

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ,  
МОЛОДІ ТА СПОРТУ УКРАЇНИ

Національний університет  
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

# АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

*Збірник наукових праць*

Випуск 65



Одеса  
«Юридична література»  
2012

ББК 67(4Укр)я43

А 437

УДК 340(477)1082

Редакційна колегія:

д-р юрид. наук, проф. **С. В. Ківалов** (головний редактор),  
д-р юрид. наук, проф. **В. М. Дрьомін** (заступник головного редактора), д-р юрид. наук, проф. **Ю. П. Аленін**, канд. юрид. наук, проф. **М. Р. Аракелян**, канд. юрид. наук, проф. **Л. Р. Біла-Тіунова**, д-р юрид. наук, проф. **О. К. Вишняков**, д-р юрид. наук, проф. **М. А. Дамірлі**, д-р юрид. наук, проф. **Є. В. Додін**, канд. юрид. наук, проф. **В. В. Завальнюк**, канд. юрид. наук, проф. **І. І. Каракаш**, д-р юрид. наук, проф. **Ю. М. Оборотов**, д-р юрид. наук, проф. **М. П. Орзіх**, д-р юрид. наук, проф. **О. П. Подцерковний**, канд. юрид. наук, проф. **Ю. Є. Полянський**, д-р юрид. наук, проф. **В. В. Тищенко**, д-р юрид. наук, проф. **В. О. Туляков**, д-р юрид. наук, проф. **Є. О. Харитонов**, д-р юрид. наук, проф. **О. І. Харитонova**, д-р юрид. наук, проф. **Г. І. Чанишева**

Відповідальний за випуск

доктор юридичних наук

**В. М. Дрьомін**

Збірник зареєстровано Міністерством інформації України, свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 16844-5606 ПР від 29.06.2010 р. Постановою Президії ВАК України № 1-05/7 від 09.06.1999 р. збірник внесено до списку фахових видань (юридичні науки).

**Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць.**  
А437 Вип. 64/ редкол. : С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін., відп. за вип.. В. М. Дрьомін. — Одеса : Юридична література, 2012. — 704 с.

Українською та російською мовами

Збірник наукових праць присвячений загальнотеоретичним проблемам сучасної юриспруденції, актуальним питанням міжнародного права, історичним дослідженням витоків окремих правових явищ, окремим проблемам боротьби зі злочинністю, проблемам державного будівництва та правового розвитку сучасної України.

Збірник розрахований на наукових працівників, викладачів, студентів вищих юридичних навчальних закладів, а також юристів-практиків.

ББК 67(4Укр)я43

УДК 340(477)1082

## ПЕРЕДМОВА

Напередодні 15-ї річниці Національного університету «Одеська юридична академія» та 165-річчя Одеської школи права читачам пропонується збірник наукових праць, спрямований на розвиток вітчизняної юриспруденції, удосконалення чинного законодавства та оптимізації правозастосовної діяльності. У збірнику аналізуються загальнотеоретичні проблеми сучасної юридичної науки, актуальні питання міжнародного права, боротьби зі злочинністю, державного будівництва та управління. Крім того, у збірнику представлені історичні дослідження окремих правових інститутів та напрямів законодавства.

Безсумнівний інтерес становлять наукові роботи, присвячені правовому та інституційному забезпеченню сталого розвитку суспільних інститутів, у яких запропоновано шляхи вдосконалення методологічних основ функціонування останніх. Так, науковці аналізують методологічний апарат сучасної юридичної антропології, звертають увагу на проблему гендерної рівності та гуманізму як принципів права. Триваюча розбудова в Україні правової держави потребує глибокого та всебічного наукового обґрунтування окремих напрямів реалізації державної політики та розвитку соціуму. Саме тому науковці актуалізують проблематику методології конституціоналізму та особливостей формування громадянського суспільства у контексті глобалізаційних процесів. Досліджуючи теоретичні питання, вчені звертають увагу на проблеми понятійно-категоріального апарату сучасної юридичної науки. Вагоме наукове значення мають філософські дослідження щодо дискурсу віктимності у вітчизняному правовому полі та соціетальності та аутопойезису правового порядку.

Значна увага приділена науковцями і проблематиці міжнародного права, яке на сучасному етапі є в багатьох аспектах основою розвитку вітчизняної правової системи. Вченими досліджено проблеми міжнародного кримінального права, юридичної відповідальності міжнародних інституцій та організацій, а також порядок вирішення спорів у світлі глобалізації.

Пізнання сучасності та створення моделей майбутнього неможливе без ґрунтовного знання історії з її здобутками та помилками. Нині у наукових колах актуалізуються дослідження витоків права та розвитку державних інституцій. У представленому збірнику вченими крізь призму історії досліджені розвиток митного законодавства в Україні, правова фікція у західній науці, інститут закриття кримінальної справи у вітчизняному законодавстві, реакція держави та суспільна на плагіат на різних етапах розвитку суспільства, виокремлення адміністративно-правових санкцій, становлення та розвиток будівельного законодавства, еволюція інституту апеляційного судочинства на українських землях, особливості розвитку законодавства про військові злочини в УРСР в період з 1921 по 1924 роки тощо.

Не менш важливим є висвітлення вченими проблем боротьби зі злочинністю. Нині найвагомішою подією у розвитку наук кримінально-правового циклу є впровадження у практику нового Кримінально-процесуального кодексу

України. Створення системи змагального судочинства вимагає перегляду установлених поглядів щодо окремих інститутів, методик та тактичних прийомів виявлення та розслідування злочинів. Тому своєчасними є наукові розробки щодо процесуалізації оперативно-розшукової діяльності у контексті реформування кримінально-процесуального законодавства України, перспектив взаємодії України з Міжнародним кримінальним судом. Останніми роками правоохоронні органи України зіштовхнулись із активною криміналізацією сфери економіки, земельних відносин та функціонування інноваційних технологій. Наведене зумовило активний науковий пошук шляхів декриміналізації мережі Інтернет, використання господарсько-правових засобів детінізації економіки у контексті протидії легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, а також вивчення ознак злочинів у сфері земельних відносин.

У контексті боротьби зі злочинністю важливим напрямом залишається вдосконалення каральної політики держави. У зв'язку з цим науковці розглядають проблематику створення служби пробації в Україні, а також аналізують об'єкт конкуренції при призначенні покарання. Крім того, науковці звертаються до проблем, які привертати увагу вчених протягом всієї історії розвитку юридичної науки, зокрема щодо значення соціальних зв'язків між злочинцем і потерпілим для кваліфікації злочинів, значення використання зв'язку «жертва–злочинець» у розслідуванні злочинів тощо.

Значна увага у збірнику приділена міждисциплінарним дослідженням. Зокрема, вченими проаналізовано питання розширення повноважень Антимонопольного комітету України у взаємовідносинах із суб'єктами господарювання; процедурну форму реалізації функції кадрового забезпечення діяльності судів; місце прокуратури у системі розгляду звернень громадян; деякі аспекти інформатизації податкової служби України; сучасні тенденції розвитку управління морськими портами у транспортній інфраструктурі України; принципи виборчого права України; участі національних меншин у виборах; дисциплінарну відповідальність суддів як різновид юридичної відповідальності; місце кадрового забезпечення у системі діяльності, що пов'язана із забезпеченням функціонування Конституційного Суду України.

Безумовно, що перелік та короткий аналіз наукових проблем, які висвітлені у цьому збірнику, не віддзеркалюють різноманіття сучасної юридичної думки. Водночас сподіваємось, що представлені матеріали зацікавлять широке коло читачів, зокрема студентів, науковців та практиків, а також усіх, хто цікавиться розвитком правового життя нашої держави.

*Сергій КІВАЛОВ*

доктор юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України,  
президент Національного університету  
«Одеська юридична академія»,  
голова Комітету Верховної Ради  
України з питань правосуддя

## Розділ 1

# ПРАВОВЕ ТА ІНСТИТУЦІОНАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАЛОГО РОЗВИТКУ СУСПІЛЬСТВА



## ПРОЦЕСУАЛЬНІ ФОРМИ У ДІЯЛЬНОСТІ АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДІВ: ПРАВОВА ПРИРОДА І ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

Здійснення теоретико-правового аналізу проблеми сутності процесуальних відносин щодо перегляду судових рішень визначило потребу їх сприйняття з позицій відповідних процесуальних форм. Саме такий підхід обумовлений наявністю теоретичного, прикладного та соціально-правового значення розвитку процесуальних відносин. Так, теоретичне значення дослідження процесуальної форми перегляду судових рішень полягає в опрацюванні та вдосконаленні понятійно-категоріального апарату, внаслідок чого є можливими системні зміни у процесуальному законодавстві. Прикладне значення такого наукового пошуку полягає у формуванні ефективної, законодавчо закріпленої моделі гарантування законності в адміністративному судочинстві, що, у свою чергу, обумовлює соціально-правове значення дослідження процесуальних форм перегляду судових рішень, яке полягає у посиленні юридичних гарантій реалізації прав, свобод, законних інтересів у публічно-правових відносинах суб'єктами, які не наділені владними повноваженнями.

Слід зазначити, що генезис наукового визначення сутності категорії «процесуальна форма» характеризується, насамперед, джерелами формування теоретичної конструкції, які стосуються діяльності державних органів, та поступовою трансформацією на вищий щабель узагальнення шляхом виокремлення категорії «юридичний процес». Проте власне змістовні ознаки процесуальної форми потребували подальшого опрацювання.

З урахуванням викладеного, слушним є встановлення тенденції формування терміна «процесуальні форми» та здійснення його конкретизації, враховуючи предметну спрямованість щодо відносин, пов'язаних із переглядом судових рішень адміністративними судами.

Науковий аналіз доцільно здійснити, враховуючи доктринальні положення, сформульовані В. М. Горшенювим, про юридичний процес та його першочергову ознаку — вираження через операції з нормами права у зв'язку з вирішенням певних юридичних справ уповноваженими державними органами, їх посадовими особами тощо. Якщо юридичну справу розуміти широко — як певний результат, що прагне досягти особа, яка вчиняє юридично значущі дії, то категорію правової форми можна поширити не тільки на діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, як таких, що реалізують компетенцію, встановлену чинним законодавством, але й на діяльність суб'єктів, що не наділені владними повноваженнями, — фізичних та юридичних осіб. Маються на увазі випадки, коли вказані суб'єкти реалізують дозвільний принцип правового регулювання, тобто діють так, як не заборонено законом, але у межах закону. Це стосується, наприклад, питань реєстраційної діяльності, коли фізична чи юридична особа вчиняє сукупність

юридично значущих дій з метою здійснення реєстрації як суб'єкта підприємництва. У такому разі така особа вчиняє дії у формі, що підпадає під ознаки правової. Здобутки В. М. Горшенюва щодо ознак правової форми, а також обґрунтоване визначення категорії «правова форма» можуть бути покладені в основу визначення сутності та змісту процесуальної форми як різновиду правової форми [1].

А. О. Селіванов підкреслює доцільність виокремлення широкого змісту процесуальної форми. У такому розумінні процесуальну форму пов'язують з реалізацією демократичних принципів державного управління суспільством [2].

Поняття процесуальної форми виокремлювала О. Ф. Скакун. Вчена зазначала, що процесуальна форма — це система однорідних юридичних засобів, дій та операцій, визначених у процесуальному законодавстві і пропонуваніх учасниками юридичної діяльності для вирішення всіх питань, які виникають у юридичному процесі [3].

Значення процесуальної форми з точки зору розвитку теорії права підкреслюють автори підручника із загальної теорії держави і права, підготовленого за редакцією М. В. Цвіка, О. В. Петришина (2009). Учені зазначають, що процесуальна форма як наукова конструкція розкриває структурно-технологічну характеристику правової форми діяльності. Це система передбачених процесуальним правом юридичних засобів, дій та операцій, за допомогою яких урегульовуються питання, що виникають у юридичному процесі. Основу процесуальної форми становлять багаторазова повторюваність певних юридичних дій та операцій, способів та засобів їх здійснення, їх стабільність і навіть стереотипність за наявності відповідних суспільних відносин та передумов [4].

Узагальнюючи наведені думки вчених щодо сутності процесуальної форми, можна сказати, що процесуальна форма є вторинною і стосується реалізації матеріальних норм. При цьому вказувати на процесуальну форму можна тоді і тільки тоді, коли вона є проявом сукупності однорідних дій, спрямованих на досягнення конкретного матеріально-правового результату.

Отже, процесуальною формою як різновиду правової форми доцільно назвати зовнішній прояв (вияв) юридичних засобів, дій та операцій, які здійснюються уповноваженими особами (фізичними чи юридичними), спрямованими на реалізацію матеріальної норми. Сформульоване поняття процесуальної форми дозволяє підкреслити її правовий зміст та співвідношення із загальною категорією «правова форма».

Як зазначає В. С. Стефанюк, належна правова процедура — це застосування права судами відповідно до встановлених та санкціонованих державою юридичних принципів і процедур для гарантування та захисту конституційних та особистих прав людини і громадянина, у тому числі і юридичних осіб. Учений підкреслює, що основою європейського стандарту концепції процесуальної належної правової процедури є право на справедливий судовий розгляд, що гарантується ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р. [5]. Отже, ознаками належної правової процедури визначено: а) суд як суб'єкт застосування; б) предметну спрямованість на застосування



права; в) регламентацію та встановлення державою; г) спрямованість на реалізацію публічно-правової мети.

Доктрину належної правової процедури було наведено щодо правозастосовної діяльності судів. Якщо поширити вказану доктрину на всі форми процесуальної діяльності уповноважених державних органів, то слід підкреслити диверсифікацію кінцевої мети застосування належної правової процедури. Так, якщо така процедура розглядається у контексті діяльності органів виконавчої влади як суб'єктів адміністративної юрисдикції у провадженні у справі про адміністративні правопорушення, то мету її застосування слід виокремити на підставі норми ст. 1 Кодексу України про адміністративні правопорушення [6]. Доктрину належної правової процедури можна застосувати щодо неюрисдикційних відносин за участі органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування. У такому разі її метою є гарантування реалізації громадянами, іншими категоріями фізичних осіб, що законно перебувають на території України, їхніх конституційних прав: на вільний розвиток своєї особистості (ст. 23), відсутність 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 (ст. 24), на право іноземців та осіб без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуватися тими самими правами і свободами, як і громадяни України (ст. 26) тощо. Зокрема, реалізація права на підприємницьку діяльність, що не заборонена законом (відповідно до ст. 42 Конституції України [7]), передбачає легітимацію суб'єкта, який набуває такого права шляхом здійснення низки дозвільних процедур, згідно з чинним законодавством (реєстрації, ліцензування тощо).

Зважаючи на існування різної кінцевої мети застосування належної правової процедури, доцільно передбачити широке і вузьке розуміння процесуальної форми. У широкому розумінні процесуальна форма являє собою зовнішній прояв (вияв) юридичних засобів, дій та операцій, які здійснюються уповноваженими особами (фізичними чи юридичними), спрямованими на реалізацію матеріальної норми. Вузьке розуміння процесуальної форми передбачає визначення її змісту залежно від відповідної мети реалізації належної правової процедури.

Наявність різних цілей реалізації належної правової процедури у певних відносинах є підставою виокремлення різних процесуальних форм діяльності судів (адміністративних судів), позасудових відносин у сфері адміністративної юрисдикції, позитивної (неюрисдикційної) діяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування. У зв'язку із цим загальне визначення сутності категорії «процесуальна форма», зважаючи на предметну спрямованість та суб'єктний склад відповідних процесуальних дій, має бути конкретизованим. Предметна спрямованість судового адміністративного процесу стосується розгляду адміністративних справ та постановлення адміністративним судом законного рішення, якими така справа вирішується по суті.

Слід зазначити, що застосування права адміністративними судами здійснюється тільки на підставі і в порядку, встановленому правовою нормою. Саме

норма права, за своєю природою, визначає модель можливої та необхідної поведінки суб'єктів, яка відповідає інтересам суспільства і держави [8]. У зв'язку із цим логічно вказати на те, що належна процедура, яка здійснюється у межах реалізації судової адміністративної юрисдикції, встановлена відповідними процесуальними нормами. Процесуальними нормами визначаються порядок і умови реалізації повноважень адміністративного суду, учасників судового адміністративного процесу. Сукупність процесуальних норм, якими вичерпно і послідовно регламентовано порядок реалізації судової адміністративної юрисдикції, являє собою юридичну конструкцію — процесуальну форму реалізації адміністративного судочинства.

Ознаку урегульованості належної правової процедури відповідними процесуальними нормами має бути враховано при уточненні визначення сутності процесуальної форми діяльності адміністративних судів.

Застосування критерію суб'єктного складу вчинення процесуальних дій у межах судового адміністративного процесу дозволяє вказати на процесуальну форму діяльності осіб, які беруть участь у справі (позивача, відповідача, третіх осіб, представників, органів та осіб, яким надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб), інших учасників процесу (секретаря судового засідання, судового розпорядника, свідка, експерта, спеціаліста, перекладача). Як вірно зазначає О. В. Бачун, особливості правового статусу кожного суб'єкта адміністративного судочинства впливають на процесуальні форми реалізації їх інтересів у судовому адміністративному процесі. При цьому способи реалізації адміністративної процесуальної правосуб'єктності для різних суб'єктів адміністративного судочинства можуть наставати у різний час [9].

Якщо врахувати суб'єктний склад процесуальних дій, що здійснюються у межах судового адміністративного процесу, то можна виокремити процесуальну форму реалізації суб'єктами та учасниками процесу правового статусу. Такою формою доцільно назвати сукупність однорідних процесуальних дій, які здійснюються кожним суб'єктом (учасником) судового адміністративного процесу з метою досягнення конкретного результату, що впливає з мети участі у процесі і пов'язаний із сприянням у прийнятті правосудного рішення.

Наявність ознаки зв'язку юридичних засобів, дій та операцій із конкретним матеріально-правовим результатом є підґрунтям виокремлення процесуальних форм діяльності адміністративного суду залежно від результату такої діяльності.

У правовій доктрині спрямованість правового захисту визначено так. Г. П. Тимченко, посилаючись на Т. І. Ілларіонову, зазначає, що шляхом правового захисту відбувається: 1) відновлення первинного стану потерпілого; 2) припинення порушення шляхом позбавлення акта (події) сили «регулятивного» юридичного акта; 3) охоронно-забезпечувальний вплив шляхом створення додаткових правових умов для безперешкодного здійснення ущемлених прав та інтересів; 4) еквівалентна компенсація порушених прав. При цьому найбільш повно та всебічно захист прав та законних інтересів досягається за допомогою цивільно-правових способів [10].

Наведений підхід щодо визначення змісту права на захист стосується способів, передбачених цивільним процесуальним законодавством, що позначається на спрямованості реалізації такого права. Проте цивільно-правовий захист, як і захист у публічно-правових відносинах, що здійснюється адміністративними судами, належить до правосуддя, а тому мають місце спільні засади цивільного та судового адміністративного процесів. Зокрема, такими можна назвати припинення порушення, охоронно-забезпечувальний вплив. Якщо звернутися до визначення принципів указаних процесів у відповідних процесуальних кодексах — Цивільному процесуальному кодексі України [11] (далі — ЦПК України) та КАС України [12], можна вказати на наявність спільних за сутністю принципів, про що вже було зазначено у дисертаційному дослідженні Е. Ю. Шведа [13]: верховенство права (ст. 7 КАС України); законність (ст. 7 КАС України, ст. 2 ЦПК України); рівність усіх учасників процесу перед законом і судом (ст. 7 КАС України, ст. 5 ЦПК України); змагальність сторін, диспозитивність (ст. 7 КАС України, ст.ст. 10, 11 ЦПК України); гласність і відкритість процесу (ст. 7 КАС України, ст. 6 ЦПК України); забезпечення апеляційного та касаційного оскарження (ст. 7 КАС України, ст. 13 ЦПК України); обов'язковість судових рішень (ст. 7 КАС України, ст. 14 ЦПК України); державна мова судочинства (ст. 10 Конституції України, ст. 7 ЦПК України).

Якщо звернутися до доктринальних положень, сформульованих та обґрунтованих ученими щодо сутності правосуддя, можна вказати на фактичну тотожність за сутністю існуючих наукових підходів. Так, правосуддя сприймається особливою державною владною функцією, що здійснюється судом від імені держави шляхом розгляду й вирішення кримінальних, цивільних, адміністративних і господарських справ [14]. В юридичних довідкових та енциклопедичних виданнях правосуддя визначено або як форму захисту права судовою владою [15], або з позицій правозастосовної діяльності суду щодо розгляду та вирішення у встановленому законом процесуальному порядку віднесених до його компетенції цивільних, господарських, кримінальних та адміністративних справ з метою охорони прав та свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб та інтересів держави [16]. Ознаками правосуддя названо: 1) суб'єктом правосуддя в державі може бути тільки суд; 2) завданням суду є розгляд і вирішення судових справ (цивільних, кримінальних, адміністративних, господарських); 3) метою судочинства є забезпечення конституційних прав і свобод людини і громадянина, прав та законних інтересів юридичних осіб, суспільства і держави; 4) правосуддя здійснюється виключно за встановленою законом процедурою; 5) результатом правосуддя є судові рішення, яке має загальнообов'язковий характер для всіх органів, підприємств, установ, організацій, службових осіб та громадян і підлягає виконанню на всій території України [14], а також 6) здійснення на конституційних засадах; 7) процедури відправлення врегульовано на основі кодифікованих актів, які докладно регламентують порядок, процесуальну форму судового розгляду та рішень, які виносить суд; 8) судові рішення ухвалюються іменем України [17]. П. В. Вовк слушно обґрунтовує необхідність доповнення переліку ознак положенням про

призначення суду в механізмі держави — бути арбітром у спорах про право [18].

Вказані вище ознаки підтверджують наявність процесуальної форми відправлення правосуддя як універсального способу захисту прав, свобод, інтересів серед інших форм захисту. Про універсальність судового захисту зазначали вчені ще у 60–70-х рр. минулого століття [19, 20].

Що стосується адміністративної юстиції, то її ознаки сформульовано А. О. Селівановим: 1) це правосуддя, тобто діяльність спеціалізованих судів у процесуальній формі; 2) адміністративна юстиція полягає у розгляді й вирішенні спорів між громадянами, юридичними особами та суб'єктами адміністративної влади; 3) така юстиція розглядає справи з позицій верховенства права, які мають перевірятися судами щодо незалежності й обґрунтованості актів, владних дій (бездіяльності); 4) судове правозастосування процесуальних форм дослідження управлінських дій (актів) та реалізації владно-розпорядчих повноважень суб'єктами влади має за мету захист прав і свобод людини і громадянина [21].

Узагальнення вищенаведених теоретико-правових підходів щодо визначення сутності й призначення процесуальної форми, адміністративної юстиції, адміністративного судочинства дозволяє виокремити такі ознаки процесуальної форми діяльності адміністративних судів: а) є зовнішнім виявом юридичних засобів, дій та операцій, однорідність та послідовність здійснення яких проявляється у провадженні; б) урегульована адміністративною процесуальною нормою; в) полягає у застосуванні права адміністративними судами; г) результатом є постановлення (прийняття) судом законного рішення, яке має загальнообов'язковий характер для всіх органів, підприємств, установ, організацій, службових осіб та громадян і підлягає виконанню на всій території України; д) предмет судового рішення полягає у вирішенні спору про право у публічно-правових відносинах; ж) є універсальним способом захисту прав, свобод, законних інтересів у публічно-правових відносинах.

Отже, процесуальна форма діяльності адміністративних судів являє зовнішній вияв урегульованих адміністративною процесуальною нормою юридичних засобів, дій та операцій щодо застосування права адміністративними судами у порядку здійснення адміністративного судочинства як універсального способу захисту прав, свобод, законних інтересів у публічно-правових відносинах шляхом здійснення провадження, в результаті якого судом (судею) постановляється (приймається) законне рішення, яким закріплюється вирішений по суті спір про право.

Сформульоване визначення є загальним і охоплює однорідні дії адміністративних судів першої інстанції, апеляційних адміністративних судів, Вищого адміністративного суду України як суду касаційної інстанції та суду першої інстанції по окремих категоріях справ адміністративної юрисдикції, Верховного Суду України, адміністративних судів при перегляді судового рішення за нововиявленими обставинами. Оскільки сутність процесуальної форми розкрито через провадження та їхню спрямованість, цілком доречним вбачається систематизація процесуальних форм діяльності адміністративних судів на такі

види: процесуальна форма провадження в адміністративному суді першої інстанції та процесуальні форми проваджень щодо перегляду судових рішень. Останні процесуальні форми поділяються на: апеляційне провадження, касаційне провадження, провадження щодо перегляду судових рішень Верховним Судом України, провадження за нововиявленими обставинами.

Визначаючи різницю між правом звернення до адміністративного суду за захистом у суді першої інстанції та правом на оскарження судових рішень та їх перегляд, слід звернутися до доктрини цивільного процесу. Зокрема, підкреслено, що право на оскарження судових рішень є похідним від права звернення до суду за захистом [22]. Враховуючи похідний характер проваджень щодо перегляду судових рішень та визначення процесуальної форми діяльності адміністративних судів, можна сформулювати поняття процесуальної форми перегляду судових рішень адміністративними судами.

Процесуальними формами перегляду судових рішень адміністративними судами доцільно визначити провадження, пов'язані з оскарженням судових рішень адміністративних судів, які є похідними від проваджень, пов'язаних із захистом прав, свобод, законних інтересів в адміністративних судах першої інстанції.

Слід зазначити, що ознака однорідності, яка дозволяє систематизувати певні дії, операції з нормами права, притаманна організаційним діям щодо забезпечення діяльності адміністративних судів (матеріально-технічного, фінансового, кадрового, інформаційного тощо), здійснення документообігу, організації діяльності апарату суду тощо. Проте не всі організаційні дії, що мають ознаку однорідності, реалізуються у процесуальній формі за належною правовою процедурою. Вказане стосується, зокрема, матеріально-технічного забезпечення, реалізації представницької функції Головою Верховного Суду України (відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 41 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [23]) тощо. Вказане означає, що організаційні форми діяльності адміністративних судів не завжди можуть бути правовими, а також мати процесуальні форми, які реалізуються за належною правовою процедурою. До правових організаційних форм слід віднести, насамперед, процедури кадрового забезпечення діяльності судів, функціонування автоматизованої системи документообігу. Таким чином, можна говорити про те, що організаційна діяльність щодо адміністративного судочинства здійснюється як в організаційних, так і в організаційно-правових формах.

Визначення процесуальної форми через зовнішній вияв певних послідовно здійснюваних дій, що впливає з їх урегулювання процесуальною нормою, є підґрунтям подальшого наукового пошуку у напрямку встановлення сутності процесуальних актів, якими закріплюються рішення, що приймаються під час здійснення судового адміністративного процесу, адже вони є предметом судового контролю законності відправлення правосуддя судами першої та апеляційної інстанцій.

Порівняння змісту визначень терміна «акт» у різному значенні, в тому числі виходячи із його правореалізаційної правової природи [13, 16, 24–28],

надає можливість зазначити, що визначення змісту акта, наведеного у Великому енциклопедичному юридичному словнику, підготовленому за загальною редакцією академіка НАН України Ю. С. Шемшученка, дозволяє охопити визначенням найширшу кількість дій, які вчиняє держава, у тому числі і шляхом судового захисту, у певній формі — формі акта. Тому, виходячи зі змісту зазначеного у Великому енциклопедичному словнику визначення поняття «акт юридичний», можна виокремити такі ознаки такого акта: а) є формою волевиявлення держави; б) через нього держава виражає свою волю та об'єктивує її; в) створює передумови узгодження із цією волею поведінки учасників суспільних відносин; г) є формально визначеною формою; д) містить обов'язкові для виконання приписи.

Отже, враховуючи доктринальне тлумачення сутності терміна «акт юридичний», його доцільно застосовувати тільки у разі встановлення форми вчинення юридично значущих дій держави в особі державних органів, їх посадових осіб.

При цьому слід зазначити, що іншою складовою запропонованого Е. Ю. Шведом терміна «акт-документ» є категорія «документ». Закон України «Про інформацію» визначає документ як матеріальний носій, що містить інформацію, основними функціями якого є її збереження та передавання у часі та просторі [29]. Тим самим у Законі України «Про інформацію» підкреслено функціональне призначення документа та змістовне навантаження за відсутності його персоніфікації чи конкретизації.

У Словнику базової термінології з адміністративного права документ визначено як діловий папір, що виданий за підписом уповноваженої особи (осіб), має визначені реквізити і викладений у письмовій формі. Зазвичай документ підтверджує юридичний факт або право особи. Документом є також офіційне посвідчення особи (паспорт, посвідчення тощо); матеріальна форма одержання, зберігання, використання й поширення інформації, зафіксованої на папері, магнітній, кіно-, фотоплівці, оптичному диску або іншому носії [30].

Звернення до зазначеного вище Великого енциклопедичного юридичного словника дозволяє вказати на визначення у ньому змісту документа як матеріальної форми відображення, поширення, використання і зберігання інформації, яка надає їй юридичної сили. Документ може фіксуватися не лише на папері, але й на магнітних чи інших носіях, кіно-, відео- та фотоплівці. Характерною особливістю документа є те, що він матеріалізується лише у письмовій формі [13].

Зважаючи на предмет цього дослідження, серед наведених у Великому юридичному словнику, підготовленому за загальною редакцією академіка НАН України Ю. С. Шемшученка, класифікаційних ознак документа особливе значення мають ознаки: а) сфери застосування й призначення; б) повноважень суб'єктів прийняття; в) змісту. За ознакою сфери застосування й призначення документи поділяють на такі основні види: управлінські, організаційні, розпорядчі, довідково-інформаційні, контрактні, процесуально-правові. За ознакою повноважень суб'єктів прийняття документи поділяють на публічні (видають органи влади і громадські організації) та приватні (особисті заяви, клопотання,

рукописи тощо). За змістом публічні поділяють на закони, укази, постанови та інші нормативно-правові документи. Нормативно-правовими документами є: а) інструкції, накази, рішення та інші акти міністерств, комітетів, відомств центральних державних органів виконавчої влади, які відповідно до ст. 117 Конституції України підлягають реєстрації у порядку, встановленому законом; б) рішення голів місцевих державних адміністрацій, обласних, міських, районних та сільських рад у межах їх повноважень, визначених законодавством; в) судово-прокурорські акти (виконавчі листи, вирoki, рішення, ухвали тощо); г) цивільно-правові акти (договори, заповіти, нотаріальні записи); д) фінансові документи (акредитиви, поліси тощо); е) документи статистичного, бухгалтерського обліку (акти документальних ревізій, баланси, грошові відомості тощо); ж) положення, статuti, рішення громадських організацій, які в установленому порядку підлягають реєстрації; ж) офіційне посвідчення особи (атестат, диплом, паспорт, трудова книжка тощо). Підкреслено, що саме реквізити документа — назва, заголовок, адресат, текст, підпис тощо — надають документу юридичної значущості. Серед вимог до складання та оформлення документа зазначають: достовірність; відповідність призначенню, формі; відсутність юридичних та граматичних помилок; укладання й завірення уповноваженою особою [13].

Враховуючи викладення змісту терміна «документ» в енциклопедичних та довідкових виданнях та узагальнюючи їх, можна назвати такі ознаки документа: а) є матеріальною формою відображення, поширення, використання і зберігання інформації; б) надає інформації юридичної сили; в) фіксується на різних носіях, але матеріалізується у письмовій формі; г) підтверджує юридичний факт чи право особи, а також офіційне посвідчення особи; д) має реквізити — назва, заголовок, адресат, текст, підпис тощо, які надають йому юридичної значущості; ж) відповідає вимогам: достовірність; відповідність призначенню, формі; відсутність юридичних та граматичних помилок; укладання й завірення уповноваженою особою.

Спираючись на класифікацію документів, наведену у Великому енциклопедичному юридичному словнику, підготовленому за загальною редакцією академіка НАН України Ю. С. Шемшученка, можна зазначити, що ті процесуальні акти, які приймаються при перегляді судового рішення, відносяться до процесуально-правових, публічних, судово-прокурорських актів.

Не заперечуючи у цілому проти наведеної у Великому енциклопедичному юридичному словнику класифікації, слід зазначити, що поза нею залишилась низка документів, які використовуються при вчиненні процесуальних дій деякими учасниками судового адміністративного процесу в цілому та при перегляді судових рішень, зокрема. Вказане стосується, наприклад, журналу судового засідання, ведення якого передбачене ст. 42 КАС України; клопотань осіб, які беруть участь у справі; виписки з матеріалів справи тощо. Таким чином, класифікація документів, яка запропонована у Великому енциклопедичному юридичному словнику, не є остаточною і потребує подальшого удосконалення. При цьому більш докладно має бути здійснено класифікацію публічних процесуальних документів.

Якщо встановити відповідність ознакам юридичного акта формам юридично значущих дій, які вчиняються при перегляді судових рішень, то під ці ознаки підпадають форми дій, які вчиняють такі учасники судового адміністративного процесу: 1) суд (суддя) як представник держави, що виконує державну функцію відправлення правосуддя; 2) деякі категорії законних представників, насамперед тих, які визначені ст. 60 КАС України: Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, прокурор, органи державної влади, що діють як органи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб; 3) інші учасники адміністративного процесу: секретар судового засідання, судовий розпорядник, свідок, експерт, спеціаліст, перекладач, що діють як представники держави.

Процесуальний статус судового розпорядника як особи, яка виконує державну функцію, яку віднесено КАС України до групи інших учасників судового процесу, не розглядається, зважаючи на те, що ним не приймаються та від його імені не подаються процесуальні акти до головуючого у судовому засіданні. Відповідно до ч. 2 ст. 64 КАС України, судовий розпорядник: 1) забезпечує належний стан зали судового засідання і запрошує до неї учасників адміністративного процесу; 2) оголошує про вхід суду до зали судового засідання і вихід суду з неї; 3) слідкує за дотриманням порядку особами, присутніми у залі судового засідання; 4) приймає від учасників адміністративного процесу та передає документи й матеріали суду під час судового засідання; 5) виконує розпорядження головуючого про приведення до присяги перекладача, експерта; 6) запрошує до зали судового засідання свідків та виконує розпорядження головуючого про приведення їх до присяги; 7) виконує інші розпорядження головуючого, пов'язані із забезпеченням умов, необхідних для розгляду адміністративної справи.

Оскільки форми закріплення процесуальних дій судом (суддею), Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, прокурором, органами державної влади у судовому адміністративному процесі, іншими учасниками адміністративного процесу підпадають під ознаки акта та під ознаки документа, то форми закріплення зазначеними суб'єктами дій доцільно назвати актами-документами. Форми закріплення процесуальних дій учасниками судового адміністративного процесу, які не представляють державу і не виконують державних функцій, доречно назвати документами.

Процесуальні акти-документи доцільно визначити як юридично закріплену форму волевиявлення держави у процесуальних відносинах із приводу відправлення правосуддя у справах адміністративної юрисдикції, в яких установлено приписи, обов'язкові для виконання адресатами.

Документами можна визначити матеріальну форму відображення, поширення, використання і зберігання інформації, що надає їй юридичної сили, яка підтверджує юридичний факт чи право особи в адміністративних процесуальних відносинах із приводу адміністративного судочинства, а також офіційне посвідчення особи, та має формально визначені реквізити, які надають документу юридичної сили. Категорією, яка дозволяє об'єднати поняття акта-



документа та документа, є категорія процесуального акта. Враховуючи результати здійсненого аналізу сутності актів-документів, документів, їх відповідні ознаки, можна сформулювати поняття процесуальних актів, конкретизуючи його відповідно до предмета дослідження.

Отже, процесуальні акти при перегляді судових рішень є правовими формами процесуальних дій суду та учасників відповідного процесу перегляду, через які держава об'єктивує свою волю щодо контролю законності під час відправлення правосуддя, а ті учасники, які не здійснюють державних функцій (тобто не є суб'єктами владних повноважень), захищають свої права, свободи та законні інтереси.

Враховуючи, що категорія «правова форма» підкреслює правову сутність процесуальних актів при перегляді судових рішень, що проявляється в наявності правових наслідків їх прийняття (постановлення), і є загальною, доцільно уточнити видову належність цих актів.

Виокремлення процедурної форми актів, які приймаються (постановляються) судом, учасниками судового адміністративного процесу, здебільшого має умовний характер, проте дозволяє підкреслити локальний характер дій, пов'язаних з оформленням таких актів.

Отже, до процедурних форм у системі правових форм функціонування адміністративного судочинства віднесено акти, якими закріплюються дії суду, учасників судового адміністративного процесу, у тому числі — і при перегляді судових рішень.

Враховуючи цей висновок, можна остаточно сформулювати поняття процесуальних актів при перегляді судових рішень. Такими визначено різновид правових форм — процедурні форми процесуальних дій суду та учасників відповідного процесу перегляду, через які держава об'єктивує свою волю щодо контролю законності під час відправлення правосуддя, а ті учасники, які не здійснюють державних функцій (тобто не є суб'єктами владних повноважень), захищають свої права, свободи та законні інтереси.

В основу класифікації процесуальних актів, які приймаються та використовуються (подаються) у процесі перегляду судових рішень, покладено ознаку необхідності юридичного оформлення шляхом забезпечення викладення за формально визначеними правилами, у тому числі — за наявності реквізитів:

- тих, що потребують належного оформлення;
- тих, що такого оформлення не потребують.

Слід також сказати про необхідність класифікації актів у сфері судового адміністративного процесу в цілому та при перегляді судових рішень, зокрема, за ознакою належності до зазначеного процесу. За цією ознакою доцільно виокремити два види актів:

- процесуальні;
- позапроцесуальні (організаційні).

Здійснення такої класифікації актів певною мірою виходить за межі предмета цього дослідження, однак її здійснення дозволяє виокремити ті акти, які використовуються з метою організації відправлення правосуддя адміністратив-

ними судами на будь-якій стадії судового адміністративного процесу. Зазначене стосується, наприклад, актів, що приймаються у процесі функціонування автоматизованої системи документообігу суду, відповідно до ст. 15–1 КАС України [12]. Це акти, які пов'язані з реєстрацією вхідної та вихідної кореспонденції; реєстраційна заява; акт, в якому закріплюється визначення судді або колегії суддів для розгляду конкретної справи тощо.

До процесуальних актів, які потребують належного юридичного оформлення, можна віднести такі:

всі акти, які приймає суд у процесі відправлення правосуддя (постанови, ухвали);

документи, які підтверджують повноваження представника;

документи, які посвідчують право експерта надавати експертні висновки;

висновок експерта (ст. 66 КАС України);

документи, які посвідчують кваліфікацію спеціаліста;

документи, на підставі яких адміністративний суд відкриває провадження у справі адміністративної юрисдикції, а також у зв'язку з переглядом такої справи;

документи, які використовуються під час підготовчого провадження та в процесі розгляду справи, у тому числі — й у зв'язку з переглядом судового рішення;

документи, які використовуються при виконанні судового рішення.

Отже, правові форми діяльності адміністративних судів доцільно поділити на процесуальні та організаційно-правові. Процесуальні форми, у свою чергу, поділено на дві підгрупи: власне процесуальні (провадження) та процедурні форми. Підгрупу власне процесуальних форм становлять такі провадження: в адміністративному суді першої інстанції та щодо перегляду судових рішень (апеляційне провадження, касаційне провадження, провадження щодо перегляду справ Верховним Судом України, провадження за нововиявленими обставинами). Процедурними формами названо акти, якими закріплюються дії суду, учасників судового адміністративного процесу, у тому числі — й при перегляді судових рішень. До організаційно-правових форм віднесено, зокрема, кадрове забезпечення діяльності судів, функціонування автоматизованої системи документообігу суду. Слід зазначити, що організаційна діяльність у галузі адміністративного судочинства не завжди реалізується у правовій формі, на відміну від процесуальної та процедурної форм, які завжди є правовими.

### Література

1. Горшенёв В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе [Текст] / Горшенёв В. М. — М. : Юрид. лит., 1972. — 256 с.
2. Селіванов А. О. Верховенство права в конституційному правосудді: Аналіз конституційної юрисдикції [Текст] / Селіванов А. О. — К.; Х. : Акад. прав. наук України, 2006. — 400 с. — С. 146.
3. Скакун О. Ф. Теорія держави і права [Текст] : підручник / Скакун О. Ф. — К. : Алерта; ЦУЛ, 2011. — 524 с. — С. 489.

4. Загальна теорія держави і права [Текст] : підручник / [М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.] ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2009. — 584 с. — С. 402–403.
5. Стефанюк В. С. Судовий адміністративний процес [Текст] : монографія / Стефанюк В. С. — Х. : Фірма «Консум», 2003. — 464 с. — С. 35–36.
6. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. [Електронний ресурс] // [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)
7. Конституція України від 28.06.1996 р. [Електронний ресурс] // [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)
8. Теорія держави і права. Академічний курс [Текст] : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 688 с. — С. 366.
9. Бачун О. В. Правовий статус суб'єктів адміністративного судочинства [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Бачун Олег Володимирович / Інститут законодавства Верховної Ради України. — К., 2010. — 206 с. — С. 10.
10. Тимченко Г. П. Способы и процессуальные формы защиты гражданских прав [Текст] : дис. ... кандидата юрид. наук : спец. 12.00.03 / Тимченко Геннадий Петрович / Націон. академія України ім. Я. Мудрого. — Х., 2002. — 205 с. — С. 31.
11. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. [Електронний ресурс] // [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)
12. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. [Електронний ресурс] // [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)
13. Швед Е. Ю. Процесуальні акти-документи у адміністративному судочинстві [Текст] : дис. ... кандидата юрид. наук: спец. 12.00.07 / Швед Едуард Юрійович / Харків. Націон. ун-т внутрішн. справ. — Х., 2009. — 207 с. — С. 21.
14. Судові та правоохоронні органи України [Текст] / [Ясинюк М. М., Кузьменко С. Г., Кройтор В. А. та ін.] ; за заг. ред. М. М. Ясинюка. — Суми : Вид-во «МакДен», 2008. — 280 с. — С. 25.
15. Юридический научно-практический словарь-справочник (основные термины и понятия) [Текст] / О. Ф. Скакун, Д. А. Бондаренко / под общ. ред. профессора О. Ф. Скакун. — Х. : Эспада, 2007. — 488 с. — С. 294.
16. Великий енциклопедичний юридичний словник [Текст] / ред. Ю. С. Шемшученко. — К. : ТОВ «Вид-во «Юрид. думка», 2007. — 992 с. — С. 697.
17. Суд, правоохоронні та правозахисні органи України [Текст] / [Захарова О. С., Ковальський В. С., Лукомський В. С. та ін.] ; відп. ред. В. Т. Маляренко. — К. : Юрінком Інтер, 2007. — 352 с. — С. 70–71.
18. Вовк П. В. Захист прав, свобод та інтересів громадян в адміністративному суді першої інстанції [Текст] : дис. ... кандидата юрид. наук : спец. 12.00.07 / Вовк Павло В'ячеславович / Одеська націон. юрид. академія. — О., 2009. — 202 с. — С. 39–40.
19. Воложанин В. П. Несудебные формы разрешения гражданско-правовых споров [Текст] / Воложанин В. П. — Свердловск : Ср.-Уральское книжное изд-во, 1974. — 202 с. — С. 33.
20. Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты [Текст] / Чечот Д. М. — Л. : Изд-во Ленинград. ун-та, 1968. — 72 с. — С. 53.
21. Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. — Т. 2 : Конституційні засади правової системи України і проблеми її вдосконалення [Текст] / за заг. ред. Ю. П. Битяка. — Х. : Право, 2008. — 576 с. — С. 374.
22. Курс цивільного процесу [Текст] : підручник / [В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.] ; за ред. В. В. Комарова. — Х. : Право, 2011. — 1352 с. — С. 374.
23. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 07.07.2010 р. [Електронний ресурс] // [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)
24. Сучасна правова енциклопедія [Текст] / [Зайчук О. В., Копиленко О. Л., Оніщенко Н. М. та ін.] ; за заг. ред. О. В. Зайчука; Ін-т законодавства Верховної Ради України. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 384 с.
25. Основи адміністративного судочинства в Україні [Текст] : навч. посіб. / за заг. ред. Н. В. Александрової, Р. О. Куйбіди. — К. : КНТ, 2009. — 248 с.
26. Миколенко О. І. Теорія адміністративного процедурного права [Текст] : монографія / Миколенко О. І. — Х. : Бурун Книга, 2010. — 336 с.

27. Коломоець Т. О. Тлумачення актів адміністративного законодавства [Текст] : монографія / Т. О. Коломоець, О. І. Костенко. — Запоріжжя : Запорізьк. націон. ун-т, 2011. — 200 с.
28. Коліушко І. Б. Адміністративна юстиція: європейський досвід і пропозиції для України [Текст] / І. Б. Коліушко, Р. О. Куйбіда. — К. : Факт, 2003. — 536 с.
29. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. [Електронний ресурс] // [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)
30. Словник базової термінології з адміністративного права [Текст] : навч. посіб. / за заг. ред. Т. О. Коломоець. — К. : Істина, 2010. — 240 с. — С. 65.

### Анотація

**Ківалов С. В. Процесуальні форми у діяльності адміністративних судів: правова природа і правове регулювання. — Стаття.**

Стаття присвячена визначенню сутності і значення процесуальних форм у діяльності адміністративних судів.

Зміст категорії «процесуальна форма» розкривається у широкому та вузькому значенні. У широкому значенні процесуальна форма являє собою зовнішній вираз сукупності однорідних процесуальних дій щодо застосування права уповноваженими особами (юридичними та фізичними), які спрямовані на отримання конкретного результату, визначеного матеріальною нормою. У вузькому значенні процесуальна форма передбачає визначення її змісту в залежності від мети реалізації належної правової процедури.

**Ключові слова:** адміністративне судочинство, процесуальна форма, перегляд судових рішень, апеляційне провадження, касаційне провадження, додаткові гарантії законності.

### Аннотация

**Кивалов С. В. Процессуальные формы в деятельности административных судов: правовая природа и правовое регулирование. — Статья.**

Статья посвящена определению сущности и значения процессуальных форм в деятельности административных судов.

Содержание категории «процессуальная форма» раскрывается в широком и узком смыслах. В широком смысле процессуальная форма является внешнее проявление совокупности однородных процессуальных действий по применению права уполномоченными лицами (физическими или юридическими), направленными на получение конкретного результата, определённого материальной нормой. Узкое содержание процессуальной формы предусматривает определение её содержания в зависимости от соответствующей цели реализации надлежащей правовой процедуры.

**Ключевые слова:** административное судопроизводство, процессуальная форма, пересмотр судебных решений, апелляционное производство, кассационное производство, дополнительные гарантии законности.

### Summary

**Kivalov S. V. Procedural forms in the administrative courts activity: legal nature and legal regulation. — Article.**

The article is devoted to the definition of the essence and role of the procedural forms in the administrative courts activity.

A content of the category «procedural form» opens up in wide and narrow meanings. In wide meaning a procedural form shows by itself the external display of aggregate of the similar procedural operating under application of law by the authorized persons (physical or legal), directed on the receipt of concrete result, defined by a material norm. Narrow maintenance of procedural form is foreseen by determination of its maintenance depending on the proper purpose of realization of the proper legal procedure.

**Keywords:** administrative legal procedure, procedural form, courts' decisions review, appellate procedure, causational procedure, additional guarantees of legality.

## ГЕНЕЗИС НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ ПАРАДИГМИ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

Конституціоналізм належить до тих фундаментальних цінностей світової культури, які людство удосконалює протягом всієї його історії. Теоретичні витоки конституціоналізму закладено в юридико-правових, філософських, історичних, культурологічних поглядах мислителів минулого. Історично вони збагачуються, наповнюються новим змістом, перманентно розвиваючись, відбивають реалії сучасності.

У генезисі конституціоналізму як соціально-правового феномена можна виокремити три періоди (з відповідними етапами): становлення (передісторію), розвиток (історію) і системне формування. Основою запропонованої періодизації є хронологічний принцип, відповідний історичній логіці виникнення та розвитку конституційно-правових ідей, теорій та їх інституціонального оформлення.

Витоки конституціоналізму простежуються з античних часів. Період до появи перших буржуазних конституцій — це передісторія конституціоналізму. У рамках цього періоду можна виокремити етапи: античність; раннє середньовіччя (IV–X ст.ст.); класичне середньовіччя (друга половина XI — кінець XV ст.); пізнє середньовіччя — ранній Новий час (XVI–XVII ст.ст.). Розвиток конституціоналізму (початок власне історії) припадає на період Нового часу (XVII–XIX ст.). Системне формування конституціоналізму починається з Новітнього часу і триває в сучасності.

Конституціоналізм тісно пов'язаний з конституціями. Цей зв'язок виражено, насамперед, у тому, що нормативною основою конституціоналізму є конституція певної держави та її конституційне законодавство. Крім того, між цими феноменами простежується і термінологічний взаємозв'язок, оскільки конституціоналізм етимологічно походить від слова «constitutio» (конституція), тому аксіоматичним є те, що конституціоналізм є неможливим без конституції. При цьому конституція може бути писаною і неписаною, кодифікованою і некодифікованою. Головне, що конституціоналізм має спиратися на нормативну базу конституційного характеру, яку, як правило, представлено у більшості держав світу конституціями та конституційним законодавством. Витоки конституціоналізму виникають значно раніше, ніж з'являються перші конституції, як слушно зазначив М. П. Орзіх, конституціоналізм відноситься до тих явищ, які «виникли значно раніше, ніж сформувалися уявлення про них» [1, с. 50]. Отже, «першопричиною» конституціоналізму можна вважати духовно-моральні постулати періоду античності та східних цивілізацій.

Так, у період античності виникає юриспруденція як система понять і категорій, яка дає змогу аналізувати та синтезувати уявлення про правила співжиття, засновані на принципі формальної рівності, рівної міри свободи, визнання і

захисту індивідуальних інтересів. Формується римське право, затверджується раціоналістичний підхід до права. В. С. Нерсисянц, аналізуючи розвиток правової думки цього періоду, обґрунтовано вважає, що «первинні міфологічні уявлення (Гомер і Гесіод) повільно поступаються місцем філософському підходу («мудреці», Піфагор, Геракліт, Демокріт), що формується, раціоналістичним інтерпретаціям (софісти), логіко-понятійному аналізу (Сократ, Платон) і, нарешті, зачатковим формам емпірико-наукового (Арістотель) та історико-політичного (Полібій) дослідження держави і права» [2, с. 210].

Ідеї непорушності закону, справедливості і свободи, без яких важко уявити концепцію конституціоналізму, «оспівувалися» в архаїчний період (VII–VI ст. до н. е.) Гомером («Іліада» й «Одіссея»), Гесіодом («Труди і дні») та ін. [3, с. 103].

Одним із перших видів демократичного устрою держави й суспільства стала Афіньська демократія. Свого розквіту Афіньська держава набула при Периклі (бл. 495–429 рр. до н. е.). Його промову «Фукідід. Історія» можна розглядати як свого роду кредо найдавнішої європейської демократії. Аналіз цієї праці дає змогу виокремити такі основні аспекти цієї демократії: приналежність влади народу і наявність представницьких органів правління («і оскільки у нас містом управляє не жменька людей, а більшість народу, то наш державний лад називається народоправством (демократією)»); рівноправність — юридична рівність («у приватних правах усі користуються однаковими правами за законами»); заміщення державних посад не за становим принципом або майновим цензом, а на підставі особистих якостей і здібностей («на почесні державні посади висувають кожного згідно з його заслугами, оскільки він чимось відзначився не через приналежність до певного стану, але через особисту доблесть»); свобода («у нашій державі ми живемо вільно»); законність («у суспільному житті не порушуємо законів, головним чином через повагу до них, підкоряючись владі та законам») [3, с. 128].

Давньогрецька демократія загинула, проте форми прямої демократії, права людини і громадянина, система їх гарантій, механізм прямої законотворчості та інші досягнення афіньської демократії увійшли до інтелектуального багажу теорії і практики конституціоналізму.

Особливий інтерес в аспекті генезису конституціоналізму становить римське право, яке було основною правовою системою у Середземномор'ї. Саме римські юристи сформулювали положення, які увійшли до скарбниці загальнолюдських цінностей: принцип природної рівності людей, гуманності у тлумаченні та застосуванні закону, принцип сприяння особистій свободі особи тощо. Розквіт римської юриспруденції припадає на «Золотий вік» Риму (I–III ст. н. е.). У цей період популярність правознавства була настільки високою, що її активно використовували принцепси для зміцнення верховної влади. Римські юристи розглядали право (*jus*) як складне багатоаспектне явище, виокремлюючи природне (*jus naturale*) і позитивне (*lex*) право. Під позитивним правом розумілися закони, едикти магістрів, рішення сенату, конституції імператорів тощо. Природне право трактувалося як космічний закон і порядок у природі та суспільстві,

завдяки якому люди мали змогу розрізняти належне й неналежне, злочинне й законне, як «те, чого природа навчила все живе», «що завжди є справедливим і добрим». Тому робився висновок про необхідність кореспондування *lex* з *ius naturale*, відповідно до якого позитивне право не мало суперечити основоположним принципам загального порядку і природної гармонії — справедливості (*aequitas*), гуманізму (*humanitas*), доброї совісті (*bonafides*) [4, с. 145–150]. Важливим, в контексті конституціоналізму, є те, що у період Стародавнього Риму інститут власності, становлення та розвиток якого є однією з передумов формування парадигми конституціоналізму, розглядався як найважливіший постулат суспільного і державного устрою. Так, Цицерон, обстоюючи інститут власності, посилаючись на стоїка Панетія, стверджував, що причиною утворення держави як «загального правопорядку» є охорона власності.

Передумови конституціоналізму періоду раннього середньовіччя простежуються у «Варварських правдах» («Салічна правда» Меровінгського королівства Франків [5, с. 32–40], «Аламаннська правда» [5, с. 41–45], «Баварська правда» [5, с. 45–48]) та Едиктах королів, в яких простежувалися паростки основних інститутів конституціоналізму і тих принципів, які надалі набули свого розвитку і закріплення у конституційно-правових документах періоду класичного та пізнього середньовіччя. Ці документи середньовіччя в аспекті конституціоналізму є цікавими передусім тим, що в них віддзеркалено саму ідею права, правового врегулювання основ державності, відображено правосвідомість середньовічних франків і германців, закріплено таку категорію конституціоналізму, як влада, яка має інструментальне значення щодо системи конституціоналізму.

Пам'ятки Візантійського законодавства IX–XI ст. свідчать про високу правову культуру Візантії. Що стосується державної влади, то в цей період встановлюється імператорська влада, запроваджуються загальнодержавні закони замість неписаних місцевих звичаїв. Закон стає засобом посилення авторитарної влади візантійських імператорів. «І оскільки Він (Бог. — А. К.) вручив нам імператорську владу, ми вважаємо, що нічим не можемо віддати Богові належне швидше і краще, ніж управлінням довіреними ним нам людьми — згідно з законом і з правосуддям» [5, с. 104]. Правосуддю приділялася велика увага, зокрема встановлювалися принципи правосуддя: «виносити рішення... згідно з істинною справедливістю», «не зневажати бідних», ставити сторони «у рівні умови», «утримуватися від будь-якого приймання подарунків» [5, с. 105].

Друга половина XI ст. знаменувала собою початок класичного середньовіччя. Щодо тематики конституціоналізму, то особливий інтерес являє собою міське право, із виникненням якого пов'язано формування громадянського суспільства, поява «конституційно-договірного» джерела права — міського статуту. Норми міського права закріплювали принципи міської демократії, право участі городян у міському управлінні, суді, закріпили принципи особистої свободи городян, їхню формальну рівність перед законом. Усі ці положення є тим «острівцем», який у передісторії конституціоналізму має доленосне значення, оскільки саме в цей період зароджуються демократичні принципи конституціоналізму.

Однією з інституціональних складових конституціоналізму є місцеве самоврядування як інститут громадянського суспільства, показник демократичності держави, необхідний елемент конституційного ладу. Система конституціоналізму є неповною без публічно-самоврядної влади. Щодо цього, то особливий інтерес являє собою право Магдебурга, яке, подібно до руанської хартії у Франції або фуерос (хартії) Куенкі на Піренейському півострові, стало моделлю муніципального устрою для міст Німеччини і Центральної Європи. Магдебурзьке право виникло в XII ст., перші його записи належать до XIII ст. На їх підставі наприкінці XII — на початку XIV ст. було створено Вульгату, або Саксонський Вейхбільд, — запис звичаєвого права міст Саксонії. Іншим системним записом Магдебурзького права стала Мейсенська збірка середини XIV ст., або «Магдебурзька квітка», укладена юристом Ніколаусом Вурмом [5, с. 334–335].

Наближеною до сучасного уявлення про конституційні акти, що становлять нормативну основу конституціоналізму, стала Велика Хартія Вольностей 1215 р. Вона посідала особливе місце у розвитку англійської правової думки та істотно вплинула на становлення концептуальних ідей щодо конституціоналізму. Хартія за своїм змістом була документом конституційного характеру, який мав форму королівського подарування, але насправді це був «мирний договір між воюючими сторонами» [6, с. 32] (всередині країни). У Хартії одержали закріплення такі ідеї конституціоналізму, як права, свободи людей (ст. ст. 15–17, 20 тощо), самостійність міст, їх право «мати всі древні вольності та вільні свої звичаї». Важливим є те, що в Хартії закріплювалася система гарантій прав особи, зокрема, у ст. 39 встановлювалося, що «жодна вільна людина не буде заарештована, або ув'язнена, або позбавлена власності, або якимось чином знедолена, і ми не підемо на неї і не пошлемо на неї інакше, як за законним вироком рівних їй (її перів) і за законом країни». Ці положення історики і правознавці оцінюють як уперше закріплену в праві гарантію недоторканності особи. Як принцип рівноправності можна розглядати положення ст. 40, в якій йдеться, що «нікому не будемо продавати права і справедливості, нікому не будемо відмовляти в них або уповільнювати їх» [5, с. 390–391].

Передісторія ідей конституціоналізму набула свого розвитку у творах філософів-мислителів періоду класичного середньовіччя. Так, принцип підпорядкування (обмеження) влади держави праву простежується у вченні І. Солсберійського про необхідність підпорядкування государя закону справедливості та загального блага. При цьому стверджується, що «государ (princeps) є публічною владою (potestas publica)», а «закон — мудрість тих, хто знає, виправлення свавільних, основа суспільства і спасіння від будь-якого злочину». Філософ, обґрунтовуючи необхідність підпорядкування государя законам, цитує Юстиніана: «Імператор (Юстиніан. — А. К.) говорить: «Якщо государ пов'язує себе законами, то це йому на користь». Це так, оскільки від авторитету права залежить авторитет государя, і воістину найбільша влада полягає в тому, щоб підпорядкувати державу законам, і государ не повинен дозволяти собі нічого такого, що б не погоджувалося із справедливістю правосуддя» [5, с. 598–599].



Таким чином, було сформульовано положення, які надалі отримали свій розвиток у концепції правової держави.

Пізнє середньовіччя — ранній Новий час — останній етап передісторії конституціоналізму. Незважаючи на те, що національні правові системи європейських держав цього історичного періоду в основному характеризуються формуванням абсолютизму і зміцненням абсолютної влади монархів, ідеї конституційно-демократичного характеру яскраво відображалися у судженнях, теоріях мислителів цього часу. Так, розумність і необхідність обмеження публічної влади правом обґрунтовував у своїх працях Н. Макіавеллі. Віддаючи перевагу різним формам державної влади — одноосібному правлінню і республіці, він підкреслював роль законів, права як основи їх стійкості та процвітання, стверджуючи, що «тим і іншим (монархіям і республікам. — А. К.) потрібним було підпорядкування законам, оскільки государ, який здатний робити все, що йому заманеться, — божевільний, народ же, який здатний робити все, що йому завгодно, — не мудрий» [7, с. 442]. Макіавеллі, викладаючи по суті реалістичну політико-правову програму створення на території Італії того часу централізованої спільноти у формі принципату, разом із неправовими засобами пропонував деякі такі правила, які мали допомогти в досягненні кінцевої мети — створенні республіканської форми правління, заснованої на законності.

Щодо ролі законів у державі розмірковував у цей історичний період видатний український письменник, філософ С. Оріховський-Роксоланин. У своєму трактаті «Напучення королеві польському Сигізмунду Августу» (1543 р.) мислитель, відповідаючи на питання «що в державі більше: закон чи король?», доводить першість закону: «Закон же, якщо він є душею і розумом держави, значно кращий за непевну державу і вищий за короля. Отже, закон дорівнює королеві і навіть кращий і набагато вищий за короля» [8, с. 802]. Таким чином, у цих судженнях простежуються витоки таких принципів конституціоналізму, як верховенство закону та законності.

Гуманістичні принципи людяності обстоював у своїх судженнях один із найзначніших гуманістів епохи Відродження Е. Роттердамський, який вважав, що «... государ повинен прагнути, щоб його співгромадяни оцінювалися за чеснотами та вдачею, а не за вартістю майна» [5, с. 660].

Соціальною передумовою конституціоналізму є громадянське суспільство, засноване на принципах свободи і рівності. Про природну рівність усіх людей, про те, що «... для людини природно бути вільною й бажати залишатися нею...», писав французький гуманіст Е. де Ла Бюєсі. Ці його положення передбачили подальшу критику абсолютизму з позиції теорії природного права [5, с. 681, 683].

У цей період передісторії конституціоналізму активно формується доктрина народного суверенітету. Ідеї народного суверенітету, виборності та можливості скидання королівської влади висловлював у своїх працях один із головних ідеологів теорії тираноборства, політичний мислитель епохи Відродження Ф. Отман. Він стверджував, що «... оскільки у народу і представницьких установ є право обирати і зводити на трон своїх государів, то, відповідно, слід

також вважати, що у народу є вища влада також і для того, щоб скидати государів» [5, с. 686]. Теорію держави і суверенітету розробляв Ж. Боден, визначаючи суверенітет як «абсолютну і постійну владу Держави» [5, с. 692, 694]. Поборником народного суверенітету, федерального устрою держави, виборності органів держави (зокрема виборних посадових осіб — «ефорів») був німецький політичний мислитель рубежу XVI–XVII ст. Алтузій [5, с. 689, 692, 694].

Період Нового часу — це власне історія конституціоналізму: «політико-правовий аспект розвитку суспільства і держави, формування і розвиток суспільства і держави, формування і розвиток конституційних ідей та їх втілення у нормах конституцій, а також практика реалізації конституції як Основного закону держави» [9, с. 61]. Саме у цей історичний час відбуваються революційні зміни феодальної форми правління, подолання абсолютистських режимів республіканськими, аксіоматизуються ідеї свободи і рівності, права людини проголошуються природними і невідчужуваними, що відображується у перших конституційних актах англійської, американської та французької революцій. У цих умовах конституційний лад стає об'єктивною реальністю, з'являються елементні складові сучасного конституціоналізму, перш за все теорія і практика конституційного правління, обмеженого правом на користь громадянського суспільства, прав і свобод людини.

Ідеї конституціоналізму в період Нового часу відображено у працях передових мислителів цієї епохи. Провідною правовою доктриною XVII–XVIII ст. була теорія природного права. Такі постулати цієї теорії, як визнання загальної природної рівності людей, юридична рівність людей, концепція природних прав людини і три їх «стрижня» — свобода, рівність, власність — стали основою, на якій будується і сьогодні науково-теоретична доктрина громадянського суспільства, без якої є немислимим конституціоналізм. Теорія природного права — це загальноєвропейська доктрина. Її представниками були філософи та мислителі німецькі (Кант, Гегель), французькі (Вольтер, Руссо), англійські (Гоббс, Локк), голландські (Гроцій, Спіноза).

Ідеї Г. Гроція, Б. Спінози, Д. Локка, Ш.-Л. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо мали великий вплив на акти конституційного характеру, які з'являються в Америці та країнах Європи у XVIII ст. Досягнення європейської політико-правової думки вплинули на документ, який мав особливе значення для розвитку українського конституціоналізму. Він називався «Пакти й конституції законів та вольностей Війська Запорізького між ясновельможним паном Пилипом Орликом, новообраним Гетьманом Війська Запорізького, та між старшиною, полковниками, а також названим Військом Запорізьким, прийняті публічною ухвалою обох сторін і підтверджені на вільних виборах встановленою присягою названим ясновельможним гетьманом, року Божого 1710, квітня 5, при Бендерах» [10, с. 8–24], відомий як «Конституція Пилипа Орлика». Цю «Конституцію» досить детально досліджено як сучасними ученими, так і істориками минулого. Так, М. А. Маркевич у своїй праці «Історія Малоросії», виданій вперше в 1842 р., у цілому критично оцінює діяльність багатьох українських гетьманів і досить обережно підходить до оцінки взаємин Малоросії з царською владою періоду

кінця XVIII ст. Проте, аналізуючи договір із Військом Запорізьким (у вигляді «Конституції П. Орлика»), історик зазначав, що він «заслуговує на увагу» [11, с. 539]. Конституція П. Орлика мала важливе значення у процесі еволюції українського конституціоналізму початку XVIII ст.

Період буржуазних революцій кінця XVIII ст. є тим переломним моментом, з якого, по суті, починається історія конституціоналізму. У цей історичний період з'являються перші конституції у сучасному їх розумінні (Франції 1791 р., Польщі 1791 р., США 1787 р.), як основні закони держави і суспільства. Документи конституційного характеру, прийняті у цей історичний час, становлять науково-практичну цінність у контексті формування парадигми конституціоналізму.

Перші конституційні акти Північної Америки 70–80-х рр. XVIII ст., французька Декларація прав людини і громадянина (1789 р.), Конституції Франції і Польщі (1791 р.), Норвегії (1814 р.) тощо належать до так званих «старих» конституцій «першої хвилі», які іноді називають інструментальними (зорієнтованими на моделювання механізмів державної влади). До них також можна віднести Маніфест Російської імперії «Про вдосконалення державного порядку» 1905 р., який проголосив конституційний шлях розвитку країни і надання громадянських свобод і яким «з висоти престолу було визнано конституційний принцип» [12, с. 242].

Наступним актом переломного характеру у прямуванні Росії до конституціоналізму стали Основні закони Російської імперії 1906 р. Включення цих актів до переліку «старих» конституцій пояснюється їх юридичною природою. Так, С. А. Котляревський вважав очевидним, що «наші Основні Закони (Основні закони Російської імперії 1906 р. — А. К.) належать до класу писаних конституцій... І та обставина, що вони не називаються конституційними, анітрохи не змінює суті справи. 23 квітня 1906 р. Росія отримала конституційну хартію» [12, с. 212].

Середина XVIII — початок XX ст. охарактеризувалися розвитком української суспільно-політичної [13] та конституційної думки і формуванням численних конституційних проектів, серед яких особливий інтерес являють «Нариси Конституції Республіки» (1848–1850 рр.), написані одним із членів Кирило-Мефодіївського братства Г. Андрузьким, який відіграв важливу роль у розвитку української політичної думки.

На особливу увагу заслуговує «Проект основ Статуту українського товариства «Вільна Спілка»» М. П. Драгоманова (1884 р.). Саме М. П. Драгоманова вітчизняні дослідники називають «фундатором суто української національної думки і практики, творцем першого конституційного проекту, який наближався до європейських зразків» [14, с. 29]. Під впливом ідей декабристів і представників англійського лібералізму він обстоював концепцію вільного суспільства — асоціації гармонійно розвинених осіб, був прихильником «поступальних» конституційно-правових змін, спрямованих на ліквідацію абсолютизму. Конституціоналізм посідав важливе місце серед наукових інтересів М. П. Драгоманова. Як основу конституціоналізму він розглядав політичну

свободу, під якою розумів права людини й громадянина та самоврядування [15, с. 167–168]. Складовою частиною конституціоналізму М. П. Драгоманов вважав федералізм, заснований на принципі децентралізації та самоврядування, яке він, передусім, розглядав як «місцеве (общинне (сільське і міське), волосне, повітове і обласне) і державне». М. П. Драгоманов обґрунтовував необхідність децентралізації, зазначаючи, що «правління... всією Росією через центральні представницькі збори без визнання і забезпечення... прав місцевого самоврядування, слід вважати таким, що так само мало охороняє свободу загалом та інтереси України, зокрема, як і теперішній устрій Російської імперії» [15, с. 168, 170–172].

Наступником і продовжувачем політико-правових концепцій М. П. Драгоманова та інших представників Кирило-Мефодіївського братства став М. С. Грушевський. Проект конституційного ладу, заснованого на ідеї про те, що «не повинно бути іншої влади, тільки обраної народом», на принципах децентралізації, широкої національної або територіальної автономії, чіткого визначення статусу суб'єктів федерації, зокрема України, парламентському правлінні, він в основному виклав у своїй статті «Конституційне питання і українство в Росії» (1905 р.) [16, с. 368–380].

Системне формування сучасного конституціоналізму починається з періоду Новітнього часу і триває в сучасності.

Генезис науково-практичної парадигми українського конституціоналізму в новітній історії є доцільним розглядати у рамках чотирьох періодів. Перший період (1917–1921 рр.), коли Україна вперше в ХХ ст. намагалася вибороти незалежність, характеризується тим, що створюється і функціонує Українська Центральна Рада. Це мало прагматичне значення для формування парадигми українського конституціоналізму, оскільки: цей орган мав значення першого органу парламентського типу в Україні, до нього в Україні не було органів, які можна було б навіть віддалено віднести до парламентів; вона відіграла значну роль у розвитку національної самосвідомості українців, у їх прагненні до побудови незалежної демократичної держави, в якій визнаються та забезпечуються права та свободи людини. Так, Українською Центральною Радою було видано чотири Універсали (у червні, липні, листопаді 1917 р., січні 1918 р.), що були проявом розвитку українського революційного руху, відображенням революційних подій цього історичного періоду. Саме Українська Центральна Рада 29 квітня 1918 р. схвалила Конституцію УНР. У цей період відбуваються процеси конституціоналізації, що мали історичне значення щодо теорії та практики українського конституціоналізму, а саме: прийняття таких важливих актів, як Універсали Центральної Ради, Конституція УНР, ряд законів, прийнятих Центральною Радою (про адміністративно-територіальний устрій України, громадянство УНР, про ратифікацію Брестського мирного договору тощо), акти конституційного характеру Української Національної Ради у Львові.

Другий період у генезисі конституціоналізму в новітній історії — це радянський період (1921–1991 рр.), тобто утворення радянської України. Він характеризується дією радянських конституцій (Конституції УРСР 1919 р., 1929 р.

та Конституції УРСР 1937 р., 1978 р.), які підвели необхідну конституційно-правову базу під ті докорінні зміни, що відбулися в державі та суспільстві після жовтневої революції в Росії. Водночас ці Основні Закони внесли певний вклад у формування науково-практичної парадигми конституціоналізму. Цей період відрізняється прагненням створення в Україні соціалістичного суспільства, соціалістичного типу держави і права на основі теорії соціалізму, постулати якої є суперечливими щодо загальних принципів лібералізму, що становлять ідеологічну основу конституціоналізму, проте практика радянського будівництва мала значення щодо формування науково-практичної парадигми українського конституціоналізму.

Третій — пострадянський період починається з моменту проголошення незалежності України. Часові рамки цього періоду — з 1991 р. по 1996 р. (прийняття Конституції України) — співпадають з початком конституційної реформи в Україні та тривають у четвертому періоді — сучасному, який характеризується здійсненням конституційних перетворень (конституційної модернізації та реформування) в Україні.

Резюмуючи наведене, можна констатувати, що історично-теоретичні витоки та історичний досвід формування парадигми конституціоналізму є важливим підґрунтям щодо створення теорії українського конституціоналізму, її втілення у сучасну конституційну практику та має значення щодо наукового прогнозування тенденцій розвитку політико-правової системи сучасного українського конституціоналізму.

### Література

1. Орзих М. Ф. Категориальное определение перспектив науки конституционного права / М. Ф. Орзих // Наука конституційного права України: сучасний стан та напрямки розвитку : [матеріали виступів учас. «круглого столу» / за ред. А. П. Гетьмана]. — Х. : Право, 2009. — С. 48–53.
2. История политических и правовых учений. Древний мир / [Васильев Л. С., Графский В. Г., Грацианский П. С. и др.]; отв. ред. В. С. Нерсисянц — М. : Наука, 1985. — 350 с.
3. Антология мировой правовой мысли : в 5 т. / [рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин]. — М. : Мысль, 1999. — Т. 1 : Античность. Восточные цивилизации. — 1999. — 750 с.
4. Абдулаев М. И. Права человека и закон: Историко-теоретические аспекты / Абдулаев М. И. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. — 322 с.
5. Антология мировой правовой мысли : в 5 т. / [рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин]. — М. : Мысль, 1999. — Т. 2 : Европа. V–XVII вв. — 1999. — 830 с.
6. Петрушевский Д. М. Великая Хартия Вольностей и конституционная борьба в английском обществе во второй половине XIII века: С приложением латинского и русского текста Великой Хартии и др. документов / Петрушевский Д. М. — М. : Издание М. и С. Сабашниковых, 1915. — 176 с.
7. Макиавелли Н. Избранные сочинения / Никколо Макиавелли ; [пер. с итал. Р. И. Хлодовского]. — М. : Худ. л-ра, 1982. — 504 с.
8. Антологія лібералізму: політико-правничі вчення та верховенство права / [упорядкув. : С. Головатий, М. Козюбра, О. Сироїд ; відповід. ред. С. Головатий; наук. ред. С. Головатий, О. Сироїд, О. Волкова, А. Черевко ; вст. сл. С. Головатий]. — К. : «Книга для бізнесу», 2008. — 992 с.
9. Кабышев В. Т. Российский конституционализм на рубеже тысячелетий / В. Т. Кабышев // Правоведение. — 2001. — № 4. — С. 61–70.

10. Конституції і конституційні акти України. Історія і сучасність/ [упоряд. І. О. Кресіна; відп. ред. Ю. С. Шемшученко]. — [2-ге вид., зм. і доп.]. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2006. — 310 с. — (До 10-річчя Конституції України).
11. Маркевич М. Історія Малоросії / Микола Маркевич ; [відп. ред. і автор передм. Ю. С. Шемшученко]. — К. : Ін Юре, 2003. — 664 с.
12. Котляревский С. А. Конституционное государство. Юридические предпосылки русских Основных Законов / Котляревский С. А. ; [под ред. и с предисл. В. А. Томсинова]. — М. : Зерцало, 2004. — 392 с. — (Серия «Русское юридическое наследие»).
13. Тисяча років української суспільно-політичної думки : у 9 т. / [упор., прим. Т. Гунчака, Р. Сольчаника]. — К. : Дніпро, 2001. — Т. 6 : 90-ті роки XIX — 20-ті роки XX ст. — 2001. — 520 с.
14. Шукліна Н. Г. Українські конституційні проекти європейського зразку XIX — початку XX ст. про коло прав і свобод людини і громадянина: політико-правовий аналіз / Н. Г. Шукліна // Наук. вісник Чернівецького ун-ту. — 2003. — Вип. 200. Правознавство. — С. 24–30.
15. Драгоманов М. П. Проект основ статуту українського товариства «Вільна спілка» — «Вольный союз» / М. П. Драгоманов // Антологія української юридичної думки : в 6 т. / [за заг. ред. Ю. С. Шемшученка]. — К. : Юрид. книга, 2003. — Т. 4 : Конституційне (державне) право. — 2003. — С. 166–177.
16. Антологія української юридичної думки : в 6 т. / [редкол. Ю. С. Шемшученко (голова) та ін.]. — К. : Юрид. книга, 2003. — Т. 4 : Конституційне (державне) право. — 2003. — 600 с.

### Анотація

**Крусян А. Р. Генезис науково-практичної парадигми конституціоналізму.** — Стаття.

В статті наводиться науковий аналіз історичних витоків та поступового розвитку теорії і практики конституціоналізму. У генезисі конституціоналізму як соціально-правового феномена автором виокремлено три періоди (з відповідними етапами): становлення (передісторію), розвиток (історію) і системне формування конституціоналізму. Основою запропонованої періодизації є хронологічний принцип, відповідний історичній логіці виникнення та розвитку конституційно-правових ідей, теорій та їх інституціонального оформлення.

**Ключові слова:** конституціоналізм, український конституціоналізм, генезис конституціоналізму, конституція, закон, права та свободи людини, конституційний розвиток.

### Аннотация

**Крусян А. Р. Генезис научно-практической парадигмы конституционализма.** — Статья.

В статье изложен научный анализ исторических истоков и поступательного развития теории и практики конституционализма. В генезисе конституционализма как социально-правового феномена автором выделено три периода (с соответствующими этапами): становление (предысторию); развитие (историю) и системное формирование конституционализма. Основой предложенной периодизации является хронологический принцип, отвечающий исторической логике возникновения и развития конституционно-правовых идей, теорий и их институционального оформления.

**Ключевые слова:** конституционализм, украинский конституционализм, генезис конституционализма, конституция, закон, права и свободы человека, конституционное развитие.

### Summary

**Krusyan A. Genesis of Doctrinal and Practical Paradigm of Constitutionalism.** — Article.

The article outlines the scientific analysis of historical sources and the progressive development of the theory and practice of constitutionalism. The author identified three periods with the corresponding stages in the genesis of constitutionalism as a socio-legal phenomenon. The basis for the periodization is a chronological principle. Three periods are named and identified regarding to the logic of the historical origin and development of constitutional ideas, theories, principles and institutional design.

**Keywords:** constitutionalism, Ukrainian constitutionalism, the genesis of constitutionalism, constitution, law, human rights and freedoms, constitutional development.

## ПРИНЦИПИ ВИБОРЧОГО ПРАВА УКРАЇНИ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВА ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА

У процесі впровадження перетворювальних тенденцій демократизації публічної влади й управління в Україні зростають значення і роль такої форми безпосередньої демократії, як вибори. Законодавчий і доктринальний розвиток цього конституційно-правового інституту має безпосередній зв'язок із подальшим удосконаленням організації і функціонування представницьких органів публічної влади. Важливим є те, що в ході виборів народ, тобто громадяни України всіх національностей, виявляє себе як єдиний суб'єкт влади, як джерело публічної влади в Україні.

Вибори легітимують публічну владу, що є необхідним для стабільності сучасного українського конституціоналізму. Через їх посередництво український народ визначає своїх представників і наділяє їх мандатами щодо здійснення його суверенної волі. Тому ефективність розвитку публічної влади, крім іншого, залежить і від того, наскільки дієвим буде депутатський корпус, якісним його склад. У ході виборів здійснюється безпосереднє волевиявлення народу.

Вибори мають не тільки юридичне, але й велике політичне значення. Удосконалення законодавства щодо цієї форми безпосередньої демократії, пошук і закріплення найбільш оптимальних та ефективних механізмів їх забезпечення та гарантування, які повною мірою відповідали б вимогам часу, набувають особливо важливого значення в сучасних умовах проведення підготовки до широкомасштабної виборчої кампанії (вибори народних депутатів України у 2012 р.).

Конституційний розвиток і зміцнення безпосередньої демократії неможливі без забезпечення проголошеного ст. 38 Конституції України права обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, тобто без реальної системи гарантій виборчих прав, до яких належить забезпечення та дотримання принципів виборів. Ця необхідність виникла у зв'язку з тим, що чинне законодавство не повною мірою регулює відповідні відносини, а між тим, як слушно зазначає О. В. Марцеляк, виборче законодавство «за умов демократичності держави, суспільства, повинно відповідати міжнародним виборчим стандартам», зокрема принципам виборів, що закріплені в міжнародно-правових документах [1, с. 112–113], дотримання яких забезпечує реальний характер волевиявлення народу.

Звідси, актуалізуються питання щодо визначення доктринальних основ принципів виборчого права України та аналізу практики їх впровадження у конституційно-правову реальність, що складають мету цієї статті.

Питанням визначення теоретичного підґрунтя та розкриття практичного значення принципів виборчого права були присвячені праці таких вчених, як М. В. Афанасьева, О. В. Марцеляк, М. П. Орзіх, П. М. Рабінович, О. В. Срипняк, М. І. Ставнійчук, Ю. С. Шемшученко, В. Д. Яворський та ін.

Аналіз теоретичних надбань сучасної конституційно-правової думки надає можливості визначити, що з онтологічних позицій принципи виборів опосередковано основоположними ідеями, керівними началами, які отримали загальне визнання в наднаціональній (світовій) і національній конституційній практиці та у правовідносинах, тобто конституційними принципами. Такими принципами є: народовладдя, юридична рівність, забезпечення і гарантованість прав і свобод особи, верховенство права тощо. Ці принципи відображено в законодавстві України. Зокрема, Конституцією України визначено: принцип суверенітету (ст. 1, 5 Конституції); народовладдя (ст. 5 Конституції); принцип визнання людини найвищою соціальною цінністю (ч. 1 ст. 3 Конституції); принцип утвердження і забезпечення прав і свобод людини державою (ч. 2 ст. 3 Конституції); принцип відповідальності держави перед людиною за свою діяльність (ч. 2 ст. 3 Конституції); принцип верховенства права, вищої юридичної сили Конституції і прямої дії її норм (ст. 8 Конституції). Ці конституційні встановлення, по суті, обумовлюють юридичні засоби і механізми, які використовуються з метою здійснення вільних, правдивих, демократичних виборів, спрямованих на формування таких представницьких органів сучасної держави, які б максимально повно відображали та репрезентували волю народу як владного суверена.

Вищенаведені конституційні принципи, безумовно, тісно пов'язані з принципами виборів (виборчого права), але не тотожні їм. Принципи виборчого права покликані забезпечити становлення, розвиток і функціонування інституту виборів. Це обумовлює необхідність їх функціональної характеристики, що дає змогу розкрити теоретичне і практичне значення принципів виборів.

Теоретичне призначення принципів полягає в тому, що вони сприяють формуванню змісту виборчого права як конституційно-правового інституту, додаючи йому цілісності і єдиної спрямованості. Ці самі принципи є основоположними і для суб'єктивного виборчого права.

Практичне призначення принципів виборів полягає в їх безпосередньому впливі на конституційні реалії, у необхідності їх застосування при формуванні нормативної основи (виборчого законодавства) і функціонального механізму (виборчої системи) політико-правового інституту виборів.

Наведені доводи, з урахуванням фундаментальних положень про принципи права [див., напр.: 2] та принципи виборчого права [див., напр.: 3, с. 248–251; 4, с. 202–205], дають підстави визначити принципи виборчого права України як основоположні ідеї, стійкі керівні витоки, які адекватно відображають демократично-правові цінності, сприйняті суспільством на певному етапі його розвитку, відображають природу сучасного вітчизняного конституціоналізму та, відповідно, відображають сутність виборів як передбаченої Конституцією України пріоритетної форми безпосередньої демократії, служать для створення внутрішньо узгодженої системи виборчого законодавства з метою реалізації і гарантування виборчих прав громадян України та забезпечення організації і проведення всіх видів виборів у державі.

Загальними принципами виборів як основної форми безпосередньої демократії є, насамперед, принципи: суверенності народу; єдиновладдя народу;



повновладдя народу; безпосереднього волевиявлення народу; поєднання безпосередньої і представницької демократії; пріоритетності безпосереднього народовладдя в системі демократії; політичного плюралізму; конституційності й законності; загальності у здійсненні безпосереднього народовладдя; рівності у здійсненні безпосереднього народовладдя; відкритості та гласності тощо.

Принцип суверенності народу є основою безпосередньої демократії. Своєрідним зв'язуючим ланцюжком між прямою та представницькою демократією є саме вибори. Як слушно відмічається в юридичній літературі, вибори «передбачають делегування народного суверенітету представницькому органу, тим самим народ має унікальну можливість контролю за діяльністю цих органів, включаючи повну зміну влади» [5, с. 98].

Відповідно до Конституції Україна є демократичною, правовою державою (ст. 1 Конституції України). Проявом демократичності держави є пряме народовладдя як система форм безпосереднього вільного волевиявлення народу — «носія суверенітету і єдиного джерела влади в Україні» (ст. 5 Конституції України). Народне волевиявлення здійснюється через вибори, референдуми та інші форми безпосередньої демократії (ст. 69 Конституції України). Вибори до органів державної влади та місцевого самоврядування є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування. Виборцям гарантується вільне волевиявлення (ст. 71 Конституції України). Представницьким органом державної влади, який формується шляхом виборів, є парламент — Верховна Рада України. Конституційний склад Верховної Ради України — чотириста п'ятдесят народних депутатів України, які обираються на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування (ч. 1 ст. 76 Конституції України). Частина перша статті 38 Конституції України закріплює право громадян брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Отже, основоположні (конституційні) принципи загального, рівного і прямого виборчого права, вільне і таємне волевиявлення громадян України є універсальними засадами конституційно-правового інституту виборів, оскільки відносяться до всіх видів виборів та мають реалізовуватися на всіх стадіях виборчого процесу. Згідно з правовою позицією Конституційного Суду України, зазначеною у Рішенні від 26 лютого 1998 року № 1-рп/98 (справа про вибори народних депутатів України), ці засади «...становлять конституційну основу правового регулювання виборчого процесу» [6] та знайшли своє відображення у Законі України «Про вибори Президента України» (ст. 1 Закону) [7], Законі України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» (ч. 1 ст. 2 Закону) [8], а також у Законі України «Про вибори народних депутатів України» (ст. 1 Закону) [9].

Так, відповідно до частини першої статті 1 Закону України «Про вибори народних депутатів України», народні депутати України обираються громадя-

нами України на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування. Втім аналіз положень цього закону надає можливості зробити висновок, що деякі його положення не повною мірою відповідали принципу верховенства права та принципам виборчого права, закріпленим у Конституції України. Це стало підґрунтям щодо відповідних звернень (конституційних подань) до Конституційного Суду України. Зокрема, рішенням Конституційного Суду України від 5 квітня 2012 р. (у справі про висунання кандидатів у народні депутати України за змішаної виборчої системи) [10] положення частини 5 статті 52 Закону України «Про вибори народних депутатів України» (яка встановлює загальний порядок висунання кандидатів у депутати, зокрема передбачала, що «одна і та ж особа може бути включена до виборчого списку кандидатів у депутати від партії та висунута лише в одному з одномандатних виборчих округів в порядку висунання партією або в порядку самовисунання»), абзацу другого частини десятої статті 98 та частини третьої статті 99 Закону України «Про вибори народних депутатів України» були визнані неконституційними саме з підстав їх невідповідності конституційному принципу рівного виборчого права.

Принцип рівного виборчого права є проявом більш загального за значенням та змістом конституційного принципу рівності конституційних прав і свобод громадян (ст. 24 Конституції України) та розповсюджується на реалізацію як активного, так і пасивного виборчого права.

Правова позиція Конституційного Суду України щодо конституційного принципу рівного виборчого права викладена у Рішенні від 26 лютого 1998 року № 1-рп/98 (справа про вибори народних депутатів України), відповідно до якої «... всім виборцям і всім кандидатам у народні депутати України Конституція надає і гарантує рівні правові можливості для реалізації своїх виборчих прав» [6].

Стосовно пасивного виборчого права принцип рівності передбачає однакові правові можливості громадян, які мають право голосу, балотуватися на виборах до Верховної Ради України та брати участь у виборчому процесі.

Правову позицію щодо права кандидатів у народні депутати України одночасно висуватися у багатомандатному загальнодержавному та одномандатному виборчих округах Конституційний Суд України сформулював у Рішенні від 26 лютого 1998 року № 1-рп/98, відзначивши, що в такому законодавчому положенні не додержано конституційного принципу рівного виборчого права, оскільки «... кандидату в народні депутати України, включеному до списку кандидатів від політичної партії, ... надається більше правових можливостей у реалізації права бути обраним народним депутатом України: крім балотування по багатомандатному загальнодержавному виборчому округу, йому надається право одночасно бути висунутим кандидатом у народні депутати України також в одномандатному виборчому окрузі. Тобто одній і тій же особі Закон надає право одночасно виборювати мандат народного депутата України у двох виборчих округах» [6]. Крім того, «порушення рівного виборчого права Конституційний Суд України вбачає також у тому, що за одного й того ж канди-

дата в народні депутати України, якому Закон надає можливість одночасно балотуватися по двох виборчих округах, виборці мають голосувати двічі».

Грунтуючись на цих правових позиціях, Конституційний Суд України прийняв рішення щодо неконституційності положень частини 5 статті 52, абзацу другого частини десятої статті 98 та частини третьої статті 99 Закону України «Про вибори народних депутатів України» [10]. При цьому Конституційний Суд відзначив, що ці положення «не забезпечують рівного впливу голосів виборців на результати виборів народних депутатів України, що не відповідає конституційному принципу рівного виборчого права».

Водночас, думається, що ці положення не тільки не відповідали принципу рівного виборчого права, але й не кореспондували принципу вільних виборів (ст. 71 Конституції України), оскільки, надаючи право особі бути включеною до виборчого списку кандидатів у депутати від партії та одночасно висуватися в одному з одномандатних виборчих округів в порядку висування партією або в порядку самовисування, Законом не були встановлені умови, що одночасне висування особи у загальнодержавному та одномандатному виборчих округах має відбуватися від однієї партії. Тобто Закон не виключав можливості для особи бути включеною до виборчого списку від однієї партії та одночасно висунутою в одномандатному окрузі іншою політичною партією. Це створювало б умови щодо перешкоджання вільному формуванню та вільному виявленню волі виборця відносно конкретної кандидатури, її політичних та ідеологічних переконань, викладених, зокрема, в передвиборних програмах різних політичних партій.

Втім, Закон України «Про вибори народних депутатів України» у частині першій та другій статті 6 передбачає, що вибори депутатів є вільними, громадянам України забезпечуються умови для вільного формування своєї волі та її вільного виявлення при голосуванні, застосування будь-яких дій, що перешкоджають вільному формуванню та вільному виявленню волі виборця, забороняється. Принцип вільних виборів з доктринальної точки зору полягає в тому, що громадяни України — виборці, можуть самостійно, вільно та без стороннього впливу сформувати свою волю та вільно здійснити волевиявлення при голосуванні. Вільне формування волі виборця можливе за умови отримання ним інформації відносно конкретної кандидатури, на підставі якої виборець визначає своє ставлення до кандидата у народні депутати.

Системний аналіз доктринальних підходів щодо визначення змісту принципів рівного та прямого виборчого права та вільного волевиявлення виборців, аналіз міжнародних актів (зокрема, частини 3 статті 21 Загальної декларації прав людини 1948 р., статті 25 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р., статті 3 Першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод), практики Європейського суду з прав людини (див., напр.: рішення Матьє-Моен (Mathieu-Mohin) та Клерфейт (Clerfayt) проти Бельгії від 2 березня 1987 р., в якому визначається, що «під словами «в умовах, які забезпечують вільне вираження думки народу у виборі законодавчого органу» (що містяться у ст. 3 Першого Протоколу до Конвенції

про захист прав людини і основоположних свобод — авт.) розуміється головним чином поряд з уже закріпленою в статті 10 Конвенції свободою вираження поглядів принцип рівності всіх громадян при здійсненні ними права голосу та права виставляти свою кандидатуру на виборах»), а також аналіз положень статей 3, 4, 6 Закону України «Про вибори народних депутатів України» надає можливість зробити висновок, що недотримання принципів рівного, прямого виборчого права та вільного волевиявлення виборців перешкоджає проведенню вільних та справедливих (справжніх, нефальсифікованих) виборів, що мають відбуватися у демократичній, правовій державі, якою є Україна (ст. 1 Конституції України), та порушує принцип верховенства права.

Так, відповідно до правової позиції Конституційного Суду України, яка сформульована у рішенні від 2 листопада 2004 року № 15-рп/ 2004 (справа про призначення судом більш м'якого покарання): «Верховенство права — це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема в закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України... Справедливість — одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки...» [11].

Крім того, співвідношення між правом, справедливістю та рівністю, а також «розмірністю (пропорційністю)» встановлюється у рішеннях Конституційного Суду України від 30 січня 2003 р. № 3-рп/ 2003 (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) [12], 24 березня 2005 р. № 2-рп/2005 (справа про податкову заставу) [13], від 20 червня 2007 р. (справа щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності) [14].

Отже, концептуальний аналіз наведених рішень органу конституційної юстиції дає змогу зробити висновок, що принцип справедливості детермінується з принципами свободи, рівності й розмірності (пропорційності), що є складовими змісту принципу верховенства права.

Таким чином, дотримання засад справедливості, рівності, свободи, зокрема у процесі виборів народних депутатів України, є умовами забезпечення таких конституційно-правових принципів, як принцип верховенства права, принцип вільних виборів та принцип рівного виборчого права.

Прийняття Конституційним Судом України рішень, пов'язаних з розглядом щодо конституційності положень Закону «Про вибори народних депутатів» України [див., напр.: 10, 15], мають важливе значення як дієвий засіб забез-

печення його конституційності та, відповідно, забезпечення конституційності проведення виборів народних депутатів України.

Втім, окрім здійснення судового конституційного контролю, що забезпечує конституційний захист права громадян обирати і бути обраними на правдивих періодичних виборах, необхідно, щоб до гарантій забезпечення цих принципів та виборів у цілому входили економічні (матеріальні), соціальні, культурні (духовні, інформаційні тощо), юридичні (матеріально-правові, процесуально-правові, організаційно-правові) гарантії. Крім того, важливе значення має підвищення рівня політико-правової культури громадян та формування конституційної правосвідомості. Для цього потрібне не тільки і не стільки нове законодавство, скільки широка систематична просвітницька робота та відповідне інформаційне забезпечення, зменшення відстані між публічною владою і населенням країни.

Сучасний період конституційних перетворень в Україні передбачає необхідність адекватного рівня конституційної правосвідомості не тільки у представників влади, політичної і юридичної еліти, але й у громадян, їх активну, свідому участь у суспільно-політичних процесах, здатність компетентно контролювати діяльність владних структур, брати активну участь у процесах формування органів публічної влади. Для того, щоб принципово змінити ставлення громадян до конституційно-правових цінностей, слід вирішити ряд проблем не тільки теоретичного, але, передусім, практичного рівня щодо вдосконалення правового виховання й підвищення конституційної та політико-правової культури в суспільстві. Звідси особливе значення має неприпустимість деформації конституційної правосвідомості та впровадження конституційних цінностей у політико-правові реалії. Ці чинники стануть запорукою не тільки нормативного закріплення принципів демократичних виборів у країні, але будуть підґрунтям їх дійсності та ефективного впровадження в політико-правові реалії суспільного життя.

Науково-теоретичне обґрунтування, законодавче закріплення, реальність демократичних принципів виборів в Україні, зокрема виборів народних депутатів України, та створення ефективних гарантій і правових механізмів їх реалізації мають сприяти подальшому поступовому розвитку безпосередньої демократії в Україні з метою становлення та утвердження сучасного українського конституціоналізму.

### *Література*

1. Марцеляк О. Принципи виборів народних депутатів України (еволюція загальнотеоретичної та конституційної доктрини) / О. Марцеляк // Проблеми сучасного українського конституціоналізму : зб. наук. праць. На пошану першого Голови Конституційного Суду України, проф. Леоніда Юзькова / заг. ред. : А. Стрижака, В. Тація / упоряд. : В. Бринцев, В. Кампо, П. Стецюк. — К. : ЛОГОС, 2008. — С. 107–114.
2. Колодій А. М. Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; Історія політичних і правових вчень»; 12.00.02 «Конституційне право» / А. М. Колодій. — К., 1999. — 39 с.
3. Скрипнюк О. В. Курс конституційного права України : академічне видання / О. В. Скрипнюк. — Х. : Право, 2009. — 468 с.

4. Совгіря О. В. Конституційне право України. Повний курс: навч. посіб. / О. В. Совгіря, Н. Г. Шукліна. — 2-ге вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2012. — 544 с.
5. Чуб Е. А. Конституционные основы принципа адекватного представительства и политические права граждан / Е. А. Чуб // Конституционное развитие России и Украины. Вып. 1: сб. науч. тр. — Харьков: Право, 2011. — 216 с.
6. Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 1998 р. № 1-рп/98 у справі за конституційними поданнями народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про вибори народних депутатів України» (справа про вибори народних депутатів України) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=9055>.
7. Про вибори Президента України : Закон України від 5 березня 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 14. — Ст. 81.
8. Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів : Закон України від 10 липня 2010 р. // Голос України. — 2010. — № 141. — 31 лип.
9. Про вибори народних депутатів України: Закон України від 17 листопада 2011 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 10 (№ 10–11). — Ст. 73.
10. Рішення Конституційного Суду України від 5 квітня 2012 р., № 8-рп/2012 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини п'ятої статті 52, абзацу другого частини десятої статті 98, частини третьої статті 99 Закону України «Про вибори народних депутатів України» (справа про висування кандидатів у народні депутати України за змішаною виборчою системою) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua>
11. Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі за конституційним поданням Верховному Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про визначення судом більш м'якого покарання) // Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975.
12. Рішення Конституційного Суду України від 30 січня 2003 р. № 3-рп/2003 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) // Офіційний вісник України. — 2003. — № 6. — Ст. 245.
13. Рішення Конституційного Суду України від 24 березня 2005 р. № 2-рп/2005 у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 1.17 статті 1, статті 8 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників перед бюджетами та державними цільовими фондами» (справа про податкову заставу) // Офіційний вісник України. — 2005. — № 13. — Ст. 674.
14. Рішення Конституційного Суду України від 20 червня 2007 р. № 5-рп/2007 у справі за конституційним зверненням відкритого акціонерного товариства «Кіровоградобленерго» про офіційне тлумачення положень частини восьмої статті 5 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (справа щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності) // Офіційний вісник України. — 2007. — № 48. — Ст. 1991.
15. Рішення Конституційного Суду України від 4 квітня 2012 р., № 7-рп/2012 у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини другої статті 22 Закону України «Про вибори народних депутатів України» стосовно рівномірного віднесення закордонних виборчих дільниць до всіх одномандатних виборчих округів, які утворюються на території столиці України — міста Києва [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua>

### Анотація

**Астахова Т. В.** Принципи виборчого права України: конституційно-правова теорія та практика. — Стаття.

В статті розкриваються доктринальні основи конституційно-правових принципів виборчого права України. Аналізуються положення чинного законодавства про вибори в сучасній Україні. На основі системного аналізу законодавчих положень та з урахуванням конституційних, політико-правових реалій робиться висновок про необхідність удосконалення системи гарантій і правових механізмів забезпечення та реалізації принципів виборів, що мають сприяти подальшому поступовому розвитку безпосередньої демократії в Україні.

**Ключові слова:** вибори; принципи виборів; загальне, рівне і пряме виборче право; суверенітет народу; виборче законодавство.

### Аннотация

**Астахова Т. В.** Принципы избирательного права Украины: конституционно-правовая теория и практика. — Статья.

В статье раскрываются доктринальные основы конституционно-правовых принципов избирательного права Украины. Анализируются положения действующего законодательства о выборах в современной Украине. На основе системного анализа законодательных положений, а также с учетом конституционных, политико-правовых реалий делается вывод о необходимости усовершенствования системы гарантий и правовых механизмов обеспечения и реализации принципов выборов, что должно способствовать дальнейшему поступательному развитию непосредственной демократии в Украине.

**Ключевые слова:** выборы; принципы выборов; общее, равное и прямое избирательное право; суверенитет народа, избирательное законодательство.

### Summary

**T. Astakhova.** Principles of Ukrainian Electoral Law: the Constitutional and Legal Theory and Practice. — Article.

The article describes the doctrinal foundations of the constitutional and legal principles of the electoral law of Ukraine. The author analyzes the current electoral legislation in modern Ukraine. Based on the systematic analysis of legislative provisions and accounting for the current political and legal realities the author comes to the conclusion about the need to improve the guarantees and legal mechanism to ensure electoral principles in order to facilitate the progress of direct democracy in Ukraine.

**Keywords:** elections; electoral principles; universal, equal and direct suffrage; popular sovereignty, the electoral law.

УДК 342.925:35.078.1:347.77.028

**В. В. Колесніченко**

## АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРИМУС ЯК СПОСІБ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

**Актуальність** проблеми вдосконалення правового регулювання способів захисту права інтелектуальної власності обумовлена необхідністю розбудови в Україні цивілізованого ринку об'єктів права інтелектуальної власності, насамперед у сфері авторського права і суміжних прав. Це положення впливає з

Концепції розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 роки. Формулюючи перспективні завдання, на вирішення яких спрямована Концепція, зазначено про існуючий стан справ у сфері інтелектуальної власності. Вказано про те, що залишається поширеним явищем українського ринку неправомірне використання об'єктів авторського права і суміжних прав, що призводить до зменшення бази оподаткування, погіршення міжнародного іміджу України, зниження її інвестиційної привабливості й загрози вітчизняної індустрії, що базується на авторському праві і суміжних правах. Складність вирішення цих проблем, зазначено у Концепції, зумовлена багатьма об'єктивними причинами, які необхідно усунути, а саме: надприбутковістю «піратського» бізнесу; недостатнім контролем з боку правоохоронних та контролюючих органів; неадекватно слабкою відповідальністю, передбаченою законодавством за неправомірне використання об'єктів авторського права і суміжних прав; низькою правовою культурою переважної більшості суспільства, що підтримує «піратство», купуючи дешеву неліцензійну продукцію. Серед перспективних завдань, зазначених у Концепції, вказано про необхідність посилення законодавчого захисту прав інтелектуальної власності [1]. На виконання Концепції розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 роки прийнято Програму розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні на 2010–2014 роки [2].

Ознайомлення з положеннями вказаних програмних документів свідчить про те, що у них недостатньо враховано правоохоронний та правозахисний потенціал адміністративного примусу, який займає чільне місце у системі способів правового захисту права інтелектуальної власності. Тому *мета статті* полягає в обґрунтуванні сутності і змісту адміністративного примусу як одного із способів захисту права інтелектуальної власності

**Стан дослідження проблеми.** У наукових дослідженнях з адміністративного права були проаналізовані такі проблеми, як управління у сфері охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності (І. Г. Запорожець [3]), адміністративна відповідальність за порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності (О. М. Головова [4]), адміністративно-правові аспекти охорони права власності (В. В. Галушко [5]). Слід окремо відзначити монографічне дослідження В. К. Колпакова «Адміністративно-деліктний правовий феномен» (2004 р.), в якому на підставі онтологічних і гносеологічних властивостей в історичному аспекті досліджуються соціально-правова природа адміністративного делікту, трансформація в адміністративне правопорушення у радянському праві, висвітлюється стан теоретичних досліджень адміністративно-деліктних проблем у сучасному праві України [6]. Проблема адміністративного примусу, але у межах вузького напрямку правоохоронної діяльності міліції, була досліджена А. Т. Комзюком [7].

У контексті предмету наукового аналізу концептуальне значення набуває дослідження Т. О. Коломєць «Адміністративний примус у публічному праві України: теорія, досвід та практика реалізації» (2005 р.), яке виконане на рівні докторської дисертації [8]. Вчена вказує, що у широкому значенні при-



мус у праві знаходить свій вияв у тому, що держава владно вирішує ті або інші питання незалежно від волі окремого індивіда, яка може й не збігатися з державною владою, визначеною у правових нормах [8, с. 80]. Існує правова можливість використання державною владою державного примусу, але це зовсім не означає реальне його застосування у кожному конкретному випадку [8, с. 84]. Аналізуючи різні теоретичні підходи вчених щодо визначення сутності адміністративного примусу, Т. О. Коломєєць слушно зазначає про те, що наявність правопорушення не є суворо обов'язковою підставою адміністративного примусу. Звідси вчена формулює висновок про неможливість його отождествлення із адміністративною відповідальністю, на відміну від інших видів державно-правового примусу, які за своєю сутністю відповідають певному виду юридичної відповідальності (наприклад, кримінальний примус практично рівнозначний кримінальній відповідальності) [8, с. 121].

А. Т. Комзюк виділяє юридичні особливості (ознаки, властивості) адміністративного примусу взагалі і того, що використовується у правоохоронній діяльності міліції, зокрема: 1) застосування примусу завжди поєднується із широким використанням багатогранних виховних засобів, з активним формуванням правосвідомості, нетерпимого ставлення до антигромадських вчинків; 2) призначення його використання — охорона суспільних відносин у сфері державного управління; 3) заходи застосовуються, як правило, органами виконавчої влади і їх посадовими особами; 4) застосування заходів здійснюється тільки тими органами виконавчої влади, їх посадовими особами, кому таке право надано законодавчими актами; 5) адміністративно-примусові заходи можуть застосовуватись і за відсутності правопорушень, коли необхідно їх попередити або забезпечити громадський порядок, громадську безпеку під час надзвичайних ситуацій; 6) адміністративний примус за змістом ширший від адміністративної відповідальності; 7) застосовується як до фізичних, так і до юридичних осіб; 8) не пов'язаний із службовою підпорядкованістю і завжди має зовнішнє спрямування; 9) регулюється нормами адміністративного права; 10) заходи примусу різноманітні; 11) метою застосування є спонукання громадян, посадових осіб до виконання приписів загальнообов'язкових правил; 12) заходи примусового впливу застосовуються незалежно від волі і бажання суб'єкта, до якого вони застосовуються, часто з можливістю використання для реалізації інших примусових заходів [7, с. 31–34].

А. Т. Комзюк формулює універсальне визначення адміністративного примусу, яке може бути застосоване до будь-якої сфери суспільних відносин або діяльності будь-яких органів виконавчої влади, їх посадових осіб. Адміністративним примусом запропоновано визначити застосування відповідними суб'єктами до осіб, які не перебувають у їх підпорядкуванні, незалежно від волі і бажання останніх, передбачених адміністративно-правовими нормами заходів впливу морального, майнового, особистісного та іншого характеру з метою охорони суспільних відносин, що виникають у сфері державного управління, шляхом попередження і припинення правопорушень, покарання за їх вчинення [7, с. 35]. Отже, вчений адміністративний примус визначає через сукупність відпо-

відних заходів, у формі яких він застосовується. У визначенні також міститься категорія «державне управління», сутність якої, порівняно із тією, що була доведена правовою доктриною на момент підготовки А. Т. Комзюком монографії «Заходи адміністративного примусу в правоохоронній діяльності міліції: поняття, види та організаційно-правові питання реалізації», зазнала суттєвих змін у напрямку пріоритету регулятивної, організуючої діяльності, поряд із імперативною. Разом з тим вчений надзвичайно точно формулює ознаки заходів адміністративного примусу, а також виділяє ключові ознаки адміністративного примусу як правового явища. Останнє стосується таких ознак, як призначення використання, ширший зміст за адміністративну відповідальність.

М. М. Конін визначає адміністративний примус як специфічний метод охорони і захисту діючого у державі конституційного правопорядку. За підставами застосування адміністративний примус поділяється на примус у формі притягнення до адміністративної відповідальності за вчинення правопорушень та об'єктивний примус за відсутності правопорушення, який застосовується в силу суспільної та державної необхідності або у профілактичних цілях [9, с. 155]. Такий підхід М. М. Коніна є більш змістовним, адже у ньому відтворено розуміння адміністративного примусу як специфічного правового методу, який є цілеспрямованим. Єдине, що доцільно додати у таке визначення, — це урегульованість нормами адміністративного права.

Звичайно, складно на підставі опрацювання доволі обмеженого кола наукових думок щодо сутності адміністративного примусу формулювати відповідне поняття, враховуючи його предметну конкретизацію, проте наведені підходи можна вважати одними із достатньо усталених в науці адміністративного права.

*Адміністративним примусом у сфері захисту інтелектуальної власності* доцільно вважати специфічний метод захисту діючого у державі правопорядку у сфері інтелектуальної власності, урегульований нормами адміністративного права.

На перший погляд, таке визначення вдається дещо неповним, однак у ньому відтворено специфіку саме адміністративного примусу у зазначеній сфері суспільних відносин, а не заходів, завдяки яким адміністративний примус реалізується.

При визначенні меж застосування адміністративного примусу з метою захисту права інтелектуальної власності доцільно спиратись на ознаки публічного права, адже адміністративний примус — це, насамперед, категорія публічного права, його ознаки впливають з ознак публічного права. Виділення ознак публічного права знаходимо у дисертації Т. О. Коломоець, яка, посилаючись на узагальнення матеріалу, викладеного у юридичних енциклопедичних виданнях, виділяла наступні його ознаки: регулювання відносин між органами державної влади, суб'єктами місцевого самоврядування та громадянами, іноземними громадянами, особами без громадянства; орієнтація на задоволення публічних інтересів; забезпечення одностороннього волевиявлення суб'єктів права; широка сфера дії та застосування; домінування ієрархічних відносин суб'єктів та відповідної субординації правових актів і норм; домінування імперативних

та директивно-зобов'язальних норм; нормативно-орієнтуючий вплив; пряме застосування санкцій, пов'язаних з обмеженням використання ресурсів; широке використання нових технічних прийомів та ін. [8, с. 45–46; 10, с. 198].

Концепція, обґрунтована Т. О. Коломоєць, передбачає базовий варіант розподілу зовнішніх форм прояву адміністративного примусу в публічному праві України у три етапи з використанням трьох критеріїв: фактичних підстав застосування, безпосередньої мети та характеру дії заходу. Відповідно до цього виділено: заходи адміністративного примусу, пов'язані із правопорушеннями, які об'єднують заходи відповідальності та заходи припинення (власне заходи припинення та заходи адміністративно-процесуального примусу), і заходи, застосування яких не пов'язане із правопорушеннями, які об'єднують такі, що пов'язані із надзвичайними ситуаціями, та власне попереджувальні заходи [8, с. 400–401].

Така концепція може бути застосована для характеристики адміністративного примусу, що використовується як один із способів правового захисту права інтелектуальної власності, особливо у частині, яка стосується його превентивного змісту. Вказане стосується попереджувальних заходів як таких, застосування яких не пов'язане із правопорушеннями. Це означає теоретично обґрунтовану можливість використовувати відповідні заходи з метою попередження вчинення правопорушень у сфері інтелектуальної власності. Зазначене, у свою чергу, надає підставу розширення змісту категорії «захист», яким було охоплено лише ті способи і засоби, що застосовуються у зв'язку із фактом порушення певного права — права інтелектуальної власності. Це означає перспективність подальшого наукового аналізу у напрямку обґрунтування адміністративної превенції як складової системи способів захисту права інтелектуальної власності.

### Література

1. Концепція розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 роки: схвалено рішенням Колегії Державного департаменту інтелектуальної власності (Протокол від 11 березня 2009 р. № 11)//Офіційний веб-портал Державної служби інтелектуальної власності України: Електронний ресурс: Режим доступу: [http://sips.gov.ua/ua/plans\\_reports.html](http://sips.gov.ua/ua/plans_reports.html)
2. Програма розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні на 2010–2014 роки: схвалено рішенням Колегії Державного департаменту інтелектуальної власності (Протокол від 14 грудня 2009 р. № 14) //Офіційний веб-портал Державної служби інтелектуальної власності України: Електронний ресурс: Режим доступу: [http://sips.gov.ua/ua/plans\\_reports.html](http://sips.gov.ua/ua/plans_reports.html)
3. Запорожець І. Г. Адміністративно-правові засади управління у сфері охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності: автореф. дис. ... к. ю. н. 12.00.07 / Запорожець Ірина Григорівна. — Х., 2006. — 21 с.
4. Головкова О. М. Адміністративна відповідальність за порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності: автореф. дис. ... к. ю. н. 12.00.07 / Головкова Ольга Миколаївна. — Ірпінь, 2009. — 22 с.
5. Галунько В. В. Охорона власності: Адміністративно-правові аспекти: монографія/ за заг.ред. В. К. Шкарупи. — Херсон: ХМД, 2008. — 348 с.
6. Колпаков В. К. Адміністративно-деліктний правовий феномен: Монографія. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 528 с.

7. Комзюк А. Т. Заходи адміністративного примусу в правоохоронній діяльності міліції: поняття, види та організаційно-правові питання реалізації: Монографія/ За заг. ред. проф. О. М. Бандурки. — Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. — 336 с.
8. Коломоець Т. О. Адміністративний примус у публічному праві України: теорія, досвід та практика реалізації: дис. ... д. ю. н. 12.00.07/Коломоець Тетяна Олександрівна. — Запоріжжя, 2005. — 455 с.
9. Конин Н. М. Административное право России: учеб. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Проспект, 2010. — 448 с.
10. Юридична енциклопедія: В 6 т./ Редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. — К.: «Укр.. енцикл.», 1998. — Т. 1. — 672 с.; 1999. — Т. 2. — 744 с.; 2001. — Т. 3. — 792 с.; 2002. — Т. 4. — 720 с.; 2003. — Т. 5. — 736 с.

## Анотація

*Колесніченко В. В. Адміністративний примус як спосіб правового захисту права інтелектуальної власності. — Стаття.*

Стаття присвячена обґрунтуванню сутності і змісту адміністративного примусу як одного із способів захисту права інтелектуальної власності. Виходячи з правової природи адміністративного примусу, доведено, що він може виконувати не тільки каральну, а й превентивну роль у забезпеченні правопорядку взагалі і у сфері інтелектуальної власності, зокрема. У зв'язку з цим доведено, що категорія «захист» щодо права інтелектуальної власності має охоплювати не тільки способи і засоби, що застосовуються у зв'язку із фактом порушення певного права — права інтелектуальної власності, але і такі, що застосовуються з метою попередження порушень зазначеного права.

**Ключові слова:** адміністративний примус, право інтелектуальної власності, захист, превенція.

## Аннотация

*Колесниченко В. В.* Административное принуждение как способ правовой защиты права интеллектуальной собственности. — Статья.

Статья посвящена обоснованию сущности и содержания административного принуждения как одного из способов защиты права интеллектуальной собственности. Исходя из правовой природы административного принуждения доказано, что оно может выполнять не только карательную, но и превентивную роль в обеспечении правопорядка вообще и в сфере интеллектуальной собственности, в частности. В связи с этим доказано, что категория «защита» в отношении права интеллектуальной собственности должна охватывать не только способы и средства, применяемые в связи с фактом нарушения определённого права — права интеллектуальной собственности, но и такие, которые применяются с целью предупреждения нарушения указанного права.

**Ключевые слова:** административное принуждение, право интеллектуальной собственности, защита, превенция.

## Summary

*Kolesnichenko V. V.* Administrative law enforcement as legal defense method of intellectual property right. — Article.

The article is devoted to grounding of essence and content of administrative law enforcement as one of intellectual property right defense method. On the assumption of administrative law enforcement law essence there proved that it may have not only punitive but also preventive role in law and order providing in general and in intellectual property right sphere in particularly. In connection with this there proved that relative to intellectual property right «defense» category must envelope not only methods which are using in connect with fact of right infringement — intellectual property right but also must be used for purpose of such right infringements prevention.

**Keywords:** administration law enforcement, intellectual property right, defense, prevention.

## МЕТОДОЛОГІЧНИЙ АПАРАТ ДОСЛІДЖЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ АНТРОПОЛОГІЇ

Юридична антропологія, виникнення якої було викликом юридичному позитивізму, може скластися як ефективна дослідницька програма тільки за умов відповідної її завданням методології. Перш ніж говорити про систему методологічного інструментаря цього дослідження, слід зробити декілька важливих зауважень. На нашу думку, першочергову роль у виборі методів та прийомів дослідження мають установки дослідника — принципи, на яких ґрунтується його науковий світогляд.

По-перше, ми погоджуємось з А. І. Ковлером у тому, що базовою методологічною посилкою для юридичної антропології є відмова дослідника від власних національних (в широкому сенсі цього слова) забобонів: вивчаючи інше суспільство, найбільшою помилкою було б вважати його недорозвиненим по відношенню до власного суспільства [1, с. 28]. Польові дослідження Б. Малиновського, К. Леві-Строса, М. Мід та інших етнографів та етнологів показали, наскільки є цікавим внутрішній світ так званих примітивних суспільств. Укажемо на важливий висновок, що випливає з цих міркувань. Здатність визнати право іншої людини бути іншою та зрозуміти логіку цієї «інакшості» і є першою заповіддю як етnologа, так і юриста.

Н. С. Пілюгіна указує на ще один вихідний методологічний момент — розрізнення з позицій антропологічної науково-дослідницької програми між загальним та необхідним відношенням як змістом поняття права та різноманітним правовою реальністю [2, с. 24]. Як видається, це співвідношення між правом як абстракцією та правом як реальністю зумовлено багатогранною природою людини, яка одночасно належить до світової спільноти та певної соціальної спільноти.

Антропологічне бачення права дає шанс побачити дивовижне розмаїття правових систем у світі. Але це розмаїття відкривається лише тому, хто знає «мову» досліджуваного предмета — мову якщо не в його прямому (етнолінгвістичному) значенні, то в значенні категорій і понять, якими оперує мислення людей, що належать до певного етносу або певного типу суспільства.

Далі, необхідно мобілізувати свої знання і свою уяву, щоб поринути в час, до якого ми проявляємо інтерес. Нарешті, треба з особливою ретельністю відібрати джерела інформації, щоб не потонути в них [3, с. 359–360]. Зокрема, юридична антропологія, на відміну від інших юридичних наук, нерідко має справу з усними джерелами права, хоча, як відомо, європейська юридична культура є писемною з давніх-давен. Незважаючи на власний, переважно писемний досвід, важливо усвідомити, що усне право теж є особливим способом людського спілкування. У примітивному та традиційному суспільстві усне право в кінцевому рахунку виступає тим інтегруючим елементом, який зв'язує

воєдино як нечисленні, так і багатотисячні людські спільності, впорядковуючи їх внутрішнє життя і зовнішні відносини з іншими спільнотами. Мимохідь відзначимо, що у певному сенсі слова усне не право не є віджилим і для індустріального суспільства. З методологічної точки зору важливо розпізнати це право. Його форми є різноманітними. Перш за все, це різного роду заборони — табу, за висловом А. І. Ковлера, генотип сучасної правової заборони [1, с. 30]. Усне право може існувати у формі міфів, легенд, приказок, прислів'їв, навіть казок та пісень. У зразках усної народної творчості, особливо тих, що належать до масштабного паремійного фонду, який становлять юридичні прислів'я і приказки багатьох народів світу, втілено інтелектуально-духовну традицію конкретного періоду як усталену сукупність загальних схем, взірців, форм категорії мисленнево-духовного пізнання світу, смислів і значень, ідей, ідеалів та принципів, стереотипів та кодів мислення, яке згодом трансформувалося у правове мислення [4, с. 14]. Це яскраво продемонстровано не тільки зарубіжними, але й вітчизняними ученими (досить назвати, наприклад, праці М. В. Гримич зі звичаєво-правової культури українців межі XIX–XX століть, Н. І. Новікової щодо правової культури малих народів Крайньої Півночі та ін.).

Методологічним підґрунтям дослідження у сфері юридичної антропології неминуче має стати методологія порівняльного правознавства [5, с. 42–55; 6, с. 54–66; 7, с. 46–75]. Інструментами дослідження виступають, перш за все, порівняння на мікрорівні, що зумовлено предметом дослідження, яким є буття людини у праві. Саме вони дають можливість побачити загальне та особливе у таких категоріях, як права людини у різних правових системах. На сьогодні ніхто у світі прямо не заперечує універсальної цінності прав людини, підґрунтям чого є усвідомлення єдності людського роду. Тортури, рабство, нелюдське і принижуюче гідність поводження неприйнятні в будь-якому суспільстві. Будь-які наміри виправдати подібні порушення міркуваннями культурного характеру не мають під собою юридичних підстав, не відповідають вимогам і нормам міжнародного права. Але при цьому слід визнати релятивізм у тлумаченні та розумінні прав людини, різну ієрархію цінностей у сфері прав людини, прийняту у різних суспільствах, що стають очевидним при застосуванні синхронного порівняльного аналізу. Так, наприклад, діти та дитинство є цінністю будь-якого суспільства [8, с. 122–125], але змістовне наповнення цієї ціннісної категорії суттєво відрізняється у різних правових культурах. Так, китайське та арабське суспільства відмітні ієрархією прав дитини залежно від її статі, й досі народження хлопчика є більш вагомою та бажаною подією, ніж народження дівчинки. Тобто реальною цінністю є, скоріше, потреба у продовженні роду, що, передусім, пов'язується з чоловіками, ніж дитинство як таке. Така позиція уже зумовила небезпечну диспропорцію співвідношення чоловіків та жінок у китайському суспільстві, особливо серед молоді (чоловіків відчутно менше, ніж жінок) [9].

Інструментарій діяхронного порівняльного аналізу дає юридичній антропології можливість виявити реліктові явища у сучасному праві, простежити наступність та виявити дискретність у правовому розвитку етносу, суспільства,

держави. Так, у розвитку права Беларусі такі розриви у наступництві були викликані укладенням польсько-литовських уній, включенням білоруських земель до складу Російської імперії, революцією 1917 року [10].

А. І. Ковлер наголошує на важливості правильного вибору географічних, історичних, тематичних меж дослідження. Так, вивчення систем кривності він пропонує вивчати паралельно у традиційно-общинному та урбанізованому суспільствах [1, с. 33]. Підкреслимо важливість цього методологічного зауваження для становлення вітчизняної юридичної антропології. Наприклад, проблемним є питання про географічні межі юридико-антропологічних досліджень, пов'язаних з українським етносом. Чи мають включатися до них Пряшівщина, Холмщина, Кубань? І навпаки, географія не завжди зумовлює етнічність. Так, у межах України проживає болгарський етнос зі своїми правовими традиціями. Але ми не повинні ототожнювати його з суспільством сучасної Болгарії. Очевидно, що за двісті років у відриві від Батьківщини українські болгари сформували (або законсервували з XVIII — початку XIX століття) соціальні, а почасти й правові норми, відмінні від правової системи сучасної Болгарії — члена Євросоюзу та НАТО. Якщо продовжити розмову про різноманітні кордони юридичної антропології, то чи можна говорити про національні особливості правового життя за доби середньовіччя? Які саме проблемні питання варто вивчати з позицій юридичної антропології?

Ще одним методологічним моментом є розрізнення юридичної антропології та антропологічного підходу в юриспруденції. Юридична антропологія є комплексною галуззю знань, в якій предмет аналізується в різних сферах. Як справедливо підкреслює А. Х. Саїдов: «Антропологічний підхід до права — значно ширше поняття, ніж застосування конкретно-антропологічних методів, а розмежування напрямків дослідження в рамках єдиної науки має йти не тільки по лінії розчленування об'єктів дослідження, а й за аспектами й рівнями дослідження у випадках збігу їх об'єктів» [11, с. 65]. Антропологічний підхід до права означає переміщення точки зору на право з норми права, позиції правотворця, правових відносин до людини. Він означає визнання того факту, що феномен права глибоко пов'язаний з людиною, її сутністю. Право є продуктом діяльності людини і уособлює її сутнісні сили, а відповідно, у ньому можуть бути виділені моменти, без яких людини як біосоціодуховної істоти не існує. До змісту антропологічного підходу включаються вибір об'єкта й предмета, методології й методів пізнання людини, культури й суспільства. Він може бути корисним для подолання державоцентристського та етноцентристського погляду на соціальний розвиток людини і суспільства, його використання є необхідною передумовою налагодження зв'язків між цивілізаціями, правовими системами, державами і людьми, що представляють різні правові культури [12, с. 311–312].

Крім того, слід виділити герменевтичну складову методології юридичної антропології. Свого часу саме право спонукало розвиток цього дослідницького інструмента. В XI столітті, зі знаходженням зводу римського права та поєднанням схоластики та діалектики, виникає спеціальна юридична дисциплі-

на — юридична герменевтика [13, с. 45]. Не приймаючи ідею О. І. Овчиннікова про всеохоплюючий характер герменевтики, яка в його уявленні постає як нова парадигма права [14, с. 258–259], зазначимо, що на сьогодні юридична герменевтика постає як спеціально-науковий метод пізнання, який має свої особливі риси у рамках юридичної антропології. По-перше, розуміння будь-якої людської дії (слова, вчинку, судження) залежить від контексту, якщо ж говорити про розуміння чужорідних норм, то контекстом слід розглядати культурну історію народу, його мову, звичаї й характер, тобто менталітет. Так само, як читання літературного твору відбувається в контексті внутрішнього світу читача, так і розуміння правил поведінки відбувається в контексті внутрішнього світу інтерпретатора. В ході інтерпретації відбувається перенесення особистості (інтерпретатора) на осмислюваний предмет, будь-то літературний текст або стаття нормативного акта. Як підкреслює Ю. М. Оборотов, «у процесі розуміння на предмет пізнання поширюються інтелект, почуття, інтуїція, взагалі особистість того, хто прагне до розуміння» [15, с. 27]. По-друге, на відміну від інших напрямів юридичного знання, герменевтика в юридичній антропології означає прочитання як тексту не тільки правових норм, правової поведінки, правових суджень людини, але навіть її тіла, свідомих та несвідомих проявів тілесності.

Зміст герменевтичного методу неодноразово ставав предметом досліджень. Так, до усіх герменевтик цвіло поняття «герменевтичного кола», тобто співвідношення частини і цілого, значення і контексту, сенсу пропозиції та всього тексту, творів і життя автора, злиття горизонтів в процесі комунікації між індивідами [16, с. 126]. Той факт, що розуміння спирається на щось уже дане, на щось передбачуване, не залишає сумніву: хто хоче зрозуміти текст, той завжди робить припущення з приводу сенсу цілого, який є першим значенням. Так виходить тому, що текст читають вже зі значним очікуванням певного сенсу, тому що зрозуміти текст можна тільки тоді, коли розуміють контекст, що формується до початку процесу розуміння.

Герменевтичний метод особливо є важливим для дослідження етнологічних аспектів юридичної антропології. Адже для аналізу етнічної правової культури використовується найрізноманітніший історичний матеріал: дослідження вчених етнографів, записки мандрівників, замітки побутописців, фольклорні та художні тексти, етносоціологічні дослідження, газетні і журнальні статті, офіційні документи, історична та суспільно-політична література тощо. Особливе значення, як указують спеціалісти з польових досліджень, має можливість безпосереднього спілкування з представниками досліджуваного етносу, головна увага має приділятися мові, жартам, реакціям на різні ситуації, застереженням, ланцюжкам міркувань, аргументам, що використовуються ними в спорах, поясненням різних явищ, власної поведінки тощо, а також спостереженнями за відносинами в сім'ї, з товаришами по службі, з одноплемінниками і іноплеменниками [17, с. 222]. При цьому факти в поведінці, оцінках, реакціях, які представнику іншого етносу здаються «дивними», дають не тільки багатий матеріал, але і є ознакою відмінних рис правової культури етносу.



Для того, щоб пояснити «дивацтва» у правовому бутті народу, використовуються метод емпатії, співчуття, проникнення у внутрішню логіку інших людей, уловлювання значень, які вони вкладають у слова, і смислів, якими вони оперують, тобто розуміння, інтерпретації. Як писав К. Роджерс, «емпатичне розуміння полягає в проникненні до чужого світу, умінні релевантно увійти до феноменологічного поля іншої людини, всередину її особистого світу значень» [18, с. 209]. В процесі інтерпретації вчений повинен проникнути в глибину етнічної культури, світогляду етносу, щоб бачити світ їхніми очима, будуючи в своїй свідомості модель світу, приблизно відповідну тій, яку мають представники досліджуваного етносу. Основоположник функціоналізму Броніслав Малиновський, формулюючи мету антропологічного дослідження, писав: «Цією метою є осмислення тубільця, ставлення тубільця до життя, розуміння його поглядів та світ. Ми маємо вивчати людину, й нам потрібно вивчати те, що стосується її безпосереднім чином, увесь той вплив, який спричиняє на неї життя» [19, с. 49].

Близьким до герменевтичного методу є аксіологічний метод. Завдяки інтерпретації правових звичаїв, традицій, обрядів, текстів того чи іншого народу вчений наближається до ціннісної ієрархії народу, фіксуючи ієрархічність дій, знаків, символів. Етнічна правова культура і правова свідомість в аксіологічному вимірі є особливим чином вираженою ієрархією правових цінностей. Співвідношення і взаємовідношення цінностей відбуваються у формі ієрархії, впливають із самої сутності цінностей. Відповідно, кожна цінність може бути розглянута як мета чи засіб для досягнення іншої цінності. При цьому важливо пам'ятати, що загальним принципом дослідження етнічних констант може бути вивчення того, як та чи інша ціннісна система представлена у свідомості народу, адаптована народом, як піддана корекції, щоб стати сумісною з етнічними константами даного народу [20, с. 52].

Ціннісний порядок упорядкований таким чином, що нижчі цінності визнаються в рамках тієї чи іншої культури тимчасовими, скороминущими, «службовими» щодо вищих, які є близькими до «вічних» цінностей за своїм значенням. Як пише А. І. Овчинніков: «В основі кожної соціальної норми лежить певна цінність, що захищається цією нормою» [14, с. 127]. Тому ієрархія цінностей простежується або повинна простежуватися в кожній нормативній системі, в тому числі і системі норм звичаєвого права.

Методологія юридичної антропології стосується також розробки формального інструментарію, за допомогою якого можуть бути описані особливості правової культури того чи іншого народу, що мають ціннісну детермінацію. На основі цього формального інструментарію можливо проводити крос-культурні дослідження. Юридична антропологія виходить із того, що в житті всіх етносів є схожі риси. Для складання контексту інтерпретації права в життя певного етносу необхідно врахувати такі орієнтири: релігійна свідомість та її роль у житті етносу; ставлення до інших; сім'я, влада, виховання дітей; ставлення до праці й до власності.

Вивчення ціннісної структури етнічної правосвідомості передбачає і вивчення реакції представника того чи іншого народу на задані ззовні норми та

ідеали права. Як пише С. В. Лур'є: «ми можемо сформулювати питання, яке життя задає етносу, і відповідь, яку дає їй етнос. На цьому питанні-відповіді і може бути побудована методика дослідження етнічної свідомості» [17, с. 17]. Наприклад, у відповіді на питання про цінності прав людини необхідно виявити, що вона може означати для того чи іншого народу в світлі його етнічних правових уявлень? Якщо для одного народу вона байдужа, тобто «проходить» крізь сітку етнічних констант, то в іншого етносу може існувати щось подібне, тільки виражатися іншими категоріями. А у третього прийняття тієї ж цінності може викликати трансформацію всієї правової сфери життя. Якщо для європейців типовим є примат особистості над масою, то для неєвропейських етносів така ієрархія є неприйнятною. Можна стверджувати, що права людини є одночасно і універсальними, і культурно-етнічно різноманітними. Права людини є універсальними через універсальність фундаментальних людських інтересів, забезпечення яких вони гарантують. Таких, наприклад, як можливість не піддаватися фізичному насильству. У якій би культурі людина не жила, тортури від цього не стають менш болісними [21]. Але структура, зміст та реалізація прав людини, очевидно, є відмінною у різних правових культурах. І це треба враховувати досліднику. Для одних суспільств, наприклад, визнання наявності соматичних (вітальних) прав людини включатиме визнання одностатевих шлюбів, для інших — вони є неприйнятними. Діалектика універсалізму та релятивності є, можливо, найважливішим постулатом юридичної антропології, що ґрунтується одночасно на визнанні цінності людини як біосоціодуховної істоти та визнанні безкінечної різноманітності людей та створюваних ними спільнот та організацій.

Для вивчення юридичної антропології, правової культури та правосвідомості різних спільнот необхідно також залучення методів семіотики. Семіотика — наукова дисципліна, що вивчає виробництво, будову і функціонування різних знакових систем, що зберігають і передають інформацію. Право є частиною символічного універсуму етносу, воно закріплене в культурно-семіотичному, знаковому просторі, формує як сценарії поведінки людини, так і тлумачення або інтерпретацію його через смислове конструювання цілого ряду юридично значущих категорій і понять символів. Наприклад, слова «право» і «влада» пов'язують наше мислення з певним комплексом переконань, образів, символів, ритуалів, моделей соціальної організації та регуляції, відображених у внутрішньому (моральному) і зовнішньому (державно-правовій системі) світі, тому що ці поняття безпосередньо пов'язані і зумовлені певним світосприйняттям, відчуттям, системою поведінкових стереотипів, духовно-моральним змістом, конкретними уявленнями про суспільство, порядок, світ, гармонію тощо.

Як показав у своєму дисертаційному дослідженні М. Г. Тюрін, архетип правової культури навіть на доктринальному її рівні, не кажучи вже про емпірично-побутовий, включає, поряд з аксіологічною та концептуальною, символічну складову, у тому числі — мовну (державно-правові символи та ритуали) [22, с. 18]. Крім того, будь-яка юридична дія є гранично ритуальною за своєю природою, «оскільки її метою є зміна існуючого порядку речей (віднов-

лення порушених відносин, зміна рутинного перебігу подій у формі заборони, створення, майже теургічного, нових, таких, що раніше не існували, зв'язків і статусів тощо), що здійснюється в сакральних і, одночасно, гранично формалізованих символічних актах, таких як «відплата», «припинення», «настанова», «регулювання» тощо» [23, с. 417].

Етнопсихологічні методи дозволяють розглянути внутрішню складову правової взаємодії між індивідами, що будується на емоційно-психологічному тлі правосвідомості. На дані аспекти права звертали увагу Л. Й. Петражицький й Є. М. Трубецькой. Право є явищем, передусім, психічним [24, с. 65], а результатом правового переживання виступає певний «правовий зміст» свідомості (правосвідомості), формується емоційно-психологічне відчуття «належного», що надає правовій свідомості особливу мотиваційну силу на користь відповідних форм і моделей поведінки. Отже, сама природа права та соціально-правової взаємодії виражається через підсвідомі індивідуальні емоційно-психічні переживання [25, с. 127]. Ця властивість права потребує застосування в антрополого-юридичному дослідженні певних прийомів та методів психології.

Зокрема, за допомогою етнопсихологічного аналізу можна дати характеристику правовому менталітету народу. Правовий менталітет — це характер народу, як справедливо робить висновок О. І. Овчинников [14, с. 184]. Правовий менталітет більшою частиною проявляє себе в звичаєвому праві, правових традиціях, здоровому глузді, колективних уявленнях, інтуїтивному праві. Простежити його можна не тільки і не стільки по пам'ятках права, історичних подіях, скільки за народним епосом, прислів'ями, казками, переказами, літературними творами, що є, згідно Л. Й. Петражицькому, особливою сферою джерел права [25]. Саме в них можна знайти і побачити інтуїтивне право, а також ставлення народу до права і держави, до різних правових інститутів і політичної влади.

Таким чином, наведена нами система методів дозволяє повно і глибоко проаналізувати предмет нашого дослідження. Серед методів, які використовуються нами, особливе місце належить юридичній герменевтиці. Саме юридична герменевтика допомагає в аналізі звичаїв, традицій, правових норм народів і культур. У сукупності з методом емпатії, юридична герменевтика дає можливість зрозуміти глибину етнічної правової культури, мотиви підкорення певному набору правових звичаїв. Нами також використовується близький до герменевтичного методу аксіологічний метод аналізу правоантропологічних досліджень. Завдяки інтерпретації правових звичаїв, обрядів, ритуалів, традицій того чи іншого народу ми наближаємося до ціннісної ієрархії народу. Ми також використовуємо метод семіотики, який дозволяє вивчати будову і функціонування різних знакових систем, які зберігають і передають інформацію. Етнопсихологічні методи допомагають зрозуміти внутрішню складову звичаєво-правової взаємодії між індивідуумами, яка ґрунтується на емоційно-психологічному фоні правової свідомості.

*Література*

1. Ковлер А. И. Антропология права. — С. 28.
2. Пилигина Н. С. Антропологический метод познания права : Теоретико-правовой анализ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Пилигина Наталья Сергеевна. — Краснодар, 2009. — С. 24.
3. Леви-Строс К. Структурная антропология. — С. 359–360.
4. Чорнобай О. Л. Філософія фольклорного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 — «Філософія права» / О. Л. Чорнобай. — Л., 2011. — С. 14.
5. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : учебник / А. Х. Саидов; под ред. В. А. Туманова. — М. : Юрист, 2003. — С. 42–55.
6. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения / Ю. А. Тихомиров. — М. : Издательство НОРМА, 1996. — С. 54–66.
7. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / Цвайгерт К., Кетц Х. ; пер. с нем. — М. : Междунар. отношения, 2000. — Т. 1. — С. 46–75.
8. Крестовська Н. М. Дитинство як правова цінність / Н. М. Крестовська // Актуальні проблеми держави і права. — О. : Юрид. л-ра, 2008. — Вип. 40. — С. 122–125.
9. Население Китая [Электронный ресурс]. — Режим доступа до документа: <http://ru.worldstat.info/Asia/China>
10. Щербик Д. В. Дискретность и преемственность в развитии права Беларуси : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 — «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / Д. В. Щербик. — Минск, 2009. — 24 с.
11. Саидов А. Х. О предмете антропологии права / А. Х. Саидов // Государство и право. — 2004. — № 2. — С. 65.
12. Завальнюк В. В. Роль юридичної антропології у сучасному правовому розвитку / В. В. Завальнюк // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць. — 2009. — Вип. 47. — С. 311–312.
13. Кузнецов В. Герменевтика и ее путь от конкретной методики до философского направления / Валерий Кузнецов // Логос. — 1999. — № 10 (20). — С. 45.
14. Овчинников А. И. Правовое мышление в герменевтической парадигме / А. И. Овчинников. — Ростов н/Д : Изд-во Рост. ун-та, 2002. — С. 258–259.
15. Оборотов Ю. Н. Традиции и обновление в правовой сфере: вопросы теории (от познания к постижению права) / Ю. Н. Оборотов. — О. : Юрид. л-ра, 2002. — С. 27.
16. Овчинников А. И. Правовое мышление: теоретико-методологический анализ : монография / А. И. Овчинников. — Ростов н/Д : Изд-во Ростовск. ун-та, 2003. — С. 126.
17. Лурье С. В. Историческая этнология : учебник / С. В. Лурье. — М. : Аспект Пресс, 1997. — С. 222.
18. Роджерс К. К науке о личности / К. Роджерс // История зарубежной психологии. — М. : Изд-во Московского ун-та, 1986. — С. 209.
19. Малиновский Б. Избранное : Аргонавты западной части Тихого океана / Бронислав Малиновский ; пер. с англ. — М. : РОССПЭН, 2004. — С. 49. — (Серия «Книга света»).
20. Агафонова Елена Алексеевна. Юридическая антропология: концептуальные идеи и принципы : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Агафонова Елена Алексеевна. — Ростов н/Дону, 2009. — С. 52.
21. Моисеев С. В. «Азиатские ценности» и права человека: некоторые теоретические аспекты дискуссии [Электронный ресурс] / С. В. Моисеев. — Режим доступа до статті : <http://www.philology.ru/marginalia/moissev2.htm>
22. Тюрин М. Г. Архетипы национальной правовой культуры : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 — теория и история права и государства ; история учений о государстве и праве / М. Г. Тюрин. — Ростов н/Д, 2007. — С. 18.
23. Исаев И. А. Власть и закон в контексте иррационального / И. А. Исаев. — М. : Юрист, 2006. — С. 417.
24. Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права / Е. Н. Трубецкой. — СПб. : Лань, 1998. — С. 65.
25. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий. — СПб. : Лань, 2000. — С. 127.

### Анотація

**Завальнюк В. В. Методологічний апарат дослідження юридичної антропології.**

У статті аналізуються основні методи, які допомагають сформувати антропологічне бачення права. Антропологічне бачення права дає шанс побачити розмаїття правових систем у світі.

**Ключові слова:** юридична антропологія, герменевтичний метод, методологія, метод семіотики, етнопсихологічні методи, етнопсихологічний аналіз.

### Аннотация

**Завальнюк В. В. Методологический аппарат исследования юридической антропологии.**

В статье анализируются основные методы, которые помогают сформировать антропологическое видение права. Антропологическое видение права дает шанс увидеть разнообразие правовых систем в мире.

**Ключевые слова:** юридическая антропология, герменевтический метод, методология, метод семиотики, этнопсихологические методы, этнопсихологический анализ.

### Summary

**Zavalnyuk V. V. Methodological apparatus for studying legal anthropology.**

The paper analyzes the main methods that help shape the anthropological vision of law. Anthropological vision of the law a chance to see the diversity of legal systems in the world.

**Keywords:** legal anthropology, hermeneutic method, methodology, method, semiotics, ethno-psychological methods Ethnopsychological analysis.

УДК 342.84(477)

**М. В. Афанасьєва**

## ЕФЕКТИВНА УЧАСТЬ НАЦІОНАЛЬНИХ МЕНШИН У ВИБОРАХ

У межах національних кордонів кожної держави проживають групи громадян, які характеризуються етнічними, лінгвістичними, релігійними особливостями, що відрізняють їх від більшості населення. Збереження самобутності таких національних груп та підтримка гармонійних відносин з титульною більшістю є важливим державним завданням, реалізація якого можлива лише шляхом забезпечення вищих соціальних цінностей: рівності прав та недискримінації.

Різні аспекти реалізації прав національних меншин ставали предметом наукових досліджень вітчизняних юристів та практиків, зокрема, слід відмітити праці: М. М. Алмаші, О. М. Бикова, Ю. О. Волошина, Д. С. Ковриженка, Ю. Ю. Лихача, О. І. Липчук, Ю. А. Тищенко та інших. Однак висвітлення проблематики забезпечення виборчих прав у науковій літературі носить фрагментарний характер, недостатньо дослідженими залишаються питання територіальної організації виборчого процесу з урахуванням місць компактного проживання міноритарних громадян України.

Однією з найважливіших складових мирної та демократичної держави є ефективна участь національних меншин у суспільно-політичному житті. Як

свідчить досвід, накопичений в Європі та поза її межами, для стимулювання такої участі державам нерідко доводиться створювати спеціальні механізми.

Рамкова конвенція про захист національних меншин передбачає створення державою необхідних умов для ефективної участі осіб — представників національних меншин у культурному, соціальному, економічному житті і в державних справах [1]. В свою чергу Лундські рекомендації ОБСЄ про ефективну участь національних меншин у суспільно-політичному житті [2] та Інструкція ОБСЄ/БДПІЛ щодо сприяння участі національних меншин у виборчому процесі [3] пропонують закріплення положень, відповідно до яких держава повинна забезпечити меншинам доступ до реальних важелів впливу на рівні центральної влади, а за потреби забезпечити й особливі механізми під час виборчого процесу.

Зокрема, в окремих європейських державах з цього приводу встановлені такі механізми: при проведенні парламентських виборів (Іспанія, Данія, Фінляндія, Кіпр) і місцевих виборів (Словенія) існує система резервування за представниками національних меншин певної кількості місць у парламенті, органах місцевого самоврядування; застосовується практика включення представників національних меншин до партійних списків (Австрія, Бельгія, Фінляндія, Німеччина (частково), Греція, Латвія, Литва, Польща, Словаччина); існує практика врахування в процесі утворення виборчих округів місць компактного проживання національних (мовних) меншин; за окремими регіонами закріплюється певна кількість місць у парламенті (в Данії — місця для представників Фарерських островів та Гренландії, у Фінляндії — місця для представників Аландських островів); в окремих країнах можна створювати регіональні партії, які представляють інтереси національних меншин (Австрія, Бельгія, Великобританія, Греція, Данія, Естонія (3 партії, які представляють російську нацменшину), Іспанія (партії в Каталонії та Країні Басків) [4, 194]. Доречним є досвід Хорватії, в якій для голосування виборців — представників національних меншин утворюється окремий виборчий округ, межі якого збігаються з межами території Хорватії (округ № 12) і право на представництво мають такі меншини: угорська (1 депутат), італійська (1 депутат), чеська і словацька (1 депутат), австрійська, болгарська, німецька, польська, ромська, румунська, русинська, російська, турецька, українська, молдавська та єврейська (1 депутат), албанська, боснійська, чорногорська, македонська та словенська (1 депутат) [5].

Однією з важливих складових механізму реалізації прав національних меншин та етнічних спільнот на ефективне політичне представництво є врахування їхнього компактного проживання під час формування виборчих округів. В рекомендаціях Венеціанської комісії підкреслюється важливість цього процесу та зазначається, що виборчі округи (їхній розмір та конфігурація) повинні бути утворені з урахуванням необхідності заохотити представників національних меншин взяти участь у виборах [6].

Особливості утворення виборчих округів з урахуванням територіального розподілу виборців за демографічною, національною, історичною, мовною,

релігійною ознакою, виборчої активності та політичних переваг є предметом вивчення особливого наукового напрямку — виборчої географії (або виборчої геометрії). Одним із головних завдань якої є пояснення, порівняння та прогнозування результатів виборів на різних територіях на основі знань про особливості політичної, соціальної, економічної ситуації на місцях [7, 632–633].

Закономірності, які виявляються виборчою географією, можуть використовуватися як з соціально корисними, так і соціально шкідливими цілями, в залежності від суб'єктивних чи об'єктивних орієнтацій органу, що здійснює «нарізку» виборчих округів. Практика, за допомогою якої робляться спроби отримати політичні переваги та максимізувати представництво у виборному органі тієї чи іншої політичної партії або кандидата, завдяки маніпуляціям при утворенні виборчих округів, історично отримала назву — «джеррімендерінг», тобто маніпуляційної виборчої географії. Але виборча географія може використовуватися також в цілях, які сприймаються як соціально позитивні, зокрема це стосується її застосування в інтересах національних меншин, коли межі округів проводяться у такий спосіб, що допомагає їм забезпечити кількість мандатів пропорційно до їх відсотку в чисельності населення країни. Застосування керованих границь виборчого округу для позитивних соціальних цілей за аналогією отримало назву «позитивний джеррімендерінг», який покликаний виправити дискримінацію та гарантувати, що расові та етнічні меншості одержать місця у представницькому органі.

Законодавство багатьох країн допускає вжиття позитивних заходів для виправлення минулих нерівностей, легальних чи *de facto*, яких зазнавали певні групи, такі як національні меншини. Доволі активно зазначена практика використовується у Сполучених Штатах Америки у вигляді так званих виборчих округів «більшість-меншості», цілеспрямовано створених за національною або расовою ознакою. Наприклад, у зв'язку з історичними конфліктами між Хопі та Навахо законодавчі збори штату Арізона прийняли рішення про забезпечення кожній з народностей резервації американських індіанців власного представника у законодавчому органі. Оскільки резервація Хопі повністю оточена резервацією Навахо, законодавчі збори штату створили незвичайну конфігурацію виборчого округу, що проходить уздовж ріки тонкою ниткою в кілька сотень миль, щоб з'єднати два регіони Навахо у Другий виборчий округ штату Арізона [8].

У той же час американська виборча практика свідчить про неоднозначність таких маніпуляцій і мала протилежні приклади, один з яких став предметом розгляду Верховного Суду Сполучених Штатів Америки. Мова йде про справу «Шоу проти Рено» (*Shaw v. Reno*, 1993), рішення по якій встановило прецедент щодо поєднання процесу створення виборчих округів та расової політики. Предметом суперечки стало районування виборчих округів у штаті Північна Кароліна після перепису населення 1990 р. Спочатку карта штату передбачала один виборчий округ «більшість-меншості» з перевагою афроамериканського населення, але на думку Міністерства юстиції, для поліпшення репрезентативності чорношкірих виборців мав бути створений ще один такий округ. Перегля-

нувши карту територіальної організації виборів, легіслатура штату визначила додатковий округ «більшість-меншості», який мав незвичайну форму: довжиною у 160 миль (260 км), звивистої конфігурації, він проходив через весь штат по автомагістральним шляхам та об'єднував різні території лише однією ознакою — більшість афроамериканського населення. На думку заявників — білих виборців, такий спосіб районування був проявом дискримінації та мав на меті лише обрання до Конгресу афроамериканського представника. Суд вирішив, що якщо «дивна» форма виборчого округу не пояснюється нічим іншим, ніж расова ознака, то створення такого округу повинне здійснюватися у строгій відповідності з конституційними положеннями про недопущення дискримінації, а органи, які визначають границі округів з урахуванням расової ознаки, повинні забезпечити дотримання закону про виборчі права та реалізацію інтересів інших категорій виборців [9].

За даними Всеукраїнського перепису населення 2001 року, 77,8 % громадян країни це етнічні українці, але майже чверть, 22,2 %, — є представниками національних меншин, з яких 77,8 % припадає на етнічних росіян, інші етнічні спільноти складають майже 4,5 % населення країни. Специфіку мають регіональні виміри етнічного складу населення, наприклад, в Автономній Республіці Крим українці складають лише 24 %, кримські татари — 12,5 %; в Закарпатській області друге і третє місце після українців посідають угорці (12,1 %) та румуни (2,6 %); в Одеській області серед національних меншин, крім росіян (20,7 %), виділяються болгари (6,1 %) та молдовани (5 %); в Донецькій області 1,6 % населення складають греки [10]. Неоднорідна етнодемографічна структура населення України актуалізує необхідність врахування етнічної складової у реалізації виборчих прав громадян України, зокрема, шляхом забезпечення дієвих механізмів висунення з боку національних меншин кандидатів у народні депутати; врахування інтересів національних меншин стосовно їхнього компактного проживання під час формування виборчих округів; створення умов, які сприяють участі національних меншин у загальнодержавних і місцевих виборах (питання мови виборчих бюлетенів, інформації про кандидатів мовами національних меншин) тощо [11].

**Стаття 1 Декларації прав національностей України** закріплює, що Українська держава гарантує всім народам, національним групам, громадянам, що проживають на її території, рівні політичні, економічні, соціальні та культурні права. Представники народів та національних груп обираються на рівних правах до органів державної влади всіх рівнів, займають будь-які посади в органах управління. Частина друга статті 14 Закону України «Про національні меншини в Україні» [12] закріплює, що національні громадські об'єднання мають право висувати своїх кандидатів у депутати на виборах органів державної влади. Водночас ці положення сьогодні мають декларативний характер та не знаходять розвитку у виборчому законодавстві, яким будь-які квоти чи інші преференції за національною ознакою у виборчому процесі не передбачені. Крім того, впроваджена під час виборів 2006, 2007 рр. пропорційна виборча система з голосуванням за закриті списки політичних партій створювала пев-



ні обмеження для можливостей висунення позапартійних представників національних меншин до парламенту, а Закон України «Про вибори народних депутатів України» від 17 листопада 2011 року [13] хоча і передбачає самовисування кандидатів у народні депутати України по одномандатних виборчих округах (що може сприяти висуванню представників національних меншин до законодавчого органу), проте не створює якихось спеціальних преференційних умов для організацій нацменшин у цьому процесі.

Однозначно стверджувати, що той чи інший різновид виборчої системи сам по собі є сприятливим або несприятливим для забезпечення участі національних меншин в представницьких виборчих органах, було б неправильним. Так, мажоритарна система абсолютної або відносної більшості з голосування в одномандатних округах може забезпечити належне представництво меншин лише за умов, коли при утворенні виборчих округів враховуються місця їхнього компактного проживання. Якщо принцип утворення виборчих округів не ставити в залежність від місць компактного проживання меншин, останні скоріш за все голосуватимуть в декількох округах, у кожному з яких вони становитимуть меншість і відповідно жодним чином не зможуть вплинути на результат виборів. Зазначене повною мірою стосується і пропорційної виборчої системи: з метою забезпечення представництва національних меншин виборчі округи за пропорційної системи мають утворюватися таким чином, щоб місця компактного проживання національних меншин охоплювались одним виборчим округом, а не кількома [4, 190–191].

Відповідно до частини першої та другої статті 7 Закону України «Про вибори народних депутатів України» в редакції від 24 вересня 1997 року [14] при утворенні виборчих округів мав братися до уваги чинник компактності проживання національних меншин, а місцевості такого проживання не мали виходити за межі одного виборчого округу. Але при ухваленні Закону України «Про вибори народних депутатів України» у жовтні 2001 р. відповідна норма не знайшла свого закріплення, і наступні редакції законів про вибори будь-яких спеціальних механізмів формування виборчих округів з представників національних меншин також не передбачали. Схожа ситуація спостерігається і відносно редакції чинного закону про вибори до Верховної Ради України, яким не передбачено вираховування фактору компактності проживання національних меншин під час утворення одномандатних виборчих округів, що на практиці призвело до нехтування інтересами зазначеної категорії громадян. Так, наприклад, утворення одномандатних виборчих округів № 202 (м. Сторожинець) і № 203 (м. Новоселиця) розділило густонаселені національними меншинами території Чернівецької та Закарпатської областей між декількома округами, хоча частину румуномовних населених пунктів Сторожинецького району Чернівецької області можна було б віднести до округу № 203, а частину українських сіл цього ж району до округу № 202. Або ж виборчий округ № 73 (м. Виноградів) у Закарпатській області, створений, фактично, на базі Виноградівського району, включає в себе м. Берегове, частину Берегівського та Іршавського районів. Поділ Берегівського району на два округи, а

Іршавського на три, в яких компактно проживають угорці, позбавляють їх перспектив обрання кандидата, що представлятиме інтереси конкретної національної групи [15].

Підсумовуючи, слід відзначити, що діюче виборче законодавство не враховує рекомендації Європейської комісії за демократію через право (Венеціанської комісії) стосовно законодавчого регулювання виборчих прав міноритарних громадян України та не містить будь-яких положень, які б реально забезпечували участь національних меншин у політичному житті держави. Перспективи вдосконалення законів про вибори з цього питання передбачають: по-перше, встановлення обов'язковості врахування місць компактного проживання при визначенні меж виборчих округів; по-друге, законодавчого закріплення визначення поняття «місце компактного проживання національних меншин» з окресленням кількісних та якісних характеристик; а по-третє, забезпечення права представників національних меншин на реалізацію пасивного виборчого права через зміну практики закритих виборчих списків політичних партій на відкриті регіональні.

### Література

1. Рамкова конвенція про захист національних меншин від 1 лютого 1995 р. [Електронний ресурс] — Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_055/ed19971209](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_055/ed19971209)
2. Лундські рекомендації про ефективну участь національних меншин у суспільно-політичному житті з пояснювальними примітками. [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://www.osce.org/uk/hcnm/32255>
3. Заключний звіт ОБСЄ/БДПІЛ, Парламентські вибори 31 березня 2002 року, Україна [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://www.osce.org/uk/odihr/elections/ukraine/14947>
4. Лихач Ю. Ю. Забезпечення представництва національних меншин у виборних органах Європейського Союзу. Наукові записки Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І. Ф. Кураса НАН України. — К., 2008. — Вип. 41. (підсерія «Курасівські читання»). — С. 186–196.
5. Ковриженко Д. С. Утворення одномандатних округів для проведення чергових парламентських виборів 2012 року: основні проблеми та можливі шляхи їх вирішення : (Аналітична записка директора правових програм Лабораторії законодавчих ініціатив) [Електронний ресурс] — Режим доступу : [http://parlament.org.ua/upload/docs/IFES-Note\\_%20on\\_%20election\\_%20districts.pdf](http://parlament.org.ua/upload/docs/IFES-Note_%20on_%20election_%20districts.pdf)
6. Summary Report on Participation of Members of Minorities in Public Life [Електронний ресурс] — Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-MIN\(1998\)001rev-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-MIN(1998)001rev-e.pdf)
7. Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации: [учебн. для вузов] / [А. В. Иванченко, А. А. Вешняков, Ю. А. Веденеев и др.]; под ред. А. В. Иванченко. — М. : Изд-во НОРМА, 1999. — 856 с.
8. Франция: анализ избирательного законодательства в контексте соблюдения общедемократических стандартов и прав человека : (Центр Мониторинга Демократических Процессов «Кворум») [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://www.cmdp-kvorum.org/democratic-process/62>
9. Cooper M. 5 Ways to Tilt an Election [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/weekinreview/20100925-redistricting-graphic.pdf>
10. U. S. Supreme Court Shaw v. Reno, 509 U. S. 630 (1993) 509 U. S. 630 Ruth O. Shaw, Et Al., Appellants v. Janet Reno, Attorney General Et Al. Appeal from the United States District Court for the Eastern District of North Carolina no. 92–357 Argued April 20, 1993 Decided June 28, 1993 [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=509&invol=630>

11. Про кількість та склад населення України за підсумками Всеукраїнського перепису населення 2001 року : (Національний склад населення) [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://2001.ukrcensus.gov.ua/results/general/nationality/>
12. Тищенко Ю. Права національних меншин, етнічних груп на політичну участь у виборних органах [Електронний ресурс] — Режим доступу : <https://www.box.com/s/4c641f4eac546c75460a>
13. Про національні меншини в Україні : Закон України від 25 червня 1992 р. № 2494-ХІІ [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2494-12>
14. Про вибори народних депутатів України : Закон України від 17 листопада 2011 р. № 4061-VI [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4061-17>
15. Про вибори народних депутатів України : Закон України від 24 вересня 1997 р. № 541/97-ВР [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/541/97-%D0%B2%D1%80>
16. Громадянська мережа ОПОРА звертається до Центральної виборчої комісії щодо надання роз'яснень про застосовані підходи до утворення одномандатних виборчих округів 17 травня 2012 [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://www.opora.org.ua/vybory/article/1401-gromadjanska-merezha-opora-zvertajetsja-do-centralnoji-vyborchoji-komisiji-shchodo-nadannja-rozjasnen-pro-zastosovani-pidhody-do-utvorennja-odnomandatnyh-vyborych-ukrugiv>

### Анотація

**Афанасьєва М. В. Ефективна участь національних меншин у виборах. — Стаття.**

У статті досліджується проблема забезпечення виборчих прав національних меншин закордонним та українським законодавством. Особливу увагу приділено територіальній організації виборів з урахуванням компактного проживання національних меншин.

**Ключові слова:** вибори, національна меншина, територіальна організація виборів, виборчий округ, місця компактного проживання.

### Аннотация

**Афанасьева М. В. Эффективное участие национальных меньшинств в выборах. — Статья.**

В статье исследуется проблема обеспечения избирательных прав национальных меньшинств зарубежным и украинским законодательством. Особое внимание уделено территориальной организации выборов с учетом компактного проживания национальных меньшинств.

**Ключевые слова:** выборы, национальное меньшинство, территориальная организация выборов, избирательный округ, места компактного проживания.

### Summary

**Afanasyeva M. V. The effective participation of national minorities in the elections. — Article.**

In the article is analyzed the problem of the supporting by foreign and Ukrainian legislation electoral rights of national minorities. Special attention is paid to the territorial organization of the elections based compact residence of national minorities.

**Keywords:** elections, a minority, the territorial organization of the elections, the electoral district, places of compact residence.

### ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОГО РАЗВИТИЯ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Процессы развития федерализма, демократизации и формирования гражданского общества в России сложны и противоречивы. В настоящее время в связи с реализацией задачи укрепления «вертикали власти» актуализировалась проблема сбалансированности интересов федерального центра и субъектов Федерации. Одним из актуальнейших вопросов была и остается организация управления экономической деятельностью в России, соответствующая новым принципам построения экономики с учетом федеративного государственного устройства.

В этих условиях большое значение приобретают вопросы повышения эффективности экономической функции государства и совершенствования тех ее аспектов, которые связаны с федеративным государственным устройством России. От решения этой задачи во многом зависит будущее российской государственности, укрепление её территориальной целостности.

Федеративное устройство России, экономические, социальные отличия обуславливают необходимость дифференциации государственного воздействия на экономику на уровне субъектов Федерации. В правовой системе России явно формируется крупный массив юридических норм, закрепляющих разнообразные общественные связи в рамках конкретных территорий. И, безусловно, данный правовой блок постоянно развивается и расширяется, в том числе применительно к регулированию экономической деятельности. Этот процесс свидетельствует об активизации экономической функции государства на иных уровнях, кроме федерального, о появлении специфики экономической функции. Растущая самостоятельность регионов в условиях демократии и рыночной экономики — необратимый процесс, давно проявивший себя на Западе. Гораздо разумнее с самого начала ввести его в правовые рамки, чем впоследствии пожинать плоды неуправляемого автономизма, сепаратизма и автократии.

Экономическую функцию государства можно определить как направления деятельности государства в экономической сфере, имеющие целью обеспечение экономического роста, стабильность национальной экономики, внешнеэкономическую стабильность, средства и способы государственного воздействия.

Современная экономическая литература исходит из признания господствующего положения и определяющего влияния экономической подсистемы на все прочие общественные подсистемы, такие как государство, мораль, право, культура и др. Однако роль государства не может быть низведена до положения рядового статиста в экономической деятельности. При этом отмечается, что государство призвано обеспечить сбалансированное развитие всех подсистем общества, не допуская гипертрофию или угасание какой-либо из них. Исходя

из этого, выделяют следующие основные направления действия государства в сфере экономики: согласование действий всех членов общества и социальных групп в форме установления правовых рамок различных трансакций в экономике (сделок, управления, рационирования); поддержка и защита конкуренции, поддержка рыночных форм связи и компенсация внешних эффектов рынка, таких, например, как загрязнение окружающей среды, истощение природных ресурсов, резкие колебания денежной массы, безработица; государство создает при этом специальные институты для ограничения деятельности рынка (организация и контроль за денежным обращением, регулирование трудовых отношений и социальной устойчивости, охрана окружающей среды и т. д.); обеспечение согласованного развития всех подсистем государства и с этой целью с помощью бюджетно-налоговой политики — перераспределение общественного дохода для поддержки социально незащищенных групп населения.

Существует достаточно устойчивый спектр функций государства в управлении экономикой, которые могут реализоваться в любом современном рыночном хозяйстве. К основным функциям следует отнести: правовое обеспечение экономической деятельности, включая поддержку права собственности; организацию денежного обращения; производство общественных товаров и услуг; антимонопольное регулирование и развитие конкуренции, поддержка малого и среднего бизнеса; минимизацию трансакционных издержек (издержки эксплуатации экономической системы) и т. д.

В странах со смешанной экономикой (независимо от специфики национально-исторического, культурного, экономического развития) роль государства может быть представлена следующими экономическими функциями: разработка хозяйственного законодательства, обеспечение правовой основы и социального климата, способствующих эффективному функционированию рыночной экономики; поддержка конкуренции и обеспечение сохранности рыночного механизма; перераспределение доходов и материальных благ, направленное на обеспечение социальных гарантий и защиту нуждающихся в ней социальных групп; регулирование распределения ресурсов; стабилизация экономики в условиях колебания экономической конъюнктуры, а также стимулирование экономического роста; предпринимательская деятельность. Все эти функции, с одной стороны, направлены на поддержание и облегчение функционирования рыночной экономики, а с другой — на корректировку и модификацию действий рыночной системы, включая нейтрализацию ее негативных сторон.

Анализ существующих воззрений на экономическую функцию государства, высказанных учеными-юристами, свидетельствует, к сожалению, об отсутствии у правоведов ясности и единства относительно ее содержания на современном этапе.

К основным направлениям деятельности современного государства в экономической сфере, являющимися наиболее общими характеристиками экономической функции государства со смешанной экономикой, следует отнести: установление правовых и информационных основ экономической деятельности (нормотворчество, обеспечение информационного обмена и информационной

прозрачности экономической деятельности); поддержку конкуренции и обеспечение эффективного функционирования рыночного механизма (антимонопольное регулирование); компенсацию внешних (отрицательных) эффектов рынка — ограничение деятельности рынка (кредитно-денежная политика, организация денежного обращения, регулирование трудовых отношений и социальной устойчивости, охрана окружающей среды и т. д.); перераспределение общественного дохода для поддержки социально незащищенных групп населения с целью согласованного развития всех подсистем государства (бюджетно-налоговая политика); управление предприятиями и организациями, составляющими государственную собственность, предпринимательская деятельность государства как полноправного участника экономической деятельности.

Вышеприведенные основные направления деятельности, составляющие экономическую функцию государства, являются, на наш взгляд, общими для всех современных государств со смешанной экономикой. Однако для некоторых из них, безусловно, можно выделить определенные особенности, происходящие из различий исторического или политического плана, государственно-правового устройства.

В условиях федеративного государства, как показывают исследования, дополнительно к основным направлениям деятельности государства в сфере экономики необходимо выделить особенности экономической функции федеративного государства. Данные направления деятельности выявляются исходя из анализа конституционных положений о разграничении предметов ведения и полномочий, а также положений различных документов прогнозно-программного характера.

По уровню децентрализации бюджетных ресурсов Россия практически не уступает большинству федеративных государств, однако формально сохраняет крайне высокую (даже по меркам унитарных государств) централизацию налогово-бюджетных полномочий. Бюджеты субъектов Федерации и особенно местные бюджеты перегружены обязательствами, возложенными на них федеральным законодательством без предоставления источников финансирования (нефинансируемые федеральные мандаты). Несмотря на тенденцию к формализации распределения финансовой помощи, значительная ее часть по-прежнему распределяется без четких критериев и процедур, что требует дальнейшего развития и законодательного закрепления методологии бюджетного выравнивания.

Для решения указанных проблем были поставлены задачи: упорядочение бюджетного устройства субъектов Федерации; разграничение расходных полномочий, налоговых полномочий и доходных источников; формирование эффективной системы финансовой помощи бюджетам других уровней; управление общественными финансами на региональном и местном уровнях.

Представляется возможным выделить следующие направления деятельности государства в сфере экономики: разграничение предметов ведения и полномочий между федеральными и региональными органами государственной власти в экономической сфере с целью согласования правового обеспечения

экономической деятельности Федерации и ее субъектов и установления правовых основ единого рынка; перераспределение общественного дохода с целью поддержки экономически ослабленных субъектов Федерации и обеспечения экономической стабильности; определение принципов деятельности органов государственной власти субъектов Федерации; разграничение управления федеральной государственной собственностью и собственностью субъектов Федерации; формирование региональной социально-экономической политики; организация межбюджетных отношений; упорядочение бюджетного устройства субъектов Российской Федерации; формирование эффективной системы финансовой помощи бюджетам других уровней; развитие экономических основ местного самоуправления; межрегиональное экономическое сотрудничество с целью согласованного проведения Федерацией и ее субъектами совместных экономических программ и предоставление государственных гарантий (экономическое сотрудничество внутри государства); разграничение расходных и налоговых полномочий и доходных источников субъектов; управление общественными финансами на региональном и местном уровнях; координация международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации.

На наш взгляд, данный перечень свидетельствует о стремлении к формированию целостного подхода к государственному регулированию экономикой, с одной стороны, и признанию объективных отличий различных регионов — с другой.

Кроме основных направлений деятельности в законодательстве также постепенно начинают формироваться принципы осуществления экономической функции федеративного государства: единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и рабочей силы; разграничение компетенции между уровнями государственной власти, соответствие ресурсов полномочиям; согласованное формирование и осуществление единой экономической политики Российской Федерации и ее субъектами; создание равных условий экономического развития субъектов Федерации и равных условий в конкурентной среде и получении государственной помощи. Данный перечень принципов является первоначальным и требует специального рассмотрения и дальнейшего исследования.

В процессе изучения законодательства выявилась еще одна особенность экономической функции федеративного государства, свойственная России. Рассматривая рынок как весьма динамичное явление, следует обратить внимание, что формы и методы его регулирования также естественно меняются с течением времени, в противном случае такое регулирование теряет эффективность. Поэтому нельзя забывать, что стремление к абсолютной стабильности экономической функции может привести к негативному результату, потере эффективности воздействия на экономические отношения, отрыву от реальной экономической среды и потребностей социума. Об этом часто забывают сторонники кодификации экономического законодательства, ратуя за стабилизацию нормативно-правовой базы, видя в ней средство спасения от всех имеющихся проблем. Но налогово-бюджетные методы воздействия государства на экономи-

ку всегда оказываются (должны быть) наиболее гибким и чутким инструментом, «тонко настроенным» на подвижную экономическую среду. Необходимо сочетать стабильность и гибкость в разработке указанных проблем. Для этого нужны различные наборы правовых средств, методов и формы реализации.

В настоящее время законодательство как более стабильный (консервативный) фактор правового воздействия не имеет приоритета в процессе осуществления экономической функции федеративного государства, выявлении актуальных направлений развития межбюджетных отношений и реализации экономического федерализма. Поэтому в нем должны быть отражены общие принципы федеративных экономических отношений, уровень правового регулирования (федеральное или региональное законодательство распространяется на данную проблему), закреплены основные термины и понятия (например, бюджетный федерализм, расходные полномочия, налоговые полномочия и т. п.), порядок разграничения компетенции органов власти различного уровня и выработки решений по переданным предметам ведения, должны быть законодательно определены и закреплены критерии организации межбюджетных и налоговых потоков, разработаны и законодательно закреплены процедуры оценки и учета бюджетно-налоговых последствий проектов законов и постановлений правительства, порядок установления нормативно определенных целей и контроля за выполнением нормативных предписаний и запретов, основания и условия привлечения к ответственности за неисполнение вышеуказанных правил, должно быть упорядочено бюджетное устройство.

Рассматривая развитие экономики одним из главных направлений деятельности государства, следует обратить особое внимание на то, что экономическое развитие страны в целом невозможно без учета экономического статуса региональных ее составляющих — эффективного функционирования экономик субъектов Российской Федерации. Однако субъекты Федерации имеют определенные различия в своем экономическом развитии, что, естественно, влияет на объем правового регулирования экономического развития в каждом конкретном регионе. Исторически сложившаяся неоднородность социально-экономического пространства России, безусловно, оказывает значительное влияние на стратегию и тактику институциональных преобразований при проведении государственной экономической политики.

Вместе с тем, несмотря на значительные различия в экономическом развитии отдельных субъектов Федерации, укрепление экономических основ федерализма возможно только в условиях единства экономического пространства Российской Федерации. Как справедливо отмечается в юридической литературе, единство экономического пространства предполагает единые параметры рынка и политико-правовых условий его функционирования на всей территории страны [1]. Это, в свою очередь, означает проведение единой экономической политики в отношении всех субъектов Российской Федерации, основанной на равноправии субъектов Федерации во взаимоотношениях с федеральными органами государственной власти; в равноправии хозяйствующих субъектов независимо от места их регистрации и деятельности; обеспечении свободного перемещения



товаров (по существу, принцип свободы перемещения товаров направлен на то, чтобы создать конституционно-правовой режим стабильности экономического оборота) [2], услуг, финансовых средств, трудовых ресурсов на всей территории государства.

Сохранение государственной и территориальной целостности страны требует последовательной реализации конституционных принципов построения федеративных отношений в экономике, укрепления единства исполнительной власти, повышения ответственности всех уровней власти за реализацию закрепленных за ними функций и полномочий по предметам исключительного и совместного ведения. Одновременно необходимо повышение экономической самостоятельности и ответственности субъектов Федерации на основе разграничения функций, полномочий, источников формирования финансовых ресурсов между федеральным и региональным уровнями. Необходимо также создание условий и стимулов для активизации участия регионов в реализации общегосударственных и межрегиональных программ, сокращение различий в социально-экономическом развитии регионов на основе федеральной системы социальных стандартов и нормативов (с учетом региональной специфики). Для этого следует формировать такие режимы регулирования экономики, которые стимулировали бы и гарантировали бы устойчивый экономический рост как в Российской Федерации, так и в ее субъектах.

Необходимость поиска оптимальных способов регулирования экономического развития субъектов Федерации требует соответствующей научно обоснованной аргументации. В ряде научных работ и публикаций в периодической печати уже рассматривались некоторые проблемы правового регулирования экономического развития субъектов Российской Федерации [3, 4, 5, 6, 7].

Правовые основы экономического развития субъектов Российской Федерации составляют часть их конституционно-правового статуса. Они представлены актами как федерального, так и регионального уровней. Это обусловлено рядом конституционных положений, определяющих, прежде всего, федеративный характер устройства Российского государства и вытекающих из него полномочий федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов Федерации (статьи 71–74, 76 Конституции РФ). Принципиальное значение здесь имеют также положения статей 5, 8 и 9 Конституции Российской Федерации, в которых закреплены основные принципы экономического развития федеративного государства, неотъемлемым элементом которого являются экономики субъектов Федерации.

Развитие общего экономического пространства ставит задачу обеспечения единого правового регулирования экономики. В зарубежных федерациях она решается в трех направлениях: «посредством расширения компетенции центральных органов власти, ограничения законодательства субъектов федерации, принятия последними единообразных или унифицированных актов» [8]. В этой связи в Российской Федерации весьма актуальна разработка модельных правовых актов для субъектов Федерации. Они могут быть использованы органами государственной власти субъектов Федерации при подготовке соответствующих

законопроектов. При этом следует учитывать рекомендательный характер этих актов, поскольку в них, естественно, не могут учитываться особенности каждого субъекта Федерации. Ряд содержащихся в модельных законах нормативных решений должен предполагать, что выбор конкретных вариантов регулирования является задачей законодателя субъекта Федерации, которая решается с учетом региональной специфики (уровня бюджетной обеспеченности, обширности территории, развитости социальной, транспортной, производственной, информационной инфраструктуры, а также демографических особенностей и других обстоятельств).

Принятие как федеральных, так и региональных правовых актов благоприятно сказывается на экономическом развитии субъектов Федерации. В целом, на региональном уровне наметились очевидные тенденции по активизации позиции органов государственной власти субъектов Федерации в развитии правовой основы экономической политики, создании благоприятной экономической среды и привлечении инвестиций. Об этом, в частности, свидетельствует уменьшение перечня регионов, в отношении которых проводится политика чрезвычайных антикризисных мер, выход субъектов Федерации на траекторию устойчивого экономического роста [9]. Развитие правовой основы позволяет более эффективно использовать возможности субъектов Федерации в экономической сфере, снижать непроизводительные издержки региональных бюджетов, полнее удовлетворять запросы населения. Особое значение в этой связи приобретают акты концептуального характера, которые позволяют повысить системность регулятивного правового воздействия на экономику регионов.

Вместе с тем необходимо отметить, что при правовом регулировании субъектами Федерации отношений в экономической сфере нередко встречаются ошибки и недочеты. Есть примеры вторжения субъектов Федерации в сферу исключительного ведения Российской Федерации, включения в региональное законодательство отдельных положений международных конвенций и договоров, даже еще не ратифицированных федеральным парламентом. С другой стороны, имеются случаи вмешательства в экономику регионов со стороны федеральных органов власти, запрета на осуществление собственного правового регулирования в ряде сфер. Однако если в субъекте Федерации имеются достаточные финансовые средства, то перечень полномочий, осуществляемых его органами государственной власти самостоятельно за счет средств регионального бюджета, может быть расширен законами такого субъекта Федерации.

Таким образом, правовая основа экономического развития субъектов Российской Федерации включает в себя правовые акты как федерального, так и регионального уровней. Данная правовая основа является достаточно полной и способствует интенсивному и устойчивому экономическому развитию как субъектов Федерации, так и Российской Федерации в целом. Вместе с тем необходимо отметить, что нуждаются в дальнейшем совершенствовании отдельные положения действующего законодательства.

Значительная часть проблем в рассматриваемой сфере связана с неодинаковым уровнем социально-экономического развития субъектов Российской Феде-

рации, что не всегда учитывается в законодательстве. Одним из способов решения этой проблемы является заключение соглашений между федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти отдельных субъектов Федерации.

Целесообразно предоставление органам государственной власти субъектов Федерации дополнительных полномочий в сфере регионального экономического развития. Данное предложение может реализовываться двумя способами: первый способ — это расширение полномочий органов государственной власти субъектов Федерации по предметам совместного ведения, финансирование осуществления которых производится за счет средств региональных бюджетов (за исключением субвенций из федерального бюджета), а второй — установление полномочий органов государственной власти субъектов Федерации по предметам совместного ведения, финансирование осуществления которых производится за счет субвенций, передаваемых из федерального бюджета региональным бюджетам. Выбор конкретного варианта осуществляется федеральным законодателем с учетом значимости соответствующих полномочий. В этой связи необходимы и меры по усилению взаимодействия федеральных и региональных органов государственной власти в экономической сфере.

### *Литература*

1. Мазаев В. Д. Публичная собственность в России: конституционные основы / В. Д. Мазаев. — М.: Городец, 2004 (1-я Орб. тип.). — С. 243.
2. Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики: развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации / Г. А. Гаджиев. — М.: Юрист, 2004. — С. 165.
3. См.: Толстошеев В. В. Региональное экономическое право России: Учебно-практическое пособие / В. В. Толстошеев; Ин-т государства и права Рос. АН. — М.: БЕК, 1999. — 379 с.
4. Бродский М. Н., Ливеровский А. А. Правовой статус и экономическое развитие субъекта Российской Федерации / М. Н. Бродский, А. А. Ливеровский. — СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2000. — 371 с.
5. Чернявский А. Г. Теоретические и методологические аспекты экономической функции права и региональная власть в период становления и развития рыночных отношений в Российской Федерации: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / А. Г. Чернявский. — Н. Новгород, 2002. — 52 с.
6. Тихомиров Ю. А. Юридические режимы государственного регулирования экономики / Ю. А. Тихомиров // Право и экономика. — 2000. — № 5. — С. 3–6.
7. Михеева И. В. Правовое обеспечение экономики регионов / И. В. Михеева // Журнал российского права. — 2001. — № 2. — С. 50–60.
8. Конституционная экономика для вузов: учебное пособие / П. Д. Баренбайм, В. И. Лафитский, В. А. Мау. — М.: Юрид. дом «Юстициформ», 2002. — С. 91–92.
9. См.: Маркова Н., Монахова Т. Региональная политика как фактор устойчивого развития российской экономики / Н. Маркова, Т. Монахова // Федерализм. — 2004. — № 2. — С. 6–7.

## Анотація

**Хусайнов З. Ф.** Теоретичні аспекти правового регулювання економічного розвитку суб'єктів Російської Федерації. — Стаття.

Побудова у Росії економічних відносин, що враховують принципи федералізму, дозволить визначити межі фінансової (економічної) самостійності суб'єктів Федерації, що не порушує саму державу, й одночасно рівень централізації економічних процесів, необхідний для вирішення загальнофедеральних задач.

*Ключові слова:* правове регулювання; економічні відносини; суб'єкти Російської Федерації.

## Аннотация

**Хусаинов З. Ф.** Теоретические аспекты правового регулирования экономического развития субъектов Российской Федерации. — Статья.

Построение в России экономических отношений, учитывающих принципы федерализма, позволит определить границы финансовой (экономической) самостоятельности субъектов Федерации, не разрушающей само государство, и одновременно уровень централизации экономических процессов, необходимый для решения общегосударственных задач.

*Ключевые слова:* правовое регулирование; экономические отношения; субъекты Российской Федерации.

## Summary

**Husainov Z. F.** Theoretical aspects of legal regulation of economic development of the subjects of the Russian Federation

Construction of the economic relations in Russia considering principles of federalism, will allow to define borders of financial (economic) independence of subjects of the Federation which are not destroying the state, and simultaneously level of centralization of the economic processes, necessary for the decision federal problems.

*Keywords:* legal regulation, economic relations, the subjects of the Russian Federation.

УДК 346.6:336.143

**Т. А. Латковська**

## БЮДЖЕТНА ПОЛІТИКА ДЕРЖАВИ ЯК ОДИН З ОСНОВНИХ НАПРЯМКІВ ЕКОНОМІЧНОЇ ПОЛІТИКИ ЗА ГОСПОДАРСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

Наука господарського права знаходиться в центрі всіх реформ, що проводиться в Україні, — політичних, економічних, правових — та покликана допомагати вирішенню проблем господарського комплексу, проведенню модернізації економіки. Проблема взаємовідносин держави та економіки є однією з центральних у суспільстві. Майже всі методи впливу держави на розвиток економіки прямо чи опосередковано включають і господарсько-правове регулювання, зміст якого «дзеркально відображає підходи держави до регулювання економіки» [1, с. 20].

В умовах соціально-економічних перетворень в українському суспільстві особливого значення набуває цілеспрямована діяльність держави по визначен-

ню задач та кількісних параметрів формування доходів та витрат бюджету, управлінню державним боргом, що значною мірою залежить від ефективної бюджетної політики. У зв'язку з цим зростає роль науково обґрунтованих механізмів, застосування яких дозволило би на практиці наблизитися до ефективного здійснення господарської діяльності, забезпечення конституційних принципів свободи підприємництва та захисту прав суб'єктів господарювання.

Основу взагалі політики будь-якої держави складає соціально-економічна політика, пов'язана з розподілом і перерозподілом життєвих цінностей одних суб'єктів на користь інших, формуванням і використанням державних фінансово-грошових ресурсів з метою фінансування виконання завдань, що стоять перед країною. Головну ланку соціально-економічної політики утворює фінансова політика. Її основою, ядром виступає бюджетна політика держави.

Господарським кодексом бюджетна політика визначена як один з основних напрямів економічної політики держави [2]. Поруч з бюджетною політикою законодавство, виділяючи основні напрями, за якими визначається економічна політика держави, називає і податкову політику, структурно-галузеву політику, інвестиційну, амортизаційну, політику інституційних перетворень, цінову політику, антимонопольно-конкурентну, грошово-кредитну, валютну та зовнішньоекономічну політику.

Якщо досліджувати правове закріплення економічної політики держави, то слід відмітити, що особливе значення такого закріплення виражається шляхом визначення засад внутрішньої і зовнішньої політики, у прогнозах і програмах економічного і соціального розвитку України та окремих її регіонів, програмах діяльності Кабінету Міністрів України, цільових програмах економічного, науково-технічного і соціального розвитку, а також відповідних законодавчих актах. Завдяки такому закріпленню економічна політика набуває формальної визначеності, необхідної для її чіткого та послідовного здійснення [3, с. 24–25]. Принципи державного прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України, система прогнозних і програмних документів, вимоги до їх змісту, а також загальний порядок розроблення, затвердження та виконання прогнозних і програмних документів економічного і соціального розвитку, повноваження та відповідальність органів державної влади і органів місцевого самоврядування у цих питаннях визначаються законами. Розроблення програм економічного і соціального розвитку із врахуванням вимог забезпечення сталого економічного розвитку, визначених та рекомендованих ООН, є першочерговим завданням сьогодення.

Законом України «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України» (із змінами, внесеними згідно із Законом № 4731-VI (4731–17) від 17.05.2012) [4] визначені правові, економічні та організаційні засади формування цілісної системи прогнозних і програмних документів економічного і соціального розвитку України, окремих галузей економіки та окремих адміністративно-територіальних одиниць як складової частини загальної системи державного регулювання економічного і соціального розвитку держави. Загалом Законом встановлюється загальний порядок розро-

блення, затвердження та виконання зазначених прогнозних і програмних документів економічного і соціального розвитку, а також права та відповідальність учасників державного прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку.

Бюджетна політика, як один з основних напрямів економічної політики держави, спрямована на оптимізацію та раціоналізацію формування доходів і використання державних фінансових ресурсів, підвищення ефективності державних інвестицій в економіку, узгодження загальнодержавних і місцевих інтересів у сфері міжбюджетних відносин, регулювання державного боргу та забезпечення соціальної справедливості при перерозподілі національного доходу. Адже зрозуміло, що від якості закладених у Державний бюджет параметрів залежить не тільки рівень соціального захисту населення, залежать також і інвестиційні можливості держави, і рівень підприємницької активності.

Основу бюджетної політики складають стратегічні напрями, що визначають перспективи формування і використання фінансових ресурсів з метою вирішення головних завдань, які випливають з особливостей функціонування економіки.

Американський економіст німецького походження — Річард Абель Масгрейв — один з найвеличніших економістів другої половини XX століття, а його книга «Державні фінанси: теорія і практика» [5] визнана першою фундаментальною роботою в цій області, виділяв три основні складові бюджетної політики:

- аллокаційна складова, що пов'язана з необхідністю коригування ринкового механізму розміщення фінансових ресурсів в економіці, якщо він виявляється неефективний у зв'язку з «недоліками ринку», і виражається, наприклад, в тому, що держава за допомогою податків обмежує виробництво товарів з негативними зовнішніми ефектами або за допомогою державних витрат сприяє виробництву благ, що мають особливі переваги;

- розподільна складова — полягає в зміні передумов і результатів ринкового розподілу доходів. Наприклад, збираючи податки з працюючих, держава виплачує пенсії і допомогу непрацездатним і безробітним;

- стабілізаційна складова — визначається її впливом на загальну макроекономічну рівновагу, яка значною мірою визначається характером і розмірами податків, державних витрат, величиною державного боргу, станом кредитної системи.

Кожна з цих складових робить вплив на кількість фінансових потоків, на їх спрямованість, що зазвичай формуються ринком. Всі три складові бюджетної політики, а саме, аллокаційна, розподільна та стабілізаційна, тісно пов'язані між собою і утворюють єдине ціле. Будь-яке вжиття стабілізаційних заходів неминуче спричиняє за собою аллокацію і розподіл фінансових ресурсів, а розподільна складова фінансової політики може зробити істотний вплив на макроекономічну стабільність. Їх розмежування потрібне для чіткого визначення і аналізу конкретних цілей, які можуть досягатися за допомогою проведення бюджетної політики.

Не можна сказати, що пріоритети бюджетної політики як інструменту управління національною економікою залишаються завжди постійними. Розвиток бюджетної системи, зміна зовнішніх економічних умов та зростання негативних факторів надмірного державного втручання в їх економіку спричиняють зміну пріоритетів бюджетної політики. В умовах суттєвого послаблення стимулюючого впливу зовнішніх чинників на економічну динаміку України виникає нагальна потреба активного пошуку внутрішніх важелів забезпечення стійкого економічного розвитку та зростання добробуту громадян. У такій ситуації особливо зростає значення бюджетних інструментів, оскільки саме вони є потенційно найдієвішими та найефективнішими для вирішення основних завдань соціально-економічного розвитку в економіці зі слабкими та недостатньо сформованими ринковими інститутами.

Проведення бюджетної політики нерозривно пов'язане з аналізом характеру і цілей держави, його економічною, соціальною, фінансовою стратегією, загальними перспективами розвитку країни і, отже, з реальними шляхами досягнення запланованих при цьому завдань. Тим актуальніше вивчення бюджетної політики у наш час, коли здійснюється направлення країни у бік прискореного інтенсивного розвитку та досягнення передових конкурентних позицій у світовій економіці.

Проблема пошуку оптимальних шляхів формування і реалізації ефективної бюджетної політики, удосконалення та підвищення її ефективності є необхідною та актуальною не лише для української держави, але й практично для усіх держав. При цьому слід враховувати, що світовий досвід не дає однозначних, універсальних рішень, кожна країна проводить свою національну політику. В той же час ряд проблем, що виникають при здійсненні бюджетної політики, в тому або іншому варіанті мають рішення у світовій практиці. Тому у вітчизняній бюджетній політиці слушно активно, але критично використовувати досвід, помилки і досягнення світової цивілізації.

Трансформація суспільно-політичної та економічної системи України кардинально змінила принципи і механізми функціонування бюджетної системи, бюджетного процесу, форми і способи мобілізації і акумуляції потенціалу бюджетних ресурсів на суспільні потреби, визначила закономірність включення у бюджетну політику ринкових регуляторів і інструментів.

Удосконалення бюджетної політики держави на сучасному етапі має бути спрямоване на забезпечення зростання ресурсної бази бюджетів усіх рівнів з метою надання державою і муніципальною системою суспільних благ та послуг зростаючого об'єму і якості для задоволення потреб населення, підприємств, держави і усього суспільства.

Аналізуючи ефективність бюджетної політики держави, можна виділити такі її основні типи, а саме: класичний, такий, що означає невтручання держави в економіку, розвиток вільної конкуренції, використання ринкового механізму як регулятора господарських процесів; контрольно-регулюючий, що регулює, припускає необхідність втручання і регулювання державою циклічного розвитку економіки; планово-директивний, на основі якого здійснюється

пряме директивне керівництво усіма сферами економіки і соціального життя, у тому числі і бюджетними коштами; комбінований, відбиваючий одночасне поєднання різних типів бюджетної політики.

Розглядаючи названі типи бюджетної політики, а кожний має як недоліки, так і переваги, можна зазначити, що вони не можуть бути використані в чистому вигляді, так само як і ізольовано один від одного, оскільки це може негативно позначитися на економічному стані господарської діяльності. Тому ефективнішою і збалансованою можна вважати комбіновану бюджетну політику, націлену на забезпечення рівноважного співвідношення усіх функцій бюджету, підходу до рішення низки проблем господарського законодавства, на утвердження суспільного господарського порядку.

Дослідження бюджетної політики з позицій розширеної типізації дозволяє проаналізувати і об'єктивно оцінити її ефективність в державі та муніципальних утвореннях в умовах реформування адміністративних і бюджетних процесів. Найчастіше така типізація обмежується виділенням стратегії і тактики державної та місцевої бюджетної політики. Проте бюджетна політика багатогранніша у своїх проявах.

Оскільки бюджетна політика є органічною частиною фінансової і загальної економічної політики держави, то для неї потрібна бюджетно-матеріальна збалансованість економіки. Вона припускає стимулюючу роль бюджетів, їх фондів, активну дію у сфері матеріального виробництва, з метою наведення порядку у сфері господарювання. Її ефективність залежить від усебічного обліку інтересів, система яких складається в національному господарстві. І, нарешті, її формування та реалізація повинні здійснюватися на основі плановості. Вимоги до ефективності бюджетної політики посилюються через актуалізацію комплексу нових проблем, які обумовлені гальмуванням темпів зростання економіки.

Для забезпечення ефективності механізму бюджетної політики потрібний науковий підхід, чіткі цілі, завдання і напрями участі держави і місцевого самоврядування у господарюванні на найближчий період і перспективу; обґрунтованість висунених заходів і майбутніх рішень, що забезпечують зростання ділової активності суб'єктів господарювання та утвердження суспільного порядку в економічній сфері; а також політична стабільність і високий рівень організації та здійснення господарської діяльності; потрібна розробка ефективної та науково-обґрунтованої стратегії бюджетної політики.

Це вимагає перегляду пріоритетів і орієнтирів видаткової політики в умовах невизначеності щодо економічних перспектив, це вимагає й передбачення збереження високої динаміки реформ бюджетної системи з метою підвищення дієвості та ефективності бюджетних механізмів. Сповільнення економічної динаміки обмежуватиме фінансові ресурси уряду, які можуть стати вагомим чинником стимулювання економічної активності та підвищення рівня соціального захисту населення, а тому завдання підвищення ефективності їх використання набуває пріоритетного значення [6].

У цьому напрямку стали актуальними розроблені Основні напрями бюджетної політики на 2013 рік. Вони ґрунтуються на положеннях Програми еко-



номічних реформ на 2010–2014 роки «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава» та прогнозних і програмних документів економічного та соціального розвитку України [7].

Реалізація бюджетної політики повинна спрямовуватися на забезпечення сталого розвитку національної економіки, підвищення стандартів життя і рівня добробуту громадян, сприяння збалансованому розвитку конкурентоспроможної економіки, забезпечення фінансової стабільності держави та здійснення заходів із зменшення рівня «доларизації» економіки, підвищення ефективності виконання програм імпортозаміщення, розвиток виробництва вітчизняних товарів, ефективний захист внутрішнього ринку та підтримку експорту, модернізацію інфраструктури та базових секторів економіки, забезпечення екологічної безпеки, оптимізацію соціального захисту населення в результаті підвищення його рівня та адресності.

Поступово переходячи від стабілізаційної до стимулюючої моделі бюджетної політики, необхідно робити, у першу чергу, акцент на пріоритетах забезпечення економічного зростання та підвищення соціальних стандартів громадян. Сьогодні вимоги до ефективності бюджетної політики потрібно посилювати у зв'язку з виникненням нових проблем, які гальмують темпи зростання економіки. З одного боку, за рахунок бюджетних інструментів необхідно утримати позитивну динаміку зростання економіки та соціальних стандартів, з іншого — існує ризик, що бюджетна система знову опиниться під тиском негативних чинників, які загрожують відновленням тенденції до поглиблення дефіциту бюджету та комплексу похідних макроекономічних проблем. Нові виклики формують потребу на розробку ефективної та науково-обґрунтованої стратегії бюджетної політики, яка має включати не лише перегляд пріоритетів та орієнтирів видаткової політики, але й збереження проведення реформ бюджетної системи з метою підвищення ефективності бюджетних механізмів. Сповільнення економічної динаміки обмежуватиме фінансові ресурси уряду, а тому завдання підвищення ефективності їх використання набуває пріоритетного значення [6]. Складність і масштабність завдань у сфері соціально-економічної політики держави, гострота існуючих проблем вимагають кардинального підвищення якості стратегічного управління економікою і публічними фінансами. Виходячи з актуальних викликів, що стоять перед економікою України, в середньостроковій перспективі пріоритетними завданнями у бюджетній сфері мають стати такі:

- продовження реформ в системі публічних фінансів;
- надання державної підтримки підприємствам, що реалізують інноваційні проекти або використовують у своїй діяльності інноваційні технології, а також збільшення обсягів виробництва базових галузей економіки;
- створення оптимальної структури бюджетних витрат для стимулювання економічного розвитку. Засобів, що направляються з бюджету, на реалізацію тих програм, що відповідають потребам економічного розвитку інфраструктурних проектів, проектів у сфері освіти і науки, тобто в сфери, що визначають перспективний вигляд української економіки, явно недостатньо;

– розроблення прозорості та ясної для суспільства бюджетної політики, розкриття сутності конкретних рішень та дій органів державної влади у сфері господарювання;

– впровадження стимулюючих заходів, спрямованих на покращення господарської діяльності.

Реалізація зазначених напрямів створить передумови для забезпечення сталого економічного зростання України, підвищення рівня соціального захисту громадян та ствердження суспільного господарського порядку в економічній системі.

Таким чином, відзначаючи важливість дослідження бюджетної політики держави як одного з основних напрямків економічної політики, слід зазначити, що сучасне українське суспільство, проробивши певний шлях у пострадянському просторі та вирішивши багато питань перехідного періоду, знаходиться на етапі реформування бюджетної системи, яке має бути продовжено відповідно до Програми економічних реформ на 2010–2014 рр. та включати як імплементацію нових рішень, так і роботу щодо коригування рішень, ухвалених під час реалізації розпочатих реформ. Саме тому актуальним завданням виступає розроблення та обґрунтування основних напрямів бюджетної політики, яка повинна стати ефективним інструментом реалізації державної соціально-економічної політики.

Механізми державної соціально-економічної політики повинні мати надійне, точно прораховане бюджетне забезпечення. Мають бути чітко визначені об'єми бюджетного фінансування, необхідні для досягнення конкретної кількісно визначеної мети державної соціально-економічної політики. Неприпустимо, коли окремо підводяться підсумки виконання бюджету і окремо — підсумки реалізації заходів соціально-економічної політики. Інструменти бюджетної політики мають бути націлені на протидію чинникам нестабільності — високій інфляції і бюджетному дефіциту. Без цього неможливе поліпшення підприємницького і інвестиційного клімату. Бюджетна політика має бути націлена на поліпшення умов життя людини, адресне рішення соціальних проблем, підвищення якості державних і муніципальних послуг, стимулювання інноваційного розвитку країни.

### Література

1. Господарське право: Підручник / О. П. Подцерковний, О. О. Квасницька, А. В. Смітюх та ін.; За ред. О. П. Подцерковного. — Х.: Одиссей, 2012. — 640 с.
2. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, № 19–20, № 21–22, ст. 144.
3. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України : / О. А. Беляневич, О. М. Вінник, В. С. Щербина [та ін.]; / за заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. — 3-тє вид., переробл. і доп. — К.: Юрінком Інтер, 2012. — 776 с.
4. Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України : Закон України від 23 березня 2000 р. № 1602-III // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 25. — Ст. 195.
5. Масгрейв Р. А., Масгрейв П. Б. Государственные финансы: теория и практика / пер. с 5-го англ. изд. [1989]. — М.: Бизнес Атлас, 2009. — 716 с.

6. Бюджетна політика в Україні в умовах ризиків сповільнення економічної динаміки. — К. : НІСД, 2012. — 25 с.
7. Основні напрями бюджетної політики на 2013 рік: Постанова Верховної Ради України від 22 травня 2012 р. № 4824-VI.

### Анотація

**Латковська Т. А.** Бюджетна політика держави як один з основних напрямків економічної політики за господарським законодавством. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду бюджетної політики держави як одному з основних напрямків економічної політики за господарським законодавством. Досліджуються складові бюджетної політики. Розглядаються типи бюджетної політики та розкриваються їх недоліки та переваги. Визначаються напрями реалізації бюджетної політики, основу якої складають стратегічні напрями, що визначають перспективи формування і використання фінансових ресурсів. Формуються пріоритетні завдання у бюджетній політиці.

**Ключові слова:** бюджетна політика, типи бюджетної політики, напрями реалізації бюджетної політики, завдання бюджетної політики.

### Аннотация

**Латковская Т. А.** Бюджетная политика государства как одно из основных направлений экономической политики по хозяйственному законодательству. — Статья.

В статье рассматривается бюджетная политика государства как одно из основных направлений экономической политики по хозяйственному законодательству. Исследуются составляющие бюджетной политики. Рассматриваются типы бюджетной политики и раскрываются их недостатки и преимущества. Определяются направления реализации бюджетной политики, основу которой составляют стратегические направления, определяющие перспективы формирования и использования финансовых ресурсов. Формулируются приоритетные задания бюджетной политики.

**Ключевые слова:** бюджетная политика, типы бюджетной политики, направления реализации бюджетной политики, задания бюджетной политики.

### Summary

**Latkovskaya T. A.** The budget policy of the state as one of the main directions of the economic policy by the economic legislation. — Article.

The article is devoted to the consideration of the budget policy of the state as one of the main directions of economic policy by the economic legislation. The types of the budget policy are researched and their failings and advantages are disclosed. The types of realization of budget policy the basis of which is composed of strategic directions are determined. The strategic directions determine the perspectives of formation and using of financial resources. The priority tasks in the budget policy are formulated.

**Keywords:** budget policy, types of budget policy, directions of realization of the budget policy, tasks of the budget policy.

## ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТОК МИТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ

**Актуальність.** Сьогодні наукові дослідження виникнення та розвитку митного законодавства в Україні набувають дедалі більшого значення. Це обумовлене багаторічною розробкою та нещодавнім прийняттям оновленого Митного кодексу, що став цілком новим для нашої системи законодавства за нормотворчою технікою та системою викладення норм. І це є цілком зрозумілим, адже чинне законодавство України розроблюється та проектується вже за абсолютно новими стандартами (порівняно із законотворчими та кодифікаційними роботами середини минулого століття), воно має відповідати міжнародним принципам, нормам та правилам задля забезпечення безперешкодної участі нашої держави у світових організаціях (Світова організація торгівлі, Всесвітня організація торгівлі). При цьому не можна забувати й про історичний його розвиток, становлення на теренах України, адже наша держава протягом багатьох століть знаходиться на перетині найважливіших торговельних шляхів та митна справа завжди була та залишається одним з найрозвинутіших видів державної діяльності. **Стан дослідження.** Саме тому дослідженню здійснення цієї функції та розвитку митної справи і митного законодавства присвячували свої роботи знані фахівці митного права (С. В. Ківалов, Б. А. Кормич, Т. О. Коломонець, П. В. Пашко, К. К. Сандровський, Д. В. Приймаченко, Ю. М. Дьомін) та історії держави та права України (П. П. Музиченко, К. Є. Гальський, О. Б. Єгоров, С. Г. Дем'янчук, А. П. Павлов). Проте в їхніх працях майже не віднайшло свого прояву системне дослідження історичного досвіду розвитку митного законодавства в аспекті законотворчих та кодифікаційних робіт, обумовлених існуванням на теренах України тієї чи іншої державно-правової формації. Тому **метою** цієї статті є саме такий аспект розвитку українського митного законодавства.

**Виклад основного матеріалу.** Митне законодавство взагалі, у тому числі й українське, було та залишається дуже мобільною галуззю законодавства, причому із змінами як еволюційного, так й революційного характеру [1]. Це значною мірою обумовлюється як внутрішніми, так й зовнішніми факторами, які в сучасний час також зазнають значних змін. Особливо значним є вплив зовнішніх факторів, а це — міжнародні митні норми, правила та стандарти, практика їх застосування, які обумовлені глобалізацією світової економіки та торгівлі. Митне законодавство має своїм головним завданням регламентацію митної справи. Митна справа — це одна із можливих сфер діяльності суб'єкта владних повноважень — сеньйора, феодала, імператора, держави тощо, — який, як свідчить історія, встановлював правила, відповідно до яких ця сфера діяльності виконувалася на всій приналежній йому території, у тому числі й на захоплених, а також на територіях, що знаходилися під їх патронатом або іншими

формами впливу, створюючи для цього відповідні митні органи. Прикладами можуть бути Римська імперія або Греція, або Венеціанська республіка (перелік можна ще продовжувати), які мали митниці, що знаходилися на території захоплених ними держав та працювали за правилами, встановленими суверенами (Рим, Афіни та інші). Це зауваження зроблене у зв'язку з тим, що значна кількість сучасних істориків України, які з посиланнями на торговельно-митні договори київського князя Олега з візантійським імператором 911 р. (за деякими даними — 914 р.), наступні торговельні угоди Русі з державами Півдня, Заходу і Півночі, універсали Б. Хмельницького та інші документи, стверджують, що «митна справа в Україні має давню історію», забуваючи при цьому про те, що протягом століть це була справа не України, а зовсім іншої держави, яка й встановлювала правила її здійснення. Так, К. Є. Гальський вважає, що чисельні історичні джерела та археологічні дослідження свідчать про те, що торговельна та митна справа на українських землях сягає віків [2]. З ним слід погодитися. Дійсно, митна справа на теренах України має вікову історію, але, на жаль, вона здійснювалася за правилами та на користь тих держав, що панували тоді на цих теренах, більше того, митні органи входили до державного апарату цих держав. А панували тоді там у різні часи й Річ Посполита, й Литовська держава, й Золота Орда тощо. У зв'язку з цим, при аналізі стану правової системи України періоду XIV–XVIII ст., представники юридичної науки визначають його як «Право в Українських землях під час їх перебування у складі Польщі, Литви і Речі Посполитої» [3]. Продовжуючи цю думку П. Музиченко характеризує період історії України другої половини XVII–XVIII ст. як період її перебування під іноземною зверхністю, а період XIX — початку XX ст. як період її перебування під імперською окупацією [4, 39]. У зв'язку з чим він вважає, що й право, яке існувало у цей час, було окупаційним, а це — право Російської імперії, у тому числі й митне право як складова частина права цієї імперії. Тому слід зробити висновок про те, що незважаючи на плідну діяльність митних служб на теренах України, на значущість окремих угод з торговельно-митних питань та тарифних договорів для розвитку митної справи, які, на жаль, мали тимчасовий характер або застосовувалися у залежності від обставин, що виникали, робити висновки щодо багатовікової історії митної справи в Україні навряд чи можливо, бо вона здійснювалася за правилами, що були встановлені державами (або іншими суб'єктами), під владою яких перебувала в той чи інший час Україна. Тому митна справа та її правова основа — митне законодавство — є виключним повноваженням суверенної держави, у тому числі створення нею митних структур й за межами своєї території, які, спираючись на митні правила, встановлені цими суверенними державами, працюють на користь останніх. Тому зародження митного законодавства України слід пов'язувати з історією її становлення як самостійної держави [5], але й тут немає повної зрозумілості, оскільки оцінюючи стан митної справи та її регламентацію у період відродження української державності у XX ст. — період березень 1917 р. — квітень 1918 р. — слід відзначити, що одна група вчених стверджує про вагомий внесок у справу державотворення прийнятих Централь-

ною Радою, гетьманом Павлом Скоропадським, а також урядами Української Народної Республіки та Західноукраїнської Народної Республіки нормативно-правових актів із зовнішньоекономічних і митних питань, друга вважає, що ані Центральна Рада, ані гетьман П. Скоропадський, ані інші структури, що існували у період відродження української державності, питанням організації такої важливої державної функції, як митна справа та створення правових підстав її здійснення, зовсім не приділяли уваги [6]. Ця точка зору є більш обґрунтованою та знаходить свою підтримку при аналізі законодавства того періоду. Але, враховуючи значення митної системи для наповнення фінансових надходжень, багато з цих державних утворень, незважаючи на те, що митні органи продовжували діяти на підставі митного законодавства Російської імперії, включали їх до свого державного апарату та здійснювали заходи щодо підвищення ефективності їх діяльності, особливо при використанні ними фінансових надходжень.

Ніщо не змінилося в правовій регламентації здійснення митної справи в Україні й після проголошення у ній радянської влади — спочатку під назвою Української народної республіки, а з 6 січня 1919 р. — Української Радянської Соціалістичної Республіки (УРСР) — митна справа, визначення її змісту, правових підстав її організації та здійснення не знайшла свого місця у право-установчій діяльності України, незважаючи на зміну її державного статусу, бо створення СРСР у грудні 1922 р. та закріплення цього процесу у Конституції СРСР 1924 р. на багато років лишило УРСР не тільки фактично, а й вже формально права на регулювання митної справи та організації своєї митної системи. Тому у період розпаду СРСР державоутворюючі та інші структури союзних республік, що бажали своєї самостійності, з метою створення належної економічної самостійності, звернули увагу головним чином на митні органи, що діяли на території республік. Тому період 1990–1999 рр. характеризується підпорядкуванням союзним республікам систем митних органів, що знаходилися на їхніх територіях. Першою це зробила Латвійська республіка, практично одночасно (лютий 1990 р.) це зробила й Литовська республіка, однак, окрім цієї реорганізації підпорядкування митних структур, жодних кроків утворення правової бази функціонування органів, які набули «республіканський» статус, зроблено не було, вони як й раніше керувались митним законодавством СРСР. Таким самим шляхом пішла й Україна, яка 25 червня 1991 р. прийняла Закон України «Про митну справу», тому значна частина фахівців з митного законодавства України вважають початком його виникнення дату прийняття цього акту. Дійсно, це був революційний акт, оскільки був прийнятий ще до ухвалення 24 серпня 1991 р. Акту проголошення незалежності України й панування в той час на теренах нашої країни митного законодавства СРСР (митного кодексу СРСР 1991 р. та закону СРСР «Про митний тариф» та інших актів з питань митної справи, які були прийняті відповідними органами СРСР). Однак він, як й акти різноманітних державних утворень в Україні періоду 1917–1920 рр., стосувався лише організаційних питань — виведення митних органів, що функціонують на західному та південному митному кордоні, з-під

юрисдикції СРСР та включення їх до системи держапарату Української держави з переадресуванням зібраних ними податків, зборів, бюджетних надходжень до доходної частини Державного бюджету України. Однак законодавець чітко розумів необхідність створення належної правової бази функціонування митної справи та митних органів, тому в цьому акті, у ст. 10 «Митне законодавство», були визначені основні напрямки її створення. В неї визначалося, що митна справа в Україні регулюється цим Законом, Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність», Митним кодексом України, Законом України «Про митний тариф», іншими законодавчими актами України, прийнятими відповідно до цього Закону. На жаль, останніх було дуже багато, тобто законодавець чітко визначив, що окремими актами неможливо створити стабільну підставу для організації та функціонування митної справи в Україні, здійснення її митної політики та митної безпеки. Тому він підкреслив необхідність, у першу чергу, прийняття Митного кодексу України та Закону «Про митний тариф», тобто здійснення систематизації цього існуючого масиву нормативних актів, що стосувалися тією чи іншою мірою організації та здійснення митної справи, але які дуже часто були суперечливими, оскільки видавалися у різні соціально-економічні та політичні періоди життя нашої держави — від монополії зовнішньої торгівлі до свободи зовнішньоекономічної діяльності, від відсутності повноважень на регулювання митної справи до їх набуття. Але такі розбіжності у регулюванні однієї з бюджетоутворюючих сфер державної діяльності суттєво впливали на ефективність її здійснення. Тобто, у час занепаду економічного стану нашої держави, різкого зменшення податкових надходжень, тільки ефективна робота митної служби повинна була її врятувати. Для цього треба було здійснити ревізію правових засад митної справи, яка була проведена шляхом кодифікації. Оскільки кодифікація, як стверджують вчені-теоретики права та держави, є найбільш досконалою формою систематизації — об'єднанням нормативно-правових приписів до єдиного нормативно-правового акта з передбачуваною зміною їх змісту та форми [7, 139]. Результатом цих заходів став перший у незалежній Україні кодифікований акт — Митний кодекс України, що був прийнятий 12 грудня 1991 р. Він охоплював усі основоположні аспекти митної справи: митний контроль, митне оформлення, пропуск через митний кордон товарів та інших предметів, мито та митні збори, зберігання товарів під митним контролем, організацію боротьби з контрабандою та ПМП; статус службових осіб митних органів України, їх правовий та соціальний захист та ін. Були також визначені питання співробітництва митної служби України з митними та іншими органами зарубіжних держав, що мали пріоритетне значення для митників суверенної країни. Такий зміст Кодексу обумовив появу сумнівів стосовно існування митного законодавства та митного права як самостійних галузей законодавства та права. Так, Ю. Оніщик, по-перше, визначив, що у понятійному апараті чинної системи нормативно-правових актів України, що регулюють суспільні відносини у галузі митної справи, відсутнє таке поняття, як «митне законодавство» [8]. Це твердження датується липнем 2011 року, у той час, коли в наказі Міністерства юстиції України від 2 червня 2004 р.

№ 43/5 «Про затвердження Класифікатора галузей законодавства України» [9] під № 200.000.000 значиться «митне законодавство» як окрема галузь законодавства держави. Тобто така галузь законодавства України, як «митна», існує не тільки де-факто, як свідчить аналіз правотворчої діяльності українського законодавства, але й де-юре [10].

На жаль, такого не можна сказати про митне право як галузь української правової науки. Де-факто вона існує, де-юре — відсутня, бо до переліку наукових спеціальностей її не внесено. Важко подумати, що прийняття трьох митних кодексів, кожен з яких отримав у свій час високу оцінку світової митної спільноти та значної частини українського суспільства, можливо було зробити без участі митно-правової науки та її фундаторів — С. Ківалова, Б. Кормича, Т. Коломоець, П. Пашка, К. Сандровського, Д. Приймаценка, Ю. Дьоміна та інших вчених та практиків, авторів численних монографій та статей з різних питань митної політики, митної безпеки та інших важливих проблем митно-правової науки. Студенти вищих навчальних закладів вивчають митне право (або основи митного права), спираючись на численні підручники, навчальні посібники та інший навчально-методичний матеріал, що підготовлений фахівцями митно-правової галузі наукових пізнань. Сподіваюся, що орган, який займе місце ліквідованого ВАКУ України, вирішить це питання та митно-правова наука займе своє гідне місце у колі наукових спеціальностей.

**Висновки.** Значення митно-правової науки не тільки в тому, що вона висловлює свою думку щодо формування митної політики [11], митної безпеки [12], напрямків інтеграції до світової митної системи [13] та інших важливіших аспектів життєдіяльності нашої держави, а й в тому, що значна кількість її представників розуміють необхідність систематизації значної кількості норм, які дуже часто або дублюють одна одну, або конфліктують між собою, або вже давно втратили своє значення. Це пов'язано з тим, що спочатку в МКУ 1991 року були передбачені значні нормативні повноваження центрального органу митної служби, а потім — в Конституції України 1996 року. Ці акти наділили значну кількість осіб та органів повноваженнями щодо регулювання митної справи. Указ Президента України від 12.05.2011 року № 580/2011 «Питання оптимізації системи центральних органів виконавчої влади» дещо зменшив нормативно-регулюючі повноваження ДМСУ, а також деяких інших центральних органів виконавчої влади (Мінагропрому та інших), але й зараз п. 3 Р. XXI «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України від 13 березня 2012 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Митного кодексу України» визначає, що Закони України, акти Кабінету Міністрів України, нормативно-правові акти центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері державної митної справи, та інших центральних органів виконавчої влади, прийняті на виконання законів України з питань державної митної справи до набрання чинності цим Кодексом, та нормативно-правові акти, які використовуються при застосуванні норм законів з питань державної митної справи (у тому числі акти законодавства СРСП), застосовуються в частині, що



не суперечить цьому Кодексу, до прийняття відповідних актів згідно з вимогами цього Кодексу. Це ще не повне коло джерел, що створюють правове підґрунтя митної справи відповідно до ст. 9 Конституції України, усі МКУ, враховуючи інтеграцію нашого митного законодавства до світових стандартів та правил, визнавали можливість застосування цих стандартів та правил для регулювання відносин, що виникають у сфері митної справи України. А це — норми, що містяться у міжнародних митних конвенціях та угодах, договорах щодо митних відносин, які укладаються на рівні держав, урядів, центральних органів виконавчої влади, у тому числі ДМСУ. Але в цих актах з'явилося багато понять та термінів, які не є притаманними сучасній правовій лексиці. Однак тільки за їх допомогою стало можливим розкриття сутності митної справи. Тому в кожному МКУ, в Розділі I «Загальні положення», міститься стаття «Визначення основних термінів і понять», причому, у зв'язку з ускладненням митної справи, появою нових її напрямків, перехід на електронне її забезпечення, втілення міжнародних митних стандартів та правил тощо, тягне услід появу у митному правовому обороті нових понять і термінів. Так, якщо МКУ 2002 року розкривав сутність 44 понять і термінів, то МКУ 2012 року у ст. 4 містить вже 63 поняття і терміни, що потребують роз'яснення. Тобто митне законодавство не тільки включає купу різноманітних актів різної юридичної значимості, але й спирається на специфіку термінології, яка потребує роз'яснення при участі в митній справі. Тому завданням митно-правової науки є не тільки участь у підготовці теоретичних засад кодифікації — вищої форми систематизації законодавства, як зазначав О. В. Сурілов, а й в інкорпорації та консолідації митного законодавства. При аналізі сучасного стану процесу систематизації цієї галузі законодавства не можна не відмітити увагу фахівців до одночасного розвитку усіх видів систематизації норм митного права — кодифікації, інкорпорації, консолідації права, оскільки за двадцять років існування Української держави було прийнято три митних кодекси, підготовлені десятки інкорпораційних видань, видана значна кількість консолідованих актів. Тобто коли підкреслюється динамічність митного законодавства, то слід мати на увазі не тільки створення нових митних норм та відміну застарілих, але й розвиток інших форм упорядкування митного законодавства у формі інкорпорації та консолідації.

### Література

1. Прикладом є те, що за 20 років існування України у якості незалежної держави 13 березня 2012 р. прийнятий вже третій Митний кодекс (перший — у 1991 р., другий — у 2002 р., кожний з яких має специфічну митну ідеологію, яка була адекватною своєму часу).
2. Митниця України: кроки становлення і поступу / К. Є. Гальський, О. Б. Єгоров, С. Г. Дем'янчук, А. П. Павлов. — Одеса: Пласке, 2009. — С. 6. Мабуть не слід згадувати про ще одну існуючу думку про те, що «митна служба в суверенній українській державі існує не двадцять років, які нараховують її деякі «математики», а 358 (триста п'ятдесят вісім повних років)». Див.: С. Трусов, К. Гальський «XVII ст. митниця дорожче, ніж золото» // Митний брокер. — 2012. — № 4/179. — С. 86.
3. Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. — Т. 1. — Х. : Право, 2008. — 728 с.

4. Історія держави і права України: навчальний посібник: У 2 ч. Ч. 1 / За редакцією професора, доктора юридичних наук О. В. Сурилова. — Одеса: Астропринт, 1997. — 232 с.
5. Тому слід приєднатися до думки А. П. Павлова та К. Є. Гальського про те, що після скасування в м. Києві магдебурзького права «місто повністю втратило будь-які ознаки торговельного та митного суверенітету. Відродити його вдалося лише протягом 1917–1918 рр. після проголошення Української Народної Республіки (див.: А. П. Павлов, К. Є. Гальський Торговельна і митна справа в Києві у IX — XIX ст. — Київ: Видавництво «ЛАТ&К». — 2008. — С. 210).
6. Так, П. П. Музиченко зазначає, що період діяльності Центральної Ради мав здебільшого декларативний характер, про що свідчив зміст універсалів, декларацій та інструкцій. Універсали формували підвалини української державності, а декларації та інструкції містили плани законопроектних робіт (Історія держави і права України: навчальний посібник: У 2 ч. — Ч. П. — Одеса: Астропринт, 1998. — 272 с.).
7. Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник / под. ред. Ю. Н. Оборотова. — О.: Фенікс, 2011. — 436 с.
8. Оніщик Ю. Митне законодавство як системоутворююча категорія правового регулювання митних відносин // Підприємництво, господарство і право. — 2011. — № 7. — С. 34–37.
9. Про затвердження Класифікатора галузей законодавства України: наказ Міністерства юстиції України від 2 червня 2004 р. № 43/5. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v43\\_5323-04](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v43_5323-04)
10. Більш детально критику поглядів цього автора викладено вченими кафедри морського та митного права Національного університету «Одеська юридична академія» у рецензії, опублікованій в журналі «Митна справа» (№ 2 за 2012 р., с. 103–107).
11. Ківалов С. В. Митна політика України: Підручник / С. В. Ківалов, Б. А. Кормич; ОНЮА. — О.: Юрид. л-ра, 2001. — 256 с.
12. Пашко, П. В. Митна безпека (теорія, методологія та практичні рекомендації): Монографія / П. В. Пашко; Ін-т регіон. дослідж. НАН України. — О.: Пласке, 2009. — 628 с.
13. Право Європейського Союзу: Навчальний посібник / За заг. ред. Р. А. Петрова. — 3-тє видання, змінене і доповнене. — К.: Істина, 2010. — 376 с.

### Анотація

**Додін Є. В. Виникнення та розвиток митного законодавства в Україні.** — Стаття.

Стаття присвячена розгляду історії виникнення митного законодавства України, його розвитку, дається аналіз факторів, що обумовлюють динамічність цього розвитку та покращення систематизації і кодифікації цієї галузі українського законодавства. Відмічається активізація її кодифікації, що призвело до прийняття протягом лише двадцяти років трьох кодексів, що були різними за митною ідеологією та юридичною технікою фіксації норм. Аргументується думка про те, що глобалізація світової економіки та торгівлі, лібералізація внутрішніх економічних відносин в Україні ставить перед митно-правовою наукою нові завдання щодо розробки теоретичних питань виведення митного законодавства на нові рубежі, що будуть адекватно відповідати світовим митним стандартам, правилам та нормам.

**Ключові слова:** митна справа, митне законодавство, історія митної справи в Україні, виникнення та розвиток митного законодавства, систематизація та кодифікація митного законодавства України.

### Аннотация

**Додин Е. В. Возникновение и развитие таможенного законодательства в Украине.** — Статья.

В статье рассматривается история возникновения таможенного законодательства Украины, его развитие, дается анализ факторов, обуславливающих динамичность этого развития и улучшения систематизации и кодификации этой отрасли украинского законодательства. Отмечается активизация ее кодификации, что привело к принятию в течение всего двадцати лет трех кодексов, которые были различны по таможенной идеологии и юридической технике фиксации норм. Аргументируется мысль о том, что глобализация мировой экономики и торговли, либерализация

внутренних экономических отношений в Украине ставит перед таможенно-правовой наукой новые задачи по разработке теоретических вопросов вывода таможенного законодательства на новые рубежи, которые будут адекватно соответствовать мировым таможенным стандартам, правилам и нормам.

*Ключевые слова:* таможенное дело, таможенное законодательство, история таможенного дела в Украине, возникновение и развитие таможенного законодательства, систематизация и кодификация таможенного законодательства Украины.

### Summary

*Dodin E. V. Emergence and Development of the Customs Legislation of Ukraine. — Article.*

The article is devoted to the history of the customs legislation of Ukraine, its development is investigated, the analysis of the factors causing dynamism of this development and improvement of ordering and codification of this branch of the Ukrainian legislation is given. Activation of its codification that led to acceptance within only twenty years of three codes which were various on customs ideology and legal equipment of fixing of norms is noted. The thought that globalization of world economy and trade, liberalization of the internal economic relations in Ukraine puts before a customs and legal science new tasks of development of theoretical questions of a conclusion of the customs legislation on new boundaries which will adequately correspond to international customs standards, rules and norms is given reason.

*Keywords:* customs business, customs legislation, history of customs business in Ukraine, emergence and development of the customs legislation, ordering and codification of the customs legislation of Ukraine.

УДК 347.99:347.962.2

М. Г. Мельник

### ПРОЦЕДУРНА ФОРМА РЕАЛІЗАЦІЇ ФУНКЦІЇ КАДРОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СУДІВ

**Постановка проблеми.** Однією із складних посад, що потребує високого рівня професіоналізму, психологічної готовності до вирішення складних завдань, моральних якостей, є посада судді. У Висновку № 3 (2002) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо принципів та правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності, наголошено на особливій ролі, яку виконують судді у державі. У п. 9 Висновку прямо зазначено, що довіра до судової системи є ще важливішою у контексті зростаючої глобалізації спорів та поширення судових справ. Крім того, у державі, яка керується принципом верховенства права, громадськість має право очікувати прийняття загальних принципів, сумісних з поняттям справедливого суду, які гарантують основоположні права [1, с. 41–92].

За даними Державної судової адміністрації України, станом на 1 квітня 2012 року мережа судів в Україні налічує 666 місцевих загальних судів, 27 апеляційних загальних судів, 8 апеляційних господарських судів, 27 місцевих господарських судів, 9 апеляційних адміністративних судів, 27 окружних ад-

міністративних судів, 3 вищі спеціалізовані суди та Верховний Суд України. Усього 768 судів. Штатна чисельність суддів місцевих судів загальної юрисдикції станом на 1 квітня 2012 року становить 6 262 одиниці, апеляційних судів загальної юрисдикції — 2 425 одиниць. Кількість вакансій у судах станом на 1 квітня 2012 року становить: у місцевих судах загальної юрисдикції 736 посад судді та 1 716 посад працівників апарату судів; у апеляційних судах загальної юрисдикції 390 посад суддів та 1 735 посад працівників апарату судів. У порівнянні з 1 січня 2012 року кількість вакантних посад суддів у місцевих та апеляційних судах загальної юрисдикції зменшилась на 147 посад, а в апараті цих судів збільшилась на 309 посад [2]. В. Д. Бринцев наводить такі цифри. Станом на 2009 рік в Україні на 46 млн населення припадало 7403 професійні судді (один суддя — більш ніж на 6000 населення). У Російській Федерації на 141 млн населення — 30000 професійних суддів (один суддя — на 4700 населення) — це на рівні найвищих показників на душу населення серед країн Європи [3, с. 8].

Наведені цифри свідчать про необхідність вирішення питання щодо визначення оптимальної кількості суддів, встановлення нормативів кількісного складу суддів та судів. Одним із шляхів вирішення цієї проблеми є оптимізація процедур кадрового забезпечення, що може бути здійснене виходячи з правової природи відносин у сфері такого забезпечення, форми їх існування, процедур кадрового забезпечення та їх систематизації, враховуючи форму відносин у цій сфері. Тому **мета статті** полягає в обґрунтуванні наукового підходу щодо визнання процедурної форми реалізації функції кадрового забезпечення діяльності судів, що дозволяє підкреслити наявність послідовності відповідних забезпечувальних дій, а отже — потенціалу щодо уніфікації процедур.

**Аналіз дослідження даної проблеми.** Звернення до наукових здобутків вчених, які аналізували проблеми забезпечення діяльності судів, дозволяє виділити ряд робіт, присвячених організаційному забезпеченню судової влади: В. Ф. Бойко, В. Д. Бринцев, Т. В. Варфоломєєва, І. А. Войтюк, І. І. Ємельянова, В. Я. Карабань, В. Т. Маляренко, І. Є. Марочкін, Н. В. Сібільова, С. Г. Штогун та інші. Разом з тим питання про систематизацію процедур кадрового забезпечення на належному рівні не було предметом наукового аналізу.

У теорії адміністративного права кадрова функція розглядається як одна з допоміжних функцій управління, оскільки вона, поряд із іншими допоміжними функціями, покликана забезпечувати реалізацію основних і загальних функцій державного управління [4, с. 133]. У широкому значенні виділяють категорію «управління» як функцію організованих систем (соціальних, біологічних, технічних), що забезпечує збереження їх структури і впорядкованості відповідно до закономірностей функціонування. Соціальне управління відрізняється від інших видів управління тим, що здійснюється через вплив на свідомість і волю, а отже, на інтереси людини щодо досягнення поставлених цілей [5, с. 947]. У такому значенні судове управління, про яке вказує А. А. Стрижак, до якого включено як діяльність з організаційного керівництва судами, так і організаційне забезпечення судів [6, с. 29.], можна розглядати як різно-

вид соціального управління. Це означає, що судове управління безпосередньо стосується цілеспрямованого впливу на інтереси суб'єктів відносин у сфері такого управління. При цьому цей вплив може стосуватись як організаційного керівництва судами, так і забезпечення діяльності судів. Про виділення судового управління в державній діяльності, поряд із внутрішнім управлінням, військовим управлінням, управлінням зовнішніми справами, церковним і фінансовим управлінням, зазначав А. І. Єлістратов у 1911 р. [7, с. 43].

Звернення до довідкових видань надає можливість встановити сутність певних термінів, зокрема — терміну «забезпечення». Цей термін означає: 1) постачаючи щось у достатній кількості, задовольняти кого-, що-небудь у якихось потребах; надавати кому-небудь достатні матеріальні засоби до існування; постачати; 2) здійснювати надійні умови для здійснення чого-небудь, гарантувати щось; 3) захищати, охороняти кого-, що-небудь від небезпеки [8, с. 324]. Отже, забезпечення будь-чого означає створення умов для функціонування, у тому числі — шляхом здійснення правоохоронної, правозахисної діяльності або формуючи достатні матеріальні, фінансові та інші ресурси, завдяки яким функціонує певний об'єкт (суб'єкт).

Виходячи з вищезазначеного, *кадрове забезпечення діяльності судів* можна розглядати як допоміжну функцію судового управління, яка дозволяє створити умови функціонування професійного суддівського корпусу.

Аналізуючи специфіку реалізації функції кадрового забезпечення діяльності судів, доцільно зазначити про доцільність розгляду процедурної форми відповідних відносин. Застосування саме такого підходу ґрунтується на науковій концепції М. І. Миколенка, який сформулював концептуальні положення теорії адміністративного процедурного права, а також визначення поняття «процесуальне право» у Великому енциклопедичному юридичному словнику (2012 р.). Так, О. І. Миколенко формулює поняття процедурної форми як встановлений адміністративно-процедурними (процесуальними) нормами порядок (стан, лад), в межах якого здійснюється послідовна діяльність суб'єктів адміністративної процедури (процесу) та дії інших її учасників [9, с. 190]. Визначаючи сутність процесуального права, Ю. С. Шемшученко зазначав, що таким є сукупність правових норм, якими регулюється порядок (процедура) реалізації матеріальних норм конституційного, цивільного, кримінального, адміністративного та інших галузей права [5, с. 767].

Виходячи з наведених підходів, терміни «процес» і «процедура» співвідносяться як форма і зміст, при цьому терміном «процедура» позначається послідовність певних дій, порядок їх здійснення.

Характеризуючи кадрове забезпечення діяльності судів, слід вказати саме про процедуру реалізації цієї функції судового управління, адже її здійснення стосується послідовно здійснюваних дій щодо добору на посаду судді, відбору кандидатів на посаду, призначення на посаду судді, проходження служби суддею, звільнення судді з посади.

Фактично послідовність перелічених дій подібна до процедур кадрового забезпечення державної служби. Такий висновок впливає з сутності державної

служби. Так, Ю. П. Битяк виділяє такі основні елементи поняття державної служби: а) державна служба — це професійна діяльність осіб, що займають посади в державних органах та їх апараті (законодавчих, виконавчих, судових, прокуратури); б) така діяльність є частиною організаційної діяльності держави; в) ця діяльність здійснюється на основі Конституції та законів України, інших нормативно-правових актів; г) ця діяльність спрямована на комплектування особового складу державних органів та інших державних організацій і правове регулювання праці державних службовців; д) зміст діяльності державних службовців полягає в практичному виконанні завдань і функцій держави (її органів) у вирішенні інших соціально важливих завдань, забезпеченні прав і свобод громадян; е) оплата праці державних службовців здійснюється із державних коштів (більш вузько — з Державного бюджету) [10, с. 54–55].

Не зважаючи на те, що більшість елементів служби на посаді судді тотожна із елементами державної служби, проте служба на посаді судді відрізняється від державної служби, основні елементи якої виділені Ю. П. Битяком, насамперед, функцією правосуддя, виконувану суддями. Ця функція інша за змістом за організаційну діяльність держави. Правосуддя — правозастосовна діяльність суду з розгляду і вирішення у встановленому законом процесуальному порядку віднесених до його компетенції цивільних, господарських, кримінальних і адміністративних справ з метою охорони прав та свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб та інтересів держави [5, с. 721]. Зміст служби на посаді судді визначає усі інші питання кадрового забезпечення діяльності судів та проходження служби на посаді судді. Вказане стосується специфіки процедур кадрового забезпечення. Так, добір та відбір кандидатів на посаду судді, інші процедури кадрового забезпечення, пов'язані із виникненням, зміною і припиненням службових відносин за участі судді, регламентовані, насамперед, Законом України «Про судоустрій і статус суддів» [11]. Проходження служби на посаді судді безпосередньо пов'язане із реалізацією завдань і функцій, які покладені на органи судової влади, — здійснення правосуддя. Діяльність судді повною мірою визначена функціональним призначенням суду, а тому суддя здійснює правосуддя тільки від імені держави. Вказане означає, що суддя реалізує публічний (державний) інтерес, а тому має діяти тільки у межах закону. Останнє стосується і судової дискреції, межі якої впливають з приписів процесуального законодавства (цивільного, кримінального, адміністративного, господарського).

Проходження служби на посаді судді можна розуміти як з точки зору динаміки виникнення, зміни та припинення службових відносин, так і як сукупності певних процедур. При цьому слід у подальшому здійснити науковий аналіз щодо встановлення правової природи таких процедур — конституційної чи адміністративної. Доцільно також відзначити про те, що питання виникнення, зміни і припинення службових відносин у сфері проходження служби на посаді судді можуть стосуватись і галузі трудового права. Такий висновок ґрунтується на підході М. І. Іншина, презентованого у монографії «Правове регулювання службово-трудова діяльності державних службовців як особливої

категорії зайнятого населення України» (2010 р.), де проаналізовані особливості виникнення, розвитку та припинення службово-трудових відносин у сфері державної служби [12].

Застосування підходу М. І. Іншина дозволяє вказати про виникнення, зміну і припинення службово-трудових відносин, суб'єктом яких є набувач статусу судді або суддя. Відповідно — доцільно вказати і про процедури набуття статусу судді, проходження служби на посаді судді та припинення служби на посаді судді.

Процедури набуття статусу судді безпосередньо стосуються прийняття кандидата на посаду судді на службу. Для набуття статусу судді встановлені на рівні закону умови доступу на службу на посаді судді, визначено процедури добору і відбору кандидатів на посаду судді. Крім того, окремо виділено стадії процедури призначення на посаду судді уперше, що встановлено Главою 2 Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Слід вказати про процедури спеціальної підготовки на посаду судді, організація якої здійснюється Національною школою суддів України, відповідно ст. 69 Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Гарантією прозорості та відкритості набуття статусу судді виступають процедури конкурсу на зайняття вакантної посади судді, що здійснюється Вищою кваліфікаційною комісією суддів України (ст. 71 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). Завершальними процедурами набуття статусу судді є процедури призначення на посаду судді.

Процедури проходження служби на посаді судді стосуються здійснення повноважень судді, а також призначення на адміністративні посади, переведення судді до іншого суду у межах п'ятирічного строку. Окремо слід виділити процедури обрання суддів безстроково (Глава 3 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). До процедур проходження служби на посаді судді доцільно віднести процедури реалізації гарантій законності службової діяльності судді, які стосуються здійснення дисциплінарних прав Вищою кваліфікаційною комісією суддів України, Вищою радою юстиції, іншими суб'єктами дисциплінарного провадження щодо судді, а також реалізації антикорупційних заходів, згідно Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» [13]. Ще однією групою процедур проходження служби на посаді судді слід назвати підготовку суддів та періодичне навчання суддів з метою підвищення їх кваліфікації, здійснюване Національною школою суддів України.

Останню групу процедур кадрового забезпечення діяльності судів у частині, яка стосується проходження служби на посаді судді, складають процедури звільнення з посади, яким присвячено Розділ VII Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

Процедури кадрового забезпечення діяльності судів стосуються також реалізації повноважень Вищою кваліфікаційною комісією України щодо організації такого забезпечення. Вказане стосується діяльності з обліку даних про кількість посад судді у судах загальної юрисдикції, визначення потреби у державному замовленні на професійну підготовку кандидатів на посаду судді тощо. Крім того, суб'єктами організації кадрового забезпечення діяльності судів ви-

ступають Вища рада юстиції, Державна судова адміністрація України, органи суддівського самоврядування.

Таким чином, проведений аналіз довів доцільність визнання процедурної форми реалізації функції кадрового забезпечення діяльності судів. Виділення процедурної форми дозволяє підкреслити наявність послідовності дій щодо кадрового забезпечення, а отже — потенціалу щодо уніфікації процедур. Вказане стосується як процедур у сфері набуття статусу судді, проходження служби на посаді судді, припинення службових відносин, так і процедур, пов'язаних із організацією кадрового забезпечення, зокрема — реалізацією повноважень Вищою кваліфікаційною комісією суддів України, іншими суб'єктами.

### Література

1. Міжнародні стандарти у сфері судочинства. — К.: Істина, 2010. — 488 с.
2. Підсумки роботи Державної судової адміністрації України. Кадрове забезпечення судів// офіційний веб-сайт Державної судової адміністрації України: Електронний ресурс: Режим доступу: <http://court.gov.ua/dsa/1233/2012/>
3. Бринцев В. Д. Стандарти правової держави: втілення у національну модель організаційного забезпечення судової влади: монографія/ В. Д. Бринцев. — Х.: Право, 2010. — 464 с.
4. Адміністративне право: підручник/ Ю. П. Битяк (кер. авт. кол.), В. М. Гаращук, В. В. Богущкий та ін.; за заг. ред. Ю. П. Битяка, В. М. Гаращука, В. В. Зуй. — Н.: Право, 2010. — 624 с.
5. Великий енциклопедичний юридичний словник/ За ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. — 2-ге вид., переробл. і доп. — К.: Видавництво «Юридична думка», 2012. — 1020 с.
6. Стрижак А. А. Судове управління в Україні: Теоретичні основи і правове регулювання: Монографія. — Ужгород, Патент, 2004. — 120 с.
7. Єлістратов А. І. Адміністративне право: Лекції/ Ред. і упоряд. В. В. Галунько, С. В. Діденко. — Херсон: ХЮІ ХНУВС, 2007. — 268 с.
8. Тлумачний словник української мови. / За ред. проф. Калашника В. С. — Харків: Прапор, 2002. — 992 с.
9. Миколенко О. І. Теорія адміністративного процедурного права [Текст]: монографія / О. І. Миколенко. — Харків: Бурун Книга, 2010. — 336 с.
10. Битяк Ю. П. Державна служба в Україні: організаційно-правові засади: Монографія. — Х.: Право, 2005. — 304 с.
11. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 № 2453-VI [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 41–42, № 43, № 44–45. — Ст. 529. — Режим доступу: система інформаційно-правового забезпечення «Ліга-Закон» станом на 14.07.2012 р.
12. Іншин М. І. Правове регулювання службово-трудових відносин в Україні [Текст]: монографія / М. І. Іншин. — Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2004. — 337 с.
13. Про засади запобігання і протидії корупції: Закон України від 07.04.2011 р. № 3206-VI [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 40. — Ст. 404. — Режим доступу: система інформаційно-правового забезпечення «Ліга-Закон» станом на 14.07.2012 р.

### Анотація

**Мельник М. Г.** Процедурна форма реалізації функції кадрового забезпечення діяльності судів. — Стаття.

Стаття присвячена обґрунтуванню наукового підходу щодо визнання процедурної форми реалізації функції кадрового забезпечення діяльності судів, що дозволяє підкреслити наявність послідовності відповідних забезпечувальних дій, а отже — потенціалу щодо уніфікації процедур.

**Ключові слова:** кадрове забезпечення, суди, процедура, процедурна форма.



**Аннотация**

**Мельник Н. Г. Процедурная форма реализации функции кадрового обеспечения деятельности судов. — Статья.**

Статья посвящена обоснованию научного подхода, предполагающего выделение процедурной формы реализации функции кадрового обеспечения деятельности судов, что позволяет подчеркнуть наличие последовательности соответствующих обеспечивающих действий и, таким образом, — потенциала унификации процедур.

*Ключевые слова:* кадровое обеспечение, суды, процедура, процедурная форма.

**Summary**

**Melnyk M. G. Procedural form of court activity cadre providing function. — Article.**

The article is devoted to grounding of science approach relative to acknowledgement of procedural form of court activity cadre providing function realization which permits to emphasize of presence of providing actions consequence and therefore — of potential relative to unification of procedures.

*Keywords:* cadre providing, judges, procedure, procedural form.

УДК 342.565.2(477):347.962.2

*Д. А. Чернушенко*

**МІСЦЕ КАДРОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ У СИСТЕМІ ВИДІВ ДІЯЛЬНОСТІ,  
ЩО ПОВ'ЯЗАНА ІЗ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯМ ФУНКЦІОНУВАННЯ  
КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ**

**Актуальність дослідження.** Дослідження проблеми сутності організації та здійснення кадрового забезпечення діяльності Конституційного Суду України передбачає встановлення його місця у системі видів забезпечувальної діяльності Суду. Вказуючи про забезпечення діяльності Конституційного Суду України, слід виходити з норм Закону України «Про Конституційний Суд України» [1], Регламенту Конституційного Суду України, затвердженого Рішенням Конституційного Суду України від 14 жовтня 2008 року [2], положень про Секретаріат Конституційного Суду України, Архів, Бібліотеку та інші самостійні структурні підрозділи Конституційного Суду, Інструкції з діловодства, затвердженої Розпорядженням Голови Конституційного Суду України. Цими нормативними актами передбачено регламентацію питань, які стосуються організації діяльності єдиного органу конституційної юрисдикції, забезпечуючи таким чином його діяльність у чіткій відповідності із Конституцією України.

**Стан дослідження.** Слід вказати про те, що організаційний аспект функціонування Конституційного Суду України з позицій ефективності забезпечувальної діяльності, достатності визначеного у законодавстві способу реалізації, у наукових дослідженнях не знайшов достатнього ступеню висвітлення. Так, у публікаціях наукового і науково-методичного характеру характеризуються загальні питання правового регулювання організації діяльності Конституційного Суду України (В. Т. Маляренко, В. Ф. Погорілко, М. В. Тесленко, В. С. Ковальський, С. Е. Демський,

Т. О. Цимбалістий та інші), а також окремі аспекти організації діяльності Конституційного Суду України (В. Дубровський [3], В. Кампо [4] та інші). Однак упорядковувачий потенціал адміністративно-правової науки не був використаний повною мірою при аналізі питань організаційного забезпечення діяльності Конституційного Суду України взагалі та кадрового забезпечення, зокрема.

**Мета дослідження.** Виділення адміністративно-правового аспекту дослідження проблеми кадрового забезпечення діяльності єдиного органу конституційної юрисдикції визначає потребу встановлення місця кадрового забезпечення серед інших видів забезпечувальної діяльності.

Зважаючи на зазначене, цікавими вдаються висновки авторів підручника «Конституційна юстиція» щодо виділення в літературі двох складових організації Конституційного Суду: 1) організаційно-правові форми діяльності Суду; 2) судову адміністрацію, представлену Головою Конституційного Суду, його заступниками, а також апаратом Суду. Підкреслено похідний характер організаційно-правових форм діяльності Конституційного Суду від його структури. Для порівняння наведено три основні моделі структури конституційних судів: 1) конституційний суд розглядає усі справи у повному складі як єдина колегія (Австрія, Болгарія, Італія); 2) конституційний суд складається з спеціальних структурних підрозділів (палат, секцій, сенатів, колегій тощо) і розглядає справи, віднесені до його компетенції, як у повному складі, так і у складі згаданих структурних утворень (Іспанія, Польща, Російська Федерація, Угорщина, ФРН). При цьому, зазначають автори підручника, діє правило про єдність правової позиції конституційного суду, що передбачає неможливість існування одночасно двох чи кількох рішень (суду у повному складі чи його підрозділів), які суперечать один одному; 3) змішана модель — колегії створюються, але лише як допоміжні органи. Повноваження щодо розгляду і вирішення справ, віднесених до компетенції конституційного суду, останній здійснює у повному складі. Такий спосіб організації діяльності органу конституційної юрисдикції закріплений в українському законодавстві [5].

Застосування методології, характерної для адміністративного права щодо управлінських категорій у діяльності Конституційного Суду України, ґрунтується на доктринально обґрунтованих підходах вчених-адміністративістів. Цікаві результати узагальнення наукових здобутків щодо сутності категорії «державне управління» здійснює Т. Є. Кагановська. Висновки вченої повною мірою можуть бути покладені в основу визначення сутності державно-управлінської діяльності у межах Конституційного Суду України та її функцій, серед яких є функція організації діяльності Суду. Зокрема, можна вказати на думку Конрада Хессе, яку наводить Т. Є. Кагановська, про адміністративне управління як діяльність щодо виконання конкретних, переважно — технічних завдань та вирішення організаційних проблем. Є також думка М. Данилькевича про державне управління як про управління державними справами, що здійснюється усіма органами держави і в усіх гілках влади. Узагальнюючи наукові думки вчених, Т. Є. Кагановська формулює висновок про широке визначення державного управління, яке повинно супроводжуватись дослідженнями трьох віднос-

но самостійних тем: а) державне управління у сфері виконавчої влади; б) державне управління у сфері законодавчої влади; в) державне управління у сфері реалізації судової влади. Такий підхід не протирічить підходу відомого російського вченого-адміністративіста Д. Бахраха, який відзначає розмежування адміністративної діяльності відповідно до закону поділу праці на більш прості, спеціальні види організаційної діяльності, та вказує, що до числа загальних функцій належить робота з кадрами, яка серед трьох груп загальних функцій віднесена до функції забезпечення системи. Можливість розглядати державну службу не лише з позицій служби в органах виконавчої влади, заснована на думці Ю. Старилова. Вчений підкреслював, що державна служба в державному апараті є одним з основних видів діяльності з формування і правового регулювання всіх аспектів роботи державних службовців, що займають конкретні державні посади в цьому апараті й реалізують функції державних органів з метою забезпечення ефективності державної діяльності. Т. Є. Кагановська вказує про наявність організаційної структури кадрового забезпечення — упорядковану сукупність ланцюгів управління організацією, які володіють необхідною матеріально-технічною базою, виконують специфічні адміністративні функції та знаходяться у певному взаємному зв'язку і підпорядкуванні [6, с. 22–37].

Наведені вище здобутки вітчизняної науки адміністративного права складають методологічне підґрунтя визнання існування управлінських відносин і усередині діяльності Конституційного Суду України. Управління (державне — на думку вітчизняних вчених, адміністративне — на думку К. Хессе) є діяльністю, у процесі здійснення якої вирішуються питання організаційного, забезпечувального характеру. Управління, що здійснюється у межах діяльності Конституційного Суду України, стосується управління судовими справами як одного з напрямків (видів) управління державними справами — державного управління. Адміністративна (управлінська) діяльність здійснюється конкретними суб'єктами у межах організаційної системи Конституційного Суду України і є розгалуженою за видами, відповідними функціям управління. Серед таких функцій є функція кадрового забезпечення, організаційною формою реалізації якої є певні організаційні структури усередині Конституційного Суду України. Такими виступають: відділ кадрів, Служба забезпечення діяльності Голови Конституційного Суду України, Служби забезпечення діяльності суддів Конституційного Суду України.

Відповідно Закону України «Про Конституційний Суд України», до функцій управління діяльністю Конституційного Суду України можна віднести, крім кадрового забезпечення, функцію організації діяльності, діловодство, фінансове забезпечення, науково-експертне забезпечення, інформаційно-довідкове забезпечення, архівна справа, бібліотека. Специфікою забезпечувальної діяльності Конституційного Суду України є колегіальний характер прийняття рішень. Відповідно до § 71 Регламенту Конституційного Суду України, затвердженого Рішенням Конституційного Суду України від 14 жовтня 2008 року, організаційні, фінансові, кадрові та інші питання вирішуються на засіданнях Конституційного Суду України. Рішення з поточних питань приймаються більшістю

голосів від кількості присутніх на засіданні суддів Конституційного Суду України. Засідання є повноважним, якщо в його роботі бере участь не менше ніж одинадцять суддів Конституційного Суду України.

Звернення до теорії адміністративного права дозволяє вказати про класифікацію функцій державного управління на загальні, спеціальні і допоміжні. Загальними є функції, які притаманні всій системі державного управління в цілому та її окремим ланкам, спеціальні — впливають на окремі сфери соціальної діяльності, характеризують конкретного суб'єкта або об'єкта державного управління, допоміжні функції обслуговують процеси реалізації загальних і спеціальних функцій. Загальними функціями названі: прогнозування, планування, організації, регулювання, координації, обліку, контролю. Допоміжними функціями названі кадрова, матеріально-технічна, фінансова, діловодства тощо [7, с. 130–133]

Порівняння функцій, визначених вченими-адміністративістами, та функцій, що випливають із приписів Закону України «Про Конституційний Суд України», Регламенту Конституційного Суду України, дозволяє зазначити про те, що функція організації (хоча вона у законодавстві називається організаційним забезпеченням) виступає як загальна функція управління у сфері діяльності Конституційного Суду України.

Так, в теорії адміністративного права сутність цієї функції визначена як діяльність, пов'язана із створенням державного управління на основі встановлених принципів і підходів, визначенням структури керуючої і керованої систем у державному управлінні. Особливістю функції організації щодо інших самостійних функцій є те, що ця функція єдина, яка забезпечує взаємозв'язок і ефективність усіх інших функцій управління. Організація означає також реорганізацію та ліквідацію органів управління [7, с. 131]. Виходячи з доктринально визначеної сутності функції організації, до такої можна віднести діяльність щодо: створення постійних комісій Конституційного Суду України, призначення Голів постійних комісій, утворення Науково-консультативної ради при Конституційному Суді України, утворення на своїх пленарних засіданнях тимчасових комісій для додаткового дослідження питань, пов'язаних з конституційним провадженням у справі, за участю фахівців у відповідних галузях, визначення режиму роботи працівників Секретаріату Конституційного Суду України, визначення структури Секретаріату Конституційного Суду тощо. Зокрема, Положенням про Секретаріат Конституційного Суду України визначено наступну його структуру: Служба документального забезпечення; Управління правової експертизи; Прес-служба Конституційного Суду України; Відділ зовнішніх зв'язків; Відділ кадрів; Відділ забезпечення засідань Колегій суддів та Конституційного Суду України; Відділ бухгалтерського обліку та звітності; Перший сектор; Бібліотека Конституційного Суду України; Архів Конституційного Суду України; Редакційний відділ; Господарське управління. Провідним підрозділом Секретаріату є управління правової експертизи, до складу якого входять відділ попереднього вивчення конституційних подань і звернень, відділ правової експертизи конституційних подань і звернень, відділ

науково-порівняльних досліджень правових систем, відділ обліку та систематизації законодавства [5].

Ще однією загальною функцією управління у сфері діяльності Конституційного Суду України доцільно визначити функцію планування. В теорії адміністративного права функція планування визначена як така, що полягає у встановленні мети розвитку системи управління (окремих її складових) на майбутній період, напрямків, завдань, найбільш ефективних методів і засобів їх реалізації, строків виконання визначених цілей, ресурсів, необхідних для їх досягнення, кількісних і якісних показників розвитку тих чи інших процесів у системі державного управління [7, с. 131]. До функції планування у сфері діяльності Конституційного Суду України доцільно віднести: затвердження орієнтовного графіку розгляду справ на квартал, визначення днів тижня, в які проводяться засідання колегій суддів, засідання, пленарні засідання Конституційного Суду України, затвердження графіку відпусток суддів, плану їх відряджень, включаючи закордонні, визначення суддів Конституційного Суду України для участі в конференціях, симпозіумах.

Функція координації в діяльності Конституційного Суду України як загальна функція управління полягає у впорядкуванні діяльності певних елементів структури системи Конституційного Суду України. Завдяки координації встановлюється взаємодія між різними елементами системи, усередині системи, забезпечується узгодженість і єдність усіх стадій процесу управління у сфері діяльності Конституційного Суду України. Так, функція координації реалізується при скликанні Головою Конституційного Суду України засідання Суду з питання про припинення повноважень або звільнення з посади судді Конституційного Суду України, застосування головуячим на пленарному засіданні Конституційного Суду України заходів для забезпечення встановленого порядку розгляду справи, його повноти та всебічності, фіксації перебігу засідання, усунення з розгляду всього того, що не стосується справи, скликання ініціативи Голови Конституційного Суду України, його заступників, колегії суддів, постійних комісій або не менше трьох суддів Конституційного Суду України та інше.

Серед загальних функцій управління у сфері діяльності Конституційного Суду України доцільно виділити функцію контролю, яка реалізується, зокрема, шляхом здійснення спеціальних перевірок відповідності вимогам антикорупційного законодавства. Статтею 16 Закону України «Про Конституційний Суд України» встановлено, що стосовно осіб, які претендують на зайняття посади судді Конституційного Суду України, за їх письмовою згодою проводиться спеціальна перевірка в порядку, встановленому Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції». Особи, які претендують на зайняття посади судді Конституційного Суду України, до призначення на відповідну посаду подають до органу, який здійснює призначення, декларацію про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за формою і в порядку, що встановлені Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції». Судді Конституційного Суду України зобов'язані подавати щороку до 1 квітня за

місцем роботи декларацію про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за минулий рік за формою і в порядку, що встановлені Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції».

Проведений аналіз довів доцільність розгляду питання про державне (адміністративне) управління у сфері діяльності Конституційного Суду України, яке здійснюється за допомогою загальних і допоміжних функцій. До загальних функцій віднесено: організацію, планування, координацію, контроль. Допоміжними визначено кадрове, матеріально-технічне, фінансове забезпечення, діловодство та інші.

### Література

1. Конституційний Суд України: Закон України від 16.10.1996 р. № 422/96-ВР // Відомості Верховної Ради України, 1996, № 49, ст. 272.
2. Про затвердження нової редакції Регламенту Конституційного Суду України: Рішення Конституційного Суду України від 14.10.2008 № 34-р/2008// Офіційний вісник України, 2010, № 11 (26.02.2010), ст. 554.
3. Дубровський В. Організаційна структура секретаріату Конституційного Суду України // Вісник Конституційного Суду України. — 2000. — № 2. — С. 66–69.
4. Кампо Володимир. Наукове забезпечення юрисдикційної діяльності Конституційного Суду України/В. Кампо// Журнал ВІСН: Електронний ресурс: Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/2694/>
5. Організація діяльності Конституційного Суду України/ Конституційна юстиція: підручник: Електронний ресурс: Режим доступу: <http://studentam.net.ua/content/view/5904/93/>
6. Кагановська Т. Є. Адміністративно-правові засади кадрового забезпечення державного управління в Україні: дис. ... к. ю. н. 12.00.07 — адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право/ Кагановська Тетяна Євгенівна/ Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 2012. — 424 с.
7. Адміністративне право [Текст] : підручник / за заг. ред. Ю. П. Битяка, В. М. Гаращука, В. В. Зуй. — Х. : Право, 2010. — 624 с.

### Анотація

**Чернушенко Д. А.** Місце кадрового забезпечення у системі видів діяльності, що пов'язана із забезпеченням функціонування Конституційного Суду України. — Стаття.

Стаття присвячена визначенню місця кадрового забезпечення у системі видів діяльності, пов'язаної із забезпеченням функціонування Конституційного Суду України. Обґрунтовано доцільність застосування категорії «державне (адміністративне) управління» для визначення відносин щодо упорядкування діяльності усередині системи Конституційного Суду України. Доведено, що функції управління у сфері діяльності Конституційного Суду України поділяються на загальні і допоміжні. Загальними функціями названі: організація, планування, координація, контроль. Допоміжними названі кадрове забезпечення та інші види забезпечувальної діяльності (матеріально-технічне, фінансове, діловодство, архівна справа, бібліотека тощо).

**Ключові слова:** кадрове забезпечення, Конституційний Суд України, державне (адміністративне) управління, загальні функції, допоміжні функції.

### Аннотация

**Чернушенко Д. А.** Место кадрового обеспечения в системе видов деятельности, связанной с обеспечением функционирования Конституционного Суда Украины. — Статья.

Статья посвящена определению места кадрового обеспечения в системе видов деятельности, связанной с обеспечением функционирования Конституционного Суда Украины. Обоснована целесообразность применения категории «государственное (административное) управление» для

определения отношений по упорядочению деятельности внутри системы Конституционного Суда Украины. Доказано, что функции управления в сфере деятельности Конституционного Суда Украины разделяются на общие и вспомогательные. Общие функции: организация, планирование, координация, контроль. Вспомогательные функции: кадровое обеспечение и иные виды обеспечивающей деятельности (материально-техническое, финансовое, делопроизводство, архивное дело, библиотека и так далее).

*Ключевые слова:* кадровое обеспечение, Конституционный Суд Украины, государственное (административное) управление, общие функции, вспомогательные функции.

### Summary

**Chernushenko D. A. Cadre providing place in system of kinds of activity connected with Constitutional Court of Ukraine activity providing. — Article.**

The article is devoted to defining of cadre providing place in system of kinds of activity connected with Constitutional Court of Ukraine activity providing. Reasonability of using of category «state (administrative) management» for defining relationships related to streamlining of activity inside Constitutional Court of Ukraine system is grounded. There proved that management functions in sphere of Constitutional Court activity are divided on common and auxiliary. Common are: organization, planning, coordination, control. Auxiliary are: cadre providing and other providing activity (maintenance, finance, office work, archive, library etc).

*Keywords:* cadre providing, Constitutional Court of Ukraine, state (administrative) management, common functions, auxiliary functions.

УДК 347.963(477)001.73

**В. Є. Загородній**

### РЕФОРМУВАННЯ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ: ОСНОВНІ ПРИНЦИПИ ФУНКЦІОНУВАННЯ

Правові традиції у сучасному вимірі характеризують два різні підходи до формування юридичних систем. Основу демократичних європейських правових моделей становить трикутник «суд — адвокатура — прокуратура», на помітній відстані від якого розміщуються поліцейські та інші служби підтримання правопорядку. У свою чергу, основу пострадянської моделі становить лінія майже рівновеликих правоохоронних органів, включно з прокуратурою. Природа прокуратури обумовлена основами організації правосуддя, якими передбачаються незалежний і неупереджений статус суду, змагальна процедура встановлення істини в суді та рівність сторін спору. Виходячи з цих постулатів, прокуратура є професійною організацією, що створюється для процесуального представлення публічних інтересів у суді на засадах процесуальної рівності та змагальності. У цьому розумінні прокуратура не є носієм судової влади. Вона й адвокатура становлять парну конструкцію інституцій, без яких неможливо на належному рівні забезпечити правосуддя в нинішньому ускладненому юридичному житті. Таким чином, прокуратура, як і адвокатура, є органом системи правосуддя, обов'язковим елементом забезпечення якісного вирішення правових спорів у суспільстві.

Доцільно звернути увагу на те, що перед своїм занепадом радянська правова думка породила міф про невизначеність правової природи прокуратури, що провокує дискусії про окрему прокурорську владу та про її місце в системі державної влади. До речі, цю дискусію уже в нинішніх умовах державної незалежності з успіхом підхопили й сучасні українські юристи радянської традиції, які час від часу пропонують до неї повертатися. Насправді ж дискусія про окрему прокурорську владу має той самий сенс, що й дискусія про окрему адвокатську владу.

В умовах глобалізації сучасна правова наука наголошує на впливу ролі норм міжнародного права на національне право. Ідеї інтеграції завойовують прихильників незалежно від соціальних і культурних відмінностей. Водночас загальносвітові та регіональні інтеграційні процеси зумовлюють тісну взаємодію й взаємопроникнення національних і міжнародних норм права.

Для розв'язання поставлених завдань слід розмежовувати поняття «інтернаціоналізація» і «глобалізація». Глобалізація може бути підвидом інтернаціоналізації, у той час як інтернаціоналізація відрізняється від першої двома ознаками. По-перше, інтернаціоналізація може виникнути на регіональному або двосторонньому рівні, у той час як глобалізація має місце на загальному, наднаціональному рівні, рівні всього світового співтовариства. По-друге, інтернаціоналізація може відбуватися між державою і міжнародною урядовою або міжнародною неурядовою організацією з питань регіональної співпраці, не охоплюючи ширших меж, хоча діяльність подібних організацій може стосуватися питань глобального масштабу [1].

Останнім часом ця взаємодія поступово перейшла в практичну площину у зв'язку з появою відповідних законопроектів.

В Україні відбувається активний процес реформування прокуратури. Дискусія щодо подальших реформаторських кроків у цьому напрямі тривають упродовж всього періоду незалежності України, перетворившись в один безперервний процес. Активну участь в ньому беруть структури Ради Європи, передусім Комісія «За демократію через право» (Венеціанська комісія). Свою точку зору з цього приводу висловили численні учені-юристи, практичні працівники прокуратури.

Йдеться передусім про правовий статус прокуратури як системи державних органів.

Поняття правового статусу можна використовувати у ширшому значенні, враховуючи те, що повноваження цих органів залежать від функцій прокуратури, тобто від напрямів її правоохоронної діяльності. Функції, на відміну від повноважень, є більш сталими елементами правового статусу прокуратури, тим більше якщо їх перелік визначено в Основному Законі. Що ж стосується повноважень, то їх можна встановлювати і переглядати в ординарних законах, у даному разі — в Законі України «Про прокуратуру».

Отже, правовий статус прокуратури дістає і діставатиме відображення саме у Конституції України. При цьому винятково принциповий характер має вирішення питання: чи залишити у недоторканності перелік функцій, що міс-



титься у чинній Конституції, чи переглянути його. Ніхто не ставить питання про розширення цього переліку, а суперечки точаться здебільшого з приводу пропозицій урізати зазначений перелік шляхом позбавлення прокуратури права здійснення нагляду за додержанням прав і свобод людини і громадянина та за додержанням законів з цих питань органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування (п. 5 ст. 121) та нагляду за додержанням і застосуванням законів (п. 9 Перехідних положень Конституції України).

Не є секретом, що на такому радикальному кроці наполягають передусім структури та експерти Ради Європи [2, 3]. Натомість переважна більшість науковців і практичних працівників органів прокуратури вважають такий крок згубним для справи забезпечення правопорядку в Україні [4, 5, 6].

Слід зауважити, що не лише прокуратура, а й усі органи, що здійснюють функції державної та самоврядної влади, тією чи іншою мірою зобов'язані здійснювати захист прав і свобод. Що ж стосується прокуратури, то такий захист здійснюється при реалізації усіх її конституційних функцій. Здійснення ж функцій, передбаченої п. 5 ст. 121 Конституції України, має своїм завданням передусім захист прав і свобод від сваволі органів виконавчої влади й місцевого самоврядування та їх представників, діяльність яких у сучасних умовах аж ніяк не є зразком законослухняності. А порушення людських прав з їхнього боку набуло нечуваного поширення. Чи не з цієї причини прокуратура, наприклад, змушена в масовому порядку опротестовувати рішення органів влади із земельних питань, притягуючи урядовців до різних видів юридичної відповідальності, і не лише за це. Захист прокуратурою прав і свобод при здійсненні представництва у суді поєднується з використанням наглядових заходів реагування.

Принципи права — це такі відправні ідеї й положення, які виражають найважливіші закономірності і підвалини даного типу держави і права, є однопорядковими із сутністю права і становлять його головні риси, відрізняються універсальністю, вищою імперативністю і загальною значимістю, відповідають об'єктивній необхідності побудови і зміцнення певного суспільного ладу [7].

Безумовно, принципи права — це неоднозначне явище, до дослідження якого можна підходити з різних боків. П. М. Рабінович, О. В. Смирнов, О. Ф. Скакун зазначають, що принципи — це категорія об'єктивна [8], С. С. Алексеев, О. А. Лукашева, Р. З. Лівшиц, В. І. Нікітинський вважають, що принципи є сферою правосвідомості, правової ідеології і науки [9], В. І. Прокопенко визначає принципи як основні суб'єктивні права й обов'язки [10].

Протиріччя у визначенні поняття принципів права намагався усунути А. М. Колодій у своїй фундаментальній праці «Принципи права». Автор зазначає, що принципи права — це такі відправні ідеї існування права, які виражають найважливіші закономірності і підвалини даного типу держави і права, є однопорядковими із сутністю права [11].

З урахуванням того, що принципи — це ті ж норми, але більш загального характеру, у конституціях деяких країн використовується виключно категорія «загальновизнані норми міжнародного права» (ФРН, Греція, Іспанія, Італія). У Конституції Російської Федерації згадується лише про загальновизнані норми

міжнародного права (ст. 63, 67). Виходячи із цього, можна зробити висновок, що законодавець ці правові категорії розмежовує, ставлячи перед правовою доктриною проблему диференціації «принципів» і «норм» права й особливостей їх правозастосування [12, 13].

Будь-яка система, зокрема і система принципів організації та діяльності органів прокуратури, має свою внутрішню структуру, елементами якої є окремо визначені принципи. Тому й системний підхід завжди потрібно вважати структурним. За його допомогою є змога на якісно іншому рівні вирішити багато складних завдань як у сфері правознавства в цілому, так і в окремих галузях юридичної діяльності, до якої належить і діяльність органів прокуратури, що організовується та функціонує, зважаючи на певні принципи.

У науці ж поняття «система» розглядається як складне й багатогранне. Достатньо сказати, що В. Садовський ще 1974 року нарахував близько сорока його визначень [14]. А наука, як відомо, на місці не стоїть, змінюються, уточнюються відповідні поняття та категорії.

У філософському аспекті система — це специфічно виділені із оточуючої дійсності цілісні множини елементів, об'єднаних між собою сукупністю внутрішніх зв'язків або відносин. Соціальні системи, якою і є система принципів організації та діяльності прокуратури, завжди цілісні, а не сумативні, не є простою сумою, конгломератом, сумішшю чогось. Щодо цієї тези доцільно навести слова відомого класика про те, що саме існування міста як такого відрізняється від простої множинності окремих будинків. Тут ціле — не просто сума своїх частин. Це свого роду організм [15]. Множинність об'єктів можна визнати системою лише тоді, коли існують між ними системоутворюючі зв'язки, що надають системі цілісності та нових якостей і властивостей. Таким чином, образно можна сказати, що цегла, яка звалена самоскидом на одну купу, не є системою. А якщо ця цегла складена певним чином, то вона може бути елементом, скажімо, якоїсь будівельної системи, із яких створюються будинки та інші будівлі, інтеграція яких може дати поняття «місто», під яким розуміється населений пункт, адміністративно-політичний, соціально-економічний та історико-культурний центр відповідної території, що має розвинуту мережу промислових підприємств та об'єктів соціальної інфраструктури [16], тобто сукупність взаємопов'язаних систем. Бачимо, що система сама по собі не існує, вона пов'язана з іншими системами, може бути елементом більш складних систем тощо.

Усім зазначеним вимогам відповідає і система принципів організації та діяльності прокуратури України.

Виходячи із сучасного механізму правового регулювання організації та діяльності єдиної конституційної системи прокуратури України та відповідних документальних актів, можна зупинитися на тих принципах, що й становитимуть певну систему. Це, зокрема, принципи єдності, централізації прокуратури, єдиноначальності, законності, незалежності, гласності, поєднання інтересів людини та держави, невідворотності відповідальності та профілактики правопорушень. Вважаємо, що названі принципи, їх система мають знайти своє законодавче закріплення.

Кожний із названих принципів має свою суть, значення та характеристику. Зупинімося на принципі гласності, який виходить за межі організації та діяльності прокуратури і є, наприклад, основною конституційною засадою судочинства (ст. 129 Конституції України).

Стосовно прокуратури принцип гласності має нормативну основу. В Законі України «Про прокуратуру» (ст. 6) записано, що органи прокуратури діють гласно, інформують державні органи влади, громадськість про стан законності та заходи щодо її зміцнення.

Визначається, що принцип гласності виступає одночасно у трьох аспектах: як принцип організації та діяльності публічної влади, як принцип взаємовідносин між державою і громадянським суспільством, а також як прояв демократизму правового статусу особи та має атрибутивний характер [17]. Окрім того, гласність пов'язана з плюралізмом думок і є ознакою правової держави.

У вітчизняній історії засади гласності беруть свій початок від «громадоуправства» стародавніх слов'ян, які через традиції довічного правління перейшли в епоху Козацької Республіки і, збагатившись демократичним досвідом західноєвропейських держав, перманентно були присутні у політичній свідомості українського народу як національна альтернатива абсолютистському ладові могутніх сусідів — Польщі та Росії.

З входженням українських земель до складу Росії централізацією влади були обмежені й козацькі вольності, в тому числі й гласність у суспільному житті, яку жорстко контролювала цензура. Лише протягом короткого періоду за часів великих реформ імператора Олександра II було допущено певне послаблення, поширення ліберально-демократичних ідей, впровадження гласності в суспільно-політичне життя Росії, що відбилося в судовій та земській реформах. Лише з поваленням самодержавства в 1917 році виникла можливість для широкої гласності на шляху демократизації суспільства, про що проголошувалось на партійних з'їздах, конференціях, зборах. Але «партійна гласність» не набула загальнодержавного значення на терені монопольного панування більшовицької партії з її традиційною конспіративністю та суворою партійною дисципліною. Особливо це стосувалось репресивних органів, які працювали «за сімома замками», де панував культ секретності, ізольованості та підозри. Тому розбудову правових демократичних засад, зокрема гласність у суверенній Україні, довелося починати з «чистого аркуша», а плюралізм думок, власне гласність набули значення самостійної ознаки правової держави, яку проголосила Конституція України (ст. 1) [18]. Саме ці ознаки займають центральне місце у правовому регулюванні інформаційних відносин.

Міжнародні акти (Загальна декларація прав людини 1948 року, Конвенція про захист прав та основних свобод людини 1950 року) вимагають відкритості та доступності для громадян відповідної інформації, не виключаючи діяльність державних органів, зокрема й прокуратури.

З метою переведення гласності з політико-ідеологічної в прагматично-організаційну площину пропонується прийняти Закон «Про відкритість пу-

блічної влади», в якому були б урегульовані всі аспекти інформаційних відносин у сфері здійснення публічної влади.

Інформація, яку поширює прокуратура, за своєю суттю належить до правової, тобто є сукупністю публічно оголошених відомостей про право, його систему, джерела, реалізацію, юридичні факти, правовідносини, правопорядок, правопорушення та боротьбу з ними, їх профілактику тощо [19].

Така спрямованість реалізації принципу гласності називається зовнішньою. Гласність внутрішня пов'язана з правовідносинами органів прокуратури, що виникають з особами, залученими до службової діяльності прокуратури. Це можуть бути особи, що є учасниками досудового слідства, суб'єкти в сфері наглядової діяльності прокуратури тощо.

Складнощі розуміння реалізації принципу гласності прокуратурою полягають також і в тому, що, з одного боку, прокуратура в основному про свою діяльність розповідає через засоби масової інформації, додержуючись вимог відповідних законів щодо меж її відкритості, а з другого — зобов'язана виконувати свої конституційні функції, не допускати розголошення іншими особами таємниці, що охороняється законом. Отже, поєднуються наглядові обов'язки прокуратури з власне діяльністю її органів щодо реалізації принципу гласності.

Так, у ст. 8 Закону «Про державну таємницю» дається перелік інформації, що може бути таємницею; у ст. 60 Закону «Про банки і банківську діяльність» до банківської таємниці відносять: відомості про стан рахунків клієнтів; фінансово-економічний стан клієнтів; коди, що використовуються банками для захисту інформації, тощо; згідно зі ст. 30 Закону «Про підприємства в Україні» комерційну таємницю, порядок її захисту визначає керівник підприємства, але це стосується лише відомостей, що не є державною таємницею; у ст.ст. 39–40 Основ законодавства України про охорону здоров'я дається перелік медичної конфіденційної інформації, що захищається законом; в ст. 6 Закону України «Про психіатричну допомогу» говориться про збереження і дотримання умов, що гарантують конфіденційність, відомостей про стан психічного здоров'я особи та надання їй психіатричної допомоги. Діють й інші акти, які обмежують перелік відомостей, що можуть бути оприлюднені [20].

Таким чином, принцип гласності, зокрема і щодо прокуратури, має свої відповідні межі. Значну роль в реалізації принципу гласності в прокуратурі відіграє прес-центр Генеральної прокуратури України.

Так, глобалізація суттєво системно впливає на характер діяльності та реформування принципів діяльності органів прокуратури. У цьому зв'язку зазначимо, що характерною рисою реформування діяльності органів прокуратури є ліквідація функції прокуратури нагляду за додержанням і застосуванням законів, прав і свобод громадян. Це стосується проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України», де є єдина стаття, що стосується прокуратури (ст. 145). Особливу увагу набуває п. 12 Перехідних положень законопроекту, де прокуратура України продовжуватиме здійснювати нагляд за додержанням прав і свобод людини та громадянина, додержанням законів з

цих питань до призначення на посади глав державних адміністрацій, а також функцію попереднього слідства — до сформування системи досудового слідства, але не довше, ніж один рік [21]. Отже, з цього можна зробити висновок, що виникла ідея покласти цю прокурорську функцію на державні адміністрації визнано за необхідне реалізувати на практиці. Також органи виконавчої влади здійснюватимуть контроль за додержанням законів у своїй власній діяльності замість належного наглядового органу, яким є прокуратура, і це означатиме відсутність такого контролю [22].

### Література

1. Волошин Ю. О. Конституційно-правове забезпечення європейської міждержавної інтеграції: теоретико-методологічні аспекти : монографія / за ред. М. О. Баймуратова / Ю. О. Волошин. — К. : Логос, 2010. — 428 с.
2. Остаточний текст Резолюції Парламентської Асамблеї ПАРЄ від 27 вересня 2001 року щодо дотримання обов'язків і зобов'язань Україною від 27 вересня 2001 року // Голос України. — 2001. — 13 жовтня.
3. Шемшученко Ю. Прокуратура України: шляхи реформування: в аспекті входження у європейський правовий простір / Ю. Шемшученко, Г. Мурашин // Вісник Академії прокуратури України.
4. Руденко М. Правозахисна діяльність прокуратури: деякі теоретичні та практичні аспекти / М. Руденко // Вісник Академії прокуратури України. — 2006. — № 2. — С. 7.
5. Долежан В. В. Конституційні аспекти удосконалення прокурорської системи України / В. В. Долежан // Стратегічні пріоритети. — 2008. — № 2. — С. 121.
6. Висновок на проект Закону України про внесення змін до Конституції стосовно прокуратури. Ухвалено комісією «За демократію через право» 17 жовтня 2006 року. — Страсбург, 2006.
7. Колодій А. М. Принципи права / А. М. Колодій. — К. : Юрінком Інтер, 1998. — 208 с.
8. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права і держави: Навч. посіб. — К.: ІСДО, 2008. — 224 с.
9. Лившиц Р. З. Теория права : учебник / Р. З. Лившиц. — М. : БЕК, 1994. — 224 с.
10. Прокопенко В. И. Основные принципы трудового права / В. И. Прокопенко. — К. : Наук. думка, 1969. — 176 с.
11. Афанасьева Л. В. Международное частное право: современные проблемы : в 2-х кн. Кн. 2 / Афанасьева Л. А., Бабаев М. Х., Богуславский М. М., Воробьева О. В., и др. ; отв. ред.: М. М. Богуславский. — М. : Наука, 1993. — 321 с.
12. Кузнецова О. А. Нормы-принципы российского гражданского права / О. А. Кузнецова. — М. : Спарк, 2006. — 325 с.
13. Кузнецова О. А. Соотношение понятий общепризнанные «принципы» и «нормы» международного права / О. А. Кузнецова // Международное публичное и частное право. — 2009. — № 3. — С. 2-3.
14. Садовский В. Я. Основы общей теории систем. — М.: 1974. — С. 92-102.
15. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. — Т. 46, ч. 1. — С. 470.
16. Куйбіда В. С. Конституційно-правові основи самоврядування в містах обласного значення. Автореф. — Харків, 2001. — С. 5, 10.
17. Серьогін В. О. Конституційний принцип гласності у діяльності органів державної влади в Україні. Автореф. — Харків, 1999. — С. 10.
18. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996.
19. Черв'якова О. Забезпечення принципу гласності в діяльності прокуратури // Вісник прокуратури. — 2001. — № 2. — С. 90.
20. Селіванов А. Конституційна реформа не може оминати прокуратуру / А. Селіванов // Вісник прокуратури. — 2003. — № 8. — С. 12.

21. Руденко М. Правозахисна діяльність прокуратури: деякі теоретичні та практичні аспекти / М. Руденко // Вісник Академії прокуратури України. — 2006. — № 2. — С. 7.
22. Марочкін І. Проблеми реформування прокуратури України / І. Марочкін // Вісник прокуратури. — 2008. — № 9. — С. 41.

### Анотація

**Загородній В. Є. Реформування прокуратури України в умовах глобалізації: основні принципи функціонування. — Стаття.**

В сучасних умовах розвитку нашої держави відбуваються процеси глобалізації, які впливають на всі сфери суспільного життя. Реформування органів прокуратури сприяє виникненню нових завдань щодо удосконалення діяльності органів прокуратури. Ці процеси впливають на зміну законодавства у цій сфері та більш досконале вивчення принципів діяльності органів прокуратури.

**Ключові слова:** прокуратура, глобалізація, принципи права, принцип гласності, реформування прокуратури.

### Аннотация

**Загородний В. Е. Реформирование прокуратуры Украины в условиях глобализации: основные принципы функционирования. — Статья.**

В современных условиях развития нашего государства происходят процессы глобализации, которые влияют на все сферы общественной жизни. Реформирование органов прокуратуры способствует возникновению новых задач по совершенствованию деятельности органов прокуратуры. Эти процессы влияют на изменение законодательства в этой сфере и более совершенное изучение принципов деятельности органов прокуратуры.

**Ключевые слова:** прокуратура, глобализация, принципы права, принцип гласности, реформирование прокуратуры.

### Summary

**Zagorodnyi V. E. Reforming of the Procuracy of Ukraine in the context of globalization: the basic principles of operation. — Article.**

In the present conditions of our country there are processes of globalization that affect all spheres of public life. Reforming the bodies promotes the emergence of new challenges to improve the work of the prosecution. These processes affect the change in legislation in this area and more sophisticated study of the principles of the prosecution.

**Keywords:** prosecutor, globalization, principles of law, the principle of transparency, reforming the prosecution.

УДК 342.736:347.963

**І. С. Ковальчук**

## МІСЦЕ ПРОКУРАТУРИ У СИСТЕМІ РОЗГЛЯДУ ЗВЕРНЕНЬ ГРОМАДЯН

**Постановка проблеми.** Звернення людей до органів влади з питань, які вони вважають важливими для себе і для суспільства, мало місце з найперших етапів розвитку цивілізації. У сучасному суспільстві воно набуло певних організаційних форм і врегульовано в законодавстві.

Відповідно до статті 13 Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод «кожний, чий права і свободи, визнані у цій Конвенції, порушені, має право на ефективний засіб правового захисту у державному органі, навіть якщо це порушення було вчинено особами, які діяли в офіційній якості». На підставі статті 40 Конституції України «усі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, що зобов'язані розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк».

Це положення Основного Закону дістало відображення у Законі України «Про звернення громадян» від 2 жовтня 1996 року [1], який, за деякими винятками, поширюється на діяльність усіх державних органів і органів місцевого самоврядування.

Діяльність органів прокуратури у цій сфері врегульована у статті 12 чинного Закону України «Про прокуратуру» [2], положеннями процесуальних кодексів, іншими актами законодавства, а також наказами Генерального прокурора України. Чинний Наказ Генпрокурора № 9-гн «Про організацію роботи з нагляду і вирішення звернень та особистого прийому в органах прокуратури України» і затверджена ним Інструкція «Про порядок розгляду і вирішення звернень та особистого прийому громадян в органах прокуратури» додатково вирішили деякі організаційні питання провадження по зверненнях [3].

**Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми.** Питання діяльності органів і посадових осіб прокуратури по розгляду звернень громадян були предметом уваги науковців-юристів як у радянські часи, так і в незалежній Україні, і розглядалися у працях Т. Бикової, Т. Бочкової, В. Долежана, І. Європіної, С. Кенжаєва, А. Кононова, Л. Мєградзе, В. Нагребельного, О. Черв'якової, Є. Шевченка та інших авторів. Проте теоретичні і практичні проблеми роботи зі зверненнями у прокуратурі застосовують на даліше поглиблене вивчення. Це стало особливо актуальним в умовах, коли відповідно до Закону України від 8 грудня 2004 року до чинної Конституції (стаття 121) було включено пункт п'ятий, яким покладено на органи прокуратури нагляд за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержанням законів з цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами.

**Мета дослідження.** З огляду на це автор поставила за мету дослідити теоретичне і практичне значення завдань і меж компетенції прокуратури з розгляду звернень та внести пропозиції щодо вдосконалення законодавства і практики його застосування.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** У загальних рисах ці завдання визначені у преамбулі Закону про звернення громадян: забезпечення громадянам України можливості для участі в управлінні державними і громадськими справами, їх впливу на поліпшення роботи органів державної влади і місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій незалежно від форм

власності, для відстоювання своїх прав і законних інтересів та відновлення їх у разі порушення.

Отже, ключовим завданням прокуратури у цій сфері є саме правозахист. Як відзначив А. Кононов, «...створення прокуратури викликало у громадян надію знайти в цьому органі захист, головним чином, від сваволі місцевих властей. Очевидно, що суд не забезпечував названий захист повною мірою, оскільки підсудність обмежувалася лише вузьким колом питань, що торкалися прав громадян. Наприклад, спори у сфері адміністративного права практично не охоплювалися судовим захистом. Ідея створення адміністративної юстиції, що виникла у ті часи (20-ті роки XX сторіччя), так і не була реалізована» [4, с. 43]. Проте і в сучасних умовах, коли можливості судової системи у сфері правозахисту стали незрівнянно більшими, роль прокуратури як правозахисного органу аж ніяк не зменшилася. Про це свідчить те, що понад півмільйона громадян щороку звертаються до прокуратури з тих чи інших питань.

Другим важливим завданням прокуратури по розгляду звернень, як впливає з преамбули названого Закону, є забезпечення громадянам можливості для участі в управлінні державними і громадськими справами. Це зовсім не означає, що прокуратура може втручатися у вирішення чисто управлінських питань з точки зору господарської чи іншої доцільності. Потрібно мати на увазі, що громадяни звертаються до прокуратури не лише з приводу порушень своїх суб'єктивних прав шляхом подачі скарг, але й захисту державних і суспільних інтересів. Під цими інтересами слід розуміти зацікавленість авторів звернень у вжитті прокуратурою заходів щодо запобігання злочинам, їх викриття і притягнення порушників закону до кримінальної та іншої юридичної відповідальності.

У поданні таких звернень (як індивідуальних, так і колективних) проявляється підвищений рівень правосвідомості частини громадян, які дотримуються активної життєвої позиції у вирішенні проблем, які зачіпають інтереси всього суспільства.

Щодо обох з названих завдань слід підкреслити, що скарги і заяви громадян, які надходять до прокуратури, можна розглядати не лише як юридичні факти, що є приводами для прокурорського втручання, але й важливе джерело інформації про стан законності. Ця інформація використовується прокуратурою для планування наглядових та інших заходів у межах реалізації прокуратурою її конституційних функцій.

Компетенція прокуратури по розгляду звернень громадян є досить широкою, що обумовлюється характером функцій і повноважень.

Це обумовлено тим, що відповідно до пункту 9 Перехідних положень Конституції України прокуратура продовжує виконувати функцію нагляду за додержанням і застосуванням законів. Цей нагляд здійснюється не в рамках окремих правових сфер, а щодо усього масиву законодавства. Інакше кажучи, прокуратура вправі втручатися у всіх випадках, коли йдеться про порушення Конституції і законів України, в тому числі і за зверненнями громадян, які можуть бути приводами для проведення перевірок виконання законів (частина 2 статті 19 Закону України «Про прокуратуру»).



До провадження прокуратури беруться заяви та інші повідомлення про вчинені або підготовлювані злочини (ст. 97 КПК), з приводу неправомірних дій чи бездіяльності працівників прокуратури, на процесуальні рішення та дії представників органів дізнання і досудового слідства; на порушення закону з боку органів і посадових осіб, які виконують судові рішення у кримінальних справах і застосовують інші заходи примусового характеру, пов'язані з обмеженням особистої свободи громадян [5, с. 40].

Відповідно до частини 1 статті 12 Закону про прокуратуру у первинній редакції «прокурор розглядає заяви і скарги про порушення прав громадян і юридичних осіб у справах, не підвідомчих суду та не віднесених до компетенції інших органів». Нова редакція цієї норми у відповідності з Законом України від 26 листопада 1993 року передбачає, що прокурор «...розглядає заяви і скарги про порушення прав громадян та юридичних осіб, крім скарг, розгляд яких належить до компетенції суду».

Думається, що зміст зазначеної норми можна до кінця зрозуміти у співвідношенні з іншими нормами.

Слід мати на увазі, що не лише прокуратура, а й інші органи держави в межах своєї компетенції можуть вирішувати звернення громадян з приводу порушень законності. При цьому прокуратура не підміняє інші органи, зокрема тих, які здійснюють відомчий і позавідомчий контроль. Тому цілком природно, що значна частина звернень, що надходить до прокуратури, надсилається для розгляду до інших компетентних органів. Це значною мірою обумовлюється обмеженими організаційними і кадровими можливостями прокуратури [6, с. 55]. Але у будь-якому разі питання про те, чи є підстави для того, щоб взяти те чи інше звернення до провадження прокуратури, треба віднести на розсуд прокурора.

Інше питання, що впливає зі змісту частини першої статті 12 Закону про прокуратуру як у попередній, так і в сучасній редакції, полягає ось у чому: чи може прокуратура брати до провадження звернення, розгляд яких віднесено до компетенції суду?

При пошуку відповіді на нього треба враховувати, що відповідно до частини 2 статті 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Отже, практично не залишається звернень, які б не могли стати предметом судового розгляду. Але насправді прокурори їх розглядають і вирішують. Проте навряд чи можна стверджувати, що вони при цьому виходять за межі своєї компетенції, оскільки використовують не повноваження суду, тобто не здійснюють правосуддя, а власні конституційні повноваження, визначені законом. Тим самим громадянам надається альтернативний шлях захисту своїх прав і при цьому немає посягань на незалежність суду і на його прерогативи.

Крім того, розглянути і вирішити скарги, які мають стати предметом судового розгляду, прокурор може і в порядку представництва прокуратурою інтересів громадян і держави у випадках, визначених законом (стаття 35–1 Закону про прокуратуру), звернувшись з позовом до суду.

Потрібно звернути увагу і на невідповідне обмеження компетенції прокурора у цій сфері лише розглядом звернень про порушення прав громадян і юридичних осіб. Значна частина звернень спрямована на захист інтересів держави так, як це розуміють їх автори.

**Висновки.** Таким чином, відповідну норму в майбутньому Законі України «Про прокуратуру» доцільно викласти у такій редакції:

**«Прокурор розглядає звернення громадян і юридичних осіб у межах визначеної законом компетенції».**

Відповідно у Законі України «Про звернення громадян» необхідно передбачити поширення його дії також на звернення юридичних осіб.

Частина 2 статті 12 Закону України «Про прокуратуру» містить положення, відповідно до якого прокурор здійснює нагляд за додержанням вимог законодавства щодо порядку розгляду скарг всіма органами, підприємствами, установами, організаціями та посадовими особами. Оскільки ця діяльність прокуратури охоплюється функцією, передбаченою у пункті п'ятому статті 121 Конституції України, зазначену норму потрібно у майбутньому Законі про прокуратуру перенести до розділу «Прокурорський нагляд».

### Література

1. Про звернення громадян: Закон України від 2 жовтня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 47. — Ст. 256.
2. Про прокуратуру: Закон України від 5 листопада 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 49. — Ст. 793.
3. Про організацію роботи з розгляду і вирішення звернень та особистого прийому в органах прокуратури України: Наказ Генерального прокурора України № 9гн від 21.06.2011 року // Офіційний інтернет-портал Генеральної прокуратури України [Електронний ресурс] — Режим доступу до сайту: [http://www.gp.gov.ua/ua/file\\_downloader.html?\\_m=fslib&\\_t=fsfile&\\_c=download&file\\_id=151878](http://www.gp.gov.ua/ua/file_downloader.html?_m=fslib&_t=fsfile&_c=download&file_id=151878)
4. Кононов А. Л. Из истории надзора за соблюдением прав и законных интересов граждан. Двадцатые годы / А. Л. Кононов // Советская прокуратура. Очерки истории. — М.: 1993. — С. 42–52.
5. Закон України про прокуратуру. Науково-практичний коментар. — Харків: Ріта. — 1993. — 176 с.
6. Долежан В. В. Актуальні проблеми роботи зі зверненнями громадян в органах прокуратури / В. В. Долежан // Вісник Академії прокуратури України. — 2006. — № 2. — С. 53–58.

### Анотація

**Ковальчук І. С.** Місце прокуратури у системі розгляду звернень громадян. — Стаття.

Стаття присвячена визначенню завдань і компетенції прокуратури з розгляду звернень. Автором обґрунтовується необхідність вдосконалення законодавства про прокуратуру, а саме запропоновано зміни та доповнення до Законів України «Про звернення громадян» і «Про прокуратуру» в частині розгляду і вирішення звернень громадян.

**Ключові слова:** звернення, заява, скарга, компетенція прокуратури з розгляду звернень.

### Аннотация

**Ковальчук И. С.** Место прокуратуры в системе рассмотрения обращений граждан. — Статья.

Статья посвящена определению задач и компетенции прокуратуры по рассмотрению обращений. Автором обосновывается необходимость усовершенствования законодательства о прокуратуре.

ре, а именно предложены изменения и дополнение к Законам Украины «Об обращении граждан» и «О прокуратуре» в части рассмотрения и решения обращений граждан.

*Ключевые слова:* обращение, заявление, жалоба, компетенция по рассмотрению обращений.

### Summary

**Kovalchuk I. S. A place of the Office of Public Prosecutor is in the system of consideration of recourse of citizens. — Article.**

The article is devoted to the Office of Public tasks and competence of the prosecution to consider recourse of citizens. The author grounds the necessity of improvement of legislation about the Office of Public Prosecutor, proposes some changes and adding to the Laws of Ukraine «About of recourse citizens» and «About the Office of Public Prosecutor» in part of consideration and decision of appeals of citizens.

*Keywords:* recourse, statement, complaint, consideration of appeals, competence of the prosecution to consider recourse.

УДК 347(477).001.11

Є. О. Харитонов

### ДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ЗМІСТУ ПОНЯТТЯ «ЦИВІЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ»

Однією із важливих категорій сфери цивільного права є термін-поняття «цивільне законодавство», характеристиці змісту якого присвячена глава перша «Цивільне законодавство України» розділу першого «Основні положення» книги першої «Загальні положення» ЦК України (назви відповідних глави, розділу і книги Цивільного кодексу тут наведені не випадково, а саме для того, щоб підкреслити значення, яке надається у концепції ЦК України врегулюванню відповідних положень).

Разом із тим ЦК України не містить визначення поняття цивільного законодавства, що створює істотні незручності практичного характеру. Проілюструємо їх хоча б таким прикладом. Не пропонуючи, як зазначалося, загального визначення поняття цивільного законодавства, глава перша Цивільного кодексу, разом із тим, містить низку положень щодо окремих форм правового регулювання цивільних відносин та співвідношення останніх одне з одним: актів цивільного законодавства, договорів, міжнародних договорів, звичаїв тощо. У зв'язку з цим виникає питання: чи категорія «цивільне законодавство» вичерпується тільки поняттям «акти цивільного законодавства», чи до неї можуть бути віднесені також інші форми цивільно-правового регулювання? І якщо вірним є друге припущення, то як тоді має виглядати практичне застосування положень ст. 1 ЦК України стосовно предмету цивільно-правового регулювання?

Варто зазначити, що, попри практичне значення визначення поняття та змісту цивільного законодавства, відповідна проблематика у цілому не була предметом спеціальних досліджень вітчизняних правознавців, внаслідок чого

у цій галузі виникли та продовжують існувати суттєві прогалини у концепції цивільного законодавства України.

Враховуючи викладене, звернемося до загальних засад характеристики категорії законодавства у вітчизняній правовій доктрині.

Вітчизняні правознавці визначають законодавство як систему нормативних актів, якими регулюються суспільні відносини. При цьому зазначається, що в Україні даний термін вживається у кількох значеннях: 1) система законів України; 2) у широкому значенні — система законів та інших нормативних актів, що приймаються Верховною Радою України, — постанови Верховної Ради, Укази Президента України, постанови і декрети Кабінету Міністрів України; 3) у найширшому значенні — система законів і постанов Верховної Ради України, Указів Президента України, постанов, декретів і розпоряджень Кабінету Міністрів України; а також нормативних актів міністерств і відомств, місцевих рад та місцевих державних адміністрацій.

Законами та іншими правовими актами регулюються суспільні відносини в цілому або окремі їх види. Це є підставою для виділення у системі законодавства його окремих галузей — цивільного, адміністративного, кримінального тощо. Цим галузям властиві як спільні для усього законодавства риси, так і певні особливості, обумовлені специфікою предмета й методу правового регулювання.

Законодавство взаємодіє з правом за принципом єдності форми і змісту. Законодавство є зовнішньою формою вираження права. У свою чергу, право впливає на характер і зміст законодавства [1, с. 499].

Існування у практиці нормотворчості та застосування права різних підходів до розуміння терміну «законодавство» відзначив і Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 9 липня 1998 р. у справі за конституційним поданням Київської міської ради профспілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України. При цьому, хоча Конституційний Суд України роз'яснив, що термін «законодавство», котрий міститься у частині третій статті 21 КЗпП України, слід розуміти «широко», включаючи в нього не тільки закони, але й інші відомі нині нормативні акти, однак висловив і своє негативне ставлення до надмірного розширення поняття «законодавство» у галузях, що стосуються забезпечення прав людини [2, с. 272–276].

Слід підкреслити, що наведені визначення поняття законодавства та аналіз можливості вузького чи поширеного вживання цього термін-поняття стосуються його загального, універсального вжитку, передусім, у сфері публічного права, тісно пов'язаного із законотворчістю (нормотворчістю) державних органів. Природно, що під таким кутом зору законодавство фактично розглядається як поняття, тотожне сукупності нормативних актів, прийнятих державними органами.

Варто зазначити, що у вітчизняному правознавстві мали місце спроби розглядати з таких позицій і цивільне законодавство, визначаючи останнє як сукупність нормативних актів, які мають різну юридичну силу [3, с. 886].

Саме по собі наведене визначення виглядає достатньо «пластичним», оскільки під поняття «нормативного акту», з певною мірою умовності, може бути підведена будь-яка юридична дія, що встановлює обов'язкові для необмеженого кола учасників суспільних відносин правила поведінки, дотримання яких забезпечується можливістю застосування державного примусу. Разом із тим з наступної характеристики (розкриття змісту) поняття «цивільного законодавства» випливає, що під ним маються на увазі саме акти цивільного законодавства, оскільки йдеться про нормотворчу діяльність державних органів влади, котрі «можуть видавати акти, які містять норми цивільного права, у випадках і межах, встановлених ЦК України та Конституцією України» [3, с. 887] (мабуть, усе ж таки «Конституцією України та ЦК України»).

Проте придатність такого підходу для характеристики цивільного законодавства викликає сумніви, оскільки, хоча глава перша ЦК України називається «Цивільне законодавство України», однак зміст її не вичерпується характеристикою лише актів цивільного законодавства. Навпаки, як випливає з положень зазначеної глави ЦК України, з актами цивільного законодавства, як видом норм поведінки учасників цивільних відносин, можуть конкурувати і договори (ст. 6 ЦК України), і звичаї (ст. 7 ЦК України), й інші форми цивільного права. Таке бачення методології правотворчості у галузі приватного права виглядає цілком логічним, якщо взяти до уваги ту принципово важливу обставину, що форми права і його принципи зумовлюються середовищем (матеріальним та іншим), котре його оточує [4, с. 42–43].

Поширювальне тлумачення поняття «законодавства» є характерним і для концепції цивільного права України, де цією категорією охоплюються не лише закони і підзаконні акти, але і договори, і звичаї.

На користь такого висновку можна не лише навести аргументи теоретичного характеру, але й згадати таке практично важливе рішення законодавця, відображене у ст. 3 ЦК України, як визначення загальних засад цивільного законодавства. Згідно із положеннями названої норми Цивільного кодексу загальними засадами цивільного законодавства є: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність.

Не зупиняючись тут на характеристиці засад цивільного законодавства та співвідношенні їх з поняттям «засади цивільного права», що є темами самостійних досліджень [5; 6; 7, с. 203–208; 8, с. 7–13], зазначу лише, що з погляду проблематики, яка є предметом дослідження у цій статті, друге зі згаданих понять є основою функціонування цивільного (приватного) обігу взагалі, а отже адресоване усім його учасникам, усьому суспільству, а перше — адресоване лише тим суб'єктам, які можуть бути «творцями» цивільного законодавства. Разом із тим «адресатами» у цьому випадку є не лише органи державної влади, але й учасники цивільних відносин, уповноважені приймати рішення,

обов'язкові для виконання невизначеним колом осіб (відповідні органи управління господарських товариств тощо).

Отже, як випливає з положень глави першої ЦК України, у Кодексі термін «цивільне законодавство» слугує для позначення сукупності усіх формально закріплених норм і правил, що регулюють цивільні відносини, а не лише актів цивільного законодавства.

Інша річ, що першими поміж останніх названі акти цивільного законодавства (ст. 4 ЦК України). При цьому визначення поняття актів цивільного законодавства у згаданій статті Цивільного Кодексу відсутнє, але натомість вона містить орієнтовний перелік таких актів.

Основу усього цивільного законодавства України (так само як і інших галузей національного права) становить Конституція України.

На основі її норм, котрі стосовно цивільного права є закріпленням на конституційному рівні положень природного права, формуються і застосовуються (а стосовно звичаїв — тільки застосовуються, бо вони сформувалися раніше прийняття Конституції) різноманітні форми цивільного законодавства.

ЦК України розрізняє: основу цивільного законодавства України (Конституція України) і акти власне цивільного законодавства як такого.

Але варто звернути увагу на те, що Конституція України не є актом цивільного законодавства у прямому значенні цього поняття, оскільки, як Основний Закон держави, вона становить основу усього законодавства України і містить норми різного галузевого характеру, визначаючи основи не лише цивільного, але й адміністративного, кримінального, процесуального тощо законодавства.

Разом із тим окремі її положення є нормами цивільного права, котрі прямо регулюють цивільні відносини і можуть безпосередньо застосовуватися судами для захисту цивільних прав та інтересів, як передбачених, так і непередбачених у ЦК (постанова Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя»). Зокрема, Конституція України містить низку норм цивільно-правового характеру, які визначають принципи положення регулювання відносин власності (ст.ст. 13, 14, 41), регулювання особистих немайнових відносин (ст.ст. 21, 23, 24, 27, 28) та ін.

Відповідно до ст. 8 Конституції України усі інші закони України, акти Президента України, акти Кабінету Міністрів та інших органів виконавчої влади мають прийматися на основі Конституції України і відповідати її положенням.

Акти цивільного законодавства поділяються на: основний акт — Цивільний кодекс України; інші закони України, які видаються відповідно до Конституції України та Цивільного кодексу; акти Президента України, які він видає на основі та на виконання Конституції і законів України; постанови Кабінету Міністрів, що мають загальнонормативний характер і регулюють цивільні відносини.

Значення такого поділу полягає в тому, що інші акти законодавства не можуть суперечити Кодексу, а при змінах і доповненнях мають узгоджуватися з ним. Але якщо акти Президента, видані у випадках, встановлених Конституці-

єю України, та постанови Кабінету Міністрів у галузі цивільного права у кожному разі є актами цивільного законодавства, то інші органи державної влади можуть видавати нормативно-правові акти, що регулюють цивільні відносини, лише у випадках і в межах, встановлених законом.

Закони, що є актами цивільного законодавства, у залежності від їх значення поділяються на засадничі закони (Конституція України та ЦК України) і звичайні закони. Засадничі закони встановлюють найбільш важливі положення, що стосуються засад цивільно-правового регулювання. Звичайні закони приймаються на базі засадничого і на його розвиток. Вони, як правило, регулюють окремі питання, відіграють службову роль, строк їх існування менш тривалий.

Із того положення, що найбільш важливим засадничим законом у сфері цивільно-правового регулювання, прийнятим на основі і відповідно до Конституції, є Цивільний кодекс України, випливає правило, згідно якому у разі подання суб'єктом права законодавчої ініціативи до Верховної Ради України проекту закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж ЦК, він зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін до Цивільного кодексу України. Поданий законопроект розглядається Верховною Радою України одночасно з відповідним проектом закону про внесення змін до ЦК України.

Крім того, оскільки концепція ЦК України ґрунтується на тому методологічному посиленні, що за своєю сутністю та призначенням він є «кодексом приватного права», тобто провідним актом у системі законодавства, що регулює відносини у приватній сфері [9, с. 17–23], його положення мають застосовуватися не лише до традиційних «суто цивільних» відносин, але й до взаємин суб'єктів споріднених відносин. Так, до регулювання сімейних відносин, при використанні найманої праці, у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля норми ЦК застосовуються субсидіарно, тобто у випадках, якщо дані відносини не врегульовані іншими (спеціальними) актами законодавства.

Дискусійним є питання щодо оцінки договору як форми цивільного законодавства.

Як на мою думу, воно має вирішуватися відповідно до загальних тенденцій підвищення ролі вільного волевиявлення суб'єктів цивільних відносин. Зокрема, має враховуватися та обставина, що Цивільний кодекс розрізняє укладення договорів, взагалі не передбачених актами цивільного законодавства, і договорів, які передбачені такими актами. Що стосується договорів, взагалі не передбачених актами цивільного законодавства, то тут важливим є те, що допускається вчинення будь-якого договору, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. При цьому не має значення, чи згадується взагалі такий договір у законодавстві, чи ні: головне, щоб його положення відповідали засадам цивільного законодавства, зокрема, тим, що вказані у ст. 3 ЦК України.

Отже, якщо договір не згадується у актах цивільного законодавства взагалі, то особи мають право врегулювати свої відносини на власний розсуд. У таких випадках має місце подолання прогалів у законодавстві і договір виступає як форма (джерело) цивільного права. Наприклад, норми права можуть встановлюватися корпоративним договором, яким визначаються правила поведінки

членів відповідної корпорації, а також осіб, котрі вступають з цією корпорацією у цивільні відносини.

Якщо договір згадується у актах законодавства, але регламентований ними недостатньо детально, то сторони можуть врегулювати ті свої відносини, які не врегульовані цими актами. Фактично тут також має місце подолання прогалин у законодавстві, а звідси впливає висновок про те, що окремі умови такого договору можуть створювати норми цивільного права.

Частина 3 ст. 6 ЦК України визначає співвідношення між актами цивільного законодавства і договором. Концепція ЦК України у цій галузі полягає в тому, що «у сфері договірних відносин закон перестає вважатися істиною у останній інстанції» [10, с. 42]. Тим самим допускається конкуренції між актами цивільного законодавства і договором, що знайшло закріплення у положенні зазначеної норми, яка передбачає, що сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на свій розсуд. Отже, особам надається право вибору: використати вже існуючі норми законодавства для регламентації своїх стосунків або встановити для себе правила поведінки на свій розсуд.

Разом з тим варто звернути увагу на те, що хоча загальним правилом є право суб'єктів договору відступити від положень актів цивільного законодавства, але з нього існують винятки. До них належать такі ситуації: а) відступ від положення акту цивільного законодавства прямо заборонений таким актом; б) обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту; в) обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства слідує з самої суті відносин між сторонами (наприклад, у договорі дарування не можна передбачити плату за подарунок, оскільки дарування за своєю сутністю є безоплатним).

Звичай як форма цивільного права (цивільного законодавства) визнається у більшості правових систем, і насамперед, систем приватного права.

Разом з тим якщо ЦК УРСР 1963 р. містив лише згадку про деякі види звичаїв: «правила соціалістичного співжиття», «моральні принципи суспільства, яке будує комунізм» (ст. 5), то чинний ЦК України дає поняття звичаю, визнаючи його як правило поведінки, котре не встановлене актами цивільного законодавства (хоча і може бути зафіксоване у відповідному документі), але є усталеним у певній сфері цивільних відносин.

У залежності від характеру правового звичаю можна виокремити декілька його видів: міжнародні звичаї; звичаї внутрішньодержавні; звичаї, що ґрунтуються на звичаєвому праві; судовий звичай; звичаї ділового обігу (обороту) та ін. Деякі зі звичаїв фіксуються у відповідному документі (наприклад, звичаї розподілу загальної аварії кодифіковані у Йорк-Антверпенських правилах, а також закріплені у Кодексі торгового мореплавства України; деякі судові звичаї були зафіксовані у постановах Пленуму Верховного Суду України тощо). Але інші звичаї у документах не фіксуються, а мають характер правових аксіом, що звичайно приймаються до уваги учасниками цивільних відносин. Звичай можуть мати характер конкретного правила. Але вони можуть також



бути окреслені у самому загальному вигляді. Наприклад, правило, встановлене частиною 4 ст. 13 ЦК України, передбачає, що при здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися «моральних засад суспільства». Очевидно, що «моральні засади суспільства» є категорією звичаєвого права, якій надана обов'язкова сила нормою закону (ЦК). Разом з тим ця категорія вимагає додаткового тлумачення, а отже потребує з'ясування сукупності конкретних звичаїв, що визначають моральні засади суспільства (положення релігії, яка домінує у даному суспільстві; гуманітарні цінності, прийняті у ньому, тощо).

Частина 2 ст. 7 ЦК України визначає місце звичаїв у системі норм цивільного права, передбачаючи, що звичай, який суперечить актам цивільного законодавства або договору, не застосовується. Але це положення слід тлумачити поширювально, оскільки не може також застосовуватися і звичай, який суперечить моральності суспільства, публічному інтересу тощо. Таким чином, правові звичаї за юридичною силою поступаються і договорам, і актам законодавства, і іншим видам норм цивільного права.

Такий підхід цілком відповідає концепції права у країнах, чиї правові системи належать до центральноєвропейської, східноєвропейської (до неї належить Україна) та романської родин приватного права. Тут, як правило (виняток складає Італія), значення правового звичаю істотно обмежене. Він виконує другорядну роль як джерело права, оскільки історично багато які зі звичаїв вже закріплені у актах законодавства і внаслідок цього можуть бути лише доповненням до них.

Специфічною формою цивільного законодавства є міжнародний договір — угода двох або кількох держав, що містить норми права про встановлення, зміну або припинення прав і обов'язків у відносинах між ними.

Міжнародні договори є частиною національного законодавства. Порядок набрання ними чинності встановлено ст. 20 Закону України «Про міжнародні договори України». З її змісту випливає, що до числа міжнародних договорів, положення яких мають застосовуватися в Україні, належать: договори, ратифіковані Верховною Радою України; договори, затвердження, прийняття або приєднання до яких здійснене на основі рішень Верховної Ради України або Президента України; договори, які набрали чинності з моменту підписання їх Президентом України.

Міжнародні договори, чинні в Україні, мають пріоритет перед національним законодавством. Таке правило відображає загальну тенденцію до гармонізації міжнародних угод та національного законодавства з формуванням у перспективі уніфікованих норм у галузі цивільного права.

Стосовно міжнародних договорів, у яких держави виступають як суб'єкти цивільних відносин, виникає питання: чи мають оцінюватися такі договори як угода суб'єктів цивільного права, чи як акти цивільного законодавства?

Специфічність міжнародного договору як форми цивільного законодавства полягає в тому, що це є угода суб'єктів цивільного права (ст. 6 ЦК України), котра після надання міжнародному договору в Україні у порядку, викладеному вище, чинності стає частиною національного законодавства, а відтак переходить у категорію «акти цивільного законодавства». Разом із тим немає право-

вих перешкод для того, щоб суб'єкти цивільних відносин, котрі виникають у державі, укладаючи угоду, обрали як зразок положення міжнародного договору, який не набрав чинності в Україні. У цьому випадку такий міжнародний договір — фактично стає формою цивільного законодавства, але вже не як акт цивільного законодавства, а як договір суб'єктів цивільного права. З врахуванням цих міркувань можна зробити висновок, що справедливою є оцінка міжнародного договору і як акту цивільного законодавства, і як договору суб'єктів цивільного права.

Практичне значення такого поділу полягає в тому, що у першому випадку положення міжнародного договору як акту цивільного законодавства є обов'язковими для учасників відповідних цивільних відносин у повному обсязі, а у другому — стають обов'язковими для сторін і третіх осіб у тому обсязі, у якому вони включені в договір між ними.

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити висновок, що зміст поняття «цивільне законодавство» не обмежується і не може обмежуватися лише актами цивільного законодавства, а охоплює також інші види норм і загальнообов'язкових правил у цій галузі. Таким чином, цивільне законодавство являє собою усю сукупність формально закріплених норм, які регулюють цивільні відносини. Іншими словами, воно є сукупністю форм вираження нормативної частини цивільного права у об'єктивному сенсі останнього.

### Література

1. Шемшученко Ю. С. Законодавство // Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: «Укр. енцикл.». — Т. 2. — 1999.
2. Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 1997–2001 /Відповід. редакц. канд. юрид. наук П. Б. Євграфов. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — Т. 1.
3. Труба В. Цивільне законодавство //Енциклопедія цивільного права України / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України ; відп. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Ін Юре, 2009.
4. Марченко М. Н. Источники права: учеб. пособие: — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005.
5. Потапова О. А. Принципы гражданского права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук./ 12.00.03. Потапова О. А.; УГУ, — Ульяновск, 2002.
6. Кузнецова Н. С. Поняття та принципи цивільного права // Практика застосування окремих норм Цивільного кодексу України: Практ. посіб. / Кол. авт. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2008.
7. Беребєня Н. В. О природе принципов гражданского права // Россия: тенденции и перспективы развития: Сборник научных статей РАГС, ИНИОН, СЗАГС. Выпуск 5. Часть 1 / под общ. ред. В. К. Егорова, А. С. Горшкова, В. М. Герасимова, М. А. Кашиной — М.: Изд-во РАГС, 2006.
8. Харитонов Є. О. Принципи цивільного права: до постановки проблеми // Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць. Вип. 38. / Редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; Відп. за вип.. Ю. М. Оборотов. — Одеса: Юридична література, 2008.
9. Довгерт А., Підопригора О. Концепція кодифікації приватного (цивільного) права // Українське право. — 1997. — Число 3.
10. Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. — К.: Український центр правничих студій, 2000.

**Анотація**

*Харитонов Є. О.* До проблеми визначення змісту поняття «цивільне законодавство України».

У статті розглядаються проблемні питання визначення поняття «цивільне законодавство України», а також аналізується зміст цього поняття. Обстоюється авторська позиція, що зміст останнього не зводиться лише до актів цивільного законодавства, а охоплює також інші форми цивільного права, як згадувані, так і не згадувані в ЦК України.

*Ключові слова:* законодавство, цивільне законодавство, акти цивільного законодавства, договір, звичай.

**Аннотация**

*Харитонов Е. О.* К проблеме определения содержания понятия «гражданское законодательство Украины».

В статье рассматриваются проблемные вопросы определения понятия «гражданское законодательство Украины», а также анализируется содержание этого понятия. Обосновывается авторская позиция, что содержание последнего не сводится лишь к актам гражданского законодательства, а охватывает также другие формы гражданского права, как упоминавшиеся, так и не упоминавшиеся в ЦК Украины.

*Ключевые слова:* законодательство, гражданское законодательство, акты гражданского законодательства, договор, обычай.

**Summary**

*Kharitonov E. O.* To the problem of definition of the term «civil legislation of Ukraine».

The article deals with the issues of definition of the term «civil legislation of Ukraine». Also it has been analyzed the content of this term. The author substantiates the position that the content of the term «civil legislation of Ukraine» is not only the acts of civil legislation but also it covers other forms of civil law, mentioned and not mentioned in the Civil Code of Ukraine.

*Keywords:* legislation, civil legislation, acts of civil legislation, contract, custom.

УДК 347.77.01

*О. І. Харитонova*

**СПІВВІДНОШЕННЯ КАТЕГОРІЙ «ПРАВОВІДНОСИНИ  
ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ» ТА «РЕГУЛЯТИВНІ,  
ОРГАНІЗАЦІЙНІ, ОХОРОННІ ЦИВІЛЬНІ ПРАВОВІДНОСИНИ»**

У вітчизняній цивілістиці поширеним є поділ правовідносин на регулятивні, організаційні та охоронні. Оскільки правовідносини інтелектуальної власності можуть зазнавати правового впливу різного характеру, є доцільним з'ясування співвідношення зазначених категорій.

Враховуючи ту обставину, що правовідносини інтелектуальної власності, насамперед і переважно, виступають як результат врегулювання цивільних відносин — цивільні правовідносини, котрі, головним чином, є регулятивними, розглянемо спочатку саме їх.

Регулятивні цивільні правовідносини можуть бути визначені як правовий зв'язок між учасниками цивільних відносин, що визнається нормами

цивільного права і призначений забезпечити реалізацію цивільних прав та обов'язків.

Суб'єктами таких цивільних правовідносин є юридично рівні особи та соціально-публічні утворення [1]. Їх об'єктом є відносини між людьми та поведінка людей. Крім того, об'єктами регулятивних цивільних правовідносин є також конкретні блага, визначені законом (глави 12—15 ЦК). У правовідносинах, де головним є цивільне право уповноваженої особи, якому відповідає обов'язок іншої особи або осіб не порушувати це право (юридичний обов'язок пасивного типу), об'єкт правовідносин у багатьох випадках має самостійне значення. Саме щодо нього і «навколо нього» складаються цивільні правовідносини. Загибель об'єкта означає й припинення або трансформацію відповідних цивільних правовідносин. Для таких регулятивних цивільних правовідносин характерним є те, що на первинному рівні вони є загальними, загальний зміст та порядок і межі здійснення яких визначаються безпосередніми приписами закону. «Загальність» таких правовідносин проявляється у тому, що закон безпосередньо визначає особу, яка має права, і не зазначає зобов'язаних осіб, адресуючи загальну вимогу не порушувати права власника «усім і кожному». У цивілістиці такі правовідносини іменують також «абсолютними».

Імперативно визначаючи зміст права власності або іншого речового права та підстави його встановлення, вони разом із тим після свого виникнення набувають рис диспозитивності, оскільки власник здійснює свої права на власний розсуд.

У правовідносинах, де головним є юридичний обов'язок активного характеру, питання про об'єкт, як вже йшлося вище, у багатьох випадках не має самостійного значення.

З розуміння поняття «регулювання» як феномену, що забезпечує функціонування соціальних систем, тобто впорядкування відносин між окремими особами та їхніми об'єднаннями, випливає той висновок, що регулювання системи може здійснюватися двома шляхами: 1) регулювання спеціальним суб'єктом; 2) саморегулювання. Якщо у першому випадку регулювання здійснюється спеціально уповноваженим суб'єктом, що має можливість владного впливу на поведінку інших осіб (держава, органи місцевого самоврядування тощо), то у другому — регулювання відносин учасників відносин здійснюється самими цими учасниками на основі домовленості між ними.

Можливість обрання того чи іншого шляху пов'язана з тим, що цивільно-правовий метод правового регулювання включає як диспозитивні, так і імперативні елементи. Відповідно, залежно від значення (питомої ваги) таких елементів у регулюванні тих чи інших відносин варто розрізняти й відповідні види регулятивних цивільних правовідносин. Якщо регулювання абсолютних відносин (особистих немайнових цивільних прав інтелектуальної власності, зокрема) загалом ґрунтується на застосуванні імперативного методу, то в галузі регулювання майнових цивільних відносин імперативний елемент цивільно-правового методу сполучається з диспозитивним елементом (наприклад, при

регулюванні відносин промислової власності) або взагалі поступається останньому (договірні цивільні відносини у галузі інтелектуальної власності).

З урахуванням цієї обставини регулятивні цивільні правовідносини можна поділити на: 1) ті, що виникають, припиняються, змінюються тощо безпосередньо на підставі припису норм актів цивільного законодавства та прямо вказаних в останніх юридичних фактів, і зміст яких визначається згаданими нормами (імперативні цивільні правовідносини); 2) ті, що виникають на підставі вільного волевиявлення учасників цивільних відносин, втіленого у відповідну правову форму, передбачену законом (диспозитивні правовідносини); 3) ті, що виникають, припиняються, змінюються тощо безпосередньо на підставі припису норм актів законодавства та інших публічних актів, але зміст яких визначається волевиявленням учасників цивільних відносин, у межах, встановлених зазначеними нормами і актами (змішані цивільні правовідносини).

Якщо диспозитивні цивільні правовідносини є результатом і правовою формою саморегулювання цивільних відносин, то імперативні та змішані цивільні правовідносини є результатом і правовою формою публічного управління цивільними відносинами (публічного втручання в галузь приватних відносин).

Разом із тим незалежно від їх різновиду регулятивні цивільні правовідносини є засобом і результатом соціального регулювання. У зв'язку з цим виникає необхідність розмежування регулятивних цивільних правовідносин та регулятивних адміністративно-правових відносин, з якими, власне, і пов'язують виконання управлінських функцій.

Порівнюючи два згаданих види правовідносин, насамперед слід звернути увагу на таку характерну рису, властиву для всіх публічних правовідносин взагалі, як те, що вони є свого роду «первинними» стосовно суспільних (владних) відносин. Правові відносини у галузі публічного права взагалі, а отже і в галузі адміністративного права, що є головним проявом права публічного на рівні національному, виникають, змінюються та припиняються тільки на підставі (за умови наявності) правових норм, що містяться в актах законодавства, котрі безпосередньо породжують правові відносини і реалізуються через них. Між цими явищами (нормою, що встановлена актом адміністративного законодавства, та адміністративно-правовими відносинами) існує причинний зв'язок. Саме у публічних, зокрема адміністративно-правових, відносинах досягається мета правової норми, проявляється її реальна сила та ефективність.

Зазначимо, що суспільні відносини у галузі приватного права за певних умов можуть опосередковуватися іншими (неюридичними) нормами. Тому у цій галузі можлива така ситуація, коли цивільні відносини сторін взагалі не потребують правового втручання. Можна припустити, що саме у зв'язку з цим у остаточній редакції ЦК немає згадки про цивільні «правовідносини» (що відносять до недоліків Цивільного кодексу [2]), а йдеться про «цивільні відносини» (ст.ст. 1—10), «цивільні права та обов'язки» (ст.ст. 11—14) тощо. Очевидно, цим переслідувалася мета підкреслити відносну незалежність існування цивільних (тобто приватноправових) відносин від норм актів цивільного законодавства та державного примусу [3]. Адже до регулювання цивільних від-

носин акти цивільного законодавства, засоби публічного (державного) впливу тощо можуть застосовуватися, а можуть і не застосовуватися, якщо між учасниками таких відносин не виникло спору, або спір, який виник, урегульований за взаємною згодою сторін цих відносин.

Внаслідок складного характеру правовідносин інтелектуальної власності, зокрема, поєднання в них прийомів імперативного та диспозитивного регулювання, регулятивного та охоронних елементів тощо, вони можуть бути як регулятивними, так і організаційними. Але при цьому більш типовими є саме регулятивні правовідносини.

Особливості регулятивних цивільних правовідносин інтелектуальної власності зумовлені тим, що вони є результатом використання комбінованого способу юридичного впливу на учасників відповідних відносин (імперативне визначення підстав виникнення прав інтелектуальної власності та порядку оформлення у необхідних випадках таких прав і диспозитивне визначення можливостей автора щодо використання твору тощо), а також мають об'єктом результати інтелектуальної, творчої діяльності як спеціально виокремлений вид благ цивілізації, що займає окреме місце у системі об'єктів цивільних прав (результати інтелектуальної, творчої діяльності та інші об'єкти права інтелектуальної власності — ст.ст. 177, 199 ЦК України).

Разом із тим об'єктом регулятивних правовідносин інтелектуальної власності можуть бути інші блага, які стають чи можуть стати їхнім «супутнім» об'єктом за певних умов (виконання роботи творчого характеру, надання послуг щодо об'єктів авторського права — ст. 433 ЦК України — тощо).

Торкаючись особливостей правовідносин, пов'язаних із організацією цивільних відносин, варто згадати, що питання визначення співвідношення «майнових» та «організаційних» відносин свого часу були предметом дискусії. У ході цієї дискусії одні науковці обстоювали ту позицію, що організаційні відносини є лише передумовою виникнення майнових відносин, а не власне майновими відносинами [4], інші — заперечували проти того, що організаційні відносини на певних етапах свого розвитку можуть перерости у майнові, доводячи, що вони будуються виключно на засадах «влади і підпорядкування», регулюються нормами адміністративного, фінансового тощо права і не регулюються нормами цивільного права [5].

Хоча зазначена дискусія відбувалася досить давно, однак слід зазначити, що саме модифікована позиція С. М. Братуся, відповідно до якої організаційні відносини регулюються нормами адміністративного та інших, близьких до нього, галузей права, але не правом цивільним, фактично була покладена в основу концепції сучасного вітчизняного господарського законодавства.

Це випливає з того, що згідно частини другої ст. 1 ЦК до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони іншій стороні, цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлене законом. Варто зазначити, що саме ця норма у сукупності з положенням частини другої ст. 9 ЦК, згідно з яким «законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарю-

вання», значною мірою слугує підґрунтям вже сучасної дискусії щодо розмежування сфери дії ЦК та ГК та визначення співвідношення їх дії як загального та спеціального законів.

З урахуванням цих обставин, повертаючись до питання про галузеву належність організаційних відносин, насамперед маємо встановити ознаки та поняття останніх, а потім вже перейти до з'ясування виправданості їхнього віднесення до галузі адміністративного чи цивільного права.

Отже, встановимо, що взагалі мається на увазі під поняттям «організації» та «організованості». Оскільки у цьому випадку власне «організація» для нас не є предметом спеціального дослідження, обмежимося з'ясуванням визначальних, загальноприйнятих рис цього поняття.

Як впливає із визначення поняття «організація», котре міститься у Юридичній енциклопедії [6], категорія «організаційна діяльність» у кожному разі пов'язана із впорядкуванням тієї чи іншої системи, регулюванням її діяльності, тобто з управлінням у широкому значенні цього поняття.

Отже, за своєю суттю організаційні відносини є певною мірою відносинами управлінськими, котрі значною мірою ґрунтуються на підпорядкуванні одного їхнього учасника іншому (субординації) і часто регулюються нормами адміністративного права та інших публічно-правових галузей.

Разом із тим управлінські відносини у широкому значенні слова не виключають існування й таких цивільних правовідносин, які виникають у процесі впорядкування, організації інших цивільних відносин.

До таких цивільних організаційних відносин, зокрема, відносять різноманітні цивільно-правові форми, пов'язані безпосередньо із господарською діяльністю, з корпоративними відносинами, делегуванням повноважень, реалізацією фізичними особами деяких майнових прав тощо [7]. Такі відносини є «організаційними», оскільки, виникаючи на підставі державних нормативних приписів, вони разом із тим самі виконують організуючу, впорядковуючу роль. Такі відносини є «цивільними», оскільки вони мають змістом суспільні зв'язки, спрямовані на впорядкування майнових та інших прав і обов'язків учасників цивільних відносин. Такі відносини стають «цивільно-правовими», оскільки вони врегульовані нормами цивільного законодавства.

При цьому організаційні цивільні правовідносини не є самодостатніми. Вони «обслуговують» інші, основні цивільні правовідносини, виступаючи засобом упорядкування останніх. Зв'язок організаційних цивільних правовідносин з іншими цивільними правовідносинами може мати неоднакове значення і неоднакову конкретну спрямованість залежно від того, про який конкретний етап у розвитку майнових або особистих немайнових цивільних відносин йдеться. При цьому в одних випадках організаційні правовідносини виступають як своєрідна організаційна передумова формування, зміни або припинення того чи іншого цивільно-правового зв'язку суб'єктів, в інших — організаційно-правові відносини є одним з елементів цивільних правовідносин, які вже існують [8].

Специфічними є підстави виникнення організаційних цивільних правовідносин. Хоча у деяких випадках вони виникають на підставі договору або у процесі

його виконання, але більш властивими для їхнього виникнення, зміни або припинення є такі підстави, як публічний акт (акт управління, адміністративний акт тощо). Крім того, це може бути односторонній правочин «ініціативного» учасника цивільних відносин (наприклад, спадкодавця-заповідача, заповіт якого є підставою виникнення певних спадкових правовідносин у майбутньому).

З урахуванням викладеного організаційні цивільні правовідносини можна визначити як специфічні регулятивні цивільні правовідносини, що забезпечують упорядкування інших цивільних відносин шляхом організаційних зусиль суб'єктів цивільних відносин, делегування ними власних прав та обов'язків, формування соціальних утворень, створення інших передумов для виникнення цивільних прав та обов'язків тощо.

Залежно від засобів, за допомогою яких здійснюється регулювання (тобто від співвідношення в них диспозитивних та імперативних елементів) можливим є поділ організаційних цивільних правовідносин на:

1) імперативні організаційні цивільні правовідносини. Характеризуються наявністю елементів державного регулювання (управління). Як правило, одним з учасників таких відносин є владний суб'єкт (державний орган, орган управління тощо). Імперативні організаційні цивільні правовідносини виконують роль передумов виникнення, зміни, припинення інших цивільних правовідносин, а іноді й роль засобу контролю за належною реалізацією цивільних прав та обов'язків (легітимація результатів інтелектуальної, творчої діяльності тощо). Воля учасників цивільних правовідносин має значення лише у межах, визначених актами законодавства. Слід зазначити, що, на перший погляд, наприклад, легітимація результатів інтелектуальної, творчої діяльності за своїм характером є нормами адміністративного права, однак відповідні норми містяться й у цивільному законодавстві, а власне державна реєстрація є елементом процедури виникнення прав інтелектуальної власності на певний об'єкт. Тому беззастережно зараховувати ці відносини до сфери дії адміністративного права є невірним, вони належать до такого виду організаційних цивільних правовідносин, як імперативні організаційні цивільні правовідносини;

2) диспозитивні організаційні цивільні правовідносини. Характеризуються переважанням ініціативи та волі учасників цивільних правовідносин. Є засобами забезпечення реалізації цивільних прав та обов'язків. Виконують роль важеля перерозподілу прав та обов'язків учасників цивільних правовідносин, організації умов для їх більш ефективної реалізації (такі, що делегують права та обов'язки, тощо). Так, хоча для виникнення і здійснення авторських прав не вимагається виконання якихось формальностей, автор може зареєструвати їх у офіційних державних реєстрах у порядку, визначеному Постановою Кабінету Міністрів України «Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір» [9].

Що стосується характеру взаємозв'язку цивільних охоронних правовідносин та цивільних правовідносин інтелектуальної власності, то тут насамперед варто згадати, що в наукових публікаціях з відповідної проблематики йдеться як про «правоохоронні відносини» [10], так і про «охоронні правовідносини» [11] тощо.



З цього приводу варто зазначити, що обидва позначення є цілком прийнятні, проте із тим застереженням, що тут може мати місце погляд на відповідну проблему під різними кутами зору, який певною мірою вплинув на термінологію, яка склалася стосовно дослідження цього правового явища.

Перший з можливих, очевидно, має основою оцінку цього виду відносин як системи зв'язків, що виникають та існують з метою забезпечення реалізації об'єктивного права як суспільного феномену, тобто права як такого. У цьому випадку «правоохоронні відносини», очевидно, можуть розглядатися як окреме правове явище, мета виокремлення якого — це, насамперед, загострення уваги на специфічних властивостях тих галузей права, котрі більшою чи меншою мірою мають «каральну» спрямованість, слугуючи для держави інструментом покарання, виховання та перевиховання громадян. На такому самому підґрунті можуть бути виокремлені «правоохоронні галузі», до яких традиційно відносили кримінальне та адміністративне право.

Такий підхід, значною мірою, був властивий радянській концепції законотворчості, що, зокрема, знаходило відображення у традиційних формулюваннях положень про відповідальність у актах законодавства. Можливо, найбільш яскраво згаданий підхід проявився у тому, що на відміну від Кодексу України про адміністративні правопорушення не існувало кодифікованого акту, котрий був би присвячений «позитивному регулюванню» відносин у цій галузі.

Дослідження проблеми правоохоронних відносин під таким кутом зору було започатковане і стало предметом дискусії на теренах загальної теорії права та галузевих наук після того, як М. Г. Александров обґрунтував точку зору, відповідно до якої порушення правової норми тягне виникнення між правопорушником та компетентним органом держави особливого правоохоронного правового відношення, яке має на меті застосування до порушника певної санкції у випадку підтвердження неправомірності вчиненої дії [12].

Така позиція набула помітної популярності у радянській юридичній літературі, що пояснюється вже згаданими вище поглядами науковців та практиків на призначення правових норм та визнанням доцільності підкреслено чіткого розмежування регулятивних та охоронних правовідносин [13].

Проте деякі науковці ще в радянські часи категорично заперечували проти концепції виникнення та існування особливого охоронного правового відношення при порушенні норм права. Так, С. М. Братусь вважав помилковим такий підхід, підкреслюючи, що юридична відповідальність є невіддільною від первісного матеріально-правового відношення, а отже виникнення нового охоронного правового відношення тут є неможливим [14].

Виправданість зазначеної позиції стає більш очевидною на сучасному етапі розвитку концепції права взагалі і, зокрема, на тлі трансформацій розуміння суті адміністративного права як галузі, що має на меті, насамперед, не виконання охоронних функцій як таких, а є засобом забезпечення управління суспільним процесами за допомогою методів заохочення та державного примусу. При цьому державний примус, який використовує публічна влада, виступає як ознака не особливих, окремих правоохоронних відносин, а є елементом меха-

нізму функціонування регулятивних правовідносин, а власне так звані «правоохоронні відносини» не є самостійним правовим явищем, а являють собою «вимушене продовження регулятивних правовідносин» [15].

Зроблений висновок дає підстави відмовитися від використання категорії «правоохоронних відносин», а, натомість, використовувати термін «охоронні відносини», маючи під ними на увазі ту групу відносин відповідної галузі права, яка забезпечує нормальне функціонування регулятивних правовідносин у цій галузі. (Стосовно предмету нашого розгляду це є цивільно-правові охоронні відносини.)

Така відмова означає не зміну зовнішньої термінології, а підкреслення тієї обставини, що хоча цивільне право в цілому і є галуззю регулятивною, орієнтованою на виникнення цивільних регулятивних правовідносин, але окремі його норми і навіть розділи можуть виступати як юридичні підстави виникнення охоронних правовідносин.

У випадках, коли в позитивному регулюванні відбувається «збій», результатом такої аномалії стає трансформація регулятивних правовідносин у їхнє продовження (різновид) — цивільні охоронні правовідносини.

Розглядати цивільні охоронні правовідносини детально тут немає необхідності, оскільки визначальною категорією цивільного права усе ж таки є регулятивні цивільні правовідносини, які відображають суть цієї галузі, що є за своєю природою регулятивною. Разом із тим, оскільки за певних умов можливе виникнення цивільних охоронних правовідносин або трансформація регулятивних правовідносин у охоронні, доцільно торкнутися суті останніх, їх відмінностей від регулятивних цивільних правовідносин, а також підстав їхнього виникнення (або перетворення перших на другі). Якщо регулятивні цивільні правовідносини є формою втілення норм цивільного законодавства, то охоронні цивільні правовідносини виникають у випадку порушення цивільних прав учасників цивільних відносин, а отже й норм цивільного законодавства. Таким чином, вони виступають як втілення реакції правоможного суб'єкта (в межах норм цивільного законодавства, забезпечених підтримкою публічної влади) на негативну з її точки зору, відображену в правовій нормі поведінку учасника цивільних відносин. Звідси випливає й та визначальна обставина, відповідно до якої підставою виникнення, зміни, припинення тощо регулятивних цивільних правовідносин є, насамперед, правомірна поведінка у формі дій та бездіяльності суб'єктів цивільного права (загальних цивільних правовідносин), котра здійснюється в межах, визначених нормами цивільного права. Натомість у випадках порушення приписів цивільно-правових норм зазначені регулятивні відносини зазнають негативного впливу, через що виникає питання про наслідки його для регулятивних відносин, які дотепер були впорядкованими або мали бути впорядкованими відповідно до мети, поставленої в межах підсистеми приватного права.

Оцінюючи такі наслідки, варто зауважити, що у разі недотримання приписів норми цивільного права відбувається одночасно й порушення об'єктивного (позитивного) права, і порушення цивільного права суб'єктивного. Отже, термін «порушення права» є багатозначним, охоплюючи два пов'язані, але не тотожні

поняття: 1) порушення припису правової норми; 2) порушення суб'єктивного цивільного права учасника цивільних правовідносин. У кожному разі перше та друге поняття пов'язані з недотриманням приписів норми цивільного права (законодавства), якими визначено вимоги до правомірної поведінки учасників цивільних правовідносин. Це і є підставою для кваліфікації вчинених дій як «правопорушення» у його широкому значенні.

Таким чином, охоронні цивільні правовідносини постають як результат, спеціальний правовий наслідок деформації регулятивних цивільних правовідносин, котра не може бути виправлена без застосування такого примусу.

При цьому охоронні цивільні правовідносини як такі, що є наслідком протиправної поведінки суб'єктів регулятивних відносин, можуть бути спрямовані на здійснення юридичної відповідальності або на поновлення порушених прав, на охорону суб'єктивних прав тощо. Залежно від напрямку реалізації засобів публічного впливу охоронні цивільні правовідносини можуть бути такими, що відновлюють порушене суб'єктивне право; такими, що мають метою компенсувати завдану шкоду, тощо. За таким критерієм, як рівень індивідуалізації суб'єктів, вони завжди є відносними (конкретними), що дозволяє додатково характеризувати їх за цією ознакою. Так, на відміну від регулятивних цивільних правовідносин, які можуть бути і конкретними, й абсолютними, тобто такими, де визначена лише одна сторона — носій суб'єктивного права, а всі інші визнаються зобов'язаними (а такої точки зору дотримується, як вже зазначалося, більшість правознавців), у охоронних цивільних правовідносинах завжди точно визначені їхні учасники.

Найголовнішою особливістю будь-якого охоронного правового відношення (у тому числі й цивільного) є можливість примусового правового забезпечення певної поведінки зобов'язаної особи [16]. Саме ця обставина зумовлює можливість захисту прав авторів, право володільців, інших уповноважених учасників правовідносин інтелектуальної власності у випадку порушення їх прав, зокрема, піратства, плагіату тощо.

Однак варто зазначити, що було б неточним вести мову про існування спеціальних охоронних цивільних правовідносин інтелектуальної власності. Правовідносин інтелектуальної власності за своєю сутністю можуть бути лише регулятивними або організаційними цивільними правовідносинами. У випадку порушення прав їхніх учасників виникають охоронні цивільні правовідносини, які не належать власне до сфери права інтелектуальної власності.

### *Література*

1. Суб'єкти цивільного права / За загальною редакцією академіка АПрН України Я. М. Шевченко. — Х.: Харків юридичний, 2009. — 632 с.
2. Жилінкова І. Комплексні цивільні правовідносини: поняття, структура, ознаки / І. Жилінкова // Право України. — 2010. — № 12. — С. 11.
3. Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгєрта. — К.: Український центр правничих студій, 2000. — С. 41.
4. Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права / С. Н. Братусь. — М.: Госюриздат, 1963. — С. 42–43.

5. Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения / О. А. Красавчиков // Советское государство и право. — 1966. — № 10. — С. 50–57.
6. Юридична енциклопедія : в 6 т. / Редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К. : Українська енциклопедія. — Т. 4. — 2002. — С. 294–295.
7. Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Цивільні правовідносини : моногр. / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova. — 2-ге вид., перероб. і доп. — Одеса : Фенікс, 2011. — С. 277.
8. Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения / О. А. Красавчиков // Антология уральской цивилистики. 1925–1989: Сборник статей. — М. : Статут, 2001. — С. 165.
9. Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір: Постанова Кабінету Міністрів України від 27.12.2001 р. № 1756 // Офіційний Вісник України. — 2001. — № 52. — Ст. 2369.
10. Юриста О. Про поняття та основні ознаки правоохоронного відношення / О. Юриста // Право України. — 1997. — № 10. — С. 55–57; Юриста О. Динаміка правоохоронних відносин / О. Юриста // Право України. — 2001. — № 2. — С. 31–34.
11. Ставиский П. Р. Проблемы материальной ответственности в советском трудовом праве / П. Р. Ставиский. — К. — Одесса : Вища школа, 1982. — С. 115–116.
12. Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе / Н. Г. Александров. — М. : Юриздат, 1955. — С. 91–92.
13. Мотовиловкер Е. Я. Теория регулятивного и охранительного права / Е. Я. Мотовиловкер. — Воронеж, 1990.
14. Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность (Очерк теории) / С. Н. Братусь. — М. : Юрид. лит., 1976. — С. 104–105.
15. Малько А. В. Охранительные правоотношения как гарантийная форма личности / А. В. Малько // Вопросы теории охранительных правоотношений. — Ярославль, 1991. — С. 29.
16. Юриста О. Про поняття та основні ознаки правоохоронного відношення / О. Юриста // Право України. — 1997. — № 10. — С. 56.

### Анотація

**О. І. Харитонova.** Співвідношення категорій «правовідносини інтелектуальної власності» та «регулятивні, організаційні, охоронні цивільні правовідносини».

Цивільні правовідносини прийнято поділяти на регулятивні, організаційні та охоронні. Зважаючи на складний характер правовідносин інтелектуальної власності, поєднання в них прийомів імперативного та диспозитивного регулювання, регулятивного та охоронних елементів тощо, вони можуть бути як регулятивними, так і організаційними. Охоронні цивільні правовідносини постають як результат, спеціальний правовий наслідок деформації регулятивних цивільних правовідносин, котра не може бути виправлена без застосування такого примусу. Та мова не може йти про охоронні правовідносини інтелектуальної власності, адже у випадку їх порушення учасниками цих самих правовідносин виникають охоронні цивільні правовідносини, що не належать до сфери права інтелектуальної власності.

**Ключові слова:** правовідносини інтелектуальної власності, регулятивні правовідносини, організаційні правовідносини, охоронні правовідносини.

### Аннотация

**О. И. Харитонova.** Соотношение категорий «правоотношения интеллектуальной собственности» и «регулятивные, организационные, охраняемые гражданские правоотношения».

Гражданские правоотношения принято разделять на регулятивные, организационные и охраняемые. Учитывая сложный характер правоотношений интеллектуальной собственности, сочетание в них приемов императивного и диспозитивного регулирования, регулятивного и охраняемых элементов и тому подобное, они могут быть как регулятивными, так и организационными. Охраняемые гражданские правоотношения появляются как результат, специальное правовое следствие деформации регулятивных гражданских правоотношений, которая не может быть исправлена без применения такого принуждения. Но речь не может идти об охраняемых правоотношениях интел-

лектуальной собственности, ведь в случае их нарушения участниками этих самых правоотношений возникают охранные гражданские правоотношения, которые не принадлежат к сфере права интеллектуальной собственности.

*Ключевые слова:* правоотношения интеллектуальной собственности, регулятивные правоотношения, организационные правоотношения, охранные правоотношения.

### Annotation

*O. I. Kharitonova. The correlation between categories «intellectual property legal relationship» and «regulatory, organizational, protective legal relationships».*

It has commonly been argued that civil legal relationships are divided into regulatory, organizational and protective. Taking into account the complexity of the intellectual property legal relationships, the combination of imperative and dispositive methods of regulation, regulative and protective elements in these relationships they could be both regulatory and protective. Protective civil relationships appear as a result, special legal effect of regulatory civil legal relationship's deformation, which cannot be eliminated without any compulsion. But this does not involve protective legal relationships, because if the participants in the civil legal relations violate these relations, the protective civil legal relationships, which don't belong to the sphere of intellectual property law, appear.

*Keywords:* intellectual legal relationships, regulatory legal relationships, organizational legal relationships, protective legal relationships.

УДК 341.362.1(677)

*Н. А. Зелинская*

### ФЕНОМЕН «СОМАЛИЙСКОГО ПИРАТСТВА»: ЗАМКНУТЫЙ КРУГ ПОЛИТИЧЕСКОГО И ОБЩЕУГОЛОВНОГО НАСИЛИЯ

Международная преступность представляет собой сложное, многоуровневое системное явление, компоненты которого имеют значительную специфику. В ее структуре (со значительной долей условности) можно выделить политическую преступность и неполитическую, или общеуголовную, преступность, оговорив, что они тесно взаимосвязаны и взаимообусловлены [1]. Термин «общеуголовная» или «уголовная преступность» ни в коей мере не предполагает существования некой «неуголовной преступности». Он применяется в самой широкой интерпретации и отражает, в первую очередь, существование различий между политическими и неполитическими видами преступной деятельности, предопределяющих особенности международно-правового реагирования на них.

В то же время, как справедливо подчеркивается в Докладе о мировом развитии за 2011 год, различные формы насилия связаны между собой. «Четверть населения нашей планеты — более 1,5 миллиарда человек — живут в нестабильных и затронутых конфликтами государствах или в странах с очень высоким уровнем преступности и уголовного насилия. Многие существующие сегодня конфликты и проявления насилия невозможно однозначно отнести к категориям войны и мира, либо уголовного и политического насилия...» [2]. «Страны и субнациональные образования, в которых легитимность институтов и система управления особенно слабы, наиболее уязвимы к повторяющимся

циклом насилия и нестабильности и в наименьшей степени способны противодействовать внутренним и внешним факторам стресса. Институциональный потенциал и подотчетность важны для противодействия и политическому, и уголовному насилию, — говорится далее в Докладе. — Беспрецедентный расцвет организованной преступности может привести к коллапсу многих нестабильных государств, если их институты падут жертвой насилия, сопутствующего всем этим явлениям» [3].

В состоянии такого коллапса свыше 20 лет находится Сомали. Уже более 20 лет Сомали не имеет центрального правительства; исполнительная власть фактически поделена между лидерами полуавтономного региона Пунтленд, «независимого государства» Сомалиленд и переходным федеральным правительством Сомали. На протяжении более чем двух десятилетий продолжающегося конфликта и отсутствия государственности с момента падения в 1991 году сомалийского правительства сменяющие друг друга поколения сомалийских лидеров занимают дающей разрушительные результаты политической и экономической деятельностью, которая еще более усугубляет последствия конфликта и перечеркивает усилия по восстановлению в стране мира и безопасности [4].

«Государство Сомали впало в состояние перманентной войны всех со всеми с 1991 года, после падения бывшего ставленника СССР Сиада Барре... С тех пор и по настоящее время на планете Земля существует очень странная, уникальная страна, на значительной части территории которой нет власти, нет порядка, нет законов, нет промышленности, нет образования и медицины, нет ничего, кроме хаоса и безнадежности. Где правит бал физически сильнейший, где автомат Калашникова для многих стал тем же, чем плуг является для крестьянина, а сеть для рыбака, орудием производства, единственным рабочим инструментом, позволяющим добыть пропитание и остаться при этом в живых. Наверное, какие-то институты и организации исследуют Сомали как полигон, как прообраз того, что может произойти, если рухнут власть и порядок», — пишет М. Д. Войтенко — известный журналист и авторитетный эксперт по вопросам морского пиратства [5].

Пиратство, будучи преступлением общеуголовным, оказывается «вплетенным» в систему политической преступности — ее особого вида, который составляют преступления, совершенные в условиях неэффективности государственной власти или ее фактического отсутствия [6]. В этой связи уместно вспомнить замечание Ч. Г. Александровича, который предлагал обратить внимание на то, что в античные времена существенным фактором, который влиял на становление феномена пиратства, была нехватка эффективной власти организованного политического сообщества [7].

Страдания народа Сомали, вызванные отсутствием эффективного государственного контроля над территорией, неспособностью государства обеспечить минимальный уровень социально-экономических благ и безопасности, привели к тотальной криминализации государства и виктимизации его населения. Украинский криминолог В. Н. Дрёмин утверждает: «Преступность стремится к самовоспроизводству, воздействуя на базовые государственные институты.

Криминализация ...предстает как процесс слияния преступного мира и государственных институтов, неспособность государства в лице его институтов выполнять свои функциональные обязанности» [8]. В Сомали этот процесс породил особый феномен — так называемое «сомалийское пиратство».

Пиратство у побережья Сомали (в широком смысле, охватывающем пиратство в строгом смысле слова — в открытом море или в районах за пределами юрисдикции любого государства — и вооруженный разбой на море) приобрело невиданный масштаб и характер глобального явления. Число судов, подвергшихся нападению у берегов Сомали, неуклонно росло с 1991 года. С 2007 года угроза сомалийского пиратства стала носить устойчивый характер. В 2008 году произошло беспрецедентное увеличение (на 11 %) числа актов пиратства или вооруженного разбоя в отношении судов на море во всем мире. Из 293 инцидентов, зарегистрированных Международным морским бюро в 2008 году, 111 имело место у побережья Сомали. За год почти на 200 % увеличилось число актов пиратства, совершаемых в крайне важном торговом коридоре, связывающем Суэцкий канал с Индийским океаном [9]. В 2008 году 34 % нападений были удачными для преступников; в 2009 году 21 %, в 2010 году — 26,6 % [10].

В Докладе Специального советника Генерального секретаря по правовым вопросам, касающимся пиратства у берегов Сомали, отмечается, что в 2010 году наблюдалась эскалация насилия, увеличение сроков захвата, более изощренный образ действий и расширение района нападений в южной (до Мозамбика) и восточной частях Индийского океана. Район нападений напоминает вытянутый треугольник, простирающийся от Йемена и Омана до Сейшельских островов и Танзании и даже до Мозамбика. Пираты все чаще используют захваченные суда в качестве базы для осуществления последующих нападений все дальше от берегов [11].

По состоянию на 15 мая 2010 года около 450 моряков стали заложниками, содержащимися на судах, захваченных пиратами у побережья Сомали [12]; по состоянию на 31 декабря 2010 года пираты удерживали уже 612 человек и 26 судов. В целом с декабря 2008 года по декабрь 2010 года (за два года) пираты захватили у побережья Сомали около 1900 человек и 105 судов [13]. Наибольшей активности деятельность сомалийских пиратов достигла в 2011 году, когда было зарегистрировано в общей сложности 237 инцидентов, по сравнению с 219 — в 2010 году. В основном пиратская деятельность велась вблизи Восточного и Юго-Восточного побережья Сомали, в Аравийском море и в южной части Красного моря, тогда как активность пиратов в Аденском заливе продолжала ослабевать. В то же время значительно сократилось число успешных для пиратов нападений — с 49 в 2010 году до 28 в 2011 году (снижение на 43 %). Половина случаев захвата имели место в первые два месяца года, после чего их число резко сократилось, и в период с мая по декабрь 2011 года произошло всего 6 удавшихся нападений по сравнению с 28 за тот же период 2010 года. В 2011 году было захвачено в общей сложности 470 моряков, из которых три человека были ранены, а восемь человек убиты, что является более низким показателем по сравнению с 2010 годом, когда было захвачено

1016 моряков, из которых, по имеющимся сообщениям, тринадцать были ранены, а восемь — убиты. В первом квартале 2012 года число сообщений о случаях пиратства и удавшихся нападений продолжало снижаться [14].

Наметившаяся тенденция к снижению результативных нападений не дает, однако, серьезных поводов для оптимизма. Говорить о том, что кризис, породивший феномен сомалийского пиратства, преодолен, явно преждевременно. Полагают, что относительные неудачи сомалийских пиратов на море привели к росту случаев похищения людей с целью выкупа на суше — тенденция, которая еще более усилилась в сентябре 2011 года, когда в Кении и Сомали были похищены иностранные туристы, работники по оказанию гуманитарной помощи и один журналист, которые затем передавались сомалийским пиратам [15].

Попытки сдерживать насилие сопряжены с огромными расходами. Так, например, морская операция по борьбе с пиратами в районе Африканского Рога и в Индийском океане обходится, по некоторым подсчетам, от 1,3 до 2 млрд дол. США в год, без учета дополнительных расходов на изменение маршрутов морских судов и увеличение страховых премий [16].

«Действия пиратов у побережья Сомали, их охота за судами, идущими через Аденский залив, — это наглядная демонстрация парадоксов нынешней глобальной системы. Почему совокупная экономическая мощь и возможности современных национальных государств не в силах устранить проблему, вернувшуюся из глубины веков?» [17]. Этот вопрос, сформулированный в Докладе о мировом развитии за 2011 год, волнует весь мир.

Пиратство имеет давнюю историю и традиционно относится к «классическим» международным преступлениям. Следует, однако, заметить, что понятие пиратства в международном праве не имело четких параметров и постоянно эволюционировало. Критерии преступной деятельности, именуемой пиратством, обсуждаются в доктрине международного права в течение нескольких веков [18]. Невзирая на то, что пиратство, как правило, осуждалось официальной государственной властью, оно долго оставалось одним из средств ведения войны, вследствие чего концепция пиратства в древности не отделяла его от действий военного характера. Понятие «пиратство» было чрезвычайно политизировано и использовалось политиками для обвинения врагов и оправдания собственных действий во время войны. Тем не менее пираты со времен Древней Греции и Рима объявляются врагами человечества, что позволяет говорить о том, что пиратство в какой-то степени объединило государства в борьбе с ним [19].

Римская концепция пиратов как *hostis humani generi*, то есть врагов человеческого рода, имеет значение и сегодня. Цель такого определения пиратов — выделить их как преступников, которые посягают не на отдельное государство, а на все человечество в целом, независимо от границ или соглашений об экстрадиции. Цицерон и Гроций называли пиратов врагами общей концепции государственности. Они не принадлежат ни к одному государству и, как писал Д. Дефо, провозгласили войну всему миру [20]. С XVII столетия международное право, преимущественно, определяло пиратство как «любой акт ограбления в открытом море, не санкционированный государством и совершенный в духе враждебности» [21].



Пиратство является самым древним преступлением, относительно которого государства использовали принцип универсальной юрисдикции в соответствии с международно-правовым обычаем, при том что нормативного определения пиратства не существовало до 1958 года [22]. Как известно, Первая конференция по морскому праву 1958 года приняла Конвенцию об открытом море, включавшую восемь статей о пиратстве. Хотя с точки зрения формального толкования Конвенции пиратство может быть совершено только в открытом море, а такие же действия в других водах — это разбой на море, фактически эти преступные акции между собой не различаются и имеют схожие негативные последствия для потерпевших [23].

Широко распространено мнение, что конвенционная формулировка отражает международно-правовой обычай, определяющий пиратство как преступление *jure gentium*, в силу чего понятие пиратства и нормы о допустимости универсальной юрисдикции в отношении него имеют правовое значение для всех государств, вне зависимости от того, являются ли они участниками указанных договоров [24]. Так, Д. Джулфойл не видит существенных различий между преступлением пиратства, как оно определено в договорном и в обычном праве [25]. В то же время А. П. Рабин, глубоко изучив историю пиратства и борьбы с ним с глубокой древности, заключил, что понятие пиратства как преступления против общего международного права не построено на достаточно последовательной практике [26]. Многие специалисты настаивают на том, что конвенции содержат только частичную кодификацию обычного права о пиратстве. По их мнению, данное определение носит сугубо договорный характер и не соответствует в полной мере обычно-правовому представлению о пиратстве, а содержащиеся в них нормы, касающиеся пиратства, связывают только их участников [27].

Следует подчеркнуть, что статьи Конвенции 1958 года устанавливают, что деяние должно быть совершенным в «личных целях». Конвенция ООН по морскому праву 1982 года воспроизвела эти положения почти без изменений. Указание на «личные цели» дает серьезные основания для дискуссии, поскольку далеко не всегда можно четко разграничить политические и личные цели. Понятие личных (или частных) целей не тождественно понятию корыстных интересов, хотя, безусловно, включает их. Как видно из конвенционного определения, собственно корыстное проявление пиратства — «акт грабежа» (*act of depredation*) названо лишь третьим в перечислении возможных действий, составляющих объективную сторону пиратства. Первым назван любой неправомерный акт насилия (*any illegal acts of violence*), вторым — любой неправомерный акт задержания (*detention*). Некоторые авторы полагают, что указание на «личные цели» исключает из концепции пиратства нападения на правительственные суда повстанцами во время гражданской войны. Другие, напротив, трактуя «частные цели» как отсутствие должных полномочий, исходят из того, что акты восстания или мятежа можно рассматривать как пиратские, так как лица, совершающие такие акты, в любом случае не могут быть уполномочены суверенной властью [28].

Конвенционное определение пиратства, содержащееся в Конвенции 1958 года об открытом море и Конвенции ООН по морскому праву 1982 года, отражает международно-правовой консенсус относительно этого понятия, сложившийся в условиях острой идеологической конфронтации государств второй половины XX века. Однако ретроспективный анализ процесса становления пиратства как преступления *jure gentium* показывает, что мотивация морских разбойников, в большинстве случаев, не ограничивалась целями личного обогащения и включала в себя политические компоненты. Безусловно, современное понимание пиратства существенно отличается по своим правовым характеристикам от его античного или средневекового понимания. Оно, как представляется, существенно отличается (или должно отличаться) и от той модели, которая утвердилась и получила конвенционное подтверждение во второй половине XX века — в период «холодной войны».

Сомалийское пиратство как сложный политико-правовой феномен представляет собой тесное переплетение общеуголовного и политического насилия. В современном сомалийском пиратстве неизбежно присутствует политический компонент как с точки зрения мотивации (имея, безусловно, корыстный характер, пиратские акции могут преследовать сугубо частные цели для непосредственных их исполнителей и быть средством для достижения политических целей для организаторов), так и с точки зрения контекста — будучи совершенными в ситуации вооруженного конфликта, они неизбежно оказываются связанными с политическими формами насилия, а также в силу их политической значимости, приобретшей глобальный характер.

Исследуя мотивацию сомалийского пиратства, нельзя игнорировать тот факт, что в качестве одной из непосредственных причин крупномасштабного распространения пиратства у берегов Сомали называется то, что жителям этой страны необходимо было защищать свои территориальные воды и свои рыбные ресурсы от незаконного лова, неконтролируемой дегазации и сброса токсичных отходов с иностранных судов. Еще в 1997 году миссия по оценке, проводившаяся под эгидой Организации Объединенных Наций М. Г. Каядом, предупредила международное сообщество о последствиях такой практики и рекомендовала создать механизм наблюдения и защиты в отношении территориальных вод Сомали. Отсутствие государственных структур, способных защитить морские ресурсы страны, а также бороться с преступной практикой пиратов, вызвало новый всплеск пиратской деятельности, особенно начиная с 2005 года после того, как в результате цунами было разорено побережье Пунтленда между Хаффуном и Гаракадом, разрушено 18 тыс. домов и обнаружился реальный масштаб токсичных отходов, сброшенных у берегов Сомали. Перемещение актов пиратства, которые теперь осуществляются далеко от побережья Сомали, очевидно свидетельствует о том, что они не связаны с защитой национальных интересов [29], однако наличие обстоятельства, сопутствующего интенсификации пиратства, должны учитываться при его оценке.

В условиях, когда основная опасность от актов пиратства исходит в ситуациях, когда «частные» цели тесно переплетены с политическими, а некоторые

негосударственные организации соперничают по своей мощи с государствами, критики сформулированного в конвенциях определения пиратства справедливо указывают на неадекватность исключения из определения любых проявлений политического экстремизма [30]. Так, А. Чатурведи рассматривает пиратство и терроризм как две стороны одной медали, составляющие единое целое, полагая, что к терроризму на море следует подходить как к проблеме, связанной с пиратством. «Вопреки распространенному мнению, что пираты действуют с единственной целью наживы, многие современные пираты, как и террористы, имеют далеко идущие политические цели. На практике границы между этими явлениями зачастую оказываются размытыми. Разобраться, где терроризм, а где пиратство, становится все сложнее. Особенно в Сомали, где между пиратами и террористическими организациями давно существуют прочные связи», — пишет А. Чатурведи [31].

Эволюция юридической концепции пиратства не завершена: ее распространение, в соответствии с современными реалиями, на политически мотивированные акции расширяет возможности международного сотрудничества в борьбе с вооруженным захватом морских судов, в силу чего является желательным и исторически обоснованным.

Сегодня на международной арене действует мощный актор — интернациональный терроризм, способный противостоять и отдельным государствам, и совместным усилиям государств. Современное пиратство обнаруживает очевидную связь с терроризмом. Оно использует террор — «устрашение» с целью получения материальной выгоды — выкупа. По способу совершения — захват заложников и захват морского судна — также является проявлением терроризма. Многие исследователи современного пиратства указывают на его очевидную связь с терроризмом [32].

Эта связь проявляет себя и в Сомали. Как известно, юг Сомали контролирует группировка «Аш-Шабааб». 9 февраля 2012 года «Аш-Шабааб» и «Аль-Каида» выступили с совместным заявлением об их формальном слиянии [33]. Несмотря на то, что за последний год «Аш-Шабааб» претерпела ряд неудач (в августе 2011 года она вывела свои силы из большей части Могадишо, а впоследствии уступила еще часть территории), эта группировка, как утверждает в Докладе Группы контроля по Сомали и Эритрее [34], представляет собой серьезную угрозу для мира, безопасности и стабильности не только в Сомали, но и в более широком международном контексте. «Аш-Шабааб» активно укрепляет связи не только с «Аль-Каидой», но и с другими иностранными экстремистскими группами, включая, в частности, Мусульманский молодежный центр (ММЦ) в Кении, Мусульманский молодежный центр Ансаар (ММЦА) в Объединенной Республике Танзания и организацию «Аль-Каида» на Аравийском полуострове (Йемен) [35]. Официально повстанцы движения «Аш-Шабааб» и «Хизбул Ислам» выступают против пиратства, однако эксперты полагают, что на местном уровне существуют договоренности, которые гарантируют пиратам спокойную жизнь в обмен на часть полученных от выкупа денег.

Как известно, сомалийские пираты осуществляют свои нападения из двух основных районов: Пунтленда, где проживает подавляющее большинство пиратов, и центральной части юга Сомали от Харардере до Кисмайо, в которой с сентября 2010 года наблюдается новая тревожная тенденция, выражающаяся в перемещении точек отправления на юг Сомали в район, где отсутствует правительство (и присутствует движение «Аш-Шабааб»). Эпицентром пиратства по-прежнему является Пунтленд. Большинство портов, где стоят суда во время переговоров о выкупе, по-прежнему находятся главным образом между Хобьо и Гаракадом (восточное побережье Пунтленда), а также в Хабо (северное побережье Пунтленда) [36].

Институциональный кризис и полная деградация экономики стали главной причиной активизации пиратства в Сомали. Используя предложенный В. Н. Дреминым подход к оценке организованной преступности как разновидности институционализированных социальных практик, можно сказать, что на фоне распада и криминализации государственных институтов в Сомали произошла институционализация пиратства как криминальной практики [37]. В книге «Пиратское государство» П. Айхштадт исследует связи между пиратами, финансистами и экстремистами, которые управляют южным Сомали и взаимодействуют с террористами многих стран [38]. Д. Секулич рассматривает пиратство как многонациональное многомиллиардное предприятие, которым управляют синдикаты организованной преступности и лидеры местных конфликтующих сторон [39].

Постоянное отсутствие безопасности в стране парализует ее экономику и не оставляет гражданам шансов на законную занятость, приносящую доход. По некоторым данным, в 2008 году 1400 молодых сомалийцев занимались морским пиратством. Некоторые из завербованных пиратов являются опытными рыбаками; другие, например завербованные из сомалийских лагерей для перемещенных внутри страны лиц, это люди, которые просто ищут возможность выбраться из своего отчаянного положения. в случае нападения, в результате которого удастся получить выкуп в размере 1 млн дол. США, пират может заработать до 10 тыс. дол. США, что превышает заработную плату, которую можно получить за три года работы на законном местном предприятии [40].

Население Сомали находится в критически бедственном положении: по данным ООН, по состоянию на 15 апреля 2011 года количество людей в Сомали, нуждающихся в гуманитарной помощи и средствах к существованию, достигло 2,4 млн человек, что на 20 % больше по сравнению с предыдущими шестью месяцами. На положении в Сомали негативно сказываются сохраняющееся отсутствие безопасности для гражданского населения, перемещение населения и отсутствие продовольственной безопасности. Каждый четвертый ребенок в южной части Сомали страдает от острого недоедания. Засуха и конфликты стали основными причинами перемещения населения. С декабря 2010 по апрель 2011 года из-за засухи свои места проживания покинули почти 55 тыс. человек. Причиной дополнительного перемещения также стало возрастание угрозы безопасности в южной части центрального Сомали. В Могадишо из-за интенсивных

боевых действий только в первые два месяца 2011 года свои места проживания покинули почти 16 тыс. человек. Эскалация конфликта на юге центральной части Сомали усугубляет проблемы, которые испытывает население [41].

Тяжелейшее положение народа, пострадавшего от войны и от массового голода в 2011–2012 годах, еще более усугубилось в результате повсеместного нарушения норм международного гуманитарного права и права прав человека. Группа контроля смогла подтвердить факт постоянного нарушения резолюции 2002 (2011) Совета Безопасности всеми сторонами в конфликте, включая нападения на мирное население, насилие на гендерной почве, вербовку и использование детей-солдат и насильственное перемещение или изоляцию гражданского населения [42]. В период 2011–2012 годов из-за продолжающихся конфликта и засухи многим сомалийцам в поисках безопасности и помощи приходилось перемещаться в собственной стране, часто переезжая в крупные городские центры, либо искать убежище в других странах региона, в частности в Кении и Эфиопии. По состоянию на апрель 2012 года общее число внутренне перемещенных лиц в Сомали составило 1,36 миллиона человек, а число беженцев в регионе — 973 151 человек [43]. В то же время из Сомали продолжают поступать сообщения о нападениях на гражданское население, повсеместных изнасилованиях и сексуальных посягательствах, случаях вербовки и использования детей-солдат и насильственных перемещениях или акциях изоляции уязвимых групп населения [44].

Рассматривая генезис феномена сомалийского пиратства, Специальный советник Генерального секретаря по правовым вопросам, касающимся пиратства у берегов Сомали, акцентировал внимание на появлении «индустрии пиратства». Индустриализация этого явления, в частности, появление новых профессий (посредники, переговорщики, переводчики) создает усиливающуюся зависимость населения Сомали от пиратства [45]. В Докладе Группы контроля по Сомали и Эритрее говорится: «Несмотря на то, что в 2011 году пираты были наиболее активными, количество случаев успешного захвата ими судов значительно снизилось..., пиратские группировки самым различным образом начали приспособливаться к таким более сложным для них условиям ведения своей деятельности. В Центральном Сомали пираты совершали акты похищения людей в целях получения выкупа на суше, акты захвата гуманитарных работников, журналистов и туристов в качестве заложников. Пираты-переговорщики начали предлагать свои услуги в качестве «консультантов» и «экспертов» по вопросам, связанным с пиратством, а также в качестве «консультантов» при поиске новых путей ведения пиратской деятельности [46]. Такое изменение модели пиратского бизнеса происходит под влиянием членов сомалийской диаспоры, которые владеют иностранными языками, имеют паспорта и банковские счета» [47].

Проводя расследование перевода и инвестирования доходов от пиратской деятельности, Группа контроля выявила несколько случаев переводов финансовых средств между сомалийскими пиратами и лицами из числа сомалийской диаспоры, которые были связаны с рядом случаев захвата, в частности тор-

говых судов «Al Khaliq» (2009 год), «Orna» (2010 год), «Irene SL» (2011 год), «Zirku» (2011 год), «Rosalio D'Amato» (2011 год) и «Enrico Ievoli» (2011 год) [48]. Экономика Сомали начинает ориентироваться на поддержку пиратов, во что втягиваются целые деревни, теперь уже с одобрения некоторых вождей племен и даже некоторых представителей диаспоры. «Возникает опасность достижения точки невозврата, когда формируется подлинно мафиозная экономика на базе пиратства и происходит разрушение основ сомалийского общества, построенного на непрочных локальных связях» [49].

Пиратство оказывает разрушительное воздействие на клановую структуру сомалийского общества и дестабилизирует власть местных органов, ставя их перед дилеммой: либо они поддерживают пиратов и тем самым компрометируют себя, либо выступают против пиратов и лишают себя легкодоступных ресурсов. По данным Африканского банка развития, ежегодные поступления в районе Пунтленда в 2009 году составляли порядка 16 млн дол. США, а доходы от пиратства, по данным Группы контроля по Сомали, в том же году составляли 82 млн дол. США [50].

Ситуация усугубляется тотальной криминализацией существующих в Сомали властных структур. Группа контроля по Сомали и Эритрее отмечает, что политический разброд, характеризующий руководство переходного федерального правительства, присущая ему коррупция и активное нежелание делиться властью являются главными препятствиями для обеспечения безопасности и стабильности в Сомали [51]. В докладе Группы контроля отмечается, что несмотря на то, что прошло почти восемь лет с момента создания переходного федерального правительства, методы финансового управления в государственном секторе по-прежнему носят коррупционный характер. Как заявил Группе один высокопоставленный чиновник переходного федерального правительства, занимающийся финансовыми вопросами: «Ничто в этом правительстве не происходит без того, чтобы не прозвучал вопрос «Махаа игу жігаа?» («Что я с этого буду иметь?») [52]. В условиях процветающей в переходных федеральных учреждениях коррупции пиратство получает прямую и косвенную поддержку. Группе контроля удалось подтвердить факт причастности высших должностных лиц переходного федерального правительства к предоставлению известному пиратскому главарю защиты от судебного преследования путем выдачи ему дипломатического паспорта и назначения посланником «по борьбе с пиратством» [53]. Коррупция подрывает процесс стабилизации ситуации в Сомали и усугубляет страдания сомалийского народа, подвергающегося тяжелейшим формам насилия — политического и уголовного.

В резолюции 2060 (2012), принятой Советом Безопасности 25 июля 2012 года, выражена озабоченность в связи с тем, что сроки, установленные для завершения политического переходного процесса, продолжают срываться, и подтверждается, что переходный период не будет продлен после 20 августа 2012 года в соответствии с Переходной федеральной хартией, Джибутийским соглашением, Кампальским соглашением и решениями последующих консультативных встреч. В резолюции выражается сожаление в связи со всеми актами

насилия, надругательствами и нарушениями, включая сексуальное и гендерное насилие, которое совершается в отношении гражданских лиц, в том числе детей, вопреки применимым нормам международного права, решительно осуждается вербовка детей-солдат [54].

«Восстановление доверия и преобразование институтов, обеспечивающих безопасность и справедливость, а также экономических институтов возможно на протяжении жизни одного поколения, даже в странах, переживших тяжелые конфликты. Но для этого требуется решимость руководства страны и перестроенная международная система, способная противостоять рискам XXI века: необходимы перенос центра тяжести при оказании помощи на предупреждение политического и уголовного насилия, изменение процедур международных учреждений, принятие мер реагирования на региональном уровне и придание нового импульса сотрудничеству стран с низким, средним и высоким уровнем дохода, — говорится в Докладе о мировом развитии (2011) [55].

Не отрицая очевидной и безусловной необходимости борьбы с безнаказанностью морских пиратов, следует распространить это требование не только на непосредственных исполнителей, которых толкает на совершение преступлений нужда и безысходность, но и на тех, кто возглавляет силы, превратившие пиратство в особый вид высокоодоходной преступной деятельности, а Сомали — в «пиратское государство». Необходимо активизировать усилия на восстановление государственности в Сомали и защиту населения от грубейших нарушений норм международного гуманитарного права и права прав человека.

«Фундамент прочного мира и безопасности в Африке должен покоиться на развитии, благом управлении, на участии широких масс как в политической, так и экономической жизни и на существовании возможностей для этого. Сегодня у нас нет никаких сомнений на тот счет, что подлинными и неминуемыми угрозами миру и безопасности как в отдельных странах, так и на глобальном уровне являются обездоленность, нищета и отчаяние, особенно в среде молодежи. Такие преступления, как оборот наркотиков, пиратство и терроризм..., коренятся именно в нищете», — с этим тезисом из выступления представителя Танзании г-на Сефуге на заседании Совета Безопасности ООН, состоявшемся 5 марта 2012 года в связи с рассмотрением ситуации в Сомали, трудно не согласиться [56].

Для успешного противодействия пиратству, безусловно, необходимо изучение и учет его социально-политических причин [57]. Сегодня же «международное сообщество задействует колоссальные ресурсы для преследования и наказания лиц, находящихся в самом низу пиратской пирамиды, большинство из которых влачат нищенское существование и которым легко найти замену, что фактически гарантирует безнаказанность лицам, располагающимся вверху этой пирамиды, несущим главную ответственность и получающим наибольшую прибыль» [58].

В Докладе Специального советника Генерального секретаря по правовым вопросам, касающимся пиратства у берегов Сомали (2011), сформулированы основные направления противодействия пиратству. Рекомендуемый подход заключается в срочной разработке глобального многоаспектного плана в от-

ношении Пунтленда и Сомалиленда, состоящего из трех частей, которые реализуются одновременно: экономический аспект, аспект безопасности и юрисдикционный/пенитенциарный аспект. Экономический аспект предполагает обеспечение суверенитета властей Сомали над их территорией. «Быстрое и эффективное отправление правосудия в отношении пиратов необходимо, прежде всего, для Сомали, являющейся одновременно источником пиратства и его жертвой. Соответствующее решение должно вписываться в рамки усилий, предпринимаемых в целях урегулирования сомалийского кризиса и укрепления правопорядка в Сомали. В любом случае было бы бесполезно искать вариант правового решения в отрыве от Сомали как страны, с территории которой действуют пираты. В равной мере было бы нереально пытаться решить проблему путем применения карательных мер, не уделяя при этом внимания мерам превентивного характера...», — говорится в Докладе. — Искоренение пиратства требует разработки экономических альтернатив с тем, чтобы «экономика пиратства» не подорвала всю сомалийскую экономическую систему и чтобы снова дать надежду молодежи, которая слишком часто не видит перед собой будущего...» [59]; «пресекающие акции напрасны, если они не сопровождаются созданием альтернатив пиратству для сомалийского населения» [60].

Политическое и общеуголовное насилие создают замкнутый круг, который необходимо прервать усилиями мирового сообщества и народа Сомали. Международное сотрудничество должно быть основано на скоординированном и взаимодополняющем подходе, учитывающем глубинные причины насилия, охватившего страну, и направлено на преодоление тотального институционального кризиса. Необходимо оказывать содействие строительству стабильных институтов и созданию функционального, эффективного государства, способного удовлетворять потребности в области экономического и социального развития.

### Литература

1. Зелінська Н. А. Структура міжнародної злочинності // Актуальні проблеми держави та права: Зб. Наук. праць. — Вип. 11. — Одеса, 2001. — С. 623–627; Зелінская Н. А. Международная преступность: политическая или общеуголовная? // Правовые проблемы противодействия организованной преступности: Сборник научных статей. — Одесса, 2005. — С. 122–135.
2. Доклад о мировом развитии, 2011 год. — Вашингтон, 2011: Международный банк реконструкции и развития / Всемирный банк. — С. 2.
3. Там же. — С. 10.
4. UN. DOC. S/2012/544.
5. Войтенко М. Феномен сомалийского пиратства — исследование // Электронный ресурс. Режим доступа: <http://www.odin.tc/disaster/piracyresearch.asp>.
6. См. подробнее: Зелінская Н. А. К вопросу о понятии политического преступления и политической преступности // Политическая криминология. — Вестник научных трудов. — Нижнекамск, 2005. — С. 3–44; Зелінська Н. А. Концепт «політична злочинність» // Актуальні проблеми держави та права: Зб. наук. праць. — Вип. 25. — Одеса, 2005. — С. 491–497.
7. Alexandrowicz Ch. H.. Studies in the history of the law of nations, Volume 2. — BRILL. — 1972. — 265 p. — P. 203–205.
8. Дремин В. Н. Преступность как социальная практика: институциональная теория криминализации общества: монография. О. : Юрид. лит.-ра. — 2009. — С. 261.



9. UN. DOC. S/2009/146.
10. UN Doc. S/2011/30 — para. 14.
11. UN. DOC. S/2011/30.
12. UN. DOC. S/2010/394. — Paras. 7, 8.
13. UN Doc. S/2011/30. — Para. 29.
14. UN. DOC. S/2012/544. — Paras. 39, 40.
15. UN. DOC. S/2012/544. — Para. 44.
16. Доклад о мировом развитии, 2011 год. — С. 1.
17. Там же.
18. See: Molloy Ch. *De jure maritimo et navali: or, a treatise of affairs maritime and of commerce*. London: J. Walthoe junior, J. Wotton, 1722; Dickinson S. N. *The Pirates own book; or, Authentic narratives of the lives, exploits, and executions of the most celebrated sea robbers: With historical sketches of the Joassamee, Spanish, Ladrone, West India, Malay, and Algerine pirates*. — F. Blake, 1855. — Original from the New York Public Library 2009.
19. Simbeye Y. *Immunity and International Criminal Law*. Ildershot: Ashgate, 2004. — P. 41–42.
20. See: Burgess D. R. *The Pirates' Pact: The Secret Alliances Between History's Most Notorious Buccaneers and Colonial America*. — International Marine/Ragged Mountain Press, 288 p.
21. Bishop J. P. *Commentaries on the criminal law*, Volume 2 — Ed. 4. — Little, 1868, — P. 559.
22. Sarah B. Sewall, Carl Kaysen. — *The United States and the International Criminal Court: national security and international law*. — Rowman & Littlefield, — 2000. — P. 218.
23. Lehr P. *Violence at sea: piracy in the age of global terrorism*. — Routledge — 2007. — P. 155.
24. Barrios E. Note, *Casting a Wider Net: Addressing the Maritime Piracy Problem in Southeast Asia*//*Boston College International & Comparative Law Review*. — № 28. — 2005. — P. 149, 153.
25. Guilfoyle D. *Treaty Jurisdiction over Pirates: A Compilation of Legal Texts with Introductory Notes Prepared for the 3rd Meeting of Working Group 2 on Legal Issues the Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia*. — Copenhagen, 26–27 August 2009.
26. Rubin A. P. *The law of piracy*. — University Press of the Pacific, 2006.
27. Noyes J. E. *An Introduction to the International Law of Piracy*// *California Western International Law Journal*. — № 21. — 1990. — P. 105.
28. Lanham H. *Walk the Plank: Somali Pirates and International Law*. — University of Otago, 2009. — P. 18–19.
29. UN Doc. S/2011/30 — Paras. 12, 13.
30. Halberstam M. *Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety*// *The American journal of international law*. — Vol. 82. — P. 272.; Keith M. *War, Piracy and Terror : the High Seas in the 21st Century*// *The Journal of International Maritime Law*. — 2006. — Vol.12, issue 5. — P. 313–324.
31. Chaturvedi A. *NavyTwo Faces of High-Seas Crime*//*Proceedings Magazine* — July 2010 Vol. 136/7/1,289 <http://www.usni.org/magazines/proceedings/2010-07/two-faces-high-seas-crime>.
32. См. подробнее: Ronzitti N. *Maritime Terrorism and International Law*. — Martinus Nijhoff Publishers, 1990; Burgess D. R. *The World for Ransom: Piracy Is Terrorism, Terrorism Is Piracy*. — Amherst, NY: Prometheus Books, 2010. — 312 p.; Bahadur J. *The Pirates of Somalia: Inside Their Hidden World*. — Pantheon; 2011, 320 p.
33. UN. DOC. S/2012/544. — Para. 32.
34. Мандат Группы контроля по Сомали и Эритрее содержится в пункте 6 резолюции 2002 (2011) Совета Безопасности, которая была принята 29 июля 2011 года. Дополнительные задачи были возложены на Группу контроля в соответствии с резолюциями 2023 (2011) и 2036 (2012).
35. UN. DOC. S/2012/544. — Paras. 24–27.
36. UN. DOC. S/2011/30.. — Paras. 19, 20.
37. Dryomin V. *Crime and its organized forms as a type of social practice*// *Organized Crime, Trafficking, Drugs: Selected papers presented at the Annual Conference of the European Society of Criminology*. — Helsinki, HEUNI, 2003. — P. 48–49; Дремин В. Н. *Преступность как социальная практика: институциональная теория криминализации общества*. — С. 97–117.
38. Eichstaedt P. *Pirate State: Inside Somalia's Terrorism at Sea*. — Chicago Review Press, 2010.
39. Sekulich D. *Terror on the seas: true tales of modern-day pirates*. — Thomas Dunne Books, 2009.

40. UN. DOC.. E/CN.15/2011/18. — Paras. 7–9.
41. UN Doc. S/ 2011/277. — Paras. 50, 51.
42. UN. DOC. S/2012/544. — Paras. 93 -95.
43. UN. DOC. S/2012/544. — Para. 104.
44. Ibid.
45. UN Doc. S/ 2011/277. — Paras. 16, 143.
46. UN. DOC. S/2012/544. — Paras. 42, 45.
47. Ibid. — Para. 47.
48. Ibid. — Para. 46.
49. UN. Doc. S/2011/30. — Para. 16.
50. Ibid. — Para. 22.
51. UN. DOC. S/2012/544.
52. Ibid. — Para. 16.
53. Ibid.
54. UN. Doc. S/RES/2060 (2012).
55. Доклад о мировом развитии, 2011 год. — С. 1.
56. UN. Doc. S/PRST/2012/4. — С. 31.
57. Короткий Т. Р. Криминологическая характеристика современного пиратства // Міжнародна криминологія: стан і перспективи : збірник матеріалів круглого столу. Б-ка журналу «Юридичний вісник» / за ред. М. П. Орзіха, В. Ф. Антипенко. — Одеса : Фенікс, 2010. — С. 273.
58. UN. Doc. S/2012/544. — Para. 48.
59. UN. Doc. S/2011/30. — Paras. 79, 81.
60. Ibid. — Para. 143.

### Анотація

**Зелінська Н. А. Феномен «сомалійського піратства»: замкнуте коло політичного і загальнокримінального насильства. — Стаття.**

У статті розглянуто «сомалійське піратство» як прояв та наслідок активізації загальнокримінальної та політичної злочинності, яка обумовлена крахом державності в Сомалі. Автор приходить до висновку, що політичне і загальнокримінальне насильство створюють замкнуте коло, яке можна перервати спільними зусиллями світового співтовариства і народу Сомалі. Необхідним є скоординований та взаємодоповнюючий підхід, спрямований на формування стабільних соціальних інститутів і створення функціональної, ефективної держави, яка була б здатна задовольняти потреби в області економічного і соціального розвитку.

**Ключові слова:** міжнародне співробітництво, піратство, тероризм, політичне насильство, Сомалі.

### Аннотация

**Зелинская Н. А. Феномен «сомалийского пиратства»: замкнутый круг политического и общеуголовного насилия. — Статья.**

В статье рассматривается «сомалийское пиратство» как проявление и следствие активизации общеуголовной и политической преступности, обусловленной крушением государственности в Сомали. Автор приходит к выводу, что политическое и общеуголовное насилие создают замкнутый круг, который можно разорвать совместными усилиями мирового сообщества и народа Сомали. Необходим скоординированный и взаимодополняющий подход, направленный на формирование стабильных социальных институтов и создание функционального, эффективного государства, способного удовлетворять потребности в области экономического и социального развития.

**Ключевые слова:** международное сотрудничество, пиратство, терроризм, политическое насилие, Сомали.

### Summary

*Zelinskaya N. The phenomenon of «Somali Piracy»: a vicious circle of political and common criminal violence. — Article.*

The problem of «Somali piracy» as a manifestation and a consequence of common and political crime activation following the statehood collapse in Somalia is approached in the article. The author comes to the conclusion that the political and common violence creates a vicious circle that can be interrupted by joint efforts of the international community and the people of Somalia. A coordinated and complementary approach aimed at the formation of stable social institutions and the creation of a functional and effective state able to meet the economic and social development needs is required.

*Keywords:* international cooperation, piracy, terrorism, political violence, Somalia.

УДК 341.3:341.6

*М. М. Гнатовський*

### КВАЛІФІКАЦІЯ МІЖНАРОДНИХ ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТІВ У ПРАКТИЦІ МІЖНАРОДНИХ СУДОВИХ УСТАНОВ

**Постановка проблеми.** Не викликає сумнівів, що у сучасному світі міжнародне гуманітарне право (далі — МГП) як галузь міжнародного права, спрямована на обмеження застосування насильства під час збройних конфліктів, не тільки зберігає, але і збільшує свою актуальність. Утім, у позитивному МГП відсутнє повне визначення всіх ситуацій, до яких воно застосовується. Так, Женевські конвенції про захист жертв війни від 12 серпня 1949 р. (далі — ЖК) у спільній статті 2, Додатковий протокол I (далі — ДП I) та Додатковий протокол II до них від 8 червня 1977 р. — у ст. 1 (у кожному з Додаткових протоколів її зміст відрізняється) називають ситуації, до яких вони застосовуються, проте не містять чітких та недвозначних критеріїв, за якими такі ситуації можна визначити. Це створює одну з найбільш серйозних проблем у практичному застосуванні МГП, оскільки його норми не діють у ситуаціях, що не перетинають відповідний «порог застосування» (а є, наприклад, «внутрішніми заворушеннями» або «внутрішньою напруженістю»). Крім того, міжнародно-правове регулювання збройних конфліктів міжнародного та неміжнародного характеру, всупереч численним закликам до уніфікації, досі доволі суттєво відрізняється як за джерелами, так і за змістом. За недостатньої чіткості конвенційних формулювань у питанні кваліфікації збройних конфліктів особливої ваги набувають рішення міжнародних судових установ.

**Стан дослідження.** Проблеми кваліфікації збройних конфліктів у доктрині МГП присвячені численні наукові праці. Зрештою, без розгляду цього питання не може вважатися повноцінним жодний систематичний виклад МГП. Вужча проблема кваліфікації збройних конфліктів у практиці міжнародних судових установ детально вітчизняною міжнародно-правовою наукою не розглядалася, проте у різному обсязі ставала предметом уваги Т. Мерона [1], Дж. Стюарта [2], Ж.-Ф. Квегінера [3], Г. Цибєрі [4, р. 259–342], Е. Каллена [5], С. Віте [6] та

інших. Утім, практика міжнародних судових установ із застосування МГП постійно збагачується новими рішеннями та підходами, а чимало проблем кваліфікації збройних конфліктів і досі залишаються без чіткого вирішення. Серед таких проблем, безумовно, і питання особливостей кваліфікації міжнародних збройних конфліктів (далі — МЗК).

**Мета і завдання дослідження.** Метою статті є виявлення критеріїв кваліфікації МЗК шляхом аналізу рішень міжнародних судових установ. З огляду на цю мету дослідження має такі завдання:

- визначити нормативні засади кваліфікації збройних конфліктів;
- дослідити критерії, які застосовуються міжнародними судовими установами для кваліфікації МЗК;
- з'ясувати відмінності у підходах міжнародних судів та трибуналів до кваліфікації збройних конфліктів.

**Виклад основних положень.** Важливість практики міжнародних судів для правильного розуміння сучасного МГП загальновідома. Зокрема, з питання визначення поняття «збройний конфлікт» вже хрестоматійним стало посилання на рішення Апеляційної палати<sup>1</sup> Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (далі — МКТЮ): «Збройний конфлікт має місце щоразу, коли держави вдаються до застосування сили або коли відбувається тривалий збройний конфлікт між урядовими силами та організованими збройними групами або між такими групами всередині однієї держави» [7, пара. 70].

Як констатує Е. Давід, з цього визначення випливає, що поняття збройного конфлікту не є однозначним — його зміст змінюється залежно від того, про який з двох типів збройних конфліктів йдеться. Розбіжність між МЗК та не-міжнародними збройними конфліктами (далі — НМЗК) є критично важливою, оскільки МГП застосовується повністю лише у випадку МЗК, тоді як до НМЗК застосовується лише частина його норм [8, с. 115].

Коментуючи тенденцію до стирання розбіжностей між двома типами збройних конфліктів, що характерна для розвитку МГП впродовж останніх двох десятиліть, Апеляційна палата МКТЮ підкреслила, що до цього спричинилося збільшення кількості громадянських війн, зростання їхньої інтенсивності та впливу на міжнародне співтовариство загалом, а також розвиток міжнародного захисту прав людини [7, пара. 97]. Утім, поступове стирання розбіжностей між регулюванням двох типів збройних конфліктів не привело до їхнього зникнення: «На згадку заслуговують два такі обмеження: i) лише деякі норми та принципи, що регламентують МЗК, були поступово поширені й на НМЗК; та ii) вказана еволюція не привела до повного та механічного перенесення цих норм на НМЗК: застосовуватися до них стала, скоріше, їхня загальна сутність, ніж детальна регламентація, яку вони можуть містити» [7, пара. 126]. Зважаю-

<sup>1</sup> Автор не вбачає підстав використовувати українською мовою термін «камера», який вживається у російському тексті установчих документів МКТЮ, адже у автентичному тексті Статуту Міжнародного кримінального суду (МКС) для позначення ідентичного поняття російською вживають термін «палата»; порівняймо з англійським терміном «chamber» та французьким — «chambre», що вживаються щодо і МКТЮ, і МКС.

чи на збереження важливості дихотомії МЗК та НМЗК, є сенс розглянути їхню кваліфікацію міжнародними судовими установами, насамперед — МКТЮ та Міжнародним Судом (далі — МС ООН), а також Міжнародним кримінальним судом (далі — МКС). У цій статті ми обмежимося питанням кваліфікації МЗК.

Спільна ст. 2 ЖК передбачає, що вони застосовуються в усіх випадках: 1) оголошеної війни; 2) будь-якого іншого збройного конфлікту, що може виникнути між двома чи більше державами, навіть якщо стан війни не визнаний однією з них; 3) часткової або повної окупації території державами, навіть якщо цій окупації не чиниться жодний збройний опір [9, р. 27]. ДП I у ст. 1 уточнює, що ситуації, описані у спільній ст. 2 ЖК і є власне МЗК, а також те, що до них слід прирівнювати «збройні конфлікти, в яких народи ведуть боротьбу проти колоніального панування, іноземної окупації та расистських режимів для здійснення свого права на самовизначення /.../» [10, р. 33].

Основні проблеми, що привертати увагу міжнародних судових установ, постають у ситуаціях так званої «інтернаціоналізації» збройних конфліктів, що розпочиналися як неміжнародні. Початок новітній практиці з цього питання було покладено рішенням Апеляційної палати МКТЮ у згадуваній вище справі Тадича. Серед таких питань одним із перших була кваліфікація збройного конфлікту у колишній Югославії. У цьому зв'язку Апеляційна палата МКТЮ зазначила: «Безспірно, що збройний конфлікт є міжнародним, якщо він відбувається між двома або більшою кількістю держав. Крім того, у випадку НМЗК, що виникає на території держави, він може стати міжнародним (або, залежно від ситуації, мати міжнародний характер та існувати поруч із НМЗК), якщо (i) інша держава втрутиться у цей конфлікт своїми військами, або ж якщо (ii) деякі з учасників НМЗК діють від імені тієї іншої держави» [11, пара. 84].

Отже, Апеляційна палата МКТЮ визначила два альтернативні критерії, за наявності яких можна вести мову про перетворення НМЗК на МЗК. Обидва вони, на перший погляд, є доволі логічними, проте їхнє подальше застосування у міжнародній судовій практиці є неоднозначним. Розглянемо перший з цих двох критеріїв — втручання у конфлікт військ іноземної держави.

Одним з прикладів застосування цього критерію у практиці МКТЮ є рішення у справі Блашкіча, у якому судова палата МКТЮ встановила, що існують «більш ніж достатні підстави для того, щоб розглядати конфлікт як міжнародний» з огляду на «пряме втручання Хорватії до Боснії і Герцеговини» [12, paras. 75, 76, 94]. Головним мотивом для такого висновку була не чисельність хорватських військовослужбовців, а воєнні дії, у яких вони брали безпосередню участь. Ці дії відбувалися поза межами основного театру воєнних дій [12, para. 94].

Подібна аргументація призводить до висновку, що іноземне військове втручання, яке навіть непрямо зачіпає самостійний НМЗК, перетворює такий конфлікт на міжнародний. Дійсно, саме такого висновку і доходив МКТЮ у подальших рішеннях, зокрема у справі Кордича і Черкеза [13, para. 108] та справі Налетича та Мартиновича [14, para. 194]. Доволі цікавим є рішення судової палати МКТЮ про перегляд обвинувачення у справі Раїча, у якому, серед ін-

шого, зазначається: «Рішення Апеляційної палати про юрисдикцію у справі Тади́ча не встановило кількісних характеристик втручання іноземної держави, необхідного для перетворення НМЗК на МЗК» [15, para. 12]. Далі палата доходить висновку, що міру необхідного втручання можна визначити як «суттєву та тривалу» [15, para. 21]. Цитоване рішення піддається цілком обґрунтованій критиці Дж. Стюартом, оскільки категорії «суттєвий» та «тривалий» є недостатньо конкретними, а також через те, що у МГП до МЗК подібних критеріїв не висувають [2, р. 329]. Тим не менш, певна градація іноземного військового втручання все ж є необхідною, адже саме вона може дати відповідь на питання про те, коли таке втручання перетворює НМЗК на МЗК, а коли виникає інша ситуація, про яку йшлося у рішенні Апеляційної палати МКТЮ у справі Тади́ча — МЗК існує одночасно з НМЗК [16].

Питання про приписування державі відповідальності за діяльність іноземних недержавних акторів, що також є вирішальним для кваліфікації збройного конфлікту, є хрестоматійним прикладом суперечності у позиціях МС ООН та МКТЮ. Головний судовий орган ООН вперше висловився з цього приводу у 1986 р. у справі про військову та воєнізовану діяльність у Нікарагуа та проти Нікарагуа [17], відповідаючи на питання про відповідальність США за порушення МГП, вчинені антиурядовими збройними силами у Нікарагуа («контрас»), що, як встановив Суд, були організовані та підготовлені США, отримуючи від них фінансування та озброєння. Суд виходив з визнаного у праві міжнародної відповідальності загального принципу, згідно з яким поведінка приватних осіб та їхніх груп не може бути приписана державі, якщо тільки такі особи або групи фактично не діють за вказівками держави, під її керівництвом та контролем<sup>1</sup>. Для виникнення юридичної відповідальності США необхідно в принципі довести, що ця держава здійснювала ефективний контроль за військовими та напіввійськовими операціями, під час яких було вчинено заявлені порушення» [17, paras. 109, 115].

Як відомо, Апеляційна палата МКТЮ у справі Душко Тади́ча не погодилася з таким підходом, застосувавши для цілей кваліфікації збройного конфлікту при вирішенні питання про індивідуальну кримінальну відповідальність концепцію «загального контролю» (overall control), що не вимагає доказів безпосереднього керівництва з боку держави діями, які порушують МГП. При цьому було застосовано доволі різкі оцінки позиції МС ООН в частині, що стосується концепції «ефективного контролю» — вона була охарактеризована як така, що суперечить логіці права міжнародної відповідальності та практиці держав та судових установ [11, para. 116]. Натомість Апеляційною палатою МКТЮ було запропоновано три ситуації, за яких слід вважати тих чи інших недержавних акторів як таких, що діють від імені держави. По-перше, коли мова йде про дії окремої фізичної особи або невійськової організованої групи, слід вважати, що вони діяли як фактичний орган держави, «слід переконатися, чи давала та

<sup>1</sup> Див. статтю 8 Статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння у редакції 2001 р. (Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятый на 53-й сессии Комиссии международного права ООН. — Нью-Йорк, 2001).

держава індивіду або групі, про яких ідеться, точні вказівки щодо вчинення конкретної дії, або ж треба встановити, що протиправна дія була публічно підтримана або схвалена *ex post facto* відповідною державою». По-друге, коли йдеться про контроль з боку держави над збройними силами, добровольцями або воєнізованими загонами, «контроль повинен мати загальний характер (та не повинен обмежуватися лише наданням фінансової допомоги, військового обладнання або організацією навчання), але він не повинен «заходити настільки далеко, щоб включати видання конкретних наказів державою або керування з її боку кожною окремою операцією» [11, para. 137]. По-третє, Апеляційна палата наводить приклад «входження індивідів до органів держави через їхню фактичну поведінку у структурі держави» [11, para. 141–143].

Оцінюючи запропонований МКТЮ підхід до встановлення відповідальності держави за дії недержавних акторів та, відповідно, критеріїв кваліфікації МЗК, слід підкреслити, що він не відрізняється чіткістю. Вагання щодо нього серед самих суддів підсумовано в окремій думці М. Шахабуддіна, який висловлює сумнів у необхідності заперечувати правильність рішення МС ООН у справі Нікарагуа проти США, вважаючи його цілком правильним [18, para. 17]. Критикується це рішення МКТЮ і в літературі — не стільки з точки зору висновку Трибуналу щодо кваліфікації збройного конфлікту у Боснії і Герцеговині, скільки через загальну непереконливість та складність практичного застосування у майбутньому. Так, Л. Муар характеризує всю частину рішення Апеляційної палати у справі Тадича, що стосується питання «загального контролю», як «непотрібні (та насправді сумнівні) міркування» [19, р. 49]. Дж. Стюарт вважає, що застосування критеріїв «загального контролю» до МГП «підриває можливість послідовного та принципового застосування гуманітарних норм в умовах інтернаціоналізованих воєнних дій» [2, р. 327].

Дійсно, у питанні про перетворення НМЗК у МЗК залежно від міри контролю, який здійснюється іноземною державою над антиурядовими силами, яскраво проявляється одна з найбільших проблем судового застосування МГП. Рішення міжнародних судових установ дають багато підстав для наукових дебатов, проте сторонам конкретного збройного конфлікту може виявитися дуже непросто керуватися ними як основою для тлумачення договірних та звичаєвих норм МГП, якщо їхній зміст не до кінця зрозумілий вченим, а тим більше, коли ці рішення суперечать рішенням іншої, абсолютно не менш авторитетної міжнародної судової установи — МС ООН.

Останній у рішенні по суті справи про застосування Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (Боснія і Герцеговина проти Сербії та Чорногорії) 2007 р. [20] змушений був знову висловитися з питання про приписування державі відповідальності за дії недержавних акторів. Розглянувши концепцію «загального контролю», сформульовану Апеляційною палатою МКТЮ у 1999 р., МС ООН відкинув її з двох причин. По-перше, на його думку, МКТЮ висловився з питання, яке не було необхідним для здійснення ним своєї юрисдикції [20, para. 403]. По-друге, Суд заявив, що критерій «загального контролю» є «непереконливим» при визначенні відповідальності

держави за дії збройних сил та воєнізованих загонів, що не входять до числа її офіційних органів з огляду на два аспекти. Перший полягає у тому, що «логіка не вимагає застосування однакових критеріїв для вирішення двох питань, природа яких дуже відрізняється», а отже міра участі держави у збройному конфлікті може відрізнятися від тієї, за якої настає її відповідальність [20, para. 405]. Другий аспект полягає у тому, що концепція «загального контролю» надмірно розширяє сферу відповідальності держави, оскільки виходить за межі критеріїв, визначених у ст. 8 Статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння [20, para. 406].

Не викликає подиву, що і це рішення міжнародної судової установи було піддано жорсткій критиці, насамперед — з боку одного з безпосередніх авторів рішення Апеляційної палати МКТЮ у справі Тадича А. Кассезе [21]. Проте послідовне відстоювання головною судовою установою ООН свого підходу та його явна суперечність з підходом найбільш продуктивного (принаймні, за кількістю рішень) органу міжнародного кримінального правосуддя в історії людства лише ускладнює і без того непросте завдання кваліфікації як міжнародних тих збройних конфліктів, що розпочиналися як суто внутрішні.

На нашу думку, застосування критерію «загального контролю» суто для цілей кваліфікації збройного конфлікту (а не для цілей права міжнародної відповідальності) є, судячи з усього, найбільш конструктивним підходом до вирішення проблеми трансформації НМЗК у МЗК (його «інтернаціоналізації»). Це припущення підтверджується і першими справами МКС, у якому йому довелося відповідати на питання про «загальний контроль». З точки зору палати попереднього провадження МКС, висловленої у справі Томаса Лубанги, загальний контроль держави над озброєним угрупованням передбачає, що «ця держава відіграє певну роль в організації, координації і плануванні воєнних операцій, здійснюваних озброєною групою, окрім фінансування та матеріального забезпечення, навчання її членів, а також оперативної підтримки, що їй надається» [22, para. 211]. Підтвердження такого підходу можна знайти у інших справах, що розглядаються МКС [23, para. 240].

**Висновки з дослідження і перспективи подальших розробок у цьому напрямі.** Підводячи підсумки аналізу практики міжнародних судових установ щодо кваліфікації МЗК, слід відзначити, що вона, незважаючи на брак одноманітності та практичні проблеми застосування, є корисним матеріалом для тлумачення положень позитивного МПП. Допоки у міжнародному праві зберігається необхідність розрізняти МЗК та НМЗК, правильне вирішення цього питання буде потребувати, окрім добросовісності та здорового глузду, доброго знання присвячених йому рішень міжнародних судів та трибуналів, а отже — і подальших досліджень цієї проблематики.

### *Література*

1. Meron T. Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout / Theodor Meron // The American Journal of International Law. — Vol. 92. — No. 2, April 1998. — P. 236–242.



2. Stewart J. G. Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict / James G. Stewart // *International Review of the Red Cross*. — Volume 85. — Issue 850, June 2003. — P. 313–350.
3. Quigüiner J. — F. Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'exYougoslavie: Évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire / JeanFrançois Quigüiner // *Revue Internationale de la CroixRouge*. — Volume 85. — Issue 850, June 2003. — P. 271–311.
4. Zyberi G. The Humanitarian Face of the International Court of Justice. Its Contribution to Interpreting and Developing International Human Rights and Humanitarian Law Rules and Principles / Gentian Zyberi. — Antwerpen — London — Portland : Intersentia, 2008. — 523 p.
5. Cullen A. The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law / Anthony Cullen. — Cambridge University Press, 2010. — 219 p.
6. Vitř S. Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations / Sylvain Vitř // *International Review of the Red Cross*. — Volume 91. — Issue 873, March 2009. — P. 313–350.
7. Prosecutor v. Tadić, International Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) (Appeals Chamber), Case No. IT-94-1 «Priedor», Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.
8. Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов: Курс лекций / Эрик Давид. — Пер. с франц. — 2-е русское издание, основанное на 4-м французском издании, с дополнениями автора. — М. : МКСК, 2011. — 1141 с.
9. Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Commentary / Under the general editorship of Jean S. Pictet. — Geneva : ICRC, 1952. — 466 p.
10. Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 / Ed. by Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann. — Geneva : ICRC : Martinus Nijhoff Publishers, 1987. — XXXV p., 1625 p.
11. Prosecutor v. Tadić, ICTY (Appeals Chamber), Case No. IT-94-1 «Priedor», Judgement of 15 July 1999.
12. Prosecutor v. Tihomir Blaškić, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-14 «Laľva Valley», Judgement of 3 March 2000.
13. Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-14/2 «Laľva Valley», Judgement of 26 February 2001.
14. Prosecutor v. Mladen «Tuta» Naletilić and Vinko Martinović, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-34, Judgement of 31 March 2003.
15. Prosecutor v. Ivica Rajić, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-12-R61, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61, 13 September 1996.
16. Prosecutor v. Tihomir Blaškić, ICTY (Trial Chamber I), Case No. IT-95-14 «Laľva Valley», Judgement of 3 March 2000. Declaration of Judge Shahabuddeen.
17. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I. C. J. Reports 1986, p. 14.
18. Prosecutor v. Tadić, ICTY (Appeals Chamber), Case No. IT-94-1 «Priedor», Judgement of 15 July 1999, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen.
19. Moir L. The Law of Internal Armed Conflict / Lindsay Moir. — Cambridge University Press, 2004. — XIX, 306 p.
20. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I. C. J. Reports 2007, p. 43.
21. Cassese A. The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia / Antonio Cassese // *The European Journal of International Law*. — 2007. — Vol. 18, No. 4. — P. 649–668.
22. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, International Criminal Court (ICC) (Pre-Trial Chamber), Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007.
23. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC (Pre-Trial Chamber), Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008.

### Анотація

**Гнатовський М. М.** Кваліфікація міжнародних збройних конфліктів у практиці міжнародних судових установ. — Стаття.

Проблема кваліфікації збройних конфліктів є ключовою для всіх без винятку випадків застосування МГП. Брак у договірному міжнародному праві точних дефініцій понять «збройний конфлікт», «міжнародний збройний конфлікт», «неміжнародний збройний конфлікт» та критеріїв їхнього визначення призводить до необхідності звертатися до практики міжнародних судових установ. Як показано у статті, ця практика теж не відзначається одноманітністю, проте є цінним дороговказом для правильної відповіді на питання кваліфікації міжнародних збройних конфліктів.

**Ключові слова:** збройний конфлікт, міжнародний збройний конфлікт, неміжнародний збройний конфлікт, загальний контроль, ефективний контроль, Міжнародний Суд, Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії, Міжнародний кримінальний суд.

### Аннотация

**Гнатовский Н. Н.** Квалификация международных вооруженных конфликтов в практике международных судебных учреждений. — Статья.

Проблема квалификации вооруженных конфликтов является ключевой для всех без исключения случаев применения международного гуманитарного права. Отсутствие в договорном международном праве точных дефиниций понятий «вооруженный конфликт», «международный вооруженный конфликт», «немеждународный вооруженный конфликт» и критериев их определения приводит к необходимости обращаться к практике международных судебных учреждений. Как показано в статье, такая практика также не отличается единообразием, но является ценным указателем для правильного ответа на вопросы квалификации международных вооруженных конфликтов.

**Ключевые слова:** вооруженный конфликт, международный вооруженный конфликт, немеждународный вооруженный конфликт, общий контроль, эффективный контроль, Международный Суд, Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, Международный уголовный суд.

### Summary

**M. M. Gnatovskyy.** Qualification of international armed conflicts in the jurisprudence of international courts and tribunals. — Article.

The problem of qualification of armed conflicts remains a key issue, without exception, for all cases when international humanitarian law is applied. International treaty law lacks precise definitions of what is an armed conflict, an international armed conflict or a non-international armed conflict, as well as criteria for their qualification. Therefore, it is reasonable to take a look at the jurisprudence of international courts and tribunals. As demonstrated in the article, such jurisprudence itself lacks consistency; however, it remains a valuable guide for finding the correct answer to questions related to the qualification of armed conflicts.

**Keywords:** armed conflict, international armed conflict, non-international armed conflict, overall control, effective control, International Court of Justice, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, International Criminal Court.

## ВПЛИВ МІЖНАРОДНОГО ЧИННИКА НА СТАНОВЛЕННЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ

**Актуальність теми.** Розбудова правової держави та формування громадянського суспільства в Україні є стратегічними пріоритетами сучасних демократичних перетворень, а наукові розробки у даній галузі характеризуються високою інтенсивністю їх проведення. Предметом досліджень українських правознавців є загальні та окремі проблеми становлення і розвитку теорії громадянського суспільства, які розглядаються в різних аспектах. Необхідність розробки і практичної реалізації концепції правової держави ставить перед вітчизняною теорією та практикою ряд комплексних проблем, однією з яких є поєднання загальносвітових закономірностей із конкретними особливостями та національною специфікою розгортання громадянського суспільства в Україні.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Стосовно концептуального оформлення та вивчення громадянського суспільства вагомими є доробки таких науковців, як В. Андрущенко, В. Барков, В. Бебик, В. Бех, І. Воронов, В. Горбатенко, В. Демидов, Т. Довгунь, Г. Зеленько, М. Калініченко, А. Карась, А. Колодій, І. Кресіна, А. Кудряченко, І. Курас, М. Михальченко, І. Пасько, Я. Пасько, М. Патей-Братасюк, В. Проценко, Т. Розова, Ф. Рудич, М. Рябчук, Ю. Тодика, Ю. Узун, В. Чепинога, О. Чувардинський, Ю. Шемшученко, Г. Щедрова та ін.

В найбільш загальному вигляді громадянським визнається лише таке суспільство, рівень розвитку якого гарантує його членам рівноправність, забезпечує захист їхніх прав і свобод та уможливорює створення й функціонування недержавних об'єднань громадян та неурядових організацій.

Як відомо, національне державотворення має відповідну специфіку, проте необхідно враховувати те, що сама ідея громадянського суспільства є загальнолюдським надбанням, а першорядне значення для правового забезпечення громадянського суспільства в Україні мають міжнародні правові акти.

**Мета дослідження.** Метою даної статті є дослідження та виклад положень міжнародно-правових актів, що встановлюють засади юридичного забезпечення прав людини, зокрема реалізацію одного із ключових прав, необхідних для функціонування громадянського суспільства, — права на об'єднання громадян, та діяльність неурядових організацій — як єдиної системи цінностей і норм.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Стосовно юридичного забезпечення прав людини міжнародним співтовариством в рамках ООН вироблено ряд документів: декларацій, актів та договорів. Перший з них — Загальна декларація прав людини (10 грудня 1948 р). Визнаючи природний характер прав людини, декларація проголосила, що «всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності і правах» (ст. 1), а «кожна людина повинна мати всі права і всі свободи, проголошені цією декларацією, незалежно від раси, кольору шкіри,

статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного чи соціального походження, майнового, станового або іншого становища» (ст. 2) [1].

Другим важливим міжнародним документом з прав людини є Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (16 грудня 1966 р.). У преамбулі пакту відзначається, що проголошені ним права впливають з властивої людській особі гідності, а ідеал людської особи, вільної від страху та нужди, можна здійснити лише за наявності таких умов, за яких кожен може користуватися своїми економічними, соціальними і культурними правами. Конкретний їх перелік розпочинається з проголошення права на працю і завершується правом на користування результатами наукового прогресу (ст.ст. 6–15). Згідно зі ст. 2 Пакту, держави, які приєдналися до нього, зобов'язалися в індивідуальному порядку і в порядку міжнародної допомоги та співробітництва, зокрема в економічній і технічній галузях, вжити в максимальних межах наявних ресурсів заходи щодо забезпечення поступового здійснення визначених у цьому документі прав усіма належними способами, включаючи, зокрема, ухвалення законодавчих актів. Держави також брали на себе зобов'язання гарантувати, що права, проголошені в Пакті, здійснюватимуться без будь-якої дискримінації [2].

Третій важливий документ у сфері прав людини — Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (16 грудня 1966 р.) проголошує широкий перелік основних прав і свобод, які повинні надаватися кожною державою всім особам, що перебувають у межах її території та під її юрисдикцією без дискримінації за будь-якими ознаками (п. 1. ст. 2). З цією метою його учасники взяли на себе зобов'язання вжити законодавчі або інші заходи відповідно до своїх конституційних процедур, які можуть виявитися необхідними для здійснення прав, визнаних у Пакті (п. 2. ст. 2). В Пакті підкреслюється рівність всіх перед законом (ст. 23) та визнається право осіб, які належать до етнічних, релігійних і мовних меншостей, користуватися своєю культурою, мовою та сповідувати свою релігію і виконувати її обряди (ст. 27).

Деякі положення цього Пакту стосуються питань, які регулюються також Пактом про економічні, соціальні і культурні права. Зокрема, це право кожної людини на свободу асоціації з іншими, включаючи право створювати профспілки і вступати до них для захисту своїх інтересів (п.1 ст. 22). У третій частині Пакту (ст.ст. 6–27) міститься конкретний перелік громадянських і політичних прав, які повинні бути забезпечені людині в кожній державі [3].

Зазначені три міжнародно-правові акти називають «Хартією прав людини». Юридична сила документів, що до неї входять, різна. Загальна декларація прав людини містить у собі норми-рекомендації — закріплені в ній положення бажані, але не обов'язкові для держав-членів ООН. Їхнє юридичне значення і сила виникає з того, що в міжнародному праві поряд з договором важливу роль відіграє і звичай, який формується в результаті міжнародної практики держав і поступово визнається ними правовою нормою. Зокрема, проголошені в Загальній декларації основні права і свободи: (1) розглядаються більшістю країн як юридично обов'язкові звичаєві чи договірні норми; (2) увійшли до конституцій багатьох країн світу; (3) використовуються при тлумаченні на-

ціонального законодавства з прав людини, а також у судовій практиці. Норми поведінки, що закріплені в Пактах, які по сутності є міжнародними договорами, вважаються обов'язковими для держав, що приєдналися до них. Засоби щодо втілення положень Пактів у життя містяться як в самих Пактах, так і в окремих документах — Факультативному протоколі до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права та другому Факультативному протоколі до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, спрямованому на скасування смертної кари.

Конституція України імплементувала основні положення міжнародно-правових актів з прав людини. Актуальність міжнародно-правових актів у сфері громадянського суспільства підсилюється можливістю використання і міжнародно-правових засобів забезпечення прав людини. Ст. 55 Конституції України дозволяє звернутися за захистом своїх прав і свобод до відповідних органів міжнародних установ і організацій, членом або учасником яких є Україна. Фактично всі нормативні перешкоди на шляху до забезпечення прав і свобод людини і громадянина усунені тим, що норми Конституції є нормами прямої дії. Це гарантує можливість звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод громадянина безпосередньо на підставі Конституції України. Визначальним кроком у цьому напрямку стала ратифікація Україною у 1997 р. Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. [4]. Громадяни України отримали можливість звертатися за захистом своїх порушених прав до Європейського суду з прав людини. Приєднавшись у 1990 р. до факультативного протоколу Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р., Україна також визнала компетенцію Комітету ООН з прав людини щодо розгляду індивідуальних скарг громадян України стосовно порушення їх прав і свобод, гарантованих цим пактом [5].

Європейська законотворчість та практика стосовно громадянського суспільства виходять із необхідності безумовного виконання та гарантування одного із основоположних прав людини — права на свободу зібрань та об'єднання. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, прийнята у 1950 р., встановлює свободу мирних зібрань і свободу об'єднання з іншими особами, в тому числі створювати профспілки та вступати до них для захисту своїх інтересів (ст. 11) [6].

Окрім того, акти міжнародних органів, організацій та форумів звертають увагу держав на необхідність сприяння співробітництву між національними установами з прав людини та неурядовими організаціями. Паризькі принципи щодо статусу національних установ із захисту і заохочення прав людини, прийняті на Першій міжнародній нараді національних установ з прав людини (9 жовтня 1991 р.), а згодом схвалені Генеральною асамблеєю ООН та Комісією ООН з прав людини, рекомендують національним установам розвивати відносини з неурядовими організаціями, які займаються захистом та заохоченням прав людини, соціальним і економічним розвитком, боротьбою проти расизму, захистом особливо вразливих груп. Паризькі принципи конкретизують один із напрямків такого співробітництва, передбачаючи, що до складу національ-

них установ повинні входити також і представники неурядових організацій, компетентних у відповідних галузях суспільного життя. Таким чином, як міжнародні стандарти у цій сфері, вони визначають, зокрема, додаткову роль неурядових організацій у діяльності національних установ. В національних законодавствах більшості країн світу, де створені такі установи, міжнародне співробітництво національних установ, у тому числі з неурядовими організаціями, закріплене як один із напрямів їх функціонування. Співробітництво міжнародних неурядових організацій (далі — МНУО) та національних організацій полягає у консультаціях, обміні інформацією, активній взаємодії у вирішенні спеціальних питань.

Важлива роль міжнародних громадських організацій у справі захисту прав людини і в гуманітарній діяльності на національному, регіональному та міжнародному рівнях, була підкреслена на Всесвітній конференції з прав людини і як результат знайшла визнання у Віденській декларації та Програмі дій від 25 червня 1993 р. (п. 38) [7].

Генеральна Асамблея ООН у своїх резолюціях не раз підкреслювала важливу і конструктивну роль, яку неурядові організації можуть відігравати у співробітництві з національними установами у вдосконаленні діяльності щодо захисту і заохочення прав людини. Стаття 16 Декларації «Про право і обов'язок окремих осіб, груп та органів суспільства заохочувати і захищати права людини і основні свободи», яка була прийнята резолюцією Генеральної Асамблеї ООН в 1999 р., говорить про те, що неурядові організації відіграють важливу роль в сприянні більш глибокому розумінню громадськістю питань, пов'язаних зі всіма правами людини і основними свободами, шляхом такої діяльності, як просвітництво, професійна підготовка та дослідження в цих галузях [8].

Спільною для вищеназваних документів про співробітництво між неурядовими організаціями та національними установами з прав людини є загальна ідея про те, що хоча вони є різними за своєю природою та складом, проте мають спільну мету — захист прав людини.

Питання співробітництва неурядових організацій та національних установ стали предметом обговорення на регіональних міжнародних форумах, де учасники виробляли механізми співпраці у різних сферах, а також відповідні рекомендації урядам щодо сприяння такому співробітництву. Наприклад, третя регіональна зустріч Азіатсько-Тихоокеанського форуму національних установ з прав людини (Джакарта, Індонезія, 1998 р.) рекомендувала національним установам здійснити заходи для заохочення більш ефективної співпраці з неурядовими організаціями, які б включали, зокрема: заохочення урядів призначати осіб з неурядових організацій як членів національних установ з прав людини; створення консультативних органів при національних установах з прав людини, до складу яких повинні входити представники громадянського суспільства; розширення навчальної діяльності, яка б включала штат із представників від національних установ та неурядових організацій; надання можливості неурядовим організаціям проводити дослідження від імені національних установ з прав людини [9].

Кандійська Програма дій «Співробітництво між національними установами з прав людини та неурядовими організаціями», яка була прийнята членами Азіатсько-Тихоокеанського форуму національних установ з прав людини на нараді у м. Канді (Шрі Ланка, 26–28 липня 1999 р.), визначила механізми співробітництва національних установ та неурядових організацій, а також визначила шляхи співпраці в окремих областях, зокрема, в питаннях розгляду скарг та проведення розслідування, законодавства, відносин з законодавчими органами та спільної міжнародної діяльності [10].

Причиною уваги до МНУО на міжнародному рівні полягають у їх ролі та значенні — їх діяльність охоплює сьогодні, практично, всі сфери міжнародних відносин. МНУО є носіями світової громадської думки, інституалізованими суб'єктами світового громадянського співтовариства. Вони мають забезпечувати умови для реалізації на міжнародному рівні потреб та інтересів, цілей та прагнень громадянських суспільств. У липні 2002 р. учасники багатосторонньої зустрічі, організованої Радою Європи у Страсбурзі, прийняли «Фундаментальні принципи щодо статусу неурядових організацій в Європі», де були вперше систематизовані основні європейські стандарти у цій галузі [11].

Однак найбільш повний та систематизований звіт загальновизнаних європейськими державами стандартів щодо розвитку взаємодії держав із неурядовими організаціями міститься у «Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам — членам стосовно правового статусу неурядових організацій у Європі № СМ / Рес (2007) 14» (далі — Рекомендація). Цей документ був прийнятий Комітетом Міністрів Ради Європи 10 жовтня 2007 р. Він визначає рекомендовані нормативно-правові параметри для функціонування НУО як одного із найважливіших інститутів громадянського суспільства. Його дієвість спирається на Ст. 15 Статуту Ради Європи [12].

За визначенням Рекомендації термін «неурядові організації» включає в себе добровільні самоврядні об'єднання або організації, створені для реалізації некомерційних завдань їхніх засновників або членів. До них не належать політичні партії [13].

Цей документ має системний характер. Його текст містить приписи стосовно всіх важливих питань для утворення та оптимального функціонування НУО. У ньому сформульовані загальні принципи правового положення НУО, відстоюється свобода вибору ними цілей своєї діяльності, прописані порядок утворення організацій і членства в них, розглянуті питання правосуб'єктності НУО (зокрема, набуття правосуб'єктності, створення відокремлених підрозділів, внесення змін до установчих документів, припинення правосуб'єктності, статус іноземних НУО), порядок управління НУО, майнові та фінансові питання (збір внесків, право власності, державна підтримка НУО), підзвітність і відповідальність НУО та їх участь у прийнятті рішень органів влади.

**Висновки.** Таким чином, ідеї, що виступають в якості засад створення та функціонування громадянського суспільства і належать до вершин гуманітарної думки сучасності, мають не тільки загальноцивілізаційну спрямованість,

а й універсальний нормативний характер завдяки своєму оформленню. Саме тому величезне значення для правового забезпечення громадянського суспільства в Україні мають відповідні міжнародні правові акти, в першу чергу ті із них, які гарантують та регламентують права людини, зокрема реалізацію права на об'єднання громадян, а також діяльність неурядових організацій. Серед цих актів містяться документи, які не тільки проголошують загальні принципи реалізації цих прав, але й унормовують цілий комплекс питань щодо діяльності міжнародних неурядових організацій, і містять конкретні рекомендації стосовно творення нормативно-правової бази для діяльності неурядових організацій на національному рівні.

### Література

1. Всеобщая декларация прав человека от 10.11.1948. — Верховна Рада України. Офіційний веб-сайт // Законодавство України [Електронний ресурс] — Режим доступу : [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_015](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_015)
2. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права / Прийнято 16. 12. 1966 г. Генеральною Асамблеєю ООН. Док. ООН A/RES/2200 A (XXI). — Верховна Рада України. Офіційний веб-сайт // Законодавство України [Електронний ресурс] — Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_042](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_042)
3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права / прийнято 16 грудня 1966 року Генеральною Асамблеєю ООН. Док. ООН A/RES/2200 A (XXI). — Верховна Рада України. Офіційний веб-сайт // Законодавство України [Електронний ресурс] — Режим доступу : [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_043](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_043)
4. Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17.07.1997 № 475/97-ВР. — Верховна Рада України. Офіційний веб-сайт // Законодавство України [Електронний ресурс] — Режим доступу : [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=475\\_%2F97-%E2%F0](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=475_%2F97-%E2%F0)
5. Факультативний протокол до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права ООН від 16.12.1966. — Верховна Рада України. Офіційний веб-сайт // Законодавство України [Електронний ресурс] — Режим доступу [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_086](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_086)
6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. — Верховна Рада України. Офіційний веб-сайт // Законодавство України [Електронний ресурс] — Режим доступу [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_004](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_004)
7. Віденська декларація від 25.06.1993. — Верховна Рада України. Офіційний веб-сайт // Законодавство України [Електронний ресурс] — Режим доступу [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994\\_189](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_189)
8. Декларация о праве и обязанности отдельных лиц, групп и органов общества поощрять и защищать общепризнанные права человека и основные свободы от 09.12.1998. — Верховна Рада України. Офіційний веб-сайт // Законодавство України [Електронний ресурс] — Режим доступу [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_349](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_349)
9. The Third Annual Meeting of the Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions was held in Jakarta, Indonesia, from 7 to 9 September 1998. — The Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://www.asiapacificforum.net/about/annual-meetings/3rd-indonesia-1998/downloads/final.pdf>
10. Kandy Program of Action: Cooperation Between National Institutions and Non-Governmental Organizations. The Program of Action. — The Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions [Електронний ресурс] — Режим доступу : [http://www.asiapacificforum.net/support/training/regional-workshops/non-government-organisations/downloads/Kandy\\_Program\\_of\\_Action.doc/at\\_download/file](http://www.asiapacificforum.net/support/training/regional-workshops/non-government-organisations/downloads/Kandy_Program_of_Action.doc/at_download/file)



11. Фундаментальні принципи щодо статусу неурядових організацій в Європі від 5.07.2002 р. // Юридичний вісник України. — 2002. — № 50 / Український незалежний центр політичних досліджень [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://www.ucipr.kiev.ua/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=5850>
12. Статут Ради Європи від 5.05.1949. — Рада Європи. Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://www.coe.kiev.ua/docs/cets/cets001.html>
13. Рекомендація Ради Європи CM/Rec(2007)14 щодо правового статусу неурядових організацій в Європі від 10.10.2007. — Держінформ'юст. Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/0/23578>

### Анотація

**Рога Н. В.** Вплив міжнародного чинника на становлення громадянського суспільства в Україні. — Стаття.

Статтю присвячено міжнародно-правовим аспектам формування громадянського суспільства в Україні. Наголошується, що створення і нормальне функціонування громадянського суспільства пов'язане із розвитком міжнародно-правового механізму захисту прав людини та міжнародної регламентації діяльності неурядових організацій.

**Ключові слова:** громадянське суспільство, права людини, міжнародні неурядові організації, міжнародні стандарти, співробітництво.

### Аннотация

**Рога Н. В.** Влияние международного фактора на становление гражданского общества в Украине. — Статья.

Статья посвящена международно-правовым аспектам формирования гражданского общества в Украине. Акцент сделан на том, что создание и нормальное функционирование гражданского общества связано с развитием международно-правового механизма защиты прав человека и международной регламентации деятельности неправительственных организаций.

**Ключевые слова:** гражданское общество, права человека, международные неправительственные организации, международные стандарты, сотрудничество.

### Summary

**Roga N. V.** The influence of international factor to the establishment of civil society in Ukraine. — Article.

The article deals with international law aspects of formation of civil society in Ukraine. The establishment and normal functioning of civil society allegedly depends on development of international law human rights protection mechanism and international regulation of activities of non-governmental organizations.

**Keywords:** civil society, human rights, international non-governmental organizations, international standards, cooperation.

## ГЛОБАЛЬНА БОРОТЬБА З РАСОВОЮ ДИСКРИМІНАЦІЄЮ ТА ІМПЕРАТИВІЗАЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Глобалізація являє собою складний багатовекторний процес, який відкриває перед людством багато можливостей і посилює багато небезпек. Расова дискримінація, у всіх її проявах, належить до останніх. Світова спільнота визнає існування цієї глобальної загрози і здійснює заходи, спрямовані на її мінімізацію. В Резолюції Генеральної Асамблеї ООН 64/157, що була прийнята 18 грудня 2009 року, — «Сприяння встановленню демократичного і справедливого міжнародного порядку» — міститься заклик до «встановлення міжнародного порядку, заснованого на загальній участі, справедливості, рівності і рівноправ'я, пошані людської гідності» і до «відмови від всіх доктрин соціального відчуження, заснованих на расизмі, расовій дискримінації, ксенофобії і пов'язаних з ними нетерпимості», а також підкреслюється, що «міжнародному співтовариству украй важливо забезпечити, щоб глобалізація стала позитивною силою для всіх народів миру і що глобалізації можна додати повною мірою всеосяжний і справедливий характер» [1]. В прийнятій 19 грудня 2011 року Резолюції 66/144 «Глобальні зусилля, що спрямовані на повну ліквідацію расизму, расової дискримінації, ксенофобії та пов'язаної з ними нетерпимості та всеосяжне здійснення й прийняття подальших заходів з виконання Дурбанської декларації та Програми дій», Генеральна Асамблея ООН назвала глобальну боротьбу з расовою дискримінацією у всіх її проявах «першочерговим завданням усього міжнародного співтовариства» та визнала, що «відступ від дотримання заборони расової дискримінації, геноциду, злочину апартеїду або рабства не допускається...» [2]. Таким чином, на рівні Генеральної Асамблеї ООН був знов підкреслений імперативний характер заборони расової дискримінації.

Завдання боротьби з расовою дискримінацією вимагає серйозного наукового забезпечення. Важливі аспекти принципу недискримінації досліджували в своїх працях М. Буроменський, О. Водянніков, В. Євінтов, О. Мартиненко, В. Мицик, С. Погребняк, О. Поєдинок, П. Рабінович, О. Руднева, А. Савченко, Т. Таіров, С. Шевчук та інші українські вчені. Антидискримінаційна проблематика досить широко висвітлюється в російській юридичній літературі; нею займаються, зокрема, А. Абашидзе, Н. Бабаян, М. Варламова, О. Вашанова, В. Губин, Л. Залиханова, В. Карташкин, Н. Козюк, Г. Комкова, Е. Коршунова, С. М. Кочои, Н. Кравчук, В. Крусс, А. Осипов, М. Пожидаєва, М. Супрунова, М. Тімофеев та інші дослідники. Питанням боротьби із дискримінацією приділяється велика увага в західній юриспруденції. Її розглядають, зокрема, М. Бантон, М. Белл, М. Боссьют, І. М. Коннолі, А. Коппельман, С. Фредман, Н. Лернер, С. Макгрудден, М. Маківен, Дж. Ньессен, Н. Осін, Р. Тоуншенд-Сміт, Р. Ханскі, І. Чопін, М. Шейнин. Необхідність вдосконалення міжнародно-

правового механізму протидії расовій дискримінації свідчить про очевидну актуальність вивчення цього соціально-правового і політичного феномену.

Метою цієї статті є визначення сучасних тенденцій у правовій протидії расовій дискримінації через призму практики міжнародних судових установ; аналіз інтерпретаційних новацій у міжнародно-правовому просторі всесвітньої боротьби з найбільш серйозними порушеннями фундаментальних прав людини.

«Сьогодні в різних частинах світу відбуваються битви між різними культурними та расовими групами, причому деякі з них призвели до трагічних наслідків і великого кровопролиття. Криваві війни такого походження відбулися в Боснії — Герцеговині (на теренах колишньої Югославії), в Ефіопії (Африка), у Грузії (що входила до складу колишнього Радянського Союзу)», — зазначає Є. Гіденс [3]. Звертаючись до подій кінця ХХ століття, Дж. Олока-Оньянго в своєму дослідженні «Глобалізація в контексті збільшення числа випадків расизму, расової дискримінації і ксенофобії», здійсненому за завданням Підкомісії по попередженню дискримінації і захисту меншин, констатує: «Дев'яності роки інакше як часом драматичних глобальних подій в тому, що стосується расизму, расової дискримінації і ксенофобії, не назвеш. З одного боку, вони стали десятиліттям остаточного краху офіційного апартеїду в Африці, а з іншого — часів геноциду в Руанді. Вони одночасно є десятиліттям як «багатокультурного суспільства», так і «етнічних чисток». У цілому відбувається тривожне зростання масштабів расизму, расової дискримінації і ксенофобії, і, зокрема, поширення жорстоких і небезпечних форм расизму зі згубною етнічною диференціацією. У багатьох відношеннях позитивні і негативні зміни в даній області можуть бути пов'язані з глобалізацією» [4].

«Заборона расової дискримінації вважається однією з найважливіших норм міжнародного права у сфері прав людини, яка має статус *jus cogens*, тобто імперативних норм міжнародного права, відступ від яких не допускається... Процеси глобалізації в деяких стосунках не забезпечують дотримання цієї основоположної вимоги недискримінації...», — ствержує Дж. Олока-Оньянго [5].

Норми *jus cogens* — це не окреме джерело міжнародного права, а особливий статус певних його норм. Не може існувати «закону», вищого за загальнолюдські цінності, — теза із теорії природного права, яка є основою концепції *jus cogens*. Жодна норма ані міжнародного, ані національного права не може ієрархічно стояти на вищій щаблі, ніж норми *jus cogens* [6]. М. Шоу стверджує, що «концепція *jus cogens* засновується на визнанні фундаментальних та найвищих цінностей» [7]. Становлення цього правового інституту, який еволюціонував упродовж тривалого періоду [8], можна назвати одним з найскладніших теоретико-правових процесів. Дотепер багато дискусій виникає навколо їхньої виключної належності до тої чи іншої родової групи норм міжнародного права (наприклад, звичаєвих норм), а також притаманності характеру *jus cogens* окремим джерелам міжнародного права (загальним принципам права і навіть Статуту ООН загалом). Отже, однозначної думки щодо даного питання не існує, але, водночас, зрозуміло, що не приналежність до тієї чи іншої родової групи норм міжнародного права, а саме неухильність дотримання та неможли-

вість заперечення державою норми *jus cogens* є її основною характеристикою та ознакою [9].

Питання про перелік існуючих імперативних норм у сучасному міжнародному праві не має однозначної відповіді. Для доведення існування норми *jus cogens* доцільно звертатись до праць загальновідомих авторитетних вчених, рішень міжнародних судових установ, насамперед, Міжнародного Суду ООН, а також до рішень національних судів міжнародних декларацій як прояву практики держав та *opinio juris*. Аналіз вищезгаданих джерел дозволяє зробити висновок, що імперативним статусом наділені норми, які забороняють агресивне застосування сили, расову дискримінацію, геноцид, работоргівлю, піратство та катування. Такий їх перелік визнається багатьма авторитетними вченими [10]. Існує думка, підтримана Міжнародним трибуналом по колишній Югославії, що заборона та покарання злочинів проти людства та воєнних злочинів є також нормами *jus cogens*, але ще не можна констатувати однозначне загальносвітове визнання згаданих норм як імперативних [11]. Міжнародний Трибунал по колишній Югославії у справі *Kupreskic*, зокрема, зазначив: «Більшість норм міжнародного гуманітарного права, зокрема ті, що встановлюють заборону воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноцид, також є імперативними нормами міжнародного права або *jus cogens*, тобто від дотримання яких не можна відмовитись та які не можна змінити іншими нормами» [12].

Варто зазначити, що норми *jus cogens* є матеріальними заборонними нормами, більшість з яких стосується захисту фундаментальних прав людини — таких як свободи від расової дискримінації, фізичного знищення за приналежність до певної групи, тортур, та ін. Ще у справі *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)* (1960–1966) суддя Танака висловив особливу думку, що «якщо ми можемо представити на міжнародній арені категорію права, а саме *jus cogens*, яку останнім часом вивчає Комісія міжнародного права, свого роду імперативне право, що є протиставленням *jus dispositivum*, та яке держави зможуть змінювати визначеним шляхом згоди, очевидно, що право захисту прав людини може розглядатись як таке, що відноситься до *jus cogens*» [13].

Незважаючи на те, що дискусію щодо норм *jus cogens* важко визнати завершеною, доктрина ієрархії міжнародно-правових норм набуває все більше число прихильників [14]. Неприйнятність будь-яких форм расової дискримінації знайшла визнання як імперативна норма міжнародного права тільки в останні десятиліття. Російський дослідник О. Вашанова, поширюючи статус норми *jus cogens* на принцип недискримінації в цілому, пише: «З моменту проголошення принципу недискримінації в Статуті ООН ... він зміцнився в міжнародній правовій системі і став імперативною нормою *jus cogens*» [15].

Згода держав на надання загальнообов'язкового статусу окремим нормам, від дотримання яких не може відступити жоден суб'єкт, свідчить, на наш погляд, про «імперативізацію» міжнародного права. Мова йде не про тотальну «імперативізацію», а про тенденцію підвищення юридичних гарантій дотри-

мання державами певних норм міжнародного права, які забороняють поведінку, визнану міжнародною спільнотою як найбільш загрозливу для світового правопорядку та прав людини [16]. Повною мірою це стосується заборони расової дискримінації.

Відомо, що як й будь-яка консервативна система, призначенням якої є збереження інтересів її елементів, міжнародне право з обережністю відноситься до введення нових правових інститутів, особливо якщо їх правова характеристика не враховує традиційного впливу суб'єктів на їх долю. Існування та юридична природа контраверсійної норми міжнародного права зазвичай підтверджується її застосуванням Міжнародним Судом ООН та відповідним тлумаченням. У питанні щодо застосування норм *jus cogens* Міжнародний Суд проявив надзвичайну обережність. Цитуючи висновки Комісії міжнародного права та інші джерела, Суд у своїх рішеннях посилався на універсальні принципи міжнародного звичаєвого права або використовував інші формулювання, до недавнього часу уникаючи безпосереднього застосування терміну «*jus cogens*», хоча і згадував про існування такої концепції.

У справі *Nicaragua v. United States of America* (1986) Міжнародний Суд зазначив: «Про подальше підтвердження правомірності принципу заборони застосування сили як норми звичаєвого міжнародного права, закріпленого у статті 2, пункті 4 Статуту Організації Об'єднаних Націй, свідчить той факт, що на нього посилаються численні представники держав у своїх аргументах, і не тільки як на принцип звичаєвого міжнародного права, а як на фундаментальний та головний його принцип. Комісія міжнародного права в ході своєї роботи з кодифікації права договорів висловила думку, що «право Статуту ООН щодо заборони застосування сили являє собою явний приклад норми міжнародного права, що має характер *jus cogens*»... Нікарагуа в своєму Меморандумі по справі стверджує, що принцип заборони застосування сили, встановлений у статті 2, пункті 4 Статуту Організації Об'єднаних Націй, «здобув визнання як *jus cogens*». Сполучені Штати у своєму контрмеморандумі з питань юрисдикції та допустимості вважали необхідним процитувати думки вчених, які визнають цей принцип «універсальною нормою», «універсальною нормою міжнародного права», «загальновизнаним принципом міжнародного права» і «принципом *jus cogens*» [17].

У своєму рішенні по справі *The Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996) Міжнародний Суд постановив, що норми гуманітарного права, які застосовуються щодо збройних конфліктів, є настільки фундаментальними з точки зору поваги до людської особистості та «елементарних міркувань людяності», що Гаазькі та Женевські конвенції набули універсального характеру [18]. Таким чином, ці фундаментальні норми мають бути дотримані всіма державами, незалежно від того, чи є ці держави учасниками відповідних конвенцій, тому що вони являють собою непорушні принципи міжнародного звичаєвого права [19].

Варто підкреслити, що до недавнього часу Міжнародний Суд ООН не викремлював норми *jus cogens* у своїх рішеннях. Згадуючи деякі універсаль-

ні (фундаментальні) норми міжнародного права та надаючи їм статус таких, що зобов'язують все міжнародне співтовариство їх дотримуватись, він, тим не менш, у своїх рішеннях не називав їх конкретно нормами *jus cogens*, як це робили інші міжнародні судові установи, зокрема, Міжнародний кримінальний трибунал по колишній Югославії, який у справі *Prosecutor v. Anto Furundzija* (1998) встановив, що «...заборона тортур є імперативною нормою *jus cogens*...» [20], — це твердження Трибуналу неодноразово цитувалось й іншими міжнародними судовими органами.

Європейський Суд з прав людини у справі *Al-Adsani v. United Kingdom* підкреслив, що існує достатня судова практика для того, щоб вважати аксіомою віднесення заборони тортур до імперативних норм міжнародного права, таким чином ще раз нагадуючи про існування абсолютної заборони певної поведінки на міжнародно-правовому рівні [21]. Національні суди також застосовували концепцію *jus cogens* до Міжнародного Суду ООН. У справі *Nulyarimta v. Thompson* (1999) Федеральний Суд Австралії встановив, що «заборона геноциду є імперативною нормою звичаєвого міжнародного права (*jus cogens*), яка має наслідком виникнення непорушного зобов'язання *erga omnes*» [22]. Крім того, відомими справами, які підтвердили існування практики посилення на імперативний характер норм, є *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate: Ex Parte Pinochet Ugarte* (1999) [23]; *Ferrini v. Federal Republic of Germany* (2004) [24] та інші.

Міжнародний Суд ООН, втім, продовжував уникати використання поняття «*jus cogens*», викликаючи нерозуміння з боку багатьох вчених та власних суддів. В окремих та особливих думках судді цього Суду по різноманітних справах неодноразово застосовували цей термін, тим самим виявляючи незгоду з консервативною позицією Суду. У окремій думці до Наказу 1993 року по справі *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia case)* суддя Лаутерпахт зазначав, що «у випадку конфлікту між рішенням Ради Безпеки ООН та зобов'язанням за відповідною угодою вирішення цієї колізії за допомогою статті 103 Статуту ООН неможливе — через просту ієрархію норм, — якщо мова йде про конфлікт між резолюцією Ради Безпеки та нормою *jus cogens*» [25].

Характерно, що Міжнародний Суд ООН, уникаючи посилення на імперативні норми міжнародного права, тим не менш ще у 60-х роках минулого століття запровадив, та послідовно використовував, теорію існування зобов'язань *erga omnes* («відносно кожного», лат.), що означає зобов'язання загального характеру, які держава має не стосовно іншої конкретної держави чи групи держав, а щодо всього міжнародного співтовариства [26]. «Становлення концепції зобов'язань *erga omnes* відбувалося саме під впливом міжнародної судової практики», — підкреслює О. О. Коптева [27].

О. В. Кіївець стверджує: «Співвідношення між нормами *jus cogens* та зобов'язаннями *erga omnes* можна визначити наступним чином. Характер *jus cogens* свідчить про «вагомість» або особливе значення норм, а зобов'язання *erga omnes* відображає «обсяг» або «сферу охоплення», що має процедурне зна-

чення. Норми *jus cogens* в обов'язковому порядку мають «обсяг» *erga omnes*, водночас не всі зобов'язання *erga omnes* мають «вагомість» *jus cogens*» [28]. «В той же час, зіставляючи поняття зобов'язань *erga omnes* і норм *jus cogens*, ми бачимо у них щось загальне, — вважає О. О. Мережко. — По-перше, вони містять в собі поняття міжнародного співтовариства. По-друге, перелік прикладів цих явищ права значною мірою співпадає. По-третє, як можна помітити, обидва явища в основному складаються із заборон морального порядку. Крім того, з емоційної точки зору, ці психічні переживання посилюються тим, що заборони, що лежать в основі зобов'язань *erga omnes* і норм *jus cogens*, мають подвійну психологічну природу: не лише правову, але також моральну. Порушуючи зобов'язання *erga omnes* і норми *jus cogens*, людина тим самим порушує також і норми моральності, норми міжнародної моралі. Розглядаючи ці явища в такому ракурсі, слід мати на увазі, що публічний порядок в національному праві включає такий сегмент, як мораль, а з точки зору психологічної теорії права є вираженням інтуїтивного права, що дозволяє судді відмовити в застосуванні норми офіційного або позитивного права, якщо ця норма суперечить його інтуїтивно-правовим уявленням про право і справедливість. Аналогічну роль можуть грати зобов'язання *erga omnes* і норми *jus cogens* в міжнародному судочинстві» [29].

В юридичному розумінні набуття міжнародним зобов'язанням характеру *erga omnes* означає існування навіть у держави, що не є учасницею відповідної міжнародної угоди, права *locus standi*. У справі *Barcelona Traction* Суд встановив, що існує суттєва відмінність між зобов'язаннями стосовно всього міжнародного співтовариства та окремої держави. Перші за своєю природою зачіпають інтереси всіх держав, отже, всі держави мають право на правовий захист при їх порушенні. Суд у рішенні по цій справі сформулював думку, що зобов'язання держав характеру *erga omnes* «впливають із заборони актів агресії і геноциду, а також з принципів і норм, що стосуються основних прав людини, включаючи захист від рабства та расової дискримінації. Деякі з відповідних прав на захист стали частиною загального міжнародного права (Застереження до Конвенції про запобігання та покарання злочину геноциду, консультативний висновок, I. C. J. Reports 1951, с. 23), іншим було надано міжнародними документами універсального або квазіуніверсального характеру» [30].

А. Біанчі з цього приводу зазначає, що про «той факт, що Міжнародний Суд ніколи не був в захваті від ідеї норми *jus cogens*, — яка не є, за загальним визнанням, правовою категорією його власного творіння — додатково свідчить і альтернативне використання Судом поняття зобов'язання *erga omnes*. Хоча ці два поняття можуть доповнювати один одного, вони залишаються різними, і розглядати їх як синоніми не можна через ризик підризу юридичної своєрідності кожної з цих категорій [31].

Парадоксальні наслідки цього підходу очевидні у Консультативному висновку щодо справи *Israeli Wall*, в якому Міжнародний Суд підтвердив позицію Комісії міжнародного права щодо наслідків серйозного порушення імперативних норм, але сформулював її як порушення зобов'язань *erga omnes*» [32].

В особливій думці по справі *South West Africa* (1966) суддя Танака заявив, що «норма недискримінації або несепарації на підставі раси стала нормою міжнародного звичаєвого права» [33]. Він також розглядав юридичну природу правової норми заборони дискримінації: «Є питання, чи існує правова норма недискримінації та несепарації у міжнародному співтоваристві, як заявляє аплікант. Поза сумнівами, що практично в усіх національних правових системах існують закони проти дискримінації та сегрегації, що може бути доведено будь-яким порівняльним дослідженням. Визнання цієї норми цивілізованими країнами можна вважати встановленим. Беручи до уваги історично-правові особливості часу, коли були зроблені вищевказані заяви, можна дійти висновку про неминучість універсального визнання заборони расової дискримінації як ієрархічно превалюючої норми міжнародного права.

Міжнародний Суд ООН неодноразово підкреслював фундаментальність заборони расової дискримінації. Так, у Консультативному висновку щодо *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South African in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution* (1971) Суд зазначив, що «встановлення відмінностей, винятків, заборон та обмежень, виключно на підставах раси, кольору шкіри, походження, національної або етнічної належності, що веде до позбавлення основних прав людини, є грубим порушенням цілей та принципів Статуту (ООН)» [34].

Безперечне віднесення Міжнародним Судом ООН зобов'язання запобігати расовій дискримінації до зобов'язань характеру *erga omnes*, враховуючи специфічне відношення даного органу до концепції *jus cogens*, можна вважати символічним стартом міжнародної судової практики, яка доводить аксіоматичність імперативності заборони расової дискримінації.

Вкрай важливо, що у недавніх рішеннях Міжнародний Суд ООН змінив власний формальний підхід та безпосередньо у рішеннях, а не в окремій думці суддів, згадав норми *jus cogens*, позаяк багато традиційно налаштованих (передусім, західних) вчених-міжнародників у дискусіях про існування норм *jus cogens* звертались саме до факту невизначеного ставлення Суду ООН до цього питання. У справі *Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* (нова заява, 2002) Суд дозволив собі наступне формулювання: «Суд, розглядаючи аргумент Конго щодо застереження Руанди до статті IX Конвенції про запобігання геноциду, яке слід вважати таким, що не має юридичної сили через те, що воно суперечить імперативній забороні геноциду, встановив, що імперативний характер міжнародної норми не забезпечує підстави для юрисдикції Суду, яка завжди базується на згоді сторін ... Зрештою, Суд вважає за необхідне нагадати, що виключно факт того, що предметом спору є права та зобов'язання *erga omnes* або імперативні норми загального міжнародного права (*jus cogens*), не може сам по собі визначати необхідність виключення з принципу, що його (Суду) юрисдикція завжди залежить від згоди сторін» [35].

Революційна мова Суду, яка, тим не менш, не призвела до практичних наслідків по справі, була прокоментована в окремій думці по цій справі суддею Дугардом, який відзначив наступне: «Це перший випадок, коли Міжнародний



Суд дав свою підтримку поняттю *jus cogens*. Дивно, що Суду знадобилось стільки часу, щоб прийти до цього, адже він не вагаючись використовував концепцію зобов'язань *erga omnes*, яка разом з *jus cogens* підтверджує існування нормативної ієрархії міжнародного права. Сам Суд запровадив теорію зобов'язань *erga omnes* у 1970 році в справі *Barcelona Traction...* та нещодавно підтвердив свою позицію щодо неї в Консультативному висновку щодо справи стосовно *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (I. C. J. Reports 2004, p. 136, para. 155)*. До теперішнього рішення Суд ретельно та свідомо уникав використання поняття *jus cogens*, не дивлячись на численні можливості...». За думкою судді Дугарда, підтримка Судом концепції імперативних норм міжнародного права сприятиме підвищенню ефективності та цілісності міжнародного права шляхом заохочення до прийняття рішення, які відповідають загальним цілям міжнародного правового порядку [36].

У рішенні 2007 року по справі *Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* Суд підтвердив свою прихильність щодо чинності поняття *jus cogens*, зазначивши, що аргумент Боснії відносно актів геноциду та інших протизаконних діянь, вчинених проти «не-сербів» поза територією Боснії та Герцеговини (як і на її території) «може стосуватись потерпілих-небоснійців, що викликає питання про існування права подання спору на розгляд з боку заявника щодо таких актів та важливості характеру *jus cogens* відповідних норм та характеру *erga omnes* відповідних зобов'язань» [37].

Однією з останніх резонансних справ, що знаходиться на розгляді у Міжнародному Суді ООН, є справа «Грузія проти Росії» (*Georgia v. Russia*). У позові, що був поданий грузинською стороною 12 серпня 2008 року, стверджується, що Росія не дотрималась зобов'язань, взятих на себе згідно з Конвенцією про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1965 р. (ст.ст. 2, 3, 4, 5 та 6). У позові наголошується, що порушення положень Конвенції були вчинені Російською Федерацією тричі в період з 1990 по 2008 роки під час інтервенцій на території Абхазії та Південної Осетії за підтримки місцевих сепаратистських сил. Зустрічні аргументи російської сторони, крім юрисдикційних, також містять претензії щодо порушення норм міжнародного права Грузією, наголошуючи на її дискримінаційній поведінці відносно мешканців Абхазії та Південної Осетії [38]. Хоча суд прийняв рішення десятима голосами проти шести, що відповідно до Конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації він не володіє юрисдикцією для вирішення спору по суті, справа зберігає історичне значення як перший спір за участю Росії, яка постала перед Міжнародним судом. Це був також перший випадок, коли Міжнародний Суд мав безпосередньо інтерпретувати положення Конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації.

Імперативність заборони будь-яких форм расової дискримінації підтверджено у регіональних судах з прав людини. Так, Міжамериканський суд з прав людини заявив, що загальний принцип рівності, під яким мається на увазі зобов'язання здійснення прав людини без дискримінації, досяг статусу імперативної норми міжнародного права завдяки його тісному зв'язку з люд-

ською гідністю та через його універсальне визнання: «Суд має визначити, чи є [принцип рівності і недискримінації] принципом *jus cogens*. ... На сьогодні жодний правовий акт, який суперечить цьому фундаментальному принципу, не є дійсним; дискримінаційне поводження з будь-якою людиною через її стать, расу, колір шкіри, мову, релігію або віру, політичні чи інші переконання, національне, етнічне або соціальне походження, громадянство, вік, економічне становище, майновий або сімейний стан, народження чи іншу ознаку є неприйнятним. Цей принцип (рівності й недискримінації) є частиною загального міжнародного права. В існуючій стадії розвитку міжнародного права він набув статусу *jus cogens*» [39].

У справі *East African Asians v. United Kingdom* Європейська комісія з прав людини нагадала, що «у відповідності з загальнообов'язковою нормою необхідно надавати особливе значення питанню дискримінації на підставі раси; у зв'язку з цим публічне виокремлення групи осіб для особливого поводження за ознакою раси може призвести до такого стану, що принижує гідність, в той час як відмінності у поводженні за іншими ознаками не призведе до таких наслідків» [40].

М. В. Джаніс пише: «*Jus cogens* є нормою, яка вважається настільки фундаментальною, що може нівелювати норми угоди або звичаю. Як правило, *jus cogens* передбачає здатність міжнародного публічного порядку здійснювати досить потужний контроль над державами, які могли б створити на договірній основі протилежні норми» [41]. В умовах глобалізації правового простору характерною рисою міжнародного правопорядку стає збільшення ролі імперативних норм в механізмі міжнародно-правового регулювання.

Зростання кількості випадків посилення на норми *jus cogens* Міжнародним Судом ООН, іншими міжнародними та національними судовими органами, підтримка цієї теорії та певне розширення її матеріального наповнення підтверджує тенденцію до «імперативізації» міжнародного права у цілому, яка має також важливі юрисдикційні складові [42]. Це доводить, що еволюція правової думки та гуманізація міжнародно-правової свідомості привели до того, що заборона расової дискримінації в усіх її формах і проявах стала глобальним етичним і правовим імперативом. На завершення уявляється доречним навести цитату з Особливої думки судді Креча до рішення 1996 року по справі *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections*: «*Jus cogens* створює ґрунт для глобальних змін у співвідношенні суверенітету держави та правопорядку в міжнародному співтоваристві та для створення умов, в яких верховенство права превалюватиме над свободою волі держав» [43].

### Література

1. UN. Doc. A/RES/64/157.
2. UN. Doc. A/RES/66/144.
3. Гіденс Є. Соціологія. — К.: Основи, 1999. — С. 79.
4. Организация Объединенных Наций. Экономический и Социальный Совет. Комиссия по правам человека. Подкомиссия по предупреждению дискриминации и защите меньшинств.

- Пятьдесят первая сессия. Всеобъемлющее рассмотрение тематических вопросов, касающихся ликвидации расовой дискриминации. Глобализация в контексте увеличения числа случаев расизма, расовой дискриминации и ксенофобии. Рабочий документ, представленный г-ном Дж. Олока-Оньяно в соответствии с решением 1998/104 Подкомиссии 22 июня 1999. — UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1999. — П. 14.
5. Там же. — П. 32.
  6. Див. докладніше: Дрьоміна-Волок Н. В. Норми *jus cogens* та зобов'язання *erga omnes* в сучасному міжнародному праві / Н. В. Дрьоміна-Волок // Актуальні проблеми політики. — О., 2007. — Вип. 32. — С. 139–146. Дрьоміна-Волок Н. В. Норми *jus cogens* як фундамент сучасного міжнародного правопорядку // Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри: Тези Міжнародної науково-практичної конференції. — Одеса, 2008. — С. 106–108; Дрьоміна-Волок Н. В. Норми *jus cogens* — сучасне *jus gentium intra se* // Н. В. Дрьоміна-Волок / Юридична наука. № 1(1)2011. — С. 187–194.
  7. Див.: Malcolm N. Shaw. *International Law*. 5th edition. Cambridge University Press, 2003: «The concept of *jus cogens* is based upon an acceptance of fundamental and superior values». Див також: M. Cherif Bassiouni. *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*. Law and Contemporary Problems Vol. 59, No.4, 1997: «The following international crimes are *jus cogens*: aggression, genocide, crimes against humanity, war crimes.... Sufficient legal basis exists to reach the conclusion that all these crimes are part of *jus cogens*».
  8. Див.: Алексидзе Л. А. Некоторые вопросы теории международного права: императивные нормы (*jus cogens*). — Тбилиси: Изд-во Тбил. ун-та, 1982. — С. 80–107; Буткевич О. В. Формування норм *jus cogens* у докласичному міжнародному праві//Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 4. — С. 207–218.
  9. Janis M. W. *An Introduction to International Law* (4th ed. 2003), P. 62–63: «*Jus cogens* is a norm thought to be so fundamental that it even invalidates rules drawn from treaty or custom. Usually, a *jus cogens* norm presupposes an international public order sufficiently potent to control states that might otherwise establish contrary rules on a consensual basis»; див. також: Malanchuk P. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. — P. 57–58.
  10. Див.: Brownlie I. *Principles of Public International Law*, 5<sup>th</sup> Edition, Oxford University Press, 2002; Malcolm N. Shaw QC. *International Law*. Fifth Edition — Cambridge University Press, 2003. — P. 115–119; Hillier T. *Principles of Public International Law*. London — Sydney, 1999. P. 38–39; Cassese A., *International Law*. 2<sup>nd</sup> edition — Oxford University Press, 2005; Murphy J. F. *Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution*, 1999.
  11. Див.: *Prosecutor v. Anto Furundzija* — Case No. IT-95–17/1-T, ICTY Trial Judgment, para 147; Bassiouni M. Ch. *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*. Law and Contemporary Problems Vol. 59, No.4, 1997; Al-Adsani v. United Kingdom. ECHR Judgment Nov. 4, 1990, 213 UNTS 222; see also *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, General List No. 95 (I. C. J. Advisory Opinion of July 8, 1996). — Para. 79.
  12. *Prosecutor v. Kupreskic et al.* Case No. IT-95–16-T, ICTY Trial Judgment. — 14 January 2000. — Para 520.
  13. *South West Africa case (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*. — I. C. J. Reports, 1962/1966 Second Phase, Judgment [1966] — P. 298.
  14. Див., наприклад: *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. By Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.) Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006; Київцев О. В. Вплив імперативних зобов'язань та зобов'язань «перед усіма» на формування сучасного міжнародного правопорядку / О. В. Київцев // Європейські перспективи. — 2011. — № 1. — С. 177–179.
  15. Вашанова О. В. Принцип недискримінації личности в международном праве : диссертация... кандидата юридических наук: 12.00.10. — Москва, 2004. — С. 227.
  16. Дрьоміна-Волок Н. В. «Імперативізація» міжнародного права в контексті становлення сучасного міжнародного правопорядку // Актуальні проблеми держави і права. — О., 2009. — Вип. 49. — С. 269–275; Дрьоміна-Волок Н. В. «Імперативізація» міжнародного права // Актуальні проблеми держави та права: 36. наук. праць. — Вип. 50. — 2009. — С. 343–348 ;

- Дрьоміна-Волок Н. В. Норми *jus cogens* та «імперативізація» міжнародного права // Правове життя сучасної України: Тези доповідей Міжнародної наукової конференції професорсько-викладацького і аспірантського складу ОНЮА. — Одеса: Фенікс, 2010. — С. 704–706.
17. *Nicaragua v. United States of America*, Merits, Judgment. — I. C. J. Reports, 1986. — Para 190.
  18. Legality of the **Threat** or Use of **Nuclear Weapons**, General List No. 95 (I. C. J. Advisory Opinion of July 8, 1996). — I. C. J. Reports, 1996. — Para. 79.
  19. Див.: Malanchuk P. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. — Routledge, 1997. — P. 57–58.
  20. *Prosecutor v. Anto Furundzija* — Case No. IT-95-17/1-T, ICTY Trial Judgment. — Para 144.
  21. *Al-Adsani v. United Kingdom* — Application No. 35763/97, Council of Europe: European Court of Human Rights, 21 November 2001. — available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fe6c7b54.html> [accessed 2 July 2012]. — paras, e.g., 60–61.
  22. *Nulyarimma v. Thompson*, [1999] FCA 1192 (Federal Court of Australia 1 September 1999). — available at: [http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal\\_ct/1999/1192.html](http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/1999/1192.html)), (Merkel, J.), para. 81.
  23. *Ex Parte Pinochet Ugarte*. — No. 3. — 1999. All English Reports. — Vol. 2. — P. 97.
  24. *Ferrini v. Federal Republic of Germany* (Italian Court of Cassation), 2005. — American Journal of International Law, Vol. 99. — P. 242.
  25. **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993**. — I. C. J. Reports, 1993. — P. 440.
  26. Див.: Ian Brownlie «*Principles of Public International Law*», 5<sup>th</sup> Edition. — Clarendon Press, 1998.
  27. Коптева О. О. Роль Міжнародного Суду ООН у становленні розуміння зобов'язань *erga omnes* // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. — 2011. — № 4 (7). — С. 134.
  28. Київець О. В. Феноменологія норм міжнародного права через призму їх ієрархії / О. В. Київець // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. — 2011. — № 3 (6). — С. 147.
  29. Мережко А. А. Типологія норм міжнародного права в світлі психологічної теорії права // Актуальні проблеми держави та права: Зб. наук. праць. — Вип. 62. — 2011. — С. 285.
  30. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (1962–1970)*, Second Phase, Judgment. — I. C. J. Reports, 1970. — Paras. 33–34.
  31. *Bianchi A. Human Rights and the Magic of Jus Cogens*. — The European Journal of International Law, Vol. 19, No. 3. — 2008. — P. 502.
  32. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion. — I. C. J. Reports, 2004. — P. 136. — Para. 159.
  33. *South West Africa Cases*, Second Phase. — I. C. J. Report, 18 July 1966. — P. 293.
  34. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. — Advisory Opinion, I. C. J. Reports, 1971. — P. 57. — Para 151.
  35. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment — I. C. J. Reports, 2006. — P. 6. — Paras. 64, 125.
  36. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment — I. C. J. Reports, 2006. — Separate Opinion of Judge Ad Hoc Dugard. — P. 88. — Paras. 5–10.
  37. *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007. — I. C. J. Reports, 2007. — P. 43. — Para 185.
  38. *Case Concerning Application of The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*. Preliminary Objections, 2011 (1 April, 2011 General List No. 140). — available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/140/16398.pdf>.
  39. *Inter-American Court of Human Rights*, Advisory Opinion OC-18/03 of 17 September 2003, requested by the United Mexican States on the Juridical Condition and Rights of the Undocumented

- Migrants. OC-18/03. — available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/425cd8eb4.html>. — Para 97–101.
40. European Commission of Human Rights, *East African Asian v. United Kingdom*, — 14 December 1973. — App. No. 4403/70. — Para 270.
41. Janis M. W. *An Introduction to International Law* (4th ed.). — 2003. — P. 62–63.
42. Див.: Дремина-Волок Н. В. «Императивизация» международного права в контексте эволюции доктрины универсальной уголовной юрисдикции // «Марку Ефимовичу Черкесу — 80». — Одеса: Фенікс, 2010. — С. 60–70; Дрьоміна-Волок Н. В. Міжнародна кримінальна юрисдикція і злочини *jus cogens* у контексті імперативізації міжнародного права / Н. Дрьоміна-Волок // Право України. — 2011. — № 9. — С. 363–376.
43. *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, Preliminary Objections, Order of 11 July 1996. — Dissenting Opinion of Judge Kreca. — I. C. J. Reports, 1996. — P. 709. — Para 43.

### Анотація

**Н. Дрьоміна-Волок.** Глобальна боротьба з расовою дискримінацією та імперативізація міжнародного права. — Стаття.

У статті розглядаються теоретичні та практичні аспекти тенденції до імперативізації міжнародного права як відповіді на неухильне підвищення правової свідомості світової спільноти щодо необхідності імперативного захисту фундаментальних людських цінностей, зокрема, захисту від расової дискримінації. Досліджується динаміка поглядів про існування та наповненість інституту норм *jus cogens* у міжнародній юриспруденції, зокрема аналізується практика Міжнародного Суду ООН та інших міжнародних судових установ. Робиться висновок, що еволюція та гуманізація міжнародно-правової думки привели до того, що заборона расової дискримінації в усіх її формах і проявах стала глобальним етичним і правовим імперативом.

**Ключові слова:** імперативізація міжнародного права, расова дискримінація, норми *jus cogens*, зобов'язання *erga omnes*, Міжнародний Суд ООН.

### Аннотация

**Н. В. Дремина-Волок.** Глобальная борьба с расовой дискриминацией и императивизация международного права. — Статья.

В статье рассматриваются теоретические и практические аспекты тенденции к императивизации международного права как ответ на неуклонное повышение правовой осознанности мирового сообщества в отношении необходимости императивной защиты фундаментальных человеческих ценностей, в частности, защиты от расовой дискриминации. Исследуется динамика взглядов о существовании и наполненности института норм *jus cogens* в международной юриспруденции, в частности анализируется практика Международного Суда ООН и других международных судебных учреждений. Делается вывод, что эволюция и гуманизация международно-правовой мысли привели к тому, что запрет расовой дискриминации во всех ее формах и проявлениях стал глобальным этическим и правовым императивом.

**Ключевые слова:** императивизация международного права, расовая дискриминация, нормы *jus cogens*, обязательства *erga omnes*, Международный Суд ООН.

### Summary

**N. Dryomina-Voloc.** The Global Fight against Racial Discrimination and Imperativization of International Law. — Article.

The theoretical and legal aspects of international law imperativization trends in response to steadily increasing legal awareness of the international community on the need for mandatory protection of fundamental human values, particularly freedom from racial discrimination are regarded in the article. The dynamics of opinion about the existence and fullness of the institute of *jus cogens* norms in international jurisprudence are analyzed; in particular, the practice of the ICJ and other

international judicial institutions is examined. The conclusion is drawn that the evolution and humanization of the international legal thought led to the prohibition of racial discrimination in all its forms and manifestations to become a global ethical and legal imperative.

*Keywords:* imperativization of international law, racial discrimination, *jus cogens* norms, *erga omnes* obligations, the International Court of Justice.

УДК 341.48

Ю. М. Гуленко

### ТЕРОРИЗМ У ПЕРІОД ГЛОБАЛІЗАЦІЇ

**Постановка проблеми.** Сучасний світ має багато проблем, що необхідно розв'язати. До них належить і міжнародний тероризм, який вимагає від науковців особливого підходу до вивчення, враховуючи його неоднорідну сутність, політичну невизначеність та безкомпромісну зухвалість. Певним чином питання торкається явища недостатньо дослідженого: з одного боку, він має давню історію і пояснений теоретично, а з іншої сторони — складається враження, що ніби це явище почало свій шлях після 11 вересня 2001 р., започаткувавши нову епоху розвитку міжнародного співтовариства. Ми спробуємо розглянути це явище використовуючи принцип багатовимірності та різносторонності суспільно-політичних явищ, що надає змогу в повній мірі системно та комплексно пізнати феномен сучасного тероризму на фоні глобалізаційних процесів. Маємо всі підстави стверджувати, що за останні три десятиліття спостерігається дуже великий об'єм тлумачень, оцінок та прогнозів, що стосується досліджуваного явища [1, с. 114]. Подібна різнобічність яскраво відображена на рівні національного законодавства, кожна країна має свої підходи, що вважати тероризмом, а що ні.

**Метою дослідження** є спроба повернутись до попередніх позицій дослідників тероризму: запропонувати загальне та прийнятне для всіх держав визначення поняття «тероризму», що в даний час є невиконаним завданням.

**Аналіз дослідження даної проблеми.** Переважна більшість західних дослідників, а так само й дослідників тероризму, проводять в своїх роботах лінію відстоювання правомочності та керівної ролі США в антитерористичній війні. Завдяки такій наполегливій праці формується сучасна військова доктрина США, яка виправдовує війну в Іраку та в Афганістані, як світову антитерористичну кампанію. Це відображено певним чином в працях П. Девіса, В. Подгореца, М. Келдора, Б. Дженкіса та багатьох інших. Російські вчені, які займаються вивченням проблеми тероризму, працюють над обґрунтуванням силових методів боротьби з чеченськими терористами. Можемо назвати прізвища В. Лапкіна, Ю. Антоняна, М. Чешкова, В. Максименка та інші. Проблематикою тероризму і антитероризму займаються такі українські науковці, як В. Антипенко, М. Руденко, М. Гуцало, В. Крутов, С. Шевцова та інші.

Сучасні наукові пошуки починають відходити від позицій стійкості та неможливості розвитку такого явища, як тероризм. Проте немає ще чіткої від-

повіді, який саме методологічний апарат має використовуватись для більш об'єктивного пізнання цього явища. Залишається незмінною «успішна» «формула терору», головним способом є «метод залякування». Тероризм історично розвинувся від локального індивідуального до масового, що є наслідком процесів глобалізації. Підтримка тероризму в деяких країнах обумовлена історичними мотивами, частіше економічними. Поки існує боротьба як спосіб вирішення конфліктів, доти буде існувати тероризм як засіб розв'язання такого конфлікту інтересів. На думку М. Гуцало, ряди терористів ще тривалий час не будуть рідити [2, с. 67]. Будь-яка антитерористична акція зі знищення терористів буде сприяти вербуванню нових.

**Виклад основного матеріалу.** Вчені та аналітики обмежуються описом, класифікацією обов'язкових ознак злочину. Представники багатьох наук вносять свій вклад в дослідження цього явища, це і філософія, соціологія, психологія, кримінологія. Коли постає питання протидії тероризму, то головну роль відіграє кримінально-правова наука [3, с. 133]. Але світова спільнота постійно наготові протистояти терористичним викликам та загрозам. Як зауважують вчені, сучасні глобалізаційні процеси перебувають на початковому етапі становлення, але вже призвели до певних зрушень. Значний вплив здійснює промислова різниця щодо можливостей. Слабкі держави змушені відповідати на зазіхання щодо їх суверенітету менш витратними способами. Іншим способом використовують блага цивілізаційного розвитку різного роду кримінальні структури та екстремістські угруповання. Логічно припустити, що для таких угруповань внутрішні збройні конфлікти є джерелом збагачення.

Сучасні інформаційні технології дають змогу терористичним організаціям налагодити та отримати фінансування з усіх куточків світу. Цікавим в науковому плані є порівняння з арміями народів, які борються за визволення та створення держави власного етносу. Експерти, які вивчають активність тероризму [4, с. 168–177], виділяють у своїх дослідженнях такий тип, як націоналістичний та тероризм політичних екстремістів. Ці терористи називають свою справу «національним визволенням», багато з них мають своїх прихильників на міжнародній політичній арені. Більшість подібних організації стверджують, що вони є борцями за свободу свого народу. Наприклад, Ірландська Республіканська Армія, Організація Визволення Палестини, ЕТА, Партія Трудящих Курдистану. В своїх діях вони дотримуються негласних принципів, для них важлива підтримка власного етносу. Дещо спільні риси у ісламського тероризму, який має на меті створення ісламської держави. Більшість організацій, які належать до течії ісламізму, мають транскордонний характер діяльності. Маючи спільну ідею вони пов'язані спільними джерелами фінансування, обмінюються інформацією, досвідом та виробляють спільні напрями дій [5, с. 396]. Тероризм еволюціонує як явище, здатне до саморозвитку та автономії, пристосовуючись до будь-яких змін у світі.

Мета сучасних терактів, через насильство та вбивства, досягти свого психологічного впливу на населення, змусити до вчинення потрібних терористам дій. Сьогодні науковий потенціал направлений на з'ясування та тлумачення суті цього явища, його причин, мети, засобів дій. Вирішення цих питань необ-

хідне для створення ефективної системи протидії тероризму: прийняття законодавчої бази, побудова системи міжнародних зв'язків та правовідносин, які забезпечують подолання конфліктних ситуацій, дотримуючись при цьому прав людини. Німецький ідеолог К. Герцен у своїй статті написав, що вбивство, як індивідуальне, так і масове, проголошується основним принципом та обов'язковим засобом розв'язання складних історичних завдань [6, с. 98]. Як вже автор констатував, терористична діяльність до ХХ ст. була направлена на фізичне знищення певної людини, маючи перш за все локальний, точковий удар. Жертвами терористів ставали представники державної влади (наприклад цар Олександр I, Індіра та Раджив Ганді, Вільям Мак-Кінлі, Фейсал та багато інших). До часів Першої Світової війни тероризм був справою анархістів та індивідуалістів, без чітко вираженої ідеології.

Як акцентує нашу увагу К. Добсон: «Сутність тероризму — сіяти страх. Терористичний акт — це початок терору. Керівний принцип тероризму — вбивай одного, але залякуй тисячі інших». На думку окремих закордонних дослідників, тероризм нецілеспрямований та ірраціональний, в якому переважає випадковий елемент. На нашу думку, не слід погоджуватись з цією точкою зору, оскільки навіть в історичному аспекті можна віднайти певну закономірність. Зокрема, прояви терористичного насильства активізуються в періоди зламу суспільно-економічних відносин, що супроводжується соціальним конфліктом. Вказані історичні перехідні періоди відбуваються раптово, супроводжуючись руйнуванням старих порядків і насильницькою побудовою нових.

Розвиток основ тероризму з ідеями анархізму припадає на другу половину ХІХ століття. Виразником цих ідей можна назвати Й. Моста, який висунув теорію тероризму як методу та рушійною зброєю революції пригноблених класів. До Першої Світової війни тероризм пов'язували з лівим радикалізмом. Пізніше, в період Другої Світової війни, для тероризму характерне революційне насильство. В цілому для тероризму ХІХ — ХХ ст., як зазначають Ю. М. Антонян, В. Ф. Антипенко та Ю. А. Іванов, характерними є такі чинники:

- зростання економічної та соціальної нерівності, що виправдовує методи терористичної діяльності як відповідь на експлуатацію;
- критика існуючого правового та державного устрою до його повного заперечення як такого;
- моральне (інколи релігійне) виправдання жертв тероризму жорстоким нелюдським поведінням пануючого класу.

Відсутність конструктивного діалогу між різними соціальними класами суспільства, незадоволення рівнем життя та забезпеченості, вимога раптових змін без попередніх реформ та передумов, неможливість мирним шляхом внести необхідні зміни — це породжує терористичні прояви. Залишається констатувати, що феноменологія тероризму на сьогодні не розкрита, не виділено його окремі прояви, відсутня загальноприйнята класифікація видів тероризму [7, с. 211]. Недосконале опрацювання та пояснення проблемних питань сутності тероризму перешкоджає істинному розумінню його природи, причин виникнення, механізмів його розвитку. На наш погляд, вивчаючи історичний аспект



тероризму, слід його відрізнати від терору. Площина терору належить до сфери впливу держави, а тому терор можна ототожнювати з державними репресіями та каральними заходами, що здійснюються державним апаратом заради залякування та придушення опору опозиції. Такий метод нав'язування державної волі має свої риси, враховуючи певний рівень «законності» та «дозволеності». Таким чином, державний терор має ознаки системності, періодичності, безальтернативності заходів, спрямованості на певну категорію осіб, який вчиняється спеціальним суб'єктом — апаратом влади. Це спосіб насильства домінуючого над пригніченим, основною зброєю державного терору виступають законні репресії [8, с. 429–430].

Спрямованість терору на конкретне коло осіб визначає його класову або національну сутність. Історично цей вид насильства здійснювався легітимними особами, які здобули владу в державі легальним або збройним методом, та керуючись чинними або зміненими законами, мають статус державної влади. Тероризм, в свою чергу, історично виник та розвивався як невизнана офіційною владою діяльність окремих індивідів або організованих груп. Звідси виникає суперечність, оскільки тероризм — це завжди нелегітимна, протизаконна форма насильницьких дій обмеженої групи осіб у суспільстві. А терор — це насильство заради збереження існуючого державного ладу, яке використовується панівним класом для поширення власних ідей, своєї волі, маючи характер легітимної форми насильства. Разом з цим не можна забувати про ще одну суттєву відмінність між терором та тероризмом [8, с. 226]. Терористичні акції — це такі акції насильства, що мають кримінальний характер, в той час як виконавці акцій терору завжди були поза межами кримінального законодавства. Це логічно, оскільки терор був узаконений як спосіб боротьби. З цим пов'язані дві наступні обставини: перша — це намагання перемогти тероризм через систему терору, друга — це зростання кількості терористично забарвлених злочинів після повалення диктаторського режиму.

Ще однією тезою досліджень, на яку слід звернути увагу, є відмінність «державного» тероризму від «міжнародного» тероризму. З огляду на це в деяких працях дослідників вказувалось на подібність ознак «державного» та «міжнародного» тероризму [9, с. 10]. Саме поняття «міжнародний тероризм» набуло свого офіційного закріплення в середині 80-х років, після прийняття ООН резолюції № 34 «Щодо неприпустимості політики державного тероризму та будь-яких дій держав, спрямованих на підлив суспільно-політичного устрою в інших суверенних державах». Нам слід погодитись з думкою більшості вчених, що термін «державний тероризм» є не зовсім коректним та точним за своєю історичною сформованістю. В кожному інциденті або випадку йде спроба представників однієї сторони звинуватити іншу сторону в протизаконних акціях, які виступають більшою мірою актом терору. Поява, поширення та подальший розвиток тероризму можна вважати суспільним явищем, яке включає в себе застосування насильства слабшою стороною по відношенню до пануючої. Але, тероризм та терор завжди буде суперечити міжнародним стандартам гуманізму та людяності.

У ХХ столітті відбувся еволюційний ривок у вивченні географії поширення тероризму та терору. Вчені вже мали змогу надавати оцінку таким формам насильства, як концентраційні табори, геноцид. Терором вже можна було називати й інші історичні прояви жорстокості держави по відношенню до мирного населення. Сучасні дослідники констатують, що тероризм пронизує всю історію людства, еволюціонує разом з суспільним устроєм, бере на озброєння різні політичні думки та ідеї, нові види озброєння та техніки. З кожним десятиліттям розширюється список питань, на які світова спільнота вимагає чіткої відповіді в контексті забезпечення прав людини і нації [10, с. 474–477]. Питання адекватного визначення поняття «міжнародного тероризму» вважається одним з найскладніших. Різноманітність збройних конфліктів вимагає від ООН своєчасного реагування, а для цього необхідно проводити чітке розмежування між тероризмом і національно-визвольною війною.

Характерною особливістю сучасного тероризму стала його висока організованість, підготовленість, матеріальна оснащеність його виконавців. Країни та уряди змушені забути про свої міждержавні суперечки та об'єднатись перед спільним ворогом з метою захисту надбань та здобутків багатьох поколінь. В ході свого розвитку тероризм перетворився на загрозливе явище планетарного масштабу, стерлась умовна грань, яка розмежовувала екстремістські рухи та визвольну боротьбу. Терористичні організації прагнуть прикрити свою терористичну діяльність, вдаючи свою належність до національно-визвольних рухів, борців за національне визволення, супротивників класової експлуатації. Одним із перших прикладів успішного використання терористичних методів для досягнення національних ідей був наочно проявлений в Палестині. В 1964 році створено Організацію звільнення Палестини, яка своїми терактами відкрила нову епоху насильства. Діяльність палестинців набула міжнародного характеру, вийшовши за межі території Палестини [11, с. 41–43]. Не слід забувати, що саме палестинцям належить поширена практика викрадення авіалайнерів. Своєрідна інтернаціоналізація сприяла тому, що діяльність палестинців стала прикладом для інших екстремістських угруповань того часу. Наслідки цієї діяльності непередбачувані: терористична Організація звільнення Палестини була сприйнята громадськістю, 1974 р. їй надано статус спостерігача в ООН, того ж року вона прийнята в ЮНЕСКО.

В свій час Західна Європа була осередком для ліворадикального екстремістського та національно-сепаратистського руху. В Іспанії поширення набули тенденції, пов'язані з боротьбою національних меншин у Країні Басків. Сумнозвісна ЕТА відповідальна за систематичну терористичну діяльність, жертвами якої стали тисячі мирних людей [12, с. 121–123]. В Північній Ірландії провідною національно-сепаратистською організацією, що боролась за відокремлення Ірландії, була Ірландська республіканська армія (ІРА). В 1970 році від неї відкололась її бойова ланка «Тимчасова ІРА» (PIRA). Бойовики цієї групи вели стратегію нападу на британських військових, посадовців, дипломатичні установи. Одночасно з цим вони підпалювали та підривали кафе, бари, торгові центри, що спричиняло сотні жертв. В своєму різнобарвному оточенні в основному

це були марксистські організації та анархічні групи [13, с. 55]. У цей же час у країнах Латинської Америки та Азії активну участь проявляли терористичні групи, які сповідували ліворадикальну ідеологію та були поширені в Аргентині, Болівії, Бразилії, Гватемалі, Колумбії, Перу, Уругвай та Чилі.

Тероризм ХХІ століття трансформувався, маючи попередні риси та форми, набув нових відмінностей, поява яких зумовлена зміною планетарної геополітичної обстановки. Використання повною мірою всіх можливостей інформаційного середовища перетворює тероризм на особливий політичний інструмент. Проблема боротьби з тероризмом потребує аналізу складних кризових соціальних явищ та самої структури тероризму, який еволюціонував від одинаків-смертників до терористичних організацій з тисячами жертв в одному теракті. Автономізація та самоорганізація — це ключові досягнення терористичних угруповань ХХІ ст., які стали предметом новітніх досліджень.

**Висновки.** Таким чином, сучасний тероризм перетворився в насильницький метод та прийом введення діяльності різних сепаратистських, екстремістських, революційних та інших рухів, які прагнуть через систему терору досягти своїх програмних цілей. Це вже не окрема внутрішньодержавна проблема, це міжнародний силовий чинник. З одного боку, проблема тероризму пов'язана із сучасними національними та релігійними суперечностями, а з іншого, з процесами глобалізації цивілізаційного, політичного, економічного та соціального простору.

### Література

1. Устинов В. Обвиняется терроризм. — М. : Олма-Пресс, 2002. — С. 114.
2. Гуцало М. Організація протидії сучасному тероризму : навч. посіб. для студ., асп., викл. вищ. навч. закл. / М. Гуцало. — К. : Аратта, 2009. — С. 67.
3. Ліпкан В. А. Боротьба з тероризмом / В. А. Ліпкан [та ін]. — К. : Знання України, 2002. — С. 133.
4. Лакішин Х. М. Феномен тероризму в умовах сучасного глобалізаційного розвитку // Нова парадигма. Журнал наук. праць. — 2009. — Вип. 83. — С. 168–177.
5. Кожушко Е. П. Современный терроризм: анализ основных направлений // Е. П. Кожушко. Под общ. ред. А. Е. Тараса. — Минск : Харвест, 2000. — С. 396.
6. Шевцов С. Терор як форма легітимації // Філософська думка. — К. — 2009. — № 5. — С. 98.
7. Антипенко В. Ф. Теории мирового развития и антитеррористическое право. Логика сопрягаемости : [монография] / Владимир Антипенко ; СБУ, Ин-т оператив. деятельности и гос. безопасности. — К. : [б. и.], 2007. — С. 211.
8. Політичний терор і тероризм в Україні ХІХ–ХХ ст. : Історичні нариси / НАН України; Інститут історії України / Відп. ред. В. А. Смолій. — К. : Наук. думка, 2002. — С. 429–430.
9. Іванов Ю. А. Міжнародно-правове регулювання боротьби з тероризмом у сучасних умовах : дис. канд. юрид. наук: 12.00.11 / НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — Київ, 2000. — 173 с.
10. Шахов А. Актуальные проблемы борьбы с терроризмом // Безопасность Евразии. — 2004. — № 1. — С. 474–477.
11. Зелінська Н. А. Международно-правовое определение терроризма // Социально-правовые аспекты терроризма: Монография / Под. ред. С. В. Кивалова, В. Н. Дремина. — Одесса: Фе-нікс, 2003. — С. 41–43.
12. Надьон О. Правовий аналіз передумов виникнення загрози тероризму в Україні // Право України. — 2003. — № 3. — С. 121–125.
13. Крутов В. В. Політичний екстремізм і тероризм у сучасних умовах // Тероризм і боротьба з ним. Аналітичні розробки, пропозиції наукових та практичних працівників. — Київ, 2000. — С. 55.

## Анотація

**Гуленко Ю. М. Тероризм в період глобалізації.** — Стаття.

В статті розглянуто історичний шлях появи та становлення міжнародного тероризму. Наведено узагальнення змін політичної направленості тероризму, причин його перетворення на глобальну міжнародну загрозу людству. Автор порівняв позиції вітчизняних та зарубіжних дослідників з питань, що стосуються впливу геополітичних чинників на розвиток тероризму та вироблення новітньої антитерористичної стратегії співпраці провідних країн світу.

**Ключові слова:** тероризм, суспільна стабільність, антитерористична політика держави, міжнародна структура тероризму, антитерористичне законодавство.

## Аннотация

**Гуленко Ю. Н. Терроризм в период глобализации.** — Статья.

В статье рассмотрен исторический путь появления и становления международного терроризма. Приведено обобщение изменений политической направленности терроризма, причин его превращения в глобальную международную угрозу человечеству. Автор сравнил позиции отечественных и зарубежных исследователей по вопросам, что касается влияния геополитических факторов на развитие терроризма и выработку новейшей антитеррористической стратегии сотрудничества ведущих стран мира.

**Ключевые слова:** терроризм, общественная стабильность, антитеррористическая политика государства, международная структура терроризма, антитеррористическое законодательство.

## Summary

**Hulenko Y. Historical pre-conditions of origin of the international terrorism.** — Article.

The article is devoted to historical way of appearance and becoming of international terrorism. Generalization of changes of political orientation of terrorism, reasons of his transformation is brought around to a global international threat to humanity. An author compared positions of native and foreign researchers on questions, that touch influence of geopolitical factors on development of terrorism and making of the newest counterterrorist strategy of collaboration of leading countries of the world.

**Keywords:** terrorism, social stability, antiterrorist policy of a state, international structure of terrorism, antiterroristical legislation.

УДК 341.64:316.42

**О. В. Терещенко**

## ГЛОБАЛІЗАЦІЯ ТА ЇЇ ВПЛИВ НА ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ІНСТИТУТАМИ МІЖНАРОДНОГО СУДОЧИНСТВА

**Постановка проблеми.** Нині світ має у своєму розвитку глобалізацію як явище, що відображає комунікативне спілкування різних прошарків суспільства та в своїй основі відображає процес розширення товарообігу між різними країнами та групами країн рухом капіталу та робочої сили. Сучасний етап соціокультурної глобалізації характеризується формуванням нових напрямків в науці і до них можна віднести тотальну інформатизацію та комп'ютеризацію суспільства, розвиток комунікативних технологій, утворення нової філософії людини, яка ґрунтується на основі прав людини. Ці науки, елементи соціо-

культурного поля людини, неможливі без існування глобальних інформаційних зв'язків.

Слід відзначити, що термін «глобалізація» (фр. global — загальний, всесвітній, від лат. globus — куля) це категорія, яка відображає процес обміну товарами, послугами, капіталом, робочою силою, що виходить за межі державних кордонів і з 60-х років XX ст. набуває форм постійного й неухильного зростаючого міжнародного переплетіння національних економік [1, стр. 264–265]. Спочатку від цього слова було утворено прикметник «глобальний», англ. global, тобто той, який має відношення до земної кулі, а сама сонетика слова global полягає в тому, що утворює дієслово globalize, чим перетворює визначене явище на глобальне, світове.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми.** Спочатку дані терміни почали вживатися у суспільних науках, але в 1983 році слово globalization уперше було зафіксовано, коли Теодор Левітт, професор Гарвардської школи бізнесу опублікував статтю «Глобалізація ринків», тому сучасну популярність і широкий вжиток терміну часто приписують йому. Крім того, слід зазначити, що саме явище з'явилося набагато раніше. В наукових джерелах глобалізації як явищу надають ознаки суспільного процесу зміщення у напрямку створення більш інтегрованої та взаємозалежної світової економіки. Цей процес має дві основні складові: глобалізацію ринків і глобалізацію виробництва. Глобалізацію ринків варто розглядати як процес об'єднання історично відокремлених і відмінних між собою національних ринків в один важливий простір. В останні десятиріччя смаки й уподобання споживачів різних націй починають змінюватися у напрямку певної глобальної норми і таким чином сприяють утворенню глобального ринку.

Треба зупинитись на розгляді глобалізації як вищої стадії інтернаціоналізації суспільного життя, яке характеризується приматом міжнародних глобальних факторів економічного, фінансового, політичного, етнічного, релігійного, гуманітарного, військового та екологічного розвитку над аналогічними факторами національного та регіонального рівнів. Так, в основі процесу глобалізації, а також подальшого розвитку сучасного виробництва товарів та послуг став науково-технічний прогрес. Це сприяє тому, що вони швидко виходять не тільки за національні межі навіть найбільш розвинених в економічному розумінні країн, роблячи їх залежними від зовнішніх джерел інформації, сировини, капіталу, робочої сили, ринків збуту продукції, але і за межі регіонів та регіональних об'єднань.

**Мета статті.** Варто зосередити увагу на тому, що ключову роль у процесі глобалізації відіграє науково-технічна революція. Вона породила сучасні засоби транспорту та зв'язку, інформації та комунікації, створила глобальний економічний взаємозв'язок держав та світовий ринок, який в свою чергу підпорядкований загальним закономірностям та регулюється універсальним (всезагальним) законодавством. Разом із тим з'явилися глобальні загрози, зокрема глобальна ядерна загроза, загроза глобальної економічної катастрофи та міжнародний тероризм.

З іншого боку, глобалізм як вираження тенденцій до всепоглинаючості, охоплює різні сфери міждержавного співтовариства, в тому числі правове регулювання виникаючих спорів, може регулюватися за допомогою мирних засобів розв'язання спорів, а саме добрих послуг, міжнародних організацій та, без сумніву, судів як посиленої системи відповідальності, яка має відповідну значимість у цьому процесі. В епоху стрімко зростаючого росту глобалізаційних процесів все більша роль відводиться діяльності судів у всьому правозахисному організмі. Як відомо, «суть правосуддя та всієї судової діяльності складається з застосування права, а саме у власній та загальнообов'язковій юридичній кваліфікації конкретного факту (дії, поведінці, відносин і т. д.) [2, стр. 46].

**Виклад основного матеріалу.** З огляду на таку тенденцію впливає, що з появою міжнародних установ на постійно діючій основі почав розвиватися глобалізм як явище разом зі своїми недоліками та перевагами у світовому суспільстві. Вказаний факт, на підґрунті глобалізації, призвів до того, що у суспільства виникла потреба створити міжнародні суди, які б були компетентні розглядати та розв'язувати поставлені міжнародні питання. Як результат такого процесу та як фактор глобалізації з'явилося міжнародне судочинство. Розглядаючи це питання, ми звертаємо особливу увагу на існування постійно діючих міжнародних судів, які, на відміну від судів *ad hoc*, утворюють систему міжнародного судочинства.

Як результат клопіткої праці, у 1919 році на Паризькій конференції було прийнято рішення про організацію Постійної палати міжнародного правосуддя (арбітражний суд), це був перший міжнародний судовий орган на постійно діючій основі. За задумом авторів, до складу такого суду повинен був обиратись один представник від кожної держави, яка входила до складу арбітражного суду. Практично Постійна палата міжнародного правосуддя розпочала свою діяльність у 1922 році і працювала по 1940 рік до вторгнення нацистської Німеччини в Нідерланди, де і була вона розташована. Визнання юрисдикції Палати ґрунтувалося на принципі факультативності, тобто кожна держава могла зробити заяву про визнання обов'язкової юрисдикції Палати, чим зв'язувала себе стосовно інших держав, котрі робили таку заяву. Всього 45 держав зробили подібні заяви. З погляду на застосування і розвиток міжнародного права діяльність Палати має неабияку цінність. Останню сесію Палата провела в жовтні 1945 року, а в 1946 році формально припинила своє існування. Досвід її роботи враховано під час утворення Міжнародного суду ООН, правонаступницею якого він і став. Зараз Міжнародний суд є головним судовим органом Організації Об'єднаних Націй. Він був заснований Статутом Організації Об'єднаних Націй, який підписаний 26 червня 1945 року в Сан-Франциско для досягнення однієї з головних цілей ООН: «проводити мирними засобами, у згоді з принципами справедливості і міжнародного права, залагодження або вирішення міжнародних спорів або ситуацій, які можуть привести до порушення миру» [3]. Суд функціонує відповідно до Статуту, який є частиною Статуту, і своїм Регламентом.

Іншим судом міжнародного характеру на постійно діючій основі, який займається справами в галузі комерційної діяльності, є Стокгольмський між-

народний комерційний (торгівельний) арбітраж. Цей суд є різновидом комерційного арбітражу. Законодавство про арбітраж багатьох країн відображає природу арбітражу як альтернативного засобу вирішення спорів, що виникають у сфері економічного обігу, в основі якого лежить договір і який виключає юрисдикцію державних судів по розгляду конкретної справи.

Варто зазначити, що законодавством нашої держави також передбачено розв'язання комерційних питань шляхом прийняття Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», яким передбачено, що у міжнародний комерційний арбітраж можуть передаватися спори, що виникають з договірних та інших цивільно-правових відносин при здійсненні зовнішньоторгових та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство принаймні однієї із сторін розміщене за кордоном, а також спори підприємств з іноземними інвестиціями та міжнародних об'єднань і організацій, створених на території України, між їх учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України [4, ст. 1]. У ст. 3 Регламенту міжнародного арбітражного суду при Білоруській Торговельно-промисловій палаті прямо передбачено, що арбітражний суд поряд з іншими спорами розглядає спори між іноземними суб'єктами господарювання, розташованими за межами Білорусі. Як результат, міжнародна практика привела до створення різних видів комерційного арбітражу: випадковий арбітраж, який створюється для розгляду конкретного спору, тобто *ad hoc*, та інституційний.

Нам важливо, що у даний час поширення дістали інституційні, постійно діючі, арбітражі. Вони створюються при торговельних палатах, біржах, різних асоціаціях, організаціях та ін. Інституційний арбітраж організовується як арбітражна установа, що не входить до державного апарату і є недержавним утворенням. Слід сказати, що інституційний арбітраж зазнав деякої еволюції у своєму розвитку. У цьому відношенні слід сказати про спеціалізацію постійно діючих арбітражів. Так, поряд з арбітражами, так би мовити, загальної юрисдикції, які розглядають будь-які спори з договірних або інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших форм міжнародних економічних зв'язків, створюються арбітражі із спеціальною (обмеженою) юрисдикцією (торговельні, морські та ін.). До арбітражів спеціальної юрисдикції належать, наприклад, Міжнародний третейський суд по справах морського і річного пароплавства в Гдині, Арбітражний суд Асоціації з бавовни в Польщі, Морська арбітражна комісія при Торговельно-промисловій палаті України, Морська арбітражна комісія при Торговельно-промисловій палаті Російської Федерації та ін. [5, стр. 368].

Крім того, розвиток фізичної культури і спорту визнано одним із пріоритетних напрямків діяльності у світі. Органами державної влади багатьох країн останні роки приймаються заходи, спрямовані на зміцнення і вдосконалення матеріально-технічної бази, необхідної для здійснення державної політики, основною метою якої є впровадження в суспільну свідомість ідеї здорового способу життя, підвищення якості підготовки спортсменів, що беруть участь у змаганнях різних рівнів. Вирішення цих завдань носить комплексний харак-

тер, оскільки пов'язано не тільки з соціальною, але і з економічною, правовою, адміністративною сферами діяльності держави.

Саме тому таке важливе питання, як вирішення конфліктів у сфері спорту, довгий час залишалось невирішеним на законодавчому рівні. Основна проблема полягає в тому, що спортивні відносини опосередковуються нормами різних галузей права: цивільного, трудового, податкового, адміністративного. Крім того, значна частина великого спорту, в якому, як правило, і виникають конфліктні ситуації, в останні десятиліття стала долею професійних спортсменів. Як результат, спорт вищих досягнень все більше стає об'єктом підприємницької діяльності, що вкрай загострює боротьбу за першість. Гостро стоїть проблема із застосуванням допінгів спортсменами. Все це створює певні перешкоди для судів при прийнятті рішень у справах, що стосуються галузі спорту, в першу чергу професійного. Внаслідок цього у світі прийнята практика використання спеціалізованих третейських судів при вирішенні спортивних суперечок, оскільки це дозволяє поєднувати наявність необхідних знань в галузі спорту, незалежність і оперативність функціонування з обов'язковістю рішень. Такими питаннями займається міжнародний спортивний арбітраж, який, в свою чергу, є єдиним спеціалізованим, постійно діючим у цій сфері міжнародним третейським судом. До списку його членів входять більш як 200 арбітрів різних країн світу, серед яких є відомі і видатні юристи. Зокрема, ініціатором створення спортивного арбітражного суду (САС) став Хуан Антоніо Самаранч, в 1980 році обраний президентом Міжнародного олімпійського комітету (МОК). Він доручив сенегальцю Кебе Мбайе розробити проект такого органу. І як результат у 1983 році МОК прийняв рішення про створення суду, а наступного року був затверджений його статут. Мбайе став першим президентом суду.

Міжнародний спортивний арбітражний суд має три основні функції. По-перше, міжнародний Спортивний арбітражний суд безпосередньо розглядає спори, що виникли у сфері спортивної діяльності, як арбітражний орган першої і останньої інстанції. По-друге, міжнародний Спортивний арбітражний суд виступає як орган правового захисту та останньої інстанції по апеляції одної сторони спору на рішення, прийняте керівними органами міжнародних або національних федерацій та інших спортивних організацій. По-третє, міжнародний Спортивний арбітражний суд дає юридичні консультації з основних проблем спортивної діяльності, не пов'язаних безпосередньо з виникненням суперечок.

По предмету спортивні суперечки можна умовно поділити на чотири групи. По-перше, це суперечки, що стосуються виключно комерційного боку правовідносин у галузі спорту. По-друге, це спори між спортсменами та спортивними організаціями, пов'язані з питаннями найму та працевлаштування спортсменів. По-третє, це суперечки між спортивними організаціями стосовно розподілу між ними функцій і повноважень. По-четверте, це суперечки з приводу дисциплінарних санкцій, що застосовуються спортивними організаціями до своїх членів та учасників — індивідуальних і колективних.



З іншої сторони, і в галузі морського права виникла необхідність створити міжнародний трибунал. Своє відображення ця ідея отримала 30 квітня 1982 року у м. Нью-Йорку, де було ухвалено Конвенцію ООН з морського права, яка набула чинності з 16 листопада 1994 року. Суд затверджений Президією Міжнародного морського і річкового арбітражного суду при Міжнародній асоціації судновласників Чорноморського басейну 24 серпня 1998 року. При Міжнародній асоціації судновласників Чорноморського басейну (надалі — БІНСА) був заснований Міжнародний морський і річковий арбітражний суд (надалі — ММРАС), розташований у м. Варна в Болгарії, що є інституційним судом, який заснований як неурядовий постійно діючий міжнародний орган відкритого типу, має постійну організаційну структуру, власні правила судочинства, закріплені в регламенті.

Суд допомагає учасникам десяти найбільших судноплавних компаній із шести країн Чорноморського регіону, що заснували Асоціацію, ефективніше захищати свої господарські інтереси в період проведення економічних реформ.

БІНСА заснована десятима найбільшими судноплавними компаніями з семи країн Чорноморсько-Азовського, Каспійського, Дунайського, Дніпровського та Волзького регіонів (Азербайджану, Болгарії, Грузії, Російської Федерації, Туреччини та України). До того ж, основною метою Асоціації є зміцнення і розвиток взаємовигідного міжнародного ділового співробітництва судноплавних компаній та її учасниць, поглиблення між ними господарських і науково-технічних зв'язків. Саме створений зазначеною Асоціацією Міжнародний морський і річковий арбітражний суд має велике значення у рамках цього механізму, зокрема, для зміцнення юридичного забезпечення договірних відносин як між членами БІНСА, так і з іншими учасниками морських господарських відносин у цілому. Насамперед, основними завданнями суду є: досягнення ефективності об'єктивного, оперативного і кваліфікованого розгляду спорів між суб'єктами морської господарської діяльності, здешевлення розгляду спорів шляхом установлення менших розмірів арбітражного збору для членів БІНСА порівняно з іншими судово-арбітражними органами подібного типу, що функціонують в інших регіонах світу, поглиблення економічної інтеграції в міжнародній господарській діяльності та зміцнення стабільності морських правовідносин.

Міжнародний морський і річковий арбітражний суд в Болгарії належить до найвідоміших і авторитетних арбітражних органів у світі. Таке значення зумовлене його тривалою активною діяльністю і значною кількістю вирішених спорів, традиційно високим професійним рівнем розгляду. Таким чином, створення та діяльність міжнародних морських судів є важливим кроком у справі вдосконалення механізму захисту законних прав і інтересів суб'єктів господарських відносин при розв'язанні різних спорів, що впливають з морської господарської діяльності.

Ще одним важливим етапом міжнародного права стало створення міжнародного суду в кримінальній галузі. Процес формування був досить складним, та міжнародна кримінальна юстиція формувалась поступово, впродовж більшої половини XX століття. Проте за весь цей період вона існувала лише *ad hoc* —

тобто для певного випадку. Відсутність постійно діючого кримінального суду та недосконалість юстиції *ad hoc* не могли вплинути на численні військові конфлікти. На жаль, людство стикалося з фактом міжнародних злочинів лише тоді, коли такі злочини вже було скоєно. Міжнародна кримінальна юстиція вступала в дію лише за певних обставин, а не існувала незалежно від них, і це є один із недоліків відсутності постійно діючих судів. Як правило, саме війни, які призводили до серйозних порушень міжнародного права, і несли в собі велику суспільну небезпеку.

Науковці по-різному ставляться до часу виникнення міжнародного кримінального правосуддя. Так, Крістофер Кейтл Холл — юридичний радник Емнесті Інтернешнл у Міжнародному секретаріаті цієї організації в Лондоні відзначає, що в історії до XX століття майже всі судові процеси щодо порушення законів війни проводились спеціально створюваними одною із сторін (державою-переможницею, як правило) для таких випадків трибуналами, а не звичайними судами чи міжнародним кримінальним судом. Порушення, що вчинялись під час війни, залишались безкарними, оскільки не було визнано того факту, що держави несуть відповідальність за військові злочини чи інші порушення міжнародного права, так само як й індивіди в окремих випадках відповідають за міжнародним правом. Єдине, що стримувало воюючі держави від порушення правил і звичаїв війни, була їх добра воля.

Вивчення проблеми війни у світі привело до того, що відбулася Міжнародна дипломатична конференція у м. Римі 15 червня — 17 липня 1998 р. Її результатом стало створення Міжнародного кримінального суду та ухвалення його Статуту. Місцем перебування Суду визначено м. Гаагу (Нідерланди) [6, стр. 136].

Чітку та одностайну підтримку Міжнародного кримінального суду висловили держави — члени Європейського Союзу, а також багато інших країн, що представляли різні континенти. Водночас підкреслено консервативну пропозицію в цьому питанні зайняли Сполучені Штати, Російська Федерація та Китай, які утрималися від ратифікації Римського статуту [6, стр. 136].

Слід зазначити, що на відміну від інших міжнародних і змішаних кримінальних судів Міжнародний кримінальний суд є перший постійно діючий правовий інститут, в компетенцію якого входить переслідування осіб, відповідальних за геноцид, військові злочини і злочини проти людяності, який існує з липня 2002 року. Особливістю цього суду є те, що його дія має обмеження у часі. Тобто у його компетенцію входять злочини, здійснені після набуття чинності Римського статуту.

На підставі вищезазначеного ми маємо систему відносин в галузі публічного права, приватного права, в галузі спорту, а також міжнародний кримінальний суд як узагальнюючу систему міжнародного кримінального права.

З іншого боку, на підставі отриманих даних ми можемо зазначити, окрім того, що існує система міжнародного судового права, такі важливі питання, як екологія, що стосується глобальних проблем світового суспільства на даному етапі розвитку ще не вирішена, оскільки не створено постійно діючого інституту відповідальності в галузі екологічного права. Це питання вирішується лише

в режимі ad hoc і як результат ми маємо Конференції ООН з питань зміни клімату, що проходили 7–18 грудня 2009 року у Копенгагені. До сьогоднішнього часу ця проблема, не вирішена, немає структури, яка б охороняла правопорядок в цій галузі.

До того ж французький правовик Ф. Жени запевняв, що ніяка система права не в змозі охопити усі можливі конкретні відносини. У випадку, якщо суд заповнює недоліки системи права, яка вже є, він по суті установлює нові норми, під які він потім підводить конкретні випадки, самим законом не передбачені [7, стр. 47].

Зараз, в період глобалізації, загалом спостерігається пом'якшення позицій у цьому питанні. Зокрема, у країнах романо-германської правової сім'ї спостерігається чітка тенденція до того, що судові прецеденти набувають характеру джерел права, хоча офіційно як такі можуть і не визнаватись. Прикладом може слугувати Цивільний кодекс Франції, який надає широкі можливості для розвитку нормотворчого елементу у судовій практиці, оскільки формулювання законів часто неточні, а самі закони мають прогалини та допускають різне тлумачення [7, стр. 49]. Однак на питання про те, чи творять судді право, в юриспруденції ніколи не було та зараз немає єдиного погляду, в кінцевому випадку це залежить від того, якому типу праворозуміння віддають перевагу юристи [7, стр. 49].

**Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Сучасна глобалізація як процес характеризується нерівномірністю та протиріччями, супроводжується загостренням конкуренції та виникненням загроз нових економічних та політичних конфліктів.

Як показав аналіз різних судових структур, ми можемо сказати, що є міжнародна судова система як постійнодіючий механізм захисту та дотримання прав суб'єктів міжнародного права. До того ж, те, що Україна як одна із держав, яка активно займається зовнішньою політикою та є учасником Міжнародного Суду ООН, що є підставою для вивчення даної теми.

### Література

1. Глобализация и развитие законодательства: Очерки/Отв. ред. Ю. А. Тихомиров, А. С. Пиголкин. М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2004. — 464 с.
2. Алексеенко Л. М. Олексієнко В. М., Юркевич А. І. Економічний словник: банківська справа, фондовий ринок (українсько-англійсько-російський тлумачний словник). — К.: Видавничий будинок «Максимум».
3. ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 № 4002-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/>
4. Статут Міжнародного суду ООН. Документ від 26.06.1945 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.un.org/ru/ictj/>
5. Міжнародне приватне право: Навч. посібник / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана — К.: Юрінком Інтер, 2007. — 368 с.
6. Міжнародне судочинство / Кол. авт.; Заг. ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. — К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2009. — 206 с.
7. Глобализация и развитие законодательства: Очерки/Отв. ред. Ю. А. Тихомиров, А. С. Пиголкин. М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2004. — 464 с.

### Анотація

**Терещенко О. В.** Глобалізація та її вплив на вирішення спорів інститутами міжнародного судочинства. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню системи постійно діючих міжнародних судів. Розглядається історія їх створення, робота яких пов'язана з миротворчими діями у суспільстві. Розкривається місце і значення постійно діючої міжнародної судової системи у галузі міжнародного судочинства.

**Ключові слова:** Глобалізація, постійно діючі міжнародні судові установи, мирне вирішення спорів, відповідальність, система міжнародних судів.

### Аннотация

**Терещенко О. В.** Глобализация и ее влияние на решение споров институтами международного судопроизводства. — Статья.

Статья посвящена исследованию системы постоянно действующих международных судов. Рассматривается история их создания, работа которых связана с миротворческими действиями в обществе. Раскрывается место и значение постоянно действующей международной судебной системы в области международного правосудия.

**Ключевые слова:** глобализация, действующие международные судебные учреждения, мирное разрешение споров, ответственность, система международных судов.

### Summary

**Tereshchenko O. V.** Globalization and its impact on international dispute resolution institutions of justice». — Article is devoted to the study of permanent international courts. Studying the history of their creation, whose work is linked to peacekeeping activities in society. Disclosed place and importance of a permanent international judiciary in international justice.

**Keywords:** Globalization, permanent international judicial institution, the peaceful settlement of disputes, the responsibility system of international courts.

УДК 341.217

*Д. О. Денисова*

## **ІНКРИМІНАЦІЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ МІЖНАРОДНИМ ОРГАНІЗАЦІЯМ ЗА ПРОТИПРАВНІ ДІЯННЯ ОСІБ ВІЙСЬКОВОГО КОНТИНГЕНТУ В МИРОТВОРЧИХ ОПЕРАЦІЯХ**

Кінцевий результат роботи Комісії міжнародного права ООН з кодифікації та прогресивного розвитку (далі — КМП ООН) над Проектом статей про відповідальність міжнародних організацій (далі — ПСПВМО) суперечить наявній практиці щодо притягнення ООН до міжнародно-правової відповідальності в сфері миротворчих операцій, а судова практика Європейського суду з прав людини (далі — ЄСзПЛ) пропонує інші критерії для інкримінації відповідальності ООН за протиправну поведінку агентів держав, які фактично проводять миротворчу операцію, що не закріплено в тексті ПСПВМО. З огляду на вищезазначене неясним є те, яким чином має здійснюватися інкримінація ООН неправомірної поведінки осіб зі складу сил ООН з підтримки миру, а також інкримінація міжнародно-правової відповідальності ООН в результаті санкціонування реалі-

зації миротворчої операції під національним чи регіональним командуванням. Зауважимо, що питання притягнення до міжнародно-правової відповідальності ООН в миротворчих операціях розглядалися в працях закордонних правників, таких як Ф. Сейерстед, П. Бодуа-Лівінець, К. Лек, К. Е. Свитсер, Л. Кондореллі, Г. Поретто та С. Віте. В той же час відповідні доктринальні розробки не акцентують значну увагу на критеріях інкримінації відповідальності ООН, а критерії інкримінації протиправної поведінки членів військових компонентів НАТО останній не розглядають взагалі. У вітчизняній доктрині, на жаль, маємо констатувати відсутність праць, присвячених комплексному дослідженню проблем інкримінації відповідальності міжнародних організацій в миротворчих операціях. Тому метою статті є висвітлення критеріїв інкримінації відповідальності за протиправні діяння членів національних військових контингентів ООН та НАТО.

Миротворчі операції під командуванням та управлінням ООН реалізуються Силами ООН з підтримки миру, що являють собою утворення, яке складається із військових контингентів та миротворчого персоналу відряджуваних держав-членів. Правовою основою для встановлення факту виконання функцій ООН таким утворенням є рішення РБ ООН, яким остання затверджує доповідь Генерального Секретаря ООН, що містить викладений аналіз ситуації, яка загрожує міжнародному миру та безпеці, та мандат миротворчої місії. Дане утворення набуває статусу допоміжного органу ООН і на основі укладання угоди про статус сил між ООН та державними національними збройними силами та миротворчого персоналу [1] інтегрується в організаційну структуру ООН. Вищевказане юридично закріплює факт набуття РБ ООН організаційного контролю над діями багатонаціональних збройних сил та цивільного персоналу. Тому вважаємо, що протиправні діяння солдатів багатонаціонального військового контингенту та миротворчого персоналу, вчинені останніми в процесі виконання службових обов'язків, пов'язаних із реалізацією миротворчої місії, породжують індивідуальну міжнародно-правову відповідальність ООН. Для правомірності вищевказаного судження важливим є те, що нормативна база ООН в сфері операцій з підтримки міжнародного миру та безпеки виходить із того, що саме ООН виступає суб'єктом міжнародно-правової відповідальності перед третіми особами в результаті спричинення їм каліцтва чи смерті, або втрати чи порчі їхнього майна в процесі діяльності компонентів сил ООН з підтримки миру, якщо така діяльність відповідає службовим обов'язкам учасників миротворчої місії ООН. Відповідне положення зафіксовано в ст. 9 Типового Меморандуму про взаєморозуміння між ООН та державою-членом, що надає ресурси для проведення операції ООН з підтримки миру в новій редакції від 2006 року [2]. В той же час КМП ООН не підтримує вищевикладену наукову сентенцію і відстоює позицію щодо доцільності обумовлення відповідальності ООН ступенем її оперативного управління над діями персоналу коаліційних військових сил. КМП ООН наполягає на необхідності врахування при інкримінації протиправної поведінки військових службовців, які входять до складу миротворчих сил ООН, фактору здійснення контролю з боку відряджуваних держав, який виводиться

нею із факту збереження за відряджувачими військові сили державами юрисдикційних повноважень над своїм військовим контингентом [3]. Таким чином, можна сказати, що КМП ООН не відкидає правомірність настання індивідуальної міжнародно-правової відповідальності відряджувачих держав, якщо буде виявлено, що в момент вчинення міжнародно-протиправного діяння військовий контингент, до складу якого входив солдат-правопорушник, знаходився під їхнім оперативним управлінням. Розмірковуючи над позицією КМП ООН, відзначимо, що згідно зі ст. 7 *quinqüiens* Типового меморандуму про взаєморозуміння між ООН та державою-членом, яка надала військовий контингент для операції ООН з підтримання миру, відряджуючи солдатів для формування коаліційних збройних сил військового компоненту миротворчої операції ООН, держави дійсно зберігають над своїми громадянами юрисдикцію у кримінальних питаннях та дисциплінарні владні повноваження. По-суті проблема визначення суб'єкта інкримінації протиправної поведінки у зв'язку із фактом наявності у відряджувачих держав юрисдикційних повноважень постає лише відносно осіб, які складають коаліційні збройні сили миротворчої операції ООН. Адже у випадку інкримінації протиправної поведінки осіб цивільного контингенту сил ООН з підтримки миру юрисдикція відряджувачих держав над ними зводиться до наявності в них повноважень здійснити кримінальне переслідування, а дисциплінарна юрисдикція і адміністративний контроль над такими особами належать ООН. У зв'язку із цим К. Е. Свитсер наполягає на тому, що відповідальність за неправомірні діяння персоналу сил ООН з підтримки миру настає для ООН індивідуально, що пояснюється доктриною *respondeat superior*, згідно із якою наймодавець несе матеріальну відповідальність за дії своїх працівників, вчинені в процесі їхньої трудової діяльності [4]. Повертаючись до проблеми інкримінації протиправної поведінки осіб військового контингенту миротворчих сил ООН, відзначимо, що факту наявності у відряджувачої держави юрисдикції в кримінальних та дисциплінарних питаннях в доктрині міжнародного права надається різна юридична оцінка. Так, правники французької доктрини міжнародного права, а саме: Л. Кондореллі, П. Бодау-Лівінець [5], а також американський дослідник К. Лек [6], вважають, що через наявність вищевказаних юрисдикційних повноважень у відряджувачих держав в миротворчих операціях під егідою ООН відповідальність відряджувачих держав-членів має носити субсидіарний характер відносно міжнародно-правової відповідальності ООН. Принагідно зауважимо, що Л. Кондореллі був серед перших, хто запропонував теоретичне обґрунтування концепції солідарної інкримінації в миротворчих операціях під командуванням ООН, яке було сформульоване наступним чином: відряджуючі військовий контингент держави здійснюють «організаційне командування» (в силу того факту, що за ними зберігається контроль в організаційних та адміністративних питаннях над солдатами), а ООН здійснює «оперативне командування» військовим компонентом сил ООН з підтримки миру на тій підставі, що відряджуючі держави передали їй своїх солдат для реалізації миротворчої операції [7]. Згодом, після прийняття ПСПВМО КМП ООН в першому читанні, дану позицію підтримало ряд експертів з проблем від-

повідальності в багатонаціональних військових операціях на спеціальному семінарі в Амстердамі [8]. Дані експерти додали до вже відомих аргументів ще й «...виключну компетенцію відряджувачих держав в сфері обрання та підготовки військовослужбовців та в області стандартів для умов використання їхніх підданих, що перебувають на її національній військовій службі» [9].

Опоненти вищевказаної позиції відстоюють правомірність настання індивідуальної міжнародно-правової відповідальності ООН в миротворчих операціях під командуванням останньої. Основним аргументом прибічників даної концепції виступає судження щодо того, що національний контингент передається відряджувачими державами у розпорядження ООН, а наявність вищенаведених юрисдикційних повноважень у даних держав не може вважатися вирішальною в питанні інкримінації поведінки ООН. Отже, Ф. Сейерстед [10] та швейцарські дослідники Г. Поретто та С. Віте [11] відстоювали вищевказану позицію. А окремою когортою експертів з проблем відповідальності в багатонаціональних військових операціях на спеціальному семінарі в Амстердамі аргументацію концепції було розширено судженням щодо того, що в рамках операцій сил ООН з підтримки миру існує єдиний ланцюг командування, який вказує на факт здійснення останньою єдиноосібного контролю над діями військовослужбовців миротворчих сил ООН [12].

Як вже відмічалось вище, автор даної статті підтримує концепцію індивідуальної міжнародно-правової відповідальності ООН в миротворчих операціях під її командуванням. При цьому, на нашу думку, доцільно послатися на ст. VI Типової угоди між ООН та державою-членом, що надає персонал та обладнання для операції ООН з підтримки миру, відряджувачої держави, зі змісту якої можна заключити, що уклавши міжнародний договір із ООН про передачу компонентів до складу сил ООН з підтримки миру, позбавляються права здійснювати легітимно будь-який вид контролю та управління над своїми підданими. Вважаємо, що факт наявності дисциплінарних та кримінальних юрисдикційних повноважень у відряджувачих військовий контингент держав відіграє другорядну роль в механізмі імплементації відповідальності військового контингенту сил ООН з підтримки миру, яка полягає у реалізації обов'язку застосування до солдат, що вчинили протиправне діяння, несприятливих наслідків згідно із законодавством держави громадянства відповідних осіб. Таким чином, відбувається персоніфікація відповідальності за правопорушення та злочини в миротворчих операціях під егідою ООН.

Настання міжнародно-правової відповідальності ООН в результаті санкціонування нею проведення миротворчої операції, яка реалізується під національним чи регіональним командуванням, відбувається на підставі виведення каузальної участі ООН у вчиненні міжнародно-протиправного діяння членами миротворчих сил. Для цього судова практика ЄСзПЛ відстоює правомірність застосування критерію «вищої влади та контролю». При цьому висновок з приводу здійснення РБ ООН «вищої влади та контролю» впливає із проведення аналізу нормативно-правової бази, що регламентує миротворчу операцію, на предмет визначення в тексті санкціонуючого рішення РБ ООН пере-

ліку конкретних завдань, щодо виконання яких ООН делегує повноваження коаліційним миротворчим силам з метою відновлення безпеки. Так, ЄСЗПЛ у своєму рішенні по справі *«Бехрамі і Бехрамі проти Франції та Сараматі проти Франції, Германії й Норвегії»*, керуючись положеннями Резолюції РБ ООН № 1244, вивів факт збереження за РБ ООН «вищої влади та контролю» над «об'єднаним командуванням та контролем» за чотирма багатонаціональними військовими угрупованнями, що в своїй сукупності складали збройні сили СДК [13]. ЄСЗПЛ використав з цією метою § 5 Резолюції 1244, в якому відзначалося, що РБ ООН на підставі Глави VII Статуту ООН делегувала СДК повноваження щодо встановлення міжнародної присутності з метою відновлення міжнародної безпеки. Зокрема, важливим аргументом в контексті встановлення факту збереження за РБ ООН «вищої влади та контролю» став § 9 Резолюції РБ ООН № 1244, в якому остання визначила конкретний перелік обов'язків сил міжнародної присутності по безпеці в Косово. РБ ООН, закріпивши у п. 4 додатку 2 вищевказаної Резолюції те, що «міжнародна присутність з метою відновлення міжнародної безпеки відбуватиметься за значною часткою участі в ній НАТО» [14] таким чином надала легітимності факту делегування здійснення (через Головнокомандуючого СДК) об'єднаного командування та контролю над коаліційними збройними силами СДК НАТО. Вищесказане дає підстави говорити про те, що керівні інструкції на вчинення відповідних дій надходили від Комітету військового планування чи Військового комітету НАТО. Аналіз Військово-технічної угоди між НАТО та Федеративною Республікою Югославією і Сербією від 9 червня 1999 року (п. 5 додатку «В») підтвердив, що поведінка норвезького контингенту відповідала їхнім службовим обов'язкам, і тому щодо правомірності її інкримінації СДК не залишається сумнівів. Таким чином, маємо наступну схему підпорядкування: РБ ООН → Військовий комітет НАТО → Головнокомандуючий СДК. Але, незважаючи на цей фактор, ЄСЗПЛ спростував правомірність інкримінації НАТО міжнародно-правової відповідальності військового персоналу СДК, основуючи свою позицію на тому, що військовий контингент СДК проводив миротворчу операцію в Косово на підставі саме делегованого НАТО з боку РБ ООН об'єднаного командування та контролю, а не на основі здійснення прямого командування з боку НАТО [15]. По вищевказаній справі ЄСЗПЛ постановив, що протиправна поведінка військовослужбовців коаліційних сил СДК, а саме затримання пана Сараматі, має породжувати міжнародно-правову відповідальність безпосередньо ООН — міжнародної організації, що володіє універсальною юрисдикцією щодо реалізації імперативної цілі з забезпечення колективної безпеки [16]. На нашу думку, затримання пана Сараматі відповідно до наказу Головнокомандуючого СДК, який мав громадянство Норвегії, має породити субсидіарну міжнародно-правову відповідальність НАТО відносно настання міжнародно-правової відповідальності ООН в результаті її каузальної участі у протиправній поведінці компонентів СДК. Обґрунтовуючи необхідність настання міжнародно-правової відповідальності НАТО в вищенаведеній ситуації, відзначимо, що основною перепорою абсолютної правомірності такої позиції виступає існуюча нормативно закріпле-



на процедура інкримінації протиправної поведінки осіб зі складу компонентів утворення, що здійснює миротворчу операцію під егідою НАТО. Дана процедура передбачає уникнення міжнародно-правової відповідальності НАТО. Так, у випадку, якщо миротворча акція під егідою НАТО проводилася на території третьої держави, яка не має членства в НАТО, п. 5 ст. VII Угоди про статус військових сил НАТО закріплює розподіл витрат між приймаючою державою та державою, що відрядила військовослужбовця, який спричинив шкоду на території приймаючої держави, а якщо мова йтиме про держав-членів, як таких, що виступають в якості приймаючої держави для коаліційних збройних сил НАТО, то в такому разі п. 1 ст. VIII Угоди про статус військових сил НАТО взагалі зобов'язуватиме останніх відмовитися від своїх претензій проти інших держав-членів, чиї військовослужбовці спричинили шкоду майну, яке знаходилося на їхній території. Вважаємо, що відсутність презумпції відповідальності НАТО являє собою цілеспрямовану позицію керівництва НАТО, що дозволяє останній уникнути політичної міжнародно-правової відповідальності та зберегти авторитет регіональної міжурядової організації, яка діє у відповідності із нормами міжнародного гуманітарного права та згідно із міжнародними стандартами в сфері прав людини. Розмірковуючи над теоретичним обґрунтуванням правомірності інкримінації НАТО міжнародно-правової відповідальності за протиправну поведінку осіб зі складу миротворчих сил, які діють під її командуванням, вважаємо, що така інкримінація повинна обґрунтовуватися застосуванням сформульованого КМП ООН в ст. 7 ПСПВМО «критерію ефективного контролю» (а саме його елементу — «оперативного управління»).

Виявлення в результаті аналізу нормативно-правової бази, що регламентує миротворчу операцію, тієї обставини, що РБ ООН санкціонувала «використання державами-членами сили для широкого спектру цілей», позбавить покладання міжнародно-правової відповідальності на ООН правомірності. І, незважаючи на той факт, що РБ ООН санкціонує проведення такої миротворчої місії, і навіть володіє «контрольним інструментом» в механізмі реалізації даної миротворчої операції, вважається, що такий контроль з боку РБ ООН не повинен породжувати настання міжнародно-правової відповідальності ООН [17]. Це можна пояснити тим, що вищевказаний контроль не передбачає здійснення будь-яких владних повноважень щодо приведення до виконання даної миротворчої операції, а виявляється лише в обов'язку заслуховувати періодичні звіти від урядів держав, які оперативно управляють проведенням такої миротворчої операції. Тому вся повнота міжнародно-правової відповідальності має покладатися на ту державу чи тих держав, об'єднаних регіональною угодою, що здійснюють оперативне управління над відповідними компонентами миротворчої операції. Вищезазначені судження підтверджуються у рішенні ЄСЗПІ у справі «Аль-Джедда проти Сполученого Королівства» [18].

Спільні миротворчі місії, що передбачають під час їхньої реалізації тісну взаємодію допоміжних органів ООН із військовими угрупованнями її держав-членів, які діють в рамках самостійного структурного командування, створює значні складності відносно інкримінації відповідальності ООН. В цьому зв'язку

показовим, на нашу думку, є обставина, що існувала в механізмі управління миротворчою операцією в Сомалі. Так, військовий контроль над солдатами «Рейнджерс» здійснювався командувачем сил США, який паралельно виконував обов'язки заступника командувача ЮНІСОМ II. Враховуючи той факт, що в період з 1992 року по 1994 рік військові операції в Сомалі розгорталися майже одночасно та в межах одного району, претензії фізичних осіб щодо спричинення фізичної шкоди та нанесення матеріальних збитків військовослужбовцями гостро поставили питання відносно необхідності вироблення принципу визначення суб'єкта міжнародно-правової відповідальності. Практика комісії з врегулювання претензій третіх осіб щодо протиправних діянь персоналу військових контингентів в Сомалі сформулювала підхід, відповідно до якого вирішальним критерієм став факт наявності оперативного командування з боку суб'єкту владних інструкцій. Виходячи із нього дана комісія прийшла до висновку, що відносно всіх отриманих претензій, пов'язаних із спричиненням фізичної шкоди чи завданням матеріальних збитків, протиправна поведінка членів військових контингентів мала місце внаслідок оперативного управління США. Однак, беручи до уваги ланцюг підпорядкованості, який фактично існував між командувачем ЮНОСОМ II та командувачем військ швидкого реагування США, можна говорити про те, що відповідальність за неправомірні діяння, вчинені особами зі складу військового контингенту чи миротворчого персоналу, юрисдикцію над яким здійснювали США в процесі виконання їхніх службових обов'язків, мала покладатися на ООН. Відповідне можна було б пояснити фактом каузальної участі з боку ООН в протиправній поведінці компонентів, які входили до складу миротворчих сил партнера ООН в реалізації спільної миротворчої місії, у формі оперативного управління. Зокрема, вважаємо, що інкримінація міжнародно-правової відповідальності ООН в спільних миротворчих операціях має будуватися на принципі організаційного контролю, під яким перебуває утворення, що діє в миротворчій акції під егідою ООН. І тому протиправна поведінка військового складу допоміжного органу ООН має інкримінуватися індивідуально ООН. На нашу думку, той факт, що в момент вчинення міжнародно-протиправного діяння особами зі складу національного військового контингенту останні діяли, перебуваючи під організаційним контролем РБ ООН, всупереч керівним вказівкам командувача силами утворення під егідою ООН, має спричинити застосування з боку РБ до такої держави, яка віддавала розпорядження, що не відповідали наказам командувача сил ООН з підтримки миру, санкцій. Адже, як впливає із рішення апеляційного суду Голландії по справі «*H. N. проти Міністру оборони та Міністру закордонних справ Нідерландів*», вказівки національної влади щодо ігнорування чи невиконання наказів Верховного командувача сил ООН становить з боку відряджуючої держави порушення фактичної основи, на якій базується інкримінація поведінки ООН [19]. Вважаємо, що вид даних санкцій вирішуватиметься на засіданні РБ ООН шляхом голосування. Відповідний підхід, на нашу думку, спонукатиме держави, які передають свої національні збройні сили до складу сил ООН з підтримки миру, сумлінно виконувати положення

двосторонніх міжнародних угод про передачу повноважень над національним військовим контингентом від відряджуючої держави РБ ООН.

На основі проведеного аналізу можна зробити наступні *висновки*. Існуюча практика притягнення ООН до міжнародно-правової відповідальності за протиправну поведінку агентів держав, як тих, що передаються даній міжнародній організації відряджуваними державами згідно із спеціальними міжнародними угодами, так і тих, які формально є відособленими від організаційної структури ООН, в сфері діяльності з підтримки міжнародного миру та безпеки свідчить про низку очевидних проблем, які створюють прецеденти для уникнення з боку ООН відповідальності. Це пояснюється відсутністю погодженого підходу до застосування критеріїв інкримінації відповідальності в миротворчих операціях відповідно до кожного з їхніх типів. Вважаємо, що для притягнення ООН до відповідальності в миротворчих операціях під її командуванням має застосовуватися критерій «організаційного контролю» (як другий елемент критерію «ефективного контролю»)<sup>1</sup>. З метою притягнення ООН до відповідальності в миротворчих операціях під національними та регіональним командуванням правомірним є застосування критерію «вищої влади та контролю». В спільних миротворчих акціях пропонуємо застосування для притягнення ООН до відповідальності критерію «організаційного контролю», а також критерію «оперативного управління» в розумінні кваліфікації ст. 15 ПСПВМО (в результаті встановлення її каузальної участі у формі фактичного управління оперативного характеру протиправною поведінкою учасників військових компонентів чи миротворчого персоналу, які входять до складу миротворчих сил партнера ООН в реалізації спільної миротворчої місії). Відповідальність міжнародних регіональних організацій на кшталт НАТО існує на даний момент лише в теоретичній площині. Обґрунтовуючи необхідність настання індивідуальної чи субсидіарної відповідальності НАТО (відносно відповідальності ООН) в миротворчих операціях під регіональним командуванням, відзначимо, що критерій «оперативного управління» (як перший елемент критерію «ефективного контролю») доцільно було б застосовувати для цілей інкримінації поведінки агентів відряджуваних держав НАТО.

### Література

1. Model Agreement Between the United Nations and Member States Contributing Personnel and Equipment to United Nations Peace-Keeping Operations, UN Doc. A/46/185, May 23.
2. Revised draft model memorandum of understanding between the United Nations and [participating State] contributing resources to [the United Nations Peacekeeping Operation]. UN Doc. A/61/494, October 3.
3. Report of the International. Law Commission. Sixty-first session. (4 May-5 June and 6 July-7 August 2009). UN Doc. A/64/10. P. 67.
4. Catherine E. Sweetser. Providing effective remedies to victims of abuse by peacekeeping personnel // New York university Law Review. — 2008, Vol. 83. — № 5, November. P. 1671.

<sup>1</sup> Принагідно зауважимо, що автором даної статті було внесено пропозицію щодо корегування ст. 7 ПСПВМО і закріплення в змісті коментарю до неї критерію «організаційного контролю». Див. Денисова Д. О. Правова сутність критерію «ефективного контролю» в контексті інкримінації міжнародно-правової відповідальності міжнародним міжурядовим організаціям / Д. О. Денисова // «Наукові дослідження сучасності. Випуск 4»: зб. мат. Міжнар. наук.-практ. конф., 30 травня 2012 р.

5. Pierre Bodeau-Livinec, Gionata P. Buzzini, and Santiago Villalpando. ECHR judgment on applicability of European Convention on Human Rights to acts undertaken pursuant to UN Chapter VII operation in Kosovo // *American Journal of International Law*. — 2008, Vol. 102. — № 2, April. P. 329.
6. Christopher Leck. International Responsibility In United Nations Peacekeeping Operations: Command And Control Arrangements And The Attribution Of Conduct. // *Melbourne Journal of International Law*. — 2009, Vol.10. P. 353.
7. L. Condorelli. Le statut des Forces de L'ONU et le droit international humanitaire // *Rivista di diritto internazionale*, 1995, Vol. 78. Pp. 881–888.
8. Shares Expert Seminar Report «Responsibility in multinational military operations: a review of recent practice» (Amsterdam 16 December 2010) // Amsterdam Center for International Law, University of Amsterdam. Report drafted by: Býřñnice Boutin. [Electronic source]. Access mode: [www.sharesproject.nl](http://www.sharesproject.nl). P. 8.
9. Ibid.
10. F. Seyersted. United Nations Forces, Some Legal Problems // *British Yearbook of International Law*. — 1961, Vol. 37. P. 409.
11. Gabriele Porretto and Sylvain Vite. The application of international humanitarian law and human rights law to international organizations // University Centre for international humanitarian law. Research Paper Series. — 2006, № . P. 10.
12. Shares Expert Seminar Report «Responsibility in multinational military operations: a review of recent practice» (Amsterdam 16 December 2010) // Amsterdam Center for International Law, University of Amsterdam. Report drafted by: Býřñnice Boutin. [Electronic source]. Access mode: [www.sharesproject.nl](http://www.sharesproject.nl). P. 7–8.
13. Saramati v. France, Germany And Norway: Judgment of 2 May 2007. Case № 71412/01. Courts Opinion, para.3. [Electronic source]. Access mode: <<http://hei.unige.ch/clapham/hrdoc/docs/ECHRBehrami.doc>>
14. Ibid.
15. Ibid. Annex E, point 54.
16. Ibid. Annex E, point 67.
17. Responsibility of international organizations: Comments and observations received from Governments. UN Doc. A/CN.4/556. P. 46.
18. Al-Jedda v the United Kingdom: Judgment of 7 July 2011. Case № 27021/08 // Human Rights Law Centre Caselaw Database. Paragraphs 56, 84. [Electronic source]. Access mode : <http://cimskp.echr.coe.int>.
19. H. N. v. Netherlands: Judgment of 10 September 2008. Case № 265615/HA ZA 06–1671 // Oxford Reports on International Law in Domestic Courts 1092 (NL 2008). — Para. 4.11.

### Анотація

**Денисова Д. О.** Інкримінація міжнародно-правової відповідальності міжнародним організаціям за протиправні діяння осіб військового контингенту в миротворчих операціях. — Стаття.

Стаття присвячена висвітленню критеріїв притягнення до відповідальності, які мають застосовуватися відносно ООН та НАТО в миротворчих операціях, що реалізуються ними.

**Ключові слова:** ООН, НАТО, критерій «оперативного управління», критерій «організаційного контролю», критерій «вищої влади та контролю».

### Аннотация

**Денисова Д. А.** Вменение международно-правовой ответственности международным организациям за противоправные деяния лиц военного контингента в миротворческих операциях. — Статья.

Статья посвящена освещению критериев для привлечения к ответственности, которые должны применяться относительно ООН и НАТО в осуществляемых ими миротворческих операциях.

**Ключевые слова:** ООН, НАТО, критерий «оперативного управления», критерий «организационного контроля», критерий «высшей власти и контроля».

### Summary

*Denisova D. A. Imputability of international organizations responsibility for internationally wrongful acts committed by contributing States troop contingents in peacekeeping operations — Article.*

This article highlights standards for invoking international responsibility, that are supposed to be applied to the UN and NATO in peacekeeping operations conducted by them.

*Keywords:* United Nations, NATO, the standard of «operational control», the standard of «organizational control», the standard of «ultimate authority and control».

УДК 341.123.043:343.222.4

*К. А. Важна*

### ІДЕЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ В КОМІСІЇ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ООН

**Постановка проблеми.** У доктрині існує досить впливовий напрям, який визнає кримінальний характер відповідальності держави за міжнародні злочини [1, с. 46; 2, с. 135]. У той час, коли в доктрині та міжнародно-правовій практиці чітко визнано, що індивіди є кримінально відповідальними і організації також здатні нести кримінальну відповідальність за міжнародним правом, кримінальна відповідальність поки що не застосовується до держав. Зважаючи на наявність дискусії у доктрині з питання кримінальної відповідальності держави (далі — КВД), аргументацію різних (протилежних) підходів щодо перспективи її втілення, важливим є з'ясування ставлення до вказаної проблеми Комісії міжнародного права ООН.

**Завдання дослідження.** Завданням даної статті є висвітлення сутності концепції кримінальної відповідальності держави та з'ясування позиції Комісії міжнародного права ООН щодо можливості впровадження вказаного виду відповідальності у позитивному міжнародному праві.

**Стан дослідження даної проблематики.** Проблема відповідальності держави, у т. ч. кримінальної, за вчинення міжнародних злочинів досліджувалася широким колом фахівців з міжнародного права, що зумовлено важливістю та актуальністю вказаної проблематики. Так, концепції злочину держави та кримінальної відповідальності держави досліджувалися (в алфавітному порядку) Р. Аго, М. Ш. Бассіоні, Дж. Гінзбургсом, Г. Доннедьє де Вабром, Ф. Малекьяном, В. Пеллою та багатьма іншими фахівцями. У вітчизняній літературі вказане питання також досліджувалося великою кількістю вчених, серед яких, зокрема, потрібно назвати імена (в алфавітному порядку) В. Ф. Антипенка, І. П. Бліщенко, В. А. Василенка, Н. А. Зелінської, І. І. Лукашука, Ю. В. Манійчука, І. В. Фісенка та ін.

Проте еволюція ставлення Комісії міжнародного права ООН щодо кримінальної відповідальності держави та сучасна позиція Комісії щодо вказаного питання не були предметом окремого дослідження або висвітлювалися поверхнево.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Основоположником напряду, який підтримує кримінальний характер відповідальності держави за міжнародні злочини, можна вважати видатного румунського юриста-міжнародника Веспасіана В. Пеллу, який ще у 1925 році сформував цілісну концепцію кримінальної відповідальності держави [3, с. 242–243]. Серед розробників та представників вказаної концепції можна назвати імена таких відомих фахівців з міжнародного права (у алфавітному порядку): Р. Аго, А. Бустаманте, Дж. Гінзбург, Г. Доннедьє де Вабр, Ж. Дюма, Л. Ле-Фюр, Ф. Малекян, К. Сальданья та інші.

В основу концепції КВД покладено розподіл всіх міжнародних правопорушень на два основні види за тяжкістю, серйозністю та суспільною небезпекою. До першого виду відносять прості (ординарні) правопорушення або делікти, а до другого — міжнародні злочини.

Прихильники кримінальної відповідальності держави дотримуються позиції, згідно якої відповідальність за вчинення міжнародних злочинів за об'ємом, формами і режимом її реалізації повинна відрізнятися від відповідальності за ординарні порушення МП, а саме: відповідальність за міжнародні злочини повинна встановлювати більш обтяжуючі позбавлення і негативні наслідки для держави-правопорушниці; метою кримінальної відповідальності держави є не лише повне відшкодування завданих збитків, а й потерпання негативних наслідків, що йде від усієї спільноти держав; превенція від повторного вчинення такого міжнародного злочину тією ж державою (а також іншими); допускається можливість (для вказаних цілей) правомірного обмеження суверенітету та міжнародної правосуб'єктності злочинної держави.

Аналогічні погляди підтримуються широким колом фахівців з міжнародного права, які, проте, заперечують кримінальний характер такої відповідальності, називаючи її міжнародно-правовою, або уникають відповіді на це питання. Представники вітчизняної міжнародно-правової науки у переважній більшості займають проміжну позицію, одночасно підтримуючи погляди, аналогічні позиції прихильників КВД [4, с. 15–20; 5, с. 219–221; 1, с. 45].

Кримінальний характер відповідальності держави за міжнародні злочини визнається сучасним представником української міжнародно-правової науки В. Ф. Антипенком. Вчений обґрунтував доцільність і довів можливість понесення відповідальності державою за вчинення міжнародного злочину тероризм [6, с. 330–340, 356, 361–367; 7, с. 215–224].

Представники концепції кримінальної відповідальності держави вважають, що у більшості випадків у вчиненні міжнародних злочинів винною є держава у цілому. А тому у таких випадках відповідальність (а саме кримінальну відповідальність) за вчинення міжнародних злочинів і за їх шкідливі наслідки повинна нести вся держава, а не лише окремі індивіди.

Поняття «злочин держави» є відомим у міжнародній практиці. У період між двома світовими війнами відбулася низка воєнних форумів, на яких концепція КВД отримала підтримку [3, с. 247–248; 8, с. 82]. Ще більшої популярності ідея кримінальної відповідальності держави набула після Другої світової війни.

Концепція злочину держави і кримінальної відповідальності держави неодноразово обговорювалася в Комісії міжнародного права ООН.

Питання про кримінальну відповідальність держави виникло вже на ранньому етапі роботи Комісії над Проектом статей про відповідальність держав. У своїх доповідях Ф. В. Гарсія Амадор починаючи з 1954 року піднімав це питання і у 1956 році він вже чітко висловився на користь КВД [9, с. 183]. Більшість членів (включаючи С. Б. Крилова) зайняли позицію, згідно якої сучасному міжнародному праву така відповідальність невідома [10, с. 239–241]. Проте надалі становище почало змінюватися.

На сесії 1962 року Г. І. Тункін підкреслював особливе значення дослідження відповідальності за дії, які загрожують миру і перешкоджають досягненню колоніальними народами незалежності. На тій же сесії Р. Аго звернув увагу на те, що існують норми, порушення яких тягне за собою лише відшкодування шкоди, але водночас існують й інші норми, порушення яких тягне за собою не лише зобов'язання відшкодування збитків, але також і необхідність застосування санкцій репресивного характеру. На сесії 1969 року М. А. Ушаков, посиляючись на монографію Г. І. Тункіна, зауважив, що у минулому порушення міжнародного права стосувались лише держави-порушниці і потерпілої держави, тоді як на даний час порушення миру зачіпають права усіх держав.

Деякі члени Комісії підкреслювали значення концепції міжнародного злочину. Т. Елайес активно підтримував поняття «міжнародний злочин». Е. Хамбро говорив про «міжнародні кримінальні діяння». Х. Кастаньєда висловив міркування про те, що існують певні міжнародні зобов'язання держав, які є зобов'язаннями *erga omnes*. Порушення будь-якого з цих зобов'язань, наприклад, здійснення геноциду, становить міжнародний злочин.

У доповідях Комісії міжнародного права Генеральній Асамблеї 1969, 1973, 1974 і 1975 рр. містилися вказівки на відмінності між протиправними діяннями залежно від змісту порушеного зобов'язання. Жоден із членів Комісії не висловив із цього приводу сумнівів [3, с. 262–263]. Враховуючи зазначені обставини, спецдоповідач Р. Аго сформулював проект статті, яка після обговорення і внесення до неї ряду поправок була включена до тексту Проекту статей про відповідальність держав і в 1976 році прийнята Комісією під номером 19 [8, с. 88; 11, с. 64; 12, с. 9, 161; 13, с. 84]. Стаття містить не лише загальне визначення поняття міжнародного злочину (п. 2), але й приблизний перелік тих випадків, у яких міжнародно-протиправне діяння слід кваліфікувати як міжнародний злочин (п. 3). У цьому пункті йдеться саме про окремі приклади, а не про складання вичерпного списку міжнародних злочинів. Стаття 19 була впродовж кількох років предметом широкої дискусії у Шостому комітеті Генеральної Асамблеї ООН [13, с. 84–85; 1, с. 19].

Професор М. Ш. Бассіоні вбачає у вказаній статті спробу розширити відповідальність за межі цивільної відповідальності (нагадаємо, що більшість вітчизняних авторів вважають, що ця відповідальність є міжнародно-правовою, а не цивільною) аж до кримінальної відповідальності [11, с. 64].

В широкому Коментарі Комісії до статті 19 її зміст переконливо обґрунтувався на основі аналізу міжнародної практики та доктрини. Як піонер відповідної концепції вказувався Д. Б. Левін із посиланням на його роботу 1946 року. Також викладалися думки Г. І. Тункіна, містилися посилання і на роботи інших радянських авторів. У цьому вбачається визнання внеску вітчизняної доктрини у становлення концепції «злочину держави» [3, с. 263–264].

Комісія обґрунтувала необхідність розрізняти в рамках загальної категорії міжнародно-протиправних діянь держав особливу категорію, що охоплює виключно тяжкі протиправні діяння [8, с. 88–89]. Значною мірою це впливає із виділення в рамках міжнародного права особливої категорії норм, що мають назву імперативних (*jus cogens*). Особливий характер цих норм, значення інтересів, які вони захищають, диктують необхідність встановлення особливої відповідальності за їх порушення. При цьому Комісія неодноразово наголошувала, що мова не йде про кримінально-правову відповідальність держав, аналогічну тій, яку несуть посадові особи — органи держави — за злочини за міжнародним правом. Мається на увазі особливий вид міжнародно-правової відповідальності [3, с. 263–264; 12, с. 63].

Це принципове положення відзначається і в Коментарі до Статей про відповідальність держав, прийнятих Генеральною Асамблеєю. У ньому йдеться про те, що спочатку передбачалося виділити відповідальність за порушення імперативних норм «шляхом посилання на категорію «міжнародних злочинів держав», які відрізнялися б від усіх інших випадків міжнародно-протиправних діянь («міжнародних деліктів»). Разом з тим ніяких кримінальних наслідків для держав у разі порушення цих основоположних норм не передбачалося». Термін «міжнародний злочин» був обраний з урахуванням того, що він став широко використовуватися в практиці держав, а також у наукових працях [14, с. 286, 288].

Хоча більшість держав погодилися із необхідністю розподілу міжнародних правопорушень за тяжкістю на види (в чому на сьогодні вже не виникає сумнівів і що підтверджене сучасним позитивним міжнародним правом), Комісія міжнародного права так і не встановила конкретного відмінного режиму відповідальності держав за міжнародні злочини [12, с. 32, 47–49, 62–67, 77–79].

Викликає інтерес позиція Комісії щодо того, наскільки концепція «злочину держави» відповідає позитивному міжнародному праву. На її думку, «було б цілком помилково вважати, що у сучасному міжнародному праві існує лише один режим відповідальності, який можна застосовувати повсюдно до будь-якого типу міжнародно-протиправного діяння, незалежно від того, чи є воно тяжким чи ні, чи зачіпає воно життєво важливі інтереси міжнародного співтовариства в цілому, або тільки інтереси якогось певного члена цієї спільноти».

Заслуговує на увагу і той факт, що на перших обговореннях у 1976 році проекту статті 19 у Шостому комітеті Генеральної Асамблеї ООН він був одностайно підтриманий. Негативну позицію зайняв лише представник Швеції. Проте пізніше значна кількість західних держав виступили проти проекту статті



19, посилаючись на те, що вона криміналізує відповідальність держав і тим самим вступає у протиріччя з міжнародним правом, якому невідомі різні види відповідальності. У результаті Комісії довелося шукати компроміс між двома різними позиціями [3, с. 264–267; 15, с. 2].

У 2000 році було прийнято остаточне рішення: виключити статтю 19 і відмовитися від використання терміну «злочин». У Проект було включено нову главу: «Глава III. Серйозні порушення зобов'язань перед міжнародним співтовариством в цілому» [8, с. 93–94].

Як ми бачимо, був знайдений компроміс: з одного боку, був виключений термін «злочин», який викликав сумніви, а з іншого — збережена ідея виділення особливої відповідальності за найбільш тяжкі правопорушення. Однак і це положення не отримало одноголосної підтримки у Комісії. Більшість членів висловилися за збереження глави про серйозні порушення, яка, на їхню думку, урівноважувала весь текст з урахуванням відмови від поняття «злочину держави» і, таким чином, є дуже необхідною. Крім того, виключення розділу було б кроком назад і применшенням виконаної Комісією роботи [3, с. 264–267].

Багато дискусій було також з приводу назви проекту обговорюваної глави. Ряд делегацій у Шостому комітеті Генеральної Асамблеї ООН висловили занепокоєння щодо терміну «міжнародне співтовариство». З огляду на критичні зауваження Комісія у 2001 році змінила назву Глави III Другої частини Проекту Статей. На даний час вона звучить так: «Серйозні порушення зобов'язань, які випливають з імперативних норм загального міжнародного права» [14, с. 39; 8, с. 94–95].

Зв'язок нових положень із статтею 19 підкреслюють відомі юристи, зокрема, і спеціальний доповідач Дж. Кроуфорд. Відзначають, що нова глава «прагне втілити цінності, які лежать в основі колишньої статті 19, одночасно уникаючи використання проблемного терміну «злочин» [3, с. 267–268].

Сучасна версія Глави III Другої частини Статей про відповідальність держав складається з двох статей: статті 40 «Застосування даної Глави» та статті 41 «Особливі наслідки серйозного порушення зобов'язання згідно даної Глави».

Серйозні порушення зобов'язань, що випливають з імперативних норм загального міжнародного права, можуть тягнути за собою додаткові наслідки, причому не лише для відповідальної держави, а й для всіх інших держав. Усі держави мають право закликати до відповідальності за порушення зобов'язань перед міжнародним співтовариством в цілому.

Крім того, із вказаної вище статті 40 випливає, що для визначення сфери застосування відповідальності за порушення, про які йдеться у Главі III Статей, треба брати до уваги два критерії. Перший стосується характеру порушеного зобов'язання, яке має витікати з імперативної норми міжнародного права. Другий критерій кваліфікує значимість порушення, яке має бути серйозним за своїм характером [14, с. 39, 289, 290].

Ідея особливого режиму міжнародної відповідальності держави за скоєння міжнародних злочинів та створення міжнародного юрисдикційного органу для її реалізації була популярною й під час обговорення Комісією інших проектів.

Вказані питання обговорювалися при підготовці проекту Конвенції про попередження і покарання за злочин геноциду 1948 року, під час роботи Комісії міжнародного права над проектом Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства [16, с. 26–27; 2, с. 137]. З чисто прагматичних міркувань їх закріплення у цих документах було відхилено.

У 1983 році Комісія міжнародного права, відновивши розгляд проекту Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства, звернулася до Генеральної Асамблеї з проханням уточнити, чи входить держава до числа суб'єктів права, яким може бути поставлена міжнародна кримінальна відповідальність, «зважаючи на політичний характер цієї проблеми» [17, с. 17]. У 1984 році Комісія міжнародного права вирішила обмежити проект на тому етапі кримінальною відповідальністю індивідів, що не перешкоджає подальшому розгляду можливості застосування до держав поняття міжнародної кримінальної відповідальності [18, с. 19]. У проект Кодексу включена спеціальна стаття 4 «Відповідальність держав», яка встановлює, що «відповідальність окремих осіб за злочини проти миру і безпеки людства, передбачена в цьому Кодексі, жодним чином не впливає на відповідальність держав за міжнародним правом» [19; 2, с. 137].

Комітет з кримінальної юстиції у 1951 році при обговоренні статті 25 проекту Статуту Міжнародного кримінального суду обмежив підсудність фізичними особами [20, с. 69]. Комітет вважав більш важливим закріпити принцип міжнародної кримінальної відповідальності індивідів, ніж починати дискусію з питання, щодо якого відсутні узгоджені позиції [19]. Так, у Римському статуті Міжнародного кримінального суду від 17 червня 1998 року встановлюється юрисдикція щодо «найсерйозніших злочинів, які викликають стурбованість всього міжнародного співтовариства», але ця юрисдикція обмежується «фізичними особами» згідно пункту 1 статті 25. У цій же статті конкретно вказується, що жодне положення Статуту, «яке стосується індивідуальної кримінальної відповідальності, не впливає на відповідальність держав за міжнародним правом» [21].

Таким чином, при здійсненні кодифікаційної роботи у даній сфері питання про міжнародну кримінальну правосуб'єктність держави залишається відкритим [2, с. 26–27].

А. Г. Кибальник зазначає, що держава може скоїти злочин за міжнародним правом, але не може нести відповідальність згідно діючого міжнародного кримінального права і несе міжнародно-правову відповідальність. Вчений наводить цитату Ю. В. Петровського про те, що однією з особливостей міжнародно-правової відповідальності за здійснення злочинів за міжнародним правом є неспівпадіння суб'єктів правопорушення і суб'єктів відповідальності.

Сама ж концепція КВД існує лише в доктринальних розробках, тому практичне здійснення в даний час кримінальної відповідальності держави неможливе [20, с. 74].

**Висновки.** Ідея кримінальної відповідальності держави за вчинення міжнародних злочинів отримала широке визнання в доктрині міжнародного права. Вказана ідея неодноразово обговорювалася у Комісії міжнародного права ООН, де знайшла широку підтримку. Хоча кримінальна відповідальність держави не

була прийнята у позитивному МП, це, на думку Комісії, не заперечує і не перешкоджає її визнанню у майбутньому. Таким чином, питання про кримінальну правосуб'єктність держави залишається відкритим і в умовах глобалізації світу знову привертає до себе підвищену увагу фахівців.

### Література

1. Блищенко И. П. Международный уголовный суд / И. П. Блищенко, И. В. Фисенко. — М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998. — 293 с.
2. Гетьман-Павлова И. В. Международное право: [учебник] / И. В. Гетьман-Павлова. — М.: Юрист, 2006. — 762 с.
3. Лукашук И. И. Право международной ответственности / И. И. Лукашук. — М.: Волтерс Клувер, 2004. — 432 с.
4. Манийчук Ю. В. Последствия международного правонарушения / Ю. В. Манийчук. — Киев: Вища школа, 1987. — 147 с.
5. Higgins R. International law and the avoidance, containment and resolution of disputes: General course of public international law / R. Higgins, 1991. — 360 p.
6. Антипенко В. Ф. Теории мирового развития и антитеррористическое право. Логика сопрягаемости / В. Ф. Антипенко. — К., 2007. — 400 с.
7. Антипенко В. Ф. Международная криминология: опыт исследования терроризма / В. Ф. Антипенко. — Saarbrücken, Deutschland: Lap Lambert Academic Publishing GmbH & Co. KG, 2012. — 379 с.
8. Зелинская Н. А. Международные преступления и международная преступность / Н. А. Зелинская. — Одесса: Юридическая литература, 2006. — 568 с.
9. YILC.1956: A/CN.4/96, Vol. II [Electronic resource] // The site of United Nations Treaty collection. — Access mode: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes %20e %209/YILC\\_1956\\_v2\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes%20e%209/YILC_1956_v2_e.pdf)
10. YILC 1956: A/CN.4/96, Vol. I [Electronic resource] // The site of United Nations Treaty collection. — Access mode: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes %20e %209/YILC\\_1956\\_v1\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes%20e%209/YILC_1956_v1_e.pdf)
11. International criminal law: Sources, subjects, and contents / [ed. by M. Cherif Bassiouni]. — The Netherlands, 2008. — Vol. II. — 1086 p.
12. International crimes of state: a crit. analysis of the ILC's draft article 19 on state responsibility / [ed. By Joseph H. H. Weiler]. — Berlin; New York: de Gruyter, 1988. — 368 p.
13. Barboza Julio. International criminal law / J. Barboza, 2000. — 396 p.
14. Доклад Комиссии международного права. Генеральная Ассамблея, официальные отчеты пятьдесят шестой сессии. Дополнение № 10 (A/56/10) [Электронный ресурс] // Официальный сайт ООН. — Режим доступа: <http://www.un.org/russian/law/ilc/responsibility.pdf>
15. Cryer R. Prosecuting international crimes / R. Cryer. — New York: Cambridge University Press, 2005. — 360 p.
16. Фисенко И. В. Борьба с международными преступлениями в международном уголовном праве / И. В. Фисенко. — Мн.: Тесей, 2000. — 336 с.
17. YILC 1983: A/38/10, Vol. II, p. II [Electronic resource] // The site of United Nations Treaty collection. — Access mode: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1983\\_v2\\_p2\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1983_v2_p2_e.pdf)
18. YILC 1984: A/39/10, Vol. II, p. II [Electronic resource] // The site of United Nations Treaty collection. — Access mode: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1984\\_v2\\_p2\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1984_v2_p2_e.pdf)
19. Фисенко И. В. Ответственность государств за международные преступления [Электронный ресурс] / И. В. Фисенко // Белорусский журнал международного права и международных отношений. — 1998. — № 3 // Сайт Международного общественного объединения по научно-исследовательским и информационно-образовательным программам «Развитие». — Режим доступа: [http://www.evolutio.info/index.php?option=com\\_content&task=view&id=155&Itemid=49](http://www.evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=155&Itemid=49)

20. Кибальник А. Г. Современное уголовное международное право: [монография] / А. Г. Кибальник. — М.: Волтерс Клувер, 2010. — 304 с.
21. Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998 [Electronic resource] // The official site of the International Criminal Court. — Access mode: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>

### Анотація

**Важна К. А.** Идея кримінальної відповідальності держави в Комісії міжнародного права ООН. — Стаття.

У статті описано сутність концепції кримінальної відповідальності держави; висвітлено позицію, основні висновки і рішення Комісії міжнародного права ООН щодо питання криміналізації відповідальності держави та встановлення відмінного режиму відповідальності держави за міжнародні злочини. Автор дійшла висновків, що питання про кримінальну відповідальність держави актуалізується в умовах глобалізації світу.

**Ключові слова:** кримінальна відповідальність держави, міжнародний злочин.

### Аннотация

**Важна Е. А.** Идея уголовной ответственности государства в Комиссии международного права ООН. — Статья.

В статье описана сущность концепции уголовной ответственности государства; освещены позиция, основные выводы и решения Комиссии международного права ООН по вопросу криминализации ответственности государства и установления отличного режима ответственности государства за международные преступления. Автор пришла к выводу, что вопрос об уголовной ответственности государства актуализируется в условиях глобализации мира.

**Ключевые слова:** уголовная ответственность государства, международное преступление.

### Summary

**Vazhna K. A.** The idea of state criminal responsibility in the UN International Law Commission. — Article.

This article describes the essence of the concept of state criminal responsibility; highlights the position, main conclusions and decisions of the UN International Law Commission on the issue of criminalization of state responsibility and the establishment of different regimes of state responsibility for international crimes. The author concluded that the question of state criminal responsibility actualized in a globalizing world.

**Keywords:** state criminal responsibility, international crime.

## Розділ 2

# ТЕОРЕТИЧНІ ТА ІСТОРИЧНІ ДОСЛІДЖЕННЯ ДЕРЖАВИ ТА ПРАВА



## ЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ УТОЧНЕНИЯ ЗНАЧЕНИЙ ЮРИДИЧЕСКИХ ТЕРМИНОВ

Проблема уточнения значений юридических терминов обычно относится к сфере языка права. Языком права специалисты называют профессиональный язык юриспруденции, возникший на основе литературного национального языка [1, 5].

Язык права включает в себя разнообразные подязыки: язык законодательства и подзаконных правовых актов, язык правоприменительной практики, язык юридической науки и юридического образования, язык юридической журналистики и т. д. В свою очередь, каждый из этих подязыков подразделяется на языки гражданского, уголовного, международного и т. д. права, языки соответствующих видов судопроизводства и т. п. [там же]. Полифония подязыков права дополняется ситуативной вариативностью значений, их зависимостью от реальных практических взаимосвязей и нормативных контекстов — непосредственных и опосредованных.

Все это вызывает закономерный вопрос: имеет ли смысл проблема, обозначенная в заглавии статьи? Не пора ли признать замену «железной» логики понятий «чистой» конвенцией относительно слов? Положительному ответу на этот вопрос, казалось бы, способствует постмодернистский культ многообразия, плюрализма и субъективности.

Точка зрения, излагаемая в данной статье, может быть обозначена принятием следующих трех основных пунктов.

*1. Задача уточнения значений юридических терминов выходит далеко за пределы собственно языковой проблематики и зависит от принятой общей концепции права.*

Вполне можно согласиться с мнением В. Д. Каткова, высказанным еще в начале XX века: «Задача юриста относительно терминологии в том и заключается, чтобы найти в сокровищнице существующих способов выражения такой, который с наибольшей точностью и определенностью мог бы передать наши идеи» [2, 65]. Признавая изменчивость значений слов, в том числе и юридических терминов, этот автор считал основой их определенности понимание сущности самого права, принятие некоторых исходных правовых идей. Правда, могут возразить, что идеи права тоже являются текучими и сугубо конвенциональными. Однако практика показывает, что даже самый радикальный культ изменчивости и плюрализма рано или поздно заканчивается осознанием значимости единства, осознанием того бесспорного обстоятельства, что это единство, во-первых, существует не вопреки, а благодаря разнообразию, гибкости, вариативности, а во-вторых, является необходимым условием самосохранения права. Самосохранение права, в свою очередь, зависит от его способности обеспечивать хотя бы относительное равновесие противоположно направленных

целей, ценностей, тенденций, функций в бытии общества и личностей, его составляющих.

Появление такого направления современных исследований как общая теоретическая юриспруденция свидетельствует о движении в направлении к единству знаний о праве, к единству в его понимании и применении. Все это требует принятия общих организующих идей и принципов; последние невозможны без относительно устойчивого категориального базиса юриспруденции, без выработки подвижной, меняющейся, но сохраняющейся системы ключевых понятий. Среди целей общетеоретической юриспруденции не случайно указывается «определение наиболее общих понятий, используемых в профессиональной юридической деятельности» [3, 9]. «Наиболее общие понятия», в свою очередь, могут быть упорядочены по степени общности, по степени значимости, по степени устойчивости своих значений. В лингвистике, в частности, различают глубинную и поверхностную семантику языковых выражений. Существует глубинная семантика внутриязыковая — это инвариант преобразований, производимых в границах данного языка, — и универсальная глубинная семантика, включающая инварианты, сохраняющиеся при переводе на все языки. Язык права оперирует значениями всех уровней семантики; уточнение юридических терминов также может производиться как на поверхностном уровне, так и на глубинных. При этом важно прислушаться к мнению М. В. Поповича о том, что реальная экономическая, политическая, правовая, социальная, культурная жизнь общества опирается на такие структуры с глубинной семантикой, которые нельзя свести к одному, монистическому измерению (только экономическому или только правовому, например); пришло время нелинейных, многомерных картин человеческого бытия. Это должно отразиться и в трактовке языка права.

*II. Даже если рассматривать проблему уточнения юридических терминов как проблему языка права, то при этом должна быть принята расширенная системно-коммуникативная модель языка.*

Эта модель предполагает:

- учет трех измерений языка: синтаксиса, семантики и прагматики;
- коммуникативное понимание языка, в котором «трехмерность» языка усложняется за счет выделения подсистем «говорящего», «слушающего» и их взаимодействия;
- различение степени устойчивости / изменчивости, эксплицитности / имплицитности принятых способов выражения значений терминов.

Контур такой системно-коммуникативной модели языка были намечены нами в [5]. В соответствии с этой моделью в языке права следует различать по меньшей мере три подсистемы: подсистема созидания права, его построения; подсистема правоприменения; подсистема синтеза двух первых подсистем в правовой коммуникации, в реальном взаимодействии законодателя, интерпретатора, юриста-практика. Именно третья подсистема может задавать «ядерные» и «глубинные» смыслы, которые соответствуют уровню общетеоретической юриспруденции. Уточним, что разграничение «ядерных» и «ситуатив-



ных» смыслов юридических терминов касается оси устойчивое / изменчивое, а выделение «глубинных» смыслов связано с большой степенью общности; с большой степенью значимости не только в трехмерном пространстве языка, но и в многомерном пространстве культуры; а также с большой степенью имплицитности, с отсутствием прямого указания на них в единицах и текстах принятого языка права. По большому счету, все «глубинные» смыслы относятся к «ядерным», но не наоборот. «Ядерные» смыслы реализуются только будучи дополняемыми, корректируемыми в конкретных коммуникативных ситуациях; они почти никогда не реализуются как нечто неизменное; они приобретают свой полный смысл только в соединении со смыслами «ситуативными» [6]. Изучение механизмов синтеза «ядерных» и «ситуативных» смыслов юридических терминов в реальном функционировании права, как представляется, — одно из перспективных направлений в изучении языка права. «Ядерные» смыслы по сути соответствуют такой форме мысли, как понятие. Вот почему, уточняя устойчивое значение юридических терминов, нельзя обойти вниманием вопрос об определении (дефиниции) понятия.

*III. Современное логическое учение об определении (дефиниции) понятий нуждается в обновлении, в уточнении и дальнейшем развитии, главной целью которого является приближение к процессам коммуникации, в том числе к современным коммуникативным дискурсам в юриспруденции.*

Ниже остановимся несколько подробнее на раскрытии именно последнего пункта нашей позиции.

Разногласия относительно самой сути определения достаточно велики: одни признают определение операцией по уточнению содержания понятий (традиционная точка зрения); другие — процедурой уточнения содержания имен; третьи — операцией по уточнению значения слов, имеющей внелогический характер; четвертые относят дефиницию к сфере гносеологии и методологии познания. Например, в учебнике Е. К. Войшвилло и М. Г. Дегтярева определение относится к приемам познания и состоит в установлении или уточнении связей языкового выражения с тем, что оно обозначает вне языка. «Это не операция с понятиями, а операция со словами, с выражениями языка» [7, 248–249]. Главный аргумент, который при этом подразумевается: определение — это не формализованная, а содержательная процедура. Однако с этим трудно согласиться, поскольку на самом деле определение, особенно в специализированных областях познания и практики, к каковым относится и юриспруденция, — это особая разновидность формализации. Здесь осуществляются все основные функции формализации, в частности, ее главная функция — репрезентация некоторого целого с помощью его части — четко выделенной и зафиксированной с помощью определенных знаковых средств. Опираясь на системную коммуникативную модель языка, понятием будем называть принятое коммуникантами устойчивое единство термина (знака) и его смыслового, предметного и прагматического значений. Системообразующим в этом единстве является смысловое значение, включающее в себя комплекс общих, существенных признаков; производным от смыслового является предметное значение, то есть класс

предметов, этими признаками обладающих. Прагматическое значение связано с указанием целей, задач, ситуаций, от которых зависит способ употребления понятия, в том числе способ его введения, уточнения, понимания.

Сущность определения состоит в уточнении понятия как целостности, включающей указанные выше компоненты. Определение является полным, если оно явно раскрывает и смысловое, и предметное, и прагматическое значения термина, а также их взаимосвязь. Частичное определение имеет место тогда, когда явно уточняется лишь некоторая часть перечисленных компонентов. Остальные компоненты могут мысленно подразумеваться — и в этом случае определение является редуцированным, свернутым. Обычное понимание определения как логической операции, уточняющей содержание понятия, будем называть собственно определением или главным видом частичных определений. В качестве других случаев частичного определения можно назвать остенсивные определения, которые раскрывают (задают) предметное значение термина, а также номинальные определения, уточняющие исходный языковой смысл термина; этот языковой смысл может иметь прямое или косвенное отношение к предметному, смысловому или прагматическому значению термина как знака понятия.

Сочетание и реальных, и номинальных определений является типичным при уточнении терминов, имеющих иностранное происхождение. Например: «Імпічмент (англ. impeachment, від старофранц. empeechment — осуд, обвинувачення) — особливий порядок (процедура) обвинувачення посадових осіб держави (президентів, міністрів, суддів та ін.), передбачений конституціями ряду країн» [8, 63]. Здесь первая часть текста — номинальное определение, поскольку здесь указывается языковой (словарный) смысл термина в английском и старофранцузском языках. Вторая часть — собственно определение, реальное, так как здесь уточняются общие, существенные признаки реальной юридической процедуры.

Функцией быть знаком понятия обладают далеко не все слова. Для нас существенно отметить, что определение возможно лишь там, где есть понятия. Уточнение смысла слов естественного языка, не являющихся терминами, обозначающими понятие, к определению не относится. И в этом случае уточнение термина не регулируется правилами определения, например, правилом соразмерности. Это касается описания, указания, характеристики, сравнения и других способов уточнения значений терминов. В юриспруденции часто употребляются остенсивные определения: скажем, понятия «наследники первой очереди», «уполномоченное лицо» и т. п. определяются путем простого полного перечня всех тех категорий лиц, которые составляют предметное значение (объем) данного понятия. Перечень этот должен быть исчерпывающим, то есть удовлетворять главному логическому правилу определения — правилу соразмерности. Для сравнения: формулировка «наследники первой очереди — это, например, дети» — не определение, а прием, его заменяющий, — указание. Если же его отнести к остенсивным определениям, то оно будет явно несоразмерным.

Отметим, что в юриспруденции раньше, чем в логике, осознана необходимость уточнения прагматического аспекта определений и, в частности, учиты-

важется важность принятия юридическим социумом наиболее важных определений. Именно на основании анализа юридических практик было предложено выделить новый вид определений — арбитражных определений [9, 205].

Подводя итог рассмотрению определения как операции, уточняющей значение «ядерных» смыслов юридических терминов, отметим следующее.

— Полная, эксплицитная дефиниция уточняет (или задает) все перечисленные выше компоненты понятия. Редуцированные варианты определений могут эксплицитно представлять какую-либо часть этих компонентов, делая остальные имплицитными, но поддающимися мысленной реконструкции. Самый информативный, системообразующий элемент понятия — его содержание, которое детерминирует остальные элементы. Прагматический аспект понятия реализуется в определении лишь через выбор смыслового и предметного значений.

— Редуцированные варианты дефиниций отличаются от приемов, заменяющих определение, тем, что в них соблюдаются правила определения. Например, остенсивные определения должны соответствовать правилу соразмерности, в отличие от такого приема, как указание.

— Любая дефиниция должна быть легитимной (принятой всеми коммуникантами), репрезентативной (обеспечивающей однозначность идентификации данной предметной области), конструктивной (позволяющей понять, запомнить и практически применять данное понятие), целостной и не слишком сложной. Эти качества определения могут быть подтверждены или опровергнуты только в процессах коммуникации адресанта и адресатов.

— Чем более общими и абстрактными являются определяемые понятия, тем более проявляется их зависимость от системы языка и тем сильнее становится опасное искушение отождествить определение понятия с языковым выражением. Но юридическое понятие — структурированный внешне и внутренне квант мысли, зависящий от системы правосознания и юридической практики значительно больше, чем от системы принятого языка права. Вот почему в полной мере уточнить юридическое понятие означает установить не только его ядерный смысл, но и его связь с другими сосуществующими юридическими понятиями, а также с целостным смысловым полем правосознания.

В качестве перспективы дальнейших исследований в юридической логике можно указать на необходимость разработки более четкой и полной классификации видов определений юридических понятий — как полных, так и частичных — с учетом всех компонентов понятия: и термина-знака понятия, и всех трех указанных видов его значения. В частности, собственно определения могут быть разделены на целый ряд вариантов по типу существенных признаков, в них зафиксированных. Полное определение в виде одного высказывания-равенства построить вряд ли возможно. Скорее всего, это будет мини-текст, система высказываний. Весьма продуктивной была бы разработка структуры подобных мини-текстов.

### Литература

1. Титов В. Д., Зархина С. Э. Историческое развитие философско-логических концепций языка права: Монография. Изд. 2-е, доп. и перераб. — Харьков: Изд. «Финн», 2011. — 560 с.
2. Катков В. Д. Наука и философия права. Берлин, 1901. — 115 с. // Приложение к книге: Титов В. Д., Зархина С. Э. указ. соч. С. 374–394.
3. Оборотов Ю. Н. Общетеоретическая юриспруденция как наука и учебная дисциплина // Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник. Од.: Феникс, 2011. — 436 с.
4. Попович М. В. Бути людиною. — К.: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2011. — 223 с.
5. Сумарокова Л. Н. Системность языка: ее аспекты и уровни // Параметрическая общая теория систем и ее применения. Сб. трудов, посв. 80-летию проф. А. И. Умова под ред. А. Ю. Цофнаса. Одесса: Астропринт, 2008. — 248 с. С. 89–106. См. также: О соотношении простоты и системности в лингвистических теориях // Системный анализ и научное знание. — М.: Наука, 1978, С. 186–201.
6. Матюшина И. И. Коммуникативная природа смысла. Автореф. канд. дис. — Одесса, 2007.
7. Войшвилло Е. К., Дегтярев М. Г. Логика. М.: Владос, 2001. — 528 с.
8. Юридична термінологія. Довідник. К.: Юрінком, 1998. — 224 с.
9. Титов В. Д. О специфике определений в юриспруденции // Логико-философские штудии. Вып. 3. С-Пб, 2005. — С. 197–205.

### Аннотация

**Сумарокова Л. Н.** Логические проблемы уточнения значений юридических терминов. — Статья.

Проблема уточнения значений юридических терминов, с точки зрения автора, предполагает а) опору на общую концепцию права, б) принятие системной коммуникативной модели языка права и в) обновление, уточнение и развитие логической концепции определения. Определение понимается как операция, уточняющая взаимосвязь смыслового, предметного и прагматического значений термина. При этом в определении учитываются преимущественно «ядерные» коммуникативные смыслы.

**Ключевые слова:** системно-коммуникативная модель языка, понятие, определение понятия, полные и частичные определения, «ядерные» и «глубинные» смыслы.

### Анотація

**Сумарокова Л. М.** Логічні проблеми уточнення значень юридичних термінів. — Стаття.

Проблема уточнення значень юридичних термінів, з точки зору автора, передбачає а) опору на загальну концепцію права, б) прийняття системної комунікативної моделі мови права та в) оновлення, уточнення та розвиток логічної концепції визначення. Визначення розуміється як операція, що уточнює взаємозв'язок смислового, предметного та прагматичного значень терміну. При цьому у визначенні враховуються переважно «ядерні» комунікативні смисли.

**Ключові слова:** системно-комунікативна модель мови, поняття, визначення поняття, повні та часткові визначення, «ядерні» та «глибинні» смисли.

### Summary

**Sumarokova L. N.** Logical problems of specification the meanings of the juridical terms. — Article.

The problem of specification the meanings of the juridical terms, by the author's point of view, assumes a) the support on the general conception of law, b) acception of the system-communicative model of law language and c) renewal, specification and development of the logic conception of definition. Definition means as an operation that specifies connection of intensional, extensional and pragmatic meanings of term. Stable communicative senses use in definition most of all.

**Keywords:** system-communicative language model, concept, definition of concept, complete and partial definitions, stable and fundamental senses.

## ГУМАНІЗМ ЯК ПРИНЦИП ПРАВА УКРАЇНИ

**Постановка проблеми.** В сучасних умовах відбувається становлення, розвиток і вдосконалення національної правової системи України на основі затвердження загальнолюдських цінностей, забезпечення й охорони законних прав і свобод людини та громадянина. У сучасному суспільстві гостро стоїть питання про дотримання встановлених прав, прояв до людини поваги, захист її честі й гідності, оскільки основний сенс формування демократичного суспільства і розвитку правової держави полягає у створенні сприятливих умов для життя і всебічного розвитку кожного громадянина. У зв'язку з цим особливий науковий інтерес становить дослідження принципу гуманізму в праві.

**Стан дослідження.** У юридичній літературі проблемі гуманізму приділялося досить багато уваги. Гуманізм як принцип права отримав загальнотеоретичну розробку в працях А. М. Колодія, М. О. Момот, М. В. Костицького, С. П. Погребняка, Т. В. Панфілової та інших науковців.

**Мета і завдання дослідження.** Мета статті — дослідити гуманізм як складне та багатовимірне явище, розкрити його вихідні положення та зміст; охарактеризувати особливості розуміння цього основоположного принципу права України юридичною наукою та прояви принципу гуманізму в різних галузях права України.

Для досягнення поставленої мети є необхідним розв'язання таких завдань:

- дослідження існуючого поняття та розуміння принципу гуманізму;
- дослідження принципів функціонування правової системи України та визначення місця принципу гуманізму серед них.

**Виклад основних положень.** Основою розуміння гуманізму як правового принципу є розуміння гуманізму як філософської категорії. Так, в сучасній філософській літературі під гуманізмом (від лат. *humanus* — людський) розуміють систему світоглядних орієнтирів, центром яких є людина, її особистість, високе призначення і право на вільну самореалізацію. Гуманізм визначає вивільнення можливостей людини, є критерієм оцінки соціальних інститутів, а людяність — нормою стосунків між індивідами, етнічними й соціальними групами, державами [1, с. 134].

Гуманізм — багатозначне явище й представлене майже в десяти смислових значеннях: назва епохи Відродження та різноманітних культурних рухів, ідейних течій, напрямів суспільної думки; назва сфери теоретичного знання, яке віддає перевагу гуманітарним наукам; характеристика марксистського світогляду, пролетарської ідеології, соціалістичного способу життя; визначення моральних якостей особистості (людяності, доброти, милосердності, поваги тощо); найважливіший фактор всебічного розвитку особистості; виявлення особливого ставлення до людини як до найвищої цінності життя; назва практичної діяльності, яка спрямована на досягнення; — як принцип світогляду тощо [2].

У найбільш узагальненому виді гуманізм — це філософський, етичний і природно-правовий принцип, який надає людині статусу абсолютної цінності [3, с. 74]. В основі гуманізму лежить переконання у безмежності можливостей людини та її здібностей до вдосконалення, вимога свободи і захисту гідності особи, ідея про право людини на щастя.

На думку Т. В. Панфілової, принцип гуманізму розуміється як обумовлена історичною необхідністю система поглядів, в якій людина визнається окремою цінністю і самостійним суб'єктом своїх дій і яка відображає потреби суспільства в такій людині, а її розвиток за законами особистої діяльності вважається необхідною умовою розвитку суспільства [4, с. 72–73]. Тобто під гуманізмом визнають цінність людини як особистості, її право на виявлення та розвиток своїх здібностей, затвердження блага людини як критерію оцінки суспільних відносин.

Таким чином, гуманізм має істотне філософське і практичне значення в науці і в суспільному житті. Особливе значення гуманізм має і для функціонування права, що обумовлює його трансформацію як найважливішого об'єкту юридичної науки.

У сучасних умовах актуалізується значення гуманізму як правового принципу.

Принцип гуманізму — один з найважливіших ціннісних характеристик цивілізованого суспільства, який визнає благо людини, її право на свободу, щастя, виявлення своїх здібностей критерієм прогресивності соціальних інститутів. Засади гуманізму властиві усім цивілізованим правовим системам. Вони розкривають одну з найважливіших ціннісних характеристик права. Право закріплює і реально гарантує природні і невід'ємні права і свободи кожної людини: право на життя, здоров'я, особисту свободу і безпеку, право на охорону своєї честі й гідності, захист від будь-якого несанкціонованого втручання в сферу особистого життя та інші права.

А. М. Колодій відносить принцип гуманізму до загальносоціальних принципів права, які акумулюють у собі витоки духовного життя суспільства, а принцип гуманізму права — до власне принципів права (суб'єктивного), оскільки останні прямо опосередковують і включають у свою органіку певну частину змісту загальносоціальних принципів, які мають вирішальне значення для правової системи [5, с. 38]. М. В. Костицький стверджує, що гуманізм в праві затверджує цінність людської особистості, людського існування, гідність, права, свободи кожної людини [6, с. 13].

На думку С. І. Улезько та М. Б. Смоленського, з визначення гуманізму витікають два аспекти розгляду цього принципу: перший з них полягає в забезпеченні безпеки членів суспільства від злочинних посягань, другий пов'язаний з гуманним відношенням до винних при реалізації норм, що передбачають відповідальність за вчинені ними злочинні діяння [7, с. 12].

Завдяки принципу гуманізму парадокс «співмірності» вирішується таким чином, щоб при захисті інтересів постраждалої сторони (наприклад, потерпілого) надати винному можливість, випробувавши страждання (в першу чергу,

морального характеру), виправитися, стати законослухняним членом суспільства [8, с. 25].

Гуманізм правових приписів виражається і в тому, що вони гарантують недоторканість особи: ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом; ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню; кожна людина має право на захист, на справедливий і відкритий розгляд справи компетентним, незалежним і неупередженим судом; усі особи, позбавлені волі, мають право на гуманне поводження і повагу їх гідності тощо.

У своїх найкращих зразках право концентрується навколо людини, його цінностей та інтересів, забезпечує їх захист, створює умови для реалізації потенціалу людини, хоча й не гарантує результат цієї реалізації без її власних зусиль.

В цілому гуманізація — одна з основних сучасних тенденцій розвитку прав і свобод людини і громадянина. Ця тенденція пов'язується з визнанням особливого значення ідеї гідності людини, яка легітимує і визначає юридичний зміст таких стандартів, як свобода, рівність і справедливість, конституційні права людини.

Тенденція посилення в сучасному праві гуманістичної складової, на думку С. П. Погребняка, зв'язується з визнанням особливого значення ідеї гідності людини, яка легітимує такі стандарти, як свобода, рівність, справедливість, основоположні права людини, і визначає їх зміст. Вона ґрунтується на поширеному в моральній філософії твердженні, що самого лише принципу справедливості вже недостатньо для існування людського суспільства. Дуже важливо, щоб затвердився такий тип суспільних відносин, який підносить індивідів через акцентування уваги на їх особливостях, унікальності, що є важливим й для інших [9, с. 35].

Гідність людини розглядається як провідний гуманістичний концепт, як «архімедова точка опори» сучасного західного права і сучасної конституційної держави, що ґрунтується на кантівському вченні про моральну автономію особи. Це знайшло втілення в Загальній декларації прав людини 1948 року. Ця ідея втілена в задекларованих в Конституції України загальних принципах. Так, відповідно до ст. 3, людина, її життя і здоров'я, честь та гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Саме ця конституційна норма справедливо розглядається як юридичний фундамент гуманістичного спрямування розвитку суспільного та державного життя в Україні [10, с. 2].

Конституція встановлює, що права і свободи людини і громадянина є безпосередньо діючими, вони визначають сенс, зміст і застосування законів, діяльність законодавчої і виконавчої влади, місцевого самоврядування. Права і свободи забезпечуються правосуддям. У розділі другому Конституції — «Права, свободи і обов'язки людини і громадянина» надано перелік таких прав, як заборона тортур і насильства, жорстокого поводження, охорона честі й гіднос-

ті особи державою, право на свободу і особисту недоторканість та ін. Також Україна проголошується соціальною державою, що означає для неї обов'язок створювати умови для гідного життя і вільного розвитку людини.

Оптимальною формою втілення і захисту гідності особи, її індивідуальності та неповторності, як стверджує С. П. Погребняк, є інститут невід'ємних і невідчужуваних прав людини. Саме в його рамках забезпечується реалізація принципу гідності людини, громадян з об'єктів впливу перетворення на активно діючих суб'єктів. Не випадковим є те, що багато конституцій починаються текстами, які містять юридичні норми про права людини. У них стверджується, що держава бере свій початок в людині і знаходить виправдання своєму існуванню тією мірою, в якій вона задовольняє існуючі потреби людей [9, с. 36].

Гуманізм знаходить безпосереднє втілення в усіх галузях права України, тим самим гарантуючи права і свободи людини і громадянина. Усе це дає підстави вважати гуманізм невід'ємним, основоположним принципом права.

На думку В. Васецького, принцип гуманізму — це конституційний принцип, який знайшов вираження в Конституції України. Він закріплений на міжнародному рівні, зокрема в Загальній декларації прав людини і Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, та в інших міжнародно-правових актах. Принцип гуманізму задекларований не лише на рівні Конституції України. Він пронизує усю правову систему України і правову систему будь-якої цивілізованої держави світу [11, с. 169].

Як зазначає П. М. Рабінович, однією з визначальних рис Конституції України є її гуманістична спрямованість. Виявляється це, зокрема, в тому, що, по-перше, найбільша частина статей Основного Закону присвячена саме правам і свободам людини і громадянина; по-друге, він закріплює ряд таких прав і свобод, яких не було в жодному з попередніх українських конституційних актів; і нарешті, по-третє, конституційні положення з цих питань по сенсу співпадають з положеннями, зафіксованими у фундаментальних міжнародно-правових актах з цієї проблеми — Загальній декларації прав людини, міжнародних пактах, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та інших [12, с. 92].

Як відзначається в наукових дослідженнях, держава з усіма своїми владними органами повинна стати головним гарантом забезпечення прав, свобод і обов'язків людини. В той же час вона сама повинна реформуватися, виходячи з того, що розбудову правової держави необхідно починати із забезпечення цих прав, свобод і обов'язків, тому що останні є складовою загальносоціального принципу гуманізму. Гуманізм — це принцип, згідно з яким вищою цінністю є самоцінність кожної людини в сукупності з її невід'ємними правами. Його складовими є доброта, милосердя, співчуття, співпереживання, увага до людини, прагнення допомогти їй зайняти гідне місце в житті, позбавитися від усього негативного [13, с. 208].

Принцип гуманізму також яскраво проявляється і в галузях права «кримінального циклу», передусім — в кримінальному праві, оскільки саме кри-



мінальний закон, забезпечуючи завдання, що стоять перед ним, не повинен порушувати права, свободи і законні інтереси громадян.

Гуманізм як принцип призначення покарання втілено у відповідних статтях Кримінального кодексу України. У цьому кодексі підкреслено, що покарання не має на меті нанести фізичних страждань або принизити людську гідність. Так, скасовані такі види покарань, як заслання і вислання; визнана неконституційною смертна кара тощо. Не визначаються покаранням примусові заходи медичного характеру, примусове лікування, примусові заходи виховного характеру.

Згідно з Кримінально-виконавчим кодексом України, кримінально-виконавче законодавство, виконання і відбуття покарань ґрунтуються на принципах законності, справедливості, гуманізму, демократизму, раціонального застосування примусових заходів і стимулювання правомірної поведінки, поєднання покарання з виправною дією та ін. Головною метою є захист інтересів особи, суспільства і держави шляхом створення умов для виправлення і ресоціалізації засуджених, а також попередження катування і нелюдського або принижуючого гідність поводження із засудженими. Як відмічає В. М. Дрьомін, «кримінально-виконавче законодавство, як самостійна галузь права, яка ґрунтується на Конституції України, принципах законності, гуманізму, демократизму, рівності засуджених перед законом, індивідуалізації виконання покарань, покликане якісно змінити пенітенціарну практику і уявлення суспільства про місця позбавлення волі, які повинні стати не каральними установами, а виправними» [14, с. 308].

**Висновки з дослідження і перспективи подальших розробок у цьому напрямі.** В сучасній юридичній науці гуманізм інтерпретується як ціннісний принцип світоглядного характеру і одночасно як засадничого принципу права, що відображає відношення до людини як найвищої соціальної цінності. Гуманістичні основи українського права в сучасних умовах проявляються через правове регулювання різних сфер суспільних відносин різними галузями права.

### *Література*

1. Філософський енциклопедичний словник / В. І. Шинкарук (голов. ред.). — К. : Абрис, 2002. — 742 с.
2. Назаренко Г. І. Аналіз основних дефініцій понять «гуманізм», «гуманність», «гуманізація» щодо гуманізації післядипломної педагогічної освіти / Г. І. Назаренко // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія: філософія. Філософські перипетії. — 2011. — № 952.
3. Бачинін В. А. Філософія права : словник / [Бачинін В. А., Журавський В. С., Панов М. І.]. — К. : Ін Юре, 2003. — 407 с.
4. Панфилова Т. В. Понятие гуманизма и проблема его развития / Т. В. Панфилова // Гуманизм на рубеже тысячелетий : сб. ст. — М., 1997. — С. 72—80.
5. Колодій А. М. Принципи права України / А. М. Колодій. — К. : Юрінком Інтер, 1998. — 208 с.
6. Костицький М. В. Гуманізм права як прояв вищих (космічних) законів у суспільстві / М. В. Костицький // Принципи гуманізму та верховенства права як умова розвитку демократичної, соціальної, правової держави (пам'яті професора В. В. Копейчикова) : матеріали міжвуз. наук.-теорет. конф. — К. : Київ. нац. ун-т внутр. справ, 2009. — С. 13—15.

7. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (с постатейными материалами и судебной практикой) / отв. ред. С. И. Улзелько, М. Б. Смоленский. — Ростов-на-Дону : МарТ, 2002.
8. Момот М. О. Діалектика справедливості та гуманізму в правотворчості / М. О. Момот // Право і суспільство. — 2010. — № 3. — С. 24–29.
9. Погребняк С. П. Втілення принципу гуманізму в праві / С. П. Погребняк // Вісник Академії правових наук України. — 2007. — № 1. — С. 33–42.
10. Калінічева Г. Європейський цивілізаційний вимір розбудови громадянського суспільства в Україні / Г. Калінічева // Віче. — 2010. — № 22. — С. 2–4.
11. Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні / [О. В. Зайчук, В. С. Журавський, Н. М. Оніщенко та ін.] ; за ред. Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчук. — К. : Юридична думка, 2007. — 424 с.
12. Рабінович П. М. Права людини і громадянина : навч. посіб. / П. М. Рабінович, М. І. Хавронюк. — К. : Атіка, 2004. — 464 с.
13. Колодій А. М. Права, свободи та обов'язки людини і громадянина в Україні : підруч. / А. М. Колодій, А. Ю. Олійник. — К. : Правова єдність, 2008. — 350 с.
14. Дрёмин В. Н. Конституционные основы уголовно-исполнительного законодательства / В. Н. Дрёмин // Сучасний конституціоналізм та конституційна юстиція : матеріали міжн. наук.-практ. конф., (м. Одеса, жовт., 2000 р.). — О., 2001. — С. 303–308.

### Анотація

**Чеботарьов С. С. Гуманізм як принцип права України.** — Стаття.

У статті принцип гуманізму розглянуто як філософську категорію та як один з найважливіших принципів права України. Наведено різні точки зору на особливості розуміння змісту цього принципу юридичною наукою. Проаналізовано прояви принципу гуманізму в різних галузях права України.

**Ключові слова:** гуманізм, принцип гуманізму, принципи права, гуманізація права, забезпечення прав і свобод людини і громадянина.

### Аннотация

**Чеботарев С. С. Гуманизм как принцип права Украины.** — Статья.

В статье принцип гуманизма рассмотрен как философская категория и как один из важнейших принципов права Украины. Приведены различные точки зрения на особенности понимания смысла этого принципа юридической наукой. Проанализированы проявления принципа гуманизма в различных отраслях права Украины.

**Ключевые слова:** гуманизм, принцип гуманизма, принципы права, гуманизация права, обеспечение прав и свобод человека и гражданина.

### Summary

**Chebotarev S. S. Humanism as a principle of Ukrainian law.** — Article.

The article discussed the principle of humanism as a philosophical category and as one of the most important principles of law in Ukraine. The different points of view on the particular understanding of the meaning of this principle of legal science were taken into account. The manifestations of the principle of humanism in the various branches of law in Ukraine were analyzed.

**Keywords:** humanism, the principle of humanity, the principles of law, humanization of law, the rights and freedoms of human and citizen.

## СОЦІЕТАЛЬНІСТЬ ТА АУТОПОЙЕЗИС ПРАВОВОГО ПОРЯДКУ: МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ

**Постановка проблеми.** Рівень, на якому здійснюються дослідження проблематики правової сфери України, на сьогодні не здатний забезпечити необхідну конкретність теоретичних міркувань про право, адже сучасна юриспруденція вийшла на нові рівні осягнення права та держави. Проте тенденції правового розвитку свідчать про посилення у сучасному праві саме ціннісної складової, що дає підстави правникам визначати його як нормативно-ціннісну систему. Осягнення сучасним правознавством плюралістичної природи права, розмаїтості правового буття також акцентує значущість його ціннісного підґрунтя. Це, безперечно, актуалізує дослідження як аксіології права у цілому, так і його окремих складових.

**Мета статті.** Якраз у останньому аспекті значний теоретико-емпіричний потенціал належить вивченню ціннісної природи правового порядку — правового феномену, який займає «вищі шаблі» у системі правових категорій юриспруденції. При цьому очевидно, що розгортання досліджень цінності правового порядку мають базуватися на тих основоположних характеристиках правового порядку, які забезпечують, по-перше, його роль в контексті функціонування соціальної та, зокрема, правової системи, по-друге, його структурні параметри, що визначаються особливостями правового порядку як феномену, що має свої онтологічні та гносеологічні межі.

**Аналіз останніх досліджень.** У цьому контексті при дослідженні ціннісного виміру правового порядку принципове значення мають розробки не лише тих науковців, які присвятили свої дослідження правовому порядку — В. М. Артьомова, В. В. Борисова, М. М. Вопленка, О. В. Воробйової, І. О. Ісаєва, С. В. Клевцова, І. А. Краснова, В. М. Казакова, А. Ф. Крижановського, В. В. Лазарева, К. В. Макарова, П. С. Назарова, М. І. Превезінцева, Б. В. Саванелі, О. П. Сауляка, А. В. Юдіна, Л. С. Явича та ін., — але й тих теоретиків та філософів права, що зробили значний внесок в розвиток аксіологічної проблематики: М. М. Алексєєв, С. С. Алексєєв, А. М. Бабенко, О. О. Бандура, В. А. Бачинін, В. В. Дудченко, С. І. Максимов, О. А. Музика, В. С. Нерсисянц, Ю. М. Оборотов, А. І. Овчинніков, І. В. Петирло, А. В. Поляков, П. М. Рабінович, І. Л. Честнов та ін. Значний інтерес у розрізі досліджуваної проблематики являють також розробки класиків філософської та загальнотеоретичної юриспруденції: І. О. Ільїна, Б. А. Кістяковського, М. М. Коркунова, П. І. Новгородцева, Л. І. Петражицького, Є. М. Трубецького та ін.

Але незважаючи на розвиненість та розгалуженість загальнотеоретичної юриспруденції в контексті дослідження інституційних та концептуальних засад правового порядку, а також ціннісного виміру правових явищ, у жодному з досліджень наведених авторів окремо не досліджувалася проблематика аксі-

ології правового порядку, а отже не ставилися питання про соціетальність та аутопойєзис правового порядку.

**Виклад основного матеріалу.** Дійсно, визначення цінності права, а отже, цінності окремих правових явищ, слід починати з якісних його характеристик. Таким шляхом свого часу йшов С. С. Алексєєв, коли, розкриваючи цінність права, виводив її через основні риси права: нормативність, інституціональність, процесуальність, системність, владна забезпеченість [1, 223].

У цьому контексті важливо звернутися до проблеми виділення таких рис правового порядку, які не просто характеризують його як явище (тобто виступають властивостями), а визначають його змістовну наповненість, виражають логіку розвитку та специфіку дії. Однак проблема полягає у визначенні методологічних меж та принципів такого аналізу.

На нашу думку, саме в цьому контексті слід звернутися до параметричної теорії систем, методологічна програма якої дозволяє виявляти системні параметри, що є інваріативними як з точки зору структурного буття системи, так і з точки зору відношень, у які така система вступає.

У той же час необхідно підкреслити, що використання системного підходу до аналізу параметрів правового порядку вимагає чіткої визначеності у контексті співвідношення понять «система», «порядок» та «впорядкованість». Дійсно, незважаючи на удавану схожість та навіть синонімічність, неможливо сказати, що система завжди є деяким порядком, а впорядкованість завжди передбачає порядок. Саме тому правова система та правовий порядок є різними за своїми характеристиками явищами, що хоча й перебувають в одній площині, але завжди існують як самостійні правові феномени.

Використання параметричної інтерпретації характеристик правового порядку як системи виводить на використання такого різновиду загальної теорії систем, як параметричної загальної теорії систем. В своїй основі параметрична загальна теорія систем має декілька принципів: 1) будь-який об'єкт можна розглядати як систему; 2) система є там, де між певними речами, що мають характерні ознаки, відбуваються певні відносини; 3) кожна система має свій «концепт» — головну ідею, що дозволяє системі функціонувати як єдине ціле; 4) система має параметри — конкретні характеристики, які відрізняють одні системи від інших, демонструють властивості того чи іншого системного відношення [2, с. 15–16].

З точки зору системного підходу існує два найбільш загальні визначення системи, які є комплементарними, тобто доповнюють один одного. Однак обидві інтерпретації системи перебувають в рамках трьох категорій: речей, властивостей та відношень, які існують в розрізі визначеного, невизначеного та довільного. Перша інтерпретація системи звучить таким чином: «Будь-який об'єкт є системою, якщо в цьому об'єкті реалізується деяке відношення, що має визначені властивості». Друга інтерпретація системи, що є комплементарною та додатковою по відношенню до першої, звучить як «Будь-який об'єкт є системою, якщо в цьому об'єкті реалізуються деякі властивості, що знаходяться у наперед заданому відношенні». Подвійність можливості інтерпретації

систем визначається існуванням принципу додатковості, сформованого Нільсом Бором, і називається принципом додатковості подвійних системних описів. Цей принцип є наріжним каменем структурної онтології, що розвивається, зокрема, в рамках теорії систем.

З точки зору аналізу правового порядку слід звернути увагу на те, що друга інтерпретація системи є ближчою до розуміння порядку, аніж перша. Якщо у випадку першої інтерпретації системи ми формуємо визначення, спираючись на деяке довільне відношення, то у другому — на властивість. При цьому властивості є системними дескрипторами, визначальну роль серед яких відіграє концепт системи [3, с. 38]. Порядок є, таким чином, концептом системи, що задається її структурою. Впорядкованість — це завжди структурованість, тобто виокремленість елементів, аспектів, частин, властивостей системи в процесі її функціонування.

У цьому зв'язку показовим є той факт, що правовий порядок є такою системою, в якій розташування елементів задається структурою іншої системи більш високого рівня, у нашому випадку — правовою системою. Правова система ж є реляційним субстратом права як системного утворення. Детермінованість правового порядку правовою системою та нетотожність цих явищ є важливим принципом пізнання цінності правового порядку, оскільки вона виявляє себе якраз в контексті актуалізації реляційного субстрату правової системи.

Отже, правовий порядок є такою специфічною системою, яка завжди існує в рамках правової системи, але одночасно таким її елементом, який безпосереднім чином виходить на соціальну систему як комплексне інтегральне ціле, в якому одночасно існують та взаємодіють усі типи соціальних інститутів та механізмів. Соціальність, таким чином, є значущим системним параметром правового порядку.

Соціальність правового порядку полягає в його детермінації такими соціальними системами, як правова система, політична система, економічна система та моральна система. Незважаючи на те, що кожна із цих систем має принципову можливість побудови власного порядку (у цьому зв'язку зазвичай мова йде про економічний та політичний порядок), правовий порядок у значному сенсі є саме тим полем дискурсу, в якому взаємодіють усі інші соціальні системи.

О. П. Сауляк у цьому контексті зазначає, що проблема детермінації правового порядку є тим складнішою, чим більше зв'язків дослідник виявляє в процесі осягнення його природи. Правовий порядок існує в об'ємному просторі соціальних систем, які відносяться до числа відкритих, складно організованих, здатних обмінюватися з навколишнім середовищем енергією та інформацією. При цьому принципові основи процесу функціонування таких систем не піддаються опису за допомогою жорстко заданих формул [4, с. 37].

Однак у такому випадку що нам може дати звернення до поняття соціальної системи, якщо збільшення детермінант ускладнює розуміння правового порядку? Якщо встановлення системних зв'язків правового порядку веде до ентропії знання про нього, то осягнення правового порядку має відбуватися у «чотирьох

стінах» права — до такого висновку можна дійти, якщо спиратися на специфічне розуміння синергії правового порядку О. П. Сауляком.

На нашу думку, у контексті виявлення соціетальності правового порядку слід розглядати ті підходи, які представляють суспільство як соціальну систему, в якій на основі комунікативних зв'язків функціонують усі інші соціальні системи. Зокрема, саме таке бачення суспільства запропонував свого часу Н. Луман [5, с. 83]. Методологічно трактовка соціальної системи Н. Лумана полягає у розрізненні форми системи та середовища, у якому вона існує. Однак це не означає, що простого виявлення структури соціальної системи за допомогою логічного аналізу буде достатньо для того, щоб виявити функціональні зв'язки тих порядків, які в ній існують. Н. Луман пропонує спочатку виявити особливості соціальної системи, а потім, знаходячись уже на структурному рівні, продемонструвати специфіку кожної окремої соціальної системи.

Виходячи з цього методологічна програма аналізу соціальної системи за Н. Луманом складається з трьох етапів, які одночасно є рівнями аналізу суспільства:

- 1) загальна теорія систем, а в ній — загальна теорія аутопойезійних систем;
- 2) теорія соціальних систем;
- 3) теорія системи суспільства як особливого роду соціальних систем (де відбувається аналіз різних систем: правової, економічної та політичної).

Слід підкреслити, що для правового порядку як компонента соціальної системи, дієвого елемента системи правової, характерні ті виміри аутопойезису, які Н. Луман пропонує розглядати на рівні соціальної системи в цілому. Основою для аутопойезису є комунікації.

З точки зору аналізу соціетальності правового порядку нас, перш за все, має цікавити третій рівень аналізу соціальних систем, на якому розкривається специфіка кожної окремої його системи. Н. Луман вважає, що в основу будь-якої соціальної системи покладений парадокс: одна соціальна система, існуючи поряд з іншими, одночасно включає їх у своє поле. При цьому критерій виділення окремих соціальних систем у соціолога простий: «Соціальна система є тоді, коли вона конструює сенс» [5, с. 50].

Отже, соціетальність правового порядку виявляє себе, насамперед, у тому, що він є сенсом правового впливу, тобто дієвим ядром правової системи як компоненту соціальної системи. У цьому контексті специфічністю правового порядку буде те, що він, диференціюючи правове поле від його оточення, тобто не-правового поля, функціонує як комплексна соціальна структура, в якій переплітаються дії, сенси та інститути. З цієї точки зору складно поділяти песимізм О. П. Сауляка щодо неможливості розкриття соціетальності як системного параметру правового порядку, оскільки зростання детермінацій є не процесом ентропії, але процесом суспільної експлікації правового порядку в контексті множинності соціальних систем.

Утім, слід підкреслити, що множинність вимірів соціетальності правового порядку виводить на розкриття субпараметрів, що визначають особливість правового порядку саме в його соціетальному контексті. Власне, ключовим

субпараметром соціетальності є аутопойезис, який розглядається як процес та принцип самовідтворення та саморозгортання соціальної системи.

Теорія аутопойезису соціальних систем, розроблена знову ж таки Н. Луманом, пропонує розглядати п'ять ключових постулатів цього процесу. Спробуємо проаналізувати їх та здійснити аутопойезисний аналіз правового порядку.

1) Аутопойезисна система створює базові елементи, які, за своєю природою, створюють систему. На перший погляд — це парадоксальне судження (як система може відтворювати ті елементи, з яких вона *вже* складається?). Однак розкриття цього принципу полягає в аналізі соціальної системи як такої [6, с. 201–202]. Наприклад, при аналізі правового порядку як деякої системи можна виходити з його нормативного, реляційного та комунікативного розуміння, тобто виводити в центр правового порядку правову норму, правові відношення чи правові комунікації. Важко сперечатися з тим, що, скажімо, правова норма є мірилом нормативності правового порядку — це очевидно. Однак важко сказати, що таке нормативність правового порядку сама по собі. Отже значення нормативності правового порядку можливе лише за існування критерію її осягнення — у даному випадку норми. Складно уявити сучасний правовий порядок без правової норми, але сама правова норма без правового порядку перетворюється на абстрактне правило. Таким чином, нормативний, реляційний та комунікативний аспекти правового порядку потребують постійного самовідтворення відповідно норм, відносин та комунікацій.

2) Аутопойезисні системи є самоорганізованими у двох сенсах: вони організують власні кордони та власні внутрішні структури. Зовнішні кордони системи, як було окреслено вище, виражають через співвідношення системи та середовища. Наприклад, зовнішні кордони правового порядку проходять, насамперед, у трьох основних вимірах. По-перше, це межа приватного життя, де регулятивний вплив права має опосередкований характер, а правовий порядок як такий відсутній. При цьому особливість такого кордону правового порядку визначається, насамперед, межами свободи індивіда та соціальних груп. По-друге, це межа громадянського суспільства, яке, також будучи аутопойезисною системою, має власні кордони та внутрішні структури, однак вплив правового порядку на порядок, встановлений у громадянському суспільстві, є таким, що визначається як частка цілого. При цьому в громадянському суспільстві існують і інші порядки. Нарешті, по-третє, правовий порядок має кордони, встановлені просторовими межами дії права, яке є ціннісно-нормативною основою для цього правового порядку. Існування правового порядку поза межами дії права є неможливим, у зв'язку з чим межею правового порядку є межа правової системи. Тут варто підкреслити, що саме внутрішня структурованість правового порядку визначає, що входить в його систему, а що є середовищем, фоном його існування.

3) У межах власних кордонів аутопойезисна система організує власні структури. Ця ознака правового порядку як аутопойезисної системи є найбільш наглядною, оскільки виходить з визнання того, що у праві обов'язково існують деякі структуруючі елементи. При цьому якщо таким елементом назвати нор-

му, то структура правового порядку постає у відповідності до структури системи права і тоді мова йде про цивільний правопорядок (саме правопорядок, тобто порядок у самому праві), адміністративний правопорядок, публічний правопорядок тощо. Якщо структуруючим елементом обрати правовідносини, то тоді слід говорити про структурну детермінованість правового порядку в договірному правопорядку, управлінському правопорядку, фінансовому правопорядку, економічному правопорядку тощо. Нарешті, якщо поставити в центр структури комунікації, то очевидно, що правовий порядок постає не як інституціональна система (як у перших двох випадках), але як просторова система організації практик. У цьому контексті мова може йти, перш за все, про різні типи дискурсів в структурі правового порядку: правотворчий дискурс правового порядку, правореалізаційний дискурс правового порядку, правозастосовний дискурс правового порядку тощо. До речі, саме поліструктурність правового порядку визначає множинність іпостасей його існування та визначає його специфіку саме як особливої соціальної системи. Мова йде про те, що унікальність тих структур, що перебувають в контексті правової системи, полягає в множинності структуруючих компонентів, що радикальним чином відрізняє її від інших соціальних систем. Наприклад, в економічній системі єдиним структуруючим елементом виступають гроші, а якщо в центр структури вивести, скажімо, товарообмін, то уся економіка виглядала би абсолютно інакше: не було б банків, ринок мав би інші інституційні та функціональні особливості тощо [7, с. 230].

4) Аутопойезисні системи мають спрямований характер. Найбільш яскраво спрямованість аутопойезисних систем можна продемонструвати на прикладі системи права, особливо в кельзенівській її інтерпретації: право складається з законів, які відсилають до інших законів, що вказують на те, яким чином вони мають прийматися, виконуватися, тлумачитися тощо. Однак у випадку з правовим порядком усе не так однозначно та вимагає детального пояснення. По-перше, структурні особливості правового порядку виражаються в самоорганізованості правових практик. Це означає, що правовий порядок задля свого існування та успішного функціонування звертається до тих практик, які існують в його внутрішній структурі: правозахисні та правоохоронні практики, судові та інші правовідновні практики і т. д. По-друге, правовий порядок у меншій мірі, аніж система права, спрямований сам до себе, тобто виступає набагато більш відкритою системою. Причина очевидна: коло суб'єктів дискурсу правового порядку є на порядок більш широким, ніж дискурсу системи права. Звертання до дій та інтеракцій суб'єктів правового порядку визначає вже не структуру, але функції тих чи інших інститутів правового порядку. Отже, суб'єкти правового порядку взаємодіють в єдиному дискурсі.

5) Аутопойезисна система — замкнена система. До цієї ознаки аутопойезисних систем треба ставитися з обережністю, оскільки замкненість — відносний параметр. Крім того, в концепції Н. Лумана, замкненість виступає здебільшого характеристикою внутрішньої організації, а не зовнішніх актів системи [8, с. 58–60]. Замкненість тут означає, що правовий порядок є такою системою,



яка, подібно до моделі політичної системи Д. Алмонда, має вхідні атрибути, процеси та вихідний результат. При цьому сам механізм правового порядку може бути імпліцитним, тобто не мати явного буття, але його дія помітна завжди.

**Висновки.** Таким чином, очевидно, що правовий порядок, будучи дієвим компонентом правової системи, є аутопойезисною системою. Показово, що саме така характеристика правового порядку не зустрічається у сучасній науковій літературі, незважаючи на досить широкий спектр тих вихідних логічних підстав та дослідницьких передумов, які можуть вивести на саме такий аналіз правового порядку.

Характеристика правового порядку як аутопойезисної системи дозволяє більш послідовно реалізувати синергетичні та аксіологічні сюжети у сучасній правовій теорії, розкрити нові концептуальні грані та практичні виміри правового порядку та продемонструвати роль правового порядку в контексті правової системи та дії права.

### Література

1. Алексеев С. С. Социальная ценность права в советском обществе / С. С. Алексеев. — М. : Юрид. лит., 1971. — 223 с.
2. Цофнас А. Ю. Системний підхід до аналізу гносеологічних проблем : Автореф. дис. ... д-ра філос. наук ; спец. : 09.09.09 — філософія науки / Цофнас А. Ю. — О., 1999. — 42 с.
3. Уёмов А. Общая теория систем для гуманитариев : Учеб. пособие / Авенир Уёмов, Ирина Са-раева, Арнольд Цофнас ; под общ. ред. А. И. Уёмова. — Варшава : Wydawnictwo Universitas Rediviva, 2001. — 276 с.
4. Сауляк О. П. Сущность правопорядка: теоретико-методологическое исследование : Дис. ... д-ра юрид. наук ; Спец. 12.00.01 — теория и история права и государства; история учений о праве и государстве / Сауляк О. П. — М., 2011. — 376 с.
5. Луман Н. Общество как социальная система / Н. Луман : пер. с нем. — М. : Logos, 2004. — 232 с.
6. Луман Н. Тавтология и парадокс в самоописаниях современного общества / Н. Луман // Социологос — социология, антропология, метафизика. — Вып. 1. Общество и сферы смысла. — М. : Прогресс, 1991. — С. 194–218.
7. Ритцер Дж. Современные социологические теории / Дж. Ритцер. — 5-е изд. — М. : Питер, 2002. — 688 с.
8. Антоновский А. Ю. О смысле самоописания в работе Н. Лумана «Общество общества» / А. Ю. Антоновский // Эпистемология и философия науки. — 2005. — № 2. — С. 58–60.

### Анотація

**Арабаджи Н. Б.** Соцієтальність та аутопойезис правового порядку: методологічні аспекти. — Стаття.

У статті з позицій системного підходу та теорії аутопойезису соціальних систем Н. Лумана проаналізовано таку характеристику правового порядку, як соцієтальність. Визначено, що, будучи елементом правової системи, правовий порядок є полем дискурсу усіх інших соціальних систем. Продemonстровано особливості правового порядку як аутопойезисної системи.

**Ключові слова:** соціальна система, правова система, правовий порядок, соцієтальність правового порядку, аутопойезис правового порядку.

## Аннотация

**Арабаджи Н. Б. Социетальность и аутопойезис правового порядка: методологические аспекты. — Статья.**

В статье с позиций системного подхода и теории аутопойезиса социальных систем Н. Лумана проанализирована такая характеристика правового порядка, как социетальность. Определено, что, будучи компонентом правовой системы, правовой порядок выступает полем дискурса всех иных социальных систем. Продемонстрированы особенности правового порядка как аутопойезисной системы.

**Ключевые слова:** социальная система, правовая система, правовой порядок, социетальность правового порядка, аутопойезис правового порядка.

## Summary

**Arabadjy N. B. Societality and Autopoiesis of Legal Order: Methodological Aspects. — Article.**

The article deals with system analysis of legal order societality within the N. Luman autopoiesis of social systems theory. It is grounded that legal order as a component of legal system is a field of a discourse of all other social systems. The specifics of legal order as a autopoiesis system are demonstrated.

**Keywords:** social system, legal system, legal order, societality of legal order, autopoiesis of legal order.

УДК 340.11:007

**И. В. Антошина**

## СВЯЗЬ ИНФОРМАЦИОННОЙ ФУНКЦИИ ГОСУДАРСТВА И ИНФОРМАЦИОННОЙ ФУНКЦИИ ПРАВА

**Постановка проблемы.** Государство с момента своего возникновения развивалось и функционировало посредством информационного обмена. На ранних стадиях становления государства запреты и требования власти доводились до сведения людей в устной форме. С возникновением писаного права информирование граждан стало осуществляться с использованием рукописных текстов. Так, известно, что содержание правовых норм в Риме в IV веке до нашей эры было фиксировано Законами XII таблиц, которые обнародовались размещением бронзовых досок с текстами законов для всеобщего ознакомления на главной площади Рима. По сути, государство уже в тех условиях осуществляло сбор, хранение и распространение информации, т. е. это составляло информационную функцию государства.

По мнению А. С. Титова, хотя информационная деятельность осуществлялась государством издревле, признать ее функцией государства нельзя, ведь условия для придания этой деятельности государства центрального целенаправленного характера возникли сравнительно недавно [1, с. 9].

Заметим, что методы распространения информации на каждом последующем этапе развития общества и государства постоянно совершенствовались, информационный обмен становился насыщенней и потребность в нем возраста-

ла. При этом государство, для эффективного функционирования и разрешения различных вопросов, задействует свои функции в связи с объективными потребностями общества. В частности, возникновение информационной функции государства зависит от социальных потребностей государства, основных задач и направлений социального развития.

Характерно, что такие сложные социальные системы, как государство и общество, не могут цивилизованно функционировать, не осуществляя взаимный информационный обмен. Основопологающая роль в указанном процессе принадлежит информационной функции государства и информационной функции права как направлению правового влияния на общественные отношения.

Сегодня информационную функцию государства интерпретируют, не упуская таких аспектов, как создание первичной информации, ее обработки, охраны и защиты; переработки и создания новой информации; открытости органов государственной власти для граждан; основание специальных структур в сфере информации и регулирование их деятельности, а также использования информации для исполнения всех других функций государства [2, с. 66–67].

**Состояние исследования.** Изучением деятельности государства в информационной сфере занимались такие ученые, как И. В. Аристова, Ю. М. Батулин, И. Л. Бачило, В. В. Гриценко, А. С. Титов, Е. С. Устинович, О. Яременко и другие. Актуальность данной тематики определяется ее значением не только для теории, но и для практической организации современного общества.

**Цель и задачи исследования.** Цель работы заключается в установлении взаимосвязей информационной функции государства и информационной функции права на стадии их реализации, их влияния на общественные отношения.

**Изложение основных положений.** Будем исходить из традиционного понимания функций государства как основных направлений его деятельности, которые выражают его сущность и социальное назначение в сфере управления делами общества [3, с. 89]. В зависимости от социальной значимости в обществе тех или иных направлений деятельности государства выделяют основные и производные функции. Основными современная наука называет наиболее значимые для социума направления деятельности государства, а производные являются вспомогательными к основным, нередко носят просто обслуживающий характер [3, с. 94].

Функции государства также принято разделять в зависимости от направленности решаемых государством задач, а именно на внутренние и внешние. Внутренние представляют собой основные направления деятельности государства внутри страны и касаются всех сфер жизни общества определенного государства. Внешние функции — это его деятельность, направленная на решение задач и целей государства на международной арене [7]. С учетом того, что информационные процессы интенсивно развиваются как внутри государства, так и за его пределами, внутренняя реализация информационной функции государства невозможна без активного внешнего взаимодействия. Поэтому информационную функцию государства следует считать и внутренней, и внешней [4, с. 53].

По продолжительности действия функции государства бывают постоянно действующими и временными. Исходя из того, что информационная функция государства действует фактически с момента возникновения государства, не сложно понять, что она является постояннодействующей функцией. С учетом того, что информация в современных условиях приобрела основополагающее значение и статус ресурса, когда воздействие информационно-коммуникативных технологий на общественные отношения носит кардинальный и глобальный характер [5, с. 7].

Информационная функция государства стала одной из важнейших, исходя из процессов формирования глобального правопорядка и влияния государств на эти процессы, среди глобальных функций. Можно назвать информационную функцию государства, которая заключается в развитии мирового информационного пространства, установлении режима использования информационных ресурсов на основе равноправного сотрудничества с другими государствами [6, с. 49].

О. Ф. Скакун информационную функцию государства рассматривает как организацию и обеспечение системы получения, распространения и хранения информации [4, с. 52]. В широком же смысле под информационной функцией государства следует понимать постояннодействующую, общесоциальную основную функцию, которая представляет собой направление его деятельности по развитию информационной сферы, которая охватывает всю совокупность отношений, связанных с созданием, сохранением, обработкой, передачей информации во всех сферах жизни общества, в частности, в экономической, политической, социальной, правовой, научной, образовательной, управленческой и т. п. [7].

Исходя из того, что Украина строит информационное общество и прилагает значительные усилия на пути интеграции в Европейский Союз, вопросы управления информационными ресурсами с целью придания им качества стабильности, системности, устойчивости, организованности, стоят особенно остро. Логика развития общества и государства требует не только совершенствования государственного управления за счет его информатизации, но и новой стратегии государства в период становления и развития информационного общества [8].

Для достижения цели в форме информатизации общества на государство возлагаются определенные обязанности в сфере осуществления информационной политики и управления информационными отношениями. Указанная цель может быть воплощена через задействование не только институтов государства, но и правового инструментария. Информационная функция государства и информационная функция права являются именно теми действующими «рычагами», которые способны выполнить задачу эффективного государственного управления информационной сферой в соответствии со стандартами, принципами и нормами, которые выработаны европейским сообществом, с учетом особенностей развития украинского государства.

Государство для эффективного управления социальными процессами должно быть информационно открытым, ведь информационная функция является по-

казателем состояния государственного режима, что обуславливается принципом гласности и другими демократическими правами и свободами. Чем ниже уровень информационной открытости между государством и обществом, тем ниже развитость правового государства, но такая открытость также не должна характеризоваться вседозволенностью и злоупотреблениями [9, с. 31]. На информационную функцию государства возлагается роль, с одной стороны, сдерживающего фактора на пути злоупотребления информацией, с другой, фактора, который способствует развитию и укреплению качественных информационных отношений.

В системе информационных отношений между обществом и государством социальное назначение государства состоит в обеспечении всех заинтересованных субъектов информацией, находящейся в обороте в системе государственного механизма. Исходя из этого информационную функцию государства можно определить как объективно обусловленное назначение государства для обеспечения открытости официальной государственной информации и обеспечения возможности доступа всех заинтересованных субъектов к государственным информационным ресурсам [2, с. 67].

Особое место в информационной деятельности государства занимает управление таким государственно-правовым явлением, как информационные правоотношения. Информационные правоотношения — это урегулированные правовыми нормами информационные отношения, стороны которых выступают в качестве носителей взаимных прав и обязанностей, установленных и гарантированных правовой нормой [10, с. 122].

Ключевую роль в реализации информационной функции государства касательно регулирования информационных правоотношений играет создание организационно-правовых возможностей доступа к официальной правовой информации всех заинтересованных субъектов [2].

Право на доступ к правовой информации должно включать не только фиксацию в законодательстве этого права граждан и детальную его регламентацию, но и закрепление корреспондирующей данному праву обязанности отдельных субъектов права, создавать условия для своевременного правового информирования, а также ответственность за ненадлежащее правовое информирование [11].

При реализации информационной функции государства задействуются органы государственной власти всех трех ветвей. Одновременно происходит реализация информационной функции права. Не только нормотворческая деятельность, вследствие которой происходит фиксация правовой информации в нормативных актах, но и деятельность по доведению до физических и юридических лиц правовой информации. На стадии наделения информацией субъектов правоотношений в полной мере активизируется такая функция права, как информационная.

Реализация информационной функции права проступает также и в процессе правотворчества, поскольку реализация информационной функции права — двуединый процесс. С одной стороны, это — процесс, направленный на совершенствование законодательства, его упорядочение с целью возможности

доведения его до сведения большинства лиц. С другой стороны, это обеспечение доступности получения правовой информации, включающее закрепление в законодательстве права на правовую информацию, и обеспечение возможности реализации этого права [11].

Конституция Украины, как основополагающий источник правовой информации, провозглашает Украину суверенным, демократическим, социальным и правовым государством [12, с. 2–3]. Для осуществления этой нормы следует принять множество законов и подзаконных актов, содержание которых должно быть доведено до сведения граждан в Украине, с целью изменить правовую реальность согласно провозглашенным идеалам.

Информационная функция права воздействует на информационные отношения, которые возникают при обмене правовой информацией. Формирование правовой информированности личности и трансформация правовой информации в правовые знания выступает целью информационной функции. Для понимания специфики информационной функции права следует отметить, что правовая информация, содержащаяся в правовых актах, обладает информационным, оценочным и регулятивным воздействием [11]. Таким образом, информационное воздействие права обусловлено самим пониманием права как информации.

Сама по себе информация включает в себя три взаимосвязанных процесса: медиатизацию — процесс совершенствования сбора и хранения информации; компьютеризацию — процесс совершенствования обработки и поиска информации; интеллектуализацию — процесс развития способности восприятия информации, т. е. повышение интеллектуального потенциала общества [13].

С помощью информационной функции права доводится до сведения адресатов необходимая правовая информация, происходит ознакомление субъектов права с позитивными результатами правомерного и негативными последствиями противоправного поведения, определяются пути развития правовой реальности.

Право обладает информационной содержательностью, систематизирует правила поведения субъектов правоотношений. Нормы права — это информация в чистом виде, комплексное знание, определяющее, дающее ориентир в правовых явлениях, процессах, направленных на эффективное правовое регулирование.

Цель права — регулирование — достигается в том числе и психологическим воздействием, когда правовая информация подается в такой форме, что само ее содержание имеет воздействие на сознание. Информационно воздействие права — это целенаправленное распространение правовой информации, которая в конечном результате оказывает влияние на все элементы социума и государство. Информационный аспект здесь нельзя оторвать от психологического, ибо право, как знаковая система, способно регулировать поведение только тогда, когда адресуемая информация воспринята и усвоена сознанием личности, трансформировалась в мотив ее деяния. Правовая же мотивация может быть как положительной, выступающей в качестве правового стимулирования, так и отрицательной, проявляющейся в виде правовых ограничений.

**Выводы.** Деятельность государства в направлении укрепления информационных связей, выбор стимулов и ограничений, является важнейшей стороной

реализации права, позволяет определить перспективы решения наиболее значимых проблем государственного развития, поскольку информация выступает ориентиром, указывающим субъекту права необходимый вариант поведения.

Поскольку реализация информационной функции государства является предпосылкой для реализации информационной функции права, их совместное эффективное влияние на правовую действительность определяет направление развития правовой культуры в Украине, определяет содержание правового воспитания населения, что должно служить повышению эффективности действия украинского права.

### Литература

1. Титов А. С. К вопросу о понятии информационной функции российского государства // Право и государство: теория и практика. — 2008. — № 18 (47). — 152 с. — С. 9–12.
2. Яремченко О. Інформаційна функція української держави: поняття, мета та форми здійснення // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 7. — 157 с.
3. Загальна теорія держави і права: (Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів) / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; За ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук проф., акад. АПРН України О. В. Петришина. — Харків: Право, 2010. — 584 с.
4. Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): Учебник / О. Ф. Скакун. — Харьков: Эспада, 2005. — 840 с.
5. Устинович Е. С. О состоянии правовых исследований понятия «информационная функция государства» // Информационное право. — 2009. — № 1 (17). — 48 с.
6. Андрусак Т. Теорія держави і права: Навчальний посібник/ Тарас Григорович Андрусак; Фонд сприяння розвитку української правової думки та пропаганди державницьких традицій «Право для України». — Львів: Фонд «Право для України», 1997. — 198 с.
7. Павленко Ж. А. Понятие информационной функции государства // Nauka NUAU [Електронний ресурс]. Режим доступа к документу : [http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/index.php?option=com\\_content&task=view&id=304&Itemid=210&lang=uk](http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/index.php?option=com_content&task=view&id=304&Itemid=210&lang=uk)
8. Аристова И. В. Державна інформаційна політика та її реалізація в діяльності органів внутрішніх справ України: організаційно-правові засади / Аристова И. В. — Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2002. [Електронний ресурс] Режим доступу до документу : [http://www.dysertaciya.org.ua/disertaciya\\_1\\_378.html](http://www.dysertaciya.org.ua/disertaciya_1_378.html)
9. Гладышева И. П. Юридический отказ в механизме реализации информационной функции государства // Информационное право. — 2009. — № 4 (19). — 48 с.
10. Доступ до інформації та електронне урядування / Автори-упорядники М. С. Демкова, М. В. Фігель. — К.: Факт, 2004. — 343 с.
11. Червяковский А. В. Информационная функция права и деятельность органов внутренних дел по ее реализации / А. В. Червяковский. — Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2002. — 21 с.
12. Конституція України, прийнята на П'ятій сесії Верховної Ради України 26 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — С. 141.
13. Федосеева Н. Н. Влияние глобальной информатизации на функции государства // Государственная власть и местное самоуправление. — 2008. — № 4. — 48 с. — С. 7–11.
14. Закон Украины Об информации [Электронный ресурс] / / Официальный сайт Верховной Рады Украины. Режим доступа к документу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2657-12>
15. Чеботарева А. А., Ермошина Р. А. Взаимодействие законодательной, исполнительной и судебной власти в реализации информационной функции государства // Российская юстиция. — 2010. — № 12. — 80 с.

### Анотація

**Антошина І. В.** Зв'язок інформаційної функції держави та інформаційної функції права. — Стаття.

У статті мова йде про інформаційну функцію держави, розкрито її зміст і поняття. Проаналізовано зв'язок між інформаційною функцією держави і інформаційною функцією права. Розглянуто їх вплив на суспільні відносини та суб'єктів цих правовідносин.

**Ключові слова:** функції держави, функції права, інформаційна функція держави, інформаційна функція права, правова інформація.

### Аннотация

**Антошина И. В.** Связь информационной функции государства и информационной функции права. — Статья.

В статье речь идет об информационной функции государства, раскрыто ее содержание и понятие. Проанализирована связь между информационной функцией государства и информационной функцией права. Рассмотрено их влияние на общественные отношения и субъектов этих правоотношений.

**Ключевые слова:** функции государства, функции права, информационная функция государства, информационная функция права, правовая информация.

### Summary

**Antoshyna I. V.** About a connection of the informational function of the state and informational function law. — The article.

In the article the question is about the informational function of the state, its maintenance and concept is exposed. Connection is analysed between the informational function of the state and informational function law. Their influence is considered on public relations and on the subjects of these legal relationships.

**Keywords:** function of state, function of law, function of the state, informational function law, legal information.

УДК 340.12:1:165.02/423

**О. Н. Палий**

## СТАНОВЛЕНИЕ И РАЗВИТИЕ КАТЕГОРИЙ ВОЗМОЖНОСТИ И ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ

**Постановка проблемы.** Существующая правовая система Украины пребывает в стадии становления и развития. Чтобы в полной мере соответствовать задачам совершенствования нашего общества, гармонизации правовых отношений в различных сферах его жизни, юриспруденция должна четко представлять себе направления, перспективы и механизмы предполагаемых изменений в правовой жизни общества. Без философского уровня анализа современного состояния и будущих изменений при этом обойтись невозможно. Вот почему сегодня так актуальна разработка категориального базиса фундаментальных теоретических исследований в области юриспруденции.

**Цель статьи.** Целью данной статьи является рассмотрение места категорий возможности и действительности в системе диалектики, выяснение динамики



и логики их развития, изучение изменения смыслов, вложенных в эти категории, а также привлечение внимания к категориям возможности и действительности как категориям философии права. На наш взгляд, эти категории диалектики, во многом подзабытые современными юристами-теоретиками, получают сегодня новые импульсы для применения, развития, углубления, обогащения новыми смыслами.

С помощью данных категорий можно выявить причины, препятствующие переходу правовой возможности в развитую правовую действительность, определить условия становления абстрактной возможности и ее развития в развитую действительную правовую возможность.

**Анализ последних исследований и публикаций, в которых положено начало решения данной проблемы.** Проблема возможности и действительности волновала еще философов античности, таких как Платон, Аристотель. Обращался к изучению данных категорий Фома Аквинский. Интересна также позиция Г. Лейбница в этом вопросе. Последующие шаги в разработке категорий возможности и действительности сделали представители немецкой классической философии: И. Кант, Г. В. Ф. Гегель. Значительный вклад в разработку и исследование данной проблемы внесли представители марксистской философии. Среди советских исследователей следует выделить Ж. М. Абдильдина, А. А. Ивакина, С. Ю. Колчигина, М. С. Сабитова, А. А. Хамидова, А. А. Сорокина, К. А. Абишева, З. А. Мукашева и др.

**Изложение основного материала.** У Аристотеля первоматерия — это чистая возможность, форма же выступает в качестве реальности. В результате соединения формы с материей возникают конкретные вещи. Первоматерия существует вечно и притом только как потенциальное бытие, как возможность [1, с. 224]. Движение придает ей формы. «Форма скорее, чем материал, есть природа: ведь каждая вещь скорее тогда называется своим именем, когда она есть в действительности, чем когда только в возможности» [2, с. 84].

Категории возможности и действительности связаны со всем учением Аристотеля. Он различает бытие в возможности и актуальное бытие. «О бытии можно говорить либо в возможности, либо в действительности... Олимпийские игры, — продолжает он, — существуют и как возможное наступление состязаний, и как наступившее» [2, с. 117–118].

Аристотель выделяет абстрактную возможность, которая является отдаленной от своего осуществления, и близкую возможность, которая довольно близка к данной цели. Проблему перехода возможности и действительности связывает с движением, однако последнее рассматривает лишь как механическое перемещение [1, с. 146]. Он не показывает внутреннее движение как единство и борьбу внутренних противоположностей. Это в свою очередь повлияло и на его видение проблемы возможности и действительности, так как прослеживается неразрывная связь данных категорий с причинами движения.

Аристотель выделял четыре значения причины. «Причиной называется то содержимое вещи, из чего она возникает; форма, или первообраз, а это есть определение сути бытия вещи, а также роды формы, или первообраза, и со-

ставные части определения; то, откуда берет первое свое начало изменения или переход в состояние покоя; цель, т. е. то, ради чего» [1, с. 146]. Как уже было сказано, материя выступает в роли возможности, появление определенных вещей происходит путем соединения материи и формы. Для объяснения процесса движения и развития он вводит понятие действующей причины, которую понимает как внешний источник действия. Превращение возможности в действительность, таким образом, обусловлено действием внешней силы, происходит посредством воздействия одного тела на другое.

В современной философии утвердился и другой подход, который выделяет внутренние источники развития: развитие происходит путем созревания в предмете внутреннего противоречия и понимается как движение через возникновение и разрешение этого самого противоречия [3, с. 60]. Стало быть, развитие выступает как развертывание, осуществление сущности предмета [3, с. 250]. «При этом, разумеется, процесс развития есть разрешение заложенного в начале системы противоречия, для чего необходима целая совокупность определенных условий» [3, с. 250–251]. Действительно, когда отсутствуют условия, необходимые для развития, этот процесс может прерваться, угаснуть, и лишь при их наличии предмет становится действительным, развитым.

Все причины являются либо деятельными, либо состоят в возможности. «Разница заключается в том, что причины деятельные существуют или не существуют одновременно с тем, причинами чего они являются, например этот строящий вместе с этой постройкой; а с причинами в возможности так бывает не всегда, ибо дом и строитель уничтожаются не одновременно» [2, с. 89].

Аристотель считал необходимым искать высшую причину каждого предмета или явления. «...Например, человек строит, потому что он строитель, а строитель благодаря искусству строительства — это именно и есть первичная причина; и так же во всех случаях» [2, с. 90]. Выяснение такой первичной причины и позволяет нам не только определить, что собой представляет тот или иной предмет, но и наметить перспективы и направления его развития.

Также к заслугам Аристотеля можно отнести его утверждение о том, что возможность не обязательно и не сразу становится действительной. Для этого она должна созреть, должна быть для этого готовой. Ведь действительно, возможность никогда не становится действительностью сразу в ее развитом состоянии, а проходит целый ряд этапов своего становления. Переходу возможности в действительность способствуют условия, которые и делают возможность осуществимой. К сожалению, Аристотель данному аспекту проблемы не уделил достаточного внимания.

Учение христианского средневековья считало Бога центром мироздания и хранителем мирового порядка. Так, Фома Аквинский считал, что существует некая чистая действительность, которая своим воздействием вызывает превращение определенной возможности в действительность. Такой действительностью у него выступает Бог. «Все, что есть в мире, переходит из потенции в акт. Но оно не само переводит себя из потенции в акт, ибо того, что есть в потенции, еще нет, а потому оно не может действовать. Необходимо поэтому дойти до не-

которой вещи, которая только актуальна и никаким образом не потенциальна, а ее мы именуем богом» [4, с. 201]. Здесь Фома Аквинский развивает мысль Аристотеля о том, что есть абсолютная нематериальная реальность — Бог, Нус, и есть относительная реальность чувственно воспринимаемых вещей, которая может быть упорядочена, иерархизирована, в зависимости от приближения к абсолютному, совершенному бытию и, соответственно, в зависимости от приближения к бытию единичных материальных вещей.

Последующие значимые шаги в разработке проблемы возможности и действительности были сделаны мыслителями XVII–XVIII вв.

О диалектической связи возможности и действительности, о том, что возможность всех изменений вещи содержится в самой вещи, в ее внутренней природе, говорил Г. Лейбниц [5, с. 217].

Великий мыслитель тесно связывает понятие возможности с понятием необходимости. Необходимым он считает то, противоположное чему невозможно. Возможное — это то, что может мыслиться непротиворечивым образом и прямо допускается той или иной объективной закономерностью [6, с. 61]. Выделял абсолютную необходимость, которая допускает только единственную возможность событий, исключая всякую противоположность. Утверждает, что именно в случае абсолютной необходимости существование непосредственно вытекает из сущности [6, с. 62].

Иную точку зрения развивал И. Кант. Он считал, что возможность и действительность не свойственны вещам, внешнему миру, а являются характеристиками человеческого разума, его познавательных способностей [5, с. 217].

Диалектически рассмотрел категории возможности и действительности Г. В. Ф. Гегель вместе с такими категориями, как необходимость и случайность. Он выделил следующие виды возможностей: формальная, абстрактная и реальная. Рассмотрел данные категории в связи с проблемой развития.

Он отождествлял действительность с разумностью. Однако некоторые авторы, на наш взгляд, неверно комментировали данное утверждение, считая, что Г. Гегель, таким образом, оправдывает все явления действительности, в том числе различные заблуждения и аномалии. Однако Гегель разделял понятия действительности и существования. «Действительность в отличие от одного лишь явления и, прежде всего, действительность как единство внутреннего и внешнего так мало противостоит разуму, что она, наоборот, всецело разумна, и то, что неразумно, именно поэтому не должно рассматриваться как действительное...» [7, с. 239]. Все, что противоречит разуму, по мнению Гегеля, хотя и существует, но оно является недействительным. Действительно, «далеко не всегда и не все предметы действительности обладают характеристикой действительности» [8, с. 300]. Ведь предметы и явления, которые поддаются чувственному познанию, могут и не соответствовать их сущности. Лишь когда сущность предмета находит себя в существовании, тогда предмет по-настоящему является действительным, подлинным.

Возможность Г. Гегель рассматривает как один из существенных моментов действительности [7, с. 246]. Он выделяет абстрактную и реальную возмож-

ность: взятая абстрактно, вне связи с конкретным содержанием действительности, возможность приобретает характер всеобщей мыслимости. Возможность, вырванная из связи конкретных отношений, становится абстрактной и обладает разнообразием своих форм [9, с. 230]. В отличие от абстрактной, реальная возможность находится в близких связях с действительностью. Она связана с конкретными условиями, которые способствуют ее осуществлению. Действительность содержит возможность, эта возможность в результате действия внутренних сил во взаимодействии с существующими условиями переходит в новую действительность, сменяющую старую действительность [7, с. 246].

Превращение возможности в действительность в их единстве — это, по мнению Г. В. Ф. Гегеля, и есть необходимость. Если есть в наличии все необходимые условия, то возможность обязательно становится действительностью, и тем самым необходимостью.

По существу Г. В. Ф. Гегель признает лишь одну-единственную реальную возможность — как осуществленную возможность. Он не видит многообразия возможностей. Поскольку идеальная действительность для Гегеля уже задана, то все сводится у него к разворачиванию уже положенного. То, что осуществилось, то и было реальной возможностью, потому что то, что осуществилось, уже было задано [10, с. 128].

Если согласиться с данным утверждением, то это значит принять тот факт, что все в мире определено, и никаким образом нельзя повлиять на ход его развития. С этим согласиться довольно сложно. Такого рода сверхдетерминизм порождает в качестве ответной реакции разнообразные варианты философского индетерминизма, где центральной категорией онтологии является не необходимость, а случайность, стохастичность. Это замена одной крайности другой.

Попытка избежать этих крайностей с переменным успехом была реализована в марксизме.

К. Маркс, Ф. Энгельс понимали под действительностью не только воспринимаемые нами вещи и их свойства, движущую материю, объективную реальность, но и в том числе определенные отношения, связи, закономерности [11, с. 303–304].

В диалектическом материализме возможность рассматривалась в диалектическом единстве с действительностью, как момент, свойство развивающейся действительности. Действительность порождает возможности, которые превращаются в новую действительность.

Для того, чтобы возможность стала действительностью, необходим ряд условий, которые способствовали бы этому. При наличии одних условий реализовываются одни возможности, а при других — другие. Эти условия могут быть как объективными, так и субъективными. Первые обусловлены законами развития общества, вторые зависят от субъектов, их сознания, интересов и возможностей.

Диалектический материализм исходит из признания не только одной, но и в ряде случаев нескольких видов и абстрактных, и реальных возможностей, которые являются результатом многообразных, часто противоречивых тенденций в развитии процессов в природе и обществе [9, с. 236].

Появление и развитие теории вероятностей во многом повлияло на философское осмысление категорий действительности и возможности. Появилась возможность учитывать, измерять количественную сторону реальных возможностей. Вероятность показывает меру осуществимости возможности в составе некоторого целого, во взаимосвязи разных возможностей.

Вероятность какой-либо возможности есть число, заключенное в интервале между 0 и 1; так как вероятность  $P$  любого события  $A$  выражается дробью, лежащей в интервале от 0 до 1:  $0 \leq P(A) \leq 1$ , то ясно, что равенство вероятности нулю  $P(A)=0$  обозначает невозможность события, а  $P(A)=1$  обозначает, что событие осуществляется всегда [12, с. 68]. Так, возможность, которая приближается к нулю, — это абстрактная возможность, а та, которая приближается к единице, — это реальная возможность, для которой созрели соответствующие условия и она вот-вот осуществится.

В диалектическом материализме понимание категорий возможности и действительности по своему содержанию не было однозначным.

Некоторые ученые признают определения действительности в широком и узком смыслах. Согласно первому — это существующий мир в целом, который включает и необходимое, и случайное. Согласно второму, действительность — это осуществленная возможность.

Однако различия данных определений еще не означают, что мир распадается на множество действительностей.

В работах по диалектическому материализму, посвященных анализируемым категориям, следует отметить творческий характер исследований алматинской школы, возглавляемой Ж. М. Абдильдиным, и киевской школы В. И. Шинкарука. Не устарели, в частности, выводы казахской школы о разнообразии форм и уровней как возможности, так и действительности, а также выводы киевской школы о мировоззренческом содержании категорий диалектики, о их социально-исторической детерминированности [8], [13].

В каждый данный момент времени действительность в виде своих бесчисленных модусов имеет разные формы и уровни проявления и осуществленности. Одни явления действительности полностью «входят», «вписываются» в нее, а другие на определенном отрезке времени принадлежат ей лишь формально. Это объясняется тем, что не только при зарождении, но и в ходе развития всякий предмет является возможным, хотя и обладает актуально наличным существованием. Действительным он становится тогда, когда по образу жизнедеятельности, функционирования оказывается не просто причастным к своему роду, но достигает подлинного единства с ним [8, с. 304].

Только что появившаяся возможность не становится действительностью сразу в ее развитом состоянии. Каждая возможность проходит определенные стадии своего развития. Вначале любая возможность, как правило, локализована в определенные стадии развития, не содержит необходимых предпосылок для полной реализации, является лишь началом общей тенденции, которая может получить развитие, а может и прерваться. Следующая стадия — это стадия осуществимости, но не осуществленности, так как возможность в силу раз-

личных причин пока еще не находит своей реализации. И лишь на следующем этапе, когда все условия имеются налицо, когда явление тождественно своему роду, возможность становится действительностью в ее развитом состоянии, тогда только она по-настоящему становится сформировавшейся, полноценной.

Ст. 1 Конституции Украины гласит: «Украина есть суверенное и независимое, демократическое, социальное, правовое государство» [14, с. 51]. Разумеется, факт провозглашения государства правовым еще не означает, что оно таковым является, но мы бы хотели отметить другое. Данная статья Конституции открывает реальную возможность движения Украины в заданном направлении. Выбор направления — важное начало процесса, тенденции. Но процесс может «угаснуть», не состояться, если не будут продуманы все его основные этапы, если не будут четко заданы механизмы их реализации. Наличие таких, казалось бы, декларативных положений — не недостаток Конституции. Ее задача — выбор и закрепление основ, направлений для всей системы законодательства, она не может заменить всю систему права. Более того, сам факт признания данной возможности означает признание реальных социально-исторических предпосылок для нее.

Переход в действительность тех возможностей, которые открыты Конституцией, происходит посредством множества других, более конкретных правовых возможностей, которые должны быть идейно, экономически и практически обоснованы и подкреплены, которые релевантны обществу, отвечают объективным потребностям его развития в том пространственно-временном интервале, в котором данная Конституция действует.

**Выводы из исследования и перспективы дальнейшего рассмотрения в этом направлении.** Подводя итог, следует отметить, что в современной литературе по философии права недостаточно внимания уделено рассмотрению категорий возможности и действительности. Те позитивные результаты, которые получены в философии и философии права и которым посвящена данная статья, нуждаются в продолжении, в развитии для решения многих реальных проблем современной юриспруденции, так или иначе связанных с анализом отношения желаемого, возможного и действительного, особенно — с анализом соотношения правосозидания и правоприменения.

### Литература

1. Аристотель. Сочинения: В 4-х т. Т. 1 / Аристотель; перевод с древнегреч. под ред. В. Ф. Асмуса. — М.: Мысль, 1976. — 550 с.
2. Аристотель. Сочинения: В 4-х т. Т. 3 / Аристотель; перевод с древнегреч. под ред. Н. Д. Рожанского. — М.: Мысль, 1981. — 613 с.
3. Ивакин А. А. Диалектическая философия: монография / А. А. Ивакин. — О.: Фенікс, 2007. — 440 с.
4. Боргош Ю. Фома Аквинский: монография / Ю. Боргош; перевод с польского М. Гуренко. — М.: Мысль, 1966. — 212 с.
5. Шептулин А. П. Категории диалектики: учебное пособие / А. П. Шептулин. — М.: Высшая школа, 1971. — 280 с.
6. Лейбниц Г.-В. Сочинения: в четырех томах: Т. 1 / Г.-В. Лейбниц; ред. и сост., авт. вступит. статьи и примеч. В. В. Соколов; перевод Я. М. Боровского и др. — М.: Мысль, 1982. — 636 с.

7. Гегель Г. В. Ф. Собрание сочинений: В 2-х т. Т. 1 / Г. В. Ф. Гегель; под ред. А. Деборина и Н. Карева, авт. вступ. статьи А. Деборин. — М. — Л.: 1-я Образцовая тип. Госиздата, 1929. — 370 с.
8. Диалектическая логика: Категории сферы сущности и целостности; под ред. Ж. М. Абдильдина. — Алма-Ата: Наука, 1987. — 544 с.
9. Чагин Б. А. Учение Гегеля о возможности и действительности и его рациональный смысл / Б. А. Чагин // Сборник статей. — М. — Л.: Наука, 1964. — С. 225–241.
10. Овсянников М. Ф. Философия Гегеля / М. Ф. Овсянников. — М.: СОЦЭКГИЗ, 1959. — 304 с.
11. Маркс К. Сочинения: Т. 22 / К. Маркс, Ф. Энгельс. — М.: Государственное издательство политической литературы, 1962. — 806 с.
12. Смирнов Л. В. Соотношение возможности, вероятности и необходимости: Сборник статей / Л. В. Смирнов, В. А. Штофф. — М. — Л.: Наука, 1964. — С. 55–72.
13. Мировоззренческое содержание категорий и законов материалистической диалектики; под ред. В. И. Шинкарука, А. И. Яценка. — Киев: «Наукова думка», 1981. — 368 с.
14. Конституція України. Частина перша. — Одеса: Студія «Негоціант», 2005. — 96 с.

### Аннотация

**Палий О. Н. Становление и развитие категорий возможности и действительности.** — Статья.

Статья посвящена исследованию возникновения и развития категорий действительности и возможности. Автор считает, что с помощью данных категорий возможно полнее познать сущность и механизмы развития правовых явлений и более успешно решать многие проблемы в сфере правоприменения.

**Ключевые слова:** возможность, действительность, необходимость, правоприменение.

### Анотація

**Палій О. М. Становлення та розвиток категорій можливості та дійсності.** — Стаття.

Статтю присвячено дослідженню виникнення та розвитку категорій дійсності та можливості. Автор вважає, що за допомогою даних категорій можливо глибше пізнати сутність і механізми розвитку правових явищ та успішно вирішувати більшість проблем в сфері правозастосування.

**Ключові слова:** можливість, дійсність, необхідність, правозастосування.

### Summary

**Paliy O. N. Formation and development of the categories of possibility and reality.** — Article.

The article is devoted to the research of the origin and development of the reality and possibility categories. The author considers that with the help of these categories it is possible to get complete knowledge of the essence and mechanisms of development of the legal phenomena and decide numerous problems in the field of law enforcement more successfully.

**Keywords:** possibility, reality, necessity, law enforcement.

### КАТЕГОРІАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ТРАДИЦІЙ В ІДЕАЛЬНОМУ ВИМІРІ ПРАВА

Високий рівень пізнання права потребує не лише знань діючого і минулого права, вивчення його змісту і духу, чи уміння практичного його застосування, а вимагає досягнення законів буття права, його місця і ролі в сучасному світі. Занурення до глибин права супроводжується надмірною багатоманітністю, суперечливістю і невизначеністю виявлених явищ соціально-політичної та культурно-правової дійсності, до яких належать традиції у праві.

Сучасний науковий інтерес до традицій у праві пов'язаний з вивченням та поясненням їх значення, визначенням ознак, властивостей та функцій. Дослідженню традицій у праві присвячено значну кількість праць таких вчених, як В. Б. Авер'янова, В. В. Дудченко, М. І. Козюбри, В. В. Копейчикова, Ю. П. Лободи, Л. А. Луць, П. П. Музиченка, Ю. М. Оборотова, В. Ф. Опришко, М. П. Орзіха, П. М. Рабіновича, В. М. Селіванова, О. Ф. Скакун, О. В. Сурілова, Н. Є. Толкачової, Є. О. Харитонова, М. В. Цвіка, Ю. С. Шемшущенка, О. Н. Ярмиша та ін.

Існуючі наукові здобутки дозволяють дослідженням стрімко рухатись далі — конкретизувати традицію в категоріальному значенні як діючого та ефективного інструмента українського права. Загалом заслуговують на увагу ідеї усіх вчених, разом з цим важливо відмітити ті, що розкривають поняття «традиції».

Ю. М. Оборотов зазначає, що правові традиції, характер їх використання становлять об'єднуючий початок з'єднання правових систем у правові сім'ї. Традиції знаходять своє вираження в проблемі наступності, яка виступає як зв'язок між етапами і сходами розвитку, та полягає у збереженні елементів права як цілого або окремих його сторін при переході правової системи з одного стану в інший [8].

Ю. П. Лобода пояснює правову традицію як сутність правового розвитку упродовж достатньо тривалого періоду. Зміст правової традиції становлять генетичні, логічні та історичні суперечності, які є рушіями розвитку правової системи. Правова традиція є елементом етнонаціональної культури, визначає етнонаціональну специфіку, властиву, так чи інакше, українському народові упродовж всієї його історії.

О. В. Шевчук стверджує, що більш високим ступенем в ієрархії правових систем є «традиція права», котра відображає взаємозв'язок права з певною локальною цивілізацією і у цьому значенні може трактуватися як: правові цінності, категорії, інститути, норми, які протягом сторіч свідомо передавалися від покоління до покоління у певній цивілізаційній культурі. Традиції права у свою чергу утворюють сукупність вищого порядку — локальну правову систему, а сукупність локальних правових систем складає загальну світову правову систему [14].



За думкою Н. Є. Толкачової, традиція — це соціальна норма, якій властива трансцендентальна регулятивна дія на суспільні відносини і поведінку людей, це наслідок більш високого ступеня розвитку суспільства, ніж звичай [13].

У свою чергу, нами запропоновано під правовою традицією розглядати юридичну категорію, явище правової культури, елемент правової системи та складову спадкоємності права, яка фіксує узагальнений правовий досвід, правову пам'ять, правові знання та правові уявлення, що передаються від покоління до покоління як прийнятні способи організації суспільства, моделі формування правового устрою, порядку у праві, ієрархії цінностей у праві тощо [10].

Разом з тим вітчизняна юриспруденція характеризується відсутністю однозначного розуміння традицій, що унеможливорює використання всього їх корисного потенціалу як в науці, так і на практиці. В кінцевому рахунку, не розкрито інструментальної ролі даного явища у праві, яке за думкою Роберта Алексі має дуальну (dual) природу. Право обов'язково містить у собі як реальний, чи фактичний, так й ідеальний, чи критичний вимір [12]. Тому питання наукового дослідження традицій у кожному вимірі права прямо належить до завдань теорії держави і права.

У свою чергу, відсутність в науковій доктрині теорії держави і права «традиції» як категорії права з науково обґрунтованим статусом на догматичному рівні із нормою права, принципами права, джерелами права, функціями права, тощо — у більшій мірі свідчить не про відповідну проблему в системі теоретико-юридичних знань, а про певну недостатню значимість традицій у праві минулого.

У зв'язку з цим метою даної статті є теоретико-методологічний аналіз традиції як категорії права, що являє собою не тільки наукову чи емпіричну, а й інструментально-юридичну цінність у правотворчості, правовому регулюванні, реалізації права, інтерпретації права і т. д. Об'єктом аналізу виступає активна сторона традицій у праві, їх дія, рух у різних динамічних проявах, як: становлення, формування, закріплення і т. д., а предметом — традиція в ідеальному вимірі права.

Теоретичний розгляд права як такого, що має багатовимірність, поєднано з філософським розумінням, під яким мається на увазі онтологічна, гносеологічна, аксіологічна та антропологічна його єдність. Тобто право, будучи явищем соціальної дійсності, одночасно має багатоманітні субстанції свого існування, які виражаються в різноманітних типах його розуміння. У даному разі виділення ідеального виміру як субстанції існування права ґрунтується на структурно-аналітичному підході, згідно якого ця площина є системно-понятійним рівнем теоретичної юриспруденції з категоріями права у своєму змісті.

Дослідження традицій в ідеальному вимірі права обумовлює необхідність виділення етимологічного значення «категорія» (від грецького κατηγορία — вислів; від лат. praedicamenta), яке у філософському сенсі розуміється як фундаментальне поняття, форма думки, типи зв'язку суб'єкта і предиката в судженні, сталі способи предикціювання, існуючі в мові, формуючі умови можливості досвідченого знання та володіючі апіорним значенням в якості універсалій і граничних понять [9].

Правове розуміння терміну «категорія», більш точніше «категорія права», представлено у шостому томі Юридичної енциклопедії 2001 року професором Ю. С. Шемшученком як найтипівіші поняття, що вживаються у праві, є засобами конструювання і розуміння права як системного утворення для регулювання суспільних відносин.

Категорія права не може набувати такого універсального змісту, як філософські категорії «матерія» чи «форма». Останні можуть бути адекватними до пізнання будь-якого явища, в той час як категорія права застосовується лише до обмеженого кола історично відомих чи прогнозованих правових явищ [6, 64].

Вказана етимологічна модель «категорії права» допустима до таких явищ у праві, як традиції, з огляду на їх здатність конструювати практично усі системні складові права: правила поведінки, рішення, процедури, інститути та ін. Практично будь-яка традиція у праві несе у собі власні індивідуальні знання та сприяє певному розумінню права, в тому числі права як системного утворення.

У цьому сенсі кожна традиція здатна по-різному представляти розуміння права, яке у свою чергу залежить від принципів плюралізму використання методології пізнання.

З цього приводу О. Е. Лейст зазначив, сучасний методологічний плюралізм і створення на його основі різних понять-визначень права має пізнавальне значення, але не веде до досягнення суті права [5]. Враховуючи існуючу наукову неоднозначність самих понять «право» та «традиція», змушені не погодитися, так як використання різних методологічних підходів натомість тільки дозволяє одночасно й багатосторонньо охопити усю складність об'єкта та предмета наукового аналізу.

Відносно такої методологічної дискусійності досить слушно вказав Д. А. Керімов, що дослідження об'єкта буде тільки в тому разі оптимально ефективним, якщо воно здійснюється у суворій відповідності до вимог методології, враховує специфіку об'єкта та, відповідно, шляхи, методи та способи його пізнання [4].

Усю специфіку як права, так і традицій, неможливо охопити лише одним методологічним інструментарієм. Як показує феноменологічний підхід, традиція у праві є цілісним феноменом правової свідомості із своїм змістом, що має багатомірні процеси формування. Антропологія допомагає пояснити відмінності між винайденими новими і старими традиціями [16]. Кожна окремо виділена традиція у праві це по своїй природі індивідуальна смислова конструкція, яка за рахунок свого змісту вплітається в систему юридичних знань про право і державу.

Думка про внутрішню структурованість традиції у праві зумовлена системним методологічним підходом, який дозволяє її розпізнати з-поміж інших традицій, закріпити цілісні уявлення про індивідуальні властивості та історичні передумови становлення кожної окремо взятої традиції.

З огляду на вказане, обґрунтовано можемо вважати, що дія традицій пов'язана з дією самого права. Під якою, за В. В. Лазаревим, розуміється його інформаційний, ціннісно-мотиваційний і безпосередньо регулятивний вплив на суспільні відносини в межах відповідного простору, часу та кола осіб [17, 414].

У філософському значенні поняття «дія» вживається як «буття», «функціонування» і т. д., тому дія права це діяльність складових його норм, які виражають динаміку права, процес його реального регулятивного впливу на вже врегульовані суспільні відносини. Динамічний стан права є тією метою, заради якої в результаті правовстановлюваної діяльності офіційно формулюється, текстально виражається і документально закріплюється право в статичі (у відповідних актах).

На відміну від права, дія традицій у праві має власні особливості. Дія традицій у праві є їх невід'ємною властивістю, процесом, що проходить в межах історичного часу, в межах певної території, культури, права тощо. Динамічна властивість традицій у праві проявляється нематеріально, має силу, ефективність, авторитетом впливу на право, на правове життя чи на правові відносини. Так як динамізм традицій у праві є тією закономірністю, що встановлює однозначний зв'язок у часі між її суб'єктами передачі, між поколіннями, інститутами, принципами, нормами, правопорядками тощо. Дана властивість традицій у праві з'єднує просторові рамки права між історичними епохами, надаючи безперервності процесам правогенезису.

Разом з цим категоріальний статус традицій у праві критикується теорією матеріалістичної діалектики. З цього приводу Б. І. Пугінський зазначає, що якщо говорити в цілому про категорії, то жодного їх передбачуваного «самовисування і розвитку» за вік, що минув, не відбулося, і жодної надбавки до знань про право вони не надали [11].

Таке судження спростовується тим, що динамізм традиції полягає у протистоянні двох закріплених аспектів цього явища: консерватизму та стабільності — з одного боку, та новації — з іншого [3]. Консерватизм та новація у праві завдячують дії традицій, яка зумовлює поштовх до динаміки самого права.

Консерватизм та новація у праві є певним станом права, що викликаний динамікою чи статикою традицій, однак він не пояснює місця традиції права в системі понятійного апарату юриспруденції.

Цікавою з цього приводу є думка С. М. Братуся, який зазначає, що теорії держави і права як науки (не менш ніж філософії) потрібні наукові абстракції, загальні категорії, теоретичні узагальнення, що відображають більш глибоко правову дійсність, сутність правових явищ, ніж простий їх опис. Положення про те, що правові категорії є змістовними поняттями, що відображають сутність держави і права як реальних соціальних явищ, якраз і є підставою визнання їх основоположними для усіх юридичних дисциплін [2].

Зважаючи на вищевказане, можемо стверджувати, що питання категоріального закріплення традицій у праві є однією з сучасних проблем теорії держави та права. Так як доктринальне визнання за традиціями самостійного категоріального статусу у праві надасть понятійному апарату теорії держави і права, та юриспруденції зокрема, здатність більш глибоко досягнути правові реалії української чи іншої правової дійсності.

У зв'язку з цим визначення місця традиції в системі правових категорій має бути обумовлено, по-перше, тим, що традиції гуртуються на пізнаних

об'єктивних закономірностях соціального життя; по-друге, традиції дозволяють оцінити певні суспільні процеси з точки зору історично перевіреної правової форми, в якій вони протікають і проявляються; по-третє, традиції несуть у собі знання про об'єктивну діалектику державно-правової сфери суспільного життя гранично узагальнено для юриспруденції; по-четверте, традиції становлять предметну основу юридичного мислення у праві, висловлюючи вивчені властивості і закономірності основних явищ і відносин правової дійсності, їх реальну сутність; по-п'яте, традиції допомагають виховувати правосвідомість щодо права і впливати на її сталість; в-шосте, вони збагачують державно-правову практику емпіричним підходом до вирішення юридичних питань.

При визначенні системного місця традиції як категорії права у складі понятійного апарату юриспруденції важливо визначитися з її термінологічною назвою, яка б охоплювала усі виміри взаємодії з правом. У цьому разі слушним буде питання, чи можливо в категоріальному сенсі побачити різний зміст в поняттях «правова традиція» та «традиція права»? Так як вони досить часто вживаються як ідентичні терміни та зустрічаються випадки їх розмежування.

Раніше запропонована нами спроба розмежування згаданих понять заснована на ідеях Шмуеля Нойа Ейзенштадта «про відокремлення один від одного світових порядків, у зв'язку з чим утвердилася чітка різниця між центром та периферією, що призвело до поділу традиції на велику та малу» [15]. Ця ідея була використана для обґрунтування однієї з теорій традицій у праві і полягала в тому, що «правова традиція» та «традиція права» не є ідентичними поняттями, їх основна відмінність та, що перша є великою традицією, яка виражає правогенезис незалежно від генезису держави, а друга є малою традицією, яка відображає правогенезис у взаємозв'язку з державним. Такий поділ традиції на велику і малу здійснено для узагальненого пояснення природи спадкоємності (наступності) права, яке у своєму формуванні залежить від досвіду минулих поколінь [10, 3].

За даним підходом, основним критерієм розмежування правової традиції від традиції права виступає «порядок». Так як право завжди є нормативною асоціацією порядку, несе в собі свободу, справедливість, формальну рівність [7]. Порядок являє собою спосіб і форму існування організованих структур, є станом, в якому перебуває система, зумовлює необмежену кількість нових станів, кожен із яких знаходиться на певній відстані від протилежних полюсів хаосу та гармонії [1].

На відміну від вказаного, використання аксіологічного підходу дозволяє побачити інше значення в «правовій традиції» та «традиції права». У цьому разі критерієм розмежування понять виступає «цінність», тому стосовно традицій, по-перше, доцільним є використання ідеї власної цінності, що несе сама традиція як категорія права, та по-друге, визначення цінностей, які закладені у її змісті.

У відповідності до цього власну цінність у праві являє традиція права як юридичний досвід, що індивідуалізує право, систему права, систему законодав-

ства та правову систему у відповідності до історичної та культурної спадщини соціуму. Разом з цим цінності, які закладені у традиціях права, не завжди можуть бути правовими, тому правовими є ті традиції, які передають від покоління до покоління ідеали справедливості, свободи, правди, гуманності і т. д.

Звідси складається висновок, що традиції права можуть бути як правовими, так і не правовими, в той час коли правові традиції завжди будуть традиціями права. Традиції, які відносяться до ідеального виміру права, завжди є традиціями права, кожна з яких має наступні напрямки дії: по-перше — встановлює або символізує правову єдність усіх сфер суспільства і права; по-друге — встановлює та легітимізує інституції, статуси чи владно-правові зв'язки; по-третє — соціалізує, прищеплює переконання, систему цінностей і правил поведінки, тощо.

Відповідно, розгляду динаміки традицій в ідеальному вимірі права має передувати визначення їх сталого образу, форми та змісту. Оскільки динаміка права співвідноситься зі статикою, як причина й наслідок, і завжди існують цілісно. Дослідження традицій в статичному стані дозволить закріпити в теоретичній юриспруденції істотні риси та характер кожної, концептуально упорядкувати їх ієрархічну природу в існуючих правових системах та місце в пов'язаному апараті теорії держави і права.

### Література

1. Бачинін В. А. Філософія права : підруч. для студ. юрид. спец. / Бачинін В. А., Панов М. І. — К.: ІнЮре, 2002. — 472 с. — С. 13.
2. Братусь С. Н. Теория государства и права, ее предмет и место среди общественных наук. — <Ученые записки ВШЮН>. Вып. 2. М., 1955, с. 10.
3. Вебер М. Избранное. Образ общества / М. Вебер. — М., 1994. — 654 с. — С. 33.
4. Керимов Д. А. Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права. — 4-е изд. — М.: Изд-во СГУ, 2008. — 521 с. — С. 97.
5. Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / Под редакцией доктора юридических наук, профессора В. А. Томсинова. М.: Зерцало, 2008. — 452 с. — С. 10.
6. Лобода Ю. П. Правова традиція українського народу (Феномен та об'єкт загальнотеоретичного дискурсу). — Львів: Світ, 2009. — 280 с.
7. Оборотов Ю. М. Аксіномативні начала правопорядку / Ю. М. Оборотов / Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри: тези Міжнар. наук.-прак. конф. / за заг. ред Ю. М. Оборотова. — О. : Фенікс, 2008. — 266 с.
8. Оборотов Ю. М. Традиції та новації в правовому розвитку: загальнотеоретичні аспекти : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня док. юрид. наук за спеціальністю 12.00.01 / Ю. М. Оборотов. — Одеса, 2003. — С. 17.
9. Огурцов А. П. Категории. Новая философская энциклопедия: В 4 т. / Ин-т философии РАН, Нац. общ.-науч. фонд; Научно-ред. совет: предс. В. С. Степин, заместители предс. А. А. Гусейнов, Г. Ю. Семигин, уч. секр. А. П. Огурцов. — Т. 2 (Е-М) — М.: Мысль, 2001 — С. 229.
10. Павлов С. С. Правові традиції України : автореф. дис. на здобуття канд. юрид. наук за науковою спеціальністю 12.00.01 / С. С. Павлов. — Одеса, 2010. — С. 12.
11. Пудинский В. И. Состояние методологического инструментария // Правоведение. 2010. № 1. С. 6–19.
12. Роберт Алекси — профессор Кильського університета. Дуальна природа права // Правоведение. 2010. № 2. С. 138–152.
13. Толкачова Н. Є. Деякі аспекти співвідношення звичаю, традиції та права/ Н. Є. Толкачова // Вісник КНУ ім. Тараса Шевченка: Сер. Юридичні науки. — 2002. — Вип. 45–48. — С. 20–22.

14. Шевчук О. М. До питання про поняття правової системи // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. — Одеса. — 2001. — № 3. — С. 165–171.
15. Шмуэль Ной Эйзенштадт. Конструктивные элементы великих революций: Культура, социальная структура, история и человеческая деятельность // THESIS: Теория и история экономических и социальных институтов и систем. 1993, Т. 1, вып. 2. С. 190–212.
16. Винайдення традицій / За ред. Е. Гобсбаума та випр. — К.: Ніка-Центр, 2010. — 448 с. — С. 24.
17. Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / Под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М. : Норма, 2008. — 832 с.

### Анотація

**Павлов С. С. Категоріальна характеристика традицій в ідеальному вимірі права. — Стаття.**

Стаття присвячена дослідженню традицій у понятійному апараті загальнотеоретичної юриспруденції як в окремому вимірі права. Традиції розглядаються як категорії права, кожна з яких має власний зміст, силу дії, функції, статус та місце в системі юридичних знань. Пропонується відпрацювати єдиний підхід до пояснення понять «правова традиція» та «традиція права». У статті автором виділено напрямки дії традицій в ідеальному вимірі права та наголошено на необхідності їх розгляду в статичі.

**Ключові слова:** право, виміри права, традиція права, правова традиція, категорія права, понятійно-категоріальний апарат, феноменологічний, аксіологічний, системний підходи юридичної методології.

### Аннотация

**Павлов С. С. Категориальная характеристика традиций в идеальном измерении права. — Статья.**

Статья посвящена исследованию традиций в понятийном аппарате общетеоретической юриспруденции как в самостоятельном измерении права. Традиции рассмотрены как категории права, каждая из которых имеет собственное содержание, силу действия, функции, статус и место в системе юридических знаний. Предлагается отработать единый подход к объяснению понятий «правовая традиция» и «традиция права». В статье автором выделены направления действия традиций в идеальном измерении права и акцентировано внимание на необходимости их рассмотрения в статике.

**Ключевые слова:** право, измерения права, традиция права, правовая традиция, категория права, понятийный аппарат, феноменологический, аксиологический, системный подходы юридической методологии.

### Summary

**Pavlov S. Categorization of traditions in an ideal measurement of the law. — Article**

The article is dedicated to research of traditions in the conceptual apparatus of the general theoretical law as the legal category's measurement. The tradition are regarded as a categories of law, each with have own structure, strengths, functions, status and role in the system of legal knowledge. It is proposed to work out a unified approach to explaining the concept of «legal tradition» and «tradition of law». In the article the author has pointed the direction of the traditions in the categorical measure of law and focused on the necessity of their consideration in statics.

**Keywords:** law, dimensions of law, the tradition of law, the legal tradition, the category of law, conceptual and categorical aid, phenomenological, axiological, systematic approaches legal methodology.

**ДИСКУРС ВІКТИМНОСТІ У ВІТЧИЗНЯНОМУ ПРАВОВОМУ ПОЛІ**

Втілена у сучасному кримінальному законодавстві концепція права спирається на той фундаментальний факт, що людина (індивід) є частиною цілісного соціального організму, тому злочинне посягання на її права та свободи в той же час являють безумовну небезпеку для суспільства. Цілий комплекс правових дисциплін — кримінальне та кримінально-процесуальне право, криміналістика, правова статистика, судова медицина і багато інших вивчають подію злочину, методи його розкриття, способи доказування вини злочинця тощо.

Однак уже в кінці 19-го ст. науковці поступово доходять думки (цілком абсурдної для авторитетних на ті часи юристів-практиків), що задля успішної боротьби зі злочинами не можна зосереджувати свою увагу лише на моменті злочину. Ретельному вивченню та аналізу належить піддавати злочинність в цілому як соціальне явище, з одного боку, і особистість злочинця, процеси її формування, з іншого боку.

Метою даної статі є дослідження генези віктимологічної проблематики у вітчизняній юридичній теорії і законодавчій практиці в контексті змін загально-правової парадигми у 19–21-му століттях.

Кінець 19-го — початок 20-го ст. ознаменувався новими підходами як до проблеми людських прав, так і до проблеми правопорушень. З одного боку, суспільство в параграфах державних конституцій визначає і формально закріплює цілу низку прав «другого покоління», прав соціальних і культурних. З іншого, втілює у працях видатних і посередніх науковців прагнення знайти попереджувальні форми боротьби зі злочинами. Зрештою, прихильники гуманістичної теорії Ч. Беккарія і антропологічної концепції Ч. Ломброзо, діаметрально відрізняючись у підході до проблеми злочинності, мають однакову кінцеву мету: знайти суттєві фактори, які діють у кожному випадку злочину, і запропонувати попереджувальні заходи щодо них. Наукові розвідки в цій галузі були конкретизовані у розвитку кримінології як науки про злочин, а також — у теорії попередження і профілактики злочинів, добре знайомій вітчизняним юристам.

Проблема віктимності (від лат. *victima* — жертва) як об'єкту наукового дослідження виокремлюється приблизно в середині минулого століття. Спочатку зацікавленість дослідників обумовлюється вповні практичними потребами юристів: доволі часто в межах судового процесу необхідно визначити роль жертви делікту (потерпілого) з метою більш точної кваліфікації злочинної дії і, відповідно, покарання винного. Саме у такому ракурсі названа проблема розглядається представниками кримінального і кримінально-процесуального права, а також — криміналістами, представниками судової медицини, правової статистики та багатьох інших дисциплін, не виходячи при цьому за межі «окремого випадку».

Але стрімкий розвиток кримінології приводить до закономірного висновку стосовно того, що сама жертва злочину є не випадковим елементом у його структурі, і що ґрунтовне вивчення конкретного злочину (а тим більше — злочинності в цілому) неможливе без відповідних досліджень стосовно жертви злочину.

Новий напрямок наукової думки отримує своє офіційне визнання після появи на світ відомої книги Г. Гентига «Злочинець і його жертва» (1948 р.). Наступні роки стають роками активного розвитку й апробації віктимологічних теорій. Визнається нагальна необхідність вивчення способу життя, поведінки і особистості жертви, стосунків, що пов'язують жертву та злочинця, врешті-решт, тих специфічних особливостей, які визначають для особи можливість стати жертвою злочину. Ця проблематика розглядається у роботах Ф. Вертхама, Б. Мендельсона, А. Фаттаха і багатьох інших дослідників.

Саме таким чином, внаслідок тривалого розвитку суспільних та правових знань виникає наука віктимологія, яка на сьогодні, зазвичай, вважається однією з підгалузей кримінології. Втім, існує й інша думка, про те, що віктимологія має стати самостійною науковою дисципліною і об'єднати в собі принаймні дві самостійні галузі: деліктну (кримінальну) віктимологію (сфера досліджень — жертви злочинів та інших правопорушень, у тому числі — й адміністративних) і травмальну віктимологію (сфера досліджень — жертви травматизму і різноманітних нещасних випадків) [1, с. 15–16]. Зрештою, останнім часом про віктимологію все частіше говорять як про соціально-психологічну науку [2, с. 9]. Але основний загаль досліджень, від перших кроків віктимології і до сьогоднішнього дня, стосується саме жертв злочинів.

Перші вітчизняні дослідження віктимологічного характеру з'являються дещо пізніше, в середині 70-х років. Це — статті Франка Л. В., Мінської В. С., Центрова Є. Є. По суті справи, їх можна назвати лише орієнтирами майбутньої роботи: публікації у журналі «Советская юстиция», виступи на конференціях та семінарах. Але вже через кілька років з'являються на світ монографія Франка Л. В. «Виктимология и виктимность», посібник Рівмана Д. В. «Виктимологические факторы и профилактика преступлений», дисертація Мінської В. С. «Поведение потерпевшего в генезисе преступлений против личности», статті Остроумова С. С., Номоконова В. А.

Загалом, кількість таких робіт незначна: всього 2–3 видання і декілька статей, які «мігрують» з одного списку літератури в інший, на які посилаються майже у всіх виданнях, де хоч кілька рядків приділяється проблемі жертви злочину. Однак таке «відставання» вітчизняної теорії цілком пояснюється тим фактом, що навіть і кримінологія (більш «загальна» стосовно віктимології наука) на цей час, пройшовши шлях заборон та обмежень, тільки-тільки отримала офіційне визнання.

Щоправда, і раніше, і в теперішній час, проблеми, пов'язані з особистістю і поведінкою як самого злочинця, так і потерпілого, розглядаються у кримінальному і кримінально-процесуальному праві, почасти — у криміналістиці. Але ж значення має не тільки об'єктивно існуючий факт вивчення потерпілого,



а й те, у якому відношенні, «під яким кутом зору» проводиться це вивчення. Наприклад, у роботі Гаухмана Л. Д. «Насилие как средство совершения преступлений» є параграф, названий «Личность как объект насильственных преступлений» [3, с. 33–43]. Але у ньому йдеться не про особистість потерпілого, а про специфіку визначення складу злочину, що має значення для правильної та точної кваліфікації дій злочинця. Ця проблема, що належить сфері кримінального права, безумовно є дуже важливою. Однак розгляд потерпілого лише із зазначеної точки зору не можна не визнати обмеженим.

Як уже йшлося вище, на перший план кримінологічних досліджень у цей період виходить вивчення саме особистості злочинця, найперше — соціальних умов, які вплинули на його формування, поведінку, причини рецидиву. Як відлуння теоретичних дискусій у філософському середовищі, виникають суперечки стосовно впливу психологічної і психіатричної складових на формування злочинних установок. Черговий раз вирішується питання про співвідношення біологічного та соціального у становленні і розвитку особистості (злочинця), у кримінологічній літературі розглядаються різноманітні форми можливого впливу на злочинця, способи попередження і профілактики злочинів, роль суспільних організацій і державних інституцій у відповідній роботі. Жертва, зазвичай, притягує до себе увагу у випадку «неналежної» (тобто «негативної» — з правової чи моральної точки зору) поведінки.

Аналогічної думки дотримувались представники вітчизняної юриспруденції і в 60-ті роки, і, вочевидь, раніше. (Можна послатися на відому працю Сахарова О. Б., який окремий параграф свого дослідження назвав таким чином: «Ненадлежащее поведение других лиц, способствующее совершению преступлений» [4, с. 207–212].

У працях Рівмана Д. В., Франка Л. В., Полубінського В. І., Мінської В. С. ми знаходимо зовсім інший підхід. Йдеться не про окремі факти «неналежної поведінки» потерпілого, що полегшує вчинення злочинів щодо нього, а про соціальне явище, яке потребує детального наукового аналізу. Так, Рівман Д. В. пише таке: предметом вивчення віктимології є особи, котрим внаслідок злочину нанесено фізичну, моральну чи матеріальну шкоду; поведінка цих осіб у той чи інший спосіб пов'язана із вчиненням злочином (у тому числі й поведінка в період *після вчинення щодо них злочину*), стосунки, які пов'язували злочинця і потерпілого до моменту скоєння злочину, ситуація, у якій відбулося нанесення шкоди [5, с. 7]. На відміну від кримінального та кримінально-процесуального права віктимологія вважає потерпілою особу, яка постраждала від злочину, незалежно від того, визнана вона такою формально чи ні [5, с. 8].

Авторами вищезазначених досліджень пропонуються різні способи класифікації потерпілих від злочинів. Ведеться дискусія щодо змісту основних понять, таких як «віктимність», «віктимна ситуація», «віктимна поведінка»: чи це «потенційна здатність», чи «реалізована можливість» стати жертвою, чи, нарешті, «специфічна якість особистості». Окреслюються шляхи використання віктимологічних можливостей у профілактиці злочинів.

Навіть зважаючи на недоліки «первинного дослідження», названі праці мають низку переваг, що роблять їх актуальними і в наш час. Це, передусім, чітке усвідомлення того факту, що будь-яка людина може стати жертвою делікту (потерпілим), що необережна поведінка жертви зовсім не є виправданням злочину, вчиненого щодо неї, і, в той же час, що існують цілком об'єктивні фактори, які роблять саме цю особу більш уразливою для протиправних посягань. Обов'язково йдеться про практичне застосування результатів досліджень, як на рівні індивідуальної віктимологічної профілактики, так і на рівні державної політики.

Разом із тим (і про це потрібно пам'ятати) вищевказані дослідження мають все ж таки проблемний характер. Принаймні у великому, на 500 сторінок, академічному підручнику Аванесова Г. А. «Криминология и социальная профилактика» віктимологічній проблематиці приділено трохи більше сторінок тексту: коротка інформація і лише декілька рекомендацій загального характеру [6, с. 466–468].

Продовжуючи наш аналіз криминологічної літератури, звернімо увагу на такий момент: розвідки в галузі віктимології, та й взагалі дослідження поведінки потерпілого продовжуються на початку 90-х років (до цього періоду відносяться статті представників Омської вищої школи міліції, зокрема, Левертової Р. А., Клейменова М. П.), а потім на кілька років залишаються немов би поза увагою науковців. У нових публікаціях автори посилаються на статті 80-х років, у збірниках наукових праць, матеріалах конференцій віктимологічний аспект досліджень не відслідковується, проте сам термін «віктимологічний» і його похідні набувають поширення у юридичній літературі.

Стає звичним посилення на «віктимологічну провину» потерпілого, тобто таку поведінку потерпілого, котра об'єктивно викликала вчинення злочину щодо нього. Так, автор однієї з робіт, присвячених криминологічній характеристиці правопорушників, робить такий висновок: жінки вчинюють злочини на ґрунті сімейно-побутових стосунків, зазвичай, *при наявності віктимологічної провини потерпілого* (найчастіше — чоловіка чи співмешканця), особливо при систематичному пияцтві, постійних погрозах, знущаннях, побитті, розтратах сімейного майна та інших фактах антисуспільної поведінки [7, с. 79]. Вже сам факт використання спеціальної термінологічної оцінки явища свідчить про певну популярність віктимологічних теорій, хоч би й у суто науковому середовищі.

У змістовному відношенні дослідження, що вивчають особу злочинця, у цей період стають дещо одноманітними. Загальна тенденція, здавалося б, залишається такою ж, як і раніше: розгляд особи злочинця у руслі теорії дефектів соціалізації особистості. Але тепер, згідно з офіційним трактуванням, злочин (і сам злочинець) розглядаються як *результат дії на особистість виключно негативних умов та явищ соціальної дійсності*, тому поле дослідження обмежене лише «негативними» факторами (або ж факторами, що можуть бути так визначені). Усі інші обставини просто ігноруються. Починається тенденція «перекидання вини» з особи (реального злочинця) на соціальні інституції (ті органи та організації, які, абстрактно судячи, могли б цей злочин попередити) — школи, профспілки, трудові колективи, інші громадські організації.

Знову поживається інтерес до віктимології вже наприкінці 90-х рр. З'являються серйозні дослідження, у яких (часом — без звертання до терміну «віктимність») проводиться детальний аналіз поведінки потерпілого в межах кримінологічної оцінки злочину, а також причин та умов, що сприяли його вчиненню. Серед кращих робіт цього періоду можна назвати ґрунтовну монографію Мошака Г. Г. «Преступление в семье: истоки и профилактика», умотивоване і об'єктивне дослідження Антоняна Ю. М., Голубева В. П., Кудрякова Ю. Н. «Изнасилования: причины и предупреждение».

Слід підкреслити, що в обох названих працях зберігаються найкращі традиції вітчизняної віктимології. На думку авторів, співчуття до жертви злочину не має підміняти собою об'єктивний аналіз подій. Але, з іншого боку, не можна ставити знак рівняння між віктимністю і провиною потерпілого.

Автори другого дослідження свідомо акцентують увагу на дуальності поняття «віктимність». На їхній погляд, під віктимністю можна розуміти два явища: **1. незахищеність особи з боку держави, суспільства і мікрооточення від яких би не було злочинних посягань та 2. її суб'єктивну схильність стати жертвою злочину, що зменшує здатність протистояти злочинцю. Перше не залежить (чи майже не залежить) від потерпілого і пов'язане, звісно, із недоліками у діяльності правоохоронних органів, зі слабким реагуванням громадськості, суспільних організацій та мікрогруп на можливі чи вже здійснені аморальні та протиправні діяння /виділено нами/ [8, с. 26].** Тобто автори монографії впевнені, що захист особи від будь-яких посягань — це невід'ємний обов'язок і держави, і суспільства в цілому, і правоохоронних органів зокрема.

Це дослідження можна назвати «рубіжним», оскільки в подальші роки роль держави у віктимологічних дослідженнях розглядається нечасто. Та й для зазначеного періоду означена точка зору є швидше виключенням, аніж правилом.

Через декілька років після набуття Україною незалежності відбувається певний «злам» у традиційних кримінологічних уявленнях. Зміна соціальних пріоритетів державної політики, стрімке зростання злочинності, економічна й ідеологічна криза — усі ці фактори позначилися на подальшому розвитку теорії віктимності.

Руйнування стереотипів радянської науки разом із очевидною неспроможністю владних інституцій забезпечити найелементарніші вимоги суспільної безпеки стимулює інтерес до зарубіжного правового досвіду як в Україні, так і на усьому пострадянському просторі. Науковці звертаються до іноземних кримінологічних та віктимологічних досліджень, сподіваючись знайти вирішення не лише теоретичних, але й практичних проблем.

У числі найпопулярніших видань цього часу — переклад фундаментальної монографії Г. Й. Шнайдера «Криминология», у якій наводяться результати доти незнайомих вітчизняним правникам досліджень, майже з академічною вичерпністю розглядаються найрізноманітніші аспекти злочинності як соціального феномену тощо. Безпосередньо віктимологічній проблематиці в монографії присвячено параграф «Жертва преступления», де критично оцінюється соціальний статус жертви у сфері кримінального судочинства, узагальнюється

досвід державних програм по ресоціалізації потерпілих та компенсації нанесеної їм шкоди [9, с. 346–375].

Серед вітчизняних правників набуває визнання той факт, що особистість і поведінка жертви є важливими факторами криміногенної ситуації. Деякі автори навіть висловлюються за те, аби розширити предмет кримінології, визначивши у системі кримінологічних знань місце вивченню особистості потерпілого і його поведінки [10, с. 10].

І в той же час виникає нова тенденція, що полягає у зміні домінант. Штучний розрив між кримінологічною оцінкою поведінки злочинця і віктимологічною оцінкою поведінки потерпілого поволі призводить до гіперболізації ролі жертви і мінімалізації ролі злочинця у вчиненому. Іншими словами, йдеться про інверсію вини, «перекидання» її зі злочинця на його жертву (так само, як раніше намагалися «перекинути» її на сім'ю, школи, профспілкові та інші громадські організації тощо). У такому ключі витримана робота Сливки С. С. «Самозахист населення: Моральний аспект», почасти — монографія В. І. Шакуна «Урбанізація і злочинність».

Автор першої роботи у главі «Практичні поради громадянам для збереження свого життя, здоров'я, майна, для захисту своєї честі та гідності» пише так: «...Однією з найпоширеніших форм самозахисту є застосування фізичної сили... Для застосування фізичної сили до злочинця потрібно володіти певною силою, спритністю, швидкістю та координацією рухів. При цьому у громадян має бути здатність швидко долати різні перешкоди у будь-який час доби, проявляти при цьому сміливість, самоволодіння і витримку. ...Громадяни мають бути завжди готовими до умов, наближених до самозахисту, з метою нейтралізації злочинних діянь» [11, с. 52–54]. Вочевидь, зазначені вимоги є дещо завищеними для пересічного громадянина.

Так само неприпустимо зводити все різноманіття відношень «злочинець — жертва» до віктимологічної провини потерпілого і повністю знімати відповідальність за те, що відбулося, з держави та відповідних органів. А така точка зору доволі популярна, відповідні висловлювання можна почути від професійних юристів.

У вже згадуваній монографії В. І. Шакуна є такі рядки: «Дехто думає, що злочинність реально може бути ліквідована за волею громадян або правоохоронних органів, і справа полягає лише в тому, щоб якнайкраще зосередитися на цій меті». І далі: «Суспільство сформулювало для себе ідеал, відповідно до якого всі громадяни мусять виконувати закони, що стосуються розподілу матеріальних благ, а те, що цей ідеал ніколи не втілювався і не міг бути втіленим у життя, громадською думкою просто ігнорується» [12, с. 96]. Невже автор вважає, що ситуація в країні значно покращиться, якщо суспільство нарешті примириться із думкою про те, що громадяни не повинні виконувати закони (принаймні, ті, що стосуються розподілу матеріальних благ)?

Зазначена точка зору являє собою разючий контраст з позицією, яка була викладена в дослідженнях наприкінці 90-х років, і не дивно. Адже саме за ці роки докорінно змінюється і сама злочинність як соціальне явище, і визна-

чення головних завдань правоохоронних органів та цілей правової політики держави в цілому.

Оскільки повне викорінення злочинності, що виступало офіційною метою радянської правової політики, визнане недосяжним, йдеться про контролювання злочинності та про стримування її зростання... І тут важко не погодитись із автором вищезгаданої монографії: «Варто проаналізувати й оцінити реальний стан злочинності, явища, які її породжують, сили і засоби, якими суспільство може протистояти їй. Крім тривожних оцінок потрібно виявляти реальний стан справ. Все це варто проаналізувати у кількісних показниках, прорахувати, що може зробити суспільство для збереження дітей від утягування в злочинність, для дорослих — від деградації» [12, с. 97].

Повертаючись до залишеної думки, маємо зазначити, що стосовно віктимологічних теорій наразі ситуація потроху змінюється на краще. Серед надбань українських правознавців — підготовка і захист низки дисертаційних досліджень з віктимологічної проблематики (Туляков В. О., Косенко С. С., Попов К. Л., Мойсюк О. М., Кулієв А. Ю., Гришко О. М., Албул С. В., Журавська З. В. та ін); кілька монографій Тулякова В. О., присвячених соціальним та правовим аспектам віктимології; комплексне міждисциплінарне дослідження «Потерпілий від злочину» за загальною редакцією Борисова В. І. та Бауліна Ю. В. Власне, йдеться про становлення української віктимологічної наукової школи та активний розвиток принаймні теорії кримінальної віктимності.

Важливою новацією є те, що переважна більшість сучасних підручників з кримінології має розділи віктимологічної спрямованості. У юридичних навчальних закладах відводиться час на вивчення відповідних тем або спецкурсів.

Набувають поширення дослідження, присвячені соціально-психологічним аспектам віктимної поведінки (посібник Христенка В. Є. «Психологія поведінки жертви», «Медико-психологічний коментар для працівників правоохоронних органів щодо дій у випадках вчинення насильства у сім'ї», підготовлений Ю. В. Онишком (у кн. «Запобігання насильству в сім'ї») тощо).

Серед популярних видань останнього десятиліття слід назвати книгу Малишева В. С. «Кар'єра жертви. Популярно о виктимологии». В передмові до своєї роботи автор чітко формулює основну тезу сучасної віктимологічної науки: не йдеться про якусь «провину» потерпілого — винний насамперед і винятково злочинець, що зазіхнув на життя, гідність або власність громадян. Однак напевно чи хтось може заперечити доволі очевидний факт, що нерідко саме та людина, яка стала жертвою, виступала головним заколотником, провокуючи на відповідні дії стосовно себе [13, с. 8].

Водночас, починається процес інституалізації окремих положень теорії віктимності у сфері адміністративного законодавства. Протягом 2001–2002 року вступають у дію Закон України «Про попередження насильства в сім'ї», зміни до Кодексу України про адміністративні правопорушення, а також «Інструкція про порядок узяття на профілактичний облік та порядок зняття з профілактичного обліку осіб, які вчинили насильство в сім'ї». Нормативні акти визна-

чають поняття «віктимність» і «віктимна поведінка», повноваження офіційних осіб та служб, регламентують конкретні заходи щодо попередження проявів віктимної поведінки у сфері насильства в сім'ї.

До позитивних моментів цього процесу можна віднести саме звернення законодавців до проблеми віктимності, тим більше, що насильство в сім'ї є класичним випадком тривалої дії віктимізуючих факторів. До негативних — те, що окреслена у законодавстві модель віктимної поведінки не відповідає вимогам повноти, адекватності і коректності. На законодавчому рівні відбувається отождолення поведінки віктимної і винної, ба навіть провокаційної. (Наприклад, у п.1.3. «Інструкції про порядок узяття...» віктимна поведінка визначається як «провокаційна поведінка потенційної жертви насильства в сім'ї» [14]). Вульгаризоване уявлення про віктимну поведінку поширюється серед працівників ОВС та пересічних громадян.

Певна частина вини за ці негачії лягає і на науковців-віктимологів. Як уже йшлося вище, протягом багатьох років теорія віктимності розвивалася насамперед як спеціальна кримінологічна теорія, і навіть у цій галузі говорити про детально опрацьовану концепцію віктимності, на жаль, ще зарано. Нерівномірний розвиток окремих складових, недостатність прикладних досліджень та якісної статистичної бази, відсутність єдиної методології вкупі призводять до того, що теоретичні висновки не мають спільного поля дії, а лише подекуди перетинаються, узагальнення низького рівня, рекомендації недостатньо обґрунтовані та практично важко впроваджувані. Стосовно ж адміністративно-деліктної сфери на сьогодні не сформовано ані теоретичної моделі віктимності, ані чіткої громадської позиції. Спроба механічно перенести частково опрацьовану кримінологічну модель віктимності в адміністративне законодавство призвела до закономірної невдачі. У 2008 році норми стосовно віктимної поведінки були вилучені із законодавства як такі, що порушують права людини.

Наразі існує нагальна потреба у формуванні комплексної теорії віктимності, з урахуванням усіх надбань та прорахунків сьогодення, *що вимагає виходу на рівень філософсько-правового осмислення проблеми жертви.*

На жаль, сучасна філософсько-правова парадигма не виходить за межі сформованої ще в античності традиції, згідно з якою жертва делікту не має самостійного значення, а розглядається лише як «пасивна матерія», що унаочнює результати дії активного суб'єкта (правопорушника). Філософсько-правові студії зосереджені на дослідженні особи злочинця (Костенко О. М.) і феномену злочину (Бачинін В. А., Микитчик О. В.), опрацюванні філософії покарання (Махінчук В. М., Козаченко О. В.) і розгляді проблем правотворчості та праворозуміння (Шишко В. В., Кравець В. М.). Жертва делікту, як і раніше, залишається поза рамками філософсько-правового наративу. Проте без заповнення цієї лакуни неможлива повноцінна розбудова правової системи в Україні, що гарантувала б гідний захист прав та свобод людини і громадянина.

### Література

1. Полубинский В. И. Правовые основы учения о жертве преступления / В. И. Полубинский. — Горький: ГВШ МВД СССР, 1979. — 84 с.
2. Малкина-Пых И. Г. Психология поведения жертвы / И. Г. Малкина-Пых. — М.: Изд-во Эксмо, 2006. — 1008 с. — (Справочник практического психолога).
3. Гаухман Л. Д. Насилие как средство совершения преступления / Л. Д. Гаухман. — М.: Юр. лит., 1975. — 167 с.
4. Сахаров А. Б. О личности преступника и причинах преступности в СССР / А. Б. Сахаров. — М.: Юр. лит., 1961. — 279 с.
5. Ривман Д. В. Виктимологические факторы и профилактика преступлений / Д. В. Ривман. — Ленинград: ВПУ МВД СССР, 1975. — 154 с.
6. Аванесов Г. А. Криминология и социальная профилактика / Г. А. Аванесов. — А.: Академия МВД СССР, 1980. — 528 с.
7. Трофимов С. В. Криминологическая характеристика лиц, совершивших преступления против личности на почве семейно-бытовых отношений // Проблемы изучения личности правонарушителя: Сб. науч. трудов / С. В. Трофимов. — М.: ВНИИ МВД СССР, 1984. — С. 79–88.
8. Антонян Ю. М., Голубев В. П., Кудряков Ю. Н. Изнасилования: причины и предупреждение / Ю. М. Антонян, В. П. Голубев, Ю. Н. Кудряков. — М.: ВНИИ МВД СССР, 1990. — 192 с.
9. Шнайдер Г. Й. Криминология / Г. Й. Шнайдер. — М.: Издательская группа «Прогресс» — «Универс», 1994. — 504 с.
10. Зелінський А. Ф. Кримінологія / А. Ф. Зелінський. — Харьков: Рубикон, 2000. — 240 с.
11. Сливка С. С. Самозащит населения: Моральный аспект / С. С. Сливка. — Львів: Каменяр, 1996. — 144 с.
12. Шакун В. І. Урбанізація і злочинність / В. І. Шакун. — Київ: Вид-во УАВС, 1996. — 256 с.
13. Малышев В. С. Карьера жертвы. Популярно о виктимологии / В. С. Малышев. — Донецк: Юрпресс, 2002. — 400 с.
14. Інструкція про порядок узяття на профілактичний облік та порядок зняття з профілактичного обліку осіб, які вчинили насильство в сім'ї, затверджена наказом МВС України від 9 квітня 2002 р. № 329 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0380-02>

### Анотація

**Гончарова Н. І.** Дискурс віктимності у вітчизняному правовому полі. — Стаття.

У статті розкриваються передумови становлення кримінології та віктимології як наукових дисциплін, розглядається процес формування теорії віктимності, аналізується досвід інституціоналізації окремих її аспектів в українському законодавстві.

**Ключові слова:** кримінологія, віктимологія, теорія віктимності, віктимна поведінка.

### Аннотация

**Гончарова Н. И.** Дискурс виктимности в отечественном правовом поле. — Статья.

В статье раскрываются предпосылки становления криминологии и виктимологии в качестве научных дисциплин, рассматривается процесс формирования теории виктимности, анализируется опыт институционализации отдельных ее аспектов в украинском законодательстве.

**Ключевые слова:** криминология, виктимология, теория виктимности, виктимное поведение.

### Summary

**Goncharova N. I.** The discourse of victimization in the domestic legal field. — Article.

The article describes the conditions of establishment criminology and victimology as academic disciplines, the process of formation of the victimization theory, also the experience of individual aspects of the Ukrainian law institutionalization is analyzed.

**Keywords:** criminology, victimology, the theory of victimization, victim behavior.

## ГЕНДЕРНА РІВНІСТЬ ЯК ФУНДАМЕНТАЛЬНИЙ ПРИНЦИП ПРАВА

**Постановка проблеми:** Конституція України проголосила людину, її життя і здоров'я, честь та гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю. Виходячи з філософського тлумачення людини як найвищої цінності суспільства, необхідно сприяти їй для активної реалізації своїх здібностей і талантів, відштовхуючись від подвійної природи людини: біологічної та соціальної. Основним завданням правової держави є захист прав і свобод людини — як жінки, так і чоловіка. Демократизація суспільства неодмінно наділена гендерною складовою.

Проблема рівності жінок і чоловіків у сучасній державі й суспільстві — особлива проблема. На сьогодні вона розглядається в наукових студіях у сфері права, історії, економіки, соціології та ін. як проблема гендерної рівності.

Побудова демократичного суспільства зазвичай супроводжується трансформацією суспільних відносин до гендерної рівності на умовах гендерного паритету. Громадянське суспільство має створити та гарантувати середовище для розвитку гендерних суспільних відносин, в якому права людини розглядаються як основоположні та реалізуються на практиці.

Принцип гендерної рівності потребує комплексного наукового підходу та детального аналізу, визначення вживаної термінології та чіткого окреслення проблематики, оскільки у сучасних умовах виступає категорією якісної свідомості, утверджуючи нові моделі відносин у суспільстві, що сприяють прискоренню його модернізації та посиленню демократично-орієнтованих модифікацій.

**Мета статті:** висвітлити теоретичні проблеми, пов'язані із визначенням категорії «гендерна рівність», за допомогою аналізу понять «гендер» та «рівність»; охарактеризувати структурні компоненти поняття «гендерна рівність»; дослідити гендерну складову демократичних перетворень суспільства.

**Стан дослідження:** деякі проблеми теми наукової статті знайшли своє відображення у працях Н. Грицяк, В. Кравець, О. Кулачек, Н. Лавриненко, І. Лаврінчук, К. Левченко, Л. Лобанова, Е. Лібанова, А. Олійник, М. Орлик, А. Пашко, С. Станік, Л. Стефаненко, Т. Мельник, З. Мільченко, З. Ромовська, О. Руднева, Т. Фулей, В. Хамітов, С. Хрисанова, Т. Шамраєнко та ін.

**Виклад основного матеріалу.** Зовсім недавно поняття «гендер» почало активно освоюватися філософією, соціологією, політичними й правовими інститутами і вже було підхоплене мас-медіа. Багато вітчизняних та російських дослідників неодноразово відзначали немилозвучність калькованого терміна «гендер», однак дотепер прийнятного еквіваленту ні в українській, ні в російській мові не виявлено. Ця відсутність сама по собі заслуговує окремого дослідження. Неперекладність якого-небудь слова, як правило, свідчить про індиферентність даної мови до тієї специфічної відмінності, яку відображає «екзотичний» термін [1, с. 71].



В сучасній науковій площині зустрічаються такі тлумачення категорії «гендер»:

- певний соціально-рольовий статус, який визначає соціальні можливості кожної статі в усіх сферах життєдіяльності — освіті, професійної діяльності, доступі до влади, сімейній ролі та репродуктивній поведінці, і є одним з базових вимірів соціальної структури суспільства [2, с. 8];

- специфічний набір культурних характеристик, які визначають соціальну поведінку жінок і чоловіків та взаємовідносини між ними. Гендер, таким чином, стосується не просто жінок або чоловіків, а відносин між ними, та способу соціального конструювання цих відносин, тобто того, як суспільство «будує» ці відносини і взаємодію статей у соціумі [3, с. 71];

- феномен, який особистість постійно створює своїми вчинками і поведінкою [4, с. 13];

- змодельована суспільством та підтримувана соціальними інститутами система цінностей, норм і характеристик чоловічої і жіночої поведінки, стилю життя та способу мислення, ролей та відносин жінок і чоловіків, набутих ними як особистостями в процесі соціалізації, що, насамперед, визначається соціальними, політичними, економічними і культурними контекстами буття й фіксує уявлення про жінку та чоловіка залежно від їхньої статі [5, с. 11];

- своєрідний результат соціалізації людини в суспільстві відповідно до її статевої належності [6, с. 37];

- стійка й водночас мінлива система взаємовідносин і взаємодій, що відповідає певному рівню культури суспільства й створює фундаментальну складову соціальних зв'язків, це один з основних компонентів стратифікації суспільства та ієрархізації владних структур [7, с. 10].

У сучасних соціальних та гуманітарних дослідженнях гендер немає єдиного універсального визначення, як вкрай складний феномен гендер являє собою сукупність та переплетення взаємовідносин і процесів у соціальному житті.

Рівність є тим європейським стандартом, за допомогою якого вимірюється розвиток людини і суспільства: загальний принцип рівності являє собою принцип демократичної побудови суспільства. Волевиявлення ж обох статей як жінок, так і чоловіків, щодо їхніх можливостей і прав, правових принципів, розбудови суспільних та державних структур є нормою для цивілізованої держави.

В «Сучасному філософському словнику» за редакцією В. Кемерова рівність визначається як «поняття, що виражає відношення до взаємозамінності за визначеним критерієм» [8, с. 576]. Словник із філософії права характеризує рівність як формальний принцип соціальних взаємовідносин, який відповідає критеріям розподільчої, зрівнюючої і відплатної справедливості та має соціальний, політичний, морально-етичний та правовий зміст [9, с. 294]. На думку В. Нерсисянца, ідея права — це історія прогресуючої еволюції змісту, обсягу, масштабу і міри формальної (правової) рівності при збереженні самого цього принципу як принципу права взагалі. Різним етапам історичного розвитку свободи і права в людських відносинах притаманні свій масштаб і своя міра свободи, своє коло суб'єктів і відносин свободи і права, інакше кажучи — свій зміст

принципу формальної (правової) рівності [10, с. 8]. Таким чином, можна зробити висновок, що в будь-якому реальному історичному контексті немає такого єдиного поняття рівності, котре б охопило всю предметну чи понятійну сферу.

Категорія рівності у правовій площині передбачає рівну міру прав і обов'язків у всіх громадян, однаковий для усіх простір соціальної свободи. Поняття правової рівності містить також однаковий ступінь відповідальності осіб перед законом, що виключає їхні фактичні відмінності в соціальному стані, матеріальному стані тощо. Принцип формально-юридичної рівності виключає будь-які не обумовлені законом переваги, прерогативи, привілеї учасників правових конфліктів та судових розглядів [11, с. 295].

Гендерна рівність порівняно недавно розглядається як структурна компонента усеосяжного принципу рівності громадян і не може бути виключена із загального процесу розвитку суспільства. Рівність за ознакою статі є відмінною від інших структурних елементів принципу юридичної рівності, а саме, рівності незалежно від віку, національності, раси, хоча й заснована на природно-правовій концепції.

У науковій літературі можна зустріти різні підходи щодо розуміння гендерної рівності. Відповідно до словника-довідника «Гендерна політика: поняття, визначення, управлінські підходи», гендерна рівність розглядається як процес справедливого ставлення до жінок і чоловіків, тобто — це рівні права та рівні можливості для жінок і чоловіків у суспільстві, рівні умови для реалізації прав людини, участі в національному, політичному, економічному, соціальному та культурному розвитку; отримання рівних винагород за результатами участі [12, с. 15].

Гендерна рівність на думку Фулей Т. І. означає рівну присутність, наділення владою і участь обидвох статей в усіх сферах суспільного і приватного життя. Гендерна рівність не стосується лише жінок, вона не пропагує виключно жіночі права, вона стосується в рівній мірі чоловіків й жінок та відносин між ними [13, с. 22].

Щодо визначення поняття гендерної рівності українські науковці з гендерної проблематики в системі державної політики формулюють його як «рівні права і рівні можливості для жінок і чоловіків у суспільстві, рівні умови для реалізації прав людини, участі у національному, політичному, економічному, соціальному та культурному розвитку, отримання рівних винагород за результатами участі» [14, с. 11].

Науковець Наталія Грицяк пропонує розглядати гендерну рівність за допомогою чотирьох вимірів, які лежать в основі напрямів розвитку державної гендерної політики на сучасному етапі розвитку українського суспільства.

Перший — це права людини як універсальний стандарт політичних, громадянських, економічних, соціальних і культурних прав та свобод для жінок і чоловіків. Другий вимір гендерної рівності — це права людини як права жінок. Права людини — жінки й дівчинки — це філософія заперечення стандарту «рівності» без урахування гендерних відмінностей і, крім цього, заперечення стандарту «чоловічого» як універсального. Тобто права людини — жінки й дівчинки — це визнання специфіки (або відмінності) статі, що лежить в основі

всього комплексу прав людини. Третій вимір гендерної рівності — рівність свобод, прав та обов'язків — це основні елементи конституційного статусу громадянина. Ці елементи дуже показові. Вони є мірилом, виміром стандарту рівності в Конституції і законодавстві. Рівність як самостійна категорія не мала б прикладного значення, якби не існувало точки дотику із свободою — квінт-есенцією прав людини, — свободою свого «я» незалежно від статі. Рівність обов'язків невід'ємна частина конституційного права. Обов'язок визначається через необхідність поваги до прав людини, до її ролі в суспільстві. Обов'язки — це та сфера, яка відображає розподіл суспільних ролей між жінками й чоловіками. Четвертий вимір гендерної рівності — рівні можливості — основний елемент гендерної (і не тільки гендерної) рівності. Він відображає адекватність, ступінь реалізації і ступінь гарантованості стандарту рівності, що міститься в Конституції та законодавстві [1, с. 325–333].

В українському правознавстві набуває розвитку філософське бачення права, що перебуває у нерозривному зв'язку з такими цінностями, як свобода, рівність, справедливість. Право, як природне, так і юридичне, спрямоване на людину. Гендерна рівність належить до фундаментальних засад прав особи. Норми будь-якої галузі права повинні відповідати загальним принципам права, у тому числі принципу гендерної рівності. Таким чином, норми всіх без винятку галузей права мають певний гендерний вимір. На нашу думку, категорія гендерної рівності у філософсько-правовій площині охоплює такі структурні компоненти:

- ✓ рівність прав — це законодавче наділення однаковими правами осіб чоловічої та жіночої статей у всіх сферах життя;
- ✓ рівність можливостей — забезпечення (гарантії) на практиці рівних умов щодо рівного розподілу, використання політичних, економічних, соціальних та культурних цінностей, які виключають дискримінацію та обмеження будь-якої статі, що негативно впливають на життєдіяльність і самовираження;
- ✓ забезпечення рівних умов для реалізації прав та можливостей;
- ✓ «гендерна симетрія» — стан, при якому принцип рівних прав і можливостей для жінок і чоловіків реалізований на практиці;
- ✓ «гендерна мобільність» — здійснення дій, спрямованих на вирівнювання соціального статусу людини, не погіршуючи при цьому чинного становища жінок і чоловіків;
- ✓ «гендерна адекватність» — забезпечення адекватного ставлення суспільства до природних особливостей чоловіка і жінки.

**Висновки.** «Гендер» сьогодні не має остаточного і однозначного визначення, і це не недолік або проблема, а, скоріше, особливість самого поняття. Принцип рівності розглядається як важлива умова існування правової держави, як одна із основоположних конституційних вимог. Гендерна рівність, виступаючи складовою загального принципу рівності, є однією з ознак правової держави. Держава зобов'язана забезпечувати дотримання прав людини, передбачених як національним, так і міжнародним законодавством. Громадянське суспільство і правова держава — дві невід'ємні складові сучасної держави, а в нашому суспільстві склався стереотип, що питання гендера стосується виключно жінок,

насправді ж проблеми гендерної рівності не можна вичленити. На сьогодні права жінки не враховано повною мірою в загальній концепції прав особи, яка орієнтована на чоловічий стандарт; проблематика ж спеціальних прав чоловіка, що враховувала б його особливі потреби, взагалі не розроблена. Гендерний підхід передбачає формування системи прав і свобод та механізмів їх реалізації у такий спосіб, щоб вони були рівною мірою доступні і жінці, і чоловіку.

На жаль, сучасному українському суспільству притаманна ідеологія того, що гендерна рівність пропагує відступ від моральних законів, спотворюючи інститут материнства, батьківства. Натомість гендерна рівність є вагомим цінністю для об'єктивного права, а також способом досягнення справжньої гармонії та забезпечення й розвитку прав людини.

### Література

1. Грицяк Н. В. Формування гендерної політики в Україні: проблеми теорії, методології, практики: Моногр. — К.: Вид-во НАДУ, 2004. — 384 с.
2. Герасименко Г. В. Гендерні аспекти соціальної політики в Україні. — Умань: СПД Сочинський, 2008. — 252 с.
3. Клецина И. С. Психология гендерных отношений: Теория и практика / И. С. Клецина. — СПб.: Алетейя, 2004. — 408 с. — (Серия «Гендерные исследования»).
4. Кравець В. П. Гендерна педагогіка : навч. посіб. / В. П. Кравець. — Тернопіль : Джур, 2003. — 416 с.
5. Основи теорії гендеру: Навчальний посібник. — К.: «К. І. С.», 2004. — 536 с.
6. Гендерні студії: освітні перспективи (навч.-метод. матеріали). — К.: ПЦ «Фоліант», 2003. — 80 с.
7. Кулачек О. І. Гендерна паритетність у державному управлінні: становлення та тенденції розвитку в Україні: Автореф. дис. ... канд. наук з держ. управ. за спец. 25.00.01 — теорія та історія держ. упр. — К.: Вид-во УАДУ, 2003. — 20 с.
8. Современный философский словарь; Под общей ред. В. Е. Кемерова. — М.: Академический Проект, 2004. — 864 с.
9. Бачинін В. А., Журавський В. С., Панов М. І. Філософія права: Словник. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — 408 с.
10. Нерсисянц В. С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. — М.: Норма, 2002. — 288 с.
11. Бачинін В. А., Журавський В. С., Панов М. І. Філософія права: Словник. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — 408 с.
12. Лазар І. Г. Гендерна політика: поняття, визначення, управлінські підходи: словник-довідник. — Львів: Ліга-Прес, 2005. — 142 с.
13. Фулей Т. І. Основи гендерної рівності: навчально-методичний посібник для суддів. — К.: Тютюкін, 2010. — 240 с.
14. Інтегрування гендерного підходу в державну політику України. — К.: Держ. ін-т проблем сім'ї та молоді, 2003. — 128 с.

### Анотація

**Крочук М. І.** Гендерна рівність як фундаментальний принцип права. — Стаття.

У статті висвітлюються теоретичні проблеми, пов'язані із визначенням категорії «гендерна рівність» за допомогою аналізу понять «гендер» та «рівність», характеризуються структурні компоненти поняття «гендерна рівність». Досліджується гендерна складова демократичних перетворень суспільства та цінність гендерної рівності для права в цілому.

**Ключові слова:** гендер, рівність, гендерна рівність, гендерна симетрія, гендерна мобільність, гендерна адекватність.

**Аннотация**

**Крочук М. И.** Гендерное равенство как фундаментальный принцип права. — Статья.

В статье выясняются теоретические проблемы, связанные с определением категории «гендерное равенство», с помощью анализа понятий «гендер» и «равенство», характеризуются структурные компоненты понятия «гендерное равенство». Исследуется гендерная составляющая демократических преобразований общества и ценность гендерного равенства для права в целом.

**Ключевые слова:** гендер, равенство, гендерное равенство, гендерная симметрия, гендерная мобильность, гендерная адекватность.

**Summary**

**Krochuk M.** Gender equality as fundamental principle of law. — Article.

In the article theoretical problems connected with determination of category «gender equality» by analysis «gender» and equality concepts are considered, structural components of «gender equality» concept is characterized. Gender constituent of democratic transformation of society and the gender equality value for law in general are investigated.

**Keywords:** gender, equality, gender equality, gender's symmetry, gender's mobility, gender's adequacy.

УДК 340.15(71):(314.72+342.71)

**А. М. Василенко**

**ІСТОРИКО-ПРАВОВА ГЕНЕЗА ІМІГРАЦІЇ ТА ГРОМАДЯНСТВА  
В КАНАДІ**

Канада — особлива багатоетнічна країна зі специфікою як своєї історії, так й низкою соціально-правових тенденцій [1–3]. Будучи приналежною до категорії «іммігрантських країн», Канада характеризується різноманітністю і перманентним напливом різнорідних етнічних груп з відповідною до них політикою натуралізації. Проблема імміграції і натуралізації присвячена досить значна кількість робіт як вітчизняних, так і зарубіжних авторів, оскільки ця проблема є вкрай актуальною. Наприклад, серед праць вітчизняних авторів можна виділити роботи таких дослідників, як П. Карташов, М. Толстанов, які, аналізуючи міграційні процеси, спробували з'ясувати їх економічні та політичні причини і наслідки (див. [4]). Серед проблем імміграції важливе значення займає проблема нелегальної імміграції. Цій проблемі присвятили свої праці вітчизняні дослідники-юристи імміграційних процесів І. Серова, яка, визнаючи всю важливість проблеми, наголошує на тому, що ця проблема на сьогодні набула нових масштабів і є серйозною загрозою світовій спільноті. Тому нагальною потребою сучасного світового співтовариства є співпраця усіх країн — суб'єктів міжнародних відносин в узгодженні їх міграційних інтересів та особливостей шляхом вироблення міжнародних норм щодо проблеми нелегальної міграції [5]. Однак саме в Канаді ще з початку минулого століття на формування законодавства з імміграції та громадянства безпосередньо впливала політика денатуралізації і депортації, яка проявилася в канадських реаліях того часу. В той же час звер-

таємо увагу на те, що роботи, які присвячені історико-правовій генезі імміграції та громадянства в Канаді, практично відсутні. Слушно відзначити, що фактично взагалі до 1947 року практично не було ніякого юридичного закріплення канадського громадянства. Разом зі створенням Канади як домініону виникло питання регламентації іммігрантів, умов заселення, проходження карантину тощо. А це все вимагало законодавчих кроків, які все ж таки робилися владою з початку існування Канади [6]. Слід підкреслити, що для Канади, класичної іммігрантської країни, процеси імміграції не є надміру новітнім фактором. Проте останніми роками, як і інші розвинені країни, Канада стала об'єктом посиленних процесів імміграції. Важливу роль тут відіграє і те, що канадський уряд з появою етнічних меншин, що виникли внаслідок імміграційних процесів, робив наголос на політиці багатокультурності, яка пропагує досить толерантне ставлення до іммігрантів. Тому привілейований вибір іммігрантів падає саме на Канаду.

В Канаді перший акт, офіційно ідентифікувавший іммігрантів, був прийнятий лише в 1910 році (Акт «Про імміграцію» 1910 р. [7]), що було пов'язано з бажанням уряду населити Західну Канаду. Акт «Про імміграцію» 1910 р. виключав з імміграції до Канади неспроможних до роботи осіб та осіб, «недружелюбних» до британців і французів — національностей, до яких в той час відносилися народи Австро-Угорської імперії. Акт «Про натуралізацію» 1914 р. та наступний канадський Акт «Про співвітчизників» 1921 р. були розроблені тільки для того, щоб надати Канаді членство в Міжнародному Суді та дозволити їй брати участь в Лізі Націй. Однак все ж таки в країні були потрібні принципові зміни в галузі імміграційної політики після проголошення незалежності Канади в 1947 році.

Акт «Про імміграцію» 1952 р. надавав міністрові імміграції багато повноважень на власний розсуд [8]. Були виключені з складової в'їзного дозволу Канади такі характеристики, як національність, громадянство, етнічна група, заняття, класова або географічна область походження, але потрібна була готовність асимілюватися або прийняти на себе обов'язки (відповідальність) громадянства, що значно поширило можливості, в тому числі, й українців на легальну імміграцію. Акт «Про імміграцію» 1976 р. встановив, що «завданням імміграції є збагачення та підсилення культурної та соціальної основи Канади, зважаючи на її федеральну і двомовну ознаку» [9]. Наступні зміни щодо імміграції (Immigration and Refugee Protection Act, 2001) [10] відбулися, коли Україна вже стала незалежною.

Пріоритети діяльності української діаспори у цьому напрямку передбачали вирішення існуючих проблем та розробку проектів для покращення умов для діаспори у майбутньому.

Не дивлячись на те, що федеральна держава Канада була проголошена в 1867 році, перший закон про канадське громадянство вступив в силу тільки 1 січня 1947 р. До цього моменту всі народжені або ті, що натуралізуються в країні, вважалися британськими підданими, що постійно проживають в Канаді.

Закон про канадське громадянство 1947 р. (Canadian Citizenship Act, the «1947 Act», Bill C-19) провів чітке розмежування між канадськими громадяна-

ми по народженню або натуралізації та британськими підданими, громадянами Канади, чого не було раніше. Цей Закон також визначив порядок набуття канадського громадянства [11].

У 1977 році був прийнятий новий Закон «Про канадське громадянство» (Акт С-29) [12], який в основі діє і на теперішній час зі змінами до нього, прийнятими в 2009 році при активній участі української діаспори. Канадський Закон «Про громадянство» лежить в основі чинного законодавства і зачіпляє також інтереси української діаспори. Законом передбачалася відповідальність за подання підроблених або фальшивих документів, дачу помилкових свідчень, підробку сертифікатів і порушення закону. Своєрідною новацією було визначення співвідношення категорій: громадянин Канади, громадянин Британської Співдружності і підданий Великобританії, надання рівних прав власності для громадян Канади і іноземців, права провінцій перешкоджати передачі власності за їх межі, рівну відповідальність громадян Канади і іноземців перед судом. У преамбулі Закону було введено нове поняття «сертифікат громадянства», яке на відміну від колишнього «сертифікату натуралізації» не розповсюджувалося на дітей, чиї батьки «є дипломатичними або консульськими працівниками або іншими представниками іноземного уряду в Канаді». В цьому випадку відносно дітей співробітників дипломатичних місій повною мірою застосовується принцип екстериторіальності і вони не підпадають під дію законодавчих актів країни перебування. Частина 1 «Право на громадянство» Закону, що обговорюється, стосується питань надання канадського громадянства (Grant of Citizenship). Так, відповідно до ст. 5 цього Закону «Міністр надає громадянство особі, що зробила заяву відносно громадянства, що досягла 18 і більше років, є постійним мешканцем і прожила не менше трьох років в Канаді протягом чотирирічного періоду, що передував заяві, володіє однією з офіційних мов Канади, має знання про Канаду, права і обов'язки, які випливають із громадянства, і не знаходиться в процесі депортації. У частині 2 «Втрата громадянства» згаданого Закону визначаються випадки втрати громадянства (Loss of Citizenship). Далі вони конкретизуються у ст. 7: «... особа, яка є громадянином, не втрачає громадянства за винятком випадків, встановлених цією частиною Закону». Ст. 9 зберігає за громадянином право «відмовитися від громадянства Канади у разі наявності у нього іншого громадянства, або у разі набуття такого після задоволення його заяви про відмову від громадянства Канади». На практиці ця норма права, як правило, застосовується у тому випадку, коли громадянин не проживає де-факто в Канаді, має інше громадянство або посвідчення на проживання в іншій країні. Канадське право передбачає в цьому випадку можливість безперешкодного виходу з громадянства. До того ст. 9 передбачає конкретну правову норму із цього приводу: «громадянин може відмовитися від свого громадянства, якщо він не проживає в Канаді». У разі застосування цієї норми, яка носить вельми обмежений характер, Міністр громадянства і імміграції видає сертифікат про відмову від громадянства конкретного заявника, який вважається таким, що втратив громадянство зі вказаної в сертифікаті конкретної дати або дати видачі сертифікату. Випадки втрати громадянства в результаті фактів фальсифікації

або надання, що розкрилися, свідомо помилкових відомостей заявником встановлені у ст. 10 Закону. Закон передбачає, що Міністр громадянства та імміграції в обов'язковому порядку повідомляє про це генерал-губернатора Канади, який приймає відповідний указ у конкретній справі. Частина 3 «Поновлення громадянства» (Resumption of Citizenship) Закону визначає умови відновлення громадянства. Четверта частина «Сертифікат громадянства» (Certificate of Citizenship) Закону стосується сертифікату про громадянство. П'ята частина «Процедура» (Procedure) Закону цілком присвячена процедурним питанням, пов'язаним з набуттям, втратою і відновленням громадянства. Ст. 22 Закону категорично забороняє надання громадянства «особі, що знаходиться в ув'язненні, або відбуває термін покарання у виправній установі». Канадське громадянство також не може бути надано особі, яка була засуджена на основі положень Закону про воєнні злочини і проти людства (Crimes Against Humanity and War Crimes Act). В частині 6 «Адміністрування» (Administration) Закону оговорені адміністративні аспекти його виконання. Сьома частина Закону стосується відповідальності за порушення його положень (Offences).

Зазначений Закон Канади «Про громадянство» 1977 р. не оперує такими поняттями, як громадянство за народженням і громадянство шляхом натуралізації. Законом визначаються особи, що є канадськими громадянами, і умови набуття права на канадське громадянство. За Законом 1977 р. ті особи, що втратили канадське громадянство, можуть відновити його, якщо стосовно них не існує чинного указу про висилку з Канади або указу про визнання їх загрозою для безпеки країни, або про визнання їх підозрюваними в кримінальній діяльності. Більш повно процедурні питання визначаються підзаконними актами. Однак, як вже відзначалося, завдяки українській діаспорі в 2009 році в цей Закон були внесені зміни для привабливості канадської імміграції певній категорії емігрантів.

До розвалу СРСР емігрувати з його території було вкрай важко, а особливої уваги проблема імміграції українців до Канади набула в період після проголошення Україною незалежності, коли залізна завіса припинила своє існування і була започаткована ера свободи пересування. В той час актуалізувалися питання возз'єднання родин, розділених радянськими часами, та покращення умов легального в'їзду українців до Канади.

Реалізацію проектів покращення імміграційних умов для українців українська діаспора провадила через аналітику існуючого законодавства, де виокремлює свої зауваження чи побажання. Аналізуючи ухвалений Палатою громад Законопроект С-11 (Акт «Про імміграцію та охорону біженців» від 2001 р., представники української діаспори висловили занепокоєння щодо окремих положень документу, зокрема тих, які стосуються критерію відбору майбутніх іммігрантів, які можуть негативно вплинути на українську імміграцію [13].

Відтак, 24 жовтня 2001 р. українська діаспора надіслала до всіх сенаторів заяву з рекомендаціями поправок до окремих положень законопроекту. В результаті законопроект С-11 був остаточно прийнятий і включав ряд побажань представників української діаспори.



У 2002 р. українська діаспора підготувала і оголосила меморандум до канадського керівництва, в якому висвітлила перелік своїх побажань та рекомендацій з питань покращення імміграційного регламенту для українців. Новий імміграційний регламент прийнятий 14 червня 2002 р., який частково включив подані рекомендації української діаспори, а саме: регламент має меншу зворотною силу; частково враховане наукове визнання еквівалентності через додатковий наголос на шкільні дипломи; рівень необхідних фінансових фондів для поселення в Канаді залишився незмінним [14, с. 9].

Поряд з програмами захисту українських інтересів в канадському імміграційному законодавстві, українська діаспора також долучається до соціально-значимих світових проблем, таких як торгівля людьми. У червні 2007 р. юристи та члени федерального та провінціальних Парламентів, активісти Конгресу українців Канади висловилися на підтримку законопроекту С-57 про внесення поправок до Закону «Про імміграцію та охорону біженців», поданого на розгляд парламенту міністром громадянства та імміграції Даяною Фінлей, мета якого — перешкодити торгівлі людьми [15].

Першочерговим у справі громадянства українська діаспора вважала необхідність внесення змін до сучасного законодавства, щоб забезпечити рівність всім громадянам Канади, тобто тим, хто народився в Канаді, й тим, що іммігрували та були натуралізовані [16, с. 8]. З цією метою українська діаспора підготувала меморандум відносно законопроекту С-18 Закон про громадянство в Канаді, який був представлений 19 лютого 2003 р. адвокатом українського походження Є. Чолієм перед Постійною комісією Палати Громад з питань громадянства та імміграції [17, с. 1].

7 червня 2005 р. урядова Комісія громадянства й імміграції представила парламенту звіт на тему: «Відкликання громадянства: справедливий процес і права людини». Українська діаспора наполягала, щоб федеральний уряд вніс новий законопроект про громадянство, включивши зазначені постанови *Комісії*, адже вони враховують найголовніше переконання української діаспори, що перед законом всі рівні: як народженні, так і натуралізовані в Канаді [18, с. 4–5]. Такий законопроект було внесено й прийнято на законодавчому рівні. 17 квітня 2009 року вступив в силу новий Закон Канади «Про громадянство» (Законопроект С-37) [19] зі змінами, що виправив чинний на той час Закон «Про канадське громадянство».

Таким чином, політика денатуралізації і депортації безпосередньо вплинула на формування законодавства з імміграції та громадянства. Реально до 1947 року практично не було ніякого юридичного закріплення канадського громадянства. Перший акт, що ідентифікував іммігрантів офіційно, був Акт «Про імміграцію» 1910 року, але це було пов'язано з бажанням уряду населити Західну Канаду. Акт «Про імміграцію» 1910 р. виключав з імміграції до Канади неспроможних до роботи осіб та осіб, «недружелюбних» до британців і французів — національностей, до яких в той час відносилися народи Австро-Угорської імперії, що відповідним чином проявилось на потоках іммігрантів. І тільки Акт «Про імміграцію» 1952 р. надав міністру імміграції багато повноважень

на власний розсуд. Були виключені з в'їзної складової Канади такі характеристики, як національність, громадянство, етнічна група, заняття, класова або географічна область походження, але потрібна була готовність асимілюватися або прийняти на себе обов'язки (відповідальність) громадянства, що значно поширило можливості, в тому числі, й українців на легальну імміграцію. Акт «Про імміграцію» 1976 р. встановив, що «завданням імміграції є збагачення та підсилення культурної та соціальної основи Канади, зважаючи на її федеральну і двомовну ознаку». Наступні законодавчі зміни щодо імміграції (2001, 2007 рр.) відбулися, коли Україна вже стала незалежною. Не дивлячись на те, що федеральна держава Канада була проголошена ще в 1867 р., підкреслюємо те, що перший Закон «Про канадське громадянство» вступив в силу тільки в 1947 році. До цього моменту всі народжені або ті, що натуралізуються в країні, вважалися британськими підданими, що постійно проживають в Канаді. Закон провів чітке розмежування між канадськими громадянами по народженню або натуралізації та британськими підданими, громадянами Канади, чого не було раніше, а також визначив порядок набуття канадського громадянства. У 1977 р. був прийнятий новий Закон «Про канадське громадянство». Українська діаспора наполягала, щоб федеральний уряд вніс новий законопроект про громадянство, врахувавши, що перед законом всі рівні: як народженні, так і натуралізовані в Канаді. Такий закон було прийнято в 2009 р. Він виправив чинний Акт «Про канадське громадянство», а саме, змінив деякі правила для надання канадського громадянства. Він надав канадське громадянство певним особам, в тому числі і народженим поза Канадою, які втратили його. Такі особи можуть зараз стати канадськими громадянами автоматично за заявою. Отже, сьогодні в Канаді імміграцію і громадянство визначають два закони: Закон Канади «Про імміграцію і охорону біженців» та Закон Канади «Про громадянство», при прийнятті яких українська діаспора відстоювала правову справедливість. Саме українська діаспора наполягала і домоглася, щоб федеральний уряд вніс новий законопроект про громадянство, врахувавши, що перед законом всі рівні: як народжені, так і натуралізовані в Канаді. Такі поправки до Закону «Про громадянство», багато в чому завдяки українській діаспорі, було прийнято в 2009 році. В цілому, слід відзначити, чинні Закони Канади «Про імміграцію і охорону біженців» та «Про громадянство» в майбутньому можуть принципово вплинути на імміграційні потоки та внести зміни у демографічну структуру населення приймаючої країни — Канади.

### Література

1. Євтух В. Б. Українці в Канаді / В. Б. Євтух, О. О. Ковальчук ; за ред. С. З. Заремби. — К. : Будівельник, 1993. — 144 с.
2. Василенко А. М. Історико-правове розуміння діаспор та національних меншин / А. М. Василенко // Науковий вісник Чернівецького університету. — Правознавство. — Вип. 402. — Чернівці : Червона Рута, 2007. — С. 18–23.
3. Василенко А. М. Аксіологія права: багатокультурність та діаспори в Канаді / А. М. Василенко // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць. — Вип. 40. — Одеса : Юридична література, 2008. — С. 313–317.

4. Толстанов М. К. Міграційні процеси в Європейському Союзі: минуле та сучасне / М. К. Толстанов, П. І. Карташов. — [Електронний ресурс]. Режим доступу: [http://www.niis.gov.ua/ydannya/-panarama/issue.php?s=gups1&issue=-2005\\_3](http://www.niis.gov.ua/ydannya/-panarama/issue.php?s=gups1&issue=-2005_3)
5. Серова І. Теоретико-концептуальні проблеми міжнародно-правового визначення нелегальної міграції та механізмів протидії даному явищу / І. Серова. — [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/-article.php?id=2193>
6. An Act Respecting Emigrants and Quarantine / Const. Stat. of Canada. — Cap. 40. Ottawa : Mulcolm Cameron. Printer to the Queen's Most Excellent Majesry, 1866.
7. The Immigration Act // Acts of the Parliament of the Dominion of Canada: passed in the session held in the ninth and tenth years of the reign of His Majesty King Edward VII. — Vol. 1. Public general acts. — Ottawa : C. H. Parmelee, 1910. — Chap. 27. — P. 33.
8. Immigration Act // Acts of the Parliament of Canada: passed in the session held in the first year of the reign of Her Majesty Queen Elizabeth II. — Part. 1. Public general acts. Ottawa : E. Cloutier. — 1952. — Chap. 42. — P. 36.
9. Bagambiire, Davies B. N. Canadian Immigration and Refugee Law. Aurora, Ontario Canada Law Book, 1996. — 156 p.
10. Immigration and Refugee Protection Act, S. C. 2001, C. — 27; Immigration and Refugee Protection Act, Assented to November 1-st, 2001. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://laws.justice.gc.ca/en/I-2.5/index.html>
11. Canadian Citizenship Act, R. S. C. 1946. — P. 15.
12. Citizenship Act, R. S. C. 1985. — P. C-29.
13. Position paper of the Ukrainian Canadian Congress concerning Bill C-11, the Immigration and Refugee protection Act [Електронний ресурс] // Ukrainian Canadian Congress. — May, 2001. — Режим доступу: [http://www.ucc.ca/Section\\_5/bill\\_c-11/](http://www.ucc.ca/Section_5/bill_c-11/).
14. Трирічний звіт Конгресу українців Канади (2001–2004). — Вінніпег : Накладом КУК, 2004. — 32 с.
15. UCC supports amendments to the Immigration Act [Електронний ресурс] // Конгрес Українців Канади : офіц. сайт. — Режим доступу: [http://www.ucc.ca/media\\_releases/2007-06-08/index.htm](http://www.ucc.ca/media_releases/2007-06-08/index.htm).
16. Трирічний звіт Конгресу Українців Канади (1998–2001). — Вінніпег, 2001. — 33 с.
17. Президент КУК виступив перед Постійною комісією Палати громад з питань громадянства та імміграції // Бюлетень Конгресу українців Канади. — 2003. — Вип. 49. — № 2. — С. 1.
18. Ukrainian Canadian Congress: Policy Positions. — Winnipeg : UCC, 2006. — 11 p.
19. Changes to the Canadian Citizenship Act [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.ppt.gc.ca/articles/20090414.aspx?lang=eng#tphp>

### Анотація

**Василенко А. М. Історико-правова генеза імміграції та громадянства в Канаді. — Стаття.**

В роботі проаналізовано генезис законодавства з імміграції та громадянства в Канаді як в класичній іммігрантській країні. Показано, що в Канаді імміграцію і громадянство визначають два закони: Закон Канади «Про імміграцію і охорону біженців» та Закон Канади «Про громадянство», при прийнятті яких українська діаспора приймала активну участь і відстоювала правову справедливість. Українська діаспора наполягала і домоглася, щоб федеральний уряд вніс новий законопроект про громадянство, врахувавши, що перед законом всі рівні: як народжені, так і натуралізовані в Канаді. Такі поправки до Закону «Про громадянство», багато в чому завдяки українській діаспорі, було прийнято в 2009 році.

**Ключові слова:** імміграція, громадянство, Канада, законодавство, українська діаспора в Канаді.

### Аннотация

**Василенко А. М. Историко-правовой генезис иммиграции и гражданства в Канаде. — Статья.**

В работе проанализирован генезис законодательства по иммиграции и гражданству в Канаде как в классической иммигрантской стране. Показано, что в Канаде иммиграцию и гражданство определяют два закона: Закон Канады «Об иммиграции и охране беженцев» и Закон Канады

«О гражданстве», при принятии которых украинская диаспора принимала активное участие и отстаивала правовую справедливость. Украинская диаспора настаивала и добилась, чтобы федеральное правительство внесло новый законопроект о гражданстве, исходя из того, что перед законом все равны: как рожденные, так и натурализованные в Канаде. Такие поправки к Закону «О гражданстве», во многом благодаря украинской диаспоре, были приняты в 2009 году.

*Ключевые слова:* иммиграция, гражданство, Канада, законодательство, украинская диаспора в Канаде.

### Summary

**Vasylenko A. M. Historical legal genesis of immigration and citizenship in Canada. — Summary.**

Genesis of legislation on immigration and citizenship in Canada as in a classic immigrant country is analysed in the article. It is shown that in Canada immigration and citizenship is determined by two «Immigration and Refugee Protection Act» and «Citizenship Act». Ukrainian diaspora took active part and defended legal justice before and also during parliamentary procedure. The Ukrainian diaspora insisted and obtained, that a federal government had introduced new bill about citizenship, coming from the principle before a law all are equal: both born and naturalized in Canada. Such amendments to «Citizenship Act», in a great deal due to the Ukrainian diaspora, were accepted in 2009.

*Keywords:* immigration, citizenship, Canada, legislation, Ukrainian diaspora in Canada.

УДК 340.13(091)

*Д. С. Суханова*

### ІСТОРИКО-ТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ ПРАВОВОЇ ФІКЦІЇ У ЗАХІДНІЙ НАУЦІ

**Постановка проблеми у загальному вигляді.** Фікції в праві стали самостійним об'єктом наукової уваги останнім часом, головним чином у зв'язку з інтенсивною розробкою проблем законодавчої техніки. Узагалі юридичні фікції визначають як інструменти в юридичній техніці, інтелектуальні методи абстрактного характеру, які використовуються для аналітичної роботи в різних галузях знань [1, 221]. Правові фікції визнані в багатьох правових системах та активно використовуються правниками багатьох країн. У західній науці не існує єдиної думки щодо теоретичного розуміння правової фікції, тому дослідження історико-теоретичної бази юридичної фікції є актуальним не тільки для України, а також для західної юридичної науки. Розмаїття теоретичних визначень щодо правової фікції, різні підходи до класифікації, окремі наукові підходи та власні школи — все це свідчить як про важливість та актуальність теми, обраної для аналізу, так і про необхідність напрацювання єдиної теоретичної бази у цій сфері, особливо з урахуванням компаративістської перспективи.

**Мета статті.** Основною метою наукової статті є розгляд історіографії правових фікцій у західній науці, огляд правової природи юридичної фікції з позицій західних учених.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Дана проблема є предметом досліджень багатьох сучасних науковців. Теоретичне обґрунтування цієї статті

ґрунтується на літературних джерелах — працях загальнотеоретичного й галузевого правознавства різних періодів. Серед вчених, які досліджували окремі аспекти даної проблеми, слушно звернути увагу на праці В. К. Бабаєва, Ю. Барона, Д. Грей, М. В. Карасьової, О. А. Курсової, Г. Мейна, Л. Фуллера, Д. М. Щокіна та інших науковців.

**Виклад основного матеріалу.** Як вважають окремі дослідники, перші історичні згадки про інститут правової фікції можна знайти вже у юридичній літературі часів Стародавнього Риму [2, 3]. Проте, на думку більшості західних правників, період повноцінного становлення і визнання правової фікції у юридичній науці та практиці прийшовся на значно пізніший історичний період, до того ж протягом тривалого часу науковці та практики не лише піддавали інститут правової фікції досить суворій критиці, а й просто не могли визначитися із його теоретичною складовою [3, 3]. Щодо перших згадок про використання правової фікції у її сучасному розумінні, то вони датуються XV–XVI ст., оскільки саме у цей період канцлерські суди Англії почали використовувати цю правову конструкцію для розширення власної юрисдикції [4, 3].

Класичне визначення фікції дав німецький вчений Ю. Барон: «фікцією треба називати такий прийом, при якому норма права приписує визнавати існуючу обставину як неіснуючу і навпаки, неіснуючу як існуючу». В зв'язку з цим Г. Ф. Дормідонтов писав, що «фікція приймає неіснуюче за існуюче, чи навпаки, відповідно вона є обман. Але ототожнювати юридичну фікцію і обман не можна, ці поняття несумісні. Про фікцію можна говорити тоді, коли вимисел допускається всіма і коли ніхто не обманюється» [Цит. за 5, 137].

В цілому, з історичної точки зору більшість західних учених, які аналізували у своїх працях проблему правової фікції, можна умовно розділити на три групи: прихильники, противники та ті, хто зайняв нейтральну позицію щодо цього правового явища [6, 223].

Серед противників визнання та застосування правової фікції найбільш чітку та найбільш радикальну позицію сформулював відомий англійський правник І. Бентам, який вважав, що правова фікція є не що інше, як «вкрай неправдиве припущення, на якому особа повинна ґрунтувати власну позицію начебто це припущення є правдивим» [7, 71]. У своїх наукових працях Бентам неодноразово критикував використання правової фікції в англійській юриспруденції, а його найбільш відомим висловом щодо ролі, яку відігравала правова фікція у становленні загального права Англії, вважають наступні слова: «В англійському праві фікція — це хвороба, яка, проходячи по всіх венах, завдає нищівного удару по всій системі» [8, 92]. На нашу думку, таке негативне ставлення І. Бентама до правової фікції можна пояснити двома факторами. По-перше, у своїх працях І. Бентам неодноразово зазначав своє невдоволення загальним правом Англії, досить справедливо вказуючи на те, що воно є недосяжним для людей, на яких розповсюджує свою нормативну дію. Вважаючи, що єдиним виходом з цієї ситуації є кодифікація, І. Бентам сподівався на створення єдиного кодексу правових норм, який був би зрозумілим та доступним для всіх верств населення. Крім доступності та зрозумілості, ще однією перевагою кодифікації

було б зменшення авторитету юристів (як теоретиків, так і практиків), яким в Англії традиційно належить велика роль у визначенні теоретичного змісту відповідної правової норми. Оскільки правова фікція дозволяла юристам досить легко вирішувати навіть найскладніші юридичні питання, створюючи правові конструкції, які не були передбачені діючим законодавством, недивним є той факт, що саме це правове явище І. Бентам вважав коренем зла [9, 237–256].

По-друге, на думку І. Бентама використання правової фікції завдавало шкоди діючому законодавству в цілому та законодавчій владі зокрема. Обґрунтовуючи власну позицію, І. Бентам вважав, що між монархом та судовою владою є зговір щодо узурпації законодавчої влади та зменшення авторитету парламенту. Зокрема, за мовчазної згоди монарху, судді використовували правові фікції для наповнення теоретичним та нормативним змістом таких категорій, як мораль, правда та право, фактично привласнюючи собі законодавчу функцію парламенту. Пояснення таким діям з боку суддів та монарха І. Бентам знаходив у жадобі, стверджуючи, що вказані особи використовували правові фікції для отримання власної вигоди від обдурювання власного народу [8, 509].

Так само, як І. Бентам є найбільш суворим представником критиків правової фікції, інший відомий англійський учений — В. Блекстоун традиційно вважається її найбільш активним прихильником. У своїх «Коментарях до англійського права» В. Блекстоун неодноразово звертався до аналізу вказаного правового явища, зазначаючи виключно позитивні сторони його використання в англійському праві. Зокрема, В. Блекстоун вважав, що правова фікція є вельми необхідним правовим явищем в англійському праві, яке необхідно розглядати як данину історичному минулому англійської юриспруденції. Таким чином, В. Блекстоун став першим ученим, що заявив про необхідність визнання та сприйняття правової фікції як правового явища, через наявний історичний досвід: «Ми успадкували старий готичний замок, споруджений за часів лицарства, проте розрахований на сучасність. Його стіни, оточені ровами з водою, його стрілецькі башти та почесні зали є величезними та вражаючими, але некорисними. Лише апартаменти замку, його внутрішнє наповнення, ось що необхідно використовувати, незважаючи на заплутаність та незрозумілість, яку вони можуть в нас викликати» [10, 268]. Як справедливо зазначає американська учена Л. Гармон, під внутрішнім наповненням, що може викликати заплутаність та незрозумілість, В. Блекстоун мав на увазі саме правову фікцію [4, 7]. Аналогічної думки дотримується і англійський фахівець Д. Бейкер, який наводить декілька прикладів того, як В. Блекстоун обґрунтовував використання правової фікції у власній юридичній практиці. Так, у цивільній справі, що стосувалася контракту, укладеного у морі, В. Блекстоун зазначив, що насправді місцем укладення контракту слід вважати Королівську біржу у Лондоні. Використовуючи правову фікцію щодо місця укладення контракту, В. Блекстоун зазначив, що справа підлягає розгляду у Лондонському міському суді замість Вищого Адміралтейського суду, юрисдикція якого розповсюджувалася на всі спірні питання, що виникали у морі. Зазначаючи, що вказана фікція використовувалася ще за часів Стародавнього Риму, він спромігся пере-

конати суддів Вищого Адміралтейського суду передати справу на розгляд до Лондонського міського суду [11, 142].

Посилання на Стародавній Рим були присутні і у наукових працях англійських правників XIX ст., погляди яких традиційно вважають нейтральними у порівнянні із теоріями І. Бентама та В. Блекстоуна. Так, Д. Остін, який хоча і вважається послідовником І. Бентама, піддав критиці центральні аргументи останнього щодо правової фікції. Зокрема, Д. Остін вважав, що правову фікцію не слід розглядати як виключно негативне правове явище, оскільки римські юристи навряд чи могли створити фікцію з метою спотворення реальних обставин та введення в оману судді. Появу та використання правової фікції у Римі Д. Остін пов'язував із суспільними змінами, за врегулюванням яких не встигало формальне квіритське право [12, 308]. А оскільки використання фікцій допомогло у подальшому становленні та розвитку римського права, це правове явище доцільно використовувати і у англійському загальному праві, яке успадкувало багато інших римських правових інститутів.

Аналогічної думки дотримувався і Г. Мейн, якого вважають послідовником В. Блекстоуна. На думку Г. Мейна, під правовою фікцією слід розуміти «будь-яке припущення, яке скриває або намагається скрити той факт, що у верховенстві права сталися зміни, відповідно до яких змінився режим функціонування системи верховенства права, але буква закону залишилася тією ж самою» [13, 14]. Проте у своїх академічних пошуках Г. Мейн значно розширив погляди В. Блекстоуна, головним чином шляхом розробки власної «еволюційної теорії історії права». Відповідно до цієї теорії, правова система кожного прогресивного суспільства у процесі розвитку проходить три основні етапи: 1) етап примітивного права, 2) етап звичаєвого права та 3) етап кодифікації. Оскільки прогресивне суспільство завжди розвивається та рухається вперед, правові норми не завжди встигають за потребами суспільства, що призводить до протиріч між потребами суспільства та діючим законодавством. Для гармонізації потреб суспільства із діючими правовими нормами Г. Мейн запропонував три основні механізми: 1) правові фікції, 2) право справедливості та 3) нове законодавство [14, 357]. На думку Г. Мейна, правові фікції відіграють свою основну та найбільш важливу роль під час початкового етапу соціального розвитку, оскільки не вступають у відкрите протиріччя із існуючими правовими нормами, які у більшості випадків є занадто формалізованими, що відповідно позначається на всіх сферах суспільного розвитку [14, 371]. Отже, на відміну від І. Бентама, який розглядав правову фікцію як інструмент для узурпації законодавчої влади, Г. Мейн вважав, що фікція є лише попередником майбутніх законодавчих актів, вказуючи законодавцям на існуючі прогалини у праві.

До інших вчених, які займали нейтральну позицію щодо правової фікції, слід також віднести Л. Фуллера, Дж. Грея та Р. Паунда. На нашу думку, протягом XIX–XX ст. саме завдяки цим вченим була напрацьована значна частина теоретичної бази правової фікції, а результатом такого наукового доробку стало остаточне визнання необхідності та доцільності використання цієї правової конструкції у межах англосаксонської правової системи.

Найбільш складний шлях до визнання правової фікції серед вищезазначених вчених пройшов Р. Паунд. У своїх перших наукових працях Р. Паунд більше схилявся до ідей І. Бентама, розділяючи його незадоволення цим правовим явищем. Зокрема, у 1907 році Р. Паунд зазначив, що правова фікція це фальшиве тлумачення права, яке слід відрізнити від автентичного тлумачення, оскільки метою правової фікції є не визначення дійсного наміру законодавця, а скоріше повне його спотворення через зміну або заміну змісту правової норми [15, 379]. До негативних наслідків використання правової фікції Р. Паунд відносив: 1) приниження авторитету закону, 2) створення можливостей для політичного тиску на судову владу та 3) привнесення «людського фактору» у судовий процес.

Проте вже у 1923 році погляди Р. Паунда радикально змінилися і він визнав, що правова фікція є інноваційною формою законотворчої діяльності, а до її складу слід відносити три фундаментальні інститути американської системи права: природне право, тлумачення права та право справедливості [16, 131].

Інший дослідник правової фікції, Д. Грей був більш обережним у формулюванні своєї позиції. Для теоретичного обґрунтування власного наукового підходу він адаптував класифікацію Ігерінга, який розрізняв історичні та догматичні фікції [17, 30–34]. Щодо історичних фікцій, то Д. Грей підтримав ідеї Г. Мейна щодо необхідності використання фікцій під час початкового етапу соціального розвитку, стверджуючи, що найбільш вдалим періодом часу для використання історичних фікцій є період становлення звичаєвого права. При цьому Д. Грей вважав за доцільне обмежити роль історичних фікцій, які, на його думку, змінювали діюче право, стверджуючи, що після того, як суспільство досягло певного розвитку, необхідно переходити до використання догматичних фікцій. Метою останніх є не зміна діючих правових норм, а класифікація існуючих правових норм із необхідним визнанням того факту, що за кожною фікцією необхідно шукати вже діючу правову норму [17, 37–38].

Серед західних вчених, які продовжили наукові дебати щодо правової фікції вже у XX ст., провідне місце займає Л. Фуллер, автор цілої наукової праці, присвяченої виключно проблемам вивчення та використання правової фікції. У своїй книзі «Правові фікції» Л. Фуллер звернувся до аналізу відмінностей між правовою фікцією та обманом, а також між фікцією та помилковим висновком. Так, на відміну від обману, фікція не спрямована на введення в оману, а її відмінність від помилкового висновку полягає в тому, що автор фікції або безсумнівно не довіряє фікції або частково розуміє її неправдивість та неадекватність [18, 8]. Враховуючи це, на думку Л. Фуллера, правову фікцію можна розглядати як: а) твердження, що сповнене повністю або частково розумінням його неправдивості, або б) неправдиве твердження, яке має певне призначення [18, 9]. Л. Фуллер також наголошував на тому, що для того, щоб бути правовою фікцією, твердження обов'язково має бути завідомо неправдивим. При цьому концепцію правдивості твердження можна вважати доволі прагматичною: правдивим, на думку Л. Фуллера, є лише те твердження, яке адекватно відображає реальність. Ті твердження, що неадекватно відображають реальність, є, відповідно, неправдивими та фальшивими. А



якщо твердження є неправдивим та його використано без мети введення в оману, це, власне, і є правова фікція [18, 11–12].

На думку Л. Фуллера, фікції повинні відігравати виключно допоміжну роль та їх використання повинно бути обмежено у часі: щойно фікція втратила свої корисні властивості для правової системи, від її використання необхідно обов'язково відмовитися.

Виходячи із вищезазначеного, Л. Фуллер стверджував, що правова фікція має наступні юридичні властивості: 1) неправдивість, 2) корисність, та 3) небезпечність [19, 6]. Для того, щоб перевірити неправдивість правової фікції, необхідно подивитися, чи буде сприйматись твердження щодо певного факту як неправдиве особою, яка не має юридичної освіти та практики. Корисність правової фікції полягає в тому, що її використання у праві має певне позитивне призначення. Небезпечність правової фікції передбачає, що її слід сприймати виключно як неправдиве твердження, оскільки якщо твердження, що є фікцією, буде сприйматися як правдивий факт, то фікція втрачає своє призначення та стає небезпечною для використання.

Як вважає більшість західних науковців, академічний доробок Л. Фуллера став фінальним акордом у наукових дебатах серед західних вчених щодо теоретичного поняття правової фікції, адже протягом XX ст. саме його визначення домінувало у юридичній науці та практиці. Послідовники Л. Фуллера не вважали за доцільне щось радикально змінювати у його теорії, проте останнім часом серед представників західної наукової спільноти все частіше з'являються заклики до відродження наукового обговорення понятійного апарату правової фікції, її теоретичного змісту та правил її використання у практичній юридичній діяльності [4, 9].

**Висновки.** Генезис фікції у правовій сфері свідчить про те, що застосування правових фікцій в історії світової правової думки не є новим, їх створювали й використовували для здійснення правосуддя у різних країнах. Проаналізувавши розвиток теорії правових фікцій, можна констатувати той факт, що поява та закріплення їх проходило протягом довгого періоду. Однак предметом наукового дослідження правові фікції стали лише у XIX–XX ст. Найважливішою передумовою виникнення правових фікцій є необхідність регулювання відносин, що складаються в суспільстві за допомогою умовно сформульованої дійсності. У різних правових системах фікція є ефективним інструментом ціннісно-нормативного регулювання, тому необхідно скористатися досвідом використання фікції для розвитку правової системи України.

### *Література*

1. Величко О. Юридичні фікції в цивільному праві [Текст] / О. Величко // Наукові записки. Національний університет «Києво-Могилянська Академія». — 2003. — Т. 22, ч. II. — С. 221–223. 78.
2. Olivier P. Legal Fictions in Practice and Legal Science [Text] / P. Olivier — Rotterdam: Rotterdam University Press, 1975. — 266 p.
3. Harvard Law Review Association. Lessons from abroad: mathematical, poetic and literary fictions in the law // Harvard Law Review. — 2002. — June. — Pp. 2229–2249.

4. Harmon L. Falling off the vine: Legal fictions and the doctrine of substituted judgment [ Text ] / L. Harmon // Yale Law Journal. — 1990. — October. — Pp. 1–71.
5. Бабін І. І. Презумпції та фікції у податковому праві: навчальний посібник/ І. І. Бабін. — Чернівці: Пути, 2009. — 320 с.
6. Stolzenberg N. Bentham's theory of fictions — a «curious double language» [ Text ] / N. Stolzenberg // Cardozo Studies in Law and Literature. — 1999. — № 11. — Pp. 223–255.
7. Bentham J. The Theory of Legislation [ Text ] / J. Bentham. — London: Kegan, Trench, Trubner & Co., 1931. — 368 p.
8. Bowring J. The Works of Jeremy Bentham [ Text ] / J. Bowring — London: Russel & Russel, Inc., 1962. — 690 p.
9. DiFilippo T. Jeremy Bentham's Codification Proposals and Some Remarks on Their Place in History [ Text ] / T. DiFilippo // Buffalo Law Review. — 1973. — Pp. 237–256.
10. Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. In Four Books. Book 1. — London: Cadell, 1793. — 398 p.
11. Baker J. An Introduction to English Legal History [ Text ] / Baker J. — Oxford: Oxford University Press, USA, 2002. — 656 p.
12. Austin J. Lecture on jurisprudence or the philosophy of positive law [ Text ] / J. Austin. — London: John Murray Publishers, 1879. — 1169 p.
13. Maine H. The problems of jurisprudence [ Text ] / H. Maine. — Cambridge: Cambridge University Press, 2004. — 232 p.
14. Maine H. Ancient Law. In L. Fuller's «The Problems of Jurisprudence» [ Text ] / H. Maine — London: Foundation Press, 1986. — Pp. 320–418.
15. Pound R. Spurious Interpretation [ Text ] / R. Pound // Columbia Law Review. — 1907. — № 7. — Pp. 374–418.
16. Pound R. Interpretations of Legal History [ Text ] / Pound R. — N. Y.: Macmillan, 1923. — 171 p.
17. Gray J. The Nature and Sources of the Law [ Text ] / J. Gray. — NY: Adamant Media Corporation, 2001. — 350 p.
18. Fuller L. Legal Fictions [ Text ] / L. Fuller. — Stanford : Stanford University Press, 1967. — 260 p.
19. Kuckes N. The useful, dangerous fiction of grand jury independence [ Text ] / N. Kuckes // American Criminal Law Review. — 2004. — № 42. — P.

### Анотація

**Суханова Д. С.** Історико-теоретичний аналіз правової фікції у західній науці. — Стаття.

В даній статті автор звертає увагу на проблемні моменти, пов'язані із існуванням та функціонуванням правових фікцій. Розглядається історіографія правових фікцій. Визначаються основоположні праці по дослідженню правових фікцій в західній науці у різні історичні періоди. Виділяються різні підходи до правової природи фікцій на різних стадіях їх розвитку.

**Ключові слова:** юридична техніка, правова конструкція, правова фікція, правове припущення.

### Аннотация

**Суханова Д. С.** Историко-теоретический анализ правовой фикции в западной науке. — Статья.

В данной статье автор обращает внимание на проблемные моменты, связанные с существованием и функционированием правовых фикций. Рассматривается историография правовых фикций. Определяются основополагающие труды по исследованию правовых фикций в западной науке в разные исторические периоды. Выделяются разные подходы к правовой природе фикций на разных стадиях их развития.

**Ключевые слова:** юридическая техника, правовая конструкция, правовая фикция, правовое предположение.

## Annotation

*Sukhanova D. S. Historical-theoretical analysis of legal fiction in Western science. — Article.*

Within this article the author analyzes various issues and problems related to the existence and functioning of the legal fictions. Historiography of the legal fictions is reviewed. Key academic works dedicated to the legal fictions in Western science are defined and historical overview of these works is presented. Different approaches to the legal nature of fictions are presented in a historical perspective.

*Keywords:* legal technique, legal construction, legal fiction, legal assumption.

УДК 347.788.4

*А. В. Кирилюк*

## ВІДНОШЕННЯ ДО ПЛАГІАТУ В РІЗНІ ЧАСИ

**Постановка проблеми.** Порушення авторських прав шляхом плагіату в Україні стало настільки розповсюдженим і майже неконтрольованим явищем, що плагіат в деяких сферах інтелектуальної діяльності розглядається не як правопорушення, а як «складова частина науки». Так, окремі дослідники права інтелектуальної власності зазначають, що: «елементарне списування при підготовці дисертацій, монографій, підручників, статей стає майже нормою, і, тому, як наслідок, — низька якість кандидатських і докторських дисертацій, відсутність реальної відповідальності за плагіат, девальвація наукових ступенів і вчених звань, падіння престижу науки тощо» [1, с. 12].

Поняття плагіату не має цілком визначеного змісту, і в певних випадках не завжди можливо однозначно відділити його від схожих понять. У всякому випадку, співпадіння окремих ідей не є плагіатом, оскільки будь-які нові творіння в чомусь ґрунтуються на ідеях, які не належать автору. Між тим людина, яка дійшла умом до чого-небудь, часто схильна вважати себе «Колумбом» істини і не бажає знати про попередників, бачить в будь-якому повторенні власних думок посягання на свої права. Тому питання визначення поняття «плагіат», визначення змісту плагіату, відношення до нього у різні часи має важливе не лише теоретичне, а й практичне значення.

**Стан дослідження проблеми.** Проблема плагіату існує майже у всіх країнах світу. Попередньо до її вивчення підходили науковці різного напрямку незалежно від їх приналежності до наукої сфери. Було висвітлено багато поглядів стосовно стану, динамічності, наслідків. Запропоновано безліч порад та напрацювань. Одними з таких є: О. І. Кузьменков, Robert Harris, О. Герасимова, Н. Г. Толочкова, Дебора Вебер-Вульф, А. Бойко та ін. Виходячи з наукових напрацювань по даному питанню розглянемо проблему більш детально.

У зв'язку з цим метою статті є розкриття сутності такого поняття, як «плагіат», історії розвитку плагіату, відношення до нього у різні часи розвитку людства.

**Виклад основних положень.** Поняття «плагіат» походить від латинського слова *plagium*, що означало викрадення і продаж чужих рабів за іншою версією *plagium*, у римському праві, означало злочинний продаж у рабство вільних людей, що тягнуло за собою покарання (*ad plagas*). Пізніше поняття «*plagium*» почали використовувати у літературній діяльності. Ним називали крадіжку твору або його частини іншим автором, а сам вираз «*plagium*» було змінено на «*plagium litterarium*».

Погляди на плагіат і на те, якою мірою дозволено використання чужих творів, міняються з часом. Те, що раніше вважалося цілком допустимим, в даний час нерідко може бути визнано плагіатом.

Історія явища привласнення інтелектуальної або творчої праці, як свідчать джерела, починається більше як 2000 років тому і перші випадки були зафіксовані в античну добу, в древній Греції та Римській імперії. Стародавній світ був чуйний до авторської слави, але при цьому дозволяв запозичення досить широко. Вільно користувалися працями попередників історики і географи, навіть такі, як Геродот (що робив запозичення з Гекатея), Діодор Сицилійський, Плутарх. Вергілій гаряче скаржився на плагіат у відомому «*Sic vos non vobis*», хоча сам дозволяв собі в цьому відношенні багато що: Макробій в 6-й книзі «Сатурналій» зібрав досить багато окремих віршів, запозичених Вергілієм у Еннія і Лукреція. Олександрійському філософові Латіну приписують два дослідження про плагіат у Софокла і Меандра.

Так, у трактаті Вітрувія «Про архітектуру» є навіть опис літературного змагання на честь Аполлона й Муз, які традиційно проводилися в Олександрії. За свідченнями Вітрувія, суддя змагань, граматик Аристофан, присудив нагороду аж ніяк не ліпшому письменникові. На запитання про мотиви подібного рішення Аристофан відповів, що решта учасників змагання подали точні копії творів відомих на той час авторів. Після цього інциденту всі письменники, звинувачені у плагіаті, були вигнані з Олександрії.

В історії існують приклади, коли присвоювати чийсь результати літературної творчості не вважалося чимось ганебним. У Римі в I ст. н. е. одна особа на ім'я Фіденцій видавала вірші Марціала, відомого на той час поета, за свої. Обурений поет порівняв публікацію вірша із звільненням раба, а присвоєння твору іншою особою — з викраденням цього раба. Тому, що в римському праві *plagium* (викрадення) означало злочинний продаж у рабство вільної людини, за що покаранням було шмагання (*ad plagas*). В цьому значенні воно використовується у романі «Человек, который смеется» по відношенню до крадіжки дитини. Вперше крадіжка літературної власності отримала назву *plagium litterarium*.

Все ж таки вважати античну добу початком зародження плагіату таким, яким він є у сьогоденні, буде помилковим, оскільки у ці часи такого явища не існувало, а взяття частин чужих літературних творів вважалося абсолютно нормальним і розповсюдженим. Але слід зазначити, що вже в античні часи існували зачатки боротьби з літературним плагіатом та неправомірним використанням літературних творів. Проте ці спроби носили епізодичний характер і були властиві не всім, а окремим із стародавніх цивілізацій.

Відкриття стародавньої літератури у епоху Відродження викликало численні спроби привласнити собі твори класиків. Бруні д'Ареццо опублікував у 1444 р. під своїм ім'ям «Історію готов» Прокопія; Перотті видав себе за автора басен Федра; венеціанець Альціоно знищив манускрипт трактату Цицерона «De gloria», помістивши кращі місця з нього в своїх творах; Доменікі не тільки викрав з твору Доні свій відомий діалог «Della stampa», але вставив в нього три «інвективи», направлені проти справжнього автора.

Відомий філософ Е. Кант зазначав: «Навіть плагіат, який здійснює автор відносно покійного, хоча це і не плямує його честі, а лише викрадає частину цієї честі, все ж з повним правом карається як шкода, завдана людині». М. К. Док, розглядаючи питання про визнання особистого немайнового права, зазначав: «Римські автори розуміли, з іншого боку, те, що оприлюднення і використання твору зачіпає як їх інтелектуальні, так і особисті права». Авторів надавалася можливість щодо оприлюднення свого твору, а плагіат різко засуджувався суспільною думкою.

Друкарський станок було винайдено у другій третині XV ст. Йоганом Гутенбергом. Цей період відкриває нову еру технічного книговидання. Історична Україна не була осторонь європейського процесу, доказами такого твердження виступають історичні факти: поява друкованого видання Івана Федорова «Апостол» (1574 р.) та книга невідомого львівського видавця (вийшла на 20 років раніше). Ще одним незаперечним доказом є поява найвідоміших українських друкарень: Львівська братська (1573 р.); Острозька (1560 р.); Києво-Печерська (1606 р.); Почаївська (1618 р.); Харківська університетська друкарня (1805 р.) тощо [2, с. 522–530]. Механізація книговидання відкрила сучасний історичний етап компіляції, у результаті зробивши його дешевим і доступним (замінила відлиття шрифту, набір тексту і витискування [3]), а також забезпечила умови утворення суспільством нової інформації у напрямку мистецтва, культури, науки, як це довів С. П. Капіца (автор феноменологічної математичної моделі гіперболічного росту кількості населення Землі). За його словами, суспільство розвивається за рахунок новоутворених знань, що забезпечує умови демографічного приросту та умови соціально-економічного життя [4, 11].

Плагіаторська діяльність, за сучасним розумінням, як і саме поняття, з'явилося у Європі лише у XVII ст. З цього періоду починається відлік історії сучасного плагіату [2, с. 796–797, 17]. Але розглядаючи історію поняття, слід враховувати, що кожна країна має свою особисту історію відповідно до розвитку у ній писемності, появи вищих навчальних закладів, початку книговидання тощо.

В XVII ст. у Франції були навіть своєрідні теоретики плагіату, такі як Ла Мот-ле Вайє, який заявляв, що «запозичувати у стародавніх — все одно, що зробити морський набіг, але оббирати сучасників — все одно, що розбишакувати на великій дорозі», і Рішесурс, який в своїй оригінальній «Академії ораторів» і в руководстві «Masque des orateurs ou Maniere de d'guiser toutes sortes de compositions, lettres, sermons etc.» серед інших засобів компенсації недоліку



Один з прикладів плагиату на початку ХХ століття стосується популярного на той час вальсу. С. В. Григор'єв привласнив авторство на відомий вальс «На сопках Маньчжурії», звинувативши дійсного автора цього вальсу Іллю Шатрова в плагиаті. В житомирській газеті «Волинь» була надрукована замітка такого змісту: «В Москву въехал капельмейстер казанского кавалерийского полка С. В. Григорьев для восстановления своих авторских прав на популярный вальс — «На сопках Маньчжурии». Плагиатором является некий г. Шатров, привлеченный г. Григорьевым к уголовной ответственности».

З наведених прикладів плагиату в різні періоди існування людства видно, що раніше плагиату підлягали в основному літературні, художні твори та твори мистецтва. Проте сьогодні плагиат отримав своє подальше розповсюдження і на сферу наукових творів.

Причини, з яких здійснюється плагиат щодо художнього твору та творів науки, різні. Метою плагиату художнього твору є отримання слави та матеріальної винагороди за рахунок праці іншої особи. Мета плагиату наукового твору більш тривіальна — виправдання витрачених бюджетних коштів або коштів замовника шляхом привласнення результатів чужої інтелектуальної праці. В даному випадку плагиатора не стільки цікавить привласнення чужої слави (хоча безумовно такі випадки існують), скільки використання отриманого іншим наукового результату. Але в будь-якому разі, за доктриною сучасного авторського права, плагиат — це порушення немайнових (право на ім'я) та майнових (право на винагороду) прав автора.

Ведучи мову про плагиат у науковій сфері, слід зазначити, що його використання при написанні дисертаційних робіт, наукових статей та звітів є нехтуванням наукової етики самими науковцями.

Як зазначає О. С. Попович, відповідний рівень наукової етики включається в поняття інноваційної культури, яка в свою чергу є складовою інноваційного потенціалу, що характеризує рівень освітньої, загальнокультурної та соціально-психологічної підготовки особи і суспільства в цілому до сприйняття і творчого втілення в життя ідеї розвитку економіки країни на інноваційних засадах. Отже, плагиат в наукових творах стосується не тільки порушення авторських прав на твір, а також є значним знаряддям зниження авторитету і довіри до науки у нашому суспільстві, а це в свою чергу робить науку менш життєздатною в сучасному середовищі.

Єдиного, вичерпного та загальноприйнятого визначення плагиату не існує. Сьогодні існує багато енциклопедичних, правових визначень поняття плагиат. Наведемо декілька визначень поняття «плагиат».

Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ [5], як основний нормативний акт України, що забезпечує державну охорону інтелектуальної власності, у статті 50 пункті «в» зазначає: «плагиат — оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору» [5]. Як бачимо, плагиатом вважатиметься як опублікування чужого твору під своїм іменем повністю, так і «переписування» фрагментів такого твору.

Інші джерела вказують: «Плагіат — привласнення авторства на чужий твір науки, літератури, мистецтва або на чуже відкриття, винахід чи раціоналізаторську пропозицію, а також використання у своїх працях чужого твору без посилання на автора» [2, с. 796–797], «Плагіат — вид порушення прав автора або винахідника. Полягає у незаконному використанні під своїм ім'ям чужого твору (наукового, літературного, музичного) або винаходу, раціоналізаторської пропозиції (повністю або частково) без вказівки джерела запозичення...» [6, с. 601].

**Також плагіат** — визначається як *недозволене запозичення, відтворення* чужого літературного, художнього або наукового твору (чи його частини) під своїм іменем або псевдонімом, не сумісне як з творчою діяльністю, так і з нормами моралі та закону, що охороняє авторське право [7, с. 157]. Для розуміння наведеного визначення розкриємо суть понять «недозволене», «запозичення», «відтворення».

**Недозволене** — яке не можна дозволити, схвалити, яке заслуговує на осуд: недопустиме [8, с. 756].

**Запозичення** — переймати що-небудь, засвоювати, робити своїм надбанням [8, с. 415].

**Відтворення** — виготовлення одного або більше примірників твору [7, с. 68].

Закон «Про авторське право і суміжні права», як і законодавство з охорони авторства на корисні моделі, винаходи, торгові знаки, розглядає плагіат у вигляді прямого дублювання об'єкта інтелектуальної (творчої) праці або його частини, включаючи назву, що представлено у фіксованій формі (текст, ноти, зображення, геометрична форма, прилад, деталь тощо). Тобто процес правового захисту розповсюджується лише на фізичні властивості предмету (схему знакової системи, колір, форму, структуру тощо) і не може у повній мірі захищати майнові і немайнові права авторів, винахідників. Але законодавча система все ж таки враховує певний відсоток структурної зміни об'єкта авторської праці але, як правило, у таких випадках проводиться експертиза, яка і визначає авторство роботи, твору тощо. Авторитетним науковим напрямком такого експертного аналізу тексту є юрислінгвістика [9]. Предметом її дослідження виступають відношення мови до закону, а саме, вивчення та визначення присутності юридичних аспектів у мові, одним з яких є плагіат [10, с. 12].

**Висновки** Отже, плагіат в будь-якому разі розглядається як шахрайство, суть якого — у крадіжці чужої роботи або її частини і представленні її як власної. Плагіатом визначається повне або часткове привласнення результатів інтелектуальної творчої діяльності однієї особи іншою, що призводить до порушення особистих немайнових та (або) майнових прав справжнього автора.

### Література

1. Йосип Богдан. Плагіат як явище наукового буття // Юридичний вісник України. — 28 червня — 4 липня 2008 року. — № 26. — С. 12.
2. Энциклопедический словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона [Текст] / Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон. — В 82 основ. и 4 допол. полутамах. — СПб., 1898. — Т. XXIII, кн. 48. — 961 с.



3. История полиграфии [Электронный ресурс] / Компания ЕЗ-Компьютерс // EZCOGROUP : [сайт]. — Режим доступа: <http://poligraph.ezq.ru/2.htm>. (20.04.09).
4. Капица С. Сколько людей жило, живет и будет жить на земле [Текст] : очерк теории роста человечества / Сергей Капица. — М. : Наука, 1999. — 190 с.
5. Закон. Про авторське право та суміжні права [Текст] / Верховна Рада України : офіц. вид. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — С. 64. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.
6. Большая Советская энциклопедия [Текст] : в 30 томах / гл. ред. А. М. Прохоров. — Изд. 3-е. — М. : «Советская энциклопедия», 1975. — Т. 19. — 647 с.
7. Інтелектуальна власність: Словник-довідник / За заг. ред. О. Д. Святоцького. — У 2-х т.: Т.1 Авторське право і суміжні права / За ред. О. Д. Святоцького, В. С. Дроб'язка. — Уклад.: В. С. Дроб'язко, Р. В. Дроб'язко. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2000. — 356 с.
8. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з додат. і допов.) / Уклад і голов. ред. В. Т. Бусел. — К. : Ірпін: ВТФ «Перун». — 2005. — 1728 с.
9. «Плагіат» [Електронний ресурс] : матеріал із Вікіпедії / ліцензія: Creative Commons Attribution/Share-Alike // «Вікіпедія» вільна енциклопедія: [сайт]. — Режим доступу: <http://ru.wikipedia.org>. (15.04.09).
10. Голев Н. Д. Юридический аспект языка в лингвистическом освещении [Текст] / Н. Д. Голев // Юрислингвистика-1: проблемы и перспективы : межвуз. сб. научных трудов. — Барнаул : Алт. ун-т, 1999. — 186 с.

### Анотація

**Кирилюк А. В.** Відношення до плагіату в різні часи. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду питань щодо визначення поняття «плагіат», визначення змісту плагіату як одного з видів порушень авторських прав. Досліджено історичний розвиток плагіату. Проналізовано відношення до плагіату у різні часи.

**Ключові слова:** плагіат, твір, авторські права, правопорушення, інтелектуальна діяльність, автор, майнові права, немайнові права, відтворення, результат інтелектуальної діяльності.

### Аннотация

**Кирилюк А. В.** Отношение к плагиату в разное время. — Статья.

В статье рассматривается понятие «плагиат», определяется содержание плагиата. Исследована история развития плагиата и отношение к нему в разное время. Обоснована необходимость закрепления более полного правового понятия плагиата.

**Ключевые слова:** плагиат, произведение, авторские права, правонарушение, интеллектуальная деятельность, автор, имущественные права, воспроизведение, результат интеллектуальной деятельности.

### Summary

**Kirilyuk A. V.** An attitude to a plagiarism in different time. — Article.

Conception and definition of a «plagiarism» are considered in that article. History of development and attitude to a plagiarism in different time are investigated. A necessity of securing a full legal conception of a plagiarism is substantiated in that article.

**Keywords:** a plagiarism, a work of literature, a copyright, an intellectual activity, an author, a property relation, a reproduction, the result of intellectual work.

## НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ МІСЬКИХ САНІТАРНО-ЕПІДЕМІОЛОГІЧНИХ ОРГАНІВ В РОСІЙСЬКІЙ ІМПЕРІЇ НАПРИКІНЦІ ХІХ ст.

**Постановка проблеми.** Проблеми санітарного та епідеміологічного контролю, захисту здоров'я та життя населення, боротьби з виникненням та поширенням епідемій не тільки в Україні, але й на всьому світовому просторі, не втрачає своєї актуальності. Щодня світовій спільноті загрожує небезпека проникнення епідемій тифу та холери, пандемій штамів вірусів H5N1, H1N1, та інших небезпечних хвороб. Для запобігання виникнення та розповсюдження цих загрозливих для життя та здоров'я людей захворювань державі необхідно докладати чимало зусиль щодо вдосконалення діючого санітарно-епідеміологічного законодавства, при цьому доцільно враховувати накопичений досвід попередніх часів.

В цьому ракурсі вбачається важливим звернення не тільки до практичного досвіду в галузі охорони здоров'я, але й до теоретичних праць науковців, які займалися вирішенням питань з цієї проблематики.

**Стан дослідження.** Слід зазначити, що до питання діяльності санітарно-епідеміологічних органів в Російській імперії зверталися в своїх працях як вчені дореволюційної доби (Рожественський Н. Ф., Платонов І. В., Василевський Б. Г.), так і вчені Російської Федерації (Пристанкова Н. І.) і українські дослідники історії (Дмитрієв В. В.), історії медицини (Гужва З. Г.) та історії держави та права (Мартиновський В. В.). Але аналіз їх праць свідчить про наявність значних прогалин у вивченні питань, пов'язаних з діяльністю саме міських виконавчих санітарних органів, а також їх нормативно-правового забезпечення. Отже, актуальність обраної теми передусім зумовлена значним браком наукових розвідок зазначеного питання.

**Мета і завдання.** Через суттєвий брак досліджень в цій сфері, метою даного дослідження є аналіз діяльності міських санітарно-епідемічних органів в Російській імперії та їх нормативно-правове забезпечення. Таким чином, постає ряд завдань, які необхідно вирішити: дослідити організацію та діяльність місцевих органів влади, а саме міської санітарної виконавчої комісії та органів громадських піклувальників; дослідити нормативні акти, які забезпечували діяльність цих органів.

**Виклад основних положень.** Природньо, що з проблемами виникнення та поширення загрозливих для життя тисяч людей епідемій (холери та чуми), часто зіткнулися і в Російській імперії.

Однією з важливих причин високої смертності населення було швидке та широке поширення гостроінфекційних хвороб. Ледве не щорічно в державі лютували епідемії холери, сипного та брюшного тифів, дизентерії, віспи, дитячих інфекцій та грипу. Поширення інфекційних хвороб було буквально на-

родним лихом, яке приносило велику шкоду здоров'ю, благоустрою народу та всій економіці країни. Точного обліку реєстрації інфекційних хворих в країні не проводилося до початку XX ст., та можна було лише уявляти про істинні розміри поширення заразних хвороб в державі в той час. Навіть по далеко не повним і неточним офіційним даним, які почало видавати наприкінці XIX ст. Міністерство внутрішніх справ, Російська імперія стояла на одному з перших місць по кількості зареєстрованих щорічно хворих на сипний тиф, малярію, віспу та низку інших хвороб [3, 216].

Величезну кількість жертв забирали чумні, холерні та грипозні епідемії. Достатньо лише сказати, що тільки від холери у 1848 р. померло більше 690000 чоловік. Коефіцієнт загальної захворюваності гостроінфекційними хворобами у 1900 р. дорівнював: у Москві — 135,5, у С.-Петербурзі — 151,5, в Одесі — 184,5 осіб, а у 1901 р. — у Москві — 119,8, в С.-Петербурзі — 174,8, в Одесі — 229,8 [9, 23].

Держава повсякчасно намагалася запобігти поширенню небезпечних хвороб шляхом запровадження превентивних заходів щодо завчасної їх локалізації та усунути негативні наслідки, заподіяні внаслідок проникнення та розповсюдження інфекцій.

Санітарно-епідеміологічне законодавство в Російській імперії зводилося до встановлення поліцейського санітарного нагляду, головним чином, з метою попередження поширення епідемій. При цьому більшість законодавчих норм носили випадковий половинчастий характер, як зазначається у Великій медичній енциклопедії. Це було зумовлено відсутністю матеріального базису для їх здійснення, оскільки і уряд, і органи місцевого санітарного нагляду витрачали на охорону здоров'я дуже малі кошти. Окрім того вся політика уряду частіше за все виключала можливість широких та ефективних оздоровчих заходів [6].

Актом, який містив в собі діючі норми санітарно-епідеміологічного законодавства з XIX ст., був Устав медичної поліції, який містився у книзі 2, тому XIII Зводу законів Російської імперії. Устав поділявся на 5 розділів: загальні положення, про загальні заходи щодо охорони народного здоров'я, про особливі заходи щодо охорони народного здоров'я від повальних хвороб, про установи та заходи щодо попередження та припинення епідемічних хвороб, про карантинну варту та про ветеринарно-поліцейські заходи.

В розділі четвертому Уставу регламентувалися права окремих установ в області санітарно-епідеміологічного законодавства, в тому числі і органів місцевого управління, на які покладалася «розробка в межах свого району керівних вказівок для застосування законоположень про протиепідемічні заходи» [8, 276].

В основному встановлення обов'язків по санітарії та благоустрою всюди головним чином здійснювалось лише у формі обов'язкових постанов земських та міських органів. Ці постанови містили низку санітарних вимог, обов'язкових для кожного мешканця окремо, та заходи покарання за невиконання цих вимог.

Особливо гостро проблема поширення гостроінфекційних хвороб поставала перед промисловими містами Російської імперії та містами, в яких досить жва-

во велася торгівля з іноземними країнами, в яких було налагоджене залізничне сполучення та в яких були центральні морські та річкові порти.

В даному дослідженні ми пропонуємо обрати як приклад діяльність міських органів влади в двох таких містах: С.-Петербурзі та Одесі. Вибір саме цих міст пояснюється перш за все їх особливим значенням в Російській імперії. Передусім, це були два найбільші портові міста, а отже найвразливіші для проникнення та поширення небезпечних хвороб з-за кордону.

Що стосується м. Одеса, то в XIX ст. за своїм стратегічним призначенням воно було осередком торгівлі, експорту та імпорту товарів через морський кордон. Одеський порт мав постійні торговельні відносини з портами як на Чорному, Азовському, так і Каспійському морях, а через них і з середньоазійськими та африканськими країнами, які безпосередньо межували з осередками таких важких хвороб, як холера та чума [1, 2].

Таким чином, активна торговельна діяльність і пасажирські перевезення в С.-Петербурзі та Одесі, з одного боку, ставила під загрозу проникнення небезпечних хвороб та епідемій як в ці міста, так і в середину держави, а з іншого — покладало на них обов'язок попередження, швидку локалізацію та подальшу ліквідацію цих хвороб у випадку їх появи, що передусім відповідало інтересам всієї держави.

У 1864 р. в деяких губерніях Російської імперії справу охорони народно-го здоров'я було передано до компетенції органів місцевого самоврядування — земств. Передусім, саме земські лікарі героїчно боролися з епідеміями. В деяких земствах виникли спеціальні санітарні організації. Уперше вони з'явилися в Херсоні (1874), Москві (1875), Самарі (1879), С.-Петербурзі (1884). Але діяльність земств була обмеженою з боку урядових чиновників, внаслідок чого бракувало коштів та повноважень на задоволення санітарних потреб міста.

Величезна смертність в Російській імперії, зокрема від епідемічних хвороб, неодноразово притягувала увагу передових лікарів. У 1885 р. на засіданні «Спільноти російських лікарів в С.-Петербурзі» після обговорення доповіді Н. К. Екка — російського делегата міжнародної санітарної конференції в Римі — було прийнято постанову, перший пункт якої гласив: «Смерть від більшості хвороб є смерть насильницька, а не природна, та залежить від неприйняття відповідних попереджувальних заходів». Прийняття такої постанови було дуже важливим, адже воно протиставлялось поширеній думці у XIX ст. про «природну необхідність» високого рівня смертності, зокрема від епідемічних хвороб [3, 218].

Отже, місцеві органи влади впроваджували урядові заходи боротьби з небезпечними хворобами, але цього було недостатньо. Для попередження виникнення епідемій потрібно було дбати про загальний санітарно-епідемічний благоустрій міста. Задля досягнення цієї мети потрібно було організувати та об'єднати зусилля всіх органів санітарного та епідеміологічного нагляду та проводити загальні гігієнічні заходи, а також розробити систему законодавчих актів, спрямованих на досягнення цієї мети.

Для отримання найефективнішого результату необхідна була активна участь не тільки міських організацій, а й громадян. Саме тому діяльність С.-Петербурзької та Одеської міських управ була направлена на залучення населення в організації санітарних заходів щодо попередження виникнення епідемій. Для досягнення цієї мети в другій половині XIX ст. було впроваджено ряд санітарних організацій, таких як: санітарна виконавча комісія, санітарна рада, громадський лікувально-санітарний нагляд та санітарні піклування.

У лютому 1867 р. загроза епідемії холери змусила С.-Петербурзьку міську думу при градоначальникові організувати виконавчу санітарну комісію для вирішення «питань санітарної справи». Комісія складалася з 6 санітарних лікарів для керівництва протиепідемічними заходами та веденням статистики епідемічних захворювань. Головою комісії було обрано П. В. Жуковського, за участю лікарів Є. В. Пелікана та Н. І. Розова (представників медичного департаменту) [5].

У березні 1886 р. міська дума утворила самостійну санітарну комісію, яка повинна була здійснювати оздоровчі заходи, пов'язані з попередженням та ліквідацією інфекційних хвороб, санітарний нагляд за учнями міських училищ. Окрім санітарних та протиепідемічних заходів на неї покладался обов'язок надання лікарської допомоги населенню, завідування пологовими будинками, притулками та кладовищами, призначення думських та санітарних лікарів.

Місто тоді було поділено на санітарні дільниці, кожна з яких знаходилася під наглядом дільничного санітарного піклувальника. З'явилися особливі «домовые книги», до яких санітарні лікарі заносили кожний випадок інфекційного захворювання, який був виявлений на закріпленій за ним дільниці, а також вказувалися прийняті заходи. Спеціальна інструкція поклала на санітарних лікарів не тільки обов'язок проведення протиепідемічних заходів, але й щомісячної звітності про прийняті заходи згідно чітко встановленої звітної форми.

11 червня 1892 р. було затверджене Міське Положення. Ст. 103 цього положення містила розпорядження, згідно якого у випадку необхідності думами могли призначатися особливі виконавчі комісії. Вони підпорядковувалися управі, діяли на підставі інструкції міської думи та приступали до виконання своїх обов'язків з дозволу губернатора [10].

25 квітня 1903 р. на основі 103 ст. Міського Положення на засіданні Одеської міської думи була затверджена Інструкція міської виконавчої санітарної комісії.

У ст. 1 цієї Інструкції зазначалася мета та завдання її створення. Метою було завідування міськими санітарними установами. А завданнями: здійснення заходів по охороні народного здоров'я та попередженню та запобіганню падінь худоби; розвиток засобів лікарської допомоги міському населенню; пошуки заходів щодо покращення місцевих санітарних умов.

Інструкція закріплювала склад комісії з 12 членів, обраних міською думою. Питання, які входили до компетенції дільничних санітарних піклувань, повинні були вирішуватися комісією за участю голів цих піклувань.

Комісія мала право запрошувати до участі в своїх засіданнях завідуючих міських санітарних установ, лікарів та інших осіб.

Головою комісії, згідно ст. 104 Міського Положення, був член міської управи. Розгляд питань, які стосувалися установ, що знаходяться у віданні члена управи, який не був головою комісії, відбувалося тільки в присутності членів управи, відповідного їй відділення.

Для заходів щодо охорони громадського здоров'я комісія організовувала справу міського санітарного та ветеринарно-санітарного нагляду, дезінфекції та надання медичної допомоги населенню як в місті, так і в приміських поселеннях. Вона наглядала за існуючими міськими санітарними організаціями та установами відповідно до виконання покладених на них завдань, опікувалася розробкою пропозицій щодо подальшого розвитку, розширення та покращення їх діяльності, складала проекти нових громадсько-санітарних заходів та обов'язкових постанов по санітарній частині.

Також комісія, відповідно до інструкції, зосереджує у себе поточні відомості про діяльність різних міських санітарних установ, як: відносно санітарного нагляду за водопостачанням, за добуванням льоду, за утриманням в чистоті дворів, вулиць та площ, з асенізації та видаленню відходів і нечистот, з обробки трупів палючої худоби, з санітарного стану скотобоєнь, ремісницьких, промислових та торгівельних установ та базарів, за якістю продуктів, по нагляду за притулками, заїжджими дворами, артіельними приміщеннями, готелями, трактирами, банями, купальнями тощо, за санітарним надглядом за школами, лікарських закладів, кладовищ та інших місць загальногромадського користування, а також за ветеринарно-санітарним надглядом.

Комісії повинні були складати та представляти на затвердження міської управи проекти інструкцій з компетенції цих питань міського санітарного нагляду та контролювати постійне їх виконання.

Санітарні комісії мали право знайомитися з положенням та діяльністю санітарної справи у всіх міських санітарних закладах шляхом безпосереднього нагляду і спільними санітарними оглядами на місцях.

У випадку можливого занесення в Одесу чи виникнення та поширення якої-небудь епідемії, а також епізоотій в Одеському градоначальстві і в місцевостях, які знаходились у тісних взаємовідносинах з Одесою, комісія розглядала та оцінювала питання про прийняті міськими санітарними установами заходи, та у необхідних випадках приймала надзвичайні заходи та термінових витрат, наводила свої пропозиції міській управі для внесення їх на обговорення у думі.

Комісія у своїх діях по санітарному нагляду в градоначальстві керувалася існуючими на той час узаконеннями та обов'язковими постановами.

До ведення комісії належали міські санітарні піклування, які в визначені терміни повинні були надавати комісії відомості про поточну їх діяльність і вносити до неї подання про всі санітарні потреби ввірених їм районів та запроваджені заходи.

18 березня 1885 р. Одеська Міська Дума затвердила першу Інструкцію для санітарних піклувальників. Згідно цієї інструкції піклувальники обов'язково

затверджувалися Думою та мали право обирати собі помічників, кожний по одному, які затверджувалися тільки санітарною комісією та діяли за її розпорядженнями [7, 21].

Хоча піклувальники, згідно з положеннями інструкції, діяли шляхом застосування морального впливу на громадян, в разі невиконання їх вимог зобов'язані були негайно звертатися до органів санітарного нагляду (поліцейського інспектора) чи місцевої поліцейської влади.

Згідно Інструкції було встановлено 70 санітарних дільниць, з 300 осіб. Але діяльність санітарних піклувальників була ускладнена рядом чинників. По-перше, ці особи не були добровольцями, а призначалися, про що свідчить приписка до Інструкції під переліком прізвищ: особи, які не бажають бути санітарними піклувальниками, повинні про те сповістити санітарну комісію. Досить часто санітарні піклувальники не були зацікавлені в дорученій їм діяльності [2, 5]. Ще з початку заснування цього інституту було введено грошовий ценз на зайняття посади санітарного піклувальника. Але бажаючих ризикувати своїм здоров'ям через високу імовірність зараження серед забезпечених міщан знаходилося небагато, тому, з часом, майновий ценз на заняття такої посади було скасовано.

Комісія, згідно постанови Думи від 28-го лютого 1897 р., представляла на затвердження Думи, через міську управу, кандидатів на посаду голови санітарних піклувань та затверджувала членів піклувань та осіб, представлених санітарними піклуваннями. Згідно ст. 9 Інструкції, в комісії зосереджувалися всі відомості, як про особистий склад членів піклувань, так і про розмежування між ними районів міста, їх функції взагалі.

Відсутність колегіального обговорення, розрізненість членів санітарних піклувань між собою та між ними та санітарною комісією, відсутність міського громадського лікувально-санітарного нагляду та інше було причиною незадовільної роботи цих організацій. З огляду на це, інститут на перших порах його створення був нестійким, йому бракувало стрункої організації, отже після того, як епідеміологічна ситуація була більш-менш взята під контроль, питання існування громадських санітарних піклувальників було переглянuto.

Щодо діяльності санітарної комісії, то окрім забезпечення діяльності органів санітарних піклувальників, цей орган обирав та представляв на затвердження управи кандидатів в міські санітарні лікарі, лікарі для бідноти та ветеринарів, причому комісії, відповідно до ст. 10 її Інструкції подавалися всі подані заяви, за виключенням кандидатів лікарської наради [4, 5].

В своїй діяльності виконавча санітарна комісія надавала велике значення розгляду скарг, непорозумінь, які виникали у сфері санітарного нагляду, і для їх вирішення повинна була співпрацювати з відповідними особами та установами. На жаль інструкція не уточнює, які це були особи та установи.

Комісія також обговорювала доповіді з питань міської санітарної організації, які надавалися організованим при ній органом — лікарською нарадою.

Ст. 16 Інструкції для санітарних піклувальників встановлювалося, що комісія повинна була збиратися за необхідністю, але не менш ніж 1 раз на місяць.

Засідання вважалися такими що відбулися, якщо присутніми були не менш ніж сім членів, разом з головою [4, 9].

Всі справи вирішувалися більшістю голосів присутніх в комісії членів; при розділі голосів порівну — перевага залишалася на тій стороні, до якої належав голос голови.

У термінових випадках голова комісії робив розпорядження по санітарному нагляду та проводив всі необхідні дії самостійно, звітуючи про них на найближчому засіданні комісії. Це право йому надавалося ст. 19 Інструкції.

**Висновки з дослідження і перспективи подальших розробок у цьому напрямі.** Таким чином, можна констатувати, що в Російській імперії наприкінці XIX ст. склалася організація протиепідемічних органів: санітарна виконавча комісія, санітарна рада, громадський лікувально-санітарний нагляд та санітарні піклування. Діяльність яких втім мала низку недоліків. По-перше, слід відзначити, що міські санітарно-виконавчі комісії та органи громадських піклувальників створювалися вже по факту виникнення епідемій і розпускалися одразу ж після їх припинення. Це свідчить про той факт, що функцію попередження виникнення епідемій ці органи фактично не виконували. По-друге, брак коштів на протиепідемічні заходи та брак фахівців не сприяли швидкому виявленню та припиненню поширення інфекційних хвороб. Виклик лікарів для засвідчення хвороби коштував чимало грошей, тому в збіднілих районах міст намагалися приховати факт захворювання, до того ж, приїзд лікаря зовсім не означав встановлення правильного діагнозу. Ситуація змінилася лише з запровадженням у державі постійно діючих санітарно-виконавчих комісій.

Діяльність міської виконавчої комісії та санітарних піклувальників забезпечувалася відповідними Інструкціями, які містили відомості про їх склад, функції, мету створення, повноваження та обов'язки. Інструкції діяли на підставі Міського Положення.

Вважаємо перспективними подальші дослідження та науковий аналіз діяльності міських санітарно-епідемічних органів Російської імперії з метою вивчення історичної спадщини та заповнення лакун в історико-правовій науці.

### Література

1. Василевский Н. П. Городской санитарный пункт при Чайной и Столовой попечительства о народной трезвости Серединской площади в г. Одессе за первые 5.5 месяцев его существования — с 15 июля по 31 декабря 1897 г. // Н. П. Василевский — Одесса. — 1898 г. — 7 с.
2. Василевский Н. П. Очерк санитарного положения г. Одессы / Н. П. Василевский // Типография «Одесского листка». — Одесса. — 1901 г. — 48 с.
3. Васильев К. Г. История эпидемий в России (материалы и очерки) // К. Г. Васильев, А. Е. Сегал / Государственное издательство медицинской литературы. — М., 1960. — 397 с.
4. Инструкция Одесской городской исполнительный санитарной комиссии. — Одесса, 1903. — 9 с.
5. История санитарно-эпидемиологической службы в России. — [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.mossanexpert.ru/istrus.php>
6. Медицинская энциклопедия: санитарное законодательство. — [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://bigmeden.ru/article/BE>



7. Отчет о деятельности Петропавловского санитарного попечительства в г. Одессе за 1898 и 1899 гг. // Одесса, 1900 г. — 480 с.
8. Устав врачебный // Свод законов Российской Империи. Т. XIII., СПб., 1857. — С. 276.
9. Шидловский К. И. Краткий обзор главнейших острозаразных заболеваний в 16 городах земской России за 1900–1901 гг. // К. И. Шидловский / Журнал общества русских врачей. 1902 и 1903 гг. (приложения).
10. Щегловитов С. Г. Городовое положение с законодательными мотивами, разъяснениями и дополнительными узаконениями // С. Г. Щегловитов / С.-Петербург, 1982. — 738 с.

### Анотація

**Вахненко В. В.** Нормативно-правове забезпечення діяльності міських санітарно-епідеміологічних органів в Російській імперії наприкінці XIX ст. — Стаття.

У статті проаналізовано діяльність санітарно-епідемічних органів в Російській імперії та їх нормативно-правове забезпечення. Особливу увагу приділено діяльності місцевих органів влади, а саме міській санітарній виконавчій комісії та органам громадських піклувальників, діяльність яких було розглянуто на прикладі м. Одеси та С.-Петербурга.

**Ключові слова:** санітарно-епідеміологічні органи, Російська імперія, санітарна виконавча комісія, громадські піклувальники, м. Одеса.

### Аннотация

**Вахненко В. В.** Нормативно-правовое обеспечение деятельности местных санитарно-эпидемиологических органов в Российской империи в конце XIX ст. — Статья.

В статье проанализирована деятельность санитарно-эпидемиологических органов в Российской империи и их нормативно-правовое обеспечение. Особое внимание уделено деятельности местных органов власти, а именно городской санитарной исполнительной комиссии и органов общественных попечителей, деятельность которых была рассмотрена на примере городов Одессы и С.-Петербурга.

**Ключевые слова:** санитарно-эпидемиологические органы, Российская империя, санитарная исполнительная комиссия, общественные попечители, г. Одесса.

### Summary

**Vakhnenko V. V.** Legal providing of sanitary and epidemiological activities of local organs in Russian Empire in the late of 19<sup>th</sup> century. — Article.

The article is devoted the activities of sanitary-epidemiological organs of the Russian Empire and their legal support. Particular attention was paid to local government, including municipal sanitary executive committee and public bodies of trustees, whose activities were considered on the example of Odessa and St.-Petersburg.

**Keywords:** sanitary-epidemiological organs, Russian Empire, municipal sanitary executive committee, public bodies of trustees, Odessa.

## ЩОДО ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ ЧИННИКІВ ВИОКРЕМЛЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКИХ САНКЦІЙ

**Постановка проблеми.** Господарська відповідальність суб'єктів господарювання реалізується шляхом застосування господарських санкцій, одним із різновидів яких є адміністративно-господарські санкції. Правова природа адміністративно-господарських санкцій, що накладаються органами публічної влади (державної влади та місцевого самоврядування) за порушення правил здійснення господарської діяльності, вже довгий час спричиняє наукові дискусії між вченими-господарниками та представниками науки адміністративного права, оскільки останні вважають адміністративно-господарські санкції різновидом заходів адміністративного примусу. Проблему правової природи адміністративно-господарських санкцій необхідно вирішувати, передусім, шляхом дослідження історичного розвитку концепції зазначених санкцій у сфері господарювання.

**Наукові дослідження за темою.** Санкції за порушення правил здійснення господарської діяльності, що сьогодні набули назву адміністративно-господарських санкцій, широко досліджувались як вченими радянських часів, так і сучасниками. В різних аспектах зазначений різновид санкцій розглядався вченими-господарниками, вченими-цивілістами та вченими-адміністративістами. Серед них можна відмітити В. О. Семеусова, В. В. Лаптева, Т. П. Лазареву, В. М. Хоменка, М. С. Малеїна, В. К. Мамутова, О. П. Подцерковного, А. Г. Бобкову, З. Ф. Татькову, В. С. Щербину та інших. Водночас не проводився фундаментальний історичний аналіз розвитку законодавства у цій сфері, наукових досліджень щодо зазначених санкцій та факторів, що спричинили їх виокремлення та закріплення у Господарському кодексі України (далі — ГК України).

**Метою даної статті** є виокремлення історичних періодів розвитку законодавства та наукових досліджень щодо адміністративно-господарських санкцій, з'ясування на цій підставі факторів, що спричинили закріплення зазначеного виду санкцій у господарському законодавстві.

**Викладення основного матеріалу.** Концепція адміністративно-господарських санкцій набула свого започаткування ще за радянських часів та була пов'язана із необхідністю осмислення природи заходів відповідальності, що застосовуються до суб'єктів господарювання, виходячи за межі традиційних цивільно-правових санкцій та адміністративно-правових стягнень, передбачених відповідно у Цивільному кодексі та Кодексі про адміністративні правопорушення. Водночас ці дослідження носили тоді дещо несистемний та різноаспектний характер.

Так, В. М. Хоменко виокремлював адміністративно-правову відповідальність господарських організацій, розуміючи її складовою адміністративного права [1, с. 27]. Разом із тим відсутність визнання самостійності господарського права не дозволила науковцю дотриматися цілісності концепції адміністративно-

правової відповідальності господарських організацій. Це підтверджується нелогічністю прийняття ним за основу при визначенні складу адміністративного правопорушення господарських організацій моделі складу цивільного делікту та пов'язування складу правопорушення із нормами адміністративного права, хоча зазвичай останні не мають майнового змісту, спрямованого на врегулювання виробничо-господарських відносин [1, с. 29–30].

Однак не можна не відмітити, що В. М. Хоменко зробив у дослідженні і досить позитивні висновки, що мають відображення й у сьогодиншньому господарському законодавстві. Так, вчений зазначав, що адміністративно-правова відповідальність господарських організацій може носити як майновий, так і організаційний характер [1, с. 27].

В. В. Лаптев, здійснюючи аналіз функцій відповідальності в господарських відносинах, вказував на випадки, коли відповідальність не виконує компенсаційну функцію, й зазначав, що «існують і такі види відповідальності, коли санкції стягуються не на користь потерпілої організації, а до державного бюджету». До їх числа відносилися економічні санкції, що застосовувалися органами Держстандарту СРСР та органами ціноутворення. Вони полягали у вилученні прибутку, отриманого внаслідок порушення вимог державних стандартів, технічних умов, правил ціноутворення, у виключенні з виконання плану реалізації продукції, виготовленої з відступленням від умов техніко-юридичних норм, що визначають якість виробів [2, с. 190].

В. М. Манохін класифікував майнові санкції, що забезпечують дисципліну в народному господарстві, за їх цілями на дві групи: економічні та загальногосподарські. До економічних санкцій дослідник відносив такі санкції, як неустойка, штраф, пеня, відшкодування збитків, переведення на акредитивну форму розрахунків, примусове виконання зобов'язань та інші. До загальногосподарських — штраф, що стягується до державного бюджету за порушення державної дисципліни з господарської організації або посадової особи цієї організації, відшкодування шкоди, пеню, конфіскацію, позбавлення певних прав, заборона експлуатації виробничих об'єктів, карантин, закриття магазинів та інші. Економічні санкції, на думку науковця, спрямовані захищати права та обов'язки конкретної господарської організації, в свою чергу, загальногосподарські спрямовані на підтримку і охорону встановленого порядку господарювання в загальнодержавному масштабі шляхом застосування покарань і заходів попереджувального характеру [3].

В. О. Семеусов, досліджуючи санкції за господарським законодавством, виокремлював конфіскаційні санкції, які визначав як санкції, що пов'язані з безоплатним вилученням в дохід держави майна правопорушника. При цьому конкретною формою безоплатного вилучення майна в соціалістичній організації зазначалось стягнення штрафу при порушенні господарського законодавства та звернення неправомірно отриманих грошових сум в державний бюджет [4, с. 21]. При цьому вчений, не погоджуючись з адміністративно-правовою природою цих санкцій, додавав, що «вони наповнені специфічним цивільно-правовим змістом» [4, с. 30]. Водночас цивільно-правова належність зазначе-

них санкцій викликає сумніви, оскільки цивільні відносини — є відносинами, що базуються на рівності, невідпорядкованості сторін, а «конфіскаційні» санкції накладались органами державної влади в односторонньому порядку, що свідчить про наявність відносин влади — підпорядкування.

Відповідальність за порушення в господарській діяльності досліджувалася й Б. І. Пугінським та М. П. Шестаковою. У посібнику 1987 року автори класифікували санкції, що застосовуються до підприємств та господарських організацій, на економічні та майнові. При цьому, на думку авторів, економічні санкції — це суми, на які знижуються відрахування в фонди підприємств при недосягненні ними певних результатів господарської діяльності, передбаченої планом чи встановленими нормативами, або суми, що стягуються в доход бюджету при порушенні вимог законодавства [5]. Недоліком такої класифікації із погляду сьогодні можна вважати змішування оперативних і примусових заходів впливу.

Певна несистемність підходів, що мала місце в Радянському Союзі до природи та змісту адміністративно-господарських санкцій, була відображенням значної неупорядкованості та непослідовності усього господарського законодавства. В. К. Мамутов ще у 1977 році зазначав, що «на теперішній час існує біля 2 тис. різноманітних видів санкцій за господарські правопорушення. Причому їх відмінність в їх формі та розмірі, як правило, нічим не обґрунтовано. Існує, наприклад, біля 60 санкцій за неповернення різних видів тари, проте достатньо було б декілька видів. Нічим не виправданий різнобій спостерігається і в інших видах відповідальності; до теперішнього часу не забезпечена уніфікація відповідальності за якість виконання; за збитки, що спричиняються одними господарями іншим» [6, с. 31–32].

Проблема систематизації господарського законодавства повинна була вирішуватися прийняттям Господарського кодексу СРСР, проект якого був винесений на обговорення ще у 1970 році [див. 7], але так і не був ухвалений. Як зазначають дослідники — у зв'язку із небажанням держави бути обмеженою в пануванні над суб'єктами господарювання [8, с. 36–37].

В цілому необхідно зробити висновок, що праці вчених у Радянському Союзі створили підґрунтя для розвитку сучасної концепції адміністративно-господарських санкцій, визначили їх специфічність, окреслили їх види, цілі застосування. Вказаний період розвитку господарського законодавства щодо адміністративно-господарських санкцій у їх сучасному розумінні та відповідних наукових досліджень умовно можна іменувати радянським періодом.

Перехід до ринкової економіки на початку 90-х років ХХ століття значно збільшив масив законодавства щодо регулювання господарської діяльності, що відобразилося й на появі великої кількості контролюючих та інших органів й, відповідно, санкцій, що застосовуються цими органами до суб'єктів господарювання за порушення законодавчо встановлених правил господарської діяльності.

До таких нормативно-правових актів можна віднести Закони «Про ціни та ціноутворення» (1990 р.), «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності» (1992 р.), «Про відповідальність підприємств, їх об'єднань, установ та організацій за правопорушення

у сфері містобудування» (1994 р.) та багато інших. Велика кількість вказаного різновиду санкцій потребувала певних загальних засад, що встановлювали б, зокрема, порядок та строки застосування, певні гарантії для суб'єктів господарювання.

Закріплення санкцій, що застосовувались до суб'єктів господарювання за порушення правил здійснення господарської діяльності, було запропоновано в проекті Господарського (комерційного) кодексу України, які мали назву — управлінсько-господарські санкції [9]. Однак в процесі підготовки проекту Господарського кодексу до другого читання робоча комісія Верховної Ради України перейменувала зазначену групу санкцій в адміністративно-господарські [10, с. 867].

Період з початку формування ринкових відносин (1990 рік) по дату набрання сили Господарським кодексом України (2004 рік) можна йменувати періодом становлення законодавства щодо адміністративно-господарських санкцій.

З 1 січня 2004 року, із набранням сили Господарським кодексом України, у господарському законодавстві з'явилась нова категорія — адміністративно-господарські санкції, які у ст. 238 ГК визначаються як заходи організаційно-правового або майнового характеру, що можуть бути застосовані до суб'єктів господарювання уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування за порушення встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності, спрямовані на припинення правопорушення суб'єкта господарювання та ліквідацію його наслідків. Період щодо розвитку законодавства та наукових досліджень щодо адміністративно-господарських санкцій, який бере свій початок з 1 січня 2004 року, можна називати сучасним періодом. Серед дослідників, які здійснювали дослідження адміністративно-господарських санкцій після вступу в силу ГК, можна виокремити О. М. Вінник, О. П. Подцерковного, В. С. Щербину, Д. Лук'янця, Н. М. Шевченко, Г. Шовкопляс, Т. Греня, О. П. Рябченко, Т. Кучера, В. Перепелюка, І. С. Войтенка, Д. О. Андреева та інших.

Доречно виокремлювати наступні фактори, що обумовили закріплення окремого різновиду адміністративно-господарських санкцій у ГК України.

По-перше, адміністративно-господарські санкції є складовою єдиного механізму регулювання господарської діяльності. Адже неможливим вбачається їх запровадження, зміна чи скасування за відсутності відповідного економічного обґрунтування, без аналізу впливу санкцій на діяльність певних суб'єктів господарювання та економіки в цілому.

По-друге, застосування адміністративно-господарських санкцій, з одного боку, спрямовано проти суб'єктів господарювання, що порушують законодавчо встановлені правила здійснення господарської діяльності, з іншого боку, може бути прямо чи опосередковано спрямовано, зокрема, на захист прав і законних інтересів суб'єктів господарювання, що потерпають від порушення норм суб'єктами господарювання, проти яких застосовуються адміністративно-господарські санкції. Наприклад, таку функцію виконує у ст. 26 Закону України «Про захист від недобровісної конкуренції» санкція у формі вилучення

товарів з неправомірно використаним позначенням та копій виробів іншого суб'єкта господарювання.

По-третє, в рамках господарського права, яке спрямовано на комплексне регулювання відносин у сфері господарювання, на забезпечення публічних та приватних інтересів, з'являється можливість системно вирішувати правові питання запровадження та застосування адміністративно-господарських санкцій.

Іншим фактором, що обумовлює закріплення адміністративно-господарських санкцій, слід вважати непоширення загальних положень Кодексу України про адміністративні правопорушення на порядок застосування адміністративно-господарських санкцій. Офіційним підтвердженням зазначеного твердження є Рішення Конституційного суду України від 30 травня 2001 року по справі № 7-рп/2001 (справа про відповідальність юридичних осіб), у якому не лише зазначено про нерозповсюдження положень КУпАП на відповідальність юридичних осіб, а також те, що «положення пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України треба розуміти так, що ним безпосередньо не встановлюються види юридичної відповідальності».

Також у Рішенні по справі № 7-рп/2001 КСУ зазначив, що «стан регулювання притягнення юридичних осіб до відповідальності, зокрема щодо визначення строків застосування до них заходів впливу, Конституційний Суд України вважає неповним і таким, що не відповідає конституційному визначенню України як правової держави. У зв'язку з цим Верховній Раді України слід у найкоротший термін врегулювати зазначене питання відповідно до положень Конституції України та з урахуванням даного Рішення». Результатом виконання зазначених приписів Конституційного суду саме й виступило закріплення відповідних положень щодо адміністративно-господарських санкцій у Господарському кодексі України.

Нарешті, третім фактором закріплення адміністративно-господарських санкцій була необхідність привести у певну систему розгалужені санкції, що застосовуються до суб'єктів господарювання за порушення законодавчо встановлених правил здійснення господарської діяльності.

Таким чином, можна виокремлювати наступні фактори, що обумовили виокремлення та закріплення різновиду господарських санкцій — адміністративно-господарських санкцій: 1) господарсько-правова природа зазначених санкцій; 2) непоширення Кодексу України про адміністративні правопорушення на санкції, що застосовуються органами публічної влади до юридичних осіб; 3) необхідність систематизації законодавства щодо санкцій, що застосовуються органами публічної влади до суб'єктів господарювання за порушення ними законодавчо встановлених правил здійснення господарської діяльності.

### *Література*

1. Хоменко В. Н. Ответственность в хозяйственном праве / В. Н. Хоменко. — К.: Изд. объедин. «Вища школа», 1975. — 172 с.
2. Лаптев В. В. Экономика и право: (Теория и практика правового регулирования хозяйственных отношений). — М.: Экономика, 1981. — 216 с.

3. Манохин В. М. Государственная дисциплина в народном хозяйстве. — М.: Юрид. лит., 1970. — 218 с.
4. Семеусов В. А. Санкции в хозяйственном законодательстве. Учеб. пособие. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1982. — 54 с.
5. Пугинский Б. И., Шестакова М. П. Законность и дисциплина в хозяйственной деятельности. Пособие для слушателей народных университетов. // М.: Знание, 1987. — 128 с.
6. Мамутов В. К. Хозяйственное законодательство и повышение эффективности производства. // Советское государство и право. — № 3-1977. — С. 25-32.
7. Хозяйственный кодекс СССР: Проект для обсуждения /В. В. Лаптев, З. М. Заменгоф, И. А. Танчук и др.; Институт государства и права Академии наук СССР. Сектор хозяйственного права и проблем управления промышленностью. — М., 1970. — 260 с.
8. Господарське право: Підручник / О. П. Подцерковний, О. О. Квасніцька, А. В. Смітюх та ін.; За ред. О. П. Подцерковного. — 2-ге вид., доп. і перероб. — Х.: Одиссей, 2011. — 640 с.
9. Хозяйственный (Коммерческий) кодекс Украины (проект). — К., 1995.
10. Хозяйственное право: Учебник для студентов вузов / Ин-т экономико-правовых исследований НАН Украины; Под ред. В. К. Мамутова. — К.: Юринком-Интер, 2002. — 921 с.

### Анотація

**Войнарівський М. М.** Щодо історико-правових чинників виокремлення адміністративно-господарських санкцій. — Стаття.

У статті досліджуються історичні фактори виокремлення особливого виду господарських санкцій — адміністративно-господарських санкцій. Розглядаються окремі періоди розвитку законодавства та наукової літератури щодо адміністративно-господарських санкцій. Обґрунтовується належність правового масиву, що регулює відносини, пов'язані з адміністративно-господарськими санкціями, до предмету господарського права.

**Ключові слова:** конфіскаційні санкції, економічні санкції, адміністративно-господарські санкції, господарське право, господарська діяльність.

### Аннотация

**Войнаровский Н. Н.** Об историко-правовых факторах выделения административно-хозяйственных санкций. — Статья.

В статье исследуются исторические факторы выделения особого вида хозяйственных санкций — административно-хозяйственных санкций. Рассматриваются отдельные периоды развития законодательства и научной литературы относительно административно-хозяйственных санкций. Обосновывается принадлежность правового массива, который регулирует отношения, связанные с административно-хозяйственными санкциями, к предмету хозяйственного права.

**Ключевые слова:** конфискационные санкции, экономические санкции, административно-хозяйственные санкции, хозяйственное право, хозяйственная деятельность.

### Summary

**Voynarivskiy M. M.** About historical and law factors of separation of administrative-economic sanctions. — Article.

Historical factors of separation of administrative-economic sanctions as special type of economic sanctions are examined in the article. Certain periods of development of legislation and scientific literature concerning administrative-economic sanctions are analysed. Author grounds that legal provisions which regulate relationship concerning administrative-economic sanctions are part of subject of economic law.

**Keywords:** confiscatory sanctions, economic sanctions, administrative-economic sanctions, economic law, economic activity.

## СТАДІЇ БУДІВЕЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ЯК ОБ'ЄКТ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Будівельна діяльність є підприємницькою діяльністю, яка поряд зі значним впливом державного регулювання, множинністю учасників будівельного процесу, характеризується комплексом пов'язаних стадій, які поступово змінюють одна одну і за результатом якої забудовник отримує продукт будівельної діяльності — об'єкт будівництва.

Відповідно до Класифікації видів економічної діяльності ДК 009:2010, затвердженої Наказом Держспоживстандарту України від 11.10.2010 р. № 457 [1], до поняття «будівництво» відносять всі види діяльності, які визначені в секції F «будівництво» розділу 41–43, що включає загальне та спеціалізоване будівництво і при цьому супроводжується певним процесом.

Дослідженням питань стадій будівельного процесу в сфері капітального будівництва займалися Брауде І. Л., Хламова І. Т., Шометова К. Ф. Однак, враховуючи роки таких публікацій та реформування будівельного законодавства, яке відбулося за останній час в Україні, дані дослідження втратили своє значення.

На сьогодні у науковій літературі стадіям будівельного процесу достатньої уваги не приділяється, багато аспектів залишається не розробленими. Між тим питання визначених стадій будівельного процесу є важливим з позиції правових та технічних засад будівельної діяльності, сутності правовідносин, що виникають в зв'язку з її провадженням, відповідальністю в разі порушень законодавства в сфері будівництва, що дозволить в повній мірі визначитися з правовою природою будівельної діяльності, її особливостями у порівнянні з іншими галузями економіки.

Метою статті є аналіз стадій будівельного процесу в контексті оновленого будівельного законодавства, проведення їх класифікації та з'ясування змісту.

Враховуючи сутність будівельної діяльності, слід констатувати, що в її основі лежить будівельний процес, який являє собою сукупність дій, які здійснюють суб'єкти господарювання, органи державної влади і органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, та є об'єктом господарських правовідносин (серед яких переважають організаційно-господарські та господарсько-виробничі відносини). Дія, поведінка суб'єктів будівельної діяльності, через які розглядається будівельний процес, відбуваються в установленому порядку, що приводить до зведення об'єкту будівництва, забезпечується ефективність виробництва продукції, що впливає не тільки на економічний розвиток будівельної галузі, а на розвиток національної економіки в цілому.

Процес це розвиток якого-небудь явища, хід, послідовна зміна стану у розвитку. Отже, будівельний процес, який характеризує сутність будівельної діяльності, має визначену послідовність дій, які складаються з відповідних стадій



(етапів, періодів). Такі дії є об'єктом господарських правовідносин, виникають з приводу здійснення будівельної діяльності, урегульовані нормами господарського та містобудівного законодавства. Поряд з цим слід зазначити, що відносини, які виникають в процесі будівельної діяльності, мають господарсько-правовий характер, оскільки саме ринок є сферою їх виникнення, виникають вони в зв'язку з бажанням та потребою суб'єкта господарювання здійснювати підприємницьку діяльність.

В літературі до стадій будівельного процесу включають: 1) підготовку до будівництва (вибір земельної ділянки для майбутньої будівлі, виділення її в натурі, погодження та отримання дозволів на початок будівельних робіт, вирішення фінансових питань тощо); 2) будівництво (від початку робіт на ділянці до моменту здачі в експлуатацію); 3) експлуатація будівлі (від моменту прийняття в експлуатацію державною комісією та замовником по завершенні будівельних, ремонтних, реконструкційних, реставраційних та інших будівельних робіт) [2]. Запропонований перелік стадій не відображає всіх складових будівельного процесу, відсутня стадія проектування, узгодження, експертизи, а фінансування будівельної діяльності та експлуатація об'єкта будівництва взагалі не можуть розглядатися як стадії будівельного процесу. Адже фінансування є одним із принципів комерційного розрахунку, операцією по залученню грошових коштів через різні системи фінансово-кредитних механізмів, кредитування, тощо. Експлуатація об'єкту будівництва це питання управління, використання об'єкту за призначенням після прийняття закінченого будівництвом об'єкту в експлуатацію, яка і є заключною стадією будівельного процесу. Таким чином, експлуатація будівлі (від моменту прийняття в експлуатацію державною комісією та замовником після завершення будівельних, ремонтних, реконструкційних, реставраційних та інших будівельних робіт) є елементом правових режимів, на підставі яких забудовник володіє, користується, розпоряджається об'єктом будівництва.

Закон України «Про регулювання містобудівної діяльності» від 17.02.2011 р. визначає перелік стадій будівельного процесу, кожна з яких стає об'єктом господарсько-правового регулювання та контролю, виходячи із суб'єктного складу правовідносин, прав і обов'язків їх учасників, підстав виникнення та мети. До стадій будівельного процесу законодавець відніс: отримання замовником або проектувальником вихідних даних; розроблення проектної документації та проведення у випадках, передбачених статтею 31 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності», її експертизи; затвердження проектної документації; виконання підготовчих та будівельних робіт; прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів; реєстрація права власності на об'єкт містобудування [3].

Однак стаття 26 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» не відобразила таку важливу стадію будівельного процесу, як придбання права власності (або інший правовий режим) на земельну ділянку під забудову. При цьому передумовою отримання вихідних даних для проектування об'єкта будівництва, як зазначено у ст. 29 Закону України «Про регулювання містобу-

дівної діяльності», є наявність земельної ділянки у власності або користуванні забудовника.

Отже, законодавець не врахував, що першою стадією, яка лежить в основі будівельного процесу, є дії, направлені на придбання права власності або іншого правового режиму на земельну ділянку.

Поряд з цим віднесення державної реєстрації права власності на об'єкт будівництва до заключної стадії будівельного процесу має спірну позицію. Державна реєстрація речових прав на нерухоме майно — офіційне визнання і підтвердження державою фактів виникнення, переходу або припинення прав на нерухоме майно, обтяження таких прав шляхом внесення відповідного запису до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно [4]. Отже, державна реєстрація не може вважатися стадією будівельного процесу, результатом якого є отримання будівельної продукції, в її основі знаходиться механізм захисту учасників правовідносин через технічну фіксацію права на об'єкт будівництва, підтвердження у особи факту виникнення, переходу або припинення прав на об'єкт будівництва.

Слід зазначити, що кожна стадія будівельного процесу має свої завдання, відповідне нормативно-правове регулювання, різний порядок проходження, змінність суб'єктів правовідносин (окрім забудовника) в залежності від їх видів (організаційно-господарські, господарсько-виробничі) і т. д. Однак, незважаючи на відмінні ознаки кожної із стадій будівельного процесу, слід зазначити, що всі вони є взаємопов'язані одна з одною та завершення однієї стадії гармонійно переходить до наступної, оскільки усі вони об'єднані однією метою — зведення об'єкта будівництва.

Аналізуючи приписи Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності», стадії будівельного процесу, в залежності від обов'язковості їх проходження, можна класифікувати на обов'язкові та додаткові (факультативні). До обов'язкових належать: отримання права власності чи права користування на земельну ділянку; отримання вихідних даних на проектування; розроблення, затвердження та експертиза проекту будівництва; виконання будівельних робіт; прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкту.

До факультативних (необов'язкових) відноситься — експертиза об'єктів I–III категорій складності; виконання підготовчих робіт, отримання дозволу на виконання будівельних робіт щодо об'єктів I–III категорій складності.

Враховуючи, що початковою і обов'язковою стадією будівельного процесу при здійсненні будівельної діяльності є отримання у власність або у користування земельної ділянки, забудовник, щоб виявити намір здійснити забудову і отримати дозвільні документи на будівництво, повинен мати права на земельну ділянку. Регламентация відносин на даній стадії будівельного процесу знаходиться в площині Земельного, Господарського, Цивільного кодексів, Законів України «Про оренду землі», «Про місцеве самоврядування в Україні», «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності». Дана стадія є вагомою, оскільки отримуючи право власності, або інші правові титули відносно земельної ділянки, забудовник отримує можливість здійснювати будівельну діяль-

ність, в іншому випадку споруджений об'єкт будівництва на земельній ділянці визначається як самовільне будівництво. Супроводжується дана стадія низкою рішень органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування (якщо мова йтиме про надання земельних ділянок державної або комунальної власності), які відносяться до документів дозвільного характеру відповідно до Закону України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» (мова йде про рішення про надання дозволу на розроблення проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки, рішення про продаж земельної ділянки і т. д.).

Стадія одержання вихідних даних для проектування об'єкта будівництва регулюється ст. 29 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» та включає в себе дві складові: — містобудівні умови та обмеження; — завдання на проектування, що визначають обґрунтовані вимоги забудовника до планувальних, архітектурних, інженерних і технологічних рішень та властивостей об'єкта містобудування, його основних параметрів, вартості та організації його будівництва і складаються з урахуванням містобудівних умов та обмежень, технічних умов. При цьому існують об'єкти будівництва, для проектування яких містобудівні умови та обмеження не надаються, такий перелік затверджений Наказом Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України 07.07.2011 № 109 [5].

На відміну від першої стадії будівельного процесу, стадія одержання вихідних даних здійснюється у 10-денний термін, та незважаючи на подібність суб'єктного складу, вихідні дані не належать до документів дозвільного характеру, про що зазначено у роз'ясненні Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 06.04.2012 р. «Щодо віднесення до документів дозвільного характеру дозволу на розроблення проекту землеустрою та вихідних даних» [6].

Розроблення, експертиза та затвердження проектної документації є наступною стадією, яка проводиться відповідно до «Порядку розроблення документації на будівництво об'єктів», затвердженого Наказом Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 16.05.2011 р. № 45 та «Порядку затвердження проектів будівництва і проведення їх експертизи та визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов Кабінету Міністрів України», затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 11.05.2011 р. № 560.

Головною умовою підготовки проектної документації є завдання забудовника та вихідні дані. Виконання проектних робіт здійснюється на договірних засадах відповідно до Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 року № 668.

Порядок затвердження проектів будівництва залежить від стадійності самого проектування, фінансування будівництва та проводиться після експертизи таких проектів, метою якої є визначення якості проектних рішень. Отже, завдання експертизи полягає у перевірці дотримання нормативів, наявності всіх необхідних узгоджень, та за умови позитивного висновку здійснюється затвердження проекту.

Дану стадію характеризує наявність самостійного об'єкту проектної документації на будівництво, суб'єктний склад — до якого ввійшли окрім забудовника, проєктувальники, експертні організації незалежно від форми власності, які відповідають критеріям, затвердженим наказом Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 23.05.2011 № 53 «Про затвердження Критеріїв, яким повинні відповідати експертні організації, що здійснюють експертизу проєктів будівництва». Перелік експертних організацій (далі — Перелік) формується Міністерством на підставі звернень таких організацій про спроможність забезпечити проведення експертизи за відповідності її критеріям та оприлюднюється на офіційному сайті Мінрегіону ([www.minregionbud.gov.ua](http://www.minregionbud.gov.ua)) у рубриці «Будівництво» (розділ «Ціноутворення, експертиза та контроль вартості у будівництві», підрозділ «Експертиза») [7].

Строк стадії розроблення, експертизи (в разі її необхідності) та затвердження проектної документації залежить від складності об'єкту будівництва: 30 календарних днів — у залежності від технічної та технологічної складності об'єктів будівництва; 90 календарних днів — для об'єктів, що становлять підвищену ядерну та радіаційну небезпеку і таких, що підлягають оцінці впливу на навколишнє природне середовище; 15 календарних днів — для об'єктів I–III категорій складності, що споруджуються на територіях із складними інженерно-геологічними та техногенними умовами; 15 календарних днів — експертиза кошторисної частини проектної документації об'єктів I–III категорій складності [3].

Враховуючи, що обов'язковість експертизи проєкту будівництва залежить від складності об'єкту будівництва, дана складова стадії «розроблення, експертизи та затвердження проєкту будівництва» в передбачених законодавством випадках є факультативною.

Наступна стадія будівельного процесу — здійснення будівництва — характеризується отриманням документів дозвільного характеру та зведенням об'єкту будівництва. Відповідно до ст. 34 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» та вищезазначеної постанови до дозвільних документів на виконання будівельних робіт відносять:

- повідомлення про початок виконання будівельних робіт, яке видається (надсилається) замовником у Держархбудінспекції за місцезнаходженням об'єкта будівництва — щодо об'єктів, будівництво яких здійснюється на підставі будівельного паспорта;
- декларація, яка реєструється відповідною Інспекцією, — щодо об'єктів будівництва, що відносяться до I–III категорії складності;
- дозвіл на виконання будівельних робіт, що видається замовнику Держархбудінспекцією, — щодо об'єктів будівництва, які відносяться до IV і V категорії складності.

При цьому отримання документу на виконання будівельних робіт, по суті, є заключним дозвільним документом всього процесу узгодження та єдиною легальною підставою для здійснення будівництва, який вноситься до єдиного

реєстру на підставі Наказу Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 24.06.2011 р. «Про затвердження Порядку ведення єдиного реєстру отриманих повідомлень про початок виконання підготовчих і будівельних робіт, зареєстрованих декларацій про початок виконання підготовчих і будівельних робіт, виданих дозволів на виконання будівельних робіт, зареєстрованих декларацій про готовність об'єкта до експлуатації та виданих сертифікатів, відмов у реєстрації таких декларацій та у видачі таких дозволів і сертифікатів».

Після отримання дозволу на виконання будівельних робіт забудовник приступає до зведення об'єкту будівництва з використанням одного із способів будівництва: господарського, підрядного, змішаного, що базується на договірній основі та регламентується главою 33 ГК України, Постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 року № 668 «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві», та іншими законодавчими актами.

Прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів — заключна стадія всього будівельного процесу, порядок та строки якої регламентовані, поряд із ст. 39 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності», Постановою Кабінету Міністрів України від 13.04.2011 р. «Питання прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів». Саме прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів засвідчує факт виконання будівництва об'єкту в повному об'ємі відповідно до проектної документації, а датою прийняття в експлуатацію об'єкта є дата реєстрації декларації або видачі сертифіката. Зазначені документи дозвільного характеру є підставою для оформлення права власності на об'єкт будівництва, а в подальшому його реєстрації.

Таким чином, будівельна діяльність суб'єкта господарювання включає в себе низку послідовних та взаємопов'язаних між собою стадій, які характеризуються проходженням дозвільних процедур, отриманням узгоджень та висновків, укладенням господарсько-правових договорів, направлених на зведення об'єкта будівництва. Для комплексного відображення стадій будівельного процесу, характерних для провадження будівельної діяльності, пропонується до стадій будівельного процесу віднести: 1) придбання права власності або іншого речового права на земельну ділянку; 2) отримання вихідних даних; 3) розроблення, проведення експертизи та затвердження проектної документації; 4) здійснення будівництва; 5) прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів.

### *Література*

1. Класифікація видів економічної діяльності ДК 009:2010: Наказ Держспоживстандарту України від 11.10.2010 р. № 457. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/>
2. Семенко Б. М. Питання відповідальності за порушення в галузі будівництва. — 2009 р. Електронний ресурс. Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc\\_gum/pib/2009\\_5/PB-5/PB-5\\_22.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/pib/2009_5/PB-5/PB-5_22.pdf)
3. Про регулювання містобудівної діяльності: Закону України від 17.02.2011 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2011 р. — № 34. — С. 1544.

4. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяження: Закон України від 01.07.2004 р.// Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 51.
5. Перелік будівництв, для проектування яких містобудівні умови та обмеження не надаються: Наказ Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 07.07.2011 № 109// Офіційний вісник України. — 2011 р. — № 59. — С. 354.
6. Щодо віднесення до документів дозвільного характеру дозволу на розроблення проекту землеустрою та вихідних даних: Роз'яснення Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 06.04.2012 р. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.nau.ua/index.php?page=hotline&file=401026-06042012-0.htm>
7. Про експертизу проектів будівництва: Роз'яснення Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 25.06.2011 р. № 21-12/5287/0/6-11. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://minregion.gov.ua>

### Анотація

**Квасницька О. О.** Стадії будівельного процесу як об'єкт господарсько-правового регулювання. — Стаття.

Публікацію присвячено дослідженню стадій будівельного процесу при здійсненні будівельної діяльності в контексті оновленого містобудівного законодавства. Запропоноване авторське бачення складових будівельного процесу, проведена класифікація стадій та з'ясований зміст кожної, що дозволяє більш детально вивчити правову природу будівельної діяльності.

**Ключові слова:** будівельна діяльність, підприємницька діяльність, будівельний процес, стадії будівництва, господарсько-правове регулювання.

### Аннотация

**Квасницкая О. А.** Стадии строительного процесса как объект хозяйственно-правового регулирования. — Статья.

Публикация посвящена исследованию стадий строительного процесса в строительной деятельности в контексте обновленного градостроительного законодательства. Предложено авторское видение составляющих строительного процесса, проведена классификация стадий и раскрыто содержание каждой из стадий, что позволяет более детально изучить правовую природу строительной деятельности как вида предпринимательской деятельности.

**Ключевые слова:** строительная деятельность, предпринимательская деятельность, строительный процесс, стадии строительства, хозяйственно-правовое регулирование.

### Annotation

**Kvasnitska O. O.** Stages of a build process as object of regulations' commercial law. It is the Article.

A publication is devoted research of the stages of a build process in a build activity, in the context of the renewed town-planning legislation. Author vision of constituents of a build process is offered, classification of the stages is conducted and maintenance is exposed to each of the stages, that allows more in detail to learn legal nature of a build activity as a type of entrepreneurial activity.

**Keywords:** build activity, entrepreneurial activity, build process, building stages, regulations of commercial law.

## РОЗВИТОК ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ РІЧОК У СХІДНІЙ ГАЛИЧИНІ В АВСТРО-УГОРСЬКИЙ ПЕРІОД

**Постановка проблеми.** Необхідною умовою життєдіяльності людини є вода як один з важливих компонентів навколишнього природного середовища і найпоширеніший природний об'єкт. Згідно сучасного українського законодавства водний об'єкт — це природний або створений штучно елемент довкілля, в якому зосереджуються води (море, річка, озеро, водосховище, ставок, канал, водоносний горизонт).

Історичний досвід Австрії щодо правового регулювання охорони та раціонального використання природних об'єктів та їх ресурсів, зокрема, водних (річок), є цікавим та повчальним для України. Адже з 1772–75 рр по 1918 рік регулювання природоохоронних правовідносин на частині українських земель, зокрема, Східної Галичини, відбувалося в межах австрійської системи права. Протягом вказаного періоду західні українські землі (Східна Галичина, Буковина та Закарпаття) входили до складу Австрійської (Австро-Угорської з 1867 року) імперії.

**Стан дослідження.** Загалом становлення і розвиток державно-правових інститутів як Австрійської (Австро-Угорської з 1867 року) імперії, так і українських земель Східної Галичини в її складі, досліджували В. С. Кульчицький, Б. Й. Тищик, М. В. Никифорак, І. Й. Бойко, О. І. Мікула, І. Ю. Настасяк, О. В. Кондратюк, Н. Ю. Панич та інші.

Вивченню австрійського законодавства XIX — поч. XX ст., яке регулювало охорону та використання окремих природних об'єктів, приділили увагу О. І. Логвиненко, Б. В. Кіндюк, О. Р. Проців, В. М. Клапчук, П. Б. Хоецький., Р. С. Кірін та ряд інших українських науковців.

Проблеми розвитку та застосування австрійського законодавства про охорону та раціональне використання водних об'єктів не були предметом спеціального дослідження.

**Мета і завдання дослідження.** Зважаючи на те, що галицьке крайове законодавство з приводу охорони та раціонального використання водних об'єктів на території земель Східної Галичини, що перебували в складі Австрійської (Австро-Угорської з 1867 року) імперії ніхто спеціально не вивчав, мета пропонованої статті — аналіз становлення та розвитку правової охорони річок у Східній Галичині в другій половині XIX — на початку XX ст.

Для досягнення поставленої мети є необхідним розв'язання таких завдань:

- дослідження вимог, встановлених тогочасним австрійським крайовим законодавством щодо охорони та використання водних об'єктів та їх ресурсів;
- опрацювання архівних матеріалів, які підтверджують застосування та дотримання водного законодавства у Східній Галичині в кінці XIX — на початку XX століття.

**Виклад основних положень.** Австрійською владою для коронного краю Галичини та Володимирії з Великим князівством Краківським (куди входили й власне українські землі Східної Галичини. — Л. К.) було видано крайовий Водний закон від 14 травня 1875 року (Вісник законів крайових, далі — В. з. кр., № 38). Закон встановлював правовий режим вод в цьому краї. Передбачав право користування державними (публічними) водами без особливих пристроїв в звичайний спосіб для купання, миття, пиття, плавання, черпання, видобування з води рослин, мулу, піску, землі, каміння, за умови, якщо такі дії не змінюватимуть течію: «бъгу воды и береговъ...», та не порушуватимуть чужі права і не завдаватимуть шкоди іншим особам, і в місцях для цього призначених (§ 15) [1, с. 80].

А § 70 була встановлена відповідальність за порушення норм водного права: «противъ оуставъ регулирующихъ водне право». Мова йде про спорудження водних будівель або використання вод без дозволу, якщо одержання такого дозволу передбачено законом, а також самовільну зміну знаків для визначення висоти води і шкідливе для здоров'я засмічення вод. За це передбачався штраф в розмірі від 5 до 150 золотих ринських (валюта, яка діяла в австрійській Галичині до 1892 року, потім була замінена на корону згідно закону від 2 серпня 1892 року. — Л. К.), або арешт від 1 дня до одного місяця [1, с. 95].

Крім того, на території Східної Галичини діяли декілька крайових законів, які визначали основні принципи здійснення будівництва берегоукріплень та регулювання річок. Серед них: Закон від 15 травня 1897 року про регулювання середньої секції річки Гнила Липа (В. з. кр., № 20). Його нормами передбачено проведення розчистки та регулювання річки Гнила Липа на ділянці «від моста на дорозі державній в Руді до мосту на дорозі громадській в Бурштині в повіті Рогатинським» [2, с. 102]. При цьому в законі чітко зазначено, що варто було уникати можливого «великого небезпеченства, котре має бути усунене» [2, с. 103]. Згідно § 2 кошторис робіт, який затверджений міністерством сільсько-го господарства (рільництва), становив 346 000 золотих ринських. У 1896 році з такою ж метою був виданий Закон про регулювання річки Дністер.

Природні об'єкти та їх ресурси виконують не тільки екологічну, але й економічну функцію. Екологічна функція води виявляється в забезпеченні життєдіяльності людини, існування та розвитку рослинного і тваринного світу. Економічна функція виявляється у її здатності бути ресурсом промислового виробництва та іншого господарського використання. Власне для прискорення розвитку економіки 11 червня 1901 року було прийнято Закон про будову сплавних каналів в Австрії. Метою прийняття цього закону було дальше сприяння промисловості та торгівлі і подальшого розвитку економічного та фінансового життя в краї, адже сплавні канали можуть стати дешевими перевізними дорогами, налагодити зв'язки між сходом та заходом. Як видно з виступу на Першому українському просвітньо-економічному конгресі у Львові 1 і 2 лютого 1909 року доктора технічних наук, інженера Михайла Корнелля, вони допоможуть налагодити тісніші відносини з російською Україною, також дадуть можливість здешевлення перевезення кам'яного вугілля з Краківщини,



що в свою чергу спричиниться до розвитку промисловості. Цей закон зокрема передбачав, що будівництво каналу Вісла–Дністер мало б закінчитись до 1923 року (§ 6 закону) [3].

У квітні 1901 року в австро-угорський парламент була передана спільна петиція Львівського Політехнічного товариства (підписали Осолінський та Франке), Краківського Технічного товариства (підписали Смяловський та Стейнграбер) та Галицької інженерної палати (підписали Ясінський та Кедзерський) про необхідність будівництва сплавних каналів в Галичині (мова йде про західну та східну, українську) [див.: Державний архів Івано-Франківської області, далі — ДАІФО, ф. 7, спр. 187]. В першу чергу з метою здешевлення перевезення лісу в інші австрійські, і не тільки, краї, адже тарифи на залізничні перевезення [на той час] не можуть бути зменшені.

Дані організації запропонували гідротехнічному бюро Міністерства торгівлі запроєктувати будівництво каналів в Галичині, які б з'єднували Одер з Віслою під Краковом, далі Краків з Судовою Вишнею зі Львовом і Бродами, Судову Вишню з Дністром. Вони також вимагали від влади одночасно розпочинати будівництво галицьких каналів з каналами Дунай–Одер та Дунай–Влтава–Лаба (Ельба. — Л. К.).

Іншим пунктом вимог було пришвидшення регулювання русел сплавних річок та запевнення про систематичне проведення регулювання русел карпатських річок, надання щорічної дотації з державного меліораційного фонду відповідно до меморіалу Крайового виділу від 8 березня 1901 року. Також мова йшла про необхідність утворення окремого центрального органу — міністерства суспільних робіт. А до цього, питання водного будівництва (сплавних каналів, регулювання річок, меліорації та забудови водних гірських потоків) необхідно віднести до компетенції одного органу центрального водного уряду. І, під кінець, автори петиції закликали крайових техніків (інженерно-технічних працівників) до проектування та будівництва таких сплавних каналів [4, арк. 3].

А у часописі «Nafta» за липень 1901 року навіть був надрукований проект будівництва водних каналів, що покращило б становище галицького нафтового промислу [5, s. 99–100]. Пропонувалося створити крайову комісію, яка би відала будівництвом водних каналів, і до її складу ввести 1–2 представників нафтового промислу [6, s. 157]. Вочевидь, це питання не було належним чином врегульовано, тому що подальші тогочасні публікації свідчать, що в 1910 році до Галичини приїжджав міністр фінансів («скарбу») д-р Білінський «в справі будови водних каналів»: «Будові водних доріг спротивилася рішуче палата панів, бо державний бюджет виказує дефіцит, на покриття якого треба буде зтягнути в найближшій році 150 мільйонову позичку та вести позичкову «господарку» ще через ряд літ» [7, с. 3].

Архівні матеріали свідчать, що австрійська влада приділяла достатню увагу використанню річок на території як всієї імперії, так і її окремих країв. Для цього фахівцями інженерних служб складалися відповідні розрахунки, робилися креслення з регулювання русел окремих річок по певних ділянках [див.: ДАІФО, Ф. 49, 51, 441, 486, 487]. Або й навіть невеличких потічків, що

протікали в межах міст: потоку Рудки на лінії Станіславів–Вороненка [див.: ДАІФО, Ф. 7, оп. 1, спр. 10].

Велася службова переписка між управлінськими органами, зокрема Галицьким ц.(ісарським) к.(оролівським) Намісництвом у Львові та керівними органами по регулюванню річок на місцях. До прикладу, відповідно до розпорядження ц. к. Намісництва від 3 липня 1904 року на 1910 рік для розчистки та регулювання русла річки Бистриця на дільниці Єзупіль–Побережжя Станіславівського повіту було розроблено розрахунок на суму 63 054, 63 корон [8, арк. 15].

Статистика засвідчує, що у XIX ст. паводки в Карпатах траплялися в середньому через 18 років, у XX ст. — через 4–5 років [9, с. 12]. У результаті паводків відбувалися зміни русел річок і потоків. Паводкові води змивали лісосплавні греблі, кладки та інші прибережні споруди. Тому владою вживалися заходи щодо усунення наслідків таких катастроф. Постійно проводилися розчистки та регулювання річок. Навіть була створена комісія з регулювання річок в Галичині в складі 18 осіб — представників центральної урядової та місцевої влади. Із звіту цієї комісії бачимо, що на 1913 рік було заплановано для проведення робіт на річках використати 1 800 000 корон [10, арк. 10]. Також проводилися перевірки ходу робіт по регулюванню річок, в т. ч. і на території коронних країв, зокрема Східної Галичини [див.: ДАІФО, Ф. 441, спр. 35].

Однією з таких річок можемо назвати Полтву, для якої було вирішено спорудити підземне русло ще у 1886 році [див.: Державний архів Львівської області, далі — ДАЛО, ф. 3, оп. 1, т. 2, спр. 3422]. І тепер ця річка протікає під Львовом. Адаже наприкінці XIX століття міські урядники вирішили, що нічого, крім шкоди, ця річка Львову не приносить. Серед аргументів називали забagnюченість місцевості, гниття води, міради мух, комарів, малярійну загрозу, сморід. Останнє, вочевидь, і підказало їм єдино прийнятне рішення — заховати річку під землею, замурувати її, перетворивши у міську каналізаційну систему. Довжина каналізації за австрійського періоду становила: 1870 рік — 15 км, 1903 рік — 54 км, 1910 рік — 82 км [11]. Вважається, що завдяки крупним [австрійським] інвестиціям фактично було створено новий центр Львова (осушено болотисту долину ріки Полтви, для якої побудовано і нині діючий колектор) [12, 3].

Зауважимо, що в навколишньому природному середовищі все взаємопов'язане, природні об'єкти перебувають у взаємодії між собою. Відповідно, їх захист вимагає збалансованого, комплексного підходу. Адаже, до прикладу, негативний вплив на ліс спричинить шкоду і земельній ділянці, на якій проростають лісові насадження. Негативний вплив на води зашкодить тваринному світу, що перебуває у водному середовищі, і т. д. Тому австрійська влада (в т. ч. і на території Східної Галичини) вживала заходів, щоб мінімізувати негативний вплив на одні природні об'єкти, і тим самим запобігти погіршенню інших. На території Городокського повіту такий собі землевласник Любомирський вирубував ліс, що шкодило водним об'єктам у Волі Добрянській. Ця ситуація знайшла своє відображення в матеріалах переписки між Львівським магістратом та Городокським повітовим староством у 1905 році [див.: ДАЛО, ф. 3, т. 3, спр. 5029]. Даному землевласнику було заборонено проводити таку спустошливу вирубку лісу.

Деякі питання охорони водних об'єктів вирішувалися і в примусовому порядку. Рішенням Станіславівського окружного гірничого управління від 12 січня 1910 року за № I. 1488/09 було встановлено охоронну територію для водних джерел в гміні Малехів, якими здійснювалося водопостачання крайових сільськогосподарських закладів у Дублянах. У межах цієї охоронної території заборонялося проведення геолого-пошукових робіт, в т. ч. видобуток будь-яких корисних копалин [13, s. 318].

**Висновки.** Отже, у Східній Галичині діяло австрійське законодавство, що визначало правовий режим вод. Сюди віднесемо крайовий Водний закон 1875 року, Закон 1897 року про регулювання середньої секції річки Гнила Липа, Закон про регулювання річки Дністер 1896 року тощо. Цими законами встановлено вимоги щодо використання вод, відповідальність за їх порушення. Особливо наголошено на недопущенні шкідливого для здоров'я засмічення вод. А при проведенні розчистки та регулюванні річок (можемо простежити на прикладі річки Гнила Липа) варто було уникати можливого «великого небезпеченства, котре має(ло) бути усунене».

Підтверджують застосування та дотримання водного законодавства у Східній Галичині в кінці XIX — на початку XX століття архівні документи, що містяться в Державному архіві Івано-Франківської області та Державному архіві Львівської області.

Вважаємо перспективними подальші дослідження та науковий аналіз норм Водного закону 1875 року з метою порівняння із законодавством сучасної України.

### Література

1. Оустава водна зъ дня 14. Марта 1875, обовязуюча для Королевства Галиціи и Володимиріи вразъ зъ Великимъ Княжествомъ Краковскимъ // Вѣстникъ законовъ и распорядженій краевыхъ для Королевства Галиціи и Володимиріи разомъ съ великимъ Княжествомъ Краковскимъ. — Рокъ 1875. — № 38, часть XV : выдано и розослано дня 10. Юнія 1875. — Львовъ : Зъ печатнѣ Л. І. О. Рогоша, 1875. — С. 75–104.
2. Закон з дня 19. марта 1897, о регуляціи середньої секціи річки Гнила Липа // Вістник законів і розпоряджень краєвих для Королівства Галичини і Володимирії з Великим Княжеством Краківським. — Річник 1897. — № 20. — Львів : З печатні В. Лозінського, 1897. — С. 102–104.
3. Корнелля М. Будова водних каналів в Галичині і їх вплив на добробут краю / М. Корнелля // Протоколи і реферати Першого українського просвітно-економічного конгресу у Львові 1 і 2 лютого 1909 року — Львів : друкарня Наукового товариства ім. Шевченка під зарядом Н. Беднарского, 1910. — С. 427–433.
4. Державний архів Івано-Франківської області, м. Івано-Франківськ, Ф. 7. Станиславский городской магистрат (австро-венгерский период). 1841–1919 рр. Оп. 1. Спр. 187. Петиция «Львовского Политехнического общества» австро-венгерскому парламенту о строительстве сплавных каналов в Галиции, ускорении регуляции карпатских рек и создании отдельного министерства общественных работ, 1901 р., 4 арк.
5. Projekt budowy drog wodnych ze stanowiska galicyjskiego przemyslu naftowego (Memoryal do rządu od galic. Towarz. naftowego) // Nafta. Organ Galicyjskiego Przemyslu Naftowego pod redakcyą prof. R. Zalozieckiego. — Rocznik IX. — w lipcu 1901. — Zeszyt 7. — Lwow : Z Drukarni «Słowa Polskiego», pod zarządem Z. Halacinskiego, 1901. — S. 99–101.
6. Memoryal krajowego towarzystwa naftowego wreczony marszałkowi hr. A. Potockiemu // Nafta. Organ Galicyjskiego Przemyslu Naftowego pod redakcyą prof. R. Zalozieckiego. — Rocznik IX. —

- w październiku 1901. — Zeszyt 10. — Lwow : Z Drukarni «Słowa Polskiego», pod zarządkiem Z. Halacinskiego, 1901. — S. 157–158.
7. Польська райтерада // Діло. — Рік XXXI. — Ч. 238 від 25 жовтня 1910 р. — С. 3–4.
  8. Державний архів Івано-Франківської області, м. Івано-Франківськ, Ф. 441. Управління з регуляції річок Бистриця надвірнянська та Бистриця Солотвинська, м. Станіслав Станіславського повіту. 1888–1920 рр. Оп. 1. Спр. 1. Сметы, чертежи, переписка и отчеты комиссии по регуляции реки Быстрица на участке км. 7700–0000 Езуполь — Побережье Станиславского повета Львовского наместничества, 1888–1912 рр., 60 арк.
  9. Войцехівська-Павлишин М. Під знаками води і вогню: світове товариство об'єднується задля співпраці з природою / М. Войцехівська-Павлишин // Вечірній Івано-Франківськ. — 2010. — 16 вер. — С. 12.
  10. Державний архів Івано-Франківської області, м. Івано-Франківськ, Ф. 441. Управління з регуляції річок Бистриця надвірнянська та Бистриця Солотвинська, м. Станіслав Станіславського повіту. 1888–1920 рр. Оп. 1. Спр. 34. Протокол XIV засідання Комиссии по регуляции рек в Галиции, состоявшегося во Львове 20 марта 1913 года, 1913 р., 16 арк.
  11. Полтва (притока Західного Бугу). — [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.uk.wikipedia.org/wiki/Полтва\\_\(притока\\_Західного\\_Бугу\)](http://www.uk.wikipedia.org/wiki/Полтва_(притока_Західного_Бугу)) — Назва з титул. екрана.
  12. Українська Галичина та Австрія: історична довідка / Австрійське консульство у Львові. — Львів : [б. в.], 2005. — 6 с.
  13. Orzeczenie s. k. Urzędu gorniczego okregowego w Stanislawowie z 12-go stycznia 1910, I. 1488/09, o ustanowieniu rejonu ochronnego dla zrodel wody w gminie kat. Malechow, zasilajacych wodociąg krajowych Zakladów rolniczych w Dublanach // Nafta. Organ Krajowego Towarzystwa Naftowego pod redakcyą Dr. S. Barroszewicza. — Rocznik XIX. — 31 października 1911. — Zeszyt 20. — Lwow : Z Drukarni «Słowa Polskiego», pod zarządkiem J. Ziembinskiego, 1911. — S. 318.

### Анотація

**Коритко Л. Я.** Розвиток правової охорони річок у Східній Галичині в австро-угорський період. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду основних законодавчих актів щодо охорони та використання водних об'єктів (річок) у Східній Галичині в складі Австро-Угорської імперії. Серед них: крайовий Водний закон 1875 року, Закон 1897 року про регулювання річки Гниля Липа, Закон про регулювання річки Дністер 1896 року.

**Ключові слова:** води, охорона вод, Східна Галичина, Австро-Угорщина.

### Аннотация

**Коритко Л. Я.** Развитие правовой охраны рек в Восточной Галичине в австро-венгерский период. — Статья.

В статье рассматриваются основные законодательные акты, регулирующие охрану и использование водных объектов (рек) в Восточной Галичине в составе Австро-Венгерской империи. Среди них: краевой Водный закон 1875 года, Закон 1897 года о регулировании реки Гнилая Липа, Закон о регулировании реки Днестр 1896 года.

**Ключевые слова:** воды, охрана вод, Восточная Галичина, Австро-Венгрия.

### Summary

**L. Ya. Korytko** Development of Legal Protection of the Rivers in the Eastern Halychyna in Austria-Hungarian Period. — Article.

The article considers the main legislative acts concerning the protection and use of the water objects (rivers) in the Eastern Halychyna forming part of Austria-Hungarian Empire. Among them are: the land Water Law from 1875, the Law of 1897 about regulation of the river Hnyla Lypa (the Rotten Lime), the Law about regulation of the river Dnister of 1896.

**Keywords:** waters, protection of waters, the Eastern Halychyna, Austria-Hungary.

**ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ОСНОВИ ЮРИДИЧНОЇ  
ГЕРМЕНЕВТИКИ У ПРАЦЯХ Є. В. ВАСЬКОВСЬКОГО**

Історія виникнення юридичної герменевтики бере свій початок в теології та грецькій міфології. Одні науковці пов'язують герменевтику з ім'ям античного бога Гермеса [1, с. 45], пояснюють походження терміну «герменевтика» від грецького «герменео» (роз'яснюю) [2, с. 7]. Інші вчені пов'язують герменевтику з дієсловом *hermeneuein*, що перекладається як «інтерпретувати, роз'яснювати» [3, с. 37]. Відповідно, з давніх-давен проблеми інтерпретації призводять до необхідності розробки герменевтичної науки.

В подальшому юридична герменевтика розвивається і в її основу лягає найважливіша категорія «розуміння» досліджуваних явищ. На науковому рівні вже давно доведені і актуальність герменевтичного підходу, і його необхідність, однак дослідники так і не дійшли спільного висновку щодо значення юридичної герменевтики в правовій науці. Під юридичною герменевтикою слід розуміти конкретний метод інтерпретації правової дійсності, особливий методологічний напрямок, інтегруючий тип праворозуміння сучасного правознавства [4, с. 14]. Так, на думку О. І. Овчиннікова, такий тип праворозуміння зобов'язаний надати повну уяву про право, а за допомогою прийомів герменевтики відкривається можливість узгодити одиничні і загальні, особисті і соціальні, ірраціональні та раціональні явища, що у сукупності складає призначення правового мислення [5, с. 90].

В юридичній науці існує багато концепцій, теорій різних авторів щодо проблем юридичної герменевтики, які побудовані на характерній різним епохам методологічній основі. Вказані наукові розробки сприяють еволюції наукових поглядів щодо юридичної герменевтики, формують її в теоретичне вчення, до якого входять: логіко-теоретична основа, понятійно-категоріальний апарат. Глобальний внесок в розвиток юридичної герменевтики зробив вітчизняний правознавець, доктор цивільного права Євген Володимирович Васьковський.

Перший етап розвитку юридичної герменевтики у вітчизняній науці XIX сторіччя розвивався під впливом різноманітних факторів, у тому числі соціально-економічних, політичних, ідеологічних, культурних. Зазначений розвиток юридичної герменевтики був також зумовлений станом законодавства, судової практики, правосвідомості та юридичної освіти. Безпосередній вплив на російську юридичну науку даного періоду здійснювали положення німецької філософії та історична школа права. Неодноразово у своїх працях багато вчених підкреслювали характерну особливість руського права, яка мала прояв в запозиченні західних зразків правотворчості [6, с. 17]. Саме на цьому етапі розвитку юридичної герменевтики займався науковою діяльністю представник вітчизняної цивілістичної школи Є. В. Васьковський.

Цивілістика в Росії спочатку розвивалась під впливом візантійського права, пізніше виникла ідея «Москва — третій Рим», а вже у XVIII сторіччі зародилася «петровська рецепція західного права» [7, с. 62]. В подальшому розвиток вітчизняної цивілістичної науки відбувався під впливом західних ідейних положень, а саме консерватизма, лібералізму та соціалізму. Стійкий вплив римського права на цивільне право України, а візантійського — на спадкування та сімейне право — констатує Є. О. Харитонов [8, с. 388].

Юридична герменевтика досліджуваного періоду ще не мала усталеної сформованої теорії. Її основу складали деякі емпіричні правила, що були сформульовані римськими юристами і мали обмежене умовне значення. На той час закономірності розвитку права тільки починають формуватися як фундаментальні методологічні основи правознавства. Однак слід відзначити, що на даному етапі юридична герменевтика як навчальна дисципліна входила до складу навчальних планів російських імператорських університетів. Отже, вітчизняна юридична наука у 50-ті роки XIX сторіччя використовує посилання до правил юридичної герменевтики. І тільки у 70-ті роки XIX сторіччя вітчизняні правознавці починають теоретично розробляти деякі питання юридичної герменевтики. В цей період науковцями були зроблені перші спроби уточнення юридичної герменевтики як самостійної науки, але комплексних спеціальних досліджень на той час не було.

Як було нами зазначено вище, особистий внесок у розробку герменевтичної проблематики, а також методів, способів тлумачення юридичних текстів зробив Євген Володимирович Васьковський. Вважаємо за необхідне детально зупинитися на досягненнях цього вченого у сфері розвитку юридичної герменевтики.

У 1901 р. Є. В. Васьковський захистив докторську дисертацію «Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов» і отримав вчений ступінь доктора права [9, с. 229]. Слід зазначити, що в зазначеній праці автор використовував юридичну герменевтику як науковий напрямок пізнання правознавства. Пізніше свою докторську дисертацію автор перевтілює в «Руководство к толкованию и применению законов для начинающих юристов». На думку В. А. Белова, ця робота є найкращою в теорії і практиці тлумачення законодавчих норм і єдиною працею, присвяченою методології пізнання суті закону, волевиявленню законодавця [10, с. 32].

Є. В. Васьковський зробив аналіз стану юридичної герменевтики того часу і дійшов висновку, що правила тлумачення не можуть замінити ні мислення, ні юридичної освіти. Він вважав, що юрист набуває навички використання закону завдяки постійним вправам, що дозволяє йому швидко орієнтуватися в законодавстві і використовувати його положення для окремих випадків, ситуацій [10, с. 57]. Науковець відносив юридичну герменевтику до певного виду мистецтва і вважав, що кожний вид мистецтва на шляху свого розвитку проходить два головні етапи: емпіричний та раціональний або науковий [10, с. 58]. На його погляд, стан юридичної герменевтики як виду мистецтва на той час не мав усталеної раціональної теорії, а всі її положення та розробки мали

стисле, умовне значення. Отже, в своїх працях Є. В. Васьковський підтримує розвиток науки юридичної герменевтики і вважає, що існує реальна необхідність у створенні раціональної теорії, якій було присвячено його «Руководство к толкованию и применению законов для начинающих юристов».

При написанні вищезазначеної праці Євген Володимирович часто опирався на розробки німецьких юристів XIX сторіччя і посилався на Фрідріха Бласса [11]. Використовуючи досвід німецьких юристів, науковець вважав, що при тлумаченні законів повинні бути дотримані правила, які необхідні для розуміння певного літературного твору. Таким чином, Є. В. Васьковський пропонував під час інтерпретації законів використовувати загальні герменевтичні прийоми з урахуванням правил тлумачення, встановлених в діючому вітчизняному законодавстві. Він вважав, що матеріал, за допомогою якого будуються правила тлумачення, повинен виходити, по-перше, із положень філологічної герменевтики; по-друге, із аналізу законодавчих норм; по-третє, із приписів самого законодавця [12, с. 62]. При цьому правила першої і другої групи носять універсальний характер і застосовуються до законодавства в цілому, а правила третьої групи є спеціальними.

Слід відзначити, що Є. В. Васьковський поділяв тлумачення на мовне і реальне і виокремлював їх як стадії процесу тлумачення. Так, тлумачення норм, згідно з працями цього автора, здійснюється поступово і має три стадії: мовне тлумачення, реальне тлумачення і логічний розвиток норм. Враховуючи викладене, Є. В. Васьковський доходить висновку, що перша стадія тлумачення — мовне тлумачення складається з чотирьох елементів (лексичного, синтаксичного, логічного і стилістичного), які у своїй сукупності розкривають мовний зміст тексту. На думку автора, найважливішими правилами мовного тлумачення є:

- розуміння слів у тексті закону у загальноприйнятому смислі;
- розуміння окремих семантичних одиниць у сукупності, оскільки зміст слів залежить від способу їх взаємозв'язку між собою;
- використання слів у звичайному, а не у виключному значенні, окрім указаних законом випадків;
- всі сумніви стають зрозумілими у техніко-юридичному смислі;
- жодне слово закону не повинно при тлумаченні залишитися зайвим [13, с. 32].

Процес мовного тлумачення норм включає в себе використання всіх цих елементів і повинен здійснюватися з урахуванням загальних правил граматики, стилістики та філологічної герменевтики. Отже, цілком очевидним є те, що перший етап тлумачення, за Є. В. Васьковським, відповідає першому елементу юридичної герменевтики — розумінню.

Незалежно від результату мовного тлумачення наступним етапом є реальне тлумачення, оскільки за буквального змістом завжди повинно йти визначення внутрішнього змісту норми. Є. В. Васьковський виокремлює чотири основні групи засобів реального тлумачення правових норм: авторитетні роз'яснення, логічне співвідношення між нормами, систематичне положення та підстави.

При цьому автор особливо вказує на відмінність юридичної герменевтики від загальної філологічної герменевтики. По-перше, він вбачає відмінність в тому, що норми, які тлумачать, у сукупності складають чинне право і повинні бути всім відомими і всіма дотримуватися. По-друге, це неможливість визначити автора закону. Отже, можна зробити висновок про те, що Є. В. Васьковський намагався систематизувати засоби інтерпретаційної діяльності, що відповідають другій стадії герменевтичного процесу. Слід також відзначити, що автор вважав ці засоби за характером спрямованості та впливу на зміст правових норм прямими (безпосередньо розкривають смисл норм), а також непрямыми (розкривають смисл норм завдяки логічній роботі з ними).

В подальшому в своїх працях, присвячених розвитку інтерпретаційного процесу, Євген Володимирович обґрунтовує ідею герменевтичної спіралі. Сенс цього прийому полягає у тому, що у випадках зрозумілого і незрозумілого роз'яснення правової норми необхідно повторно провести процес інтерпретації на новому рівні (реального тлумачення) або для підтвердження правильності мовного тлумачення, або для роз'яснення незрозумілого смислу.

Достатню увагу Є. В. Васьковський приділяв такому складовому елементу реального тлумачення, як логічний розвиток. Під логічним розвитком автор розуміє вичерпування із існуючих норм інших норм, явно не виражених, однак таких, в яких існують: висновок тотожності, висновок протилежності та висновок по аналогії. Метою і кінцевою стадією герменевтичного процесу повинно бути застосування права, втілено легко і швидко [10, с. 427].

Таким чином, на підставі викладеного можна зробити наступні висновки. По-перше, на початку XX сторіччя у вітчизняній юридичній науці під впливом суспільно-економічних відносин сформувався підхід щодо необхідності подальшої розробки вчення про юридичну герменевтику. Автором цього підходу був вітчизняний науковець, представник цивілістичної школи Євген Володимирович Васьковський. По-друге, під час аналізу праць вказаного вище автора слід відзначити, що юридична герменевтика Є. В. Васьковського є пріоритетним напрямком юридичної думки. Автор визнавав найважливішим напрямком розвитку вітчизняної юридичної науки — подальшу розробку, теоретичне осмислення, побудову і класифікацію наукових методів праворозуміння, тлумачення і застосування правових норм, заснованих на загальних принципах філософської герменевтики. По-третє, в структурі вчення Є. В. Васьковського присутні окремі елементи, які відповідають структурі сучасної юридичної герменевтики, однак сам інтерпретаційний процес автор визначає не лінійно, а у вигляді герменевтичної спіралі.

Отже, враховуючи ідейні погляди та прийоми юридичної герменевтики у працях Є. В. Васьковського, який досліджував це явище на початку XX сторіччя, можна констатувати, що вони стали теоретичною та методологічною основою для розробки теорії юридичної герменевтики в цілому та її окремих питань в Україні та інших країнах в радянський і пострадянський період.



### Література

1. Грайве Р. Мифы Древней Греции / Р. Грайве ; под ред. А. А. Тахо-Годи. — М. : Прогресс, 1992. — 624 с.
2. Сузи В. Н. Герменевтика: история и концепция: учебное пособие / В. Н. Сузи. — Петрозаводск : Изд-во ПетрГУ, 2005. — 89 с.
3. Кун Н. А. Легенды и мифы Древней Греции / Н. А. Кун. — Рига : Советская Латвия, 1975. — 464 с.
4. Васюк А. В. История возникновения и развития юридической герменевтики в России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / А. В. Васюк. — М., 2011. — 24 с.
5. Овчинников А. И. Правовое мышление: аксиологический и герменевтический аспекты: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 09.00.10 : «Философия политики и права» / Овчинников Алексей Игоревич. — Ростов н/Д., 2000. — 169 с.
6. Акчурина Н. В. Историческое правоведение: становление, развитие в России в 30–70-х годах XIX века / Н. В. Акчурина. — Саратов : СГАП, 2000. — 175 с.
7. Летяев В. А. Рецепция римского права в России XIX — начала XX века: (историко-правовой аспект) / В. А. Летяев. — Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2001. — 244 с.
8. Харитонов Е. О. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепти) / Е. О. Харитонов. — О. : Фенікс, 2008. — 464 с.
9. Професори Одеського (Новоросійського) університету : біографічний словник. — 2-ге вид., доп. — О. : Астропринт, 2005. — Т. 2. — А–І. — 743 с.
10. Васьковский Е. В. Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васьковский. — М. : АО «ЮрИнфоР», 2002. — 508 с.
11. Бласс Ф. Герменевтика и критика. / Фридрих Бласс ; пер. с нем. Л. Ф. Воеводский. — Одесса : Тип. Штаба Одесского Военного округа, 1891. — 194 с.
12. Васьковский Е. В. Учебник гражданского права / Е. В. Васьковский. — Спб.: Издание книжного магазина Н. К. Мартынова, 1984. — Вып. Первый. Введение и общая часть. — 169 с.

### Анотація

**Корнієнко І. В.** Теоретико-методологічні основи юридичної герменевтики у працях Є. В. Васьковського. — Стаття.

У статті досліджується теоретико-методологічні основи юридичної герменевтики у наукових працях представника вітчизняної юридичної науки Є. В. Васьковського. Виявлено окремі елементи юридичної герменевтики як процесу розуміння, тлумачення та застосування правових норм.

**Ключові слова:** юридична герменевтика, теоретико-методологічні основи, тлумачення, праворозуміння, ідейні погляди Є. В. Васьковського.

### Аннотация

**Корниенко И. В.** Теоретико-методологические основы юридической герменевтики в работах Е. В. Васьковского. — Статья.

В статье исследуются теоретико-методологические основы юридической герменевтики в научных трудах представителя отечественной юридической науки Е. В. Васьковского. Выявлены отдельные элементы юридической герменевтики как процесса понимания, толкования и применения правовых норм.

**Ключевые слова:** юридическая герменевтика, теоретико-методологические основы, толкование, правопонимание, идейные взгляды Е. В. Васьковского.

### Summary

**Kornienko I. V. Theoretical and Methodological Grounds of Legal Hermeneutics in works of Ye. V. Vaskovsky.**

The article examines the theoretical and methodological foundations of law hermeneutics in scientific works of representative of the national legal science E. V. Vaskovsky.

There were identified some elements of law hermeneutics as a process of understanding the interpretation and application of legal norms.

**Keywords:** legal hermeneutics, theoretical and methodological framework, the interpretation of law, the ideological views of E. V. Vaskovsky

УДК 340.15(477).«10/18»:347.956.001.71

**В. О. Павелко**

### ЕВОЛЮЦІЯ ІНСТИТУТУ АПЕЛЯЦІЙНОГО СУДОЧИНСТВА НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ ВІД КИЇВСЬКОЇ РУСІ ДО СЕРЕДИНИ ХІХ СТОЛІТТЯ

**Актуальність дослідження.** Дослідження історії виникнення та розвитку інституту апеляції в нашій державі має вагоме значення для визначення сутності апеляції, її характерних рис та місця в системі структури цивільного процесу України, і відповідно розробки ефективної процедури перегляду судових рішень в порядку апеляційного провадження. Однією з основних засад здійснення судочинства в Україні є забезпечення винесення судами законних й обґрунтованих рішень по справах, які ними розглядаються (ст. 129 Конституції України). Тому детальне забезпечення всіх умов для здійснення перевірки законності рішень судів, врегулювання порядку перегляду судових рішень, набуває на сьогоднішній день виключного значення.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Доосліджувана проблематика висвітлюється в працях таких сучасних представників суспільних наук, як: Е. А. Борисова [1], М. Кобилицький [2], С. Кудін [3], П. Ф. Щербина [5].

**Метою** даної статті є дослідження розвитку інституту судової апеляції на українських землях від Київської Русі до початку ХІХ століття, порядку оскарження судових рішень за Статутом цивільного судочинства 1864 року, а також з'ясування особливостей апеляції та формування на цій основі рекомендації та пропозиції щодо використання позитивного досвіду того часу для удосконалення діяльності судів в теперішній час.

За часів Київської Русі судових установ як державних органів не існувало, а судовий процес носив загальний характер. Суди були народними і здійснювали правосуддя у відповідності із звичаєвим правом. В цей період судова система мала лише одну інстанцію, а інституту апеляції не було [1, с. 22].

В період Литовсько-Руської держави до кінця ХІV століття (1386 р.) на землях, які знаходились під владою Великого князівства Литовського (Східна

Волинь, Київщина, Чернігово-Сіверщина, Поділля) суд був подібний до суду Київської Русі, носив загальний характер.

У Галичині, що із другої половини XIV ст. перебувала у складі Королівства Польського, апеляційне оскарження судових рішень здійснювалося до вічових судів, які були вищими апеляційними установами. Вони збиралися тричі на рік під проводом воєводи.

З XV ст. апеляція здійснювалася до короля і з цього часу починається занепад вічових судів. Із судів західноукраїнських міст апеляції направлялися до суду м. Львова, а звідти — до комісарського суду м. Кракова. Згодом апелювання на рішення магістратських судів здійснювалося до королівського суду.

У Великому князівстві Литовському Жалуваною грамотою 1457 року та Судебником Казимира 1468 року було узаконено і врегульовано компетенцію панських судів. Згідно з вищевказаними актами пан-шляхтич мав право одноособово вершити суд над селянами.

Прийняття Литовських статутів було значним кроком в розвитку інституту апеляційного оскарження рішень суду. Обов'язковий інстанційний порядок розгляду справ судами був запроваджений з прийняттям I Статуту 1529 року (арт. 2, розділ VI). Статут 1529 року містив норми Руської правди і українського звичаєвого права.

Статут 1566 року містив польські нормативні акти і норми німецького права («Саксонське зеркало», «Порядок прав міських»). Саме з них була запозичена думка в українське право щодо інституту апеляції, адже німецькому праву уже був відомий інститут оскарження до вищестоящего суду судових рішень, що не вступили в законну силу [7, с. 204].

Спочатку скарга виносилась не тільки проти суду (судді), а й проти інших доказів, присяги свідків тощо. Скарга на суддю спочатку була єдиним способом оскарження рішення суду. Вона виносилась після видачі остаточного рішення до вищестоящего суду і підтверджувалась наданням закладу, який слугував компенсацією судді, якого звинуватили неправомірно. З часом скарга на суддів змінюється на апеляцію. Апеляцію до вищих судів можна було вносити на рішення нижчих усіх судів. Суд повинен був розглянути таку скаргу й винести рішення, що підтверджувало або відхиляло правомірність цієї скарги.

Судебник 1497 року чітко визначив порядок оскарження судових рішень. Він регулював порядок подачі скарг на рішення суду і порядок перегляду справ по даних скаргах судами вищестоящої інстанції (пересуд) і відміни неправильного рішення. Кожна сторона наділялась правом на перегляд справи у вищестоящій інстанції, якщо вона ставила під сумнів протокол судового засідання і рішення суду. Тобто передбачалось оскарження не дій судді, а саме рішення суду. При зверненні до суду сплачувалось мито, розмір якого залежав від рівня інстанції.

Судебник 1550 року передбачав перегляд неправильного рішення і відповідальність суддів за його винесення. Також було впроваджено положення про те, що не можна було оскаржити судові рішення у зв'язку зі змінами законодавства (ст. 97).

Прогресивною була норма Судебника 1550 року, що виключала обмеження щодо перегляду рішень по певних категоріях справ, тим самим розширюючи коло справ, рішення по яких може бути оскаржено (ст. 51).

Після створення Речі Посполитої (укладання Люблінської унії 1569 року) під владою корони опинились майже всі українські землі. На них було запроваджено польський судоустрій, який характеризувався багатоманітністю судових органів, крім земських, гродських (замкових) і підкоморних судів, а в містах з магдебурзьким правом — міські суди, магістрати і ратуші, цехові суди. Скарги на рішення і вироки цих судів на території українських земель розглядав суд Великого князя [3, с. 15]. Литовським статутом 1566 року були встановлені правила для подання апеляції та переносу справи на суд господаря.

Луцький трибунал, створений 1579 року, діяв як вища апеляційна інстанція для Брацлавського, Волинського, Київського, Подільського, Руського та Чернігівського воєводств.

На рішення міських судів, які здійснювали судочинство за магдебурзьким правом, апеляція подавалась у Львівський суд (Привілеї 144 року). При подачі апеляції необхідно було сплатити мито (16 злотих). Апеляційним судом третьої інстанції був «Німецький суд Краківського замку», після якого рішення можна було оскаржити до Королівського суду [2, с. 109]. Після ліквідації Луцького трибуналу з 1590 року апеляції став розглядати загальний Люблінський трибунал.

Можна зробити висновок, що судова система часів Литовсько-Руської держави і польського панування на українських землях в XIV — XVII ст. цілком сформувався інститут апеляційного оскарження рішень суду першої інстанції.

У період Гетьманщини (друга половина XVII—XVIII ст.) було знищено судову систему Речі Посполитої, яка була становою. Так звані статутні суди, що склалися із земельних, гродських та підкоморських судів, були ліквідовані і введено систему козацьких судів, які склалися із сільських судів отаманів, сотенних та полкових судів, Генерального військового суду. Вищою інстанцією був Генеральний військовий суд, який проіснував до 1763 року.

Подальший розвиток апеляційне провадження знайшло у визначній пам'ятці українського права проекті кодексу «Права, за якими судиться малоросійський народ» (1743 р.). Основні засади апеляційного судочинства були врегульовані нормами литовських статутів (особливо Статутом 1588 року).

В «Правах, за якими судиться малоросійський народ» були закріплені не тільки поняття апеляції, але й досить детально врегульована процедура апеляційного оскарження судових рішень (в артикулах 35, 36 глави 8). Визначено порядок подачі та прийому апеляційної скарги, апеляційний строк на оскарження судового рішення. На рішення сотенного суду можна було подати скаргу на протязі 17 днів до полкового суду. На рішення полкового суду потрібно було подати скаргу на протязі 6 днів до Генерального суду. На рішення Генерального суду потрібно подавати апеляційну скаргу на протязі 7 днів до Генеральної військової колегії.

Заборона перешкоджати суду I інстанції у поданні обґрунтованої скарги тягла до скасування рішення, сплати штрафу та відшкодування завданої шкоди стороні, що постраждала. Подання апеляції зупиняло виконання рішення.

Розвиток і удосконалення апеляційного провадження протягом XVII–XVIII століть відбувається на Лівобережній і Правобережній Україні. Під час національно-визвольної війни під проводом Богдана Хмельницького у 1648–1657 рр. польська судова система була скасована і створювалась нова система, яка складалась з генерального суду, полкових, сотенних і сільських судів. Апеляція могла подаватись у разі незгоди з постановою, про майбутню апеляцію повідомлялось одразу у судовому засіданні або протягом десяти днів після винесення рішення.

Підставами апеляції було порушення процесуальних норм під час здійснення судочинства, необґрунтованість рішення. У разі подання апеляції виконання рішення припинялось на час розгляду справи у суді вищої інстанції. Апеляційна інстанція розглядала справу, підтверджувала раніше винесене рішення, або скасовувала його [3, с. 15].

Для сільських суддів апеляційною інстанцією були сотенні суди, рішення яких можна було оскаржити до полкових судів. Генеральний суд діяв як суд першої інстанції у справах особливої важливості, а пізніше — вища апеляційна інстанція (з початку XVIII ст. рішення Генерального суду можна було оскаржити до Генеральної військової канцелярії).

В 1760–1763 рр. гетьман К. Розумовський провів судову реформу, яка полягала в реорганізації судових установ на зразок системи, передбаченої Литовськими статутами (Універсалом 19 листопада 1763 року було встановлено земські, підкоморні і гродські суди). Замість сотенних та полкових судів було введено нові суди. Українські землі було поділено на 20 повітів, у кожному повіті створювався земський суд з цивільних справ, підкоморський суд з земельних справ та гродський суд, який розглядав кримінальні справи та існував у кожному полковому місті. Суддів обирала місцева старшина.

Генеральний військовий суд став найвищим судовим органом і апеляційною інстанцією. Процедура апеляційного провадження майже не зазнала змін, але було спрощено порядок подачі та розгляду апеляції за рахунок зменшення судових інстанцій, що прискорило апеляційне провадження і сприяло зменшенню судової тяганини. Отже, судова реформа 1760 р. поновлювала в Україні стару статутну систему судів та відокремлювала судову владу від адміністрації [5, с. 48].

У Правобережній Україні продовжувала існувати судова система Речі Посполитої. Вищим становим (апеляційним) судом був коронний трибунал. З 1764 р. судовими справами України займався Люблінський трибунал. У 1792 р. земські, гродські й підкоморські суди було замінено земськими судами. Міські суди реорганізовано у 1791 р. з підпорядкуванням асесорському суду як суду апеляційному.

З 1775 року в Слобідсько-Українській, Херсонській, Катеринославській, Таврійській губерніях діяла судова система Росії. У 1831 р. магдебурзьке право

у всіх містах Лівобережжя було скасовано, а у Києві — в 1835 році. Чинність третього Литовського статуту було скасовано у 1842 р. [10, с. 465].

У 1864 р. було проведено судову реформу, яка відображена в чотирьох законодавчих актах, прийнятих 20 листопада 1864 р. (серед яких Статут цивільного судочинства), значно змінила судову систему, упорядкувавши її і установивши принцип двох інстанцій, що означало можливість розгляду справи по суті тільки у двох інстанціях. Апеляційні суди були другою інстанцією, а саме для світських судів були мирові з'їзди, для окружних судів — Судові палати. Рішення судів другої інстанції були остаточними і підлягали негайному виконанню [6, с. 174].

Апеляційний суд відповідно до розділу 2 глави 1 відділу 1 Статуту цивільного судочинства діяв за принципом повної апеляції, тобто здійснював розгляд справи по суті так само, як і суд першої інстанції. Сторони могли подавати апеляційну скаргу на всі рішення окружного суду (ст. 743), але тільки до того суду, який постановив рішення (ст. 744) [8, с. 86].

В апеляційній скарзі має бути вказано, чи на все рішення подається скарга, чи на деякі його частини; якими обставинами справи і законами спростовується правильність рішення; в чому полягає зміст клопотання [9, с. 75].

Рішення могло бути оскаржено на протязі чотирьох місяців (по справах скороченого провадження — одного місяця) з дня проголошення даного рішення (ст. 748). Строк починає відраховуватися з дня проголошення рішення (ст. 749). Норми статуту закріплювали обов'язкове надсилання копії відповідачу по апеляційній скарзі для надання ним пояснень.

Детально врегульовувався порядок апеляційного провадження справи в суді апеляційної інстанції. Сторони могли подавати нові докази, просити про допит нових свідків, посилалися на нові факти, але не мали права висувати нові вимоги, не пред'явлені в суді першої інстанції (ст. 747).

Апеляційний суд повинен був вирішити справу, не повертаючи її в суд першої інстанції до нового розгляду и в межах апеляційної скарги не виходячи за її доводи (ст. 772). Це визначало правову волю учасників справи і невтручання нікого, в тому числі суду, у приватноправові відносини. Слід також відмітити, що апеляційну скаргу могли повернути, а також залишити без руху (ст.ст. 755, 756).

Проаналізувавши історичний шлях розвитку інституту апеляції на українських землях від Київської Русі до середини XIX століття, можна зробити висновок, що інститут апеляції та інстанційність розгляду справ є не новим для вітчизняного процесуального права. Оскарження судових рішень виникло з моменту існування на українських теренах перших правових актів (приблизно XI ст.). Подальший розвиток інституту апеляції відбувався в процесі історичного розвитку права на українських землях (Права, за якими судиться Малоросійський народ). Далі йде період розповсюдження на українських землях норм російського права (Статут цивільного судочинства 1864 року, Судові статuti 1864 року).

Оскарження судових рішень в XIX ст. докорінно змінило судовий лад в порівнянні з XVIII ст., оскільки в результаті проведених перетворень у Росій-

ській державі склалась чітка інстанційна судова система (суди першої інстанції, апеляційні суди та Касаційний суд). Статут цивільного судочинства 1864 року окремо закріпив інститут апеляційного оскарження судових рішень.

Слід виділити, що окремі положення апеляційного провадження за Статутом цивільного судочинства 1864 р. простежуються і в сучасному цивільному процесі України, наприклад порядок звернення з апеляційною скаргою, встановлені строки на апеляційне оскарження, межі перегляду судом апеляційної інстанції, сплату судового збору за подання апеляції, надсилання копії скарги іншій стороні. Отже, апеляційне оскарження судових рішень на території українських земель існувало до остаточного встановлення Радянської влади і було знову відновлене на підставі Конституції України 1996 року.

### Література

1. Борисова Е. А. Апелляция в гражданском (арбитражном) процессе. — 2-е изд. исправл. и доп. — М.: Городец, 2000. — 22 с.
2. Кобилицький М. Суд у місті Львові з магдебурзьким правом // Право України. — 2001. — № 10. — С. 109–111.
3. Кудін С. Судочинство Гетьманщини // Закон і бізнес. — 2000. — № 9. — С. 15–17.
4. Кудін С. Судочинство Литовсько-Руської держави // Закон і бізнес. — 2000. — № 3. — С. 15–19.
5. Щербина П. Ф. Судебная реформа 1864 года на Правобережной Украине. — Л.: Вища школа, 1974. — С. 48–52.
6. Российское законодательство X–XX веков: В 9 т. — 1867. — Т. 5. — С. 174–176.
7. Саксонское зеркало. Памятник права: комментарии, исследования / отв. ред. В. М. Корецкий. — М.: Наука, 1985. — ЗПП 12. — п. 4.
8. Судебные уставы 20 ноября 1864 года. — СПб. — 1867. — С. 86–88.
9. Учреждение судебных установлений / Российское законодательство X — XX веков: В 9-ти томах. — М., 1984. — Т. 8. — С. 75–83.
10. Учреждение судебных установлений // Судеб. Уставы с изложением рассуждений, на коих они основаны: 20 нояб. 1864 г. — 2-е доп. изд. — СПб.: Изд-во Гос. Канц., 1867. — Ч. 3. — 567 с.

### Анотація

**Павелко В. О.** Еволюція інституту апеляційного судочинства на українських землях від Київської Русі до середини XIX століття. — Стаття.

У статті досліджується розвиток інституту судової апеляції на українських землях від Київської Русі до початку XIX століття, порядку оскарження судових рішень за Статутом цивільного судочинства 1864 року, а також з'ясовуються особливості апеляції та формуються на цій основі рекомендації та пропозиції щодо використання позитивного досвіду того часу для удосконалення діяльності судів в теперішній час.

**Ключові слова:** апеляція, оскарження судових рішень, судова реформа 1864 року, судові статути 1864 року, Статут цивільного судочинства 1864 року.

## Аннотация

**Павелко В. А.** Эволюция института апелляционного судопроизводства на украинских землях от Киевской Руси до середины XIX века. — Статья.

В статье исследуется развитие института судебной апелляции на украинских землях от Киевской Руси до начала XIX века, порядка обжалования судебных решений по Уставу гражданского судопроизводства 1864 года, а также выясняются особенности апелляции и формируются на этой основе рекомендации и предложения по использованию положительного опыта того времени для совершенствования деятельности судов в настоящее время.

**Ключевые слова:** апелляция, обжалование судебных решений, судебная реформа 1864 года, судебные уставы 1864 года, Устав гражданского судопроизводства 1864 года.

## Summary

**Pavelko V. O.** Evolution of the Institute of appeal proceedings in the Ukrainian lands from Kievan Rus to the mid-nineteenth century. — Article.

The article investigates the development of the institution of judicial appeal to the Ukrainian lands of Kievan Rus to the beginning of the XIX century, the order of appeal against court decisions under the Charter of Civil Procedure, 1864, and clarified particular appeal and this formed the basis of recommendations and suggestions on the use of the positive experience of that time to improve of the courts at present.

**Keywords:** appeal, appeal court decisions, judicial reform in 1864, court statutes in 1864, the Charter of Civil Procedure 1864.

УДК 347.963(470).«1864».001.73

**О. М. Павлюк**

## ПРАВОВИЙ СТАТУС ПРОКУРАТУРИ ЗА СУДОВОЮ РЕФОРМОЮ 1864 р. В РОСІЙСЬКІЙ ІМПЕРІЇ

**Постановка проблеми.** Для вдосконалення організації та діяльності прокуратури в Україні дослідники все частіше звертаються до досвіду минулого, зокрема й до вивчення історії органів прокуратури, які функціонували в українських губерніях Російської імперії в XIX ст., тому актуальність цієї теми значна для сьогоденної України. Система органів прокуратури — один з таких інститутів держави, який, як і інші, потребує вдосконалення, але для того необхідні теоретичні та історико-правові знання.

Сучасна демократична держава не може існувати без ефективної системи органів прокуратури. Її діяльність у остаточному рахунку має бути підпорядкована меті забезпечення фундаментальних прав і свобод людини, що є сенсом діяльності держави. Першочерговим завданням прокуратури залишається й забезпечення належного рівня правопорядку, зміцнення законності в суспільстві, стримування злочинності в економічній та інших сферах.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання проблеми, на які спирається автор.** Окремі питання прокурорських органів розглядали в деяких працях з історії судової реформи 1864 р. в Росії, зокре-



ма, в працях російських науковців М. Н. Філіпова, К. А. Скальковського, К. Д. Кавеліна, М. Ф. Дмитрієва, А. М. Унковського, А. Ф. Коні, І. В. Гессена, Г. Д. Джанішева, В. Ф. Владімірського-Буданова.

Серед радянських та сучасних науковців-правників з цього приводу варто згадати праці Б. В. Віленського, Т. Ф. Воробейкової, А. Ф. Дубровіної, В. Д. Гончаренко, В. С. Кульчицького, В. К. Козирева, М. Г. Коротких, О. Р. Михайленка, Ю. Макаревіча, І. І. Полякова, В. Свербигуза, В. В. Сухоноса, М. О. Чельцова-Бебутова, Б. Й. Тищика, П. В. Шумського, П. Ф. Щербину, О. Н. Ярмиша, М. Якимчука тощо [1]. В цілому окремі питання прокурорських органів потребують подальшого дослідження.

**Мета.** Висвітлення правового статусу прокуратури за судовою реформою 1864 р. в Російській імперії.

**Виклад основного матеріалу.** Визначаючи зумовлені законодавством 60-х рр. XIX ст. завдання прокуратури, необхідно зробити певні зауваження з приводу її офіційної назви «прокурорський нагляд», яку можна пояснити значною мірою історичним походженням, традицією. У пореформений же період розглядуваний термін уже не зовсім точно відбиває сутність цього інституту держави, діяльність якого на той момент не вичерпується суто наглядовими функціями. «Цьому терміну, — йдеться у міркуваннях до Устрою судових установ, — зовсім не надається значення нагляду в широкому значенні цього слова; він вживається у значенні загального обов'язку прокурорів наглядати, щоб закон ніким не порушувався, і у випадку помічених порушень вживати заходів до відновлення його» [2, с. 74]. У такому значенні до нагляду відносили переслідування злочинів, надання висновків у цивільних справах і взагалі будь-які дії прокурора, спрямовані на відновлення законного порядку.

Судова реформа 1864 року в Російській імперії, як і низка інших реформ другої половини XIX ст., не змінила абсолютистської сутності царського самодержавства. Хоча судова реформа 1864 р. визначалася тим, що нею був створений формально позастановий суд, а в одній з ланок судової системи запроваджений суд присяжних. В основу створення місцевих мирових судів був покладений принцип виборності суддів, кількість ланок була значно скорочена. Реформа проголосила демократичний принцип відокремлення суду від адміністрації та принципи гласності, усності, змагальності судового процесу, запроваджено адвокатуру та реорганізовано прокуратуру. Автори судової реформи намагалися значно розширити права прокуратури, наділити її новими повноваженнями на зразок тогочасних європейських прокуратур. Прокуратура в системі органів держави була включена в судове відомство, але мала свою організацію.

Суть реорганізації прокуратури відповідно до основних принципів судової реформи 1864 р. полягала у звільненні її від функцій загального нагляду, хоча було збережено нагляд за місцями позбавлення волі.

Основним завданням прокуратури став нагляд за дізнанням і слідством та підтримка державного обвинувачення в суді. Зокрема під час проведення дізнання та слідства прокурор мав право: вимагати від органів дізнання і досудового слідства кримінальні справи для перевірки, документи, матеріали та

інші відомості про вчинені злочини, хід дізнання, досудового слідства і встановлення осіб, які вчинили злочини; скасовувати незаконні постанови судових слідчих та осіб, які проводили дізнання; давати письмові вказівки про розслідування злочинів, про обрання, зміну або скасування запобіжних заходів, кваліфікацію злочинів, проведення окремих слідчих дій та розшук осіб, які вчинили злочини; доручати поліцейським органам (органам дізнання) виконання постанов про затримання, привід, взяття під варту, проведення обшуку, розшук осіб, які вчинили злочини, а також давати вказівки про вжиття необхідних заходів для розкриття злочинів і встановлення осіб, які їх вчинили у справах, що перебували у провадженні стряпчого або судового слідчого; усувати особу, яка проводить дізнання, або слідчого від дальшого ведення дізнання або досудового слідства, якщо вони допустили порушення закону під час розслідування кримінальної справи. Функція підтримки державного звинувачення зводилась до того, що прокурор у разі передання йому справи самостійно складав обвинувальний висновок, після чого скерував справу до суду. Судовий процес проводився за принципом змагальності між обвинуваченням і захистом. Прокуратура за реформою 1864 р. створювалася в судах.

Практика прокурорської діяльності у другій половині XIX ст. яскраво свідчила, що прокуратура Російської імперії, як і в українських губерніях, на той час мала два основні завдання, виконувала дві головні функції — обвинувальну та наглядову, йшла двома шляхами, викриваючи винного у скоєнні злочину та наглядаючи за дотриманням норм закону в межах установленої для неї компетенції. Сюди ж може бути віднесено й третю функцію — представництво у певних випадках державних, казенних інтересів. У окремих випадках та чи інша функція могла опинятися на першому плані, але загалом вони єдині й проходять крізь усі галузі прокурорської діяльності.

Основним законодавчим джерелом для прокурорської служби були судові статuti. Відповідно до Судових статутів засновували посади прокурора окружного суду та судових палат. Розслідування кримінальних справ було покладено на судових слідчих, які діяли при судах, і їхні рішення могли бути оскаржені безпосередньо до суду. Так, поліція позбулася функцій попереднього слідства. Організація прокуратури ґрунтувалася на принципах суворої ієрархічності, єдиності підпорядкованості і взаємозамінності. Прокурорський нагляд здійснювався під вищим керівництвом генерал-прокурора, який був і міністром юстиції Російської імперії. Йому було надано надзвичайно великі повноваження при комплектуванні кадрів на судово-прокурорські посади. За його поданням царськими указами призначалися голови, помічники голів і члени окружних судів, в тому числі судові слідчі. Обер-прокурори Сенату і прокурори судових палат також безпосередньо підпорядковувалися генерал-прокуророві. Прокурори окружних судів діяли під керівництвом прокурорів судових палат. Кількість помічників (товаришів) прокурора і розподіл їхніх обов'язків залежали від розмірів судового округу.

Законодавство царської Росії встановило дуже суворі умови для заміщення прокурорських посад. Крім вищої юридичної освіти від кандидатів на заміщення прокурорських посад вимагали значного службового стажу і особливої

політичної благонадійності. Усі прокурори судових палат, 95 % прокурорів окружних судів і 90 % їхніх товаришів були дворянами (решта вихідцями із духовенства, буржуазії і чиновників). Переважна більшість чинів прокуратури були реакціонерами і монархістами. Помірковано ліберальні діячі в прокуратурі 60–70-х років (наприклад Я. Ф. Коні) стали рідкісним винятком і затримувалися в ній недовго. Водночас, як загальна, так і, зокрема, військова прокуратура Російської імперії протягом усього періоду її існування слугувала інструментом, за допомогою якого правлячий режим імперії вживав заходів, спрямованих на придушення національно-визвольного руху в Україні. Вона була тісно пов'язана з поліцією загалом і з жандармською поліцією зокрема. Судовими статутами не допускалась участь адміністрації у виборах присяжних засідателів. Губернатору надавалася лише контрольна функція: виключаючи кого-небудь з переліку осіб, які мають право засідати в суді як присяжні, він мусив обґрунтувати своє рішення. Функції генерал-губернаторів суттєво залежали від особливостей кожного регіону та впливали на пріоритети в їхній діяльності, проте, в основному, зводилися до політико-адміністративного нагляду та контролю за діяльністю всіх державних установ, в тому числі і військових частин. Малоросійське генерал-губернаторство складається з чотирьох підрозділів, де в перших трьох досліджено напрями і форми діяльності малоросійських генерал-губернаторів, влада яких поширювалась на Чернігівську, Полтавську, а з 1835 р. і Харківську губернії, з'ясовано їх роль у впровадженні загальноросійських норм у правовій, соціальній і економічній сферах, показано роль особистості генерал-губернатора у забезпеченні інтеграційних та асиміляційних процесів, а також висвітлено структуру і функції Канцелярії як надгубернської інституції.

Демократичність суду присяжних, перевага у їх числі виходців з «нижчих станів» викликали тривогу самодержавства. Вже у 1878 р. усі справи «про явне повстання проти властей» передавалися з відання суду присяжних до судових палат. Судові палати діяли як друга інстанція для окружних судів. Вони складалися із департаментів цивільних і кримінальних справ (голова і члени їх призначалися царем за поданням міністра юстиції). До округу судової палати входили кілька губерній. В Україні функціонували три судові палати — Київська, Харківська та Одеська. Палата була апеляційною інстанцією для всіх кримінальних справ, розглянутих в окружних судах без присяжних засідателів. Крім того, судова палата розглядала як перша інстанція справи про державні та посадові злочини. В цьому випадку судочинство здійснювалося з участю коронних суддів і станових представників.

В Устрої судових установ організаційно-правовим основам діяльності прокуратури присвячено третій розділ книги I «Про осіб прокурорського нагляду». Він складається з 14-ти статей (від 124 до 136) [3, с. 45–46]. До того ж як устрій, так і діяльність прокуратури визначаються іншими статтями цього джерела права, а також нормами Статуту цивільного судочинства й (особливо) Статуту кримінального судочинства. Наступним за значенням законодавчим джерелом, що більш побіжно, опосередковано стосується прокуратури, є Звід

законів Російської імперії. Насамперед можемо відзначити Устрій Керівного сенату та Міністерства юстиції, Загальні губернські установи, Статут про службу цивільну за визначенням від уряду, Статут про утримання під вартою тощо.

Загалом діяльність реформованих у 60-х рр. XIX ст. органів прокуратури становила систему дій, спрямованих у межах відомства на виконання завдань цього інституту держави на основі законів та підзаконних актів і в притаманних йому формах виявлення. За своїм предметом прокурорська діяльність поділялася на дві галузі, неоднакові за важливістю та обсягом. Перша, головна, стосувалася судових справ, які розокремлювалися на три групи (справи кримінальні, цивільні та справи щодо судового нагляду і управління), інша — другорядна — «така, що допускалася законом лише як виняток і стосувалася окремих адміністративних справ». Визначимо їхні головні напрямки.

У кримінальних справах до сфери діяльності прокуратури віднесено, поперше, викриття та переслідування обвинувачуваних перед кримінальним судом за публічні та публічно-приватні злочини, підсудні загальним судам, до виконання вироків включно (ст.ст. 4, 5 Статуту кримінального судочинства). Також на прокурорів покладалася «охорона законного порядку провадження» у тих же справах шляхом застосування встановлених законом заходів та винесення попередніх висновків (ст. 141 Устрою судових установ; ст.ст. 274, 278, 510, 619, 853, 906, 934 та ін. Статуту кримінального судочинства). Вони також мали здійснювати «охорону розуму та сили законів», а частково й інтересів публічного переслідування у мирових судових установах, переважно в другій їхній інстанції — з'їзді мирових суддів (ст.ст. 146, 166, 173 Статуту кримінального судочинства). І, зрештою, на прокуратуру покладалася нагляд за дотриманням «законного порядку» в разі позбавлення волі та утримання під вартою (ст.ст. 10, 11 Статуту кримінального судочинства).

До обов'язків прокурорів у цивільних справах належало, насамперед, збереження через надання попередніх висновків «розуму й сили» законів у певних категоріях цивільних справ казенного та громадського характеру в загальних судах та судах мирової юстиції, а також із усіх цивільних справ, що провадилися в касаційному порядку (ст. 141 Устрою судових установ; ст.ст. 173, 343, 804 Статуту цивільного судочинства). Також прокурорів наділяли позовними повноваженнями в казенних та громадських інтересах у процесі розгляду окремих справ такого характеру (ст.ст. 1294, 1344, 1345, 1402, 1451 Статуту цивільного судочинства).

**Висновки.** Отже, в другій половині XIX ст. у зв'язку зі здійсненням судової реформи 1864 р. з'явилася ціла низка нових джерел права, якими було внесено суттєві зміни до побудови та компетенції прокуратури, зокрема й в українських губерніях Російської імперії. Діяльність реформованої прокуратури становила систему дій, спрямованих у межах відомства на виконання завдань цього інституту держави на основі законів та підзаконних актів і в притаманних йому формах виявлення.

### Література

1. Кульчицький В. С., Тищик Б. Й. Історія держави і права України: підручник для студентів вищих навчальних закладів. — К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2007.
2. Судебные уставы с изложением рассуждений, на коих они основаны (20 ноября 1864 года): в 3-х ч. Ч. 3. — 2-е доп. изд. — СПб. : Изд-во Государственной канцелярии, 1867.
3. Учреждение судебных установлений // Российское законодательство X–XX веков: в 9-ти т. — М. : Юрид. лит., 1991.
4. Історія держави і права України // За ред. акад. Академії правових наук України А. Й. Рогожина. — К.: ІнЮре, 1996. — Ч. I.
5. Виленский Б. В. Подготовка судебной реформы 20 ноября 1864 года в России. — Саратов, 1963.
6. Ярмиш О. Н. Каральний апарат самодержавства в Україні в кінці XIX — на початку XX ст. / О. Н. Ярмиш. — Харків : Консум, 2001.
7. Кульчицький В. Історія держави і права України. — К., 1996.

### Анотація

**Павлюк О. М.** Правовий статус прокуратури за судовою реформою 1864 р. в Російській імперії. — Стаття.

У статті висвітлюються особливості діяльності прокуратури на українських землях у складі Російської імперії XIX ст., яка була реформована завдяки судової реформи 1864 року. Реформування прокуратури мало незавершений характер, оскільки не було усунуто протиріччя, притаманні її дореформеній діяльності. Правове регулювання функціонування прокуратури Російської імперії у другій половині XIX ст. мало низку принципових недоліків. Обов'язки органів прокуратури не систематизувалися, а були механічною сумою законоположень, які накопичувалися десятиріччями.

**Ключові слова:** прокурорський нагляд, органи прокуратури, діяльність органів прокуратури.

### Аннотация

**Павлюк О. М.** Правовой статус прокуратуры по судебной реформе 1864 г. в Российской империи. — Статья.

В статье отображаются особенности деятельности прокуратуры на украинских землях в составе Российской империи XIX ст., которая была реформирована благодаря судебной реформе 1864 г. Реформирование прокуратуры имело незавершенный характер, потому что не были устранены противоречия, присущие её дореформенной деятельности. Правовое регулирование функционирования прокуратуры Российской империи во второй половине XIX ст. имело ряд принципиальных недочётов. Обязанности органов прокуратуры не систематизировались, а были механической сумой законоположений, которые накапливались десятилетиями.

**Ключевые слова:** прокурорский надзор, органы прокуратуры, деятельность органов прокуратуры.

### Summary

**Pavlyuk O. M.** Legal status of office of public prosecutor on judicial reform of 1864 grammes in the Russian empire.

In the article the features of activity of office of public prosecutor are represented on Ukrainian earths in composition the Russian empire of XIX of item which was reformed due to judicial reform 1864. Reformation of office of public prosecutor had the uncompleted character, because it was not removed contradictions, inherent its pre-reform activity. The legal adjusting of functioning of office of public prosecutor of the Russian empire in the second half of XIX of item had a row of principle shortages. The duties of organs of office of public prosecutor were not systematized, but were the mechanical bag of statutes which accumulated by decades.

**Keywords:** directorate of public prosecutions, organs of office of public prosecutor, activity of organs of office of public prosecutor.

**ПЕРША КОДИФІКАЦІЯ ПОЛОЖЕНЬ СПАДКОВОГО ПРАВА  
ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УРСР 1922 РОКУ:  
ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ**

На сьогодні в Україні існує безліч нормативно-правових актів, які зачіпають майнові інтереси громадян, не виключенням стало і питання спадкового права. Однак проблеми нормативного закріплення спадкових правовідносин є і досі актуальними. Розділ 6 Цивільного кодексу України 2004 року присвячений спадковому праву, однак на практиці виникає безліч запитань із приводу реалізації цих положень. Для реалізації спадкових прав, як спадкодавця, так і спадкоємців, діють державні нотаріальні контори та приватні нотаріуси, які у своїй діяльності керуються законами України та підзаконними нормативно-правовими актами. Нещодавно набув чинності Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затверджений наказом Міністерства юстиції України, у якому декілька розділів присвячені спадковому праву. Окремі пункти нового Порядку були запозичені з інструкцій та порядків вчинення нотаріальних дій, які діяли у радянський період.

Актуальність дослідження історико-правових питань спадкування зумовлена зростаючим значенням приватної власності громадян і порядку її спадкування, необхідністю розроблення правового механізму, який належним чином міг би захистити права й інтереси громадян України. Огляд історії розвитку спадкового права має важливе не тільки наукове, але й практичне значення, оскільки дозволяє простежити на конкретному матеріалі складні процеси становлення та розвитку основних рис та інститутів спадкового права й можливість сприйняття кращих історико-правових конструкцій у цивільному законодавстві України.

Вивченню спадкового права присвячено багато праць відомих радянських і українських учених, а саме В. І. Серебровського, Б. С. Антімова, К. А. Граве, І. Н. Азімова, Т. П. Коваленко, А. М. Нємкова, М. В. Гордона, С. Н. Братусь, О. С. Іоффе, М. М. Богуславського, Р. Й. Халфіної та інші, сучасних вітчизняних фахівців — І. В. Жилінкової, О. В. Дзери, С. Я. Фурси, О. І. Харитоновой, Н. О. Саніахметової, З. В. Ромовської, В. В. Васильченко та інших. Дослідження проблем спадкового права є актуальним і досі, про це свідчать захищені дисертації молодих вчених, а саме О. Ю. Заїки «Становлення і розвиток спадкового права в Україні» (2007 рік), О. І. Неліна «Еволюція спадкового права в Україні: історико-правовий аспект» (2010 рік).

Мета цієї статті є аналіз норм спадкування за цивільним законодавством досліджуваного історичного періоду, розкриття протиріччя становлення радянського спадкового права при першій кодифікації, виявлення тенденцій розвитку спадкового права того часу та їх вплив на формування подальших спадково-правових відносин.

Історіографія радянського періоду визнавала наявність кризи початку 20-х років, але причини її пов'язувала переважно з господарською розрухою, зумовленою семирічною війною, спочатку світовою, а потім — громадянською. Але насправді початок паралічу виробництва, що розвивався невідворотно, був пов'язаний із способами державної партії зруйнувати механізм ринкових відносин. Політика «воєнного комунізму» та економічна криза спричинили масове незадоволення більшовиками, особливо в селянському середовищі, тому партійне керівництво вирішило запровадити нову систему заходів, які згодом називали новою економічною політикою. 9 серпня 1921 року Ленін підписав Наказ Ради народних комісарів «Про впровадження в життя засад нової економічної політики (далі — НЕП)» [1, 89].

Законодавство, яке існувало у період воєнного комунізму, не відповідало системі заходів, які проголошувались для розвитку нової економічної політики, тому було необхідно внести відповідні зміни та корективи до нормативно-правових актів. Першим кроком на цьому шляху стала Постанова III сесії ВЦВК від 22 травня 1922 року «Про основні приватні майнові права, визнані РРФСР, які охороняються її законами і захищаються судами РРФСР» і його аналог в Українській РСР — постанова ВУЦВК від 26 липня 1922 року «Про основні приватні майнові права, які визнаються УРСР, охороняються її законами і захищаються судами УРСР», які закріпили основні майнові права громадян.

Відповідні Декрети були прийняті з метою встановлення чітких взаємовідносин державних органів з об'єднаннями та приватними особами, приватних осіб з об'єднаннями, які приймають участь у розвитку виробничих сил країни, встановлення відповідних гарантій для реалізації їх майнових прав громадян.

Вперше було визначено основні правила спадкування майна, а саме: «право спадкування як за законом, так і за заповітом прямих низхідних родичів та одного із подружжя, що пережив спадкодавця, у межах загальної суми спадщини 10 000 золотих рублів, виключення з цього правила допускається лише в випадках, передбачених законом» [2, 145]. Однак реальних змін у порядку спадкування відразу з прийняттям декрету не відбулося у зв'язку з декларативним характером цих нормативних актів.

У Народному комісаріаті юстиції (далі — НКЮ) почали розробляти спеціальний нормативний акт про спадщину, який мав затвердити Раднарком до прийняття кодифікованого нормативно-правового акту. Цей проект був перехідним ступенем від декрету про скасування спадкування до частини «Спадкове право» Цивільного кодексу РРФСР 1922 року. У проекті вже отримали розвиток норми спадкового права, але ще збереглися положення, властиві декрету 1918 року «Про скасування спадкування», які носили характер соціального забезпечення. У зазначеному проекті багато що нагадує про погляди на використання спадкової маси для потреб соціального забезпечення, характерних для першого року революції. Однак у проекті було дозволено спадкування більше 10 000 золотих рублів для торгових і промислових підприємств. Пізніше, при складанні частини «Спадкове право» Цивільного кодексу, від цього положення відійшли.

У працях з цивільного права Новицької Т. Е. детально висвітлене питання дискусій, які відбувалися при обговоренні проекту Цивільного кодексу РРФСР. Так, при прийнятті декрету у Вищому центральному виконавчому комітеті (далі — ВЦВК) висувались ідеї про доцільність відродження в Радянській Росії спадкового права, знищеного декретом 1918 року. Противники спадкового права посилалися навіть на програми європейських соціал-демократичних партій, негативно ставилися до цього інституту. На захист відновлення інституту спадкування (а саме так розцінювалися положення декрету від 22 травня 1919 року щодо спадкового права) виступив А. Г. Гойхбарг. Він говорив про необхідність допустити передачу в спадщину насамперед підприємств. Що стосується іншого майна, предметів домашнього вжитку, вони і так, як правило, залишалися родичам, оскільки складали частину спільної власності сім'ї. Про можливість використання спадщини для потреб соціального забезпечення не було й мови [3, 104].

В УРСР перший Цивільний кодекс (далі — ЦК) був прийнятий постановою ВУЦВК від 16 грудня 1922 року і набирав чинності з 01 лютого 1923 року. Порядок спадкування регулювали 416–435 статті ЦК УРСР.

ЦК УРСР повністю відповідав положенням ЦК РРФСР та був побудований за його принципами. Спадковому праву була присвячена частина четверта «Спадкове право», яка ґрунтувалася на декреті від 22 травня 1922 року «Про основні приватні майнові права, визнані РРФСР, які охороняються її законами і захищаються судами РРФСР». ЦК слідом за декретом від 22 травня 1922 року твердо стоїть на позиції переходу майна у спадщину.

Була встановлена межа вартості майна, яке могло переходити в спадщину, а саме, не більше 10 тисяч карбованців золотом, без урахування боргів померлого. Якщо загальна сума спадкування була вищою встановленого законом максимуму, тоді відбувався розподіл між державою та спадкоємцями частини спадщини, що була вищою, або ліквідацією спадкового майна на користь держави. При цьому якщо неможливо було розподілити вищезазначене спадкове майно, то між державою, в особі її уповноважених органів, та спадкоємцями встановлювався режим спільного користування або встановлювалось право викупу частини на користь держави чи приватних осіб. Отже, вперше було передбачено режим спільного користування майном між державою, в особі її уповноважених органів, та приватними особами.

ЦК передбачав дві форми спадкування: за законом і за заповітом. Коло спадкоємців і порядок закликання їх до спадкування був досить обмеженим. Спадкоємці за заповітом та спадкоємці за законом співпадали, що могло сприяти передачі частини власності державі у вигляді відумерлої спадщини. Так, згідно примітки до ст. 422 ЦК, заповідач міг позбавити права на спадкування будь-якого із спадкоємців за законом, у цьому випадку спадкове майно в частині чи в цілому переходить державі.

Згідно зі ст. 418 ЦК коло осіб, які могли бути спадкоємцями, обмежувалось прямими низхідними (діти, внуки, правнуки) родичами, другого з подружжя, який пережив спадкодавця, а також непрацездатними та незабезпеченими особами, які фактично перебували на утриманні померлого не менше одного року



до дня його смерті. Спадкоємцями могли бути тільки особи, які були живими на момент смерті спадкодавця, а також діти, зачаті при його житті та народжені після його смерті.

Громадяни, які проживали разом із спадкодавцем, могли спадкувати предмети звичайної домашньої обстановки та вжитку, які не входило до загальної спадкової маси. Обмеження щодо спадкування майна стосувалися насамперед промислових, торгових підприємств, предметів розкоші, грошових капіталів, будівель та окремих прав (забудови, оренди, тощо). Пізніше, до складу спадкової маси не могли бути включені грошова оцінка авторського права та патенти на винаходи.

Досить прогресивним для того періоду було оподаткування спадкового майна, яке регулювалось Декретом ВЦВК «Про спадкові мита». У ст. 1 вищезазначеного Декрету встановлювалось стягування мита із спадкового майна, що переходить до спадкоємців у таких розмірах: якщо окремий спадкоємець отримує частку спадкового майна вартістю від однієї до трьох тисяч рублів золотом, мито стягується у розмірі одного відсотка вартості спадкової частки; якщо вартість частки становить від трьох до шести тисяч рублів золотом, мито стягується у розмірі двох відсотків; якщо вартість частки становить від шести до десяти тисяч рублів золотом, мито стягується у розмірі чотирьох відсотків; якщо вартість частки перевищує десять тисяч рублів золотом, то кожних наступних десяти тисяч золотих рублів мито підвищується на чотири відсотки, причому неповних десять тисяч вважаються за повні; проте загальна сума спадкового мита не може перевищувати 50 % вартості спадщини, якщо вартість частки, одержуваної окремим спадкоємцем, нижче однієї тисячі рублів золотом, то частка його митом не обкладається.

Одночасно із Декретом РРФСР було прийнято Постанову Всеукраїнського центрального виконавчого комітету (далі — ВУЦВК) «Про спадкові мита», на виконання якої до ЦК УРСР були внесені деякі зміни. Були скасовані примітки до ст.ст. 416, 417, ст.ст. 419, 421, примітка 1-ша до ст. 422 були викладені у новій редакції.

Реалізація права на спадкування здійснювалось через народні суди за останнім місцем проживання померлого. Виклик спадкоємців через публікацію чи іншими способами не проводиться, але народним судом за місцем відкриття спадщини, після отримання повідомлення про смерть спадкодавця від відділу записів цивільного стану, негайно вживалися заходи щодо охорони спадкового майна. Охорона спадкового майна тривала до явки всіх спадкоємців до народного суду, але не довше 6 місяців. Спадкоємці за законом чи за заповітом після 6 місяців з часу відкриття спадщини могли отримати у місцевого народного судді свідоцтво про право на спадщину.

10 лютого 1930 року, після внесення відповідних змін до Положення про державний нотаріат РРФСР від 4 жовтня 1926 року, на нотаріальні органи був покладений обов'язок по охороні спадкового майна. 20 липня 1930 року було видано Положення про державний нотаріат Української РСР, у ст. 1 якого зазначались повноваження державних нотаріальних контор. У п. 15 ст. 1 вищезазначеного Положення зазначалось, що державні нотаріальні контори вживають

заходи щодо охорони спадкового майна, що залишилося після померлих, та видають свідчення, що підтверджують право на спадкування. З цього періоду народні суди були повністю звільнені від обов'язку видачі свідоцтв про право на спадщину спадкоємцям за законом чи за заповітом, однак спірні ситуації, які виникали між спадкоємцями, вирішувались у судовому засіданні.

Економічна криза у народному господарстві сприяла прийняттю нових нормативно-правових актів та внесення змін у застарілі. Зміни у спадковому праві пов'язані із затвердженням Постанови РНК СРСР «Положення про державні трудові ощадні каси» від 22 грудня 1922 року. Ст. 17 Положення надавала право вкладнику заповісти будь-яку суму вкладу будь-якій особі незалежно від того, чи є вона спадкоємцем за законом.

Однак цей виняток проіснував до 27 листопада 1925 року, коли було прийнято нове положення про державні трудові ощадні каси, яке обмежувало свободу заповідальних розпоряджень вкладами, установленими у ст.ст. 416 і 418 ЦК максимальної суми спадкового майна та колом законних спадкоємців [4, 53].

Наступні зміни у порядку спадкування були викликані прийняттям Постанови ЦВК і РНК СРСР «Про скасування максимуму спадкування та дарування» від 29 січня 1926 року. Центральним виконавчим комітетом (далі — ЦВК) союзних республік було запропоновано скасувати з 01 травня 1926 року обмеження у розмірі майна, яке могло переходити у спадщину. Погоджуючись з думкою В. В. Васильченка, зазначимо, що прийняття цього положення було викликано потребою полегшення можливості продовження існування промислових підприємств після смерті їх власників, а також з метою створення сприятливіших умов надходжень матеріальних та грошових коштів до народного господарства країни [4, 55]. У зв'язку з прийняттям вищезазначеної постанови в ЦК УРСР Постановою ВУЦВК і РНК УРСР від 07 липня 1926 року було внесено зміни у ст.ст. 419 і 421 та примітку 1 до ст. 422, скасовано примітку 1 до ст. 416 та ст. 417 ЦК.

29 січня 1926 року була прийнята Постанова ЦВК і РНК СРСР «Про введення в дію положення про податок з майна, що переходить у порядку спадкування і дарування», яка скасовувала постанову ВУЦВК від 14 березня 1923 року «Про спадкові мита» та встановлювала нові правила обчислення та стягнення податку з отриманого спадкового майна. Податок обчислювався пропорційно, однак ставки оподаткування значно збільшувались.

20 лютого 1929 року ЦК УРСР був доповнений ст.ст. 422 і 427 у зв'язку з виданням Положення про державні трудові ощадні каси. Ст. 422 встановлювалось правило, за яким вкладники державних трудових ощадних кас і кооперативних організацій можуть указувати цим касам і організаціям осіб, котрим внесок як грошовий, так і в цінних паперах, повинен бути виданий у випадку смерті вкладника. Такими особами можуть бути як фізичні особи, незалежно від того, чи є вони спадкоємцями вкладника за ст. 418 Кодексу, так і юридичні особи. Згідно із ст. 427 внески в державні трудові ощадні каси (як грошові, так і в цінних паперах), за якими не зроблено розпорядження на випадок смерті вкладника, каси видають спадкоємцям вкладника [5, 33].

Незважаючи на закріплення права на спадкування, радянська влада намагалась поєднати інститут соціального забезпечення і спадкування. 31 травня 1926 року із прийняттям Кодексу законів про сім'ю, опіку, шлюб та акти громадянського стану УРСР вводився інститут усиновлення. З цього часу усиновлені та їх нащадки стали успадковувати майно усиновлювачів. З'являється інститут обов'язкової частки, однак в УРСР неповнолітні спадкоємці не мали права на обов'язкову частку (ст. 43 Кодексу законів про сім'ю, опіку, шлюб та акти громадянського стану УРСР 1926 року).

Гарантія права на спадкування була закріплена у ст. 10 нової Конституції СРСР 1936 року: «Право особистої власності громадян на їх трудові доходи і заощадження, на житловий будинок і підсобне господарство, на предмети домашнього господарства і побуту, на предмети особистого споживання і зручності, рівно як і право спадкування особистої власності громадян, охороняється законом».

Підсумовуючи на початку 40-х років результати обговорення проблем спадкового права, Н. В. Рабінович зазначала, що на сучасному етапі спадкування набуває нового характеру, нового змісту, потребує нової регламентації на відміну від періоду НЕПу:

- до спадкування за законом необхідно допускати всіх осіб, які перебували з померлим у тому ступені родинності, за яким, як правило, існує певна спільність сімейних інтересів, що створює не лише презумпцію бажання померлого залишити цим родичам своє майно, а й дає їм усі підстави претендувати на спадкове майно;

- у батьків померлого право на спадщину виникає лише за умови відсутності подружжя; брати, сестри, віддалені висхідні родичі можуть набувати право на спадщину лише за умови відсутності ближчих родичів;

- між спадкоємцями однієї черги майно повинно ділитися на рівні частки [6, 76].

Із завершенням Великої Вітчизняної війни постала проблема реформування цивільно-правового регулювання суспільних відносин, охорони власності та спадкування майна громадян, що було пов'язано з колосальними людськими втратами. Таким чином, виникає гостра потреба захисту майнових інтересів громадян — родичів загиблих. Враховуючи наслідки війни, було розширено коло осіб, які мали право на спадщину, громадянам надавались ширші права для реалізації прав заповідача.

Указ Президії Верховної Ради СРСР «Про спадкоємців за законом і за заповітом» від 14 березня 1945 року вперше встановлював черговість закликання до спадкування, розширив коло спадкоємців, включивши до нього непрацездатних батьків, братів та сестер померлого, право спадкодавця заповісти майно будь-якій особі, в тому числі державним органам та громадським організаціям, при відсутності спадкоємців за законом, неповнолітні діти і непрацездатні спадкоємці померлого мали право на обов'язкову частку у спадщині. Також встановлювався інститут спадкування за правом представлення.

На підставі загальносоюзного указу прийнято Указ Президії Верховної Ради УРСР «Про зміни Цивільного кодексу УРСР» від 17 грудня 1945 року,

яким внесено зміни до інституту спадкового права і в новій редакції викладені ст.ст. 418, 420–424, 429, 430 та 433.

Спадкове право з внесеними до нього у 1945 році змінами було чинним, без суттєвих доповнень, аж до прийняття Верховною Радою СРСР «Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік» від 08 грудня 1961 року, які набули чинності з 1 травня 1962 року.

Отже, спадкове право у період з 1917 по 1962 роки зазнало суттєвих змін, а саме: право на спадщину було закріплено в Конституції СРСР 1936 року, законом були визначені черги закликання до спадкування (перша — діти, непрацездатні батьки, той з подружжя, що пережив спадкодавця, друга — непрацездатні батьки померлого, третя — брати та сестри померлого); був встановлений інститут обов'язкової частки та спадкування за правом представлення, також були значно розширені права заповідача. Обмеження спадкових прав, нерівність — це ті проблеми, які існували протягом всієї історії розвитку радянських спадкових правовідносин і які лише останнім часом почали поступово вирішуватися.

Історичний аналіз норм спадкування дає можливість науковцям та практичним діячам у галузі права передбачити шляхи вирішення гострих проблем, пов'язаних із становленням нових об'єктів та форм власності, оскільки радянське спадкове право є основою сучасного українського спадкового права. Висновки та пропозиції, сформовані у даній статті, у подальшому можуть бути використані у курсі з «Історії держави та права України» та при розгляді спадкового права України у межах курсу з «Цивільного права».

### Література

1. Дрониов В. К. Наследование по завещанию в советском праве. — К. : Изд-во Киевского гос. университета им. Т. Г. Шевченка, 1957. — 135 с.
2. Хрестоматия по истории отечественного государства и права 1917–1991 гг.: за заг. ред. О. І. Чистякова. — М. : Зеркало, 1997. — 856 с.
3. Новицкая Т. Е. Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. — М. : ИКД «Зеркало-М», 2002. — 224 с.
4. Васильченко В. В. Формування спадкового права в період створення радянської державності в Україні (1922–1937 рр.) // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ. — 2003. — № 2(11). — С. 50–57.
5. Нелін О. Спадкове право УРСР за Цивільним кодексом 1922 р. // Підприємництво, господарство і право. — 2008. — № 4. — С. 32–35.
6. Рабинович Н. В. Законодательные проблемы советского наследственного права // Советское государство и право. — 1949. — № 5–6. — С. 72–85.

### Анотація

**Половинкіна Р. Ю.** Перша кодифікація положень спадкового права за Цивільним кодексом УРСР 1922 року: історико-правовий аспект. — Стаття.

Стаття присвячена історико-правовому аналізу інституту спадкування у радянський період під час першої кодифікації положень спадкового права. На основі проведеного дослідження автор статті пропонує самостійні висновки та судження про співвідношення публічних та приватних інтересів при реалізації права на спадкування в зазначений період.

**Ключові слова:** право власності, право на спадщину, особиста власність, заповіт, Цивільний кодекс, коло спадкоємців, декрет, обов'язкова частка.

### Аннотация

**Половинкина Р. Ю.** Первая кодификация положений наследственного права по Гражданскому кодексу УССР 1922 года: историко-правовой аспект. — Статья.

Статья посвящена историко-правовому анализу института наследования в советский период во время первой кодификации положений наследственного права. На основе проведенного исследования автор статьи предлагает самостоятельные выводы и суждения о соотношении публичных и частных интересов при реализации права на наследование в указанный период.

**Ключевые слова:** право собственности, право на наследство, личная собственность, завещание, Гражданский кодекс, круг наследников, декрет, обязательная доля.

### Summary

**Polovinkina R. Y.** The first codification of the provisions of inheritance law under the Civil Code of the USSR, 1922: historical and legal aspects. — Article.

Article is devoted to historical and legal analysis of the institute of succession in the Soviet period during the first codification of the provisions of inheritance law. Based on the study author provides independent opinions and judgments of the relationship between public and private interests at the right of succession in the period.

**Keywords:** ownership, inheritance, personal property, wills, Civil Code, the circle of heirs, decree and compulsory share.

УДК 340.15:344.13/14(477) «1921/1924»

**В. А. Шершенькова**

### ОСОБЛИВОСТІ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ВІЙСЬКОВІ ЗЛОЧИНИ В УРСР В ПЕРІОД З 1921 ПО 1924 РОКИ

Обороздатність держави є одним з найважливіших її завдань, а без стабільності і військової дисципліни в армії досягнути цієї мети практично неможливо. Починаючи з 2007 року спостерігається стала тенденція зростання кількості злочинів проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) (у 2006 році було розглянуто 533 кримінальні справи, у 2007 р. — 487, у 2008 р. — 441, у 2009–486, а у 2010 — 539) [1, с. 6–7]. Тому дослідження розвитку законодавства про військові злочини в Україні є необхідними.

Окремі аспекти даного питання досліджувалися в працях таких науковців, як Х. М. Ахметшина, З. О. Ашитова, Б. М. Бабія, А. Г. Горного, О. Д. Максимова, М. Н. Нікітченко, С. П. Черкасова, А. Н. Чуватіна, В. М. Чхиквадзе та інші.

Метою даного дослідження є визначення особливостей розвитку законодавства про військові злочини в радянській Україні в різні періоди.

У зв'язку з недостатньою кількістю наукових досліджень обраної теми, виникає потреба у вивченні законодавства про військові злочини УРСР, а саме у 1921–1924 роках, коли на зміну політиці «воєнного комунізму» прийшла нова економічна політика (неп). Це політика радянської держави, яка була

прийнята Х з'їздом РКП(б) на початку 1921 року. Неп передбачав орієнтування економіки «воєнного комунізму» на ринок і торгівлю; дальший розвиток промисловості на основі її електрифікації; заміну продрозверстки натуральним податком; підрив соціальної бази злочинності взагалі та інше, а також в цей період значно пом'якшились методи «червоного терору».

В усіх сферах життя держави насаджувалася адміністративно-командна система, здійснювався силовий тиск на суспільство взагалі [2, с. 171–172].

Уже на Х з'їзді РКП(б) (8–16 березня 1921 року) розглядалося питання щодо реорганізації армії. У зв'язку зі скороченням армії і необхідністю підвищення її бойового рівня приймається рішення щодо звільнення армії від трудових завдань [3, с. 375–379].

На наступному з'їзді, XI з'їзді РКП(б) (27 березня — 2 квітня 1922 року) на розгляд було винесено питання щодо зміцнення Червоної армії. Передбачалося встановлення визначеної чисельності армії на 1922 рік; встановлення твердого бюджету, з урахуванням чисельності армії і потребою військової техніки; скорочення зовнішніх нарядів. Ці положення розповсюджувалися і на Червоний флот [4, с. 529–530].

В травні цього ж року РРФСР приймає перший Кримінальний кодекс, його положення про військові злочини були «продубльовані» кримінальними кодексами інших республік, зокрема і Кримінальним кодексом УРСР, який набирав чинності з 15 вересня 1922 року [5, с. 564].

Військові злочини були виділені у розділі VII (ст.ст. 200–214) КК УССР 1922 року. Розділ містив 15 статей, які не мали ще назв.

В статті 200 КК УРСР 1922 року вперше було сформульовано загальне поняття військового злочину. Це дії проти встановленого законом порядку несення військової служби та виконання озброєними силами Республіки свого призначення [5, с. 589].

Суб'єктами військових злочинів кримінальний закон визначав військово-службовців Червоної армії та флоту.

Кримінальний кодекс виділяв наступні групи військових злочинів: 1) проти порядку підлеглості (ст.ст. 201–203); 2) проти порядку проходження військової служби (ст.ст. 204–206); 3) проти порядку користування військовим майном та його зберігання (ст. 207); 4) проти порушень правил вартової служби (ст. 208); 5) військові службові злочини (ст. 209); 6) проти порядку несення служби на полі бою і в районі воєнних дій (ст.ст. 210–214).

Найбільш розповсюдженими військовими злочинами в Червоній армії були: відлучка; марнотратство; порушення статуту караульної служби; посадові злочини. За ці злочини кримінальний закон передбачав більш суворі покарання [6, с. 192–194.].

Так, з матеріалів судової практики деяких військових трибуналів було виявлено неправильне застосування ст. 204 КК, яка передбачала втечу, тобто самовільне залишення військовим службовцем частини або місця служби з метою ухилення від несення військової служби. За такий злочин як втеча і самовільна відлучка на практиці дуже часто виникали протиріччя щодо ви-

несення вироків. Якщо військовослужбовець залишив військову частину не більше як на 6 діб, то такі дії повинні кваліфікуватися як самовільна відлучка. Покарання в даному випадку повинно призначатися в дисциплінарному порядку. В тому випадку якщо втікач добровільно з'явився до військової частини в строк до 6 діб, то ці дії повинні кваліфікуватися за ст. 205 КК [7, с. 352–353.].

У зв'язку з неправильною кваліфікацією деяких злочинів за статтями КК, неодноразово пропонувалося внести зміни до ст. 204 КК РРФСР щодо зменшення строку самовільної відлучки [8, с. 727].

Хотілося б ще сказати кілька слів щодо кваліфікації злочинів за ст. ст. 205, 206 КК УРСР 1922 року.

Слід зазначити, що дезертирство в досліджуваний період було найбільш розповсюдженим явищем. Військові трибунали були настільки перевантажені розглядом справ такого роду, що практики і вчені пропонували вирішити цю проблему. Вважалося, що застосування санкції за ст. 205 КК не потребувало спеціальних знань, тому розгляд справ такого роду пропонувалося передавати на розгляд місцевих судів. Що в свою чергу не заважало б державі здійснювати свою політику щодо боротьби з дезертирством [9, с. 100–101.].

На практиці при розгляді справ про дезертирство виникали спірні питання при кваліфікації. Критикувалася позиція вчених, які відносили дії, вчинені військовослужбовцем відповідно до ст. 206 КК виключно в момент перебування на території військової частини, але якщо ці ж діяння вчинені за межами військової частини, то кваліфікували за ст. 205 КК. Як зазначав Поляков Л., при такій кваліфікації не було враховано основної мети: ухилення від несення військової служби [10, с. 496–497.].

При кваліфікації дій військовослужбовця за ст. 206 КК на практиці неодноразово виникали помилки. Наприклад, якщо військовослужбовець не бажає служити в рядах армії і йому видали фальшиве свідоцтво медичної комісії, завдяки якому він отримує безстрокову відпустку. В даному випадку ці злочинні дії можна було кваліфікувати за ст. 206 КК, так і за ст. 205 і ст. 189 (підробка документів) КК [11, с. 375.].

Що стосується ст. 189 КК, то в даному випадку виникало питання, чи взагалі можна було кваліфікувати даний злочин за цією статтею. Оскільки ст. 189 Кримінального кодексу УРСР 1922 р. знаходилася в розділі майнових злочинів.

При призначенні покарання за військовий злочин відповідно за ст. 206 КК пропонувалося обов'язково враховувати особу підсудного. Хоч норма визначала однакове покарання до суб'єкту злочину: чи це рядовий червоноармієць, чи особа командного складу [12, с. 982].

Також слід зазначити, що на практиці неодноразово виникало питання щодо правильної кваліфікації військового злочину за ст. 207 (марнотратство) і ст. 208 (порушення військовослужбовцями правил статуту вартової служби та окремих наказів та розпоряджень) КК УРСР [13, с. 846.].

В період непу досить розповсюдженим явищем була партизанщина, тому бажання влади позбутися такого явища, а також невиконання бойових наказів

військовослужбовцями, стали головною причиною запровадження законодавцем ст. 210 (самовільне відхилення військового начальника від даної диспозиції чи іншого розпорядження, відданого для бою, здача ним ворогові доручених йому загонів, фортеці або військового корабля) КК РРФСР і УРСР 1922 року [14, с. 50–51.].

Стаття 210 КК УРСР 1922 р. побудована була досить невдало, оскільки вона передбачала три різні за своїм характером і значенням злочини: 1) свавільне відхилення військового начальника від даної йому диспозиції чи іншого розпорядження, відданого для бою; 2) здача ним ворогові доручених йому загонів, фортеці або військового корабля; 3) знищення або доведення до непридатності фортеці, корабля, гармат, склепів зброї, продовольчих припасів та інших речей, що належать до засобів ведення війни [15, с. 37–38].

Щодо покарання за цей склад злочину, то кримінальний закон передбачав занадто м'який вид покарання (від 1 року до 10 років ув'язнення) [16, с. 44].

В 1924 році ст. 210 КК РРФСР не мала свого практичного застосування. А. Андрієвський відмічав, що її існування в такому вигляді було невдалим, тому і виникали суперечки відносно застосування цього складу злочину [17, с. 1053–1056].

Стаття 28 Кримінального кодексу УРСР 1922 року передбачала «... коли по виняткових обставинах справи суд переконується в необхідности визначити за сіб покарання низче низчого ступеню покарання...» [5, с. 565].

Малкіс В. пропонував переглянути санкції статей КК про військові злочини і внести відповідні зміни, щоб дійсно застосування ст. 28 відбувалося у виняткових обставинах справи [18, с. 864–866].

Що стосується системи покарань за військові злочини, то згідно КК УРСР 1922 року передбачалось застосування наступних видів покарань: до основних відносилися — найвища міра покарання (розстріл); позбавлення волі з суворою ізоляцією або без неї (від 6 місяців до 10 років); правила дисциплінарного статуту (при пом'якшуючих обставинах); до додаткових — конфіскація майна (часткова або повна).

Поштовхом для подальшого розвитку кримінального законодавства щодо військових злочинів, як союзного, так і республіканського, стало рішення про об'єднання в Союз Радянських Соціалістичних Республік. Це питання було розглянуто 11 грудня 1922 року на Пленумі ЦК КП(б)У [19, с. 361].

Після того, як було прийнято «Основні начала кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік», по всій території СРСР запроваджувалися єдині принципи кримінального законодавства [19, с. 467].

Окрім цього, для забезпечення єдиної кримінальної політики щодо військових злочинів СРСР було прийнято «Положення про військові злочини» від 31 жовтня 1924 року.

В статті 1 «Положення про військові злочини» 1924 року визначалося поняття військового злочину, окрім цієї норми нове положення містило ще 18 статей. Характерно, що дані статі, як і попередні кримінальні закони, не отримали назв.



«Положення про військові злочини» було доповнено новими складами військових злочинів (ст. 18 «Протизаконне насилля над цивільним населенням, вчинене в воєнний час або в бойовій обстановці»; ст. 19 «Протизаконне використання начальником свого підлеглого для обслуговування особистих потреб начальника або його сімейства» та ін.) [20, с. 390].

«Положення про військові злочини» 1924 року надало військовим злочинам загальносоюзного значення. Червона Армія була єдиною, тому і виникла необхідність щодо забезпечення всіх військових судів єдиними нормам про військові злочини. Відповідно до ст. 1 Положення про військові злочини 1924 року, як і ст. 200 КК, під військовим злочином розумівся злочин проти встановленого порядку несення військової служби. Це поняття співпадало з поняттям військової дисципліни (встановлений законом порядок в армії) за дисциплінарним статутом РСЧА. Суб'єктами військових злочинів могли бути військовослужбовці, а також прирівняні до них особи [21, с. 79–88].

Відповідно норми кримінальних кодексів всіх союзних республік повинні змінитися у відповідності до Положення про військові злочини 1924 року. Так, Ульріх В. визначив деякі відмінності між КК РРФСР і новим Положенням 1924 року. По-перше, в Положенні дається більш точне визначення поняття військового злочину. По-друге, суттєва відмінність полягала в більш коректному визначенні поняття: втеча, самовільна відлучка, а також відрізнялися санкції за такий військовий злочин, як втеча. По-третє, суттєва різниця між старим і новим законом стосується ст. 209 КК і статті 12 «Положення про військові злочини», де уточнюється термін «військовий начальник», замінивши його прийнятими в армії словами «командний, адміністративно-господарський і політичний склад». По-четверте, редакція ст. 16 «Положення про військові злочини» давала достатньо правильне поняття військового шпionажу. По-п'яте, на відміну від Кримінального кодексу УРСР 1922 року Положення про військові злочини 1924 року було доповнено новими статтями 18, 19. Стаття 18 про протиправне насилля над цивільним населенням, вчинено військовослужбовцями в воєнний час або в бойовій обстановці, і стаття 19 щодо протизаконного використання керівником свого підлеглого для особистих потреб керівника та його сім'ї [22, с. 1473–1474].

Також виникало питання щодо притягнення до кримінальної відповідальності допризовників, оскільки в ст. 4 закону про обов'язкову військову службу говорилося, що «обов'язкова військова служба» складалась з: а) допризовної підготовки; б) дійсної військової служби; в) знаходження в запасі [23, с. 109–111].

Матеріальні статті положення про військові злочини застосовувалися на основі процесуальних норм КПК різних республік. Вироки про неправильне застосування статей положення про військові злочини направлялися в касаційні інстанції окремих республік [24, с. 525–526].

На практиці частіше всього до засуджених військовослужбовців застосовувалися такі міри покарання, як позбавлення волі і конфіскація майна [25, с. 81].

Таким чином, в досліджуваній період було прийнято перший Кримінальний кодекс УРСР 1922 року, який визначив поняття військового злочину, їх

різновиди та покарання. Це було викликано необхідністю систематизувати норми права для регулювання відповідних відносин. Для забезпечення єдиної кримінальної політики щодо військових злочинів СРСР було прийнято «Положення про військові злочини» від 31 жовтня 1924 року. Воно було доповнене новими складами військових злочинів. Що стосується санкцій за військові злочини, то якихось радикальних змін не відбулося. Введення в дію «Положення про військові злочини» 1924 року привело до впорядкування понять в законодавстві СРСР і УРСР.

### Література

1. Огляд даних судової статистики про роботу місцевих та апеляційних судів України в 2006–2010 рр.: [Електронний ресурс] — Режим доступу : [http://court.gov.ua/sudova\\_statystyka](http://court.gov.ua/sudova_statystyka).
2. Юридична енциклопедія : В 6 т. / Редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К. : Укр. енцикл., 1998. — Т. 4 : Н–П. — 2002. — 720 с.
3. X съезд РКП(б) 8–16 марта 1921 г. // Коммунистическая партия Советского Союза в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК (1898–1986). Т. 2. 1917–1922. — 9-е изд., доп. и испр. — М. : Политиздат, 1983. — 606 с.
4. XI съезд РКП(б) 27 марта — 2 апреля 1922 г. // Коммунистическая партия Советского Союза в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК (1898–1986). Т. 2. 1917–1922. — 9-е изд., доп. и испр. — М. : Политиздат, 1983. — 606 с.
5. Про надання чинності Кримінальному кодексу УРСР від 23 серпня 1922 року : постанова ВЦВК // ЗУ УСРР. — 1922. — № 36. — Ст. 553.
6. Орловский С. Карательная политика в Красной армии / С. Орловский // Ежедневник советской юстиции. — 1925. — № 8. — С. 192–194.
7. Никитченко М. Из судебной практики о ст. 204-й Угол. Код. / М. Никитченко // Ежедневник советской юстиции. — 1924. — № 15. — С. 352–353.
8. Халецкий А. Самовольная отлучка в терчастях / А. Халецкий // Ежедневник советской юстиции. — 1924. — № 31. — С. 727.
9. К. П. О подсудности ст. 205 Угол. Код. / К. П. // Ежедневник советской юстиции. — 1924. — № 5. — С. 100–101.
10. Поляков Л. Еще о ст. 205 и 206 Угол. Кодекса / Л. Поляков // Ежедневник советской юстиции. — 1924. — № 21. — С. 496–497.
11. Коннов. Ст. 206 Уголовного Кодекса / Коннов // Ежедневник советской юстиции. — 1924. — № 16. — С. 375.
12. Никитченко М. Ст. 206 УК и комсостав / М. Никитченко // Рабочий суд. — 1925. — № 23–24. — С. 982.
13. Иодковский. Применение ст. 208 Уг. Код. / Иодковский // Ежедневник советской юстиции. — 1925. — № 23. — С. 846.
14. Какурин Н. Частный почин и ст. 210 уголовн. кодекса / Н. Какурин // Военный вестник. — 1923. — № 22. — С. 50–51.
15. Самсон. Еще о статье 210 / Самсон // Военный вестник. — 1923. — № 31. — С. 37–38.
16. Симонович Л. Вокруг 210 статьи Уг. кодекса / Л. Симонович // Военный вестник. — 1923. — № 38. — С. 44.
17. Андриевский А. 210-я статья Уголовного Кодекса / А. Андриевский // Ежедневник советской юстиции. — 1924. — № 44. — С. 1053–1056.
18. Малкис В. Пределы применения ст. 28 Уг. Код. по воинским преступлениям / В. Малкис // Ежедневник советской юстиции. — 1925. — № 24. — С. 864–866.
19. Історія держави і права Української РСР : В 2 т. / Ред. кол. Б. М. Бабія та ін. — К. : «Наукова думка», 1967. — Том. 1 : 1917–1937 рр. — 669 с.
20. Положение о воинских преступлениях // Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского правительства СССР. — 1924. — № 24. — Ст. 207.

21. Канн В. Воинские преступления по новому «Положению» о них / В. Канн // Право и жизнь. — 1925. — № 4–5. — С. 79–88.
22. Ульрих В. О воинских преступлениях / В. Ульрих // Рабочий суд. — 1925. — № 39–40. — С. 1473–1474.
23. Суслов Г. Как увязать два закона / Г. Суслов // Еженедельник советской юстиции. — 1926. — № 4. — С. 109–111.
24. Данченко. Как увязать два закона / Данченко // Еженедельник советской юстиции. — 1926. — № 4. — С. 525–526.
25. Копии приговоров Революционного военного трибунала 6-го стрелкового корпуса г. Одессы // Державний архів Одеської області. — Ф. 5061. — Оп. 1. — Спр. 44. — 81 арк.

### Анотація

**Шершенькова В. А. Особливості розвитку законодавства про військові злочини в УРСР в період з 1921 по 1924 роки.** — Стаття.

В даній статті досліджено один з основних етапів розвитку законодавства про військові злочини в Українській Радянській Соціалістичній Республіці. Зроблений порівняльний аналіз розділу VII про військові злочини Кримінального кодексу УРСР 1922 року та Положення про військові злочини 1924 року. Визначені поняття, система військових злочинів та покарання за них, а також історичне значення цього етапу розвитку законодавства про військові злочини в УРСР.

**Ключові слова:** військовий злочин, військово-кримінальне законодавство, кримінальне право, покарання, Українська Радянська Соціалістична Республіка.

### Аннотация

**Шершенькова В. А. Особенности развития законодательства о военных преступлениях в УССР в период с 1921 по 1924 годы.** — Статья.

В данной статье исследован один из основных этапов развития законодательства о военных преступлениях в Украинской Советской Социалистической Республике. Сделан сравнительный анализ раздела VII о военных преступлениях Криминального кодекса УССР 1922 года и Положения о военных преступлениях 1924 года. Определены понятие, система военных преступлений и наказания за них, а также историческое значение этого этапа развития законодательства о военных преступлениях в УССР.

**Ключевые слова:** военное преступление, военно-уголовное законодательство, уголовное право, наказание, Украинская Советская Социалистическая Республика.

### Summary

**Shershenkova V. A. Peculiarity development of legislation about soldiery crimes in Ukraine in a period from 1921 for 1924 years.** — Article.

In this article one of the basic stages of development of legislation is investigational about soldiery crimes in Ukrainian Soviet Socialistic Republic. The comparative analysis of section VII is done about the soldiery crimes of the Criminal code of UKRAINE 1922 years and Statute about soldiery crimes 1924 years. A concept, system of soldiery crimes and punishment, is certain for them, and also historical value of this stage of development of legislation about soldiery crimes in UKRAINE.

**Keywords:** military crime, viyskovo-kriminal'ne legislation, criminal right, punishment, Ukrainian Soviet Socialistic Republic.

### ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАКРІПЛЕННЯ ЗАСТАВИ У ДЖЕРЕЛАХ РИМСЬКОГО ПРАВА

Заставні правовідносини протягом тривалого часу привертали до себе увагу багатьох дослідників. Застава є одним з істотних фінансово-правових інструментів сучасності, важливим засобом забезпечення матеріальних інтересів кредитора. Різноманітність суспільно-економічних відносин, ризики сучасного світу, фінансова нестабільність та багато інших причин ставлять під питання можливість своєчасного виконання боргових зобов'язань. Ці фактори обумовлюють актуальність обраної тематики дослідження. Фінансовий ринок пропонує безліч фінансових інструментів, за допомогою яких зацікавлені особи можуть досягти матеріального процвітання. Одним із питань у заставних правовідносинах є питання своєчасного повернення кредитованих коштів по закінченні строків дії договору. Ефективність засобів і методів забезпечення повернення кредитних коштів є показниками стабільності всієї фінансово-кредитної системи та надійності правових засобів, що забезпечують її працездатність. Викладене обумовлює актуальність вдосконалення законодавчої бази, усунення прогалин в законодавстві у кредитних правовідносинах.

Історії Стародавнього Риму були присвячені праці Т. Моммзена, І. Л. Маяк. Історії права Стародавнього Риму значну увагу приділили такі вчені, як: Л. В. Гантовер, С. Г. Єрошенков, В. В. Залеський, Л. Л. Кофанов, І. А. Покровський, Г. Ф. Пухта, С. А. Сосна та багато інших. Разом з тим інститут застави у Стародавньому Римі не був предметом окремих самостійних досліджень.

Метою даної роботи є вивчення еволюції розвитку заставних відносин у Стародавньому Римі, виявлення позитивних рис у регламентації цього інституту та обставин, під впливом яких відбувалися зміни у правовому регулюванні заставних відносин у римському праві.

Традиційно вважається, що Рим є культурним спадкоємцем античної Греції. У той же час самобутня культура Стародавнього Риму розвинула і примножила досягнення грецького права. При вивченні правових пам'яток античного Риму виявляються дефініції, які більшою чи меншою мірою не тільки дійшли до нас, а й з невеликими поправками на сучасність і культурну самобутність країни застосовуються і сьогодні. Таке ж положення може бути застосованим і до заставних правовідносин, зокрема іпотеки як специфічного фінансово-правового інструменту, що дозволяє з мінімальними втратами і ризиками для кредитора та позичальника досягти своїх цілей. Сутність заставного відношення полягає у тому, що боржник за кредитною угодою, на забезпечення виконання свого обов'язку повернути зайняту суму, передає кредитору якусь цінну річ. Якщо він не виконує в строк свій обов'язок, то кредитор отримує право продати закладену річ (розпорядитися предметом застави) з тим, щоб за рахунок вирученої суми отримати задоволення по кредитній угоді. Однак

така конструкція заставних відношень була розроблена римським правом не відразу.

Римляни не просто запозичили грецький досвід іпотечного кредитування, але й розвинули його. Аграрна спрямованість римської економіки сприяла тому, що земля становила відносно велику цінність, внаслідок чого принцип приватної власності на землю отримав ґрунтовне законодавче оформлення. Багато дослідників справедливо вважають, що створення законів XII таблиць — це, перш за все, фіксація вже чинного права. Так, поява багатьох дефініцій, що містяться у XII таблицях, традиція відносить ще до періоду перших царів [1, 39].

Відзначимо, що Цицерон при обговоренні різних юридичних казусів інколи посилається одночасно і на стародавні священні закони, і на норми XII таблиць. Священні закони значно давніші децемвірального права, отже, згадані Цицероном норми були зафіксовані в XII таблицях вже вдруге [2, 16].

Все ж існує інша точка зору на характер законів XII таблиць. Відповідно до неї запозичення децемвірів з аттичного законодавства, без сумніву, відіграли певну роль у складанні римського суддебника. Про це прямо свідчать античні автори, посилаючись на те, що перед складанням децемвірального зводу до Греції була послана комісія для спеціального вивчення еллінських законів з метою їх використання у римському законодавстві. Один із пізньоантичних авторів, Ісидор Севільський, взагалі стверджує, що після перекладу децемвіри внесли до XII таблиць деякі із законів Солона [2, 16].

Дана гіпотеза пояснює високий ступінь розробки заставного права вже в царський період існування Риму. Зрозуміло, що мова поки не йде про таку високу форму правовідносин з нерухомістю, як іпотека, тим не менше, процес адаптації грецького права і вироблення своїх правових норм йшов у повній мірі.

Слід зазначити, що заставне право є одним з найстаріших цивільно-правових інститутів. І ті форми заставного права, про які мова піде нижче, є прямими спадкоємцями перших дефініцій, що визначають ставлення заставодавця і заставодержателя, викладених у II і VII таблицях [3, 63]. Беручи за основу текст таблиці VII, відзначається, що законодавство епохи Царів щодо застави більшою мірою було запозичене із Солонових установлень. Даний факт можна пояснити тим, що натуральне господарство не передбачало складних конструкцій законодавства. Тим більше, що в аналізований період общинна форма ведення господарства тільки почала перетворюватися в те, що з часом утворює Римську державу.

І хоча І. А. Покровський стверджує, що цивільне право Стародавнього Риму у період, що вивчається, крім сервітутів, інших речових прав на чужі речі не використовувало, зокрема йому не було відоме й заставне право в його істинному юридичному сенсі [4, 337].

На відміну від І. А. Покровського, Л. В. Гантовер стверджує, що в Римі існували чотири види застави: *fiducia*, *pignus*, *prediatura*, *hypotheca*.

Історично першою виникла *fiducia*. Такий вид застави забезпечував повне задоволення інтересів кредитора, оскільки заставлене майно переходило

у власність кредитора. Одночасно з виникненням застави, кредитор набував статусу власника предмета та мав право володіти, користуватися і розпоряджатися ним на свій розсуд, він мав можливість відчужувати його без попередньої згоди боржника [5, 14].

При *fiducia* сторони домовлялися, що боржник взамін отриманих коштів передавав кредитору заздалегідь обумовлену річ. Дана домовленість супроводжувалася складанням угоди. Ця угода визначала, що кредитор повинен був передати назад предмет застави у разі сплати боргу боржником. При укладанні цієї угоди було обумовлено, що у разі її порушення зі сторони кредитора, коли він відмовлявся повернути предмет застави назад боржникові після виконання основного зобов'язання, боржник мав право подати позов (*actio fiduciae*), звинувачення за яким загрожувало кредитору не тільки обов'язком відшкодувати шкоду, але і моральним безчестям (*infamia*) [4, 166].

Забезпеченням виконання боржником його зобов'язань служила одна з фідучіарних угод (*fiducia cum creditore*), тобто така, яка заснована на довірі. При цьому боржник передавав за допомогою манципації або поступки по суду річ і право власності на неї кредитору, за умови, що після сплати боргу річ повернеться у власність боржника. Якщо ж борг не виплачувався, кредитор остаточно ставав власником речі, залишав її у себе і міг розпорядитися нею по-своєму. *Fiducia* не мала основних ознак заставного права. Не було права власності на чужу річ, оскільки не було його в руках кредитора, бо кредитор отримував на річ повну квіритську власність (лат. *dominium ex jure Quiritium*) у римському праві, це — найдавніший вид власності («по праву квіритів» — *ex jure Quiritium*), суб'єктами якої могли бути римські громадяни або ті з іноземців, яким було даровано *jus commercii* (право торгівлі), не було його і в руках боржника, бо боржник втрачав всяке речове відношення до закладеної речі. Проаналізувавши *fiducia* як форму застави, не у власному, юридичному сенсі, а в сенсі ширшому, економічному, то відмітимо, що з описаними рисами *fiducia* відображала суворий характер примітивного кредиту. Вона є односторонньою, тобто інтерес, якому вона служить, є виключно інтерес кредитора; бажання найсильніше забезпечити кредитора призводило до забуття справедливих інтересів боржника. Все це цілком зрозуміло для того часу, коли кредитні угоди були рідкісною ознакою економічної крайності. Природно, що зі зміною умов і зі збільшенням капіталів *fiducia* була виявлена недостатньою [4, 338].

На підставі вищевикладеного можна з упевненістю сказати, що нерозвиненість державного забезпечення виконання договорів, їх вільна форма укладення (в основному усна) не могли забезпечити прийнятний рівень захисту прав боржника. Вигода від господарського використання заставленого майна часто багато у чому перевищувала суму закладеного майна. Недосконалість інституту *fiducia* зумовила розвиток договору про заставу (*pignus*) [6, 583].

З плином часу і розвитком товарного господарства, на відміну від натурального, різко зростає роль кредиту і, відповідно, засобів його забезпечення. При *pignus* боржник за допомогою неформальної традиції передавав річ не у власність кредитора, а у володіння. Забезпечувальна сила при цьому поляга-

ла у тому, що кредитор утримував у себе річ до сплати боргу. Але при такій конструкції очевидним є подвійна незручність, кредитор не міг розпорядитися річчю, отже, не міг отримати задоволення свого інтересу за рахунок вирученої від продажу вартості, боржник позбавлявся можливості господарського використання закладеної речі (найчастіше, знарядь виробництва) і, тим самим, отримання коштів, необхідних для виплати боргу.

Для того, щоб обійти останню незручність, на практиці стали вдаватися до встановлення на користь боржника прекарного володіння (володіння до запитання) [4, 348] закладеною річчю. Виділивши для забезпечення кредиту річ, боржник одержував згоду кредитора на те, що вона залишиться у його володінні, але буде передана кредитору на першу його вимогу. Безсумнівно, *pignus* є більш прогресивною формою заставних відносин, оскільки урівнює права і обов'язки кредитора і боржника. На відміну від *fiducia*, яка передбачала право власності кредитора на заставлене майно, *pignus* обмежувався лише правом володіння, що з економічної точки зору було вигідно для боржника, оскільки він мав можливість використовувати закладену річ у господарській діяльності і тим самим забезпечити повернення боргу.

Подальшим кроком у розвитку заставного права стала *prediatura*, яка встановлювала правила укладання угод не тільки між приватними особами, а й між приватними особами і державою. При цьому виді заставних відносин не було поділу на рухоме і нерухоме майно. Даний вид відносин чітко описується в Інституціях Гая. Якщо держава продавала річ, її закладену, і якщо власнику вдавалося оволодіти нею, то *usureceptio* була можливою. Але у цьому випадку нерухому власність можна було придбати за допомогою дворічного, давнісного терміну, що звичайно називалось зворотним придбанням володіння давністю. На підставі предіатури особа, що купувала від римського народу (або скарбниці), називалась *praediator* [7, 60].

Одночасно з предіатурою в грецьких провінціях Риму існувала й іпотека. Нова форма застави, що отримала згодом назву *hypotheca*, проникла і в приватний римський оборот, отримавши свою санкцію в преторському едикті [4, 362].

Як зазначає І. А. Покровський, найдавнішим випадком, де знайшла собі здійснення ідея іпотеки, була застава рухомості квартиранта або орендаря. З розвитком найму квартир і дрібних сільських ділянок встановився звичай, що все привезене з собою квартирантом або орендарем, все так зване *illata, invecta, inducta* (меблі, сільськогосподарські знаряддя і т. д.) закладалися господареві з метою забезпечення належного виконання обов'язків з найму з боку квартиранта або орендаря [4, 362]. Так чи інакше, але подібна форма відносин не була позбавлена недоліків. Під приводом несправностей з вини квартиранта господарі часто не випускали його речі, чим обмежували можливість пересування. Щодо оренди сільських ділянок, більш скрутним ставало становище господарів землі. Перебуваючи поза постійним наглядом, орендар легко міг вивести речі. Для того, щоб надати господарям можливість отримати ці речі, преторський едикт установив особливий засіб — *interdictum Salvianum*. Інтердикт, званий Сальвіанським, встановлювався заради придбання володіння, ним ко-

ристувалися *dominus* щодо інвентаря орендаря, який дав його в заставу господареві сільського майна для забезпечення договірної найманої плати [7, 140]. Але цей інтердикт спрямовувався тільки проти самого *colonus*, а не проти третіх осіб. Для того ж, щоб витребувати *iliata invecata, inducta* від останніх, дещо пізніше було встановлено інший позов — *actio Serviana* [7, 140]. Завдяки цьому останньому позову право господаря на інвентар орендаря набуло характер дійсного речового права: господар міг відшукувати ці речі з рук всякого власника їх. Оскільки принцип публічності іпотеки на відміну від Стародавньої Греції в Римі не дотримувався, кредитор не міг бути впевнений, що це майно вже не закладено. Боржник мав можливість закладати майно у кількох осіб, таким чином, отримуючи під нього кредит, який значно перевищує ринкову вартість застави [8, 19].

Т. Моммзен справедливо зазначив, що замість іпотечного боргу є те, що в наш час закінчує іпотечний процес — перехід власності від боржника до кредитора; навпаки, особистий кредит гарантований широко, оскільки законодавець давав кредиту право вчинити з неоплатним боржником як із крадієм [9, 166].

Ствердження Т. Моммзена доповнено дослідженням С. А. Сосни, який вказав, що історична еволюція пройшла шлях від визнання безумовної правосуб'єктності кредитора за заставою на заставлене майно (із збереженням за заставодавцем лише інтересу в нерухомості по загальному праву) до протилежної за змістом — визнання саме заставодавця суб'єктом права власності (із закріпленням за кредитором інтересу в обтяженій заставою нерухомості) [10, 47].

На основі вищевикладеного простежуються такі закономірності: закони XII таблиць у частині заставних відносин, хоча й були складені набагато пізніше діяльності Солона і в більшості скопійовані з його законодавства, ні в якій мірі не можна віднести до детально розробленого законодавства. Це пов'язано, перш за все, з тим, що царський період Стародавнього Риму характеризувався, насамперед, общинним способом ведення господарства, який не вимагав детальної розробки законодавства, і відсутністю коштів державного забезпечення.

З плином часу, територіальним зростанням, ускладненням економічних відносин виникла потреба в розробці та застосуванні різних форм забезпечення застави.

Якщо перші форми застави забезпечували інтереси тільки кредитора і абсолютно не враховували інтереси позичальника, такі як *fiducia*, то більш пізні і більш досконалі форми застави, такі як іпотека, в рівній мірі стояли на захисті інтересів як кредитора, так і боржника.

До перспектив подальшого дослідження можна віднести той факт, що законодавець Стародавнього Риму не розрізняв іпотеку щодо рухомого і нерухомого майна. У зв'язку з цим виникає необхідність дослідження розвитку заставних відносин взагалі та іпотеки, зокрема, в більш пізній період Римської імперії, а також форми запозичення заставного законодавства в середньовічній Європі та тій території, на якій знаходиться сучасна Україна.



### Література

1. Маяк И. Л. Рим первых царей : Генезис Римского полиса / И. Л. Маяк ; ред. С. П. Костриков. — М. : Изд-во Моск. ун-та, 1983. — С. 260.
2. Кофанов Л. Л. Законы XII таблиц и проблема *sodales* : Межвузовский сб. науч. ст. «Античность Европы» / Л. Л. Кофанов. — Пермский ун-т, 1992. — С. 15–22.
3. Хрестоматия по истории Древнего Рима / под ред. С. Л. Утченко. — М. : Изд-во социально-эконом. лит., 1962. — 664 с.
4. Покровский И. А. История римского права / И. А. Покровский. — СПб. : Летний Сад, 1999. — 525 с.
5. Гантовер Л. В. Залоговое право / Л. В. Гантовер. — СПб. : Гос. тип., 1890. — 784 с.
6. Основные институты гражданского права зарубежных стран : Сравнит.-прав. исслед. / рук. авт. кол. В. В. Залесский. — М. : НОРМА, 2000. — 648 с.
7. Гай. Институции. Кн. 1–4 / Рос. АН ; Ин-т всеобщей истории ; Центр изучения римского права ; пер. с лат. Ф. Дыдынского ; под ред. Л. Л. Кофанова, В. А. Савельева. — М. : Юрист, 1997. — 361 с.
8. Ерошенков С. Г. Анализ истории и эволюции ипотеки на примере развитых и развивающихся стран [Электронный ресурс] / С. Г. Ерошенков. — М., 2004. — Режим доступа к журн. : <http://www.s-s.v.ru/shop/jpb=1752>
9. Моммзен Т. История Рима. В 4 т. Т. 1 (кн. 1–3) / Т. Моммзен. — Ростов н/Д. : Феникс ; М. : Зевс, 1997. — С. 635.
10. Сосна С. А. Залог недвижимости по праву афро-азиатских стран англосаксонской правовой группы / С. А. Сосна // Залог и ипотека в российском и зарубежном праве : материалы междунар. науч. конф., 8–9 дек., 1998 г. — М. : Изд-во ИГиПРАН, 1999. — С. 44–47.

### Анотація

**Баурда М. М.** Законодавче закріплення застави у джерелах римського права. — Стаття.

У статті досліджені особливості становлення заставних правовідносин у Стародавньому Римі. Виявлені основні риси у регламентації цього інституту. Визначені обставини, під впливом яких відбувалися зміни у правовому регулюванні заставних відносин у римському праві. Охарактеризовані історичні етапи формування заставних правовідносин та їх вплив на законодавчий порядок у розглянутий період.

**Ключові слова:** інститут застави, ипотека, римське право, боржник, кредитор, зобов'язання.

### Аннотация

**Баурда М. М.** Законодательное закрепление залога в источниках римского права. — Статья.

В статье исследованы особенности становления залоговых правоотношений в Древнем Риме. Выявлены основные черты в регламентации этого института. Определены обстоятельства, под влиянием которых происходили изменения в правовом регулировании залоговых отношений в римском праве. Охарактеризованы исторические этапы формирования залоговых правоотношений и их влияние на законодательный порядок в рассматриваемый период.

**Ключевые слова:** институт залога, ипотека, римское право, должник, кредитор, обязательства.

### Annotation

**Baurda M. M.** Legislative fixing of mortgage in the sources of the Roman law. — Article.

The article is dedicated to the research of peculiarities of the pledge legal relations formation in Ancient Rome. It reveals the main features in regulation of this institution. The author defines circumstances under the influence of which the changes in the legal regulation of the pledge relations in Roman Law took place. The historical stages of the pledge legal relations formation and their influence on the legislative order in the given period are characterized in the article.

**Keywords:** institution of pledge, mortgage, Roman law (*jus civile*), debtor, creditor, obligations.



### Розділ 3

## АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ СУЧАСНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ



## ІПОТЕЧНЕ КРЕДИТУВАННЯ ЯК СКЛАДОВА ЕКОНОМІЧНОЇ СТАБІЛЬНОСТІ

У країнах з розвинутою економікою давно вже склалися сповна ефективні механізми регулювання кредитно-фінансових ринків. Практика переходу України до ринкової економіки наочно показала наявність тенденції використання західних моделей, що є найбільш популярними у всіх сферах господарської діяльності.

Необхідність використання іпотечного досвіду в розвитку іпотечного ринку (а високоорганізована економіка неможлива без широкого використання іпотеки) не підлягає сумніву, але в той самий час треба визнати, що поряд із загальними закономірностями його розвитку в різних країнах існують і певні відмінності, пов'язані із специфікою розвитку економіки в цих країнах.

Період реформ в Україні почався з різкого скорочення державного сектора в економіці через розширення ринкового підприємництва, а також за рахунок приватизації. Це означало руйнування того рівня централізації, який був необхідний для контролю сучасного виробництва навіть в умовах ринкової економіки.

Іншими словами, перехід до ринкової економіки не означає зменшення необхідності державного регулювання, що є системою заходів законодавчого, виконавчого і контролюючого характеру, спрямованою на стабілізацію і пристосування існуючої соціально-економічної системи до умов, що змінюються. Відсутність дієвого правового регулювання іпотеки створила правовий вакуум у регламентації іпотечних правовідносин, що почали виникати на вітчизняних теренах у тісному зв'язку з відносинами кредитування.

У сфері організації та функціонування господарства перехід країни до ринкових відносин вимагає, у свою чергу, приведення законодавства у відповідність до потреб ринкової економіки. Враховуючи економічні закони ринку, саме на кредитну та грошову системи покладено роль ланки, що зв'язує сучасний господарський механізм, забезпечує розвиток економіки країни в цілому.

Всі ці економічні процеси зумовлюють необхідність радикальних структурних та функціональних змін у кредитно-фінансовій сфері.

Однією з важливих передумов іпотечного кредитування — це цивільно-правові заходи здійснення правового регулювання іпотечних відносин. Фахівці в галузі банківської діяльності погоджуються в думці, що створення повноцінного правового захисту розглянутих питань (на сьогоднішній день це насамперед особливо відчутне в такій сфері, як кредитування) є запорукою належного управління економікою держави, побудови механізму сучасної кредитної системи України та якісно впливає на формування правової держави. Виключно законами України встановлюються: засади створення і

функціонування фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків; статус національної валюти, а також статус іноземних валют на території України; порядок утворення і погашення державного внутрішнього і зовнішнього боргу; порядок випуску та обігу державних цінних паперів, їх види і типи; Рада НБУ розробляє основні засади грошово-кредитної політики та здійснює контроль за її проведенням. Іпотека як складова ринкового механізму господарювання впливає на розвиток реального сектора економіки, сприяє подоланню низки соціальних проблем, активізує інвестиційні процеси, оскільки за своєю соціально-економічною природою забезпечує «дохідність руху вартості».

Ще 2002 року вийшов Указ Президента України «Про заходи щодо розвитку іпотечного ринку в Україні» (від 8 серпня 2002 р. № 625) з метою створення ефективних механізмів розвитку іпотечного ринку, додаткових можливостей для залучення інвестицій у пріоритетні галузі економіки України.

У ньому пріоритетними напрямками діяльності щодо створення та розвитку іпотечного ринку України визначалось:

- формування нормативно-правової бази з питань іпотеки з метою ефективного використання можливостей іпотеки як додаткового джерела залучення коштів для вирішення соціально-економічних проблем;
- створення системи гарантій та прозорих умов діяльності учасників іпотечного ринку, насамперед через запровадження ефективної системи державної реєстрації прав на нерухоме майно, вдосконалення механізмів страхування іпотечних кредитів;
- встановлення видів іпотечних цінних паперів, визначення порядку їх випуску та обігу, забезпечення належного контролю за обігом;
- створення спеціалізованих іпотечних банків та інших установ, які здійснюватимуть діяльність на іпотечному ринку;
- розширення наукових досліджень з проблем іпотеки й іпотечного ринку, підготовка фахівців з питань іпотеки.

Однією з основних цілей банківського кредитування є функціонування будь-яких суб'єктів господарювання, які здійснюють зазначену діяльність, реалізуючи сукупність господарських прав та обов'язків. Значна обмеженість грошових коштів призводить до необхідності надання довгострокових кредитів, які були б мінімально схильні до інфляції і максимально гарантували своєчасність повернення.

Саме до таких кредитів належить забезпечений заставою нерухомості іпотечний кредит.

Незважаючи на відміну в умовах кризи деякими банками програм іпотечно-го кредитування, іпотекою продовжує займатися значна кількість кредитних організацій, з'являються нові програми, у тому числі і складні, наприклад із змінними кредитними ставками. Українські банки, що обіцяли реанімувати кредитування весною 2010 року, почали поступово позичати грошовими коштами позичальників. Банкіри роблять ставку на фінансування підприємств і вибірково кредитують населення.

Кризові явища стали причиною посилення вимог до позичальника, що виразилося, перш за все, у збільшенні первинного внеску, багато банків розробили свої методи оцінки кредитоспроможності позичальника.

Розробка реалістичної та ефективної концепції виходу з економічної кризи, безумовно, потребує адекватної правової дії на економічні відносини, оскільки лише право є тим єдиним інструментом, здатним врегулювати провідні сфери життя суспільства. Логічна послідовність у розгляді права та економіки це «від загального до часткового», іншими словами, вирішення конкретних питань на основі результатів аналізу загальніших та універсальних. Так, дослідження суті застави в цілому й іпотеки зокрема неможливо без розгляду суті кредиту «як певних благ, наданих у тимчасове користування (у борг). Таке розуміння кредиту робить його не лише конкретним, легко вимірюваним і зрозумілим практиками-економістами, а й більш науковим» [1].

Найповніше основоположне правило кредитування відображає слово «довіра» (від лат. *credo* — віра).

Для забезпечення ширшого погляду на цю категорію пропонується назвати основоположним принципом кредитування словосполучення «довіра — відповідальність», яке глибше за змістом порівняно з фінансовим поняттям «кредитоспроможність».

У цьому плані цілком зрозуміла і розбіжність ряду вчених з проф. Ф. Фукуямой, який зазначав, що довіра — це «іпотечний продукт соціальних норм» [2].

Однак подальший розвиток іпотечного ринку неможливий лише на основі категорій «довіра», «відповідальність», оскільки сьогодні (втім, як і завжди) одним із головних завдань для кредитора є необхідність мінімізації ризику, забезпечення надійності повернення коштів.

Серед юридичних категорій поняття «ризик» є найбільш дискусійним, оскільки воно надзвичайно багатогранне і використовується як у побуті, так і в понятійному апараті ряду наук [3].

У Стародавньому Римі категорія «ризик» (*periculum*) використовувалася в приватному праві і згадується у зв'язку з морською позикою, зберіганням, а також «відстроченням на чийсь ризик», ризиками експедитора тощо [4].

У сучасному зарубіжному законодавстві термін «ризик» має важливе значення. Так, наприклад, у ЦУ Німеччини § 1286 передбачає обов'язок розірвання договору в разі ризику стягнення, а у французькому Цивільному кодексі міститься положення про «ризикові договори», яким присвячений повністю титул XII Кодексу.

Слід зазначити, що ризик у договорі це, перш за все, облік та економічна оцінка вірогідності певних юридичних наслідків. Наприклад, сьогодні ризик при укладанні іпотечних кредитів пов'язаний з нестабільністю валюти і залежить від того, якій валюті віддана перевага.

У цьому плані, як вірно зазначив В. В. Рассудовський, термін «ризик» означає певні явища, настання яких призводить до майнових втрат [5].

Аналізуючи різні підходи до розуміння даної проблеми в цивільному праві, розгляд ризику як суб'єктивної категорії, яку відстоювали С. М. Братусь

і В. А. Ойгензихт, і як об'єктивної категорії, прибічниками якої були Я. М. Магазінер, В. П. Грібанов, В. В. Рассудовський, О. А. Красавчиков і ряд інших, Ф. А. В'ячеславов підтримував прибічників його об'єктивного розуміння [6].

Однак у той самий час він цілком правильно акцентує увагу на твердженні О. А. Красавчикова, який вважав, що поняття «ризик» тісно пов'язане з поняттям «юридичні наслідки», яке включає рух правовідношення в цілому (виникнення, зміна, припинення), але також і динаміку його окремих елементів, зокрема розвиток суб'єктивного права від правомочності до права вимоги [7].

Формулюючи поняття «ризик» у цивільному праві як «можливі невідгідні наслідки», дану категорію можна використовувати при аналізі всіх без винятку інститутів цивільного права, і таке його розуміння значною мірою узгоджується з дослідженнями економічної науки.

В умовах економічної кризи зведення ризику до мінімуму при іпотечному кредитуванні (як, втім, і в будь-якому іншому) безпосередньо залежить від правильної оцінки кредитоспроможності позичальника.

Р. Саватьє зазначав, що слово «кредит» виражає довіру і користуватися такою довірою є перевагою, доступною лише справним боржникам. Ця перевага означає кредитоспроможність особи, що має велике економічне значення. «Якщо позика надається на тривалий строк, то невизначеність майбутнього зазвичай спонукає кредитора, особливо якщо це банкір, надавати кредит лише за наявності відповідного забезпечення» [8].

Кредитоспроможність — це наявність передумов для одержання позичок, спроможність повернути їх. Безумовно, що це визначення досить розроблене і діє вже система методів оцінки кредитоспроможності позичальника.

Складність такої оцінки в умовах економічної кризи пов'язана з цілим рядом чинників, тому кредитні організації, виходячи з їх аналізу, розглядають питання про доцільність співпраці й фінансування клієнта.

З розвитком іпотечного кредитування кредитні організації намагаються структурувати управління кредитним ризиком так, щоб цією роботою займалася не одна людина, думка якої за оцінкою рейтингу позичальника досить суб'єктивна, а по можливості, залежно від масштабів діяльності, окремий структурний підрозділ, сектор, відділ, управління.

Безперечно, що оцінка рейтингу позичальника багато в чому залежить від його реального фінансового стану [9].

Згідно з положенням НБУ «Про порядок формування та використання резерву для відшкодування можливих витрат за кредитними організаціями банків» (від 6 липня 2000 р.) вимоги щодо оцінювання фінансового стану позичальника, рекомендовані НБУ, є мінімально необхідними, — це основні економічні показники його діяльності: платоспроможність, фінансова стійкість, рентабельність (у динаміці), обіг за рахунком, склад та динаміка дебіторсько-кредиторської заборгованості.

Для того, щоб оцінити фінансовий стан позичальника — фізичної особи, треба також врахувати: соціальну стабільність клієнта, а це наявність власної



нерухомості, рухомого майна, цінних паперів, постійної роботи; сімейний стан; вік, здоров'я клієнта; доходи і витрати клієнта в минулому та своєчасність їх погашення і процентів з них, а також користування іншими банківськими послугами; зв'язки клієнта в діловому світі тощо [10].

О. В. Бермічева відзначає також такі додаткові критерії оцінювання, як коефіцієнт платоспроможності позичальника (КПП), коефіцієнт платоспроможності сім'ї (КПС), коефіцієнт забезпечення (КЗ), наявність власної нерухомості (ВН), наявність постійної роботи (ПР), а також різні методи перевірки кредитоспроможності позичальника за бальною системою [11].

Проте слід визнати, що навіть найдосконаліші показники кредитоспроможності, засновані на аналізі за минулий період, схильні до впливу інфляції і не можуть гарантувати точність оцінки, тому в будь-якому разі при укладанні іпотечного договору ризик для кредитора неминучий.

Якщо питання про ризик кредитора при різних видах кредитування в науковій літературі розглядається досить широко і в різних аспектах, то проблема втрати житла при неможливості подальшої виплати по кредиту боржником практично не досліджена.

Втім цьому є пояснення: в Україні іпотечний ринок сформувався не так давно, і при відносно стабільному розвитку економіки ця проблема не була такою актуальною. Сьогодні ж йдеться про трагедії для багатьох сотень сімей, які практично в безвихідному становищі.

Виходячи із «соціалістичного минулого», багато хто психологічно не готовий до того, що їм не буде надана допомога з боку держави.

Однак навіть у таких країнах, як, наприклад, США, де в законодавчому порядку передбачалися різні пільги позичальникові, щоб той міг виконати зобов'язання, економічна криза внесла свої корективи, незважаючи на розвинену систему страхування і кредитні історії, що дозволяють уникнути ризику при кредитуванні.

Значну втрату понесла вся система страхування, де страхування кредитів у системі іпотечного кредитування США має велике значення. Цим страхуванням займалися як державні, так і приватні компанії. Залежно від організацій, які страхують кредит, іпотеки підрозділялися на три види. Перш за все це звичайні іпотеки, які страхуються приватно. Іпотеки інших видів застраховані Федеральним управлінням житлового будівництва, а також Відомством у справах ветеранів [12].

Безумовно, всі ці заходи дійсно можуть сприяти подальшому розвитку іпотечного кредитування та якоюсь мірою гармонізувати відносини кредитора і позичальника, проте законодавець не може ставити кредитора в такі умови, коли йому буде просто не вигідно видавати кредити [13].

Основні вимоги до іпотечних кредитів затвердила Наглядова рада Державної іпотечної установи 16 вересня 2005 року. Вони встановлюють уніфіковані та прозорі вимоги до іпотечних угод, позичальників, предмета іпотеки, його оцінки, впроваджують надійні та прозорі процедури надання, рефінансування та обслуговування іпотечних кредитів.

Варто зазначити, що після прийняття Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» [14] та внесення останніх змін відповідно до Закону України від 15 грудня 2008 року № 320-IV виникли суперечності та неузгодженості. Так, терміни «іпотечний кредит» та «договір про іпотечний кредит» було замінено термінами «іпотечний борг» та «договір про іпотечний борг».

На думку Н. М. Квіт, поняття «іпотечний борг», дане у ст. 1 Закону «Про іпотечне кредитування...», і його тлумачення у ст. 2 цього самого Закону необхідно замінити на поняття, тотожне за змістом, — «іпотечний кредит», оскільки воно акцентує увагу на особливому характері основного зобов'язання — його грошовому виразі [13].

Іпотечне кредитування є важливим елементом ринкової економіки, успіх його розвитку в Україні можливий за умови врахування суб'єктами іпотечних відносин двох, на наш погляд, важливих чинників: це відсутність у комерційних банків можливості видавати позики на довготривалі строки (понад 30 років, передбачених законодавством) і низькі доходи в переважній масі населення.

Явним недоліком є відсутність ринкової інфраструктури, спеціальних інвестиційних та іпотечних технологій. Необхідно також удосконалити житлово-інвестиційне законодавство, створити нормативну базу для надійного захисту суб'єктів іпотечних відносин.

Однак все-таки, навіть у сьогоднішніх, дуже складних економічних умовах, можливість використання іпотеки досить велика.

При цьому необхідно використовувати для цього всі можливості.

Так, наприклад, ще в докризовий період С. К. Харічков і О. Р. Губанова розглянули доцільність залучення іпотеки до системи формування інвестиційного фундаменту інноваційних перетворень у сфері поведження з техногенними ресурсами.

Для усвідомлення переваг упровадження іпотечного кредитування у сфері поведження з техногенними відходами (а це одна з найважливіших екологічних проблем для низки міст і сіл України) важливим питанням є розуміння дії іпотечної системи, тобто взаємозв'язку структурних та організаційно-правових елементів, що забезпечують ефективну рухомість вартості упродовж тривалого часу [15].

Аналіз економічних процесів, що відбуваються в умовах пошуку виходу з економічної кризи, говорить про насущну необхідність радикальних структурних і функціональних змін у кредитно-фінансовій сфері.

У першу чергу необхідне приведення законодавства у відповідність до потреб ринкової економіки. Враховуючи економічні закони ринку, саме на банківську, кредитну та грошову системи покладено роль ланки, що зв'яже сучасний господарський механізм, забезпечує розвиток економіки в цілому.

### Література

1. Євтух О. Т. Кредит як соціально-економічне явище / О. Т. Євтух // Фінанси України. — 2006. — № 3. — С. 16.

2. Фукуяма Ф. Великий разрыв : [пер. с англ.] / Ф. Фукуяма. — М. : АСТ, 2001. — С. 74–75.
3. Курс экономической теории : учеб. / Под ред. М. Н. Чепурина, Е. А. Кисилёвой. — К., 1999.
4. Ойгензихт А. А. Проблема риска в гражданском праве (часть общая) / А. А. Ойгензихт. — Душанбе: Ирфон, 1972. — С. 7.
5. Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность (очерк теории) / С. Н. Братусь. — М. : Городец, 2001. — С. 154–186.
6. Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте / А. С. Комаров. — М. : Юрид. лит., 1991. — С. 65.
7. Дождѣв Д. В. Римское частное право : учеб. [для вузов] / Д. В. Дождѣв ; Под ред. В. С. Нерсисянца. — М. : Норма, 1997. — С. 500.
8. Рассудовский В. В. Вопрос об имущественном риске в гражданском праве / В. В. Рассудовский // Советская юстиция. — 1963. — № 8. — С. 27.
9. Вячеславов Ф. А. Распределение рисков: понятие и значение в гражданском праве / Ф. А. Вячеславов // Вестник МГУ. Серия 11, Право. — 2007. — № 4. — С. 76.
10. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков // Красавчиков О. А. Категории науки гражданского права : в 2 т. — Т. 2. — М. : Статут, 2005. — С. 76.
11. Саватье Р. Теория обязательств: Юридический и экономический очерк / Р. Саватье. — М. : Прогресс, 1972. — С. 235–236.
12. Бухтин М. А. Управление кредитным риском банка: понятия ожидаемых и непредвиденных потерь / М. А. Бухтин // Деньги и кредит. — 2008. — № 5. — С. 19–31.
13. Банківські операції : підруч. / [А. М. Мороз, М. І. Савлук, М. Ф. Пуховкіна та ін.] ; за ред. А. М. Мороз. — [2-ге вид., випр. і доп.]. — К. : КНЕУ, 2002. — С. 146.
14. Бермічева О. В. Визначення рейтингу кредитоспроможності позичальників / О. В. Бермічева // Наше право. — 2007. — № 3. — С. 76.
15. Павлов П. США: Система ипотечного кредитования в жилищной сфере / П. Павлов // Закон. — 1995. — № 1. — С. 118–119.
16. Квіт Н. М. Цивільно-правове регулювання іпотечного кредитування в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Н. М. Квіт. — К., 2010. — С. 3.
17. Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — Офіц. вид. — 2004. — № 1. — Ст. 1.
18. Харічков С. К. Ипотека як інструмент мобілізації інвестиційних потоків у сфері освоєння техногенно-ресурсного потенціалу України / С. К. Харічков, О. Р. Губанова // Фінанси України. — 2006. — № 3. — С. 31.

### Анотація

**Кізова О. С. Іпотечне кредитування як складова економічної стабільності.** — Стаття.

У даній статті розглянуті основні положення іпотеки як складової економічної стабільності держави. Встановлено, що однією з важливих передумов іпотечного кредитування — це цивільно-правові заходи здійснення правового регулювання іпотечних відносин, іпотека як складова ринкового механізму господарювання впливає на розвиток реального сектора економіки, сприяє подоланню низки соціальних проблем, активізує інвестиційні процеси.

**Ключові слова:** іпотека, рухоме майно, нерухоме майно, іпотечне кредитування.

### Аннотация

**Кизлова О. С. Ипотечное кредитование как составляющая экономической стабильности** — Статья.

В данной статье рассмотрены основные положения ипотеки как составляющей экономической стабильности государства. Установлено, что одним из важнейших условий ипотечного кредитования являются гражданско-правовые меры осуществления правового регулирования ипотечных

отношений, ипотека как составляющая рыночного механизма хозяйствования влияет на развитие реального сектора экономики, способствует преодолению ряда социальных проблем, активизирует инвестиционные процессы.

*Ключевые слова:* ипотека, движимое имущество, недвижимое имущество, ипотечное кредитование.

### Summary

*Kizlova O. S. Mortgage crediting as constituent of economic stability — Article.*

In this article substantive provisions are considered as to making economical stability of the state. It is set that one of major terms of the mortgage crediting is grazhdansko- legal measures of realization of the legal adjusting of mortgage relations, mortgage as a constituent of market mechanism of management influences not development of the real sector of economy, instrumental in overcoming of row of social problems, activates investment processes.

*Keywords:* mortgage, personal chattels, real estate.

УДК 347.822.31:341.221.23

*Т. В. Аверочкина*

### ПРИЛЕГЛІ ЗОНИ: ІСТОРІЯ, ПЕРСПЕКТИВИ УКРАЇНИ ТА ДЕЯКІ АСПЕКТИ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ

**Постановка проблеми.** Вже доволі тривалий період у вітчизняній морській періодиці обговорюється можливість встановлення Україною прилеглої зони. Цей вид морських просторів вперше отримав міжнародне визнання на Першій Конференції ООН з морського права у 1958 році та норми про його правовий статус і режим діяльності в ньому було закріплено у Конвенції про територіальне море та прилеглу зону [1].

**Аналіз останніх досліджень.** У вітчизняній літературі питання встановлення прилеглих зон Україною розглядаються нечасто (О. М. Ніколаєв). Публікації, в основному, стосуються політичного аспекту здійснення юрисдикції держави над цим простором, проте ґрунтовний правовий аналіз історії становлення правового забезпечення функціонування органів держави в цьому просторі в них не здійснювався. Не піддавалося дослідженню й історичне підґрунтя здійснення адміністративної юрисдикції в прилеглих зонах. Тому метою цієї статті є розгляд історичного розвитку такої категорії морських просторів, як прилегла зона, перспектив встановлення такої зони Україною та деяких аспектів здійснення адміністративної юрисдикції України в цьому просторі.

**Виклад основного матеріалу.** На початку дослідження звернемося до історії встановлення прилеглих зон до середини XX століття, адже цей екскурс має допомогти визначити та краще зрозуміти їх правову природу, а також підстави здійснення в них юрисдикції прибережних держав.

Як зазначає О. М. Ніколаєв, «під спеціальними (або суміжними) зонами зазвичай розуміються простори моря певної довжини, які розташовані за межами територіальних вод і в яких держави здійснюють спеціальні права (рибальські,

митні, санітарні та ін.). Ширина спеціальних зон зазвичай відрховується від тієї ж вихідної лінії, від якої відрховуються територіальні води, тобто від лінії найбільшого відпливу<sup>1</sup>» [2, с. 51].

Поява спеціальних зон пояснюється бажанням прибережних держав здійснювати певні права у відкритому морі за межами своїх територіальних вод (територіального моря). Початок цій практиці поклали Велика Британія та Сполучені Штати Америки. У 1736 році Велика Британія, а в 1799 році — США односторонніми актами встановили дванадцятимильні зони для здійснення митного нагляду над усіма суднами, що прямують до їхніх портів<sup>2</sup>. У 1811 році Велика Британія так званім колоніальним законом заборонила іноземним суднам добувати перли на деяких банках біля острова Цейлон, віддалених від берега на відстань 21 миль. Свою претензію на цю історичну зону Британія обґрунтувала традиційним використанням зазначених банок, які були окуповані та перейшли до неї у приватну власність в якості спадщини індійських раджив. Зона митного нагляду шириною в 20 кілометрів була встановлена Францією за законом 1817 р. В цей самий час імператор Олександр I указом від 4/16 вересня 1821 р. оголосив про виключні права Росії в морі від Берингової протоки до 54° північної широти, рахуючи на 100 миль від берегів Азії та Америки. У цій стомильній смузі Указом було заборонено іноземним суднам займатися рибальством<sup>3</sup> [2, 52].

Проте встановлення спеціальних зон односторонніми актами нерідко викликало заперечення з боку інших держав. Через це подальше встановлення спеціальних зон пішло головним чином шляхом укладення міжнародних угод між двома і більше державами. При цьому в договорах містяться постанови про спеціальні зони, що зазвичай вважалися обов'язковими лише для їхніх учасників. Особливу активність у цьому відношенні виявила Мексика. Нею були укладені угоди щодо встановлення дев'ятимильної митної зони з Німеччиною (1882 р.), Швецією (1885 р.), Великою Британією (1888 р.). Відповідно до договорів Мексики з Францією (1886 р.) і Нідерландами (1897 р.) мексиканська митна зона визначалася шириною в 20 кілометрів. Щодо двадцятикілометрової зони Мексики зазначалося також у її договорах з Еквадором (1888 р.) та з Італією (1890 р.) [2, 52].

Встановлення санітарної зони біля узбережжя з морськими санітарними станціями в Перській затоці та Червоному морі для боротьби з холерою, чуюмою

<sup>1</sup> Слід зазначити, що в практиці деяких держав зустрічаються спеціальні зони, розташовані в межах територіальних вод (наприклад: в Іспанії — шестимильна рибальська зона при ширині територіальних вод в 6 миль; в Кубі — трьохмильна зона безпеки при ширині територіальних вод в 6 миль; в Швеції — чотиримильна митна зона при ширині територіальних вод в 4 миль). Зрозуміло, що такі зони не можуть вважатися спеціальними зонами в загальноприйнятому розумінні цього поняття.

<sup>2</sup> У 1876 році в Великій Британії був виданий Митний акт (Custom Consolidation Act), що замінив собою раніше опубліковані акти про судна, що лавірують, стосовно митного та санітарного нагляду (Hovering Acts).

<sup>3</sup> Зважаючи на протести з боку США та Англії Росія відмовилася у 1824 році від цих претензій та уклала конвенції в цьому ж році з США, а у 1825 році з Англією, відповідно до яких всі частини Тихого океану були оголошені вільними для рибних промислів для усіх підданих сторін, що домовляються.

та жовтою лихоманкою передбачалося Міжнародною санітарною конвенцією 1894 року [3].

Російсько-англійський договір 1893 р. і російсько-американський договір 1894 р. встановили заборону для вилову китиків і тюленів зону шириною в десять миль уздовж російського берега на Тихому океані і в тридцять миль навколо островів Командорських. Укладена в 1911 році конвенція з цього питання між Росією, Англією, США та Японією забороняла морське полювання на китиків у Тихому океані на північ від 30 паралелі північної широти, включаючи моря Берингове, Камчатське, Охотське та Японське<sup>1</sup> [2, 52].

На підставі багатосторонньої конвенції щодо боротьби з контрабандою алкогольними товарами, укладеної в 1925 році [4] за участю СРСР, радянсько-фінської Конвенції про митний нагляд 1929 року [5] та інших конвенцій і протоколів були встановлені зони митного, протиалкогольного і навігаційного нагляду у Фінській затоці, які, однак, у зв'язку з радянсько-фінським мирним договором 1940 року і протоколом до нього [6] припинили своє існування.

Незважаючи на вже усталену практику створення спеціальних зон шляхом укладення міжнародних угод, з боку ряду держав продовжувала мати місце тенденція до встановлення цих зон односторонніми актами. Так, у США законом 1922 р. (Tariff Act) для боротьби з контрабандним ввезенням спиртних напоїв була створена дванадцятимильна морська митна зона, в якій американська влада мала право здійснювати не тільки контроль за іноземними суднами, а й юрисдикцію США у разі порушення ними встановлених законів. Проте зважаючи на заперечення з боку іноземних держав США довелося вступити в договірні відносини з деякими з них з цього питання. Першим договором в цьому відношенні був американо-англійський договір 1924 р. про запобігання контрабанди спиртних напоїв в зоні прибережних вод, що має відстань, яку проходить судно протягом однієї години [2, с. 53].

Односторонніми актами були встановлені спеціальні зони і в багатьох інших країнах, наприклад в Бразилії (дванадцятимильна рибальська зона — 1938 р.), Венесуелі (дванадцятимильна зона з метою морського нагляду, безпеки нації і захисту її інтересів — 1944 р.), Єгипті (дванадцятимильна зона в інтересах безпеки, навігації, податків та санітарії — 1951 р.). У 1935 році в США був виданий Протиконтрабандний акт (Anti-Smuggling Act), який надав президенту право встановлювати райони митного нагляду за межами дванадцятимильної митної зони на відстані до 100 миль [7, р. 200–201]. Це була вже надто велика претензія стосовно панування над просторами відкритого моря.

Небувала в історії за своїми розмірами зона була встановлена біля американського узбережжя на початку другої світової війни. Консультативна нарада міністрів закордонних справ США, Мексики і південноамериканських республік на засіданні 3 жовтня 1939 р. прийняла так звану Панамську декларацію про встановлення трьохсотмильної зони безпеки, яка охоплювала б усі морські шляхи зв'язку та торгівлі між країнами Америки. Таким чином, ця зона мала

<sup>1</sup> Ця конвенція не діє.

на меті не тільки перешкодити військовим діям воюючих держав біля берегів Америки, але і забезпечити безперешкодне користування всіма морськими шляхами, що сполучають американські країни [8].

США 27 вересня 1952 р. встановили так звану морську оборонну зону навколо Корейського півострова, яка включала корейські територіальні води і значні простори відкритого моря. Ця зона повинна була знаходитися у віданні командувача військово-морськими силами США на Далекому Сході, і будь-яке судно, яке увійшло до цієї зони, незалежно від його національної приналежності, мало піддаватися обшуку. У зв'язку з цим Радянський уряд направив уряду США ноту протесту, в якій заявив, що він не визнає законним встановлення урядом США зазначеної зони та покладає на уряд США всю відповідальність на наслідки цього нового агресивного акта і за шкоду, яку може бути заподіяно інтересам Радянського Союзу [2, с. 54].

Прагнення США в сфері спеціальних зон знайшли також свій прояв у виданих 28 вересня 1945 президентом Труменом прокламації про «Політику Сполучених Штатів щодо прибережного рибальства в деяких районах відкритого моря» і наказі «Про створення заповідних рибальських зон» [9, р. 112–113]. Відповідно до цих актів заповідні рибальські зони створювалися в районах відкритого моря, що прилягають до узбережжя США, де рибальство розвинене або в майбутньому може бути розвинене і значно підтримане. У тих районах, де така діяльність розвинена або буде розвинена згодом і проводиться лише американськими громадянами, будуть створені точно обмежені заповідні зони, в яких рибальство підлягає регулюванню і контролю з боку влади США. У тих районах, де подібна діяльність існує або згодом буде розвинена і буде проводитися спільно громадянами США та інших держав, безумовно обмежені заповідні зони можуть бути створені за угодою між США та відповідними іншими державами. Все рибальство в цих зонах повинно регулюватися та контролюватися відповідно до подібних угод. При цьому зазначається, що жодною мірою не зачіпається юридична природа вод відкритого моря, де створюються заповідні зони, і права на вільну і безперешкодну навігацію в цих водах.

Отже, історія свідчить про неузгодження позицій держав щодо встановлення максимальної ширини, мети та режиму діяльності в прилеглих зонах. Тут слід зауважити, що власне позначення цих просторів як «прилеглої зони» сформувалося не одразу. За використаними в цьому дослідженні джерелами, вони мали назви, що відповідали напрямам здійснюваної державою юрисдикції: «рибальські», «митні», «санітарні» та ін., або мали узагальнену назву — «спеціальна зона», «суміжна зона». Безумовно, ця неузгодженість, що часто ставала предметом міждержавних спорів, не могла не вчинити вплив на прагнення світового співтовариства врегулювати її. Та, як вже згадувалося на початку цієї статті, у 1958 році на Першій конференції ООН з морського права було прийнято Конвенцію про територіальне море та прилеглу зону. В ній (в частині II) знаходимо одну статтю (24) під назвою «Прилегла зона», що містить норму наступного змісту: «1. В зоні відкритого моря, що прилягає до територіального моря, прибережна держава може здійснювати контроль,

необхідний: а) для недопущення порушень митних, фіскальних, імміграційних або санітарних правил у межах її території або територіального моря; б) для покарання за порушення вищезгаданих правил, здійснене в межах її території або територіального моря. 2. Прилегла зона не може поширюватися за межі дванадцяти миль від вихідної лінії, від якої відміряється ширина територіального моря. 3. Якщо берега двох держав розташовані один проти одного або примикають один до одного, жодна держава не має права, якщо не укладено угоди про інше, поширювати свою прилеглу зону за серединну лінію, кожна крапка якої рівно відстоїть від найближчих точок вихідних ліній, від яких відміряється ширина територіальних морів цих двох держав». Отже, встановлено мету, ширину (12 морських миль) та механізм узгодження межі прилеглої зони, якщо береги двох держав розташовані один проти одного або примикають один до одного. Жодних інших норм щодо цього простору вироблено не було.

Наступним етапом у формуванні міжнародно-правового статусу цього простору було прийняття Конвенції ООН з морського права 1982 р. [10], в статті 33 «Прилегла зона» якої знаходимо: «1. У зоні, прилеглої до її територіального моря, яка називається прилеглою зоною, прибережна держава може здійснювати контроль, необхідний: а) для запобігання порушенню митних, фіскальних, імміграційних або санітарних законів і правил у межах її території або територіального моря; б) для покарання за порушення вищезгаданих законів і правил, вчинене в межах її території або територіального моря. 2. Прилегла зона не може поширюватися за межі двадцяти чотирьох миль від вихідної лінії, від якої відмірюється ширина територіального моря». Та знову: мета, ширина (24 морські милі). Проте жодних згадок про наявний в попередній конвенції механізм узгодження межі прилеглої зони, якщо береги двох держав розташовані один проти одного або примикають один до одного.

Що стосується сучасної практики України, то встановлення прилеглої зони, визначення її правового статусу та режиму діяльності в ній передбачається низкою законопроектів (№ 2605 від 30.12.2002 р.; № 5014 від 23.07.2009 р.; № 7407 від 30.11.2010 р.), проте жоден з них на початок 2012 року не став законом. Суть правового статусу прилеглої зони полягає в тому, що в просторі відкритого моря прибережна держава може здійснювати контроль, необхідний для запобігання порушенню митних, фіскальних, імміграційних або санітарних законів і правил у межах її території або територіального моря; для покарання за порушення вищезгаданих законів і правил, вчинене в межах її території або територіального моря. Тобто тут можна говорити про здійснення адміністративної юрисдикції прибережної держави у відкритому морі.

**Висновки.** Встановлення прилеглої зони Україною може мати наступні наслідки.

1. Можливість здійснювати в цій зоні митний, фіскальний, імміграційний або санітарний контроль.

2. На відміну від існуючого зараз правового режиму діяльності у виключній (морській) економічній зоні (що розташована, відповідно до діючого законодав-



ства, на відстані 200 морських миль від вихідних ліній, від яких відміряється територіальне море, та простір якої саме перебуває за зовнішньою межею територіального моря України), де Україна має суверенні права щодо розвідки, розробки і збереження природних ресурсів; юрисдикцію, щодо створення і використання штучних островів, установок і споруд, здійснення морських наукових досліджень, захисту та збереження морського середовища, вона (Україна) буде мати ще й юрисдикцію щодо здійснення певних контрольних функцій. Це, безумовно, збільшить можливості держави впливати на судноплавство в цій прибережній зоні та сприятиме впровадженню у життя Морської доктрини України до 2035 року [11].

### Література

1. Конвенция о территориальном море и прилежащей зоне 1958 года // Додин Е. В., Кузнецов С. А. Женевские конвенции по морскому праву // Библиотека журнала «Торговое мореплавание» (Серия: Правовое регулирование торгового мореплавания). — 1998. — № 5/П. — С. 10–14.
2. Николаев А. Н. Проблема территориальных вод в международном праве / Николаев А. Н.; Под ред.: Голунский С. А. — М.: Госюриздат, 1954. — 307 с.
3. Сборник действующих трактатов, конвенций и других международных актов, имеющих отношение к военному мореплаванию / Сост.: И. А. Овчинников, штат. преп. Александр. воен.-юрид. и Николаев. мор. акад. — С.-Пб.: Тип. Мор. м-ва, 1901. — С. 672–701. — Репринтная копия.
4. Конвенция о пресечении контрабанды алкогольных товаров (Гельсингфорс, 19 августа 1925 года) // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. — Вып. V. — М., 1930. — С. 46–53.
5. Конвенция между Союзом Советских Социалистических Республик и Финляндской Республикой о таможенном надзоре в Финском заливе от 13 апреля 1929 года / Документы внешней политики СССР: 1 января — 31 декабря 1929 г. Т. 12 / Редкол.: Агаянц И. И., Верещагин Б. Н., Доля Ф. П., Струнников П. Ф., Яковлев А. Г. — М.: Политиздат, 1967. — С. 147–152.
6. Мирный договор между Советским Союзом и Финляндией от 12 марта 1940 года // Внешняя политика СССР: 1935 — июнь 1941 г. Сборник документов. Т. 4 / Сост.: Тисминев А. С. — М., 1946. — № 407. — С. 494–497.
7. Див.: S. Wh. Boggs. National claims in adjacent Seas, American geographical Society, New York, 1951.
8. Див.: S. Wh. Boggs, Op. cit, стор. 201 та Fenwick, C. G. The Declaration of Panama. 34 American Journal of International Law, 1940. — № 1.
9. Див.: Laws and regulations on the regime of the high seas, United Nations, New York, 1951. — Vol. I.
10. Конвенция ООН по морскому праву 1982 года / Морское право. Источники: В 3 ч. Ч. 1. Т. 1. Кн. 2 «III Конференция ООН по морскому праву» / [Додин Е. В., Кузнецов С. А., Аверочкина Т. В., Никиша Д. А.]. — О.: Фенікс, 2011. — С. 110–451.
11. Морська доктрина України на період до 2035 року, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 7.10.2009 р. № 1307 // Офіційний вісник України. — 2009. — № 94. — Ст. 3216.

### Анотація

**Аверочкина Т. В.** Прилеглі зони: історія, перспективи України та деякі аспекти адміністративної юрисдикції. — Стаття.

Розглядається історичний розвиток встановлення державами прилеглих зон для здійснення певних контрольних та наглядових повноважень. Визначено, що поява спеціальних зон пояснюється бажанням прибережних держав здійснювати певні права у відкритому морі за межами

своїх територіальних вод (територіального моря). Автор доходить висновку про те, що встановлення прилеглої зони Україною може мати наступні наслідки: можливість здійснювати в цій зоні митний, фіскальний, імміграційний або санітарний контроль та, на відміну від існуючого зараз правового режиму діяльності у виключній (морській) економічній зоні, де Україна має суверенні права, вона (Україна) буде мати ще й юрисдикцію щодо здійснення певних контрольних функцій.

*Ключові слова:* юрисдикція, прилегла зона, адміністративна юрисдикція, прилегла зона України.

### Аннотация

**Аверочкина Т. В. Прилежащие зоны: история, перспективы Украины и некоторые аспекты административной юрисдикции. — Статья.**

Рассматривается историческое развитие установления государствами прилежащих зон для осуществления некоторых контрольных и надзорных полномочий. Определено, что появление специальных зон объясняется желанием прибрежных государств осуществлять определенные права в открытом море за пределами своих территориальных вод (территориального моря). Автор приходит к выводу о том, что установление прилежащей зоны Украины может иметь следующие последствия: возможность осуществлять в этой зоне таможенный, фискальный, иммиграционный или санитарный контроль и, в отличие от существующего на сегодня правового режима деятельности в исключительной (морской) экономической зоне, где Украина имеет суверенные права, она (Украина) будет иметь еще и юрисдикцию относительно некоторых контрольных функций.

*Ключевые слова:* юрисдикция, прилежащая зона, административная юрисдикция, прилежащая зона Украины.

### Summary

**Averochkina T. V. Contiguous zones: history and prospects of Ukraine and some aspects of administrative jurisdiction. — Article.**

Article consider information about historical development of an establishment by the states of contiguous zones for realization of some control and supervising powers. It is defined that the appearance of special zones is explained by the desire of coastal states to exercise certain rights in the open sea outside its territorial waters (territorial sea). The author concludes that the establishment of the contiguous zone of Ukraine may have the following consequences: the ability to contribute in this area of customs, fiscal, immigration or sanitary control and, in contrast to the existing legal regime to date of the exclusive (maritime) economic zone, where Ukraine has sovereign, it is (Ukraine) will have also jurisdiction in respect of certain control functions

*Keywords:* jurisdiction, contiguous zone, an administrative jurisdiction, the contiguous zone of Ukraine.

УДК 347.1

О. В. Басай

## ПРИНЦИП ЮРИДИЧНОЇ РІВНОСТІ УЧАСНИКІВ ЦІВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Принципи права — основні його ідеї та засади, що мають внаслідок їх законодавчого закріплення в нормах права загальнообов'язковий характер. Вони визначають сутність самих відносин та їх соціальну спрямованість, галузеві особливості правового регулювання, що сприяє однорідності розуміння сенсу

правових норм, їх єдиному правозастосуванню. Крім цього принципи права використовуються при усуненні прогалин в праві і застосуванні норми за аналогією права, що важливо для цивільного права внаслідок його динамічності і схильності змінам в економічній і соціальній дійсності.

Питання про принципи права і принципи галузей права завжди розглядалося в літературі і не втрачало своєї актуальності. Значення принципів кожної галузі права, в тому числі цивільного права, зумовлюється тим, що вони відбивають суть, характер та основні риси цієї галузі. В даний час це питання набуває особливої актуальності, оскільки вивчення генезису цивільно-правових інститутів та принципів, які вплинули на процес їх формування і становлення, має важливе значення саме у контексті визначення напрямків правотворчості національного права України, яке на сьогодні реформується, а створення досконалого законодавства є неможливим без опори на минуле українського права, на його досягнення і невдачі.

Дослідженню принципів права присвячували свої праці такі вчені, як І. А. Покровський, Г. Ф. Шершеневич, К. П. Победоносцев, Д. Й. Меєр, В. П. Грибанов, С. С. Алексєєв, О. С. Йоффе, О. О. Красавчиков, С. Н. Братусь, А. М. Колодій, О. Г. Комісарова, Н. П. Асланян, Г. В. Свердлик, О. А. Кузнєцова, А. В. Луць, Є. О. Харитонов, Р. Б. Шишка та ін. Проте у науці цивільного права теорія його принципів висвітлюється неоднозначно: від тенденції до отожднювання методу і принципів цивільного права, отожднювання принципів цивільного законодавства і права до моделювання нових підходів.

Тому особливої актуальності сьогодні набуває питання співвідношення принципів та методу цивільного права, оскільки останнім часом все частіше піднімається питання про значення категорії юридичної рівності учасників цивільних відносин, яка розглядається одночасно як ознака методу цивільно-правового регулювання та як принцип цивільного права.

Отже, метою цієї праці є дослідження категорії «юридична рівність учасників цивільних правовідносин» та визначення характерних рис юридичної рівності як принципу цивільного права.

Тісний діалектичний взаємозв'язок між принципами цивільного права та методом цивільно-правового регулювання особливо проявляється у такій ознаці останнього, як юридична рівність сторін.

Як зазначає Ю. Х. Калмиков, категорія рівності може виступати як:

- принцип цивільного права;
- метод цивільно-правового регулювання;
- ознака, властива приватному праву в цілому.

Отже, рівність — це і основна засада, яка пронизує всю систему цивільного права (принцип), і спосіб впливу на відповідні суспільні відносини (метод), і критерій, за допомогою якого цивільне (приватне) право відмежовує від права публічного [1, с. 47].

Слід відзначити той факт, що в Російській Федерації принцип юридичної рівності учасників цивільних правовідносин закріплений серед засад росій-

ського цивільного законодавства. В українському законодавстві юридична рівність не віднесена до засад цивільного законодавства. В українській юридичній літературі висловлюються різні точки зору щодо природи юридичної рівності учасників цивільних правовідносин. Як правило, юридичну рівність відносять до ознак методу цивільно-правового регулювання [2, 3]. Разом із тим в юридичній літературі висловлюються думки про те, що юридична рівність є принципом цивільного права, просто не закріплений у статті, присвяченій засадам цивільного законодавства [4, с. 282–286; 5, с. 18–21].

На думку Н. Ю. Голубевої, перелік засад, наведених у ст. 3 ЦК України, не є вичерпним. Зокрема, Н. Ю. Голубева вважає, що юридична рівність учасників цивільних правовідносин, автономія волі та майнова самостійність, які характеризують метод цивільного права, є нічим іншим, як принципами цивільного права [5, с. 20].

Н. Ю. Голубева зазначає, що автономія волі як рівність учасників теж є однією з засад цивільного законодавства, оскільки указана у ст. 3 ЦК України свобода договору є безпосереднім втіленням автономії волі суб'єкта майнового обігу, можливо саме автономія волі є найважливішим принципом цивільного права [5, с. 20].

Принцип автономії волі характеризує онтологічну передумову цивільного обороту, розкриває діалектичну суть економічних відносин. Автономія волі суб'єкта цивільного правовідношення має декілька аспектів, передумов: 1) наявність власного, законного інтересу; 2) принципова юридична можливість, зокрема за допомогою представництва, реалізації наявних законних інтересів; 3) неприпустимість втручання іншої волі в діяльність по реалізації законних інтересів, яке веде до порушення останніх [6, с. 221].

Рівність учасників майнового обігу, автономія волі не будуть мати реалізації, якщо особа фактично не володіє майном на законному титулі, тобто не володіє майновою самостійністю. Тому, відзначає Н. Ю. Голубева, юридична рівність та автономія волі повинні визнаватися принципами цивільного законодавства. Практична значущість цього висновку у тому, що правозастосовні органи, зокрема при застосуванні ст. 8 ЦК України, мають звертатися не лише до ст. 3 ЦК України, що містить перелік загальних засад цивільного законодавства, а й до інших статей ЦК України, що містять норми про основні ідеї правотворчості [5, с. 21].

Варто погодитись, що юридична рівність учасників цивільних правовідносин є принципом цивільного права, який визначає специфіку методу цивільно-правового регулювання.

Не можна оставити осторонь і питання правової природи принципу рівності у цивільному процесі. Необхідно зазначити, що принцип рівності одні автори відносять до загально-правових, інші — до галузевих або міжгалузевих.

Так, А. М. Колодій відносить принцип рівності перед законом і судом до загально-юридичних принципів [7, с. 40–57]. Він зазначає, що саме юридичні принципи виражають специфічні властивості права і забезпечують оптимальне використання права в регулюванні й охороні суспільних відносин.

М. Штефан відносить принцип рівності до галузевих принципів, а саме, до принципів цивільного процесуального права [8, с. 29]. Він поділяє всі принципи цивільного процесуального права на принципи, що закріплені Конституцією України (до яких належить і принцип рівності), і принципи, які закріплені законодавством про судочинство.

На думку О. Величко, принцип рівності належить до загальноправових, а тому за своєю природою він є міжгалузевим. Інші галузі права, зазначає О. Величко, також оперують принципом рівності. Це цілком природно, позаяк сутність права як соціального феномена полягає у зрівнюванні фактично нерівних суб'єктів. Таке зрівнювання досягається за рахунок того, що суттєвою для права виступає лише одна чи кілька ознак суб'єктів, а решта правового значення не мають. Отже, принцип рівності є «найбільш правовим» принципом з усіх інших, які слугують лише його реальному здійсненню та наповненню, а заперечення принципу рівності є запереченням самої сутності права. Таким чином, підсумовує О. Величко, принцип рівності у цивільному процесі є фундаментальним принципом галузі цивільного процесуального права та водночас важливим загальноправовим принципом [9, с. 118].

У науковій літературі юридичну рівність учасників правовідносин розглядають здебільшого як однаковість юридичних властивостей правоздатності, яка виявляється у тому, що:

1) правоздатності різних суб'єктів не залежать одна від одної; позитивний юридичний зв'язок здійснюється між ними лише у рамках конкретних правовідносин;

2) правоздатності осіб, які можуть вступати один з одним у правові відносини, є однозмістовними (однопорядковими);

3) правоздатність для кожної конкретної особи є постійною, вона не змінюється залежно від того, в яких саме відносинах особа бере участь [10, с. 16].

На думку Р. Сивого, формально-юридична рівність як ознака методу правового регулювання є істотною особливістю правоздатності учасників правовідносин. Для приватного права завжди притаманною є рівність (однаковість) правоздатності його суб'єктів (учасників), а для публічного, навпаки, — відсутність такої рівності. Будь-які правовідносини, учасники яких наділені юридично рівною (однаковою) правоздатністю, повинні вважатися приватноправовими. Певна трансформація змісту, а також збільшення або ж зменшення обсягу правоздатності у одного із суб'єктів таких правовідносин може «переключити», перетворити їх на публічно-правові відносини [2, с. 58].

Слід звернути увагу на те, що йдеться саме про *формально-юридичну* рівність. Такий підхід пояснюється тим, що незважаючи на загальне правило про однаковість підходу до регулювання відносин між учасниками, які визнаються рівними, з цього правила існують певні винятки. Так, визнавши рівність всіх учасників цивільного обороту, законодавець проте (без яких-небудь особливих уточнень) допускає різну майнову самостійність і відповідальність його суб'єктів. Наприклад, майнова самостійність і цивільно-правова відповідаль-

ність у підприємців набагато ширші, ніж у інших фізичних і юридичних осіб. Це дає підстави дослідникам стверджувати, що рівність учасників цивільного обороту чисто умовна, або можна сказати декларативна. Факти реальності правовідносин між різними суб'єктами цивільного обороту свідчать про наявність ряду «пільг», «переваг», «привілеїв» саме у державних юридичних осіб. Відсутність вказаних «пільг» у одного виду юридичних осіб і присутність таких пільг у інших — не є рівність учасників цивільного обороту в юридичному значенні і значенні цього слова [11, с. 4–5].

Дослідники категорії рівності зазначають, що таке становище є логічним і природним, оскільки рівність у праві — це справедлива нерівність. Так, С. Б. Боднар зазначає, що невід'ємною складовою частиною принципу рівності у праві є положення про те, що до всіх суб'єктів повинно бути неоднакове ставлення (справедлива нерівність).

Як категорія права, рівність, на думку С. Б. Бондара, — це, перш за все, рівність вільних і незалежних один від одного суб'єктів права відповідно до загального для всіх масштабу, норми. Саме завдяки своїй формальності (абстрагованості від фактичного) рівність може стати й реально стає засобом, способом, принципом регулювання «фактичного», своєрідною формальною і формалізованою «мовою», «вагами», вимірювачем всієї фактичної дійсності.

Формальна справедливість вимагає рівного поводження у відповідності з класифікацією, що установлена діючими правилами, проте вона не дає ніяких вказівок стосовно того, як групувати людей і як із ними поводитись. Отже, можна зробити висновок, що дана категорія є доволі абстрактною, оскільки якщо їй надати конкретного змісту, то, окрім принципу простої формальної рівності, доведеться звертатися до інших принципів [12, с. 25].

Формальна рівність суб'єктів, на думку А. Акопяна, означає, що свобода одного суб'єкта права не може порушувати свободу інших і що кожен вільний робити лише те, що вільні робити всі інші суб'єкти права. Право не примушує суб'єктів правового спілкування враховувати інтереси один одного і припускає, що один вільний індивід фактично добивається благополуччя, а інший ні. Причому в першого не виникає юридичного обов'язку допомагати другому, оскільки по праву вони формально незалежні, і благополуччя — це особиста справа кожного, а також формально рівні, незважаючи на те, що один багатий, а інший — бідний [13, с. 225].

Досить часто, зазначає С. Б. Боднар, питання рівності намагаються розв'язати через концепцію справедливості. Зокрема П. Рікер, підтримуючи теорію Дж. Ролза, зробив спробу виходу з антиномії «рівність-нерівність» за допомогою таких положень: 1) кожна особа повинна мати цілісну і, по можливості, повну систему рівних для всіх базових свобод, сумісних із аналогічною системою для всіх; 2) економічні та соціальні нерівності повинні: а) слугувати найбільшій вигоді тих, що знаходяться у найбільш несприятливому становищі, у рамках справедливого принципу бережливості; б) бути пристосованими до функцій і позицій, відкритих для всіх відповідно до принципу справедливої рівності можливостей [12, с. 26].

Ці принципи є водночас суттю відповідно принципів: рівної свободи, відмінності та рівності можливостей. Перший із них, що очевидно, гарантує рівні свободи індивідам (свободу самовираження, зібрань, голосувань, виборності). Другий — нерівності початкових можливостей, під якими Ролз має на увазі розбіжності у кваліфікації, компетенції індивідів тощо, що наявні в кожному сучасному суспільстві [12, с. 26].

Отже, категорія свободи набуває особливого значення при визначенні «справедливої нерівності» учасників цивільних правовідносин. Як зазначає С. Б. Боднар, сучасне вчення про свободу може бути втілено у таких положеннях:

1) всі люди вільні від народження і ніхто не вправі посягати на їх природні права. Забезпечення і охорона цих прав — головне призначення держави;

2) свобода полягає у можливості робити все, що не завдає шкоди іншому. Свобода людини, як наслідок, не може бути абсолютною;

3) межі свободи можуть бути визначені законом, який є її мірою. Свобода і правопорядок не антагоністичні, якщо закон правовий. Тому все, що не заборонено, те дозволено;

4) частина дозволеного визначається через права людини. Закріплення прав необхідне для того, щоб допомогти людині усвідомити свої можливості, але жоден набір прав не вичерпує змісту свободи;

5) обмеження прав можливе саме з метою сприяння загальному благоустрою в демократичному суспільстві [12, с. 17].

Такі постулати визначають сутність принципу юридичної рівності і мають бути покладені в основу правового регулювання цивільних правовідносин. Отже, юридична рівність учасників цивільних правовідносин є принципом цивільного права, який визначає специфіку методу цивільно-правового регулювання.

### Література

1. Калмиков Ю. Х. О значении общих положений гражданского законодательства / Ю. Х. Калмыков // ГК России. Проблемы. Теория. Практика: Сборник памяти С. А. Хохлова / Отв. ред. А. Л. Маковский. — М.: Родос, 1998. — 528 с.
2. Сивий Р. Метод правового регулювання як критерій поділу позитивного права на приватне та публічне / Р. Сивий // Юридична Україна. — 2005. — № 3. — С. 54–63.
3. Бірюков І. Предмет і метод приватного права / І. Бірюков // Право України. — 2002. — № 1. — С. 34–37.
4. Голубева Н. Ю. Загальна характеристика принципів цивільного права України / Н. Ю. Голубева // Актуальні проблеми держави і права. — 2007. — Вип. 34. — С. 282–286.
5. Голубева Н. Ю. Принципи цивільного права як методологічна основа цивільного права України / Н. Ю. Голубева // Актуальні проблеми держави і права. — 2007. — Вип. 33. — С. 18–21.
6. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: Підручник / О. Ф. Скакун; Пер. з рос. — Харків: Консум, 2001. — 314 с.
7. Колодій А. М. Принципи права України: монографія / А. М. Колодій. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — 342 с.
8. Штефан М. Й. Цивільний процес: Підручник для студ. юрид. спеціальностей вищих закладів освіти / М. Й. Штефан. — 2-ге вид., перероб. та доп. — К.: Ін Юре, 2001. — 696 с.

*Басай О. В.* Принцип юридичної рівності учасників цивільних правовідносин. — Стаття.

**Ключові слова:** юридична рівність, метод цивільного права, принципи, засади, цивільні правовідносини.

*Басай О. В.* Принцип юридического равенства участников гражданских правоотношений. — Статья.

В статье рассмотрена категория юридического равенства участников гражданских правоотношений. Данная категория рассмотрена в двух аспектах — как признак метода гражданского права и как принцип гражданского права. Выявлены характерные черты юридического равенства как принципа гражданского права.

**Ключевые слова:** юридическое равенство, метод гражданского права, принципы, основы, гражданские правоотношения.

**Basay O. V. Principle of legal equality of participants of civil legal relationships. — Article.**

In the article the category of legal equality of participants of civil legal relationships is considered. This category is considered in two aspects — as a sign of a method of civil law and as a principle of civil law. Characteristic features of legal equality as principle of civil law are revealed.

**Keywords:** legal equality, method of civil law, principles, bases, civil legal relationship.



**ЩОДО АКТУАЛЬНОСТІ ДОСЛІДЖЕННЯ СИСТЕМИ  
ДЖЕРЕЛ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ  
(ОГЛЯД ЛІТЕРАТУРИ ТА ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ)**

**Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями.** Як слушно зазначалося в літературі, джерела цивільного права — тема, що колись хвилювала цілі нації, окремі питання якої у вигляді революційних гасел виносилися на площі, як, наприклад, в роки французької революції 1789–1794 років, або що викликала до життя потужну історико-правову школу в середині XIX століття в Німеччині. Зараз вона досить рідко стає предметом обговорення: цивільні кодекси європейських держав, підготовка яких і викликала вищезгадані події, вже давно прийняті і діють [1, с. 3].

Проголошення незалежності та зміна в суспільно-економічному ладі колишньої Української РСР привели до необхідності перегляду підходів до регулювання всіх суспільних відносин. Разом з тим, незважаючи на те, що з моменту розпаду Радянського Союзу минуло двадцять років, обумовлені цим зміни продовжують відбуватися в усіх сферах суспільного життя. Завдяки корінним змінам, що мали місце з початку 90-х років XX ст., формуються принципово нові засади правового регулювання суспільних відносин, зокрема приватноправових.

Розробка та прийняття Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) стало важливим етапом розвитку регламентації оновлених цивільних відносин, які набули більш цілюного, послідовного та детального регулювання. Слід зауважити, що під час підготовки ЦК України питання джерел окремо не обговорювалось [2], хоча сама концепція кодексу суттєво вплинула на систему джерел цивільного права України та відобразила частину сучасних на той момент тенденцій розвитку демократичних правових систем. Так, якщо раніше традиційними джерелами права вважалися закон, підзаконні нормативні акти, тобто все фактично зводилося до джерел законодавства, то зараз цей перелік поповнився нормами природного права, нормами міжнародних договорів, звичаєм, договором. Але якщо останні отримали формальне закріплення не тільки як джерела права, але й законодавства (ст.ст. 6, 7 ЦК України), то визнання інших — наприклад, наукової доктрини, судового прецеденту, судової практики — як таких джерел і досі залишається дискусійним питанням.

**Метою статті є обґрунтування необхідності формування сучасної концепції джерел цивільного права, яка відповідає би оновленим цивільно-правовій доктрині, що отримала своє формальне закріплення в ЦК України.**

**Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми. Виклад основного матеріалу дослідження.**

В. В. Дудченко зазначала, що питання джерел цивільного права це не просто питання — це початок всього цивільного права. Завжди перед юристом, який

розмірковує про право, постає головне питання: якою є підстава зобов'язуючої сили чинного права, у чому полягає дієвість права і які критерії такої дієвості? Це і є проблема джерел права. Дана проблема є найважливішою для всього юридичного знання; це головний об'єкт теорії держави і права, навколо якого концентруються всі інші теми цієї дисципліни. Далі дослідниця слушно вказувала, що по суті, про плідність чи слабкість будь-якої правової теорії, будь-якого дослідницького методу в правознавстві говорять на підставі здатності такої теорії вирішити питання джерел права. Тож це питання універсальне, таке, що має відношення до будь-якого права без винятку [3, с. 135].

Незважаючи на значну кількість публікацій, у яких досліджуються окремі елементи правової системи, актуальною залишається проблема комплексного дослідження джерел права як категорії юридичної науки та одного з елементів правової системи й механізму правового регулювання. Важливість наукового дослідження системи джерел права зумовлена тим, що ефективність її функціонування впливає майже на всі сфери суспільного життя, є необхідною умовою ефективності механізму правового регулювання як одна з його складових частин, що зумовлює зміст усіх інших складових правової системи [4, с. 7]. Якщо йдеться про цивільне право України, то з моменту набрання сили ЦК України минуло вісім років. Напрацьована практика застосування оновленого цивільного законодавства України. Свого часу М. Козюбра зазначав, що незаперечним є факт, що в масовій суспільній свідомості населення України продовжують домінувати уявлення про право як знаряддя політики, інструмент примусу, зведену в закон волю, якщо й не якогось окремого панівного класу, то принаймні панівної частини суспільства [5, с. 29]. Незважаючи на те, що з того часу минуло 13 років, стан української цивілістичної доктрини в частині джерел цивільного права не можна назвати задовільним.

Питання джерел цивільного права з різних позицій традиційно висвітлюється в межах курсів цивільного права [6], що є цілком логічним з точки зору підготовки майбутніх юристів. Проте навряд чи це можна визнати достатнім для розкриття проблематики джерел сучасного цивільного права України.

Окремі аспекти проблематики висвітлювалися на рівні дисертаційних досліджень та монографій з теорії держави та права: Колісник Т. В. («Внутрішнє законодавство України як джерело міжнародного приватного права»), Толкачева Н. Є. («Звичаєве право»), Місевич С. В. («Джерела канонічного права»), Овчаренко І. М. («Закон в системі джерел (форм) права та їх класифікація»), Томашевська М. О. («Корпоративні акти в системі джерел права»), Тополевський Р. Б. («Системні зв'язки юридичних джерел права»). Водночас наведені дослідження стосувались або загальних, або спеціальних теоретичних аспектів проблематики системи джерел права.

Окремо слід відзначити праці Корчевної Л. О. (Проблема різноджерельного права: досвід порівняльного правознавства, 2005), Пархоменко Н. М. (Джерела права: проблеми теорії та методології), теоретичні здобутки яких не просто були враховані, але й суттєво вплинули як на методологію, так і на окремі результати цього дослідження, хоча і вони виконані в загально-теоретичному аспекті.

В той самий час взагалі відсутні спеціальні дослідження системи джерел цивільного права України, а якщо йдеться про монографічне дослідження, то воно було виконане на теренах ще радянського цивільного права Іваном Борисовичем Новицьким в 1959 році («Источники советского гражданского права») до його другої кодифікації.

Слід відзначити, що такий «вакуум» характерний не тільки для радянського періоду. Якщо звернутися до дореволюційної цивілістики, то і там розгляд питань системи джерел цивільного права здійснювався в межах відповідних курсів з цивільного права [7]. Виключенням стала опублікована вступна лекція Л. Кассо, яка була ним прочитана в Московському університеті 17 січня 1900 р. Звісно, питання джерел права виникали і під час проведення кодифікаційних робіт, проте вирішувались вони відповідно до традиції, що панувала на той момент в доктрині, з врахуванням ідеологічних концептуальних засад, характерних для суспільства [8].

Окремо слід вказати на дисертаційне дослідження С. О. Погрібного, який в зв'язку з обраною ним проблематикою досліджував цивільно-правовий договір як джерело цивільного права України [9] та колективну монографію «Цивільне право України: традиції і новації» (Одеса, 2010), в якому В. В. Дудченко з врахуванням здобутків теорії, поділяючи в цілому позицію Є. О. Харитонова, запропонувала власне бачення проблем джерельності цивільного права України [10].

Проте такий стан не може бути визнаний задовільним. Цілком зрозуміло, що дослідження проблематики, які мали місце ще в дореволюційному періоді, в радянські часи, і в правовому сенсі, і в ідеологічному вже значно застаріли та можуть бути використані з врахуванням сучасних соціально-економічних, політичних умов лише в порівняльно-історичному аспекті. Тому виникає потреба провести співставлення теоретичних надбань з сучасною доктриною цивільного права, спрогнозувати перспективні шляхи розвитку та виробити пропозиції щодо її вдосконалення. Особливо це відчувається, коли йдеться про аналіз судової практики, яка демонструє значну застарілість догматизованого підходу до проблеми джерел цивільного права України, про що більш детально буде наголошено в наступних публікаціях автора. Як слушно зазначалось в літературі, нормативістський підхід не відповідає сучасній тенденції розширення кола джерел права, посиленню ролі окремих «додаткових» (формально незакріплених) джерел, а також правозастосовчій та іншій юридичній практиці, яка фактично склалася [11, с. 33]. Якщо звернутися до робіт російських дослідників, які були виконані після розпаду СРСР, що з врахуванням спільності правової традиції можуть дати цінний матеріал для нашого дослідження, то й там вченими констатується той факт, що «у вітчизняній юридичній науці відсутнє загальноприйняте поняття джерела права» і звертається увага на необхідність «науково обґрунтованої концепції джерела права» для «реалізації концепції правової держави» [12, с. 5].

Про значення, яке відводиться джерелам права російськими дослідниками, свідчить той факт, що це питання було в центрі уваги Всеросійської наукової

конференції, що відбулася в Сочі у березні 2002 р. Її учасники обговорили найбільш значимі питання вказаної тематики. Так, В. В. Момотов відмітив, що поняття джерел (форм) права є ключовим для теорії права. Наукові дослідження у галузі теорії і історії права, історії політичних і правових навчань неможливі без звернення до проблем джерел (форм) права. Пошук їх концептуальних і історичних основ не лише потрібний в інтересах теоретико- і історико-правових наук (де цей аспект є ключовим), але і важливий для галузевого законодавства. Зараз, коли правова система Російської Федерації знаходиться на стадії становлення, законодавцеві і правозастосувачеві часто доводиться звертатися до наукових напрацювань в цій області і історичного досвіду людства у виборі джерел (форм) права» [13, с. 3].

Проте в цілому аналіз російської літератури свідчить, про наявність тенденції, схожої з українською. Звертає на себе увагу монументальна праця М. М. Марченко («Источники права», 2007), видана у вигляді навчального посібника, якій передувала низка публікацій різного рівня та форми російського дослідника. Вказана робота стала підсумком багаторічної праці автора з проблематики джерел права в загальнотеоретичному аспекті.

Цієї праці передувала низка кандидатських дисертацій, захищених з теорії держави та права в РФ [14].

Всі джерела, які безпосередньо присвячені обраній проблематиці та комплексно підходять до її рішення, можуть бути зведені до дисертаційного дослідження Діденко А. А. (Система гражданского права Российской Федерации, 2008) [15], монографічних досліджень Родіоновой О. М. (Источники гражданского права России: история и современность, 2009) [16], Семякіна М. М. (Источники российского гражданского права: проблемы теории и практики, 2010) [17].

Окремо слід зазначити дисертаційне дослідження Белоуса І. В. (Источники российского семейного права, 2004), в якій автор, досліджуючи систему джерел сімейного права РФ, виходить із її самостійності.

**Висновки.** Таким чином, загальним як для РФ, так і для України, є розрив між цивілістичними розвідками джерел в цивільному праві та в теорії держави і права. Однією з причин такої ситуації, на нашу думку, є те, що проблема джерел цивільного права не існує окремо, а її вирішення залежить певним чином від здобутків теорії держави і права. Разом з тим, незважаючи на те, що дослідження права здійснювалось видатнішими дослідниками різних часів, проблема джерел права, будучи тісно пов'язаною з проблематикою права як такого, а точніше, його розуміння, не знайшла свого вирішення. Більш того, зміна позиції в розумінні права призводить до зміни систем джерел права, через що власно визначення системи джерел права стає не менш проблематичним, ніж визначення самого феномену права. Тому, незважаючи на наявність декількох монументальних робіт, про які вказано вище, ситуація для української цивілістики не полегшується. Справа у тому, що сучасний рівень розвитку юридичної науки дозволяє зробити висновок, що зміст і форма права не є результатом довільного конструювання законодавця, а їх першопричини закладені в

системі суспільних відносин. В свою чергу це виключає монізм джерела права та обумовлює різноманіття форм зовнішнього його виразу. Право формується різними шляхами на базі соціальних норм, що виходять від суспільства, соціальних груп, держави. Цей процес та навіть його окремі елементи за всіх часів оцінювались по-різному, а наукові дискусії щодо походження права, його природи та системи джерел тривають і до цього часу. Для цивільного права України характерним є сприйняття системи джерел права, яке можна охарактеризувати як постпозитивістське. Аналіз наведених робіт приводить до висновку, що якщо в російській цивілістичній літературі та доктрині в основному переважає нормативістський, по суті догматичний підхід до визначення джерела цивільного права, то для української науки слід відзначити його як невизначений. З одного боку, має місце домінування в масовій свідомості та юридичній практиці, в тому числі судовій, позитивістського підходу до розуміння права та його джерел. В свою чергу це відображається на правозастосуванні, яке в більшості випадків зводиться до механічного застосування законів та підзаконних нормативних актів. З іншого боку, сьогодні чітко сприймається науковою спільнотою те, що система джерел цивільного права України не обмежується законом та підзаконними нормативними актами, тобто не всі джерела цивільного права закріплені в такій якості в позитивному законодавстві. В таких умовах принципового значення набуває розробка науково обґрунтованої концепції розвитку та реформування системи джерел цивільного права України, яка з врахуванням рівня сучасного праворозуміння дозволить перейти до наступного рівня розвитку регулювання приватноправових відносин в Україні.

Усі інші проблеми, пов'язані з дослідженням джерел цивільного права, виходять за межі цієї статті і становлять **перспективні напрямки подальших наукових розвідок.**

### Література

1. Радинова О. М. Источники гражданского права России: история и современность / О. М. Радинова. — М.: Юрлитинформ, 2009. — 184 с.
2. Див. наприклад: Українське право. — 1997. — Число 1 (6). Українське право. — 1997. — Число 3 (8); Українське право. — 1998. — Число 1 (9); Кодифікація приватного (цивільного) права України. Довгерт А. С., Підпригора О. А., Боброва Д. В., Головатий С. П. та інш. / За ред. А. С. Довгерта. — К.: Центр правничих студій, 2000. — 336 с.
3. Дудченко В. В. Цивільне право України (традиції і новації) / Ківалов С. В., Харитонов С. В., Дудченко В. В., Ківалова Т. С. та ін. / За заг. ред. Є. О. Харитонova, Т. С. Ківалової, О. І. Харитонovої. — Одеса: Фенікс, 2010. — 700 с.
4. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології [Текст] : [монограф.] / Пархоменко Наталія Миколаївна. — К.: Юридична думка, 2008. — 336 с. — С. 7.
5. Козюбра М. Право як явище культури // Право і культура: теорія і практика: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. — м. Київ, 15, 16 травня 1997 р. — К., 1997. — С. 29.
6. Див., наприклад: Цивільне право України. Книга І. [Текст] : підручник: в 2-х к. /Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт [та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — Київ: Юрінком Інтер, 1999. — 864 с.; Харитонов Є. О., Саніахметова Н. О. Цивільне право України : Підручник /Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. — К.: Істина, 2003. — 776 с.; Цивільне право України Курс лекцій: у 6-ти томах. Т.1. Книга 1 / Р. Б. Шишка, В. А. Кройтор, Я. О. Чапичадзе, М. О. Самойлов; / За ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. — Харків: Еспада, 2004. — 176 с.;

- Цивільне право України. В трьох книгах. Книга 1. / За ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка. — Одеса: Юридична література, 2005. — 528 с.; Заїка Ю. О. Українське цивільне право [Текст] : навчальний посібник: 2-е вид., змін. і доп. / Ю. О. Заїка. — Київ: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. — 368 с.; Ромовська З. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс: [Текст] : підручник / З. Ромовська. — Видання друге, доповнене. — К.: Алерта, КНТ; ЦУЛ, 2009. — 594 с.; Цивільне право України. Том I. [Текст] : підручник: в 2-х т. / Борисова В. І. (кер. автор. колективу), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. [та ін.]; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасібо-Фатеевой, В. Л. Яроцького. — Київ: Юрінком Інтер, 2004. — Т.1. — 480 с.; Цивільне право України. [Текст] : підручник в 2-х т. / Бервено С. М., Васильєва А. В., Галянтч М. К. [та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданника. — 3-тє вид., перероб. і допов. — К.: Юрінком-Інтер, 2010. — 976 с. та ін.
7. Наприклад, див.: Мейер Д. И. Русское гражданское право. — М.: Статут, 2000. — (Классика российской цивилистики). — 829 с.; Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Под редакцией и с предисловием В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2003. — 816 с. (Серия «Русское юридическое наследие»); Синайский В. И. Русское гражданское право. — М.: Статут, 2002. — 638 с.; Васильевский Е. В. Учебник гражданского права. — М.: Статут, 2003. — 382 с. (Классика российской цивилистики.); Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). — М., 1995. — 462 с.
  8. Наприклад, див.: Сперанский М. М. Руководство к познанию законов. — СПб.: Наука, 2002. — 680 с. (Серия «Русская государственная мысль»); Пахман С. В. История кодификации гражданского права. — М.: Зерцало, 2004. — 872 с.; Маковский А. Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). — М.: Статут, 2010. — 736 с.
  9. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України / Погрібний Сергій Олексійович. Дис. докт. юрид. наук: 12.00.03. — 414 с.
  10. Дудченко В. В. Цивільне право України (традиції і новації) / Ківалов С. В., Харитонов С. В., Дудченко В. В., Ківалова Т. С. та ін. / За заг. ред. Є. О. Харитонова, Т. С. Ківалової, О. І. Харитонової. — Одеса: Фенікс, 2010. — 700 с.
  11. Семякин М. Н. Источники русского гражданского права: проблемы теории и практики / М. Н. Семякин. — М. Юрлитинформ, 2010. — 352 с.
  12. Гурова Т. В. Источники русского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. — Саратов, 1998. — 27 с.
  13. Источники (формы) права: вопросы теории и практики. Материалы Всероссийской научной конференции. Сочи, 2003. — С. 3.
  14. Див., наприклад: Ковтун Д. В. Источники частного права. Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. — Казань, 2007. — 211 с. ; Гурова Т. В. Источники русского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. — Саратов, 1998. — 27 с.; та ін.
  15. Диденко А. А. Система гражданского права Российской Федерации. Дис. канд. юрид. наук : 12.00.03. — Краснодар, 2008. — 222 с.
  16. Радионова О. М. Источники гражданского права России: история и современность / О. М. Радионова. — М.: Юрлитинформ, 2009. — 184 с.
  17. Семякин М. Н. Источники русского гражданского права: проблемы теории и практики / М. Н. Семякин. — М. Юрлитинформ, 2010. — 352 с.

### Анотація

**Дрішлюк А. І. Щодо актуальності дослідження системи джерел цивільного права України (огляд літератури та постановка проблеми).** — Стаття.

Наукова стаття присвячена визначенню актуальності дослідження системи джерел цивільного права України. Проведено аналіз наукового спадку та здобутків сучасної цивілістики, зроблено висновок про необхідність розробки науково обґрунтованої концепції розвитку та реформування системи джерел цивільного права України, яка з врахуванням сучасного праворозуміння дозволить перейти до наступного рівня розвитку регулювання приватноправових відносин в Україні.

**Ключові слова:** право, джерело права, джерело цивільного права, приватноправові відносини.

## Аннотация

**Дришлюк А. И.** Об актуальности исследования системы источников гражданского права Украины (обзор литературы и постановка проблемы). — Статья.

Научная статья посвящена определению актуальности исследования системы источников гражданского права Украины. Проведен анализ научного наследия и достижений современной цивилистики, сделан вывод о необходимости разработки научно обоснованной концепции развития и реформирования системы источников гражданского права Украины, которая с учетом современного правопонимания позволит перейти на следующий уровень развития регулирования частноправовых отношений в Украине.

**Ключевые слова:** право, источник права, источник гражданского права, частноправовые отношения.

## Summary

**Drishlyuk A. I.** Actuality of research of the system of sources of Ukrainian civil law (review of literature and problem statement). — Article

The scientific article is devoted to definition of actuality of research of system of sources of Ukrainian civil law. The analysis of scientific inheritance and achievements of modern civil law is conducted and a conclusion is done about the necessity of development of the scientifically grounded conception of development and reformation of the system of sources of civil law of Ukraine, which taking into account modern right understanding will allow to pass to the next level of development of adjusting of private — legal relations in Ukraine.

**Key words:** law, source of law, source of civil law, private — legal relations.

УДК 347.764:368.013:346.26

**Е. П. Стась**

## СТРАХУВАННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ РИЗИКІВ ЯК ПРЕДМЕТ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

**Постановка проблеми.** Ризик є одним із основних чинників підприємницької діяльності. Несуть його й некомерційні суб'єкти господарювання, і цей ризик пов'язаний, передусім, із входженням у сферу економічних відносин та конкурентного середовища, де діють багато невизначеностей, що можуть вплинути на збитки суб'єкта господарювання та невиконання ним статутних завдань. У загальному вигляді у сфері підприємництва ризик постає небезпекою настання втрат та загрозою виникнення інших негативних економічних наслідків під час діяльності суб'єкта підприємницької діяльності для його майнового стану, репутації, умов здійснення діяльності та програми господарської діяльності.

Як вірно зазначається у літературі, у силу специфіки ринкових відносин страхування підприємницьких ризиків стає засобом захисту підприємців від несприятливої зміни економічної кон'юнктури. Страхування у цьому випадку допомагає впорядкувати фінансові та юридичні взаємозв'язки між різними учасниками ринкових відносин [1, с. 3]. А тому належне упорядкування цих відносин є актуальним завданням сучасної держави.

**Наукові дослідження за темою.** Питанням страхування підприємницьких ризиків присвячено низку робіт правознавців, зокрема Д. І. Меєра, А. І. Худякова, В. Ю. Абрамова, Д. О. Барикіна та ін. Але ці питання розглядалися ними усічено — виключно із приватноправових (цивільно-правових) або публічно-правових (адміністративних, фінансових) позицій, що не дозволяє углядіти зв'язок між саморегулюванням та державним регулюванням відносин щодо цього виду страхування. У дисертаційних роботах господарників — І. Б. Чайкіна, Н. Б. Пацурії — питання страхування підприємницьких ризиків розглядалися побічно, без позначення на їх особливості у системі інших страхових відносин.

Саме тому **метою** цієї статті є визначення обсягу поняття страхування підприємницьких ризиків як предмету господарсько-правового регулювання.

Поняття страхування підприємницьких ризиків важко визначити, враховуючи реалії сучасного законодавства України. Зокрема, у ЦК України відсутні відповідні положення щодо виділення страхування підприємницького ризику та особливостей його договірної оформлення, а формулювання положень щодо майнового страхування не дозволяють однозначно віднести підприємницький ризик до його різновиду.

У статті 980 ЦК визначено, що предметом договору страхування можуть бути майнові інтереси, які не суперечать закону і пов'язані з:

- 1) життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням (особисте страхування);
- 2) володінням, користуванням і розпорядженням майном (майнове страхування);
- 3) відшкодуванням шкоди, завданої страхувальником (страхування відповідальності).

Із цих положень, по-перше, не впливає виділення специфічного страхування підприємницького ризику, по-друге, виникає складність із виявленням страхування підприємницьких ризиків при композиції різновидів страхування. Адже реально виникаючі відносини у сфері страхування підприємницьких ризиків окремо та у сукупності виходять за межі майнового страхування та страхування відповідальності у наведеному значенні.

Дійсно, ще В. І. Серебровський зазначав, що для всіх різновидів страхових правовідносин характерною ознакою є ідея забезпечення страхувальника або вигодонабувача від можливої шкоди і недоліку. Але в одних випадках ця ідея знаходить своє вираження у встановленні обов'язку страховика відшкодувати понесені страхувальником або вигодонабувачем збитки, в інших же випадках — у встановленні обов'язку страховика до сплати певної суми грошей, незалежно від того, чи були понесені збитки, чи ні. У першому випадку говорять про «страхування збитків» (*Schadenversicherung*), у другому ж випадку — про «страхування сум» (*Summenversicherung*) [2, с. 313].

Зокрема, страхування підприємницьких ризиків може далеко виходити за межі володіння, користування і розпорядження майном. Наприклад, зміна кон'юнктури світового ринку зерна на призводить до позбавлення товаровиробника або іншого володільця зерна правомочностей щодо володіння, корис-



тування і розпоряджання майном. Але умови продажу товару можуть означати не вигідність продажу майна, суттєві економічні втрати у результаті знецінення грошової одиниці, або інфляція, яка здатна «з'їсти» прибуток та не дати цьому товаровиробнику придбати добрива, посівний матеріал або техніку для забезпечення врожаю майбутнього року.

Невипадково сучасні економісти кажуть не про майно як об'єкт регулюючого впливу, а потреби та блага, що їх задовольняють [3, с. 36].

Види втрат у підприємницькій діяльності можуть бути різними. Матеріальні — виявляються в непередбачених підприємницьким проектом додаткових витратах або прямих втратах устаткування, майна, продукції, сировини, енергії і т. д. Трудові — це втрати робочого часу, викликані випадковими, непередбаченими обставинами. Фінансові — це прямий грошовий збиток, пов'язаний з непередбаченими платежами, виплатою штрафів, сплатою додаткових податків, втратою коштів і цінних паперів. Спеціальні види втрат проявляються у вигляді нанесення шкоди здоров'ю та життю людей, навколишньому середовищу, престижу підприємця, а також внаслідок інших несприятливих соціальних і морально-психологічних наслідків. Цим ризикам відповідають різноманітні види страхування: від страхування будівельно-монтажних робіт — до страхування фінансових ризиків.

У цьому разі у сфері підприємництва страхування пов'язується із усім розмаїттям напрямів господарювання та галузями економіки, а також пов'язується із змістовною частиною підприємництва, що притаманне йому незалежно від напряму діяльності.

Натомість категорія страхування підприємницького ризику має й вузьке, спеціалізоване значення, яке виникає із приводу страхування окремих ризиків з наведених вище, коли йдеться про власне страхування підприємницьких ризиків, яке приймається у певному значенні для пояснення окремого різновиду страхування з-поміж наведених галузевих його видів.

Наприклад, у статті 929 ЦК Російської Федерації за договором майнового страхування можуть бути застраховано такий майновий інтерес, як ризик збитків від підприємницької діяльності через порушення своїх зобов'язань контрагентами підприємця або зміни умов цій діяльності по не залежних від підприємця обставинах, зокрема ризик неотримання очікуваних доходів — підприємницький ризик. Йдеться саме про підприємницький ризик у власному (вузькому) сенсі, адже майнова відповідальність підприємця також не виключається як об'єкт страхування.

Д. О. Барикін пропонує визначити підприємницький ризик як ризик настання збитків від підприємницької діяльності, що виникають у ситуації невизначеності, при якій існує можливість оцінки вірогідності настання очікуваного результату на підставі вибору альтернативного варіанту рішення [1, с. 6].

Певною мірою це поняття прив'язане до вузького розуміння страхування підприємницького ризику, дане у російському законодавстві. Хоча й навіть для умов цієї держави не може вважатися безспірним. Зокрема, збиток не завжди є об'єктом забезпечення у складі страхового інтересу. Об'єктом страхового захис-

ту може цілком виступати величина можливого відхилення від запланованого негативного наслідку господарської діяльності (несвоєчасне введення в експлуатацію, невиконання тендеру, націоналізація інвестицій тощо), коли відповідні наслідки є більш складними, аніж цілі попередження настання збитків.

Зокрема, на прикладі морського страхування можна чітко розмежувати ризики втрати доходу та інші ризики. Щодо першого у літературі виділяється страхування фрахту. Якщо судно та/або вантаж будуть втрачені під час переходу, або якщо вантаж буде настільки пошкоджений, що покупець справедливо відмовиться його приймати, то судновласник втрачає фрахт. Цей ризик може бути покритий за допомогою страхування фрахту [4, с. 75–76]. Зовсім інша ситуація виникає при страхуванні, наприклад, ризиків будівництва судна. Замовник під час будівництва економічно зацікавлений у страхуванні того, що не покривається автоматично за допомогою страховки виробника на період будівництва. Це стосується ризику того, що верф чи нове судно будуть повністю втрачені до їх здавання замовнику, і зобов'язання здачі судна виробником повністю анулюється за умовами контракту. В цьому разі він може застрахувати себе від повної втрати та додаткових витрат з-за того, що має бути укладений новий контракт за більш високою ціною. Ця форма страхування часто іменується «страхування невиконання замовлення» — Non-delivery Insurance [4, с. 73]. Те саме стосується страхування воєнних ризиків у морському страхуванні. Зокрема, страхування воєнних ризиків у Норвегії покривається Норвезьким Страхуванням Воєнних ризиків за допомогою спеціального виду страхування [4, с. 77].

Отже назвати відповідні негативні результати збитками у юридичному значенні не завжди можливо. Тим паче, що збитки у сфері майнових правовідносин завжди пов'язуються із правопорушенням.

Має бути також враховано, що за визнанням вітчизняних цивілістів «прорахунком ст. 22 ЦК України є те, що її редакція (на відміну від ст. 203 ЦК УРСР) не дає можливості визнавати збитками ті фактичні витрати кредитора, які не пов'язані з відновленням порушеного права, наприклад витрати покупця, зроблені для прийняття великої партії товару (оренда приміщення, транспортних засобів тощо), але не поставлених з вини продавця» [5, с. 702]. А положення ст. 224 ГК України не дають право на відшкодування збитків у формі майбутніх витрат для виправлення недоліків речі, приведення пошкодженої речі у первісний стан тощо, про що зазначається в Інформаційному листі Вищого господарського суду України від 7.04.2008 р. «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного і Господарського кодексів України».

Саме тому у відповідному визначенні поняття підприємницьких ризиків як предмету страхування доречно замінити слова «загрозу збитків» на слова «загрозу економічних втрат або інших негативних результатів господарської діяльності, що підлягають оцінці». Це, серед іншого, конкретизуватиме предмет страхування для випадку страхування підприємницьких ризиків у контексті визначення страхування, даного у ч. 1 ст. 352 ГК України.

Тим паче не можна обмежувати страхування підприємницьких ризиків страхуванням відповідальності. Хоча відповідальність підприємця перед тре-

тіми особами може ставати предметом страхування. По суті у багатьох випадках заходи відповідальності, особливо у сфері податкових правопорушень, штрафних санкцій у господарсько-виробничих та природоохоронних правовідносинах, можуть нести загрозу платоспроможності підприємця, стаючи, таким чином, об'єктом страхування. Страхування цивільної відповідальності належить до страхування підприємницьких ризиків у широкому значенні слова. Як писав В. К. Райхер, страхування цивільної відповідальності виникло в капіталістичному суспільстві саме у зв'язку із поширенням машинної техніки та промисловою революцією (наприклад, у Франції у 1825 році, у Німеччині у 1871 р., в Англії у 1880 р.) у результаті збільшених кількості нещасних випадків. При цьому зауважується, що страхування відповідальності по економічній суті було спрямовано, передусім, на охорону майна страхувальника, а не прав постраждалих осіб [6, с. 108–109]. Разом із тим за юридичною метою це страхування спрямовано на захист особистого інтересу, про що, зокрема, свідчить думка вітчизняного професора Київського університету та комерційного інституту К. Г. Воблого у цій дискусії [7, с. 225–240].

Отже, страхування підприємницьких ризиків становить не лише комплексну категорію, але й має спеціальний об'єкт, що виходить за межі майнового страхування та страхування відповідальності. Він полягає у забезпеченні досягнення певного економічного результату діяльності, а ризик його недосягнення має певну оцінку. Навіть у сукупності із майновим страхуванням у значенні, закріпленому у положеннях Цивільного кодексу України, страхування відповідальності не здатне охопити усі страхові ризики, що виникають у підприємця та відповідно можуть бути предметом страхування.

Відповідні висновки мають велике системоутворююче та інформативне значення, орієнтуючи підприємців та інвесторів на використання цього різновиду страхування для просування власних бізнес-проектів, усунення невизначеності багатьох комерційних операцій, а державу — на стимулювання його використання у господарських відносинах, зокрема, й при перерегулюванні шляхом запровадження процедур страхування. Останнє наочно демонструє проект Закону про внесення змін до статті 10 Закону України «Про пожежну безпеку» (щодо декларативного принципу), що прийнято парламентом за основу 21.10.11 [8], у якому передбачено, що підприємства, які належать до категорії пожежонебезпечних об'єктів, можуть запроваджувати свою діяльність за декларативним принципом за умови укладення відповідних договорів страхування.

Стосовно страхування підприємницьких ризиків можна цілком застосувати висновки В. К. Райхера про динаміку змін у сучасному страхуванні, яка стала помітною ще у 50-х роках минулого століття. Йдеться про обставину переходу кількісних змін в змісті страхових послуг у якісні зміни форми страхування. Коли процес спеціалізації буржуазного страхування досягає високого розвитку, починається «друга лінія» його становлення, процес утворення укрупнених, комбінованих видів страхування. Цей процес, що має коріння у минулому, призвів до виникнення різних форм так званого «єдиного» чи «універсального» страхування (Einheitsversicherung, Universal-, Omnium-Police).

Крім того, виникають нові види страхування, повністю самостійні, рівнозначні в класифікаційному відношенні таким старим видам страхування, як вогневе, транспортне і т. ін., у тому числі страхування кредиту, страхування від народних заворушень тощо [6, с. 125–126].

У результаті можна дійти висновку щодо недосконалості Цивільного кодексу України (ст. 980) стосовно вичерпання різновидів страхування особистим, майновим страхуванням та страхуванням відповідальності, які не дозволяють повною мірою відобразити специфіку страхування підприємницького ризику, адже останній у власному значенні виходить за межі страхування майна, із яким в Україні фактично ототожнюється цивільно-правове поняття майнового страхування.

Тому ч. 1 ст. 980 ЦК необхідно доповнити пунктом 4 такого змісту: «4) ризиком настання економічних втрат чи інших негативних наслідків під час організації та здійснення підприємницької діяльності (страхування підприємницьких ризиків)».

У свою чергу ГК України, що має спеціалізований характер, повинен не лише визначити основні різновиди страхування підприємницьких ризиків, але й закріпити принципи правового регулювання відповідних відносин.

Зазначене підтверджує, що підприємницький ризик як предмет страхування має складну структуру. Але це не виключає, а навпаки — передбачає його методологічну оцінку та належну організацію правової та економічної роботи на підприємстві щодо управління ризиками, передусім у напрямі їх страхування.

Таким чином, поняття «страхування підприємницьких ризиків» необхідно визначати у вузькому та широкому значенні, коли у вузькому розумінні воно пов'язується із страхуванням від настання економічних втрат під час здійснення підприємницької діяльності, а у широкому — включає також інші види страхування ризиків, що обумовлюються потребами підприємницької діяльності, у тому числі страхування відповідальності та страхування величин можливого відхилення від запланованого результату господарської діяльності, коли відповідні наслідки є більш складними, аніж цілі попередження настання збитків (зменшення цінності бізнесу, декапіталізація господарських організацій, націоналізація інвестицій, зміна показників ділової активності, неотримання дозволів, зміна кон'юнктури ринку тощо).

Виникаюча у такий спосіб комплексність та багатоаспектність страхування підприємницьких ризиків стає предметом господарсько-правового впливу та наукового аналізу.

### Література

1. Барыкин Д. А. Страхование предпринимательских рисков : Правовой аспект / Барыкин Д. А. // Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. — Санкт-Петербург, 2002. — 177 с.
2. Серебровский В. И. Страхование. / В. И Серебровский. — М.: Финиздат НКФ СССР, 1927. — С. 313.
3. Базелер У., Сабов З., Хайнрих Х., Кох В. Основы экономической теории: принципы, проблемы, политика. Германский опыт и российский путь. / У. Базелер, З. Сабов, Х. Хайнрих, В. Кох. — СПб., 2000. — 800 с.

4. Основы морского страхования: Учеб. пособие / Ред. рус. изд. Н. П. Кузнецова. — Спб.: Изд. Дом «Сентябрь», 2002. — 300 с.
5. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; За ред. О. В. Дзери. — К.: Хрінком Інтер, 2008. — 896 с.
6. Райхер В. К. Общественно-исторические типы страхования / В. К. Райхер. — М. — Л.: АН СССР. Ин-т права, 1947. — 282 с.
7. Воблый К. Г. Основы экономии страхования / К. Г. Воблый. — Киев, 1915. — 401 с.
8. Проект Закону про внесення змін до статті 10 Закону України «Про пожежну безпеку» (щодо декларативного принципу) [електронний ресурс] // режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=40161](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=40161)

### Анотація

**Стась Е. П. Страхування підприємницьких ризиків як предмет господарського правового регулювання. — Стаття.**

У статті аналізується поняття страхування підприємницьких ризиків із погляду предмету господарського права. Вузьке розуміння пов'язується із страхуванням від настання економічних втрат, а широкіше із іншими видами страхування ризиків, що обумовлюються будь-якими потребами підприємницької діяльності.

**Ключові слова:** страхування підприємницьких ризиків, господарське право, підприємницька діяльність, страховий ризик.

### Анотация

**Стась Е. П. Страхование предпринимательских рисков как предмет хозяйственно-правового регулирования. — Статья.**

В статье анализируется понятие страхования предпринимательских рисков с точки зрения предмета хозяйственного права. Узкое понимание связывается со страхованием от наступления экономических потерь, а широкое — с другими видами страхования, которые связаны с любыми потребностями предпринимательской деятельности.

**Ключевые слова:** страхование предпринимательских рисков, хозяйственное право, предпринимательская деятельность, страховой риск.

### Summary

**Stas E. P. Insurance of business risks as a subject of economic law's regulation. — Article.**

This article analyzes the concept of business risk's insurance from the perspective of the subject of economic law. Narrow understanding of insurance is associated with the incurring of the economic losses and widespread — with other types of insurance that are associated with any business needs.

**Keywords:** insurance of business risks, economic law, business, insurance risk.

## ДО ПИТАННЯ ПРО РОЗШИРЕННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОМІТЕТУ УКРАЇНИ У ВЗАЄМОВІДНОСИНАХ ІЗ СУБ'ЄКТАМИ ГОСПОДАРЮВАННЯ

*Сучасний стан та перспектива економічних реформ вимагають по-новому поглянути на* необхідність забезпечення балансу між приватноправовими та публічно-правовими інтересами при здійсненні державного регулювання конкуренції. У цьому контексті важливе теоретичне та практичне значення має вирішення проблематики підвищення якості роботи органів Антимонопольного комітету України в системі державних органів, що впливають на взаємовідносини цих органів із суб'єктами господарювання, позначаючись, зрештою, на свободі ведення бізнесу та захисті прав споживачів щодо утворення сучасного конкурентного середовища для розвитку підприємницьких відносин.

Дослідженням питань, пов'язаних із повноваженнями Антимонопольного комітету України при взаємовідносинах з суб'єктами господарювання, займалися зокрема такі вчені та юристи, як: О. М. Вінник, О. О. Бакалінська, В. П. Дахно, О. І. Завада, Н. О. Саніахметова, В. С. Щербина, В. К. Мамутов, О. І. Мельниченко, О. В. Безух, О. О. Плетньова, В. В. Борденюк, В. Е. Беляневич. Разом із тим велика динаміка законодавчих новел, адміністративна реформа та проблемні аспекти глобалізації, що ставить нові виклики перед налагодженням відносин між владою та бізнесом, вимагають додаткового аналізу напрямів вдосконалення повноважень органів Антимонопольного комітету України (далі — АМКУ або Комітет).

Метою цієї статті є розроблення напрямів оптимізації повноважень АМКУ щодо взаємовідносин з суб'єктами господарювання у сфері захисту економічної конкуренції.

Захист конкуренції є основоположним та конституційно закріпленим принципом забезпечення свободи підприємницької діяльності в Україні. Реалізація даного принципу здійснюється завдяки АМКУ, який забезпечує ефективне функціонування системи правових норм, що встановлюють основні засади захисту конкуренції та антимонопольного регулювання та становлять законодавство про захист економічної конкуренції.

Як зазначає С. С. Валітов, в механізмі правового регулювання конкуренції формою реалізації права є правозастосовна діяльність антимонопольних органів, яка являє собою систему різного роду дій основного та допоміжного характеру, при цьому її суттю є розробка та реалізація організаційно-правових заходів, направлених на здійснення державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції [1].

Реалізуючи державну конкурентну політику, Антимонопольний комітет, що має особливий статус в системі органів державної влади, постійно взаємодіє як з органами виконавчої влади та місцевого самоврядування, так і з

суб'єктами господарювання. При цьому відносини, що виникають між АМКУ та суб'єктами господарювання, мають господарсько-правовий характер, оскільки вони є предметом регулювання господарського законодавства, у тому числі й Господарського кодексу України, і відтак — господарськими [2].

Як зазначає М. Єсенбаєв, державне регулювання конкурентних відносин повинно бути присутнім в економіці тільки там, де це необхідно й доцільно, але в жодному випадку не може підміняти конкурентне середовище, а наявність державного регулювання в економіці не зменшує можливостей самого ринку, а зводиться до встановлення «правил поведінки» усіма суб'єктами ринку [3; ст. 21].

Забезпечення оптимального балансу публічно-правових та приватноправових інтересів при взаємодії АМКУ із суб'єктами господарювання є ключовим завданням при реалізації Комітетом його повноважень та є передумовою дотримання господарсько-правового порядку.

Беручи до уваги особливу роль антимонопольного регулювання в розвитку конкуренції, зокрема забезпечення ефективного функціонування ринкової економіки та розвитку свободи підприємницької діяльності, слід приділити увагу законодавчим спробам розширити повноваження АМКУ.

Так, останні роки характеризуються збільшенням кількості порушених відносно суб'єктів господарювання справ та підвищенням сум накладених Комітетом штрафів. У 2009 році АМКУ було накладено найбільші штрафні санкції в історії України в розмірі 265 млн грн у резонансній справі про зловживання монопольним становищем на ринку реалізації авіаційного пального [4]. Найбільшим штрафом, що був накладений у 2010 році, став штраф у розмірі 3 млн грн у справі про антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання на ринку скрапленого газу [5]. І хоча наступні після 2009 роки і не відзначились такими резонансними штрафами, проте тенденції щодо накладення значних штрафів збереглися і у 2010 та у 2011 роках, та скоріш за все будуть спостерігатись і у 2012 році.

При цьому, незважаючи на кількість та розмір накладених штрафів існує значна проблема із їх фактичним стягненням до державного бюджету.

Так, за період з 2003 по 2011 рік Антимонопольним комітетом України прийнято 36 рішень, якими накладено штрафи на загальну суму 485 178 801 гривня, з якої до Державного бюджету України сплачено лише 20 700 000 гривень, що становить 4,3 відсотка від загальної суми [5]. Суб'єкти господарювання, відносно яких порушено провадження у справах про антимонопольні правопорушення, практикують виведення усіх своїх активів на пов'язані з ними структури, в тому числі і кошти на банківських рахунках, ще на стадії розслідування Антимонопольним органом справи, а також на стадії оскарження рішення АМКУ в судовому порядку. Таким чином, порушник має змогу ще до прийняття рішення Комітетом перевести кошти, на які можна накласти стягнення на інших афілійованих з ним суб'єктів господарювання, що унеможливорює стягнення штрафу в державний бюджет. Поширеною є ситуація, коли вже накладені штрафи фактично не можуть бути стягнуті з порушника анти-

монопольного законодавства в силу відсутності коштів і майна в порушника, за рахунок яких можна погасити штраф.

Враховуючи в т. ч. і наведені обставини, за останній рік було розроблено ряд проектів змін до Закону України «Про захист економічної конкуренції», якими пропонується розширити повноваження АМКУ. Так, у серпні 2011 р. було опубліковано розроблений Комітетом проект закону «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення сплати штрафів, накладених рішеннями органів Антимонопольного комітету України» [6], яким пропонується надати Комітету повноваження *на накладення арешту на рахунки відповідача з метою забезпечення виконання рішення про накладення штрафу*.

Таким чином, у випадку прийняття вказаного законопроекту, Комітет буде уповноважений приймати рішення про накладення арешту на рахунки відповідача (суб'єкта господарювання, відносно якого проводиться розслідування про порушення законодавства про захист економічної конкуренції) ще до того, як останнього буде визнано винним у вчиненні правопорушення. При цьому саме антимонопольні порушення завдають значної економічної шкоди не лише окремим суб'єктам господарювання, але й економіці в цілому.

Таким чином, як видається, існують всі належні передумови для розширення повноважень АМКУ та надання цьому органу права забезпечувати виконання накладених в майбутньому штрафів. Проте в даному випадку виникають питання, на які необхідно звернути увагу при прийнятті відповідних змін з метою дотримання балансу між приватними та публічними інтересами.

Так, як свідчить судова практика щодо вирішення питань про вжиття запобіжних заходів, накладення арешту на рахунки суб'єктів господарювання з метою забезпечення виконання рішення про накладення штрафу повинне здійснюватись як винятковий запобіжний захід, виключно у випадку, коли є достатні підстави вважати, що у протилежному випадку рішення про накладення штрафу не буде виконано.

Накладення арешту на рахунки підприємств може завдати значних матеріальних збитків суб'єктам господарювання, зважаючи на значний розмір максимально можливих штрафів, що стане ключовим фактором при визначенні суми грошових коштів, на які буде накладатися арешт.

Таким чином, враховуючи тривалість розгляду справ АМКУ, а також тривалість перегляду та перевірки рішень Комітету та їх оскарження в судовому порядку, суб'єкт господарювання ризикує зазнати значних матеріальних збитків у зв'язку із неможливістю користуватись своїми активами, в тому числі у зв'язку із неможливістю виконання ряду зобов'язань перед контрагентами. При цьому, у деяких випадках, розмір таких збитків може перевищувати розмір мінімальної межі штрафу за відповідні порушення, проте такі збитки, зважаючи на існуючу судову практику, в реальності буде важко відшкодувати в судовому порядку та стягнути з АМКУ у випадку доведення незаконності рішення АМКУ про накладення арешту на грошові кошти суб'єкта господарювання.

Саме тому у випадку прийняття зазначених змін видається доцільним розробити підзаконний нормативний акт, який встановлюватиме порядок накла-



дення арешту Комітетом, згідно з яким таке повноваження буде заходом, що застосовуватиметься в порядку винятку і лише за умови існування об'єктивних підстав вважати, що рішення в подальшому неможливо буде виконати.

Інший законопроект № 9508 було внесено на розгляд Верховної Ради України в листопаді 2011 року [7]. Проектом закону пропонується надати АМКУ *право доступу на підприємства, вилучення документів і опечатування приміщень*, що стане належним інструментом для проведення розслідувань картелів та інших антимонопольних зловживань. Такі повноваження, що пропонується надати АМКУ, на даний час надані багатьом антимонопольним органам інших держав, зокрема європейським антимонопольним органам. Проте питанням при цьому залишається те, чи не знівелюється сама суть та роль Комітету та чи не призведе посилення повноважень АМКУ до того, що відносини між ним та суб'єктами господарювання перетворяться із господарсько-організаційних у владно-підпорядковані.

Щодо існуючих проблем, що виникають при взаємовідносинах АМКУ та суб'єктів господарювання, слід приділити увагу можливості оскарження розпорядження АМКУ про початок розгляду справи. Так, хоча законодавством не закріплено неможливості оскарження розпорядження АМКУ про початок розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, фактично його скасування в судовому порядку є безперспективним. Так, судова практика свідчить про те, що суди не визнають, що таке розпорядження порушує права чи інтереси позивача, що в числі іншого підтверджується практикою Вищого господарського суду та Вищого адміністративного суду, та Постановою Пленуму Вищого господарського суду № 15. Видається, що така ситуація деякою мірою нівелює принцип змагальності сторін розслідування та права відповідача в антимонопольному розслідуванні на судовий захист.

Повертаючись до повноважень АМКУ, слід звернути увагу на положення ст. 253 Господарського кодексу України, згідно з якими Комітет має право стягнути прибуток (дохід), незаконно одержаний суб'єктами підприємницької діяльності в результаті вчинення таких порушень, як зловживання монопольним становищем, узгоджені дії та недобросовісна конкуренція, стягується за рішенням суду до державного бюджету України.

На даний час вказана норма фактично не застосовується, що зумовлене рядом об'єктивних причин. Так, вилучення незаконно отриманого прибутку є по своїй суті конфіскацією майна, а тому застосування даної санкції є можливим лише за рішенням суду. Проте питання про те, хто повинен подавати такий позов і на якій стадії розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, залишається неврегульованим. Видається, що саме АМКУ як зацікавлена особа має бути визначений у законодавстві як такий, що має право подавати позов про стягнення прибутку (доходу), одержаного в результаті порушення антимонопольного законодавства.

Повноваження звертатися до суду з позовами, заявами і скаргами у зв'язку із застосуванням законодавства про захист економічної конкуренції закріплене і в ст. 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України». Проте

оскільки діяльність АМКУ здійснюється на основі імперативного методу регулювання, а відповідні повноваження на звернення до суду для застосування санкцій до порушника конкурентного законодавства у порядку ст. 253 ГК України прямо не передбачені нормативними актами, то реалізація вказаної норми є дещо утрудненою.

Викладене дозволяє зробити висновок, що запропоновані зміни до антимонопольного законодавства щодо розширення повноважень АМКУ є очікуваними та необхідними для здійснення функцій цього органу, в тому числі реалізації державної конкурентної політики та розвитку конкурентного середовища.

При цьому слід зазначити, що неможливо чітко передбачити в законі усі аспекти здійснення Комітетом його повноважень, зважаючи на динамічність економічних процесів. Таким чином роз'яснення та врегулювання проблемних питань, що виникають в правозастосовній практиці Комітету, в підзаконних нормативних актах видається оптимальним способом належного забезпечення реалізації функцій АМКУ. Роз'яснювальна робота АМКУ в частині кваліфікації та запобігання антимонопольних порушень, відповідальності, що загрожує суб'єктам господарювання в результаті таких порушень, правил проведення перевірок органами Антимонопольного комітету, меж повноважень посадових осіб Комітету та прав і обов'язків суб'єктів господарювання, також сприяла б розвитку свободи підприємницької діяльності, захисту конкуренції та зростанню рівня довіри до державних органів.

### Література

1. Валітов С. С. Правовое регулирование конкуренции в Украине: Монография / НАН Украины. Ин-т экономико-правовых исследований. / С. С. Валітов. — Донецк: ООО «Юго-Восток, Лтд», 2009. — 307 с.
2. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України № 15 від 26.12.2011 «Про деякі питання застосування конкурентного законодавства». [електронний ресурс] // Режим доступу: [www.zakon.rada.gov.ua](http://www.zakon.rada.gov.ua)
3. Єсенбаєв М. Баланс державного і ринкового регулювання повинен забезпечуватись за рахунок ефективної антимонопольної політики. / Вісник Антимонопольного комітету України. — № 4(39). — 2010. — С. 64.
4. Звіт Антимонопольного комітету України за 2009 рік. [електронний ресурс] // Режим доступу: [www.amcu.gov.ua](http://www.amcu.gov.ua)
5. Звіт Антимонопольного комітету України за 2010 рік. [електронний ресурс] // Режим доступу: [www.amcu.gov.ua](http://www.amcu.gov.ua)
6. Проект Закону «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення сплати штрафів, накладених рішеннями органів Антимонопольного комітету України» [Електронний ресурс] // Режим доступу: [www.w1.c1.rada.gov.ua](http://www.w1.c1.rada.gov.ua)
7. Проект Закону № 9508 про внесення змін до Закону «Про захист економічної конкуренції» [електронний ресурс] // Режим доступу: [www.w1.c1.rada.gov.ua](http://www.w1.c1.rada.gov.ua)

### Анотація

**Шкляр С. В.** До питання про розширення повноважень антимонопольного комітету України у взаємовідносинах з суб'єктами господарювання. — Стаття.

У статті досліджуються окремі питання повноважень Антимонопольного комітету України, зокрема запропоновані зміни до законодавства, якими передбачається уточнення нині існуючих

повноважень; характер взаємовідносин між АМКУ та суб'єктами господарювання; питання підтримання балансу між публічно-правовими та приватноправовими інтересами.

*Ключові слова:* Антимонопольний комітет України, антимонопольне право, повноваження АМКУ.

### Аннотация

*Шкляр С. В. К вопросу о расширении полномочий Антимонопольного комитета Украины при взаимоотношениях с субъектами хозяйствования. — Статья.*

В статье исследуются отдельные вопросы полномочий Антимонопольного комитета Украины, в частности предлагаемые изменения в законодательство, которыми предусматривается уточнение ныне существующих полномочий; характер взаимоотношений между АМКУ и субъектами хозяйствования, вопрос поддержания баланса между публично-правовыми и частноправовыми интересами.

*Ключевые слова:* Антимонопольный комитет Украины, антимонопольное право, полномочия АМКУ.

### Summary

*Shklyar S. V. To the question of powers enhancement of Antimonopoly Committee of Ukraine in the relationships with undertakings. — Article*

In this article the author analyses the separate questions of the powers of Antimonopoly Committee of Ukraine, in particular proposed legislation changes, which are aimed to clarify current powers of antitrust authorities; character of relationship between AMCU and legal entities; the question of balance between public and private interests.

*Keywords:* Antimonopoly Committee of Ukraine, antitrust law, powers of AMCU.

УДК 336.225

*О. Г. Трофименко, Н. І. Логінова*

## ДЕЯКІ АСПЕКТИ ІНФОРМАТИЗАЦІЇ ПОДАТКОВОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

**Актуальність роботи.** З метою адаптації фінансової системи держави до технологій, притаманних високорозвиненим ринковим суспільно-економічним відносинам, модернізацію податкової служби України слід здійснювати із впровадженням новітніх інформаційних технологій на всіх рівнях ієрархічної структури податкової системи, ефективність широкого застосування яких в усіх галузях доведена часом.

Фундаментальною основою інформатизації Державної податкової служби України (ДПСУ) є створення високоорганізованого середовища, яке, з одного боку, має включати й об'єднувати в рамках всієї податкової служби України інформаційне, телекомунікаційне, комп'ютерне, програмне забезпечення, інформаційні технології, мережі ЕОМ, бази даних і знань, інші засоби інформатизації, а з іншого боку — забезпечувати можливість створення і використання ефективного системно-аналітичного апарату, що дозволить на якісно новому рівні інформаційного обслуговування провадити як повсякденну оперативну

роботу, так і системний аналіз стану та перспектив діяльності податкової служби в цілому; приймати науковообґрунтовані рішення щодо реалізації податкової політики України [1]. Але проблема полягає в тому, що у зв'язку з економічною кризою процес розвитку й удосконалення ДПСУ здійснюється занадто повільно, а недостатній динамізм процесу інформатизації може призвести до суттєвих небажаних результатів діяльності [2].

**Мета** статті полягає в проведенні аналізу та узагальненні існуючого стану інформатизації податкової системи, виявленні проблем упровадження її в діяльність податкових органів різного рівня, пропонуванні пріоритетних напрямів, спрямованих на вирішення проблем управління інформаційними ресурсами органів податкової служби України.

**Ступінь наукової розробки.** За останній час проблемам реформування податкової служби присвячені серйозні і загальноновизнані наукові роботи таких вітчизняних вчених, як: О. М. Бандурка, Р. А. Калюжний, М. Я. Швець, В. О. Шамрай, О. О. Чикаренко, В. Л. Андрущенко, М. А. Сендзюк, А. М. Соколовська, Т. І. Єфименко, А. О. Максута, О. М. Розум, І. Ф. Рогащ, С. М. Серьогін, проте з урахуванням значних обсягів і глибини цих праць аспекти інформаційного забезпечення у цій сфері були розкриті недостатньо.

**Виклад основного матеріалу.** Ефективне вирішення широкого спектра проблем процесу інформатизації податкової системи — одна із ключових складових програми модернізації ДПСУ, що фінансується Світовим банком. Проектом цієї програми передбачається створення сталої системи отримання державних доходів на основі добровільного виконання платниками податків вимог податкового законодавства та компетентного, чесного, неупередженого адміністрування податків, сприяння розвитку підприємництва та в цілому — економічному піднесенню держави. Значне відставання від термінів реалізації цієї програми викликає необхідність зосередження на ключових завданнях та стрімкого пошуку методів вирішення даної проблеми.

Пріоритетними напрямками інформатизації ДПСУ на даному етапі є:

- автоматизація внутрішньої діяльності податкових органів і роботи з платниками податків з використанням сучасних інформаційних технологій з метою уніфікації методів роботи органів ДПС України з податковими службами країн ЄС;
- залучення новітніх технологій інформування та заохочення платників податків до повного переходу на електронну форму подачі звітності;
- розширення можливостей електронного сервісу розгляду звернень громадян через мережу Інтернет;
- використання новітніх методологічних інструментів з аналізу та прогнозування в ДПСУ, впровадження яких значно покращить якість прогнозування податкових надходжень основних податків (ПДВ, податок на прибуток та податок з доходів фізичних осіб) в залежності від змін основних макроекономічних факторів;
- модернізація програмно-технічного комплексу єдиної корпоративної мережі з метою об'єднання всіх структурних ланок податкової служби для забезпечення більш ефективної взаємодії;

- впровадження новітніх методів економіко-математичного моделювання і сучасних інформаційних технологій у прогнозно-аналітичній роботі органів ДПСУ для автоматизованого виявлення тіньових елементів економіки та підвищення ефективності оперативно-розшукових заходів;
- доопрацювання інформаційної системи з обміну інформацією з метою автоматизованого опрацювання декларацій про доходи;
- істотне підвищення продуктивності праці службовців державних податкових адміністрацій внаслідок використання сучасних інформаційних технологій у роботі податкових служб на кожному з її етапів;
- оновлення та вдосконалення програмно-апаратних комплексів для забезпечення оперативного безперебійного функціонування автоматизованих інформаційно-аналітичних систем центрального та обласних рівнів податкової служби.

Інформатизація податкової служби є складовою Національної програми інформатизації України. Тому для просування інтеграційних ініціатив і реалізації рішень у сфері оподаткування слід дотримуватись принципів сумісності об'єктів інформатизації ДПСУ та інших органів державного управління [3]. Крім того, повинні враховуватися угоди України із зарубіжними країнами з питань оподаткування, а також досвід інших країн у сфері інформатизації податкової служби.

Незважаючи на суттєві відмінності законодавчих баз різних держав та притаманні кожній з них власні форми й методи адміністрування податків, процес обміну досвідом є потужним стимулом до пошуків раціонального зерна, що може прорости на вітчизняному ґрунті. Як свідчить історія успішного розвитку податкових відомств іноземних держав, зокрема колишніх радянських республік, нова якість стандартів ведення бізнесу безпосередньо залежить від готовності та здатності податкової служби до реформування. У цьому сенсі показовим є досвід запровадження реформ у країнах Балтії [4].

Головною умовою отримання членства ЄС для цих країн була модернізація податкової системи, зокрема повна інформатизація відносин з платниками податків. Відтак поступово функції адміністрування та контролю передавались до центральних підрозділів податкових відомств і водночас скорочувався штат працівників. У регіонах залишилися тільки структурні підрозділи, які виконують функцію суто обслуговування платників податків. Кардинальне рішення про переведення платників на практично стовідсоткове подання звітності в електронному вигляді через Інтернет дозволило податковим службам кожної з країн Балтії сформувати обширну багаторічну податкову історію своїх платників. Зараз це неабияк сприяє здійсненню оперативного та якісного взаємобміну необхідними даними як у межах країни, так і на території Єврозони. Водночас платники охоче підтримали можливість безконтактного спілкування з податковою службою. Цікавим, з точки зору залучення досвіду, є те, що платникам податків надається можливість ознайомитися з фіскальними реєстрами платників податків не лише своєї країни, а й усього Євросоюзу.

Досить цікавий і досвід інших країн, які запровадили електронну форму звітності [5]. Наприклад, у Словенії систему електронної податкової звітності

використовують для заповнення заявок на відшкодування ПДВ під час обміну товарами серед країн Європейського Союзу; крім того, вона дає змогу фірмам з країн, що не є членами ЄС, зареєструватися і сплачувати ПДВ із он-лайн-продажу для будь-якої країни Європейського Союзу, відповідно до директиви ЄС про електронну торгівлю. Подання звітності у Франції відбувається через Інтернет, де можна порахувати свої податки, вибираючи потрібне поле, заповнюючи обов'язкові рядки, відповідаючи на запитання. Причому зробити калькуляцію можна як на поточний період, так і підрахувати свої податки на майбутнє.

Дотримуючись демократичних принципів, працівники податкової служби України вже чимало встигли зробити для втілення у життя повної інформатизації відносин з платниками податків. Передача функцій адміністрування та контролю до центральних підрозділів податкових відомств дозволила провести у 2011 році двадцятивідсоткове скорочення штату працівників.

Впровадження нових механізмів звітування платників податків шляхом подання податкової звітності засобами електронного зв'язку залишається для органів ДПСУ одним із важливих напрямків поліпшення процесу обслуговування платників податків. Використовуючи такий формат подання звітності, можна уникнути черг, зекономити час та гроші, які витрачаються на доставку звітності до податкових органів. До того ж програмне забезпечення звітності автоматично виконує чимало спеціальних розрахунків та самостійно знаходить помилки. Подаючи звітність в електронному вигляді, не треба перенавчатись, адже сторінки електронної форми звітності повністю відповідають звітному документу на паперових носіях, а система електронних ключів робить електронну звітність захищеною від стороннього втручання, як навмисного, так і випадкового [6].

Перехід на електронну форму подачі звітності дозволяє суттєво знизити витрати на перевірку звітних документів платників податків, значною мірою скоротити витрати часу платників податків на взаємодію з податковою адміністрацією, автоматизувати процес опрацювання єдиної бази даних для проведення аналізу господарської діяльності, оптимізувати роботу державних податкових інспекцій, зекономити державні кошти, мінімізувати можливі зловживання у податковій сфері.

Обов'язковість подання звітності в електронному вигляді за допомогою мережі Інтернет через централізовану автоматизовану систему «Єдине вікно подання електронної звітності» було на законодавчому рівні закріплено у Податковому кодексі України, який набрав чинності з 1 січня 2011 року. Завдяки цьому впровадження такої форми подання звітності відбувається доволі швидко. Так, за звітами управління масово-роз'яснювальної роботи та звернень громадян ДПА в Одеській області, у вересні — жовтні 2011 року перевагу поданню звітності з ПДВ із застосуванням електронного цифрового підпису надали понад 8 тисяч великих та середніх підприємств Одещини, що складає близько 90 відсотків платників ПДВ цієї категорії [7]. Як зазначила заступник начальника управління інформатизації процесів оподаткування ДПСУ в Одеській області

Ольга Сверида в ході засідання «круглого столу» з актуальних питань впровадження електронного документообігу в органах державної влади, за 2011 рік цей показник збільшився більш як на 20 відсотків, а з початку поточного 2012 року послугою надання податкової звітності засобами Інтернет скористалися більш як 13 тисяч платників податків Одеської області. Загалом в масштабах всієї України у 2011 році органами ДПСУ прийнято 2 657 тис. декларацій з ПДВ, з них 2 242 тис. (тобто 84 %) в електронному вигляді, що майже в 3 рази більше, ніж у 2010 році [8]. Отже, використання інформаційних ресурсів дозволило суттєво збільшити швидкість і якість рішень, які приймаються робітниками органів ДПСУ, що, в свою чергу, позитивно вплинуло на рівень податкових надходжень до бюджету.

Швидкому переведенню платників на електронну форму подання звітності значно сприяло широке інформування населення за допомогою ЗМІ. Це нововведення було добре сприйняте платниками, оскільки надало можливість безконтактного спілкування з податковою службою в зручний для себе час. Взагалі, інформування про діяльність податкової служби та роз'яснювальна робота серед платників поступово неодмінно має привести до зростання загального рівня економічної культури і толерантності у державі як ознаки зрілого суспільства.

Саме із впровадженням у життя системи електронного документообігу наша держава наблизиться до світових економічних стандартів, адже більшість розвинутих країн світу давно відмовилася від паперового документообігу і віддала перевагу електронним деклараціям. Понад 60 країн використовують електронну форму звітності.

**Висновки.** На жаль, використання сучасних технологій в органах ДПСУ стримується недостатнім фінансуванням, обмеженою кількістю спеціалістів у сфері інформаційних технологій, невирішеними проблемами розробки алгоритмів автоматизованого опрацювання поданої звітності і недостатнім рівнем підготовки користувачів інформаційних систем. А невпинний розвиток науково-технічного прогресу вимагає постійного вдосконалення автоматизованих систем електронного документообігу з метою аналізу економічних індикаторів для недопущення створення платниками податків схем мінімізації, тобто вживання для цього превентивних заходів. Всі ці заходи у діяльності податкової служби країни спрямовані, врешті речт, на забезпечення справедливого і пропорційного розподілу податкового навантаження та отримання державою стабільних доходів, захищених від небажаних економічних коливань. Залучення для цього позитивного загальноєвропейського досвіду податкової політики сприятиме співпраці з цими країнами і гармонізації із законодавством європейської спільноти.

### *Література*

1. Рогач І. Ф. Інформаційні системи у фінансово-кредитних установах: Навч. посібник / І. Ф. Рогач, М. А. Сендюк, В. А. Антонюк. — К.: КНЕУ, 1999. — 216 с.
2. Бандурка О. М. Реформування податкової служби — справа невідкладна / О. М. Бандурка, О. П. Угровецький // Форум права. — 2009. — № 2. — С. 25–29.

3. Чикаренко О. О. Програма модернізації Державної податкової служби України: сучасний стан і проблеми / О. О. Чикаренко // Публічне адміністрування: теорія та практика : Електронний збірник наук. праць. — Випуск 1(1) / 2009. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.dridu.dp.ua/zbirnik/2009-01/index.html>. — Назва з екрану.
4. Низова О. Реформування податкової системи — процес незворотний // Вісник податкової служби України. — Липень, 2011 р. — № 28 (648). — С. 11–12.
5. Міжнародний досвід реформування податкових систем: види податків та електронна звітність. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.dpa.cv.ua/index.php?option=com\\_contentview=article&id=8367:2011-10-05-15-39-21&catid=178:2009-06-07-18-59-30&Itemid=182](http://www.dpa.cv.ua/index.php?option=com_contentview=article&id=8367:2011-10-05-15-39-21&catid=178:2009-06-07-18-59-30&Itemid=182). — Назва з екрану.
6. Трофименко О. Г. Перспективні напрями інформатизації податкової системи України // Правове життя сучасної України. — Т.1: матер. міжнар. наук. конф. проф.-викл. складу (Одеса, 20–21 квітня 2012 р.). / Націонал. ун-т «Одеська юридична академія». — Одеса : Фенікс, 2012. — С. 488–490.
7. Звітність в електронному вигляді. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.nalog.od.ua/elzvrit.php?tid=50>. — Назва з екрану.
8. Звіт про виконання плану основних питань економічної та контрольної роботи ДПС України на 2011 р., затвердженого наказом ДПА України від 08.02.11 № 74. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.sta.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=212518&cat\\_id=46611](http://www.sta.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=212518&cat_id=46611). — Назва з екрану.

### Анотація

*О. Г. Трофименко, Н. І. Логінова.* Деякі аспекти інформатизації податкової служби України. — Стаття.

У статті розглядається існуючий стан інформатизації Державної податкової служби України. Конкретизовано пріоритетні напрями інформатизації податкової служби на сучасному етапі. Проаналізовано можливості застосування досвіду різних країн Європейського Союзу щодо інформатизації відносно з платниками податків у нашій країні.

*Ключові слова:* інформатизація; інформаційні технології; податкова служба; електронна форма; платники податків.

### Аннотация

*Е. Г. Трофименко, Н. И. Логинова.* Некоторые аспекты информатизации налоговой службы Украины. — Статья.

В статье рассматривается существующее состояние информатизации Государственной налоговой службы Украины. Определены приоритетные направления информатизации налоговой службы на современном этапе. Проанализированы возможности применения опыта разных стран Европейского Союза по информатизации отношений с плательщиками налогов в нашей стране.

*Ключевые слова:* информатизация; информационные технологии; налоговая служба; электронная форма; плательщики налогов.

### Annotation

*E. G. Trofimenko, N. I. Loginova.* Some aspects of informatization of Tax Service of Ukraine. — Article.

In article examines the current status of informatization of Tax Service of Ukraine. Priority directions of the informatics of tax service were defined at present. The analysis of the possibility of using experience of different country European Union's by the informatization of taxpayers in our country.

*Keywords:* informatization; information technologies; tax service; electronic form; taxpayers.



## СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ УПРАВЛІННЯ МОРСЬКИМИ ПОРТАМИ В ТРАНСПОРТНІЙ ІНФРАСТРУКТУРІ УКРАЇНИ

**Постановка проблеми.** Морегосподарський комплекс відіграє одну з провідних ролей у формуванні загальносвітового валового продукту. У структурі всесвітньої торгівлі лідируючі позиції займають товаропотоки, що проходять через морські транспортно-комунікаційні магістралі. На сьогоднішній день на міжнародні морські перевезення припадає більше 90 % транспортування всіх товарів у світовій торгівлі [1].

Порти як невід’ємна частина світової транспортної інфраструктури відіграють важливу роль в процесах перевезення вантажів морем, оскільки при перевезенні через порт переплітаються різнопланові інтереси учасників транспортного процесу (вантажовласників, перевізників, агентів, експедиторів, органів державної влади та інших). В зв’язку з цим перед системою управління портом стоїть задача визначення параметрів досягнення стратегічних цілей, що ставляться інвесторами — приватними національними компаніями, державою та закордонними інвесторами.

**Стан дослідження.** Питанням розвитку портів, зміни їх функцій, диверсифікації діяльності та оптимізації присвячено багато робіт вітчизняних науковців, таких як: Виникова В. В., Баришнікова В. В., Колодіна А. Л., Котлубай В. О., Шаталюк Є. В., Чекаловця В. А. та інших. Зокрема, Баришнікова В. В. зазначає, що сучасний менеджмент в українських портах орієнтований на стивідорні та складські операції, а зарубіжні розширюють перелік портових послуг [2, с. 22]. Шаталюк Є. В. вказує, що удосконалення системи управління портами можливо шляхом зміни форм власності та з переходом на нові організаційні форми управління [3, с. 210].

**Мета і завдання дослідження.** Метою є аналіз процесу еволюції портів та систем управління портовим господарством в світовому масштабі та визначення ролі та функцій сучасних портів в Україні.

Для досягнення зазначеної мети були поставлені такі завдання: визначити види та моделі управління портами; дослідити схему управління портовим господарством України відповідно до положень Закону України «Про морські порти України» від 17.05.2012 № 4709-VI; розробити конкретні пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства України з питань управління портами.

**Виклад основних положень.** Система управління портами змінювалася на певному історичному етапі, так до 50-х років XX століття порти в основному здійснювали вантажно-розвантажувальні роботи. Це було обумовлено тим, що вантажі перевозилися на універсальних судах навалом. Порту було потрібно лише здійснювати свою основну діяльність, тобто забезпечувати зв’язок «море — берег» і навпаки.

З 50–80-х років XX століття порти перетворилися на транспортні, промислові центри. Обумовлено це було тим, що поява нових судів і нових способів перевезення вимагало від портів наявності спеціалізованого устаткування для обробки та зберігання вантажів.

Період з початку 90-х років XX століття — по теперішній час ознаменувався всесвітньою тенденцією до контейнеризації вантажів і збільшенням ролі інтермодальних перевезень. Порти були змушені реагувати на зміну умов, що склалися в світовій транспортній інфраструктурі, та проводити днопоглиблювальні роботи, відкривати нові контейнерні термінали, встановлювати сучасне обладнання, розширювати спектр логістичних послуг [4, с. 5].

Трансформація портів з вузлових елементів світової транспортної системи в логістичні і промислові центри світового масштабу саме і обумовлена сучасними тенденціями розвитку міжнародних морських перевезень, зміною способів транспортування вантажів та розвитком суднобудування.

Найбільші порти в світі крім обробки вантажопотоків свого хінтерланда стали займатися траншипментом вантажів з усього світу, що привело до появи портів-хабів. Хінтерланд (нім. *Hinterland*, буквально «країна ззаду») вживається як термін в економічній географії для позначення території, що тягнеться в господарському відношенні до якогось певного економічного центру і який є виходом для продукції цієї території на внутрішній або зовнішній ринок, а також місцем переробки її [5, с. 400]. Траншипмент — це перевантаження вантажу з судна на судно, а порт-хаб (*hub port*) означає великий контейнерний порт, обладнаний для швидкої перевалки вантажів з метою зменшення сталійного часу [6].

Поява в світі портів-хабів є абсолютно новим етапом в еволюції морських портів, що обумовлено збільшенням частки вантажів, які перевозяться в контейнерах. Потреба в будівництві подібних портів викликана наступними тенденціями розвитку морських перевезень: в даний час приблизно 30 % світових обсягів контейнерних перевезень — це траншипмент або перевалка вантажу; траншипмент дозволяє вантажовідправнику використовувати і вибирати додаткові альтернативні маршрути транспортування і дозволяє скоротити транзитний час; перевезення вантажів по можливості великими партіями для забезпечення економії на масштабах; збільшення ролі інтермодальних перевезень; використання глобальних ланцюжків постачань.

Найважливішою тенденцією в портовому господарстві є посилення конкуренції між портами, оскільки морські торговельні порти традиційно працюють на комерційній основі в умовах жорсткої конкуренції, яка ще більше загострюється тим, що вони конкурують як з портами усередині країни, так і з портами інших країн. Така тенденція обумовлена декількома взаємопов'язаними причинами. Перш за все, це контейнеризація вантажів, яка привела до їх стандартизації і, як наслідок, до використання великих контейнеровозів, що зменшує кількість портів заходу при тій же кількості вантажу. По-друге, розвиток транспортних коридорів розширив доступ портів до хінтерланду і привів до збільшення розмірів останніх, а повна або часткова приватизація деяких портів принесла комерційний підхід в управлінні портами.

У світовому досвіді управління портами, існують значні відмінності в системах і традиціях управління морськими портами. Так звана англосаксонська система незалежної портової влади значно відрізняється від централізованої портової влади латинської системи, яка існує у Франції, Іспанії та Італії, і від «муніципальної» традиційної системи, яка найбільш розвинена в Німеччині, Нідерландах і Бельгії [7, с. 5].

В цілому, ці відмінності привели до діаметрально протилежним методам управління. Згідно континентальної системи, портова влада керує і оперує портом, морські підхідні шляхи та інфраструктура з внутрішніми районами є відповідальністю центральної влади, а переробка вантажів та інші послуги знаходяться в приватних руках. З іншого боку, існує система управління портом з єдиною організацією, в якій морські підхідні шляхи, сам порт і переробка вантажів повністю є відповідальністю однієї організації, яка здійснює нагляд за виконанням всіх функцій порту.

У той же час операційні моделі управління морських портових структур можна класифікувати в залежності від характеру ведення господарських операцій на три основні типи:

1. «Сервісний порт» — організація, що управляє портом, надає всі комерційні послуги судам, є власником і експлуатує основні засоби та виконує всі регулятивні функції. Перевага такої моделі полягає в прямому управлінні і експлуатації з боку державних органів. Однак є й недоліки: потенційна монополія, відсутність вибору для клієнтів, неефективне оперування і досить слаба продуктивність. Прикладами є Сінгапур, порт Бангкок в Таїланді (РТА), Мумбай (Індія), Дубай (ОАЕ), єгипетські порти.

2. «Порт-інструмент» — організація, що управляє портом, є власником інфраструктури, основних засобів та передає їх в користування операторам, які виконують комерційні функції, але зберігає всі регулюючі функції. Вигоди такої моделі полягають у дієвому і ефективному оперуванні із залученням технологій приватного сектора. Найкращими прикладами цієї моделі є Кобе і Йокогама (Японія), Каошунг (Тайвань), Пусан (Корея), Сіетл (США).

3. «Порт-власник» — організація, що управляє портом, є власником базової інфраструктури, тобто землі та основних засобів, призначених для доступу в порт, і передає їх в оренду операторам на базі довгострокових концесій, зберігаючи всі регулятивні функції. Вигода такої моделі полягає в незначності фінансування, яке потрібно від держави, ефективності і низьких тарифах. Є, однак, і недоліки: виняткове використання і дискримінаційний підхід. Найкращими прикладами портів цього типу є найбільші порти Європи (а саме, Роттердам, Гамбург і Антверпен), найбільші порти США (Лос-Анджелес, Лонг-Біч, Нью-Йорк і Нью-Джерсі), Келанг (Малайзія) і гавкотом Чабанг (Таїланд) [7, с. 10].

Загальні тенденції управління портом такі, що, незалежно від загального рівня роздержавлення порту тієї чи іншої моделі, функції портоуправління здійснюють переважно державні компанії, а комерційні функції — приватні компанії. Взагалі адміністративний орган або організація, що управляє пор-

том, може бути різною, незалежно від «обсягу» власності, що належить державі та приватному сектору. Щоб визначити, яка із зазначених вище моделей буде найбільш ефективною в кожному конкретному випадку, слід керуватися наступними критеріями:

- модель «Порт-власник» застосовується до портів з об'ємним вантажооборотом (20 млн тонн на рік і більше) для того, щоб привнести природну конкуренцію в середу підприємств, що надають портові послуги (концесіями або ліцензіями);

- модель «Порт-інструмент» є деякою адаптацією моделі «Порт-власник» до потреб дрібних і середніх портів, щоб також забезпечити конкуренцію серед підприємств, що надають портові послуги;

- модель «Сервісний порт» виправдана переважно в двох випадках: інтеграція управління транспортом (при приватному оперуванні) і підтримка соціальної спадкоємності (при державному управлінні).

Кожна з перелічених моделей у своїй основі використовує властиві їй системи економічного аналізу, що базуються на стандартах ведення оперативної, бухгалтерської та статистичної звітності. При цьому на даний час відзначається посилення тенденції щодо участі приватного капіталу в діяльності портів, особливо в тих напрямках, які носять комерційний характер, наприклад перевалка вантажів. Тому фінансування обладнання, призначеного для таких операцій, стає все більшою мірою обов'язком приватного сектора. Портова влада все більшою мірою обмежується роллю «лендлорда», а також управлінням і фінансуванням сфер, що забезпечують безпечну і ефективну роботу порту в цілому.

Формування нового техніко-економічного устрою в розвинутих країнах різко актуалізувало і вивело на якісно інший рівень багато питань, пов'язаних як з концептуальним обґрунтуванням, так і з практикою просторового розвитку морегосподарського комплексу України. Оскільки сучасна економіка України постає як змішана, державно-приватна, то морські порти повинні відображати і це поєднання державної та приватної форм власності у всьому різноманітті взаємозв'язків і переплетенні на цій основі інтересів приватних підприємців і держави.

Україною фактично сприйняті сучасні механізми управління морськими портами, так Законом України «Про морські порти України» від 17.05.2012 № 4709-VI (далі — Закон) введена нова схема управління портовим господарством [8].

Управління портами ділиться між адміністрацією морських портів України та службою капітана порту. Адміністрація буде відповідати за безпеку судноплавства та інфраструктуру порту. При цьому функції адміністрації управління розділені на дві частини. Перша — спеціалізований майновий комплекс (акваторія порту, підхідний канал, гідротехнічні споруди, засоби навігаційного забезпечення та ін), не підлягає ні приватизації, ні здачі в оренду. Друга частина — все, що може бути передано в концесію, в управління, оренду або приватизовано.

За Законом адміністрація морських портів України — державне підприємство, утворене відповідно до законодавства, яке забезпечує функціонування морських портів, утримання і використання об'єктів портової інфраструктури державної форми власності, виконання інших покладених на нього завдань безпосередньо і через свої філії, які утворюються в кожному морському порту (адміністрація морського порту).

В той же час використання в схемі управління портами одного державного підприємства з філіями у кожному порту не відповідає світовій практиці управління портами і створить певні незручності в щоденній роботі морських портів.

По-перше, аналізуючи сьогоденний стан справ, наголосимо, що в кожному морському порту діє самостійно державне підприємство, а за Законом буде одне головне, а в кожному порту буде філія. На практиці це може призвести до певних незручностей, насамперед, пов'язаних з територіальною віддаленістю головного підприємства від філії. Так, наприклад, в порту, крім безпосередньої діяльності з перевалки та обробки вантажів, ведеться господарська і промислова діяльність. Зокрема на території порту діють нафтопереробні підприємства, промислові комплекси з переробки сировинних матеріалів, що надходять до них через канали морських перевезень, підприємства, що відвантажують свою продукцію безпосередньо на вантажні термінали порту.

По-друге, необхідно враховувати, що сучасний порт постає складним комплексом гідротехнічних споруд, як транспортний вузол, в рамках якого взаємодіють підприємства різних видів транспорту і який оснащений усілякими видами техніки та обладнання для виконання всього комплексу робіт.

У той же час Законом запроваджено механізм використання інфраструктури порту портовими операторами. За Законом фактично всі господарські функції перейдуть до портових операторів, а адміністрація морських портів України виступить керуючим державним майном. В даній схемі необхідно використовувати державну установу, а не державне підприємство. При цьому створити такий заклад в кожному порту. Дана схема дозволить прозоро використовувати інфраструктуру порту і отримувати портові збори.

**Висновки з дослідження і перспективи подальших розробок у цьому напрямі.** Для досягнення і підтримки високих конкурентних позицій портам України необхідно усвідомити і розвивати свої переваги. Незважаючи на те, що функції більшості портів у світі схожі, умови їх діяльності можуть варіюватися. Контроль над функціонуванням портів здійснюють їх адміністрації, які в більшості країн є державними структурами. Але навіть якщо порт управляється приватною компанією, урядові органи, спираючись на діючі в країні закони, можуть регулювати її діяльність. У свою чергу, національне законодавство, що регулює роботу портів, розробляється і застосовується з урахуванням прийнятих міжнародних норм.

Оптимальною є система, коли держава в тій чи іншій мірі бере участь в управлінні портом, оскільки порт є стратегічним об'єктом для будь-якої країни. До того ж, порт являє собою невід'ємну частину національної транспортної

інфраструктури, і його діяльність повинна бути гарантована державою. При цьому перспективними є подальші дослідження та науковий аналіз норм Закону України «Про морські порти України» від 17.05.2012 № 4709-VI відносно участі приватних партнерів в управлінні портом.

### Література

1. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://portsukraine.com>
2. Баришнікова В. В. Сучасний порт в логістичному ланцюзі доставки вантажу// Економіка та управління підприємствами машинобудівної галузі: проблеми теорії та практики. — 2009. 4(8).
3. Шаталюк Є. В. Перспективи розвитку морських торгових портів України та Одеського регіону// Економічні інновації. — 2009. Випуск 39.
4. Совершенствование управления морскими торговыми портами: учебное пособие/ В. И. Чекалов, А. Л. Колодин, Г. П. Столяров и др. — Одесса: ОНМУ, 2002. — 142 с.
5. Краткая географическая энциклопедия, Том 4/ Гл. ред. Григорьев А. А. М.: Советская энциклопедия. — 1964, 448 с. с илл., 10 л. карт.
6. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://dic.academic.ru>.
7. Никулина Светлана Владимировна. Морские порты как субъекты международной конкуренции : автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата экономических наук: 08.00.14 / Никулина Светлана Владимировна; Санкт-Петербургский государственный университет. — Санкт-Петербург, 2011. — 22 с.
8. Закон України «Про морські порти України» від 17.05.2012 № 4709-VI // Урядовий кур'єр. — 2012. — N 114.

### Анотація

**Попелюк В. П.** Сучасні тенденції розвитку управління морськими портами в транспортній інфраструктурі України. — Стаття.

У статті розглядаються: моделі управління морськими портами, механізм управління морськими портами, введений Законом України «Про морські порти України» від 17.05.2012 № 4709-VI, та шляхи вдосконалення управління морськими портами України.

*Ключові слова:* порт, морський порт, управління портом, сфера господарювання.

### Аннотация

**Попелюк В. П.** Современные тенденции развития управления морскими портами в транспортной инфраструктуре Украины. — Статья.

В статье рассматриваются: модели управления морскими портами, механизм управления морскими портами, введенный Законом Украины «О морских портах Украины» от 17.05.2012 № 4709-VI, и пути совершенствования управления морскими портами Украины.

*Ключевые слова:* порт, морской порт, управление портом, сфера хозяйствования.

### Summary

**Popelyuk V. P.** Modern trends in management of seaports in Ukraine's transport infrastructure. — Article.

In this article: Models of seaports in Ukraine's transport infrastructure, a mechanism of seaports put the Law of Ukraine «On the sea ports of Ukraine» dated 17.05.2012 N 4709-VI and ways to improve management of sea ports of Ukraine.

*Keywords:* port, port management, management sphere.

УДК 347.763:658.7 (477)

*О. Л. Суворова, Ю. В. Хайминова,  
В. А. Котлубай, Е. М. Романенко*

## РАЗВИТИЕ ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ ТРАНСПОРТНО- ЛОГИСТИЧЕСКИХ СИСТЕМ УКРАИНЫ

**Постановка проблемы.** Интеграция Украины в мировую экономическую систему, расширение ее связей со странами СНГ, Западной и Восточной Европы, Дальнего Востока и Тихого океана требуют коренных изменений функционирования всех видов транспорта в составе единой транспортной системы и развития функционирования транспортной логистики как ее неотъемлемой составляющей.

Необходимо решить ряд крупномасштабных, комплексных задач, имеющих важное значение для транспортной логистики. Основными из них являются такие:

- поиск рациональных вариантов структурной организации транспортной логистики;
- развитие рынка транспортных услуг и эффективное использование в единой транспортной системе важнейших транспортных ресурсов, пропускной способности транспортных сетей и провозной способности транспортных средств с учетом мировых тенденций транспортной логистики;
- расширение возможностей обслуживания товаропотоков в портах и повышение уровня интеграции всей транспортной инфраструктуры.

### **Анализ последних исследований и публикаций.**

Значительный вклад в развитие теории и методологии логистики внесли такие известные зарубежные и отечественные ученые, как Б. Аникин, О. Гаджинский, Л. Миротина, Д. Костоглодов и др.

Теоретическим и научно-методическим вкладом в развитие транспортной логистики являются труды таких ученых, как Д. Бауэрсокс, О. Бакаев [1, 2], В. Дикань [4], Р. Ларина [7], М. А. Окландер [8], Л. Фролова [11], М. Постан, А. Семененко, В. Сергеев, А. Смахов [10] и др.

Несмотря на наличие публикаций, отдельные вопросы теории и методологии логистического обеспечения транспортной системы не получили достаточного развития. На наш взгляд, актуальной остается проблема развития транспортных логистических систем путем создания припортовых логистических центров.

**Цель статьи.** Целью статьи является обоснование направлений развития функционирования транспортно-логистических систем Украины.

**Изложение основного материала.** Отечественный рынок логистических услуг морского транспорта находится на этапе развития. Среди основных проблем следует выделить ограничение возможностей обслуживания товаропотоков в портах и низкий уровень интеграции всей транспортной инфраструктуры. При этом уровень конкуренции достаточно высок.

Особенностью современного этапа развития предприятий, предоставляющих услуги по транспортировке (предприятий транспортного сервиса), является

их трансформация в «логистических провайдеров». Логистические провайдеры — это сервисные предприятия со специфическими функциями, которые предоставляют логистические услуги. В перечень основных услуг входят транспортировка, складирование, оформление документов, экспедирование (сопровождение груза) и выбор перевозчиков. К числу менее распространенных услуг относится возврат товара, его ремонт, маршрутизация перевозок, управление транспортным парком и запасами, консолидация грузов.

В современных публикациях авторы классифицируют логистических провайдеров по количеству логистических сторон (PL — party logistics) и уровню интеграции компаний в логистический процесс [5, 6]. В соответствии с такой концепцией в истории развития логистики можно выделить следующие этапы:

1. 1 PL — логистика одной стороны (она же «инсорсинг») — была характерна для периода 1970–1980 гг., когда компании решали все логистические задачи собственными силами с использованием только своих внутренних ресурсов;

2. 2 PL-провайдеры (1970–1980 гг.) — компании, которые предлагали своим клиентам простейший логистический аутсорсинг: транспортные услуги и складские операции [6]. Сегодня термины 1 PL и 2 PL практически не используются в мировой практике. Однако в Украине значительное число компаний осуществляет свою деятельность именно на таких условиях;

3. 3 PL — современная концепция покупки логистических услуг, когда клиенту предлагается комплексное обслуживание. 3PL является открытой системой предлагаемых сервисов для решения сложных задач управления поставками и грузопотоками клиентов. Кроме задач управления перевозками, складирования и обработки грузов, 3 PL берет на себя задачу обработки заказов и возврата груза (в случае необходимости), помогает отправителю в создании электронной логистической системы и консультирует его по вопросам оптимизации процессов [5].

Такого уровня провайдеры появились на мировом рынке в начале 90-х годов. Однако на сегодняшний день в Украине их число относительно невелико [6]. Например, в Европе данный вид провайдинга сегодня составляет около 37 % общего объема рынка логистических посредников, а в Украине — только 8 % [9]. 3 PL-провайдерами считаются компании, которые предоставляют полный комплекс услуг, включающий транспортное экспедирование, погрузку/выгрузку, складские услуги, подбор ассортимента, управление грузопотоками, маркетинговые и финансовые услуги. Также важными характеристиками 3 PL-провайдеров являются наличие отраслевой специфики, собственной агентской сети, совмещение собственных и привлеченных активов;

4. Провайдинг 4 PL осуществляется на базе информационных и управленческих технологий. Концепция 4 PL основана на управлении всеми логистическими процессами компании-клиента с учетом его стратегических целей. Это интеграция всех включенных в цепочку доставки компаний.

Логистическим провайдером четвертого уровня становится головное предприятие, которое специализируется на планировании и оптимизации логистических процессов всей цепочки создания стоимости (процесса производства).



Это предприятие характеризуется знаниями и умениями в области снабженческой, распределительной логистики, логистики вывоза отходов и коммуникационных технологий;

5. В последнее время появляется логистика пятой стороны 5 PL. Ее отличием от предыдущих ступеней является использование сети Интернет как общей виртуальной платформы для решения логистических задач [6].

По мнению специалистов, в Украине на сегодняшний день нет предприятий, которые могли бы быть отнесены к 4 PL и 5 PL [5, 6]. Для этого отечественным компаниям, которые работают в сфере организации перевозок, экспедирования, агентирования и других видов транспортного сервиса и логистического обеспечения, необходимо «планировать и оптимизировать логистические процессы с помощью информационных систем» [6, с. 50].

Однако такие тенденции развития от 3 PL до 4- и 5 PL вызывают много скептических отзывов. Если под PL понимать непосредственно сторону логистики, то 4-, 5-, 6- и следующие уровни PL просто не могут существовать, так как для предприятия-клиента при концепции аутсорсинга 3 PL транспортно-логистическая компания всегда будет третьей привлекаемой стороной [6].

Рассмотренная тенденция способствует процессу транспортной интеграции, важным элементом которой является использование эффективных логистических систем. Создание логистической системы на основе логистических центров в транспортных узлах (морских портах), которые взаимодействуют с аналогичными структурами смежных видов транспорта, следует рассматривать как важную задачу развития морского транспорта Украины. Создание, развитие и дальнейшее эффективное функционирование таких логистических центров в отечественных портах невозможно без качественного улучшения услуг предприятий транспортного сервиса и их трансформации в полноценных логистических провайдеров.

В условиях ужесточения конкурентной борьбы на рынке логистических услуг конкурентное преимущество получают компании, предоставляющие наиболее высокий уровень логистических услуг. Соблюдать современные требования к уровню качества транспортных услуг можно при внедрении развивающихся методов транспортной логистики.

Логистические технологии, реализованные транспортно-экспедиторскими предприятиями и логистическими операторами морской отрасли, обеспечивают взаимодействие промышленного, торгового и транспортного секторов экономики и способствуют развитию потенциала морских торговых портов.

Транспортно-логистическая система морских торговых портов (МТП) является сложной, организационно-структурированной системой, состоящей из взаимосвязанных материальных и иных потоков, объединенных стратегическими и тактическими целями организации бизнеса, дееспособность и развитие которой определяется меняющейся внешней и внутренней средой.

Особенности звеньев транспортно-логистической системы МТП проявляются в сочетании внутренней и внешней транспортно-логистических систем. Внешние транспортно-логистические системы решают задачи, связанные с управ-

лением и оптимизацией материальных и сопутствующих потоков от источников поставок до пунктов назначения. Внутренние транспортно-логистические системы могут быть представлены собственными (транспортными, производственными, складскими, грузоперерабатывающими и т. д.) подразделениями предприятия и привлеченными структурами (логистические посредники).

Эффективность транспортно-логистической системы определяется сложностью работы основных ее элементов. Это требует не только осуществления взаимодействия указанных звеньев, но и внедрения системы ответственности работников функциональных подразделений МТП.

Для развития современной отечественной транспортно-логистической системы с последующим развитием логистического сервиса необходимы ее интеграция в международную транспортную систему, гармонизация нормативно-правового обеспечения деятельности экспедиторов, складских операторов, логистических провайдеров с международным правом.

Потенциал украинских портов при интеграции в общую региональную логистическую сеть состоит, прежде всего, в переходе от пункта по перевалке грузов к специализированной деятельности на уровне логистического узла.

Для определения оптимальных функций узла в системе черноморской логистической портовой сети в каждом порту необходимо введение целевой специализации, соответствующей общей стратегии развития портового комплекса.

Украина имеет значительный потенциал для создания транспортных узлов перевалки. Одесса является одним из перспективных мест для размещения такого портового центра. Технические возможности ОМТП позволяют перегружать более 21 млн т сухих и 25 млн т наливных грузов в год. Контейнерные терминалы рассчитаны на перегрузку более 900 тыс. TEU в год.

Учитывая реальные и прогнозные технико-экономические показатели деятельности ОМТП, можно выделить следующие приоритетные направления развития порта: диверсификация деятельности, развитие распределительной деятельности, составной частью которой должна быть информационная инфраструктура, создание на ближайшей к порту территории предприятий и организаций, оказывающих различные виды услуг грузовладельцам и владельцам транспортных средств.

Основной проблемой в контексте обеспечения осуществления эффективной логистической деятельности является привлечение инвестиций. Отсутствие гарантий со стороны государства и несовершенство законодательства обуславливает то, что отечественные и иностранные инвесторы не рассматривают украинскую транспортно-логистическую систему как реальный объект для осуществления вложений.

Также кардинальных изменений требуют терминальные технологии и техническая база, используемые при обслуживании современных транспортных потоков, а также система комплексного контроля над перевозками. Такой контроль должен быть основан на широком использовании современных электронных, коммуникационных, информационных технологий. Для создания безопасных и надежных транспортных потоков необходимо наличие у отечественных

контролирующих служб полной и достоверной информации о движении грузов в режиме «он-лайн», возможных изменениях, событиях на трассе, которые могут повлиять на движение на запланированных маршрутах или привести к срыву жестких и напряженных маршрутных графиков.

Для совершенствования нормативно-правовой базы по вопросам логистики необходимо решить следующие вопросы:

1. Создать благоприятные условия для «траншпишмента», т. е. перегрузки контейнеров с океанских контейнеровозов на фидерные (и в обратном направлении) через контейнерные терминалы без вывоза сухопутным транспортом за пределы пункта пропуска порта. Учитывая стратегическую важность вопроса для всей отечественной транспортной системы в условиях обострения конкуренции на международном рынке транспортных услуг, необходимо внести соответствующие изменения в Таможенный кодекс Украины и в Закон Украины «О транзите грузов».

2. Предоставить портам право получать от таможи, в зоне действия которой они расположены, те же данные, которые предусмотрено передавать агенту относительно определенных форм и объемов контроля контейнерных грузов (подпункт 5.5 «Порядка представления таможенным органам предварительной информации о товарах, принятых к перевозке в контейнерах в порт назначения на таможенной территории Украины», введенного приказом Гостаможслужбы от 31.10.2007 р. № 842). Контейнерный порт выгрузки сможет получать от таможи информацию, на основе которой будет более рационально планировать размещение контейнеров и транспортных средств на территории пункта пропуска.

3. Создать нормативную базу относительно применения единого (сквозного) транспортного документа. Это позволит упростить таможенные процедуры на пути следования грузов, пересечения государственных границ, обеспечит экономию средств грузовладельцев, существенно сократит сроки доставки грузов, позволит создать единое информационное пространство для транспортных предприятий, пользователей их услуг, контрольных учреждений. Например, сегодня отсутствует нормативная база для перевозок грузов, в частности контейнеров, по «сквозным коносаментам».

4. Ускорить введение в действие дополнений к Постановлению КМУ от 24.12.2003 г. № 1989 «Вопросы пропуска через государственную границу автомобильных, водных, железнодорожных и воздушных транспортных средств перевозчиков и товаров, перемещаемых ими», которые создадут нормативную базу для работы контейнерных портов с привлечением в технологический процесс «сухих портов».

Решение этих вопросов позволит обойти существующие проблемы накопления автотранспортных средств в припортовой зоне, а также позволит повысить оборачиваемость складских контейнерных площадей на территориях портов и, соответственно, повысить пропускную способность контейнерной инфраструктуры.

**Выводы.** Совершенствование сервисного обслуживания в портах является неотъемлемым условием привлечения дополнительных грузопотоков с целью

увеличения пропускной способности и эффективности транспортных артерий по оси Черное море — Европа. Черноморским портам Украины необходимо усилить маркетинговую работу и привлечь перспективных деловых партнеров, предлагая им высококачественные портовые услуги, эффективное управление портами и доступ к наземным коридорам.

Применение европейской сетевой модели формирования логистических центров (с учетом местных условий) даст возможность использовать весь потенциал черноморских портов Украины.

Данный вопрос может быть решен при условии реализации стратегии развития портов Украины, направленной на перспективное сетевое функционирование портового комплекса страны. Предлагая современное портовое и логистическое обслуживание, порты Украины (как единый модуль) могут быть эффективно интегрированы в региональную систему логистических центров.

Комплекс украинских портов как логистических центров будет для региональной логистической сети модулем, который обеспечит эффективный выход на континентальные транспортные маршруты, обеспечит оптимизацию транспортных расходов, минимизацию сроков транспортировки, а также станет важным узлом для транспортных систем. Данная модель развития привлечет новые грузопотоки, увеличит эффективность системы поставок и будет способствовать дальнейшему экономическому росту в регионе Черного моря.

### Література

1. Бакаев О. О. Теоретичні засади логістики: підр. для студ. екон. і транспорт. спец. / О. О. Бакаев, О. П. Кулах, Л. А. Пономаренко. — К.: Фенікс, 2003. — Т.1. — 429 с.
2. Бауерсокс Дональд Дж., Клосс Дейвид Дж. Логистика: интегрированная цепь поставок / Дональд Дж. Бауерсокс, Дейвид Дж. Клосс. — М.: ЗАО «Олимп-бизнес», 2001. — 639 с.
3. Беспалов Р. С. Транспортная логистика: новейшие технологии построения эффективной системы доставки / Р. С. Беспалов. — М.; СПб.: Вершина, 2008. — 382 с.
4. Дикань В. Л. Актуальность улучшения системы комбинированных перевозок в международной транспортной сети / В. Л. Дикань // Вісник економіки транспорту і промисловості: Зб. наук. праць. — Харків: УкрДАЗТ. — 2006. — № 13. — С. 13–20.
5. Измалкова Я. Роль экспедитора в логистической цепи поставок / Я. Измалкова // Транспорт і логістика. — 2006. — № 8. — С. 40–43.
6. Кудина Л. В чем различия между 1, 2, 3, 4, и 5PL-провайдерами / Л. Кудина // Транспорт і логістика. — 2007. — № 10 (25). — С. 49–50.
7. Ларіна Р. Р. Формування та забезпечення надійності регіональних логістичних систем: монографія / Р. Р. Ларіна. — Донецьк: «Норд-Пресс», 2005. — 284 с.
8. Окландер М. А. Логістична система підприємства: монографія / М. А. Окландер. — Одеса: Астропринт, 2004. — 312 с.
9. Ревуцкая Т. В. Особенности логистики транспортных услуг / Т. В. Ревуцкая // Транспорт і логістика. — 2007. — № 6 (20). — С. 30–33.
10. Смехов А. А. Основы транспортной логистики: Учеб. для вузов ж-д транспорта / А. А. Смехов. — М.: Транспорт, 1995. — 197 с.
11. Фролова Л. В. Логістичне управління підприємством: теоретико-методологічні аспекти: монографія / Л. В. Фролова. — Донецьк: ДонДУЕТ ім. М. Туган-Барановського, 2004. — 161 с.

**Аннотация**

*Суворова О. Л., Хайминова Ю. В., Котлубай В. А., Романенко Е. М.* Развитие функционирования транспортно-логистических систем Украины. — Статья.

В статье рассмотрены пути развития транспортно-логистических систем, относящихся к предприятиям морехозяйственного комплекса Украины. Определены основные направления совершенствования нормативно-правовой базы по вопросам логистики.

**Ключевые слова:** логистические процессы, логистические услуги, транспортно-логистическая система, припортовые логистические центры.

**Анотація**

*Суворова О. Л., Хаймінова Ю. В., Котлубай В. О., Романенко Е. М.* Розвиток функціонування транспортно-логістичних систем України. — Стаття.

У статті розглянуто шляхи підвищення ефективності функціонування транспортно-логістичних систем, що відносяться до підприємств морегосподарського комплексу України. Визначені основні напрями удосконалення нормативно-правової бази з питань логістики.

**Ключові слова:** логістичні процеси, логістичні послуги, транспортно-логістична система, припортові логістичні центри.

**Abstract**

*Suvorova O. L., Khaiminova U. V., Kotlubay V. A., Romanenko E. M.* Development of functioning of the transport-logistic systems of Ukraine. — Article.

The article deals with the ways of improvement of the efficiency of transport and logistics related to the businesses of maritime economic complex of Ukraine. Main directions of improvement of normatively legal bases on questions logistic were determined.

**Keywords:** logistic processes, logistic services, transport and logistics system, logistics centers near ports.

УДК 346.7

*Ю. З. Драпайло*

**ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВИЙ СТАТУС МОРСЬКОГО ТЕРМІНАЛУ  
ЯК ТРАНСПОРТНОГО КОМПЛЕКСУ**

**Постановка проблеми.** Вирішення питань розвитку морегосподарського комплексу вимагає, передусім, чіткого визначення із основними об'єктами правового впливу у контексті реформи транспортної галузі та розвитку транзитних потужностей України. Одним із вагомих майнових одиниць відповідної сфери є транспортні термінали, у тому числі у морських портах, які забезпечують функціонування останніх. Разом із тим спостерігається відсутність комплексного дослідження щодо правового режиму морського терміналу в Україні.

Актуальність теми підвищується запланованою зміною у правовому регулюванні портового господарства в Україні, обумовленою прийняттям Верховною Радою Закону України «Про морські порти України».

**Наукові дослідження за темою.** Комплексного правового дослідження на обрану тему не існує. Окремі правові питання морських терміналів в перспективі

прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України відносно судноплавства» розглядалися Шамшуриною М., однак її стаття частково втратила свою актуальність, враховуючи, що вищевказаний закон прийнятий не був. Більш значну увагу транспортним терміналам (різновидом яких є морський термінал) приділяли вчені-економісти та вчені-логісти, серед яких можна відмітити, зокрема, В. Г. Кравченко, О. М. Гармаша, В. С. Лукінського, Л. Г. Зайончика, П. Р. Левковець та інших. Разом із тим цим дослідженням не вистачає правового аналізу, у межах якого можна запропонувати механізми стабільного забезпечення правопорядку у транспортній галузі.

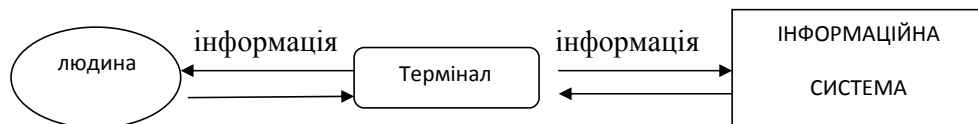
**Завданнями дослідження** є з'ясування поняття та правового статусу морського вантажного терміналу, зокрема, у світлі нового Закону «Про морські порти України».

#### **Викладення основного матеріалу.**

Термінал є багатоаспектним поняттям й розуміється в різних значеннях в залежності від сфери застосування.

У сферах, пов'язаних із застосуванням інформаційних технологій, термінал необхідно розуміти в якості пристрою(їв), який забезпечує зв'язок та взаємодію людини з певною інформаційною системою. Так, наприклад, в системах приймання платежів поняття «платіжний термінал» означає технічний засіб, що забезпечує прийом платежів в режимі самообслуговування (зв'язок людини з системою платежів). В мобільних мережах терміналом є мобільний телефон (зв'язок людини з системою мобільного зв'язку).

В комп'ютерних системах термінал може означати, наприклад, засоби вводу/виводу даних (монітор, клавіатура, миша тощо), завдяки яким забезпечується взаємодія користувача з комп'ютером [1, с. 26–28]. Графічно термінал інформаційного типу можна показати наступним чином:



Транспортні термінали, різновидом яких є і морські термінали, розуміються в дещо іншому значенні, пов'язаному із особливістю їх призначення та змісту, але, як буде показано далі, мають певні концептуальні риси, притаманні й терміналам у сфері інформаційних технологій.

Як зазначено в Вікіпедії (Wikipedia), в транспортних мережах терміналом є пункт посадки/висадки пасажирів, завантаження/вивантаження вантажів [2]. У цьому випадку транспортні термінали поділено на пасажирські та вантажні.

Морські вантажні термінали є різновидом транспортних терміналів, таким чином аналіз думок науковців та норм законодавства щодо вантажних транспортних терміналів взагалі дозволяє зрозуміти загальні риси таких терміналів, які притаманні й морським вантажним терміналам.

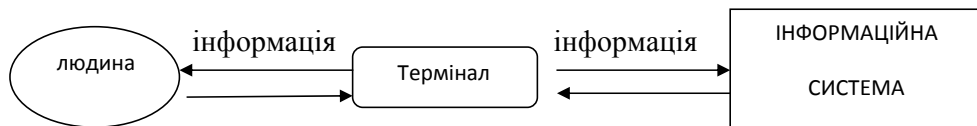
Поняття транспортних терміналів найбільш розроблено в логістичних та економічних науках. Так, в навчальному посібнику «Транспортировка в логис-

тике» термінали розуміються як спеціальні комплекси інженерно-технічних споруд, призначені для взаємодії різних видів транспорту і виконання таких операцій, як приймання, накопичення, завантаження, вивантаження, тимчасове зберігання, сортування вантажів, комплектація та розукрупнення поставчань [3, с. 34].

Як зазначає вчений-економіст В. Г. Кравченко, транспортний термінал є складним техніко-економічним об'єктом, де здійснюється взаємодія одного (автомобільного) або декількох видів транспорту, зміна транспортної одиниці для подальшого транспортування вантажу [4, с. 3]. На думку О. М. Гармаша, транспортний термінал — це «перш за все пункт консолідації та деконсолідації вантажопотоків, а також вантажопереробки» [5, с. 6].

З цих визначень випливає, що основним призначенням вантажного транспортного терміналу є виконання певних операцій з вантажами з метою забезпечення взаємодії, як правило, різних видів транспорту, в свою чергу, при функціонуванні морського транспортного терміналу одним із видів транспорту обов'язково є морський.

Графічно транспортний вантажний термінал можна позначити наступним чином:



Таким чином, транспортний вантажний термінал, як і термінал інформаційного типу, спрямований на забезпечення певної взаємодії, однак якщо термінал інформаційного типу забезпечує взаємодію людини та інформаційної системи, то транспортний вантажний термінал забезпечує взаємодію різних видів транспорту щодо перевезення вантажів.

Переходячи до аналізу положень законодавства, треба відмітити, що визначення транспортного терміналу на рівні закону тривалий час було відсутнє, проте термін «термінал» інколи застосовувався. Так, відповідно до ст. 5 Закону України «Про природні монополії» регулюється діяльність суб'єктів природних монополій, зокрема, у сфері спеціалізованих послуг транспортних терміналів, портів, аеропортів за переліком, який визначається Кабінетом Міністрів. Відповідно до статті 8 Закону «Про транспортно-експедиторську діяльність», яка визначає види транспортно-експедиторських послуг, експедитори за дорученням клієнтів, зокрема, фрахтують національні, іноземні судна та залучають інші транспортні засоби і забезпечують їх подачу в порти, на залізничні станції, склади, термінали або інші об'єкти для своєчасного відправлення вантажів; ведуть облік надходження та відправлення вантажів з портів, залізничних станцій, складів, терміналів або інших об'єктів. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про нафту та газ», у якій визначаються терміни, застосовувані в законі, відправниками є фізичні або юридичні особи усіх форм власності, які забезпечують доставку на приймальні термінали підприємств магістрального

трубопровідного транспорту нафти, газу або продуктів їх переробки, відповідно до укладених угод.

Потребує уваги й Постанова Кабінету Міністрів України від 23 вересня 1993 року № 792 «Про створення потужностей для відвантаження цементу на експорт морським транспортом», де термінал розуміється як потужності для приймання, зберігання, переробки та відвантаження насипом цементу [6].

Визначення саме «морського терміналу» на національному рівні вперше було закріплено в Стратегії розвитку морських портів на період до 2015 року, яка затверджена Розпорядженням Кабінету Міністрів України № 1051-р від 16 липня 2008 року, де морський термінал визначається як виробничо-перевантажувальний комплекс, який розташований на території морського порту або за її межами, але на території, що прилягає до акваторії порту, і включає інженерні споруди, підйомно-транспортне та інше устаткування, необхідне для забезпечення безпечної стоянки, навантаження-розвантаження суден і обслуговування пасажирів.

Таким чином, негативним слід вважати відсутність на рівні закону визначення транспортного терміналу, зокрема й морського терміналу, оскільки зазначений термін може неодноково тлумачитися, й це може призводити, наприклад, до надання або ненадання податкових пільг суб'єктам, що здійснюють експлуатацію транспортного терміналу (на необхідність закріплення на рівні законодавчих актів визначення морського терміналу вказувала М. Шамшуріна, аналізуючи перспективи нововведень у законодавстві відносно морських терміналів [8, с. 68]).

Тож позитивним слід вбачати закріплення визначення морського терміналу у Законі «Про морські порти України». Відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 1 цього Закону морський термінал — це розташований у межах морського порту єдиний майновий комплекс, що включає технологічно пов'язані технічні засоби, у тому числі причали, підйомно-транспортне та інше устаткування, які забезпечують навантаження-розвантаження та зберігання вантажів, безпечну стоянку і обслуговування суден та пасажирів.

В цілому, це визначення морського терміналу вбачається логічним, однак не позбавлено деяких недоліків. Морський термінал визначається як єдиний майновий комплекс, водночас в Господарському кодексі (далі — ГК) переважно використовується термін «цілісний майновий комплекс», термін «єдиний (цілісний) майновий комплекс» використовується лише у ст. 146 ГК, що визначає загальні засади приватизації державних та комунальних підприємств, а також у ст. 191 ЦК щодо поняття підприємства. Поняття цілісності комплексу є досить важливим для розуміння змісту поняття морського терміналу, адже повнота та завершеність, що складають зміст поняття цілісності, виграють перед поняттям єдності як характеристики взаємопов'язаності складових комплексу, дозволяють чітко виокремити термінали з-поміж інших портових об'єктів. Має враховуватися також, що саме з цілісним майновим комплексом ГК пов'язує певні правові наслідки (див., наприклад, ч. 3 ст. 66, ч. 4 ст. 145, ч. 1 ст. 251, ч. 2 ст. 283 ГК України). Отже морський термінал повинен визна-



чатись як цілісний майновий комплекс, а не лише як «сукупність технологічних пов'язаних між собою об'єктів інфраструктури морського порту» (визначення морського терміналу, що застосовується в Законі РФ «Про морські порти в Російській Федерації»).

Видається зайвим включення до визначення морського терміналу у п. 7 ч. 1 ст. 1 Закону функції «забезпечення безпечної стоянки суден», оскільки, по-перше, у визначенні зазначається, що «морський термінал забезпечує обслуговування суден», а забезпечення безпечної стоянки суден можна розглядати як різновид послуги, по-друге, забезпечення безпечної стоянки не є основною функцією морського терміналу й питання забезпечення безпеки у порту повинні регулюватися в окремих положеннях закону, що й втілено у ст. 14 Закону.

Аналіз думок науковців, положень актів законодавства, зокрема, Закону «Про морські порти України» дозволяє зробити певні узагальнення щодо змісту поняття морського терміналу.

По-перше, морський термінал слід вважати об'єктом права, за допомогою якого надаються певні послуги, оскільки в законодавстві відсутнє будь-яке посилання на визначення морського терміналу як суб'єкта права — юридичної особи. Не слід при цьому плутати морські термінали (й інші транспортні термінали) як об'єкти права з юридичними особами, у назві яких є слово «термінал» (наприклад ТОВ «ТЕРМІНАЛ-ПРО», ПП «ТЕРМІНАЛ РІЧНЕ», ТОВ «ТЕРМІНАЛ ПІВДЕННО-БУЗЬКИЙ» тощо (за даними Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб підприємства [7])). Крім того, слід зазначити, що морський термінал є складним об'єктом, а саме цілісним майновим комплексом, що може включати в себе будівлі, устаткування, причали, земельні ділянки, які забезпечують функціонування транспортного терміналу.

По-друге, враховуючи відсутність обмежень щодо форм власності на морський термінал, цей об'єкт може належати відповідним суб'єктам на праві державної, комунальної та приватної власності.

Третім висновком є те, що морський вантажний термінал (як і інші транспортні вантажні термінали) спрямований на обслуговування вантажів, отже за допомогою терміналу надаються певні послуги, якими є, насамперед, завантаження, зберігання, обробка та перевантаження (перевалювання) вантажів. При цьому саме для морських транспортних терміналів основними послугами слід вважати завантаження вантажів з суден до терміналу, зберігання вантажів у терміналі, обробка вантажів (наприклад, стафірування та розстафірування контейнерів), перевантаження вантажів з терміналу на різні види транспорту (як на морський, так і на інші види транспорту). Надання послуг опосередковується відповідними, переважно господарськими, договорами.

Четвертим висновком є те, що морський вантажний термінал спрямований на забезпечення взаємодії морського транспорту (наприклад, у разі транзитних перевезень шляхом забезпечення переміщення вантажу з одного судна на інше з дотримання митних, санітарних та інших правил) або морського та інших видів транспорту.

Таким чином, морський вантажний термінал з юридичної точки зору можна визначити як цілісний майновий комплекс, що може знаходитися у державній, комунальній або приватній власності, основним призначенням якого є надання послуг з завантаження, зберігання, обробки та перевантаження вантажів з метою забезпечення взаємодії морського або морського та інших видів транспорту.

Треба відмітити, що за способом обробки та типом вантажів морські термінали можна класифікувати на контейнерні, зернові та нафтогазотермінали. Контейнерні термінали можуть обробляти вантажі різного типу шляхом стафірування — завантаження вантажів у контейнери — або розстафірування. Зернові термінали здатні приймати та зберігати зерно навалом (тобто за відсутності контейнерів). Нафтогазотермінали спрямовані на роботу саме з нафтою та газом. Зазначені види терміналів зазнають неоднакового впливу з боку актів законодавства (так, наприклад діють Закони України «Про зерно та ринок зерна України», «Про нафту і газ», деякі положення яких застосовуються і до діяльності відповідних терміналів), що обумовлює необхідність більш детального дослідження правового регулювання функціонування кожного з зазначених видів терміналів.

Враховуючи, що морський термінал є об'єктом права, повинен існувати суб'єкт, що має певні права відносно цього об'єкта. Для встановлення зазначеного суб'єкта треба звернутись до п. 10 ч. 1 ст. 1 Закону, у якому дається визначення портового оператора, який є суб'єктом господарювання, що здійснює експлуатацію морського терміналу, проводить вантажно-розвантажувальні роботи, обслуговування та зберігання вантажів, обслуговування суден і пасажирів, а також інші пов'язані з цим види господарської діяльності. Із зазначеного визначення треба зробити висновок, що портовий оператор є суб'єктом господарювання, що здійснює експлуатацію морського терміналу, в той же час портовими операторами можуть бути й інші суб'єкти господарювання, що проводять вантажно-розвантажувальні роботи, обслуговування та зберігання вантажів, обслуговування суден і пасажирів, а також інші пов'язані з цим види господарської діяльності.

Суб'єкта, що здійснює експлуатацію саме морського терміналу, доцільно називати оператором морського терміналу. Подібний термін використовує Закон РФ «Про морські порти в Російській Федерації», у якому оператором морського терміналу є транспортна організація, що здійснює експлуатацію морського терміналу. За законом «Про морські порти України» оператором морського терміналу може бути не лише господарська організація, а й фізична особа-підприємець: напевно, це є вираженням принципу свободи підприємницької діяльності, в той же час вбачається мало припустимим заснування оператора саме у такій організаційно-правовій формі, що пов'язано як з більшою престижністю заснування суб'єкта господарювання у формі юридичної особи (іноземні інвестори скоріш за все хотіли б мати справу з компанією з певною назвою, а не з індивідуальним підприємцем), так і з особливостями оподаткування і з іншими чинниками.

Первинне право, яке оператор морського терміналу може мати відносно морського терміналу, є право власності. Закон України «Про морські порти» виокремлює поняття «власник морського термінал», й під власником морського терміналу треба розуміти суб'єкта господарювання, що здійснює володіння, користування та розпорядження портовим терміналом на праві власності. Поняття «власник морського терміналу» не є тотожним поняттю «оператор морського терміналу», оскільки, по-перше, право власності не є єдиним правом, яке може існувати щодо морського терміналу, а по-друге, власник морського терміналу та оператор морського терміналу можуть не співпадати в одній особі (наприклад, у разі передання морського терміналу за договором оренди).

Тож, враховуючи, що оператор морського терміналу є особою, що здійснює його експлуатацію, окремого тлумачення вимагає поняття «експлуатація морського терміналу». Право здійснювати експлуатацію морського терміналу може мати речово-правову (наприклад, право власності, право господарського відання, право оперативного управління) або зобов'язально-правову природу (наприклад, право оренди). При цьому під самою експлуатацією слід розуміти безпосереднє та безперешкодне володіння та користування морським терміналом, яке базується на певному речовому або зобов'язальному праві.

Отже, оператора морського терміналу можна розуміти як суб'єкта господарювання, що здійснює безпосереднє та безперешкодне володіння та користування морським терміналом, яке базується на певному речовому або зобов'язальному праві.

#### **Висновки.**

Поняття «термінал» застосовується у різних сферах й абстрактно може розумітися як об'єкт, що забезпечує певну взаємодію інших об'єктів або процесів. Транспортні термінали можуть бути вантажними або пасажирськими.

З правової точки зору, морський вантажний термінал можна визначити як цілісний майновий комплекс, що може знаходитися у державній, комунальній або приватній власності, основним призначенням якого є надання послуг з завантаження, зберігання, обробки та перевантаження вантажів з метою забезпечення взаємодії морського або морського та інших видів транспорту.

За типом обробки та типом вантажів морські термінали можна класифікувати на контейнерні, зернові та нафтогазові, кожен з яких зазнає особливого правового регулювання.

Для позначення суб'єкта господарювання, що здійснює експлуатацію морського терміналу, доречно використовувати термін «оператор морського терміналу», якого можна розуміти як суб'єкта господарювання, що здійснює безпосереднє та безперешкодне володіння та користування морським терміналом, яке базується на певному речовому або зобов'язальному праві.

### Література

1. Олифер В. Г., Олифер Н. А. Компьютерные сети. Принципы, технологии, протоколы: Учебник для вузов. 4-е изд. — СПб.: Питер, 2010. — 944 с.
2. Википедия — свободная энциклопедия // [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://ru.wikipedia.org>
3. Транспортировка в логистике: Учеб. пособие / В. С. Лукинский, В. В. Лукинский, И. А. Пластунок, Н. Г. Плетнева. — Спб.: СПбГИЭУ, 2005. — 139 с.
4. Організаційно-економічне забезпечення стратегії розвитку транспортного термінала: Автореф. дис... канд. екон. наук / В. Г. Кравченко; Нац. транспорт. ун-т. — К., 2006. — 20 с.
5. Механізм формування міжнародного транспортно-логістичного центру: автореф. дис. ... канд. екон. наук: 08.00.04 [Електронний ресурс] / О. М. Гармаш; Нац. авіац. ун-т. — К., 2009. — 20 с. — укр.
6. Про створення потужностей для відвантаження цементу на експорт морським транспортом: Постанова Кабінету Міністрів України від 23 вересня 1993 р. № 792 // [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/792-93-p>
7. Державне підприємство «Інформаційно-ресурсний центр». Офіційний веб-сайт. // [Електронний ресурс]. Режим доступу: [irc.gov.ua](http://irc.gov.ua)
8. Шамшурина М. Правовые основы развития морских терминалов. // Порты Украины. 2009. № 6. — С. 68–69.

### Анотація

**Драпайло Ю. З.** Поняття та правовий статус морського терміналу як різновиду транспортно-го терміналу. — Стаття.

У статті розглядається поняття і правовий статус морського терміналу як різновиду транспортного терміналу, при цьому робиться акцент на аналізі морського вантажного терміналу. Морський вантажний термінал аналізується з точки зору об'єкта права, виокремлюються його специфічні ознаки. Окрема увага приділена суб'єктам господарювання, які здійснюють експлуатацію морського терміналу.

**Ключові слова:** транспортний термінал, морський термінал, оператор морського терміналу, морський порт, суб'єкт господарського права.

### Аннотация

**Драпайло Ю. З.** Понятие и правовой статус морского терминала как разновидности транспортного терминала. — Статья.

В статье рассматривается понятие и правовой статус морского терминала как разновидности транспортного терминала, при этом делается акцент на анализе морского грузового терминала. Морской грузовой терминал анализируется с точки зрения объекта права, выделяются его специфические признаки. Отдельное внимание уделено субъектам хозяйствования, которые осуществляют эксплуатацию морского терминала.

**Ключевые слова:** транспортный терминал, морской терминал, оператор морского терминала, морской порт, субъект хозяйственного права.

### Summary

**Drapaylo Y. Z.** Notion and legal status of marine terminal as variety of transport terminal — Article.

Notion and legal status of marine terminal as variety of transport terminal are examined in the article and author made an accent of analysis of marine shipping terminal. Marine shipping terminal is analysed from the point of view as the object of law; its specific features are considered. Certain attention was spared to subjects of economic activity, which operate a marine terminal.

**Keywords:** transport terminal, marine terminal, operator of marine terminal, seaport, subject of economic activity.

## ГОСПОДАРСЬКО-ЕКОНОМІЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ ВІЙСЬКОВИХ ЧАСТИН ЗБРОЙНИХ СИЛ УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНИЙ ПОГЛЯД НА ПРОБЛЕМАТИКУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

**Постановка проблеми.** У відповідності до частини 2 статті 17 Конституції України оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності та недоторканності покладається на Збройні Сили України [1]. Основою структурної побудови даного військового формування є військові частини, їх з'єднання та об'єднання [2], які, виконуючи вищевказані конституційні функції, становляться суб'єктами не тільки адміністративних, але й інших, в тому числі господарських правовідносин. Останні, в свою чергу, являються основою економічної роботи, яку, з урахуванням специфіки військової діяльності, зобов'язані проводити посадові особи військових частин, закладів, установ, інших органів управління Збройних Сил України.

Маємо зазначити, що окремі російські автори розглядають економічну діяльність військових організацій як військово-господарську діяльність, що охоплює виробництво, розподіл, обмін та споживання (використання) зброї та інших предметів військового призначення, матеріально забезпечуючи функціонування збройних сил, підтримання обороноздатності держави у відповідності до її воєнної доктрини [3, 476]. Однак дане розуміння визначає тільки внутрішню складову такої діяльності військових структур, пов'язаної з організацією та веденням військового господарства, централізованим забезпеченням військових частин державою матеріальними засобами, обліком, збереженням, контролем наявності військового майна.

Водночас військові частини можуть вступати у правові відносини зі сторонніми (невійськовими) господарюючими суб'єктами з приводу матеріального, продовольчого, технічного та іншого забезпечення, яке неможливо здійснити централізованим постачанням.

В окремих же випадках військові частини вступають у господарські правовідносини, маючи на меті отримання прибутку для отримання додаткових джерел наповнення спеціального фонду Державного бюджету для їх подальшого використання на потреби оборони. Такий вид військово-господарської діяльності передбачає, наприклад, здавання в оренду рухомого та нерухомого військового майна і, навіть, виконання самими військовими частинами певних робіт і надання платних послуг стороннім організаціям або ж фізичним особам — суб'єктам господарювання. У подібних випадках військові частини виступають як самостійні суб'єкти господарювання, демонструючи вже зовнішню складову своєї господарської діяльності.

Викладене свідчить про наявність відповідних господарських правовідносин у Збройних Силах України, їх визначення на рівні національного законодавства, при відсутності подібного законодавчого регулювання в Російській армії.

Але ж мусимо констатувати, що науковому дослідженню економічної складової оборонної діяльності держави більш значна увага, навпаки, приділяється російською правовою наукою.

Актуальність та необхідність здійснення досліджувальної роботи у напрямку господарсько-економічної діяльності військових частин Збройних Сил України обумовлена, перш за все, значимістю даного виду діяльності у Збройних Силах України для забезпечення інтересів держави в оборонній сфері. Розгляд ефективного ведення військовими частинами військового господарства, управління державним майном, здійснення ними господарської діяльності як однієї з матеріальних основ забезпечення військової безпеки нашої держави, передбачає необхідність за допомогою чіткого механізму правового регулювання забезпечити максимальну економічну віддачу від такої діяльності.

По-друге, сучасний стан правового регулювання господарсько-економічної діяльності військових частин Збройних Сил України характеризується слабким розвиненням та негнучкістю правових засобів. Фактично господарська діяльність військових частин, ведення військового господарства забезпечується завдяки використанню організаційних ресурсів, а не завдяки механізму правового регулювання різноманітних аспектів такої діяльності. Правове регулювання багатьох з цих аспектів є фрагментарним, існують чисельні прогалини та невваженості.

По-третє, стан законодавчого регулювання у сфері військово-господарської діяльності давно потребує удосконалення. Необхідно зазначити, що певним досягненням у законодавчому регулюванні господарської діяльності у Збройних Силах України, використання військового майна стало прийняття 21 вересня 1999 року Законів України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» та «Про правовий режим майна Збройних Сил України», а також Закону України від 27 листопада 2003 року «Про використання земель оборони». Однак належного подальшого якісного законодавчого розвинення дана сфера регулювання не отримала. Зокрема, на сьогоднішній день залишаються незбалансованими адміністративні механізми, які відображають потреби держави в належній боєготовності та боєздатності власних збройних сил при провадженні діяльності по одержанню додаткових джерел для матеріального забезпечення їх повсякденного життя, та господарською самостійністю військових частин — суб'єктів господарювання, яка б дозволила їм ефективно здійснювати таку діяльність.

Крім того, належить відзначити, що чинне законодавство не встановлює правову основу реальної державної підтримки (протекціонізму) в області здійснення господарської діяльності військовими частинами, що також, в свою чергу, обумовлює необхідність здійснення наукових розробок з пропозиціями щодо подальшого розвитку та удосконалення законодавства у вказаній сфері діяльності.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** Стан наукової розробленості питань правового регулювання господарсько-економічної діяльності військових частин Збройних Сил України також характеризується відсутністю необхідно-

го та достатнього рівня супроводу державної політики у цій сфері інтересів. Неналежа увага правової науки до цілого пласту правових проблем, пов'язаних з господарською діяльністю Збройних Сил (виконання робіт, надання послуг, оренда військового майна, використання земель оборони та ін.), відсутність ґрунтовних загальнотеоретичних розробок, аналізу практичних аспектів не дозволяє вирішувати конкретні завдання правового регулювання даної діяльності, її розвитку та удосконалення.

Зокрема, необхідно констатувати явно недостатній рівень дослідження господарсько-правового статусу військових частин як некомерційних організацій. Участь військових частин у господарських відносинах на сьогоднішній день, з одного боку, хоча і законодавчо дозволена державою, однак, з іншого боку, пронизана духом специфічності та цільової обмеженості. Дана проблема посилюється певною застарілістю, а одтак — неузгодженістю та суперечливістю нормативно-правового регулювання економіко-господарської діяльності військових частин, що невідворотно викликає труднощі у практичній реалізації положень діючого законодавства з цього питання.

Необхідно зазначити, що дослідження проблематики вищенаведеного предметного поля не набуло бажаної ґрунтовності. При цьому в свій час окремі аспекти правового регулювання господарської діяльності у Збройних Силах України розглядались у працях П. Богуцького, С. Іванова, В. Кіселя, В. Кириленка, П. Кондика, О. Кунця, А. Кучера, В. Овсянника, Ю. Поніматченка, В. Шульгіна та деяких інших авторів.

Серед російських дослідників правових питань, в основному пов'язаних з правовим режимом майна військових організацій, порядком ведення військового господарства, належить відзначити А. Землина, В. Кудашкина, Ю. Мигачева, А. Овчарова, С. Терешковича, С. Тихомирова та ін.

**Мета статті.** Дана стаття має за мету, по-перше, привернути увагу фахівців (науковців, представників державних органів, інших зацікавлених осіб) до недосконалого стану правового регулювання та наукової розробленості широкого спектру питань у сфері господарсько-економічної діяльності військових частин Збройних Сил України та сприяти активізації та удосконаленню їх роботи у відповідних напрямках; по-друге, у загальних рисах дослідити питання щодо змісту та специфіки провадження господарсько-економічної діяльності у Збройних Силах України; по-третє, сприяти продовженню аналізу правового регулювання, в тому числі шляхом систематизації правових норм, порядку ведення військового господарства, здійснення господарської діяльності (як в мирний, так і у воєнний часи) військовими організаціями Збройних Сил України, розробці науково обґрунтованих пропозицій по удосконаленню національного законодавства в цій області.

**Основні результати дослідження.** З огляду на чисельні і подекуди неоднозначні розуміння змісту економічної роботи, що провадиться у сфері оборони, слушно надати їй наступне узагальнене визначення. Економічна робота у Збройних Силах України являє собою сукупність організаційних, фінансових, правовиховних та інших заходів, що провадяться командуванням та іншим

особовим складом військових частин по забезпеченню економного і доцільного використання бюджетних коштів, що виділяються на підтримання бойової готовності військ, а також по відшукуванню та мобілізації позабюджетних джерел фінансування оборонних витрат.

Організаційні заходи проводяться як органами державного та військового управління Збройними Силами України (встановлення правових норм, які забезпечують здійснення економічної роботи у збройних силах), так і безпосередньо у військах (аналіз можливих джерел економії, реалізація запланованих заходів з утримання військового господарства, здійснення господарської діяльності, пов'язаної з веденням підсобного господарства, виробництвом продукції, виконанням робіт і наданням послуг, передачею в оренду рухомого та нерухомого військового майна тощо).

Фінансові (фінансово-економічні) заходи, зокрема, покликані забезпечувати прийняття оптимальних рішень, пов'язаних з витрачанням матеріальних та грошових коштів, а також реалізувати принцип матеріальної зацікавленості в стимулюванні економічної роботи посадових осіб військової частини.

Правовиховна робота здійснюється командуванням, посадовими особами штабу та служб військової частини, що відають військовим господарством, за участю юридичних фахівців по озброєнню військовослужбовців та працівників військової частини необхідними знаннями з питань правильної організації військового господарства, виховання у них навиків та звичок правомірної поведінки, нетерпимості до правопорушень, пов'язаних, зокрема, із завданням шкоди військовому майну, вжиття належних заходів щодо притягнення винних до відповідальності. Ця робота передбачає також провадження систематичного контролю наявності та використання матеріальних засобів та коштів, організацію та здійснення своєчасної та ефективної претензійної (претензійно-позовної, рекламацийної) роботи у підпорядкованих службах, тощо.

Кожній службі матеріального і технічного забезпечення військ притаманні характерні напрямки економічної роботи.

Економічна робота у військах організується у відповідності до Положення про військове (корабельне) господарство Збройних Сил України, затвердженого наказом Міністра оборони України від 16 липня 1997 року № 300 [4], а також нещодавно затвердженого наказом Міністра оборони України № 625 від 28 жовтня 2006 року Положення про фінансове господарство військової частини Збройних Сил України [5]. Відповідальність за організацію економічної роботи покладається на командира військової частини, який визначає основні її напрямки, проводить організаційні заходи. На заступника командира по логістиці, як основного організатора військового господарства, покладена розробка та проведення загальних заходів з економічно-господарської діяльності. На помічника командира військової частини з фінансово-економічної роботи покладається аналіз результатів фінансово-економічної діяльності частини, розробка і передача командиру пропозицій по підвищенню ефективності економічної роботи при веденні військового господарства, попередженню непродуктивних витрат, організація та проведення інших заходів, спрямованих на забезпечення



ощадливого витрачання бюджетних коштів. Він, разом з юрисконсультом військової частини, розглядає проекти господарських договорів та угод, що укладаються військовою частиною, та візує їх, контролює фінансово-господарську діяльність підсобних господарств, гуртожитків, їдалень, інших побутових підрозділів, перевіряє повноту, своєчасність оприбуткування по книгах обліку, законність витрачання і списання отриманих або закуплених військовою частиною матеріальних засобів тощо.

Важливим елементом організації економічної роботи виступають облік та звітність за її результатами. Облік результатів ведеться у всіх структурних підрозділах військових частин і органів військового управління. Підсумки економічної роботи, що підтверджені розрахунками, довідками та іншими належними документами, періодично надаються у формі доповіді чи аналізу командуванню військової частини.

До нещодавніх пір поняття економічної роботи у військах пов'язувалось лише із заходами, що провадились у відповідності до Положення про військове (корабельне) господарство Збройних Сил України. В умовах жорсткої економії, кризи в країні зміст цього поняття зазнав істотних змін, оскільки його вимоги стали розповсюджуватися на всі галузі діяльності та на всі рівні органів виконавчої влади.

Якщо в умовах повного фінансування потреб збройних сил країни в основі режиму економії знаходилось економне витрачання державних коштів, то в умовах недостатнього бюджетного фінансування потреб армії пріоритетними стали заходи, пов'язані з мобілізацією позабюджетних джерел фінансування для підтримання на належному рівні бойової та мобілізаційної готовності військ (сил), забезпечення соціально-побутових потреб особового складу військових частин, в тому числі й тих, що звільняються з військової служби. До таких заходів, зокрема, відносяться: здавання в оренду житлових та нежитлових приміщень, техніки, майна (за винятком озброєння, боеприпасів, бойової та спеціальної техніки), реалізація (продаж) або обмін на житло для військовослужбовців та членів їх сімей вивільнених матеріальних засобів, наприклад таких як військові містечка, надання послуг платним споживачам тощо.

Вперше про це було наголошено у Концепції економічної та господарської діяльності Збройних Сил України в сучасних умовах [6], в якій оголошувалось про можливість держави забезпечити оборонні потреби країни з державного бюджету лише на 36 відсотків і неможливість виконання завдань оборони, Державної програми будівництва та розвитку Збройних Сил України без залучення додаткових коштів, які планувалось залучити шляхом значного розширення на правових засадах господарської діяльності армії.

У зв'язку зі складеними об'єктивними обставинами, а в подальшому — на підставі сформованої нормативно-правової бази (у вересні 1999 року були прийняті Закони України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України», «Про правовий режим майна у Збройних Силах України»), на передній план виходить поняття господарської діяльності військових частин, установ та

інших військових організацій як суб'єктів господарсько-економічних відносин у державі.

Господарська діяльність у Збройних Силах України — це специфічна діяльність військових частин, закладів, установ та організацій Збройних Сил України, пов'язана із забезпеченням їх повсякденної життєдіяльності і яка передбачає ведення підсобного господарства, виробництво продукції, виконання робіт і надання послуг, передачу в оренду рухомого та нерухомого військового майна (за винятком озброєння, боєприпасів, бойової та спеціальної техніки) в межах і порядку, визначених Законом України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України», іншими нормативно-правовими актами центральних органів державної влади [7].

Господарська діяльність у Збройних Силах України здійснюється з метою одержання додаткових джерел фінансування життєдіяльності військ (сил) для підтримання на належному рівні їх бойової та мобілізаційної готовності.

Суб'єктами господарської діяльності у Збройних Силах України є військові частини, заклади, установи та організації Збройних Сил України, які утримуються за рахунок коштів Державного бюджету України, ведуть відокремлене господарство, мають кошторис надходжень та видатків, рахунки в установах банків, печатку із зображенням Державного Герба України і своїм найменуванням.

Таким чином, військові частини отримали можливість вступати у господарсько-економічні відносини з іншими господарюючими суб'єктами, які здійснюють як комерційну, так і некомерційну діяльність, на ринку товарів, робіт та послуг, що склався в країні на сучасному етапі її життя.

Більш того, маємо відзначити, що по своїй суті така господарська діяльність військових частин носить характер виробничо-господарської чи, навіть, підприємницької діяльності, оскільки спрямована на отримання прибутку від користування майном та іншими активами, виробництво та реалізацію товарів, виконання робіт та/або надання послуг. Незадекларована систематичність та, навпаки, задекларована певна законодавча обмеженість такої діяльності Збройних Сил, на наш погляд, не дуже применшує її підприємницький характер.

При цьому існуючі обмеження господарської діяльності військових частин, засобів і можливостей для вступу в господарсько-економічні відносини, створюють суттєві правові проблеми. Ці обмеження пов'язані, перш за все, з правовим режимом військового майна, яке хоча й закріплено за військовими частинами на праві оперативного управління, але ж фактично право управління ним має тільки Міністерство оборони України, а в окремих випадках — Кабінет Міністрів України, а також зі встановленими тотальними обмеженнями (заборами) по залученню особового складу до виконання робіт, не пов'язаних безпосередньо з виконанням завдань військової служби, спрямованих виключно на укріплення обороноздатності держави, підвищення рівня бойової готовності військ. Зокрема, у вказаному Законі (частина 2 статті 1) визначено, що «Господарська діяльність у Збройних Силах України не повинна негативно позначатися на їх боєготовності та боєздатності. Не допускається залучення військо-

вослужбовців до виробництва продукції, виконання робіт і надання послуг, не передбачених цим Законом» [7].

До того ж частина 1 статті 8 Закону України встановлює, що «використання військовослужбовців для виконання завдань, не пов'язаних з військовою службою, забороняється та тягне за собою відповідальність згідно із законом. Військовослужбовці можуть залучатися до участі у ліквідації наслідків аварій, катастроф, стихійного лиха та в інших окремих випадках лише за рішенням Верховної Ради України» [8].

Крім того, у відповідності до Закону України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України», кошти, одержані від здійснення військовими частинами господарської діяльності, зараховуються до Державного бюджету України та використовуються виключно на національну оборону відповідно до кошторису Міністерства оборони України. При цьому не встановлено жодних правових гарантій, що позабюджетні кошти (принаймні певна їх частка), отримані (зароблені) під час здійснення господарської діяльності військової частини, будуть розподілені доволічим органом — Міністерством оборони України саме цій військовій частині для забезпечення своїх повсякденних потреб, на рішення яких кошти з бюджету не виділяються. Але ж командир цієї військової частини несе повну відповідальність за виконання усіх заходів, що мають провадитись у ввіреній військовій частині, в тому числі й спрямованих на забезпечення її життєдіяльності, належної бойової та мобілізаційної готовності.

Дана проблема створює передумови для двох тенденцій: або відмови взагалі від прояву ініціативи командування військової частини у здійсненні господарської діяльності для отримання додаткових засобів забезпечення функціонування військової частини за призначенням, або ж продовження надання господарських послуг, виконання робіт під постійною загрозою порушення вимог чинного законодавства (в тому числі й спрямованого на боротьбу з корупцією) з відповідними несприятливими наслідками для посадових осіб військової частини, пов'язаними із застосуванням до них правових санкцій адміністративного чи, навіть, кримінального характеру.

**Висновок та перспективи подальших розвідок.** З урахуванням викладеного, в Україні назріла гостра потреба більш широкого та глибинного визначення змісту господарської діяльності військових частин, установ, закладів та інших організацій, їх статусу як повноправних суб'єктів господарських відносин, що викликано причинами як економічного, так і правового характеру. Перші обумовлені актуалізацією самостійності військових частин при вирішенні питань, пов'язаних з децентралізованим забезпеченням своїх повсякденних потреб в матеріальних ресурсах та послугах, необхідністю реалізації належних їм майнових прав і обов'язків, участі у договірних відносинах тощо. Другі пов'язані з колізіями та прогалинами, які існують в діючому законодавстві та внаслідок яких військові частини по сьогоднішній день не мають нормативно закріпленого і детально регламентованого статусу і повноважень суб'єкта господарських відносин, хоча, укладаючи договори (угоди), здійснюючи повноваження

у відношенні закріпленого майна, повинні приймати активну участь на ринку товарів, робіт та послуг.

Серед іншого, необхідно ґрунтовніше визначити та розмежувати поняття господарської діяльності у Збройних Силах України як такої, що спрямована безпосередньо на отримання прибутку, а також тієї, що спрямована на закупівлю товарів та послуг за державні кошти, або ж на заготівлю продукції власними силами з місцевих ресурсів для забезпечення повсякденної життєдіяльності, або ж пов'язану з веденням підсобного господарства (власними силами чи із залученням сторонньої допомоги) тощо.

Вбачається необхідним також проаналізувати та запропонувати класифікацію військових частин на підставі провадження ними господарської діяльності на ті, що мають право займатися такою діяльністю (з чітко визначеними обмеженнями) з метою самостійного забезпечення життєдіяльності з місцевих ресурсів, ті, що можуть і повинні займатися такою діяльністю (за встановленими видами) з метою наповнення додатковими коштами оборонний бюджет держави, а також ті, яким зайняття подібною діяльністю взагалі заборонено.

### Література

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Про Збройні Сили України: Закон України (в ред. Закону від 05.10.2000 р. № 2019-III) // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 48. — Ст. 410.
3. Белов В. К., Дамаскин О. В., Корнишин С. В., Кудашкин А. В., Леншин С. И. и др. Военное право: Учебник. Серия «Право в Вооруженных Силах — консультант». — М.: «За права военнослужащих», 2004. — Вып. 45. — 640 с.
4. Положення про військове (корабельне) господарство Збройних Сил України, затверджене наказом Міністра оборони України від 16.07.1997 року № 300 // Офіційний вісник України. — 1997. — № 52. — 402 с.
5. Положення про фінансове господарство військової частини Збройних Сил України, затверджене наказом Міністра оборони України від 28.10.2006 року № 625 // Друкарня ДП МОУ «Воєнне видавництво України «Варта». — 2006. — 111 с.
6. Концепція економічної та господарської діяльності Збройних Сил України в сучасних умовах: схвалена Указом Президента України від 19.04.1997 року № 353/97 // Офіційний вісник України. — 2010. — № 4. — Ст. 157.
7. Про господарську діяльність у Збройних Силах України: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 48 — Ст. 408.
8. Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 15 — Ст. 191.

### Анотація

**Бойченко Е. Г.** Господарсько-економічна діяльність військових частин Збройних Сил України: загальний погляд на проблематику правового регулювання. — Стаття.

Стаття присвячена узагальненому аналізу стану правового регулювання господарсько-економічної діяльності Збройних Сил України, необхідності збалансування механізмів реалізації існуючого законодавства з цього питання, його удосконалення.

**Ключові слова:** економічна та господарська діяльність, військова частина Збройних Сил України, військове господарство, військове майно.

## Анотация

**Бойченко Э. Г. Хозяйственно-экономическая деятельность воинских частей Вооруженных Сил Украины: общий взгляд на проблематику правового регулирования. — Статья.**

Статья посвящена обобщенному анализу состояния правового регулирования хозяйственно-экономической деятельности Вооруженных Сил Украины, необходимости сбалансирования механизмов реализации существующего законодательства по данному вопросу, его усовершенствования.

**Ключевые слова:** экономическая и хозяйственная деятельность, воинская часть Вооруженных Сил Украины, войсковое хозяйство, войсковое имущество.

## Summary

**Boichenko E. G. Economic and business activities of the military units of the Armed Forces of Ukraine: common view at the issues of legal regulation. — Article.**

The article is dedicated to the generalized analysis of the condition of legal regulation the economic and business activities of the Armed Forces of Ukraine, necessity to balance the implementation mechanisms of the existing legislation on given issue, its improvement.

**Keywords:** economic and business activities, military units of the Armed Forces of Ukraine, military economy, military property

УДК 347.962.6:34.03

*Л. П. Нестерчук*

## ДИСЦИПЛІНАРНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІВ ЯК РІЗНОВИД ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

**Постановка проблеми.** Проблематика юридичної відповідальності і її види завжди є актуальною темою, як для національного законодавства й української держави, так і для держав, де сформована й діє судова влада, а судова система є її судоустрійною, організаційною частиною. Судді — носії цієї влади, але і вони часто піддані поведінці, яка не відповідає званню судді. Питання, що знаходяться в площині реалізації дисциплінарної відповідальності суддів, залишаються на сьогодні актуальними. Це цілком зрозуміло, оскільки вони безпосередньо пов'язані із авторитетом судової влади. Відповідальність суддів і, зокрема, дисциплінарна є одним (хоча і не головним) із засобів забезпечення їх дисципліни, а також елементом соціального контролю за судовою владою.

**Мета дослідження.** В представленій до друку статті ставиться за мету розглянути питання відповідності видів покарань і дисциплінарної відповідальності суддів у випадку порушення останніми своїх професійних обов'язків, співвідношення при цьому понять недоторканності суддів і самостійності суддів, тому що ці питання прямо пов'язані з авторитетом судової влади в Україні. У статті зроблені деякі висновки й внесені пропозиції відносно модернізації й змін правового інституту дисциплінарної відповідальності суддів у напрямку розвитку теоретико-прикладних підстав юридичної відповідальності суддів задля визначення залучення їх у випадку виниклої необхідності до дис-

циплінарної відповідальності, а також умов реалізації цього виду відповідальності суддів.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми.** Питанням дисциплінарної відповідальності суддів приділялася увага в літературі, у тому числі й на рівні комплексних досліджень (С. В. Ківалов, В. В. Долежана, О. Т. Барабаш, Є. Білозьоров, В. Єршов, Л. Коваленко, М. Колоколов, О. Майстренко, С. Подкопаєв, Н. Радутна, В. Савицький, В. В. Семеняка, Л. О. Танцюра, Г. Цепляєва, І. Яблокова та інших). В даній статті використані і опрацьовані наукові роботи О. Т. Барабаш, Є. Білозьорова, Л. Коваленко, С. Подкопаєва, В. В. Семеняки, Л. О. Танцюри, які зазначені за текстом статті і у списку використаної літератури.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Теорія права запровадила і вивчає важливий елемент правового регулювання суспільних відносин — юридичну відповідальність. Суть цього інституту полягає у цілеспрямованому впливі на поведінку особи за допомогою юридичних засобів з метою упорядкування суспільних відносин, надання їм системності і стабільності, уникнення різких загострень соціальних конфліктів, втілення принципів соціальної справедливості, підвищення рівня цивілізованості та культури суспільства [2, с. 50].

Відповідальність судді різноманітна і є, насамперед, його здатністю звітувати перед собою, суддівським корпусом, органами, що здійснюють дисциплінарне провадження, за результати своєї професійної діяльності та додержання норм моралі і одержувати позитивні чи негативні оцінки своєї діяльності із застосуванням, у разі потреби, відповідних санкцій за неналежну поведінку. Законодавством передбачені підвищені вимоги до суддів у плані як позитивної, так і ретроспективної юридичної відповідальності, але вони певною мірою врівноважуються особливою процедурою притягнення суддів до юридичної відповідальності, що містить елементи недоторканності суддів, гарантії від необґрунтованого переслідування.

Завжди викликають інтерес засоби досягнення балансу між соціальним контролем за судом та суддівською незалежністю [14, с. 12]. Цей вид юридичної відповідальності суддів можна було б віднести у повній мірі до превентивних засобів.

Проте в зв'язку з прийняттям Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [16] та, як наслідок, зміною законодавчого регулювання даного правового інституту становлять значний інтерес. Ми вважаємо, що юридична відповідальність суддів може викликати зацікавленість багатьох вчених, тому що є складовою статусу суддів.

Л. Коваленко і О. Майстренко вважають, що з метою забезпечення гарантованих Конституцією та законами України прав і свобод людини і громадянина, прав та законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства та держави виключно на суди України покладено здійснення правосуддя як особливого виду державної діяльності, що відповідає правовим принципам справедливості та рівності [5, с. 15].

Належне функціонування судової влади є необхідним елементом правового механізму забезпечення реалізації конституційного права на судовий захист. Причому суддя як носій судової влади, професіональний, незалежний, неупереджений, посідає провідне місце в усіх видах судочинства України.

Суддя має діяти виключно в інтересах правосуддя, користуючись при цьому правами та виконуючи обов'язки, покладені на нього процесуальним законом. Дотримання та виконання вимог законодавства є обов'язком кожного судді, який безпосередньо реалізується в його правомірній поведінці. Установлення фактичних обставин справи з об'єктивною достовірністю також є одним із важливих обов'язків суддів. Застосування ж норм права за відсутності об'єктивного встановлення обставин та відповідних їм суспільних відносин, на наявність яких розраховані конкретні норми законодавства, спричиняє грубе порушення законності у сфері здійснення правосуддя. У зв'язку з цим важливим є запровадження державою адекватних правових засобів соціального контролю за судовою владою з метою гарантування чіткого дотримання суддями норм матеріального та процесуального законодавства. Одним з організаційно-правових заходів забезпечення виконання суддями покладених на них обов'язків є правовий інститут дисциплінарної відповідальності суддів.

У сучасних умовах запровадження саме дисциплінарної відповідальності за порушення суддями своїх професійних обов'язків є необхідним та обґрунтованим, оскільки відповідальність судді є важливою і незамінною складовою обов'язків реалізації основних прав і свобод людини і громадянина, публічних інтересів і правопорядку в державі. Її застосування не суперечить міжнародним стандартам у сфері правосуддя.

Окремі вчені-юристи вважають недоцільним притягнення суддів до даного виду юридичної відповідальності; інші (зокрема О. Сергєєв) пропонують впровадження конституційної відповідальності суддів замість дисциплінарної відповідальності [13, с. 9].

Важливо відзначити, що правовідносини у сфері дисциплінарної відповідальності суддів завжди були предметом особливої уваги з боку держави. Нагадаємо, що в радянський період підстави дисциплінарної відповідальності суддів визначалися базовим Законом СРСР «Про статус суддів в СРСР» [8]. Частиною 1 ст. 18 останнього передбачалася можливість притягнення судді до дисциплінарної відповідальності за такі правопорушення:

- 1) порушення законності при розгляді судових справ;
- 2) вчинення іншого службового проступку;
- 3) вчинення проступку, що порочить звання судді.

Після розпаду Радянського Союзу жодна із суверенних пострадянських держав не відмовилася від використання правового інституту дисциплінарної відповідальності суддів. Це вказує, зокрема, на його особливу значущість у сфері здійснення правосуддя. Формуючи власне національне законодавство про судострій, держави активізували законотворчу діяльність з визначення власних підстав дисциплінарної відповідальності суддів.

Досліджувана правова конструкція дисциплінарної відповідальності суддів отримала закріплення в усіх законах про судоустрій пострадянських держав. Особливий інтерес для даного дослідження становить порушення законності при здійсненні правосуддя як підстава дисциплінарної відповідальності суддів. Наприклад, у законодавстві Узбекистану [12] та Казахстану [7] повністю відтворено положення радянського закону в частині визнання «порушення законності при здійсненні правосуддя» підставою дисциплінарної відповідальності.

Порушення вимог законодавства при здійсненні правосуддя, порушення закону при здійсненні правосуддя та порушення законодавства при розгляді судових справ також визначені підставами дисциплінарної відповідальності законодавством Білорусі [6], Вірменії [9] і до недавнього часу (до 2010 року) — й України [15].

Законодавче визначення юридичного змісту перелічених підстав дисциплінарної відповідальності, на жаль, не міститься у законах жодної з цих держав. Виходячи з буквального формулювання норм закону під цим порушенням можна розуміти будь-яке невиконання чи неналежне дотримання суддею норм матеріального чи процесуального права. У теоретичному аспекті таке тлумачення матеріальних підстав дисциплінарної відповідальності суддів є юридично спроможним.

Особливості правового регулювання дисциплінарної відповідальності суддів передбачені законодавством Азербайджану [4] і Таджикистану [11]. Їх сутність полягає у тому, що суддя притягується до дисциплінарної відповідальності не за будь-яке, а виключно за грубе порушення законодавства при розгляді судових справ. Дотримання загальноправових гарантій незамінності та незалежності судді, а також самостійності судової влади зумовлює, на наш погляд, необхідність застосування правового механізму дисциплінарної відповідальності тільки у виняткових, особливих випадках порушення суддями законодавства у сфері здійснення правосуддя.

У законодавстві деяких держав визначено конкретний (деталізований) перелік видів дисциплінарних порушень. Наприклад, 27 категорій дисциплінарних правопорушень суддів визначає законодавство Словенії про судоустрій [3]. 18 видів правопорушень, за вчинення яких настає дисциплінарна відповідальність судді, передбачено ст. 22 Закону Республіки Молдова «Про статус судді» [10], згідно з яким дисциплінарними правопорушеннями суддів визнаються: порушення обов'язку бути неупередженим; умисне або через грубу недбалість неоднозначне тлумачення або застосування законодавства, якщо це не виправдано змінами судової практики; втручання у діяльність іншого судді або вплив будь-якого роду на органи влади, установи або службовців з метою вирішення деяких питань, домагання або згода на задоволення особистих інтересів або інтересів членів сім'ї за межами положень чинних законів; недотримання таємниці нарадчої кімнати суддів або конфіденційності діяльності, що має такий характер; публічні дії політичного характеру; порушення положень про випадковий розподіл справ; порушення з неповажних причин строків розгляду справ, що перебувають у провадженні; порушення



положень закону про обов'язкове надання декларації про доходи та майно; немотивована відмова від виконання службових обов'язків; порушення строків складання судових рішень та передачі їх копій учасникам процесу; немотивована відсутність на роботі, запізнення, передчасне її залишення; неповажне ставлення при виконанні своїх службових обов'язків до колег, адвокатів, експертів, свідків або інших осіб, які беруть участь у процесі; систематичне або грубе порушення судової етики; невиконання головою судової інстанції обов'язку доповідати Вищій раді магістратури про дисциплінарні порушення суддів; використання службового становища в корисливих цілях; участь у позасудовій діяльності без дозволу Вищої ради магістратури; публічне висловлення згоди або незгоди з рішенням колег з метою втручання у їх діяльність; порушення інших положень, які стосуються несумісності і заборон щодо суддів [17, с. 110].

Для подальшого вдосконалення вітчизняного правового інституту дисциплінарної відповідальності суддів важливим є більш детальне вивчення зарубіжного досвіду та здобутків з метою запозичення їх позитивних аспектів до національного законодавства. Сучасні темпи розвитку зумовлюють нагальну потребу розробки принципово нових підходів до вирішення проблем правового регулювання дисциплінарної відповідальності суддів. Тому поглибленого науково-практичного осмислення потребує дослідження можливості встановлення дисциплінарної відповідальності судді за систематичне порушення своїх функціональних обов'язків, допущення професійних судових помилок.

У даний час актуальність проблем дисциплінарної відповідальності суддів в Україні пояснюється насамперед істотними змінами законодавства України про судоустрій та практики його застосування. Внаслідок модернізації норм вітчизняного законодавства у сфері здійснення правосуддя істотних змін зазнав, зокрема, правовий інститут дисциплінарної відповідальності суддів. Нині особливого значення набувають теоретико-прикладні питання юридичної відповідальності щодо визначення підстав притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності як необхідної практичної умови її реалізації.

У Резолюції Парламентської асамблеї Ради Європи «Функціонування демократичних інституцій в Україні» від 4 жовтня 2010 року було підкреслено, що судова реформа в Україні «... повинна бути спрямована, серед іншого, на усунення всіх форм корупції у судовій владі при забезпеченні незалежності суддів» [18].

**Висновки.** Таким чином, нами зроблені деякі висновки й внесені пропозиції відносно модернізації й змін правового інституту дисциплінарної відповідальності суддів у напрямку розвитку теоретико-прикладних підстав юридичної відповідальності суддів задля визначення залучення їх у випадку виниклої необхідності до дисциплінарної відповідальності, а також умов реалізації цього виду відповідальності суддів. Для забезпечення принциповості і водночас об'єктивності розгляду дисциплінарних справ щодо суддів потрібно визначитись з поняттям і ознаками дисциплінарного проступку (дисциплінарного правопорушення).

У найзагальнішому розумінні дисциплінарний проступок — це «проти-правне невиконання або неналежне виконання працівником своїх трудових обов'язків, за який щодо нього може бути застосовано дисциплінарне стягнення» [18, с. 16], дисциплінарне стягнення — «захід правового впливу щодо порушників трудової дисципліни».

### Література

1. Барабаш О. Т. Дисциплінарний проступок / О. Т. Барабаш, Н. М. Хуторян // Юридична енциклопедія. — К.: Українська енциклопедія, 1999. — Т. 2. — С. 20.
2. Білозоров Є. Юридична відповідальність як передумова правомірної поведінки особи: теоретичні аспекти // Право України. — 2006. — № 1. — С. 50.
3. Заключение ССЈЕ (2002) Оп. 3 Консультативного совета европейских судей «О принципах и правилах, регулирующих профессиональное поведение судей, в частности, этические нормы, несовместимое с должностью поведение и беспристрастность».
4. Закон Азербайджанской Республики «О судах и судьях» от 10.06.1997 г. // Сборник законодательных актов Азербайджанской Республики. — 1997. — № 5. — Ст. 413.
5. Коваленко Л., Майстренко О. Правосуддя для всіх, або дещо про суд присяжних // Юридичний журнал. — 2004. — № 5. — С. 15–16.
6. Кодекс Республики Беларусь о судостроительстве и статусе судей (ст. 111) // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. — 2007. — № 4. — 2/1292.
7. Конституционный закон Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» от 25.12.2000 г. // Ведомости Парламента Республики Казахстан. — 2000. — № 23. — Ст. 410.
8. О статусе судей в СССР: Закон СССР от 4 августа 1989 г. // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. — 1989. — № 9. — Ст. 223.
9. О статусе судьи: Закон Республики Армения от 14.06.1998 г. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: parliament.am.
10. О статусе судьи: Закон Республики Молдова от 20.07.1995 г. // Мониторул Офіціал. Молдова. — 2002. — № 117–119. — 15 августа.
11. О судах Республики Таджикистан: Конституционный закон Республики Таджикистан от 06.08.2001 г. // Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан. — 2001. — № 7.
12. О судах: Закон Республики Узбекистан от 14.12.2000 г. // Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан. — 2002. — № 1. — Ст. 20.
13. Подкопаєв С. В. Дисциплінарна відповідальність суддів : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.10 / Нац. юридична академія України імені Ярослава Мудрого. — Х., 2003. — С. 9.
14. Подкопаєв С. В. Про дисциплінарну відповідальність суддів // Юридичний журнал. — 2005. — № 6. — С. 12–14.
15. Про статус суддів: Закон України від 15.12.1992 р. [втратив чинність] // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 8. — Ст. 56.
16. Про судостроїть і статус суддів: закон України від 7 липня 2010 року № 2453-VI // Офіційний вісник України. — 2010. — № 55 (1). — Ст. 1900.
17. Танцюра Л. О., Семеняка В. В. Деякі питання дисциплінарної відповідальності суддів // Вісник господарського судочинства. — 2011. — № 4. — С. 110–111.
18. Резолюція ПАРЕ 1755 (2010) «Функціонування демократичних інституцій в Україні». — п. 7.3.1.

### Анотація

**Нестерчук Л. П.** Дисциплінарна відповідальність суддів як різновид юридичної відповідальності. — Стаття.

В статті зроблена спроба розглянути питання відповідності видів покарань і дисциплінарної відповідальності суддів у випадку порушення останніми своїх професійних обов'язків, співвід-

ношення понять недоторканності суддів і самостійності судів. У статті зроблені деякі висновки й внесені пропозиції відносно модернізації й змін у правовому інституті дисциплінарної відповідальності суддів, а також умов реалізації цього виду відповідальності суддів.

**Ключові слова:** судова влада, правосуддя, судді, дисциплінарна відповідальність, юридична відповідальність, суддівська незалежність, судоустрій, обов'язки, службовий проступок.

### Аннотация

**Нестерчук Л. П.** Дисциплинарная ответственность судей как разновидность юридической ответственности. — Статья.

В статье предпринята попытка рассмотреть вопросы соответствия видов наказаний и дисциплинарной ответственности судей в случае нарушения последними своих профессиональных обязанностей, соотношения при этом понятий неприкосновенности судей и самостоятельности судов. В статье сделаны некоторые выводы и внесены предложения в отношении модернизации и изменений правового института дисциплинарной ответственности, а также условий её реализации.

**Ключевые слова:** судебная власть, правосудие, судьи, дисциплинарная ответственность, юридическая ответственность, судейская независимость, судоустройство, обязанности, служебный проступок.

### Summary

**Nesterchuk L. P.** The disciplinary responsibility of judges as a kind of legal responsibility. — Article.

Therefore, the article makes an attempt to consider the questions of conformity of penalties and disciplinary liability of judges in case of violation of their professional duties, the ratio of the concepts of immunity of judges and independence of the courts. The article made some conclusions and suggestions made in respect of modernisation and change of the legal institution of disciplinary liability, as well as the conditions of its implementation.

**Keywords:** the judiciary, administration of justice, judges, disciplinary responsibility, juridical responsibility, judicial independence, judicial organization, duties, official misconduct.

УДК 351.711.001.73

**Г. М. Пенчева**

## ПРО НЕДОЛКИ РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ОРГАНІВ УПРАВЛІННЯ ДЕРЖАВНИМ МАЙНОМ

**Постановка проблеми.** Суспільство на сучасному етапі не знайшло інших способів управління економікою, крім планового та ринкового механізмів. Обидва мають і позитивні, і негативні риси, проте якість управління визначається знаходженням позитивного балансу між ними. В реальному житті у пошуках ефективних методів управління здійснюється їх конвергенція, коли необхідно говорити про превалювання рис одного або іншого методу в системі управління. У такому випадку, як справедливо зазначає Кузнецов Е. А., найбільш правильним видається рух або в сторону планово-централізованих методів управління, або в сторону ринково-децентралізованих, уникаючи при цьому крайніх позицій [1, с. 63]. При управлінні державним майном складається подібна си-

туація — або ж держава міцно тримає в своїх руках важелі управління державними підприємствами, або ж проводить тотальну корпоратизацію, відпускаючи ці важелі та забезпечуючи переважну самостійність менеджерів у прийнятті рішень стосовно об'єктів державної власності.

Державне майно, як справедливо зазначає В. Л. Пількевич, в умовах соціальної, правової, демократичної держави має відігравати ключову роль в реалізації системи функцій держави та досягнення її стратегічних цілей, що визначені, насамперед, у Конституції України [2, с. 3]. Визнаючи вирішальну залежність збереження та ефективності функціонування державного сектору економіки від якості системи управління державним майном, законодавець в ст. 4 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» (в редакції від 21.09.2006 р.) закріпив перелік суб'єктів управління об'єктами державної власності, надавши вирішальну роль центральному органу виконавчої влади із спеціальним статусом — Фонду державного майна України (далі ФДМУ) та міністерствам й іншим органам виконавчої влади [3, ст. 4]. Проте після його прийняття не вщухала критика стосовно невизначеності меж компетенції між різними державними органами, дублювання їх повноважень, що, звісно, не могло стати запорукою ефективного управління ввіреним їм майном.

Попри очікування на внесення ясності законодавцем щодо розмежування компетенції між існуючими суб'єктами управління та побудови злагодженої системи органів управління державним майном, подальше її реформування ознаменувалось створенням нової інституції — Державного агентства України з управління державними корпоративними правами та майном (далі — Агентство держмайна України, Агентство).

**Стан дослідження.** Питання організації управління державною власністю були об'єктом досліджень багатьох вчених — представників як адміністративного, так і господарського права, серед яких: В. Б. Авер'янов, Ю. П. Бітяк, І. П. Голосніченко, О. О. Кравчук, В. К. Мамутов, М. Шкільняк та ін. Проте вказані зміни в господарсько-правовому регулюванні управління корпоративними правами державних комерційних підприємств та державним майном, питання визначення правового статусу та ролі Агентства держмайна України, доцільність та обґрунтованість зазначених реформ, за винятком статті А. М. Захарченка [4], не були об'єктом ґрунтовного наукового аналізу.

**Мета дослідження.** З огляду на це та необхідність удосконалення правового регулювання системи управління державним майном, метою даної статті є дослідження загальних засад побудови системи органів управління об'єктами державної власності, визначення недоліків та перспектив її подальшого реформування.

**Виклад основних положень.** Відповідно до змін, внесених Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення управління об'єктами державної власності» від 13.03.2012 р. № 4498-VI [5] до ст. 4 Закону України «Про управління об'єктами державної власності», система суб'єктів управління об'єктами державної власності наразі виглядає наступним чином:

- Кабінет Міністрів України;
- центральний орган виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері управління об'єктами державної власності (Агентство держмайна України. — *примітка автора*);
- центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері економічного розвитку (Мінекономрозвитку. — *примітка автора*);
- міністерства та інші органи виконавчої влади (далі — уповноважені органи управління);
- Фонд державного майна України;
- органи, що забезпечують діяльність Президента України, Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України;
- органи, які здійснюють управління державним майном відповідно до повноважень, визначених окремими законами;
- державні господарські об'єднання, державні холдингові компанії, інші державні господарські організації (далі — господарські структури);
- Національна академія наук України, галузеві академії наук.

Зазначені зміни значно підсилюють роль Агентства держмайна України та Мінекономрозвитку за рахунок позбавлення певних повноважень ФДМУ (який наразі буде здійснювати управління корпоративними правами господарських товариств, що належать до сфери його управління та щодо яких прийнято рішення про приватизацію), виключають з переліку суб'єктів управління юридичних та фізичних осіб, які виконували функції з управління корпоративними правами держави (уповноважених осіб).

Відповідно до ч. 1 Положення про Агентство держмайна України, воно входить до системи органів виконавчої влади і забезпечує реалізацію державної політики у сфері управління об'єктами державної власності, в тому числі корпоративними правами держави [6, ч. 1]. Порівнявши вказану компетенцію Агентства з призначенням ФДМУ, який, відповідно до ст. 1 Закону України «Про Фонд державного майна України» від 9 грудня 2011 року, «реалізує державну політику у сфері приватизації, оренди, використання та відчуження державного майна, управління об'єктами державної власності, у тому числі корпоративними правами держави щодо об'єктів державної власності, що належать до сфери його управління, а також у сфері державного регулювання оцінки майна, майнових прав та професійної оціночної діяльності» [7, ст. 1], робимо висновок про фактичне «двоєвладдя» в системі управління державним майном щодо управління корпоративними правами держави, що є недопустимим.

Як справедливо зазначає А. М. Захарченко, «завдання, як і сама назва Агентства, вказують на те, що йому мала б відводитись роль єдиного методологічного, координуючого та контролюючого органу з питань управління об'єктами державної власності... Однак аналіз повноважень, закріплених за Агентством держмайна, дозволяє стверджувати, що вони не забезпечують ключового положення Агентства у складній системі суб'єктів, які управляють об'єктами державної власності» [4]. Дійсно, аналіз останніх законодавчих змін свідчить

про передання більшості повноважень міжвідомчої спрямованості саме Мінекономрозвитку, а не Агентству, зокрема, щодо:

- формування державної політики у сфері управління об'єктами державної власності, державної фінансової та дивідендної політики; критеріїв ефективності управління корпоративними правами держави;

- методологічного та нормативно-правового забезпечення питань управління об'єктами державної власності щодо: інвентаризації та обліку об'єктів державної власності; оцінки ефективності управління об'єктами державної власності та ін.;

- отримання від органів управління інформації про фінансово-господарську діяльність кожного суб'єкта господарювання державного сектору економіки, що перебуває у сфері їх управління;

- забезпечення координації діяльності щодо підвищення професійного рівня посадових осіб уповноважених органів управління;

- здійснення контролю за виконанням суб'єктами управління функцій з управління об'єктами державної власності шляхом проведення єдиного моніторингу ефективності такого управління;

- формування переліку об'єктів, що не підлягають приватизації, переліку підприємств, що підлягають корпоратизації, пропозиції щодо закріплення в державній власності пакетів акцій ВАТ, створених у процесі корпоратизації та приватизації, доцільності їх відчуження/придбання державою та ін. (ст. 5–2 Закону України «Про управління об'єктами державної власності») [3, ст. 5–2].

В той же час за Агентством держмайна закріплюються загальні повноваження щодо управління об'єктами державної власності, у тому числі корпоративними правами держави, що належать до сфери його управління, подібні до повноважень інших міністерств та відомств, зокрема, щодо надання пропозицій закріплення в державній власності пакетів акцій акціонерних товариств, здійснення контролю та проведення аналізу результатів діяльності держпідприємств, проведення конкурсів для кадрових призначень, розробки стратегічних планів розвитку підприємств, розроблення умов реструктуризації та санації підприємств, погодження відчуження, передачі в оренду, заставу, списання майна державних підприємств та інші повноваження.

Тобто законодавець не концентрує, а розпоршує повноваження центрального органу виконавчої влади зі спеціальним статусом — ФДМУ — між різними органами управління — Агентством держмайна (яке нині виключено з переліку органів, діяльність яких спрямовується і координується через Міністра економічного розвитку і торгівлі України) та Мінекономрозвитку. Згідно з поданими до Верховної Ради законопроектами, пропонується взагалі усунути ФДМУ від управління корпоративними правами, залишивши за ним лише повноваження приватизаційного органу. Подальша його перспектива — після продажу ФДМУ останнього державного активу в управління Агентства будуть передані всі корпоративні права держави, а сам ФДМУ підлягатиме ліквідації. Звідси виникає питання доцільності прийняття «багатостраждального» Закону України «Про Фонд державного майна України» із збереженням за ним повно-

важень щодо управління корпоративними правами держави, оренди державного майна, створення державних холдингових компаній (ст. 5 Закону).

З моменту створення Агентство розгорнуло активну діяльність щодо проведення інвентаризації майна державних підприємств, які входять до сфери його управління, його оцінки, аналізу доцільності його збереження у державній власності та функціонування низки державних підприємств. За її результатами з 347 суб'єктів господарювання на першому етапі у державній власності заплановано залишити 104 підприємства, 63 підприємства буде приватизовано, а 180 підприємств підлягатимуть ліквідації [8]. При цьому варто звернути увагу на відсутність на сьогодні чітких критеріїв віднесення певних підприємств до сфери управління Агентства та їх значно меншу кількість у порівнянні з ФДМУ, до сфери управління якого станом на 20.04.2012 р. входять 501 господарське товариство [9].

Провідна ідея Агентства держмайна України сьогодні — створення єдиної державної холдингової компанії (ДХК) з управління державними активами на прикладі досвіду азійських країн. Проект передбачає декілька стадій: передання у розпорядження агентства всіх активів, які після масштабної приватизації залишаться у держвласності (крім об'єктів оборонного сектора і соціальних підприємств); формування галузевих субхолдингів та підготовка нормативно-правових актів для створення державної холдингової компанії. У якості аргументів очільник Агентства наводить приклади успішної діяльності аналогічних фірм — казахстанської «Самрук-Казина», китайської SASAC і сингапурської Temasek, які управляють різною кількістю активів: Temasek контролює 25 компаній, SASAC — 169 держпідприємств у вісімнадцяти галузях [10].

Певні законодавчі зрушення у цьому напрямку вже здійснені, зокрема, до Закону України «Про холдингові компанії в Україні» введено поняття державної керуючої холдингової компанії (далі — ДКХК), якою визнається державна холдингова компанія, корпоративним підприємством якої може бути інша державна холдингова компанія чи господарське товариство, холдинговий корпоративний пакет акцій (часток, паїв) якого належить державі [11, ст. 1]. Відповідно до ч. 2 ст. 4 Закону «Про управління об'єктами державної власності», ДКХК має статус уповноваженого органу управління щодо об'єктів управління державної власності, що передані до її статутного капіталу та статутного капіталу її корпоративних підприємств [3, ст. 4].

Відповідно до ч. 4 ст. 7–1 Закону України «Про холдингові компанії в Україні», з метою захисту прав держави як власника у ДКХК створюється наглядова рада у кількості семи осіб, персональний склад якої затверджується Кабінетом Міністрів України. За планами Агентства, управляти такою