П., Скорина О.А. Латинсько-український, українсько-латинський словник. Київ : Обереги, 2004. 448 с. (серія: «Abecedarium»).

5. Багатомовний юридичний словник-довідник / І.О. Голубовська та ін. Київ : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2012. 543 с.

6. Рибачок С.М. Латинська мова для студентів-юристів : навчальний посібник. Тернопіль, 2012, 190 с.

7. Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции : монография. Москва : Норма / ИНФРА-М, 2012. 320 с.

8. Рогожа К.М. Фідуція в цивільних правовідносинах римського права і дореволюційної Росії. Університетські наук. записки. 2005. № 4 (16). С. 148–151.

9. Некіт К.Г. Правове регулювання фідуціарних відносин у європейських правових системах. Наук. вісн. Ужгород. нац. ун-ту. Серія «Право». 2011. Вип. 15. С. 190–193.

10. Дождев Д.В. Римское частное право : учебник для вузов / под общ. ред. акад. РАН, д.ю.н., проф. В.С. Нерсесянца. 2-е изд., изм. и доп. Москва : Норма, 2006. 784 с.

11. Венедіктова І.В. Фідуціарні угоди в сучасному цивільному праві. Вісн. Харків. нац. ун-ту внутр. справ. 2001. Спец вип. С. 306–310.

12. Дихта Н.М. Категорія фідуції та її особливості у Стародавньому Римі. Акт. пробл. держ. і права. 2008. Вип. 38. С. 189–194.

13. Дихта Н.М. Фідуціарний договір у римському приватному праві. Акт. пробл. держ. і права. 2007. Вип. 33. С. 201–206.

14. Кривенда О.В. Еволюція позики: досвід права Стародавнього Риму. Підприємництво, госп-во і право. 2002. № 1. С. 53–55.

15. Савченко Б.Г. До питання фідуціарності та правової природи договору управління. Держава і право. Київ. 2011. Вип. 53. С 389–394.

16. Петров О.С. Концепция фидуции: историческое развитие и практическое применение. Правотворчество и правоприменение в современном обществе : материалы междунар. науч. конф. студентов и аспирантов, г. Минск, 31 октября – 01 ноября 2008 г. Минск, 2009. URL: https://elib.bsu.by/bitstream/123456789/36205/1/14.pdf (дата обращения: 25.08.2020).

17. Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции : монография. Москва : Норма / ИНФРА-М, 2012. 320 с.

УДК 349.3 (4+6+7/8+477)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1992

І. Симонова,
старший лаборант кафедри теорії і філософії права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМИ ЕФЕКТИВНОСТІ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ЯК ЗАСОБУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СОЦІАЛЬНИХ ПРАВ

За більш ніж півстоліття існування міжнародних режимів захисту прав людини економічні й соціальні права все ще характеризуються диференційованим ступенем захисту в порівнянні з цивільними і політичними.

Незважаючи на те, що правова історія економічних та соціальних прав могла б допомогти частково пояснити ці труднощі, важко повірити, що сьогодні поділ прав на покоління може бути приведено як юридичний аргумент у суді. З іншого боку, не можна ігнорувати той факт, що у відношенні економічних та соціальних прав існують певні правові обмеження, оскільки результати політичних переговорів у рамках міжнародних угод свідчать про обмежене прагнення держав брати на себе широкі зобов'язання в цій галузі.

Подібний підхід часто ґрунтується на аргументах щодо дотримання певної періодизації та групування прав за поколіннями. Класичний поділ прав на покоління був уперше запропонований у 1979 році чеським юристом Карелом Васаком у межах його досліджень на базі Міжнародного інституту прав людини в Страсбурзі [1].

Незважаючи на те, що напрацювання вченого укоренилися в європейському праві, сучасні проблеми щодо реалізації соціальних (та економічних) прав свідчать про неможливість сприймати вказані у відриві від прав інших поколінь. На порозі XXI століття саме економічні, соціальні та культурні права отримали своє закріплення в низці нових конституцій (беручи до уваги наміри держав до демократизації та соціалізації державотворчих процесів на тлі розпаду Радянського Союзу, здобуття незалежності й створення нових держав).

Приймаючи той факт, що права другого покоління напряму або опосередковано забезпечують реалізацію та доповнюють права першого покоління, реальні можливості щодо їх реалізації та дійові механізми забезпечення й сьогодні в повній мірі не забезпечують їх дотримання.

Саме підвищення ролі судів як інструментів реалізації соціальних прав у останні два десятиліття і спонукає до вивчення проблематики ефективності такого засобу. Виконуючи встановлені державою функції щодо забезпечення соціальних прав, суди перебирають на себе частину навантаження законодавчої, і більше – виконавчої влади як індикатора ефективності закріплених у конституції прав.

Проблематика забезпечення соціальних прав широко освітлена в працях як українських теоретиків та конституціоналістів (П.М. Рабінович, О.В. Петришин, С.М. Прилипко, О.Ф. Скакун, М.І. Козюбра, О.В. Скрипнюк), так і зарубіжних учених (К.Д. Евінг, Р. Аранго, Ф. Абдул-Етем, А. Фотіаду, М. Лангфорд, В. Мантувалу). Однак питання щодо ефективності судового захисту соціальних прав актуалізувалися саме в останні декілька років через збільшення кількості «гучних» судових

© І. Симонова, 2020

рішень як реакції цієї гілки влади на загострення економічної та соціально-політичної ситуації.

Методологічну основу статті становить комплекс принципів, підходів і методів наукового пізнання. Феноменологічний підхід забезпечив розкриття історичних особливостей розвитку уявлень учених про економічні та соціальні права. Герменевтичний підхід забезпечив аналіз не лише міжнародних та внутрішньодержавних актів, але й судової практики (й окремо феномену «гучних» судових рішень та їх важливості), а в комплексі з діалектичним вони уможливили проведення аналізу правотворчої діяльності в динаміці та її проявів у межах історичних періодів розбудови української державності. Завдяки застосуванню історико-правового методу було досліджено історичні періоди розвитку уявлень щодо ролі соціальних прав та актуальних механізмів їх реалізації. Використання системно-структурного методу сприяло встановленню взаємозв'язку між елементами судової, законодавчої та виконавчої влади в рамках формування, закріплення та забезпечення соціальних прав. Порівняльний підхід був використаний як додатковий під час проведення історичних міждержавних та міжсистемних паралелей у рамках дослідження. Використання методу моделювання дозволило охарактеризувати перспективи подальшої фундаментальної та прикладної розробки наведеної проблематики.

1. Розвиток ідеї щодо ролі судів як реалізаторів соціальних прав

Минуло майже 30 років після прийняття двох пактів, коли на Всесвітній конференції з прав людини у Відні у 1993 році держави визначили у Віденській декларації і Плані дій, що економічні, соціальні й культурні права є одним із двох стовпів міжнародного права прав людини, і підкреслили універсальність, неподільність, взаємозалежність і взаємозв'язок усіх прав людини. Конференція дійшла висновку, що «міжнародне співтовариство повинно ставитися до прав людини в усьому світі справедливо і рівноправно, на тій же основі і з тим же акцентом» [2].

Соціальні й економічні права продемонстрували відмінність від політичних і громадянських у питанні можливості їх юридичного забезпечення ще в момент розроблення і прийняття двох міжнародних пактів ООН, які мали вказані групи прав предметом свого регулювання. Тоді як Міжнародний пакт про громадянські й політичні права (далі – МПГПП) передбачав три механізми моніторингу на глобальному рівні (державну звітність, індивідуальну комунікацію і процедуру подачі скарг) [3], Міжнародний пакт про соціальні, економічні й культурні права (далі – МПСЕКП) [4] просто передбачив зобов'язання держави з подання звітності. Крім того, спеціальний моніторинговий орган (Комітет ООН з економічних, соціальних і культурних прав, КЕСКП) розпочав повноцінну роботу тільки у 1987 р.

Більше того, коли справа дійшла до надання обов'язкової юридичної сили правам, закріпленим у Загальній декларації прав людини 1948 року, Рада Європи підготувала з інтервалом приблизно 10 років два окремі договори: Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (Євроконвенція, ЄКПЛ) [5], що гарантує цивільні й політичні права, в 1950 році та Європейську соціальну хартію (Єврохартія) [6], що гарантує соціальні та економічні права, в 1961 році. Ці акти та системи, на них побудовані, є взаємодоповнюючими і взаємозалежними, і значний обсяг прав, що захищаються ЄКПЛ та протоколами до неї, також регулюється, іноді більш детально, Єврохартією 1961 року, Додатковим протоколом до неї 1988 року, а також відповідно до тексту Переглянутої Хартії, прийнятої в 1996 році.

Зв'язок між Євроконвенцією та нормативними системами Євро-

хартії враховується Європейським судом із прав людини та Європейським комітетом із соціальних прав під час оцінки представлених їм справ, а застосовувані критерії дуже схожі: і Суд, і Комітет оцінюють здійснення на практиці прав, що захищаються і перевіряють, чи передбачені обмеження законом, і чи потрібні вони в демократичному суспільстві.

За допомогою постійно еволюціонуючого прецедентного права Європейського суду з прав людини і Європейського комітету із соціальних прав указані міжнародні інстанції забезпечують ефективний захист усіх прав людини – будь то цивільні й політичні права, або соціальні та економічні права – на взаємодоповнюючій і прогресивній основі.

Однак якщо механізм захисту прав ЄСПЛ, хоч і займає багато часу і зусиль, але все ж таки діє, то Європейський комітет із соціальних прав здійснює контроль за дотриманням Хартії в рамках двох взаємодоповнюючих механізмів: через колективні скарги, що подаються соціальними партнерами та іншими неурядовими організаціями (так звана процедура колективних скарг), і за допомогою національних звітів, підготовлених Договірними Сторонами (система звітності) [7].

У тій мірі, в якій вони посилаються на юридично обов'язкові положення і приймаються наглядовим органом, заснованим Хартією і відповідними протоколами, рішення і висновки Європейського комітету із соціальних прав, обов'язкові для дотримання відповідними державами; навіть якщо вони не мають прямого застосування у внутрішніх правових системах, вони можуть служити основою для позитивних змін в області соціальних прав за допомогою законодавства та судової практики на національному рівні, що фактично підіймає питання щодо ефективності дієвого судового механізму захисту прав у рамках Єврохартії [8].

За останні 50 років МПСЕКП виконав, як мінімум, такі основні функції на рівні національних правових систем: 1) привів до прийняття конкретних положень конституцій, які безпосередньо відображають положення Пакту; 2) став інструментом тлумачення внутрішнього законодавства у світлі міжнародних стандартів захисту соціальних прав.

Розроблення ж можливості захисту в судовому порядку економічних, соціальних і культурних прав є повільним і тривалим процесом у зв'язку зі складністю цього питання. Уже на момент вступу в силу МПЕСКП проводилася кампанія в підтримку визнання можливості їх захисту в судовому порядку. Однак багато суб'єктів, особливо державних, тоді відмовлялися навіть розглядати подібну можливість.

Наведені міжнародні процеси призвели до розробки факультативного протоколу до МПСЕКП (ФП-МПЕСКП), що дозволяє особам, які постраждали від порушення економічних, соціальних і культурних прав, подавати свої скарги на міжнародному рівні. Коли люди не можуть отримати доступ до правосуддя в судах своєї країни у зв'язку з порушеннями економічних, соціальних і культурних прав, вони можуть подати скаргу до КЕСКП. Однак відповідна держава повинна спочатку ратифікувати факультативний протокол.

ФП-МПЕСКП став також потужним агітаційним інструментом [9]. Всі держави – учасники МПЕСКП зобов'язані поважати, захищати і виконувати економічні, соціальні та культурні права. ФП-МПЕСКП закріплює, що всі порушення прав повинні мати засоби правового захисту, передусім у своїй країні, але, в разі необхідності, й на міжнародному рівні. ФП-МПЕСКП дає правозахисникам інструмент, що дозволяє домагатися вдосконалення їхньої власної судової системи, а також законів і політики, що забезпечують

безпеку і просування ЕСКП, адже рекомендації Комітету з ЕСКП можуть бути використані для сприяння тлумачення зобов'язань у галузі прав людини.

Однак сьогодні лише двадцять чотири держави (с 45-ти підписантів) ратифікували ФП-МПЕСКП (виключаючи Україну). Незважаючи на повільний початок процесу ратифікації ФП, зростає визнання в судовому порядку характеру економічних, соціальних і культурних прав. Щодня приймаються судові рішення, в яких це визнається або шляхом застосування внутрішнього законодавства, або шляхом посилання на МПЕСКП чи інший регіональний документ, або в поєднанні й того, й іншого. Еволюція характеризується поступовим узгодженням внутрішніх правових норм і міжнародних стандартів.

Враховуючи те, що принципи права на адекватні засоби правового захисту в основному задумані з урахуванням цивільних і політичних прав, вони також застосовні й до економічних, соціальних і культурних прав, однак існує очевидна необхідність зміцнення механізмів судового захисту.

У 2005 році Генеральна Асамблея ООН прийняла Основні принципи і керівні положення, що стосуються права на правовий захист і відшкодування збитку для жертв грубих порушень прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права. У Принципах визначалися механізми, умови, процедури та методи дотримання існуючих правових зобов'язань [10].

Незважаючи на зростаючий з початку 2000-х років консенсус щодо можливості звернення до суду для забезпечення дотримання економічних, соціальних і культурних прав й отримання компенсації в разі порушень, зберігається певний рівень упередженості, зокрема, не щодо можливості відстоювати ці права в судовому порядку, а щодо питання: чи можуть судові системи діяти ефективно і приймати належні рішення з цих питань?

Внутрішні засоби правового захисту від порушень і зловживань в області прав людини варіюються в залежності від правової системи держави. Ця варіативність щодо засобів правового захисту від порушень економічних, соціальних і культурних прав ще більш очевидна в порівнянні з цивільними і політичними правами, оскільки перші часто не мають чітких або повних гарантій у конституціях або законодавстві держав. З огляду на розпорошеність норм і їхній неоднорідний характер судовий захист часто є скоріше ілюзією, ніж реальністю. Очевидно, що надійна судова система, оснащена конкретними інструментами, ресурсами і процедурами, має вирішальне значення для ефективного захисту економічних, соціальних і культурних прав і забезпечення справедливої компенсації жертвам порушень. Але варто розуміти, що ми живемо в реальному а не модельному світі, тому забезпечити повсюдність та своєчасність захисту вказаних прав у сучасній Україні сьогодні є неможливим (з ряду очевидних причин, найбільш вагомою з яких є незавершена судова реформа).

Міжнародні механізми, які були створені для переслідування порушень прав людини, розроблення їхнього змісту і прийняття рішень про відповідні засоби правового захисту, зазвичай перевантажені та не легкодоступні. Це пов'язано з великим обсягом справ, а також із природними і штучними затримками, які породжують подібні процедури. Крім того, лише в Європі та Америці добре зарекомендували себе регіональні суди з прав людини, тоді як в інших регіонах відсутній ефективний міжнародний судовий захист [11].

Необхідно розуміти, що міжнародні механізми є лише альтернативним шляхом, тоді як держава несе основну відповідальність за вдосконалення своїх власних внутрішніх

механізмів, наділяючи тим самим її мандатом на створення ефективних механізмів правозастосування. Обидві – Американська та Європейська – конвенції встановлюють обов'язкову умову прийнятності: всі національні засоби правового захисту повинні бути вичерпані, перш ніж заява може бути визнана прийнятною. Держави несуть основну відповідальність за врегулювання конфлікту, внесення поправок у законодавство або надання відповідної допомоги. Лише коли держава не виконує цей обов'язок, міжнародна система стає єдиним способом для постраждалих осіб захистити свої інтереси й порушені права.

Отже, в сучасній західній юридичній літературі стверджується [12], що суди на всіх рівнях повинні проявляти сміливість, коли справа доходить до реалізації соціальних і економічних прав: держави-учасниці, врешті-решт, взяли на себе зобов'язання на міжнародному рівні й повинні нести відповідальність на національному рівні з цього приводу, а внутрішнє право має відповідати стандартам, узгодженим на міжнародному рівні.

2. Проблема ефективності «гучних» судових рішень та взаємодії судової влади з іншими гілками в рамках реалізації соціальних прав

Значна кількість держав, що ратифікували МПЕСКП, у подальшому відобразили його положення у своїх конституційних приписах. У Латинській Америці деякі держави (наприклад, Аргентина, Колумбія, Коста-Ріка, а нещодавно і Перу) демонструють більш прогресивний підхід щодо можливості захисту в судовому порядку економічних, соціальних і культурних прав, тоді як інші (наприклад, Чилі та Уругвай) є більш нерішучими і не мають законів і положень, які конкретизують ці права. І хоча в теорії це не підлягає обговоренню, оскільки завдання захисту полягає в тому, щоб втілити цю теорію в життя, в деяких національних юрисдикціях ідея поступової реалізації економічних, соціальних і культурних прав погано відбивається на багатьох національних судових органах.

Наприклад, стаття 13 Конституції Беніну зобов'язує державу поступово вводити обов'язкову освіту [13, с. 4]. Уряд Беніну зробив початкову освіту безкоштовною, проте натепер тільки перші два роки навчання в середній школі є безкоштовними. У 2012 році ця політика була піддана конституційному оскарженню, в ході якого суд ухвалив, що вирішення питання про те, як поступово здійснювати це право, є прерогативою виконавчої влади.

За інший приклад можна навести заяву Конституційного Суду Беніну про те, що в контексті організації державної служби право на справедливі й чесні умови праці накладає на уряд зобов'язання виділяти ресурси, а не домагатися певних результатів. Це рішення було винесено у зв'язку із заявою, в якій суддя-жінка оскаржила рішення про переміщення більш ніж на 50 кілометрів від місця її проживання разом із чоловіком. Крім того, Конституційний суд, спираючись на судову практику органів КЕСКП і МОП, також ухвалив, що хоча право на страйк є кінцевим інструментом у боротьбі за соціальні права, воно не є абсолютним правом.

Варто зазначити, що навіть у країнах із конституціями, в яких прямо зізнаються економічні, соціальні і культурні права і які носять моністичний характер, існують проблеми із забезпеченням їх захисту в судовому порядку. На прикладі Колумбії можна виділити п'ять видів перешкод: 1) відсутність нормативної стабільності, відсутність міцної правової бази для захисту і реалізації економічних, соціальних і культурних прав; 2) у процесуальному плані судді не компетентні формувати відповідну інфраструктуру і політику. Більш того, навіть якщо б вони були компетентні, судді не можуть бути акторами

для формування політики з огляду на критику «судової активності»; 3) судді в країні часто консервативні; 4) ресурси обмежені; 5) «нижчі класи» не мають рівного доступу до правосуддя, що призводить до того, що «судова активність» на практиці послаблює демократію, оскільки забирає владу в маргіналізованих і знедолених груп населення, інтереси яких можуть бути краще представлені в законодавчому органі. Таким чином, навіть якщо права теоретично можуть бути захищені в судовому порядку, їх реалізація та захист на практиці відстає.

Як позитивний приклад можна навести розроблені суддями в Колумбії творчі методи для деконструкції аргументів проти можливості захисту в судовому порядку економічних, соціальних і культурних прав. Наприклад, можна обійти аргумент, що судді не завжди володіють необхідними технічними знаннями в конкретних кейсах. У справі, що стосується внутрішньо переміщених осіб, суд установив мінімальний вміст прав, включаючи право на житло, визнав, що їх повна реалізація буде ускладнена, а потім звернувся до держави з проханням продемонструвати, як вона буде виконувати свої зобов'язання, і які показники вона буде використовувати для оцінки прогресу. Таким чином, суд стимулював громадську дискусію, встановив, що прийнятно, а що ні (тобто відсутність ресурсів не є виправданням для бездіяльності), і продемонстрував, що можна дотримуватися принципу поділу влади, забезпечуючи при цьому підзвітність виконавчої влади. Суд забезпечив гнучкість у питаннях здійснення за умови досягнення прогресу, прийняття подальших заходів і перевірки судом.

Варто окремо обговорити фінансові аспекти захисту економічних, соціальних і культурних прав. Багато держав «ховаються» за «нестачею ресурсів», щоб виправдати своє невиконання економічних, соціальних і культурних прав. Наприклад, коли в Індії обговорювався закон про право на харчування, в громадському дискурсі пролунав заклик, який вказує на те, що багато хто сприймає політику реалізації економічних, соціальних і культурних прав як «оплату за бідних». Один з учасників зазначив, що моральні аргументи на користь добробуту не так уже й відрізняються від доводів на користь соціальних прав, оскільки обидва ці доводи спрямовані на запобігання експлуатації бідних і знедолених, які часто виявляються незахищеними в демократичному процесі.

Для репрезентативності варто зосередити увагу на Великобританії як на унікальному прикладі через дуалізм її правової системи, яка не має писаної конституції в класичному сенсі, інкорпоруючи при цьому доктрину парламентського верховенства, відповідно до якої суди не можуть скасовувати закони.

КЕСКП регулярно закликає до інкорпорації Конвенції у внутрішнє законодавство, однак Сполучене Королівство (як і Нова Зеландія, і багато інших країн загального права) відмовляється прийняти цю рекомендацію. Тому постає питання: чи існує насправді проблема, коли Сполучене Королівство надає своїм громадянам значний обсяг соціальних прав, й існує функціонуюча судова система, яка може вимагати реалізацію цих прав? Цікаво, але відсутність забезпечуваного в судовому порядку права на достатній життєвий рівень у системі загального права Великобританії на практиці не дозволяє судам дійти висновку про те, що рівень соціальної підтримки є недостатнім.

Наприклад, у справі «Р проти Державного секретаря» [14] суд заслухав доводи про виплату допомоги мігранту, який чекав рішення за його клопотанням про надання притулку. Оскільки мігрантам, які перебувають у такому положенні, не дозволяється

працювати, їм призначаються мінімальні грошові виплати. У 2013 році уряд прийняв рішення не підвищувати ставки цих виплат з рівня 2011 року, незважаючи на 25% зниження ефективної купівельної спроможності. Позивач звернувся до суду з проханням скасувати це рішення. Вони зробили це на підставі того, що держава у своєму рішенні не врахувала предмети, які явно є основними життєвими потребами (такі як пральний порошок і дитячі товари), а також на підставі того, що держсекретар не вжив необхідних заходів для перевірки того, чи дійсно ставки є достатніми. Згодом уряд зробив ці кроки для оцінки його ставок, запропонованих судом, але незважаючи на аргументи, зберіг ставки 2011 року.

Такий стандарт перегляду, коли суди можуть скасувати рішення виконавчої влади тільки в тому випадку, якщо його фактично неможливо реалізувати, не є ні раціональним, ні розумним. Захисники цього стандарту, однак, вважають, що суди не повинні вирішувати, як витрачати обмежені державні кошти.

Набрання чинності Акту про права людини 1998 року, в якому було інкорпоровано деякі положення ЄКПЛ, призвело до прийняття деякими англійськими судами рішень, які передбачають надання істотних пільг відповідно до статті 3 або 8 ЄКПЛ. Однак таких рішень мало і вони далекі один від одного, й не було розроблено дієвого істотного підґрунтя прецедентного права.

У справі «Р проти Державного секретаря» Суд постановив, що стаття 3 Конвенції була порушена політикою уряду, яка забороняє мігрантам працювати або отримувати допомогу до тих пір, поки вони не звернуться з проханням про надання притулку. Суд зазначив, що в осіб, які шукають притулку, може бути достатньо причин не подавати клопотання в момент прибуття, і у них немає коштів для того, щоб подбати про себе. Таким чином, ця політика привела до зубожіння людей і як така являє собою одну з форм жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження в порушення статті 3 Конвенції. Що стосується статті 8 ЄКПЛ, то в справі «Бернар проти Енфілда» виникло питання щодо забезпечення житлом людини з додатковими потребами. Суд не погодився з тим часовим проміжком, який знадобився державним органам для надання цього права, і присудив компенсацію, встановивши порушення права на приватне життя відповідно до статті 8 ЄКПЛ.

Крім того, на внутрішньодержавному рівні відсутність чітко закріплених позитивних прав часто обмежує можливості судів щодо захисту економічних, соціальних і культурних прав. Прикладом можна навести ряд рішень, що стосуються справ про дискримінацію в Сполученому Королівстві.

Наприклад, у 2010 році уряд оголосив про план скорочення дефіциту, включаючи так званий «податок на спальні» і ліміт пільг. Податок на спальні знизив житлову субсидію, прагнучи привести розмір житла у відповідність до потреб окремої особи або сім'ї. Однак цей податок не брав до уваги потреби інвалідів у більшій кількості житлових площ. Це торкнулося 440 тис. інвалідів, і постало питання про те, чи слід було ставитися до них по-іншому. Пільговий ліміт у свою чергу спричинив собою масове порушення прав матерів-одиначок, які мають більше трьох дітей, а також людей, що проживають на південному сході країни, у зв'язку з відносно високою орендною платою. Обидві ці політики були оскаржені як незаконні дискримінаційні, але обидві справи не увінчалися успіхом. Суд постановив, що до тих пір, поки існує розумний зв'язок між метою тієї чи іншої міри і результатами її здійснення (тобто вона «має розумні підстави»), ці заходи є виправданими,

незважаючи на те, що вони вказали лише мінімальний позитивний вплив на бюджет.

Незважаючи на ряд негативних прикладів, які наведені для кращого розуміння чинників, що знижують ефективність судового захисту соціальних прав, сьогодні також існує велика кількість і позитивних.

У Латвії, наприклад, пенсіонери оскаржили конституційність закону про державні пенсії, який урізав пенсійні виплати нижче конституційно прийнятного рівня [15]. Суд послався на фундаментальне право на соціальне забезпечення і стверджував, що держава зобов'язана гарантувати мінімально необхідний рівень цього права незалежно від наявних ресурсів. Аналогічну справу, пов'язану з пенсіями, розглядав Конституційний суд Румунії, де суд зажадав від уряду знайти альтернативні способи скорочення державного боргу, які не вплинули б на основні права. У Великобританії також були подані позови до судів, щоб оскаржити регрес економічних і соціальних прав. Британські студенти порушили справу проти уряду, стверджуючи, що потроєння плати за навчання в університетах перешкоджає рівному доступу до університету для етнічних меншин, бідних й інших маргіналізованих груп і, таким чином, порушує право на освіту і гарантії недискримінації ЄКПЛ.

Акцентуючи окрему увагу на практиці захисту соціальних прав судами в Сполучених Штатах Америки, слід зауважити, що: 1) підписавши МПЕСКП 5 жовтня 1977 року, США дотепер не ратифікували документ; 2) Конституція США та Білль про права є значно старшими за міжнародні конвенти документами і тому закріплюють релевантні права лише опосередковано в деяких випадках, напряму їх не адресуючи (наприклад, економічна свобода все частіше асоціюється із захистом, передбаченим Першою поправкою); 3) незважаючи на наявність значної кількості так званих «гучних» рішень (landmark decisions) і у сфері соціальних прав та соціального захисту (напр., Sullivan v. Zebley, 493 U.S. 521 (1990) [16], Steward Machine Company v. Davis, 301 U.S. 548 (1937) [17], Helvering v. Davis, 301 U.S. 619 (1937) [18], Alex M. Azar II, Secretary of Health and Human Services v. Allina Health Services et al., 17-1484 (2019) [19] та ін.), першопричиною розгляду цих справ та розробки доктрин рідко стає саме аспект захисту соціальних прав, оскільки відповідні принципи є настільки тісно інтегрованими в державотворчі системи США, що вони фактично є невід'ємними та не потребують додаткового захисту.

3. Судовий захист соціальних прав в Україні

Судова практика захисту закріплених у ст. 46–50 Конституції та законах України соціальних прав є екстенсивною та досить неоднозначною. Цікавим прикладом є проблема фінансування доплат до пенсії в розмірі 30% представникам соціальної категорії «діти війни». Згідно зі ст. 6 Закону України «Про соціальний захист дітей війни» від 18.11.2004 р. № 2195-IV особам, які відносяться до категорії людей, що маюсь статус «дітей війни», повинна виплачуватись щомісячна доплата до пенсії в розмірі 30% від мінімальної пенсії за віком. З моменту введення в дію Закону (з 1 січня 2006 року) Пенсійний фонд України повинен був автоматично здійснювати перерахунок пенсії та виплачувати надбавку в розмірі 30% від мінімальної пенсії за віком. Але за період із січня 2006 року по січень 2011 року держава не доплатила дітям війни майже по 6000 тис. гривень (по курсу 2011 року) [20].

Частиною проблеми також стало те, що представники відповідних категорій часто навіть не були проінформовані щодо належних їм доплат. Саме після того, як про проблеми дітей війни заговорила громадськість та деякі політичні сили, пенсіонери,

які недоотримають прописані Законом доплати й пільги, почали масово звертатися в суди. Беручи до уваги ряд дій уряду щодо запобігання катастрофічному позовному навантаженню, після відповідного рішення Конституційного Суду, адміністративні суди знову були заповнені величезною кількістю заяв, більшість із позовних вимог яких задовольнялися частково та у формалізованому документальному порядку (що у свою чергу призвело до збільшення навантаження на апеляційні адміністративні суди, які обслуговували декілька областей, у 200–300 разів).

Даний приклад є дуже репрезентативним, оскільки фактично законодавець переклав відповідальність на забезпечення прийнятого закону на судові інстанції, а уряд замість пошуку відповідних коштів для реалізації права на достатній рівень життя «прикрився» виконавчою службою. Результатом такої політики стала ситуація, коли частину виплат «дітям війни» реструктурували, а частково виплати здійснюються і станом на 2020 рік, що, беручи до уваги тяжкість умов проживання та велику смертність серед цієї категорії соціально незахищених осіб, неприпустимо.

Окремо слід навести Рішення КСУ у справі за конституційним поданням 50-ти народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) підпунктів 2–7, 12 та 14 пункту 4 розділу I Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 28 грудня 2014 року № 76–III (далі – Закон № 76) [21].

Вказаним рішенням Суд визнав неконституційною низку норм, що звужували права «чорнобильців». У 2014 році Верховною Радою було прийнято закон, що істотно зменшив виплати для цієї соціальної групи. У рішенні зазначалося, що обмеження чи скасування пільг, компенсацій і гарантій постраждалим унаслідок аварії на ЧАЕС були встановлені всупереч положень ст. 16 Конституції України. КСУ також назвав пільги, компенсації і гарантії, встановлені у Законі України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» № 796-XII від 28.02.1991 р. [22], особливою формою відшкодування завданої шкоди таким особам за втрачене здоров'я, моральні й фізичні страждання, обмеження в реалізації своїх здібностей та можливостей забезпечити собі гідний рівень життя.

Приймаючи рішення Конституційного Суду як реальний засіб захисту встановлених міжнародних стандартів та закріплених на їх основі гарантій у Конституції України, механізм знову зупиняється через недостатнє фінансування соціальної сфери. Наприклад, за інформацією прес-служби однієї з політичних партій, «програма «Соціальний захист громадян, які постраждали в результаті катастрофи на ЧАЕС» за січень–лютий 2020 року за планом 219,1 млн грн профінансована на 181,1 млн грн. А нова бюджетна програма, призначена для доплат працівникам за роботу в зоні відчуження і громадянам, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи, за січень–лютий 2020 року за планом 103,5 млн грн не профінансована взагалі» [23].

Ураховуючи той факт, що практика судів не бере до уваги апеляції щодо недостатнього фінансування або забезпечення кредиторської заборгованості за аргументи, реально ситуація заходить у «глухий кут», адже прийняття політично та доктринально важливих рішень не забезпечує реалізації захищуваних конституцією міжнародних гарантій соціальних прав, підриваючи саме аспект **ефективності** судового захисту.

Звертаючись до параметру **своєчасності** та **дієвості** судового механізму захисту соціальних прав, можна навести прикладом Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верхов-

ного Суду щодо відповідності Конституції України окремих положень постанови Кабінету Міністрів України «Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів» Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік» [24].

Незважаючи на те, що серед представників науково-юридичної спільноти не викликала питань неконституційність обмеження закріплених в Основному Законі прав (у тому числі соціальних) людини і громадянина на основі підзаконного акту, з моменту прийняття відповідної Постанови до винесення рішення щодо неконституційності пройшло понад 4 місяці, а результатом стала прогнозована реакція щодо закриття провадження внаслідок того, що оскаржувана постанова станом на момент розгляду була повністю реорганізована та вже не містила відповідних положень. Тобто реально Конституційний Суд не виконав навіть завдання щодо «контролю збитків», а просто формально виконав свої зобов'язання *post factum*.

Виходячи з наведеного, можна дійти висновку, що навіть реформований Конституційний Суд України під час виконання його безпосередніх обов'язків та забезпечення реалізації та відповідності законодавства положенням Конституції України часто та з ряду причин не в змозі втілити встановлені гарантії в життя.

Практика Верховного суду показує більш позитивну динаміку. Так, Велика Палата Верховного Суду України виступила за захист конституційних прав громадян під час винесення рішення по справі про соціальний захист, реалізувавши положення статті 46 Конституції України, які вимагають від держави додаткових гарантій соціального захисту.

13 лютого 2019 року Велика Палата ВС розглянула матеріали апеляційної скарги на рішення Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 4 квітня 2018 року у справі № 822/524/18 (Пз/9901/23/18) та задовольнила апеляційну скаргу в цій справі, рішення Касаційного адміністративного суду в складі ВС скасувала та постановила нове, яким позов задовольнила, погодившись, що позивачка зберегла право на її пенсійне забезпечення за умови наявності в неї відповідного стажу державної служби [25].

Особливу цінність для даної статті становить саме мотивувальна частина рішення, в якому судді Великої Палати апелюють до положень МПСЕКП, Єврохартії, Конституції України, практики Конституційного Суду України та ЄСПЛ та інших джерел.

Повертаючись до ролі судів нижчих ланок як захисників соціальних прав, необхідно адресувати проблематику, що характерна для вітчизняної правової системи, а саме судової практики як джерела права.

На думку академіка О.В. Петришина, «сьогодні в Україні статус судової практики як обов'язкового джерела права набувають висновки, зроблені в конкретних справах Європейським судом з прав людини, Комітетами ООН, юрисдикцію яких визнала Україна, Верховним Судом України в рішеннях щодо неоднакового застосування норм матеріального і/ або процесуального права, а також рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення. Рішення інших судових інстанцій (зокрема, вищих спеціалізованих судів України), які містять правові зразки одноманітного та багаторазового застосування та тлумачення правових норм, можуть також набувати статус джерела права, але не обов'язкового, а переконливого (авторитетного)» [26, с. 27].

Це повертає до ряду проблем, з якими стикаються судові інстанції нижчих ланок, котрі формують

першу «лінію захисту». Беручи на себе завдання щодо реалізації конституційних зобов'язань, судова гілка влади «обтяжує» себе новими, не тільки правозахисними та правозастосовними, а й політичними задачами.

Залежно від широкого ряду факторів, таких як політична та правова система, правові традиції та реальній правозахисний потенціал судової влади, внутрішньодержавні інституції стикаються з широким переліком проблем, як-от: 1) політизація процесів та часто неможливість або відсутність бажання брати на себе такі зобов'язання (та іноді вступати в пряму конфронтацію з парламентом та урядом); 2) неготовність механізму до своєчасного та швидкого реагування на порушення соціальних прав (особливо в умовах кризових явищ); 3) недостатня професійна підготовка кадрового складу; 4) проблеми виконання прийнятих рішень (не лише з причин, перелічених у першому пункті).

Міжнародні засоби судового захисту, що еволюціонували та укріпилися за останні декілька десятиліть, є в цілому досить спроможними для захисту соціальних прав як у конкретних випадках (кейси ЄСПЛ), так і для покращення загальнодержавної ситуації щодо гарантування таких прав (заслуховування доповідей держав на сесіях КЕСКП). Однак є очевидним той факт, що міжнародні системи не можуть підміняти внутрішньодержавні заходи щодо забезпечення конституційних гарантій, оскільки вони функціонують у межах міжнародного права та базуються на його принципах. Тому сьогодні не лише в Україні, але й у ряді зарубіжних держав (особливо в країнах з молодими конституціями, які відобразили у своїх положеннях норми МПЕСКП та Єврохартії) все ще гостро стоїть питання щодо реалізації конституційних гарантій соціальних прав.

Незважаючи на посилення ролі судів у цьому процесі, рано говорити про ефективний захист прав, що розглядаються. У цій ситуації на допомогу громадянам часто приходять інші суб'єкти – правозахисні, міжнародні недержавні організації та бізнес. В юридично-науковому середовищі йде активна дискусія щодо створення принципово нових механізмів захисту соціальних прав – спеціалізованих судів, установ тощо. Виходячи з практики творення нових агенцій та установ в Україні, такий підхід вдається малоефективним.

Отже, якщо в найближчому майбутньому в нашій державі не буде докорінно переглянуто концепцію конституційних гарантій соціальних прав та їх реалізації, ми побачимо себе в ситуації, коли формалізація конституційних приписів та неможливість держави щодо виконання своїх зобов'язань фактично залишить громадянам України один вибір – захистити (за можливості) свої права в Європейському суді з прав людини, який, відповідно до його регламенту та ЄКПЛ, не повинен та не може підміняти внутрішньодержавну систему правосуддя.

У статті досліджується проблема ефективності судового захисту як засобу забезпечення соціальних прав. Продемонстровано розвиток ідеї про роль судів як гарантів соціальних прав (вивчаються відповідні міжнародні договори і додаткові протоколи, міжнародні механізми захисту з їхніми позитивними і негативними сторонами). Встановлено, що, незважаючи на зростаючий інтерес і роль судів у захисті соціальних прав, натепер інституційне забезпечення цих прав все ще є недостатнім. Ця ситуація частково пояснюється правовою історією формування поняття та сутності другого покоління прав як явища.

Були проаналізовані проблеми реалізації так званих «гучних» рішень (на основі відповідної практики латиноамериканських, північноамериканських і європейських

судів). Розглянуто питання щодо прийняття судами відповідальності за захист соціальних прав і подальші складнощі імплементації прийнятих рішень у законодавство держав. Виявлено основні причини і передумови, відповідно до яких «гучні» судові рішення не зумовлюють належного впливу на механізми і системи гарантування соціальних прав.

Опрацьовано ряд рішень українських судів щодо забезпечення соціальних прав, а також висвітлені внутрішньодержавні проблеми імплементації конституційних зобов'язань і виконання судових рішень. Встановлено, що, незважаючи на збільшення кількості практичних кейсів щодо захисту соціальних прав, судова система України все ще не готова повною мірою захищати ці права.

Були зроблені висновки щодо актуальності проблеми ефективності судового захисту соціальних прав і гострої необхідності мобілізації додаткових засобів. Обґрунтовано тезу про те, що в ситуації відсутності кардинальних реформ у сфері захисту соціальних прав міжнародні судові механізми не зможуть замінять внутрішньодержавні інститути, прямим обов'язком яких є гарантування відповідних приписів, закріплених у конституціях. Було відзначено, що в умовах неспроможності судової системи гарантувати соціальні права це завдання беруть на себе інші суб'єкти – правозахисні організації, міжнародні неурядові організації, бізнес тощо.

Ключові слова: соціальні права людини, соціальне забезпечення, судовий захист соціальних прав, «гучні» судові рішення.

Symonova I. Problems of efficiency of judicial protection as a means of enforcing social rights

The article investigates the problem of the effectiveness of judicial protection as a means of ensuring social rights. The development of the idea about the role of courts as implementers of social rights is revealed (relevant international treaties and additional protocols, international protection mechanisms with their positive and negative sides are studied). It has been determined that despite the growing interest and role of the courts in the protection of social rights, today the institutional enforcement of these rights is still insufficient. This situation is in part attributed to the legal history of the so-called second generation of rights as a phenomenon.

The problems of implementing the so-called "landmark court decisions" (based on the relevant practice of Latin, North American, and European courts) were analyzed. The issue of taking responsibility for the protection of social rights by the courts and further difficulties in implementing the decisions taken into the legislation of states were reviewed. The major reasons and prerequisites are revealed, under which 'landmark decisions' do not render proper impact on social rights mechanisms and systems.

Several decisions of Ukrainian courts to ensure social rights were processed and domestic problems of implementation of constitutional obligations and execution of court decisions were highlighted. It is established that despite the increase in the number of practical cases of social rights protection, the judicial system of Ukraine is still not ready to fully protect these rights.

Conclusions were made on the urgent problems of efficiency of judicial protection of social rights and the urgent need to mobilize additional means. An outcome was made and an idea emerged that in the absence of cardinal reforms in the sphere of social rights protection, international judicial mechanisms will not be able to substitute

for internal state institutions, whose direct duty is to guarantee the provisions enshrined in the constitutions. It was pointed out that in the conditions of insolvency of the judicial system to guarantee social rights, this task is undertaken by other subjects - human rights organizations, international non-governmental organizations, and businesses.

Key words: social human rights, social security, judicial protection of social rights, "landmark court decisions".

Література

1. Domaradzki S., Khvostova M., Pupovac, D. (2019). Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse. Human Rights Review. 10.1007/s12142-019-00565-x

2. Vienna Declaration and Programme of Action Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993. URL: https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx

3. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966. Юридична енциклопедія : у 6 т. / ред. кол. Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ : Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2001. Т. 3: К–М. 792 с.

4. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права 1966. Юридична енциклопедія : у 6 т. / ред. кол. Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ : Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2001. Т. 3: К–М. 792 с.

5. Задорожній О.В., Буткевич О.В. Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод. Українська дипломатична енциклопедія : у 2-х т. / редкол.: Л.В. Губерський (голова) та ін. Київ : Знання України, 2004. Т. 1. 760 с.

6. Європейська соціальна хартія. Юридична енциклопедія : у 6 т. / ред. кол. Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ : Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 1998. Т. 2: Д–Й. 744 с.

7. Mantouvalou, Virginia. (2010). The Case for Social Rights. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works.

8. Social and Economic Rights / International IDEA Constitution Building Primer. URL: https://www.idea.int/sites/default/files/publications/social-and-economic-rights-primer.pdf

9. Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. URL: https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch_IV_3_a.pdf

10. Resolution adopted by the General Assembly on 16 September 2005. URL: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf

11. Rodriguez-Garavito C. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. Texas Law Review. Vol. 89:1669. P. 1677–1680.

12. Judicial Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights / Geneva Forum Series no 2. URL: https://www.icj.org/wp-content/uploads/2015/07/Universal-Judicial-Enforcement-ESCR-Geneva-Forum-Series-2-Publications-Conference-Report-2015-ENG.pdf

13. Constitution of the People's Republic of Benin. URL: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/cf2ff43e6cfeb09dc125768e0048233f/$FILE/19243233.pdf/Benin%20-%20Constitution.pdf

14. R v. Secretary of State for Social Security, Ex parte B and Joint Council for the Welfare of Immigrants. URL: https://www.refworld.org/cases,GBR_CA_CIV,3ae6b72a0.html

15. Constitutional Court rules benefits for invalids and pensioners are inappropriate in Latvia. URL: https://bnn-news.com/constitutional-court-rules-benefits-for-invalids-and-pensioners-are-inappropriate-in-latvia-215162

16. Sullivan v. Zebley, 493 U.S. 521 (1990). URL: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/493/521/

17. Steward Machine Company v. Collector of Internal Revenue (1937). URL: https://www.oyez.org/cases/1900-1940/301us548

18. Helvering v. Davis, 301 U.S. 619 (1937). URL: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/301/619/

19. Azar v. Allina Health Services (17-1484). URL: https://www.scotusblog.com/case-files/cases/azar-v-allina-health-services/

20. Боротьба за 30%: чи виплатять законні надбавки дітям війни. URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-

polytics/2243230-borotba-za-30-ci-viplatat-zakonni-nadbavki-ditam-vijni.html

21. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) підпунктів 2-7, 12 та 14 пункту 4 розділу I Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 28 грудня 2014 року № 76-VIII від 17 липня 2018 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-18#Text

22. Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи : Закон України від 28.02.1991 р. Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР). 1991. № 16. Ст. 200.

23. Юрій Бойко: Права чорнобильців повинні бути відновлені в повному обсязі. URL: https://zagittya.com.ua/ua/news/novosti/jurij_bojko_prava_chernobylcev_dolzhny_byt_vosstanovleny_v_polnom_obeme.html

24. Рішення Конституційного Суду України від 28 серпня 2020 року № 10-р/2020. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/10_p_2020.pdf

25. Велика Палата Верховного Суду захистила право на достатній життєвий рівень громадян, які потребують додаткових гарантій соціального захисту з боку держави. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/647181/

26. Петришин О.В. Судова практика як джерело права в Україні: проблеми теорії. Право України. 2016. № 10. С. 27.

УДК 355.233:343.8-042.2(73)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1993

В. Нестеренко,
аспірант, методист ад'юнктури (аспірантури)
Академії Державної пенітенціарної служби

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПІДБОРУ ТА ПІДГОТОВКИ ПЕРСОНАЛУ УСТАНОВ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ СПОЛУЧЕНИХ ШТАТІВ АМЕРИКИ

Постановка проблеми. Соціально-економічні й політичні перетворення, що відбуваються нині в Україні, зумовлюють необхідність формування якісно нового підходу до підготовки персоналу для потреб Державної кримінально-виконавчої служби України (далі – ДКВС України) та є невіддільною частиною реформування всієї системи органів державної влади загалом. Метою такої підготовки є необхідність набуття фахових особистісних навичок і вмінь, потрібних для успішного виконання покладених на них завдань. Зважаючи на це, виникає підвищений інтерес до викладення позитивних здобутків світової практики вишколу персоналу пенітенціарних систем із метою імплементації міжнародних стандартів в освітні програми з підготовки фахівців установ виконання покарань (далі – УВП) України.

Тому актуальність вивчення досвіду Сполучених Штатів Америки (далі – США) доцільна завдяки багаторічній провідній позиції цієї країни в формуванні професійної компетенції персоналу УВП. Проте щоб мати уявлення щодо основних засад організації діяльності персоналу УВП США, необхідно з'ясувати характерні особливості організації та функціонування пенітенціарної системи цієї країни.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Протягом усього періоду становлення вітчизняного кримінально-виконавчого законодавства структура УВП удосконалюється, а заходи виховного впливу на засудженого постійно змінюються, впроваджуючи гуманістичну парадигму розвитку пенітенціарної системи. Отже, щоб професійно опанувати ці заходи й вміти ними оперувати, українські науковці почали перейматися питаннями розвитку професійної компетентності персоналу УВП. Серед авторів, які займалися викладенням вказаної проблематики, слід згадати провідних вітчизняних і зарубіжних вчених, таких, як А. Галай, В. Міллер, Дж. Люкс, Д. Ягунова, І. Богатирьова, І. Яковець, К. Муравйова, М. Пузирьова, М. Сикала, О. Дука, О. Сахнік, Т. Денисову, Т. Ніколаєнко й інші. Водночас перед українським суспільством постають нові проблеми, пов'язані із запровадженням міжнародних стандартів у галузі виконання кримінальних покарань і діяльності органів та УВП, що тягне за собою зростання вимог до якості підготовки персоналу вищезазначених інституцій.

Формування цілей. Мета наукової статті полягає у вивченні й визначенні сучасних тенденцій розвитку пенітенціарної системи США, в тому числі в здійсненні порівняльного аналізу компонентів освітніх програм із підготовки персоналу УВП України й США, що дозволить запропонувати шляхи підвищення якості підготовки персоналу УВП ДКВС України.

© В. Нестеренко, 2020

Виклад основного матеріалу. Розглядаючи характеристику пенітенціарної системи США, варто зазначити, що близько 5% від загальної кількості громадян США перебувають за ґратами, й це складає приблизно ¼ всіх ув'язнених у світі. Приблизно один зі 107 дорослих американців перебуває за ґратами. Ця кількість є майже в п'ять разів вищою за кількість ув'язнених в Англії, в сім разів більшою, ніж у Франції [6; 13].

Зауважимо, що, хоча США досі займає перше місце за кількістю в'язнів на 100 тисяч населення, проте політика держави відносно пенітенціарної системи почала змінюватися. Передумовою зменшення кількості ув'язнених стала фінансова криза 2007 року й безрезультатність багаторічної кампанії по боротьбі з наркоторгівлею, а також й те, що за останні 10 років були проведені реформи на державному й федеральному рівнях. Серед державних реформ варто виділити внесення поправок до Рокфеллерівського Закону «Про наркотики» (*eng. Rockefeller Drug Laws)* від квітня 2009 року штату Нью-Йорк, де було замінено ув'язнення винного в дрібних злочинах, пов'язаних з обігом наркотиків, мінімальним покаранням на кшталт нагляду пробації або направлення порушника на медикаментозне лікування [17]. На федеральному рівні варто приділити увагу Закону «Про справедливе засудження» (*eng. Fair Sentencing Act)* від 03 серпня 2010 року [16], що нівелював різницю між торгівлею кокаїном та іншими порошковими наркотиками й мав задачу зменшити контингент ув'язнених. За результатами цих та інших реформ планується скоротити популяцію УВП США вдвічі до 2085.

У доповіді Бюро судової статистики (*eng. Bureau of Justice Statistics*), яке є структурним підрозділом Мін'юсту США, повідомляється, що згідно зі статистичними даними 2008–2018 років кількість ув'язнених зменшилася більш ніж на 10% у всіх в'язницях країни. Вперше з 1996 року був зафіксований показник 431 ув'язнений на 100 000 осіб. На 28% відзначено зниження числа ув'язнених громадян афроамериканців, на 21% – громадян латиноамериканців і на 13% – білих громадян [2; 7]. Враховуючи вищезазначену статистику й той факт, що кількість засуджених із року в рік скорочується, ми бачимо позитивну динаміку й можемо припустити, що в пенітенціарній системі США вживаються правильні заходи виправлення та стимулювання ув'язнених до законослухняної поведінки.

Також варто зазначити, що причинами підвищення стандартів і вимог до підготовки персоналу пенітенціарної системи США є: зменшення кількості ув'язнених і скорочення кількості УВП, що приводить до більшої конкуренції серед співробітників на заняття вакантної посади; збільшення грошового забезпечення персоналу УВП. Слід зауважити, що зараз в УВП США існує велика кількість посад із різними критеріями щодо їх комплектування.

На нашу думку, така позиція щодо формування кадрового резерву й наявності конкуренції між кандидатами на посаду слушна, оскільки освітні вимоги, щоб стати посадовою особою, відповідальною за виправлення (далі – виправник, *eng. Corrections officer*), залежать від того, в якому підпорядкуванні є та чи інша установа (федеральному, на рівні штату або локальному). Наприклад, щоб зайняти одну з посад в установі локального підпорядкування, досить мати диплом середньої школи або відповідний йому. А проте, деякі роботодавці мають такі вакантні посади, що для їх зайняття потрібно виконати окремі вимоги для кандидатів, наприклад, мати вищу освіту або досвід військової служби.

Отже, хто ж такий виправник в УВП США? Виправник, або офіцер виправної установи, – це людина у формі, яка відповідальна за спостереження, охорону й безпеку ув'язнених у в'язниці або установі з аналогічним режимом. Зазвичай вони відповідальні за контроль порядку виконання та відбування покарань заарештованими, взятими під варту й засудженими до позбавлення волі особами. Крім того, їм необхідно мати навички проведення соціально-виховної роботи, а також вони несуть відповідальність за безпеку самої УВП. Більшість виправників наймаються управлінням того рівня підпорядкування, в якому перебуває установа, хоча деякі працюють і в приватних в'язницях.

Федеральне бюро в'язниць (eng. *Federal Bureau of Prisons*) є федеральним відомством при Міністерстві юстиції США, що відповідає за нагляд, утримання під вартою та контроль за особами, які перебувають у місцях позбавлення волі. Воно здійснює постійний набір співробітників у 122 населених пунктах і набирає в середньому 350 нових співробітників щомісяця. Як агентство, орієнтоване на кар'єрне зростання співробітників, воно пропонує широкий спектр цікавих кар'єрних можливостей, які сприяють професійному зростанню. Список доступних вакансій завжди поновлюється та є у вільному доступі на сайті "USAJobs" [14].

Опрацьована література й проведений аналіз ринку праці вакансій у пенітенціарній системі США дає нам підстави стверджувати, що ступінь бакалавра з «Кримінального правосуддя» або «Кримінології» є найбільш бажаним для зайняття посади й подальшої професійної діяльності виправника. Програми підготовки бакалаврів «Кримінального правосуддя» США спрямовані на створення системи заходів для боротьби зі злочинністю, зокрема для виявлення злочинів, розшуку, затримання та покарання злочинців. Своєю чергою програми підготовки фахівців «Кримінології» спрямовані на «анатомію злочину», вивчення його причин, умов і наслідків. Студенти зі спеціальності «Кримінальне правосуддя» вивчають компоненти системи кримінального правосуддя та правоохоронних систем, у той час, як студенти з напряму «Кримінологія» опановують моделі поведінки злочинців, детермінанти злочинів, статистичний аналіз і соціально-кримінальні тенденції. Іншими освітніми програми бакалаврату, які роботодавці співробітників виправних установ вважають актуальними, є: «Психологія», «Соціологія», «Консультування» та інші програми з галузі поведінкових наук.

У той час, коли здобуття ступеню бакалавра безумовно є кращою умовою для кандидата на роботу, існують й інші варіанти здобуття освіти. Ступінь бакалавра – це чотирирічна освітня програма в коледжі або університеті. У США також існує багато навчальних закладів, котрі пропонують програми для засвоєння ступеня молодшого спеціаліста в галузі кримінального правосуддя. Здобуття ступеню молодшого спеціаліста, як правило, займає два роки. Окрім того, натепер існує велике різноманіття професійних шкіл, що пропонують сертифікати в галузі кримінального правосуддя. Сертифікат є свідченням того, що кандидат на посаду виправника пройшов спеціальну форму навчання та підготовлений для роботи в УВП. Програми сертифікації, зазвичай, займають менше ніж рік, але кандидати не отримують такі широкі знання в порівнянні з тими, хто отримує ступінь бакалавра або магістра. Претенденти на посаду, які розглядають програму сертифікації як основу для здобуття освіти, мають бути дуже уважними й обережними, оскільки програми сертифікації рідко контролюються державними органами, що відповідають за освіту [20].

Варто констатувати, що ми живемо в суспільстві, де технології є дуже важливою частиною будь-якої сфери життя, слід завжди бути на одній хвилі з прогресом в усіх сферах життєдіяльності, не виняток і юридична. Дослідивши американські науково-популярні й фахові видання, такі, як *Popular Science, International Journal of Law, Crime and Justice, The Economist,* і *Lawyer monthly*, ми дійшли висновку, що заклади освіти, що надають освіту кандидатам на зайняття посад виправників, роблять акцент на отриманні навичок оперування сучасними перспективними технологіями. Відповідно до публікацій сучасного американського науково-популярного журналу "*Popular Science*", такими технологіями є штучний інтелект, віддалена присутність або віртуальна реальність, і вони натепер є полем діяльності для ділової конкуренції [21]. Найпрогресивніші виші США вже практикують формат домашніх завдань для студентів-юристів, де замість написання реферату пропонується створити власного бота, наповнити його навчальною інформацією та відправити на «інтерв'ю» викладачеві. Україна теж може похвалитись таким ботом [1]. Отже, ми бачимо, що сучасні технології формують практику права й змінюють спосіб надання юридичних послуг. Таким чином, студенти, які опановують юридичні науки, повинні працювати над розвитком відповідних навичок і компетенцій, а можливість демонструвати технологічну складову частину освіти є все ціннішим доповненням до набору вмінь, які допоможуть їм виділитися. Американські науковці вважають, що виправники мають вміти оперувати технологіями хоча б на базовому рівні, насамперед мається на увазі IT-технології, такий софт, як Microsoft Office, Adobe Acrobat і Connect. А отже, юридична школа – це чудова можливість ознайомитись і застосувати на практиці IT-інструменти, що дають необхідне базове уявлення юристу про нові корисні технології. До списку необхідних навичок, що будуть корисні у виконанні обов'язків виправника, слід віднести:

1) ***складання документів*** (судових доповідей, угод, контрактів та ухвал). Вміння працювати в сервісах Office 365 і Google Drive, що своєю чергою створює можливість дистанційної співпраці з іншими фахівцями;

2) вміння створення ефективної ***презентації*** чи плакату в Microsoft PowerPoint або в Prezi для залучення до розробки різного роду конференцій чи навчальних заходів;

3) знання про особливості й функціональність ***баз даних*** Microsoft Excel для зручного оперування даними;

4) вміння бути впевненими користувачами ***інструментів комунікації*** в Інтернеті задля ефективної співпраці з колегами;

5) ***штучний інтелект або машинне навчання «AI»*** – комп'ютерна технологія, що спрямована на тиражування розумної поведінки людини за допомогою віртуальних помічників, які допоможуть проаналізувати законодавство й скласти необхідний документ;

6) розумні контракти – це сфера, в якій ***блокчейн***-мережі можуть використовуватися для автоматичного примусового виконання переговорів чи укладання угод.

Тому слушною є позиція окремих авторів про те, що роботодавці очікують, що їх співробітники в кінцевому результаті матимуть базові технічні навички, які на тлі сучасного юридичного ландшафту, що швидко розвивається, дадуть змогу фахівцям бути в курсі того, як технології змінюють юридичну практику [15].

Водночас доцільно було б скористатися досвідом Федеральної служби пробації та досудових послуг США. Позитивне, на наш погляд,

те, що Федеральна служба пробації та досудових послуг США ставить вимогу про необхідність навчання персоналу з першого дня роботи й продовження навчання впродовж всієї кар'єри, а також організовує розвиток отриманих знань у певних сферах діяльності. Федеральний судовий центр і науково-освітнє агентство судової системи розробляє навчальні програми й пропонує семінари, майстер-класи, очні й онлайн конференції, супутникові ТВ-трансляції, курси лідерства й нові програми супервізора [12].

Слід звернути увагу й на наявність і функціонування спеціальних підрозділів у пенітенціарній системі США. Так, більшість УВП США мають відділи швидкого реагування, які виконують функції, тотожні до функцій "SWAT" у поліції, але дещо толерантніші щодо в'язнів, а саме тому попередній військовий досвід бажаний і свідчить про те, що претендент на зайняття посади має низку позитивних навичок і компетентностей, які можуть йому знадобитися, а саме: дисциплінованість, спеціальна підготовка, належна фізична форма й емоційна стійкість. Попередній військовий досвід дає необхідне уявлення про субординацію, що також дуже часто зустрічається у виправних установах. Мало того, службова підготовка, що проводиться в УВП США, зазвичай містить такі дисципліни: «Порядок і практика застосування сили, спеціальних засобів і вогнепальної зброї», «Самозахист», «Перша допомога», *"CPR"*, «Ведення службової документації», «Судова справа», «Майстерність розряджати обстановку й зменшувати агресію», «Стратегії розв'язання конфліктів», «Виправно-трудове законодавство», «Кримінальне право», «Кримінально-виконавче право», «Розкриття злочинів», «Майстерність перемовин», «Командна робота» й деякі інші тренінги, наприклад: «Подолання психологічної кризи ув'язнених і намірів суїциду», «Дії в екстрених ситуаціях», вивчення Закону «Про охорону праці», «Переговори щодо звільнення заручників», «Боротьба з вживанням наркотиків», «Програми реабілітації засуджених» [18]. Відзначаючи безсумнівну ефективність і доцільність вищезазначених підрозділів в організації повноцінної діяльності УВП США, хочемо наголосити на доречності військового аспекту підготовки виправників у контексті якісного забезпечення фахового зростання фахівців ДКВС України.

Хоча в Україні підготовка фахівців УВП ДКВС України, відповідальних за виправлення та охорону засуджених, наразі перебуває на шляху реформування та постійного вдосконалення [4], ми прагнемо врахувати кращий досвід провідних країн Європи й США й на їх основі зробити пропозиції до нормативних актів, що наразі знаходяться на шляху розробки. За результатами проведеного нами анонімного опитування психологів відділів соціально-виховної та психологічної роботи УВП і слідчих ізоляторів ДКВС України, старших оперуповноважених працівників УВП і слідчих ізоляторів, які проходили курси первинної професійної підготовки в Академії Державної пенітенціарної служби України (далі – Академії ДПтС) щодо якості робочої навчальної програми, за якою їх готують до виконання службових обов'язків, ми визначили, що найголовнішим для подолання сучасних викликів на робочих місцях опитуваних є використання нестандартних підходів і більше застосування інформаційно-комунікаційних технологій (далі – ІКТ).

Порівняймо основні складові частини освітньої програми (далі – ОП) бакалаврського рівня Академії ДПтС і візьмемо до прикладу ОП Школи соціальної роботи й кримінальної юстиції Вашингтонського університету міста Такоми, США [3; 9; 10]:

ОП зі спеціальності 081 «Право» Академія ДПтС України

Цикл професійної підготовки здобувача містить дисципліни обсягом від 5 до 10 кредитів ECTS, зокрема:

- Теорія держави й права;

- Історія держави й права України;

- Історія держави й права зарубіжних країн;

- Конституційне право зарубіжних країн;

- Конституційне право України;

- Цивільне й сімейне право;

- Кримінальне право;

- Римське право;

- Господарське право;

- Адміністративне право й процес;

- Фінансове право;

- Екологічне право;

- Міжнародне право;

- Трудове право;

- Криміналістика;

- Кримінальний процес;

- Цивільний процес;

- Кримінально-виконавче право;

- Кримінологія.

ОП «Кримінальне правосуддя» Школа соціальної роботи й кримінальної юстиції Вашингтонського університету міста Такоми, США

Цикл основних курсів Вашингтонського університету містить курси обсягом 5 кредитів ECTS кожен, зокрема:

- Колізія правових норм і соціальна справедливість у кримінології;

- Психічне здоров'я, вживання наркотичних речовин і система кримінального правосуддя;

- Кримінологічна теорія;

- Вступ до досліджень соціального забезпечення (Необхідна умова: вступний курс статистики (2,0 / C або вище) протягом останніх 5 років);

- Поліція та суспільство;

- Допоміжні навички в системі кримінальної юстиції

(Необхідна умова: курс - колізія правових норм і соціальна справедливість у кримінології);

- Виправлення дорослих;

- Американські кримінальні суди;

- Семінар останнього року навчання: Професіоналізм та етичні питання кримінального судочинства.

Продовжуючи дослідження освітніх компонентів ОП «Кримінальне правосуддя» Школи соціальної роботи й кримінальної юстиції Вашингтонського університету міста Такоми (США), розуміємо, що порівнювати вибіркову складову частину американської освітньої програми з українською не можна, оскільки в ОП зі спеціальності 081 «Право» Академії ДПтС України їх тільки 23, а в американському аналозі лише блок «комп'ютерні системи й науки» містить 33 дисципліни, кожна з яких налічує від 5 до 12, а то й 15 кредитів ECTS. Вибіркова складова частина американської освітньої програми містить 11 таких блоків.

Здійснивши порівняльний аналіз компонентів освітніх програм, варто зауважити, що ОП Академії ДПтС за спеціальністю 081 «Право» (бакалаврського рівня) має багато еквівалентних американській ОП навчальних дисциплін, а отже, українська система підготовки фахівців для потреб ДКВС постійно вдосконалюється та рухається в правильному напрямку. Однак розглядаючи вибіркові компоненти цих програм, ми бачимо, що, хоча

між освітніми можливостями в контексті підготовки фахівців, відповідальних за виправлення засуджених, існує суттєва відмінність, Академія ДПтС України й вища освіта України загалом намагається наблизитися до європейської та американської систем і постійно поривається втілити найкращі зарубіжні практики.

Висновки. Таким чином, проаналізувавши особливості сучасної пенітенціарної системи США, ми визначили, що її політика в довгостроковій перспективі полягає в зниженні рівня злочинності, а на теперішньому етапі в його стабілізації.

Порівняльний аналіз ОП підготовки виправників показав, що вимоги до підготовки фахівців пенітенціарної системи США постійно підвищуються. Ми підтримуємо думку українських науковців відносно вимогливого ставлення до відбору та якісної підготовки фахівців ДКВС України [5] й хочемо додати, що без належної підготовки виправників проведення реформування цієї служби в Україні неможливе. Безумовно, опрацьований позитивний досвід американських центрів із підготовки персоналу довів нам необхідність постійного вдосконалення своїх освітніх програм. Результати опитування працівників установ виконання покарань і слідчих ізоляторів, а також порівняльний аналіз освітніх програм визначили для нас важливість залучення сучасних методів та ІКТ для підготовки персоналу, що можна досягти шляхом розширення вибіркової складової частини освітніх компонентів вітчизняних освітніх програм.

Реформування пенітенціарної системи України потребує підвищення вимогливості підготовки персоналу установ виконання покарань. Незважаючи на значну кількість наукових досліджень, присвячених вивченню різних аспектів підготовки співробітників Державної кримінально-виконавчої служби України, необхідно констатувати, що виклики сучасності й технологічний прогрес вносять свої корективи до забезпечення повноцінного функціонування цієї служби.

Мета наукової статті полягає у вивченні й визначенні сучасних тенденцій розвитку пенітенціарної системи Сполучених Штатів Америки, в тому числі в здійсненні порівняльного аналізу компонентів освітніх програм із підготовки персоналу установ виконання покарань України й Сполучених Штатів Америки, що дозволить запропонувати шляхи підвищення якості підготовки персоналу установ виконання покарань Державної кримінально-виконавчої служби України.

У статті проаналізовано статистичні дані за останні роки щодо кількості ув'язнених у Сполучених Штатах Америки й досліджено нормативно-правові акти, що поклали початок зменшенню чисельності в'язнів в установах виконання покарань і в перспективі призведуть до збільшення рівня декарцерації по всій країні. Визначено причини підвищення стандартів і вимог до підготовки кадрів пенітенціарної системи Сполучених Штатів Америки й сформовано основні запити роботодавців до професійної підготовки такого персоналу. У статті проаналізовано вимоги до підготовки студентів-юристів у Сполучених Штатах Америки, зокрема в контексті набуття ними необхідних компетентностей, що будуть корисні під час виконання обов'язків співробітника установи виконання покарань, відповідального за виправлення засудженого. Здійснено порівняльний аналіз компонентів освітніх програм із підготовки персоналу установ виконання покарань України й Школи соціальної роботи й кримінальної юстиції Вашингтонського університету міста Такоми, Сполучені Штати Америки.

Підсумовуючи результати, наведено не лише власні висновки, але й побажання працівників установ виконання покарань і слідчих ізоляторів, які проходили курси первинної професійної підготовки в Академії Державної пенітенціарної служби.

Ключові слова: підготовка персоналу, пенітенціарна система, виправлення.

Nesterenko V. Certain aspects of selection and training of U.S. penetantiary staff

Reforming of penitentiary system in Ukraine need increase of requirements to penitentiary personnel training. Despite the big amount of scientific researches devoted to study of various training aspects of State Penitentiary Service staff, it is mandatory to certify that nowadays challenges and technological progress make the adjustments to provide the complete functioning of this service.

This article is aimed at studying and defining modern development tendencies of the US penitentiary system including the comparative analysis of components in the educational programs for correctional officers in Ukraine and the USA and as a result it will allow offering the ways of improving the quality of penitentiary staff training in Ukraine.

The statistic data of the recent years concerning the amount of prisoners in the USA and the research of regulations that started reducing the number of inmates in the penitentiary institutions is analyzed in the article and in perspective it can lead to increasing the level of decarceration all over the country. The reasons of standard rising and the requirements for penitentiary personnel training are defined and the basic employers' demands on professional staff training are formed. The requirements for US Law students training, particularly, in the context of acquiring the mandatory competences that will be useful in executing the duties of penitentiary employees responsible for inmates are analyzed. The comparative analysis of educational programs for correctional officers of Ukraine and the School of Social Work and Criminal Justice in the University of Washington, Tacoma, the USA, is conducted.

Summarizing the results, there are not just personal conclusions but wishes of employees of penitentiaries and pre-trial detention centers who have been taking initial training courses at the Academy of the State Penitentiary Service.

Key words: staff training, penitentiary system, educational programs, correction.

Література

1. Желтухін Є.О. Legal tech: на межі права та технологій. Київ, 2017. Юридична газета. URL: https://yur-gazeta.com/publications/events/legal-tech-na-mezhi-prava-ta-tehnologiy.html (дата звернення: 23.08.2020).

2. Квач А.А. Американские тюрьмы закрываются из-за нехватки заключенных. Legal.report. 2019. URL: https://legal.report/amerikanskie-tjurmy-zakryvajutsja-iz-za-nehvatki-zakljuchennyh/ (дата звернення: 17.08.2020).

3. План навчального процесу «Право» Академії ДПтС 2019. Чернігів : Академія ДПтС. URL: http://academysps.edu.ua/wp-content/uploads/2020/02/Navchalnij-plan-Pravo-bakalavrat.pdf (дата звернення: 01.09.2020).

4. Про схвалення Концепції реформування (розвитку) пенітенціарної системи України : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 13 вересня 2017 р. № 654-р / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/654-2017-%D1%80#Text (дата звернення: 13.08.2020).

5. Сикал М.М., Ткаченко О.Г. Кадрове забезпечення Державної пенітенціарної служби. Бюлетень Міністерства юстиції України. Київ, 2015. № 4. С. 13–20. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmju_2015_4_6 (дата звернення: 27.08.2020).

6. Carson E.A. Data Collected Under the First Step Act, 2019. The Bureau of Justice Statistics 2020. March 2020. URL: https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/dcfsa19.pdf (Last accessed: 26.08.2020).

7. Carson. E.A. Prisoners in 2018. The Bureau of Justice Statistics 2020. April 2020. URL: https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p18.pdf (Last accessed: 27.08.2020).

8. Correctional officer careers & degrees. How to Become a Correctional Officer. Learn How to Become. 2020. URL: https://www.learnhowtobecome.org/correctional-officer/ (Last accessed: 31.08.2020).

9. Criminal Justice Curriculum. Washington, DC : UW Tacoma. School of social work & criminal justice. URL: https://www.tacoma.uw.edu/cj/curriculum (Last accessed: 02.09.2020).

10. Detailed course offerings (Time Schedule). Washington, DC : UW Tacoma. School of Engineering & Technology. URL: https://www.washington.edu/students/crscatt/tinfo.html (Last accessed: 03.09.2020).

11. Fasman J. Why does America have such a big prison population? The Economist. August 15, 2013. URL: http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2013/08/economist-explains-8 (Last accessed: 23.06.2020)

12. Federal Probation and Pretrial Officers Association. URL: https://www.fppoa.org (Last accessed: 03.03.2020).

13. Highest to Lowest – Prison Population Rate. London : World Prison Brief. URL: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All#tabletop (Last accessed: 01.09.2020).

14. Recruitment Incentive Extended through December. Washington, DC : Federal Bureau of Prisons 2019. URL: https://www.bop.gov/resources/news/20190912_recruitment_incentive_location_update.jsp (Last accessed: 17.04.2020).

15. Ryan F. 7 Key Tech Skills For Law Students. Lawyer monthly. November 27, 2018. URL: https://www.lawyer-monthly.com/2018/11/7-key-tech-skills-for-law-students/ (Last accessed: 18.05.2020).

16. S.1789 – Fair Sentencing Act of 2010. Washington, DC : Law Library of Congress URL: https://www.congress.gov/bill/111th-congress/senate-bill/1789 (Last accessed: 02.09.2020).

17. The Rockefeller Drug Laws. 1973. New York : The Blanch Law Firm. URL: https://www.theblanchlawfirm.com/practice-areas/other-matters-we-handle/the-rockefeller-drug-laws/ (Last accessed: 02.06.2020).

18. Tracy S.J. The construction of correctional officers : Layers of emotionality behind bars. Qualitative Inquiry. 2004. Vol. 10. P. 509–533. DOI: https://doi.org/10.1177/1077800403259716.

19. Walmsley R. World Pre-trial/Remand Imprisonment List. London : Institute for Crime & Justice Policy Research. November, 2018. URL: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_pre-trial_list_4th_edn_final.pdf (Last accessed: 01.09.2020).

20. What are the education requirements to become a correctional officer? CorrectionalOfficer.org. URL: https://www.correctionalofficer.org/faq/educational-requirements (Last accessed: 28.07.2020).

21. Whittaker G.C. British Jurors Can Now Visit Crime Scenes In Virtual Reality. Popular Science. May 25, 2016. URL: https://www.popsci.com/uk-using-vr-headsets-for-jurors/ (Last accessed: 01.09.2020).

УДК 343.59:725.94
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1994

К. Гуляков,
аспірант кафедри галузевого права
Херсонського державного університету

ЕВОЛЮЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ОХОРОНУ ОБ'ЄКТІВ ІСТОРИЧНОЇ ТА КУЛЬТУРНОЇ СПАДЩИНИ ПРОТЯГОМ XX СТОЛІТТЯ

Постановка проблеми. Після захоплення влади більшовиками на українських землях відбулася руйнація системи вітчизняного кримінального права з його концептуальними основами на базі класичної школи права, що супроводжувалося деюридизацією основних інститутів кримінального права, насамперед злочину (відмова від ознаки протиправності), теоретично обґрунтованих соціологічною школою кримінального права. Відмова від ознаки протиправності відкривала шлях до необґрунтованих репресій, до масового знищення людей, пошкодження та наруги над пам'ятками історії і культури.

Така політика була підтверджена одним із перших декретів Радянської влади – декретом «Про знесення пам'ятників, споруджених на честь царів та їхніх слуг, і створення проектів пам'ятників Російської соціалістичної революції» від 14 квітня 1918 року, хоча при цьому перед владою постала гостра необхідність вживання заходів, спрямованих на врегулювання проблеми розкрадання, масового вивезення за кордон й інших посягань на культурні та історичні цінності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різні аспекти проблеми кримінально-правової охорони об'єктів історичної та культурної спадщини досліджувались вітчизняними фахівцями, такими як В.І. Акуленко, Р.В. Асейкін, В.В. Базелюк, С.О. Бочарников, К.І. Бусол, Є.П. Гайворонський, В.Ю. Докучаєва, Т.Г. Каткова, В.В. Кузнецов, Н.І. Кудерська, Є.І. Кузьменко, Т.В. Курило, В.А. Ломако, П.С. Матишевський, О.І. Мельничук, М.О. Міщенко, В.О. Навроцький, Б.М. Одайник, І.Г. Поплавський, І.В. Пивовар, С.С. Птуха, О.С. Сотула, О.В. Усенко, М.І. Хавронюк та іншими, але в сучасних умовах побудови правової держави ця проблематика набуває особливого значення, тому її наукова розробка не втрачає своєї актуальності.

Метою статті є розкриття проблеми формування інституту кримінально-правового захисту об'єктів історичної та культурної спадщини з урахуванням сучасних досягнень кримінально-правової науки.

Виклад основного матеріалу. 23 серпня 1922 року було прийнято перший Кримінальний кодекс УРСР (далі – КК УРСР), який копіював відповідний Кримінальний кодекс РСФСР 1922 року і передбачав норми, що встановлюють відповідальність за посягання на культурні цінності. Визначалась злочинною контрабанда (кваліфікований вид – незаконне вивезення або ввезення історичної і культурної спадщини) (ч. 2 ст. 97 КК УРСР 1922 року) [1, с. 35], встановлювалася кримінальна відповідальність за наругу над пам'ятником революції (ст. 87 КК УРСР 1922 року) [1, с. 33] та за приховування колекцій пам'ятників старовини і мистецтва, що підлягають реєстрації і обліку або пере-

 © К. Гуляков, 2020

дачі в державне сховище (ст. 102 КК УРСР 1922 року) [1, с. 36]. Кримінальний кодекс УРСР 1922 року, як і більшість інших правових актів, характеризувався слабкою правовою охороною культурних цінностей. Існуючі законодавчі акти носили класовий характер і метою своєю мали вирішення політичних питань. Власниками предметів, що мали культурну або історичну цінність, були зазвичай представники інтелігенції, буржуазії та інших імущих класів, таким чином, суб'єктами вказаних злочинів, як правило, були представники перерахованих вище класів. Крім того, пробілом кримінального законодавства УРСР була відсутність закріплення інших видів посягань на культурні цінності, а саме: розкрадання, знищення або пошкодження тощо. Більша частина вже наявних і нововиданих правових документів, що регулювала відносини у сфері культурної спадщини, виявилася малоефективною і найчастіше носила декларативний характер [2, с. 30].

8 червня 1927 року був прийнятий новий Кримінальний кодекс УРСР [3]. Аналіз показав, що у КК УРСР 1927 року містилася лише одна норма, що охороняла пам'ятники історії і культури від злочинних посягань. Встановлювалася відповідальність за приховування колекцій і пам'ятників старовини і мистецтва, що підлягають реєстрації, обліку або передачі в державні сховища. За це суспільно небезпечне діяння передбачалося покарання у виді виправних робіт на строк до трьох місяців з конфіскацією приховуваного майна [3, с. 63]. Інші посягання на культурні цінності передбачали кримінальну відповідальність у загальному порядку, тобто поза увагою залишилися діяння, пов'язані з викраденням, знищенням та пошкодженням культурних цінностей та незаконне проведення робіт на об'єкті археологічної спадщини.

Однак при цьому дослідник історії охорони культурної спадщини Н.І. Кудерська зазначає, що, використовуючи гасла боротьби з релігією та планами перебудови і реконструкції населених пунктів, приймалися рішення про руйнування культурних надбань [4, с. 22].

Істотних втрат зазнала культурна спадщина України під час Другої світової війни. За неповними даними, було зруйновано біля однієї тисячі цінних пам'яток архітектури, з яких 347 втрачені повністю [5, с. 706].

Протягом 1944–47 років в Україні було відновлено державну систему органів охорони пам'яток на центральному та обласному рівнях, яка включала в себе Урядову комісію з охорони пам'яток культури і старовини, Управління охорони пам'яток культури і старовини при Комітеті у справах культурно-просвітніх установ (історія, археологія, мистецтво), відділ охорони пам'яток при Управлінні у справах архітектури [5, с. 706].

У шістдесятих роках минулого століття зміна суспільно-політичної обстановки в СРСР, зосередженість суспільства на відновленні економіки держави та певна гуманізація призвели до значного зменшення злочинності проти історичної та культурної спадщини, що зумовило зниження уваги до проблем кримінально-правової охорони культурних та історичних цінностей.

Така ситуація спостерігалася до моменту прийняття у 1958 році Верховною Радою СРСР Основ кримінального законодавства Союзу СРСР і союзних республік, які стали основою для створення та прийняття 28 грудня 1960 року нового КК УРСР, який набрав чинності з 1 квітня 1961 року [6].

У КК УРСР 1960 року відбулася декриміналізація діяння, яке полягало в приховуванні колекцій і пам'ятників старовини і мистецтва, що підлягають реєстрації, обліку або передачі в державні сховища, і була запроваджена принципово нова норма про знищення і зруйнування пам'яток культури,

передбачена статтею 207 КК УРСР 1960 року. На думку вітчизняних учених, дослідників кримінально-правової охорони культурної спадщини, незважаючи на деяку однобокість у правотворчості, (полягала в тім, що серед кримінально-правових засобів, які забезпечували використання і схоронність культурної спадщини, були закріплені тільки засоби боротьби з неналежним поводженням з ними), дана кримінально-правова норма мала і свій позитивний вплив на розвиток законодавства в досліджуваній області. Більше чітке визначення одержав предмет злочинного посягання, сформульований як «пам'ятники історії і культури» [2, с. 31].

Стаття 207 КК УРСР 1960 року передбачала відповідальність за умисне знищення, зруйнування чи зіпсування пам'яток культури або природних об'єктів, взятих під охорону держави. У коментарях до цієї статті зазначалося, що «охорона пам'яток культури та природних багатств є важливим завданням нашої держави і всієї радянської громадськості. З огляду на особливу цінність пам'яток культури в природних об'єктів, узятих під охорону держави, коментована стаття встановлює кримінальну відповідальність за умисне їх знищення, руйнування і псування» [7, с. 543].

Як зрозуміло з диспозиції статті 207 КК УРСР 1960 року, предметом даного злочину були пам'ятки культури або природні об'єкти, взяті під охорону держави.

Суттєві зміни в характеристику об'єктів історичної та культурної спадщини було внесено прийнятим Верховною Радою УРСР 13 липня 1978 року Законом Української РСР «Про охорону і використання пам'яток історії та культури» [8], за яким пам'ятки історії та культури поділялися за видами на пам'ятки історії, археології, містобудування і архітектури, мистецтва та документальні пам'ятки; визначався порядок організації державного обліку пам'яток; державне управління пам'яткоохоронною галуззю покладалося на Раду Міністрів УРСР, а спеціально уповноваженими державними органами охорони пам'яток історії та культури, як і раніше, залишалися Міністерство культури УРСР, Державний комітет Ради Міністрів УРСР у справах будівництва та Головне архівне управління при Раді Міністрів УРСР [9, с. 10].

Відповідно до статті 1 Закону УРСР «Про охорону і використання пам'яток історії та культури», пам'ятками історії та культури визнавалися споруди, пам'ятні місця і предмети, зв'язані з історичними подіями в житті народу, розвитком суспільства і держави, твори матеріальної і духовної творчості, які становлять історичну, наукову, художню чи іншу культурну цінність [8].

Стаття 6 Цього Закону УРСР «Види пам'яток історії та культури» надавала розширене розуміння, які саме об'єкти історичної та культурної спадщини належали до пам'яток історії та культури. Це були:

– пам'ятки історії – будинки, споруди, пам'ятні місця і предмети, зв'язані з найважливішими історичними подіями в житті народу, розвитком суспільства і держави, революційним рухом, з Великою Жовтневою соціалістичною революцією, громадянською і Великою Вітчизняною війнами, соціалістичним і комуністичним будівництвом, зміцненням міжнародної солідарності, а також з розвитком науки й техніки, культури і побуту народів, з життям видатних політичних, державних, військових діячів, народних героїв, діячів науки, літератури і мистецтва;

– пам'ятки археології – городища, кургани, залишки стародавніх поселень, укріплень, виробництв, каналів, шляхів, стародавні місця поховань, кам'яні скульптури, наскельні зображення, старовинні предмети, ділянки історичного культурного шару стародавніх населених пунктів;

– пам'ятки містобудування і архітектури – архітектурні ансамблі й комплекси, історичні центри, квартали, площі, вулиці, залишки стародавнього планування і забудови міст та інших населених пунктів; споруди цивільної, промислової, військової, культової архітектури, народного зодчества, а також зв'язані з ними твори монументального, образотворчого, декоративно-прикладного, садово-паркового мистецтва, природні ландшафти;

– пам'ятки мистецтва – твори монументального, образотворчого, декоративно-прикладного та інших видів мистецтва;

– документальні пам'ятки – акти органів державної влади й управління, інші письмові та графічні документи, кінофотодокументи і звукозаписи, а також стародавні та інші рукописи й архіви, записи фольклору і музики, рідкісні друковані видання.

До пам'яток історії та культури також могли бути віднесені й інші об'єкти, що становили історичну, наукову, художню чи іншу культурну цінність. Усі пам'ятки історії та культури, які знаходилися на території Української РСР, охоронялися державою [8]. Пам'ятник культури або природний об'єкт вважався взятим під охорону держави за умови, що відповідним органом прийнято про це спеціальне рішення, про яке повідомлено громадяни [7, с. 544].

Треба зазначити, що Закон УРСР 1978 року «Про охорону і використання пам'яток історії та культури» увібрав у себе попередні нормативні напрацювання та дещо віддзеркалював тодішній стан наукової методики охорони та реставрації пам'яток культури. Однак застійні явища в радянському суспільстві 1980-х років, глибока економічна криза спричинили невиконання цього Закону державними установами на всіх рівнях. Проте він залишався чинним понад два десятиліття [9, с. 10].

За своїми об'єктивними властивостями знищення пам'яток культури та природних об'єктів, узятих під охорону держави, полягало в їх повній ліквідації (наприклад, спалюється цінна картина, винищуються рідкісні тварини або птиці в заповіднику тощо). Під руйнуванням розумілося приведення пам'ятників культури або природних об'єктів у непридатність, чим знецінювалося їхнє наукове, історичне, художнє чи народногосподарське значення (наприклад, розбивається скульптура, розвалюється унікальна споруда, руйнується рослинний покрив). Псуванням вважалося таке пошкодження пам'яток культури або природних об'єктів, яке знижувало їхню наукову, історичну, художню цінність, народногосподарське чи культурно-естетичне значення (наприклад, забруднення картини, обламування деталей скульптури, заорювання ділянки землі в зоні заповідника) [7, с. 544].

Зазначене в статті 207 КК УРСР 1960 року діяння представляло собою спеціальний вид умисного знищення або пошкодження державного чи громадського майна, передбаченого статтею 89 КК УРСР 1960 року.

Із суб'єктивної сторони складу даного злочину припускалася виключно умисна форма вини. Винний усвідомлював, що своїми діями він знищує, руйнує або піддає псуванню пам'ятник культури або природний об'єкт, взятий під охорону держави, при цьому бажав настання цих наслідків або свідомо їх допускав. Мотивами злочину слугували різні спонукання: користь чи інша особиста зацікавленість, пустощі тощо.

Необережне знищення, руйнування чи псування пам'яток культури або природних об'єктів не тягло відповідальності за статтею 207 КК УРСР 1960 року, але за наявності необхідних до того ознак могло кваліфікуватися за статтею 90 КК УРСР 1960 року.

Суб'єктом розглядуваного злочину могла бути будь-яка особа, яка досягла шістнадцятирічного віку.

Якщо злочин вчинявся посадовою особою, то за відповідних умов відповідальність наступала за сукупністю злочинів [7, с. 544–545]. У подальшому з метою вдосконалення кримінального законодавства Президія Верховної Ради Української РСР своїм Указом від 12 січня 1983 року внесла до КК УРСР зміни в заголовок і текст статті 207 КК УРСР, доповнивши норму після слова «пам'яток» словами «історії і» [10], поширивши таким чином коло предметів, на яке могло бути здійснено злочине посягання.

В Україні після набуття незалежності розпочався новий етап розвитку законодавства щодо охорони історичної та культурної спадщини. 5 квітня 2001 року Верховною Радою України був прийнятий перший Кримінальний кодекс незалежної України, в якому в розділі XII «Злочини проти громадського порядку та моральності» була представлена стаття 298 «Нищення, руйнування чи псування пам'яток історії або культури» [11], в подальшому стаття 298 КК України зазнавала неодноразових змін, адже вітчизняний законодавець постійно вдосконалював пам'яткоохоронне законодавство.

Висновки. Перший Кримінальний кодекс УСРР 1922 року характеризувався слабкою правовою охороною культурних цінностей. Існуючі законодавчі акти носили класовий характер і метою своєю мали вирішення політичних питань. Крім того, пробілом кримінального законодавства УРСР була відсутність закріплення інших видів посягань на культурні цінності, а саме: розкрадання, знищення або пошкодження тощо. У наступному КК УРСР 1927 року містилася лише одна норма, що охороняла пам'ятники історії і культури від злочинних посягань. Встановлювалася відповідальність за приховування колекцій і пам'ятників старовини і мистецтва, що підлягають реєстрації, обліку або передачі в державні сховища. У п'ятдесятих–шістдесятих роках минулого століття зміна суспільно-політичної обстановки, зосередженість суспільства на відновленні економіки держави та певна гуманізація призвели до значного зменшення злочинності проти історичної та культурної спадщини, що зумовило зниження уваги до проблем кримінально-правової охорони культурних та історичних цінностей. Так, у КК УРСР 1960 року відбулася декриміналізація діяння, яке полягало в приховуванні колекцій і пам'ятників старовини і мистецтва, що підлягають реєстрації, обліку або передачі в державні сховища, і була запроваджена принципово нова норма про знищення і зруйнування пам'яток культури, передбачена ст. 207 КК УРСР 1960 року. Перший Кримінальний кодекс незалежної України передбачив статтю 298 «Нищення, руйнування чи псування пам'яток історії або культури». У подальшому ця норма зазнавала неодноразових змін, адже вітчизняний законодавець постійно вдосконалює пам'яткоохоронне законодавство.

Статтю присвячено дослідженню історії розвитку вітчизняного законодавства про охорону об'єктів історичної та культурної спадщини. Визначено основні етапи еволюції цього інституту у XX столітті, зокрема щодо його кримінально-правового захисту. Отже, перший Кримінальний кодекс УРСР 1922 року характеризувався слабкою правовою охороною культурних цінностей. Існуючі законодавчі акти носили класовий характер і метою своєю мали вирішення політичних питань. Крім того, пробілом кримінального законодавства УРСР була відсутність закріплення інших видів посягань на культурні цінності, а саме: розкрадання, знищення або пошкодження тощо. У наступному КК УРСР 1927 року містилася лише одна норма, що охороняла пам'ятники історії і культури від злочинних посягань. Встановлювалася відповідальність за приховування колекцій і

пам'ятників старовини і мистецтва, що підлягають реєстрації, обліку або передачі в державні сховища. У п'ятдесятих–шістдесятих роках минулого століття зміна суспільно-політичної обстановки, зосередженість суспільства на відновленні економіки держави та певна гуманізація призвели до значного зменшення злочинності проти історичної та культурної спадщини, що зумовило зниження уваги до проблем кримінально-правової охорони культурних та історичних цінностей. Так, у КК УРСР 1960 року відбулася декриміналізація діяння, яке полягало в приховуванні колекцій і пам'ятників старовини і мистецтва, що підлягають реєстрації, обліку або передачі в державні сховища, і була запроваджена принципово нова норма про знищення і зруйнування пам'яток культури, передбачена ст. 207 КК УРСР 1960 року. Перший Кримінальний кодекс незалежної України передбачив статтю 298 «Нищення, руйнування чи псування пам'яток історії або культури». У подальшому ця норма зазнавала неодноразових змін, адже вітчизняний законодавець постійно вдосконалює пам'яткоохоронне законодавство.

Ключові слова: кримінальне право, об'єкти історичної та культурної спадщини, кримінально-правовий захист.

Gulyakov K. Evolution of legislation on protection of objects of historical and cultural heritage during the XX century

The article is devoted to the study of the history of the development of domestic legislation on the protection of objects of historical and cultural heritage. The main stages of the evolution of this institution in the twentieth century, in particular, its criminal-legal protection, have been determined. So, the first Criminal Code of the Ukrainian SSR in 1922 was characterized by weak legal protection of cultural values. The existing legislative acts were of a class nature and aimed at solving political issues. In addition, a gap in the criminal legislation of the Ukrainian SSR was the lack of consolidation of other types of encroachments on cultural values, namely: theft, destruction or damage, etc. In the next Criminal Code of the Ukrainian SSR in 1927, there was only one norm that protected historical and cultural monuments from criminal encroachments. Responsibility was established for the concealment of collections and monuments of antiquity and art, subject to registration, accounting or transfer to state depositories. In the fifties and sixties of the last century, the change in the socio-political situation, the concentration of society on the restoration of the state economy and a certain humanization led to a significant decrease in crime against historical and cultural heritage, caused a decrease in attention to the problems of criminal protection of cultural and historical values. Thus, in the 1960 Criminal Code of the Ukrainian SSR, the decriminalization of the act took place, which consisted in the concealment of collections and monuments of antiquity and art subject to registration, accounting or transfer to state depositories, and a fundamentally new norm on the destruction of cultural monuments was introduced, provided for by Article 207 of the Criminal Code USSR 1960. The First Criminal Code of Independent Ukraine provided for Article 298 "Destruction or damage of monuments of history or culture". In the future, this norm has experienced repeated changes, because the domestic legislator is constantly improving the protective legislation.

Key words: criminal law, objects of historical and cultural heritage, criminal law protection.

Література

1. Уголовный кодекс УССР, утвержденный ВУЦИК 23 августа 1922 г. (с измен. и дополнениями по 1-ое июня 1924 года и с алфав. указателем). 6-е офиц. издание. Харьков : Юридическое Издательство Наркомюста УССР, 1924. 104 с.

2. Одайник Б.М. Кримінальна відповідальність за знищення, руйнування або пошкодження пам'яток – об'єктів культурної спадщини : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 ; Одес. нац. ун-т ім. І.І. Мечникова. Одеса, 2010. 215 с.

3. Кримінальний кодекс УСРР: у редакції 1927 року. 3-тє офіц. вид. Харків : Юридичне Видавництво Наркомюсту УРСР, 1927. 109 с.

4. Кудерська Н.І. Становлення і розвиток законодавства про охорону культурної спадщини в Україні. Університетські наукові записки. 2011. № 3. С. 20–26.

5. Кот С.І. Охорона пам'яток історії та культури. Енциклопедія історії України : у 10 т. ; редкол. : В.А. Смолій (голова) та ін. Київ : В-во «Наукова думка», 2010. Т. 7: Мі–О. 728 с.

6. Кримінальний кодекс Української РСР / редактори-упорядники В.В. Меленевський, С.С. Яценко. Київ : Державне видавництво політичної літератури УРСР, 1961. 210 с.

7. Уголовный кодекс Украинской ССР. Научно-практический комментарий / Н.Ф. Антонов и др. ; отв. ред. В.И. Зайчук, С.С. Яценко. Киев : Политиздат Украины, 1978. 684 с.

8. Про охорону і використання пам'яток історії та культури : Закон Української Радянської Соціалістичної Республіки від 13 липня 1978 р. № 3600-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3600-09 (дата звернення: 20.05.2020).

9. Пам'яткознавство: правова охорона культурних надбань : зб. док. / упоряд. Л.В. Прибєга. Київ : Ін-т культурології Акад. мистец. України, 2009. 416 с.

10. Про внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу Української РСР : Указ Президії Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки від 12 січня 1983 р. № 4571-X. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4571-10 (дата звернення: 20.05.2020).

11. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05 квітн. 2001 р. № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20010405 (дата звернення: 10.06.2020).

НОТАТКИ

НОТАТКИ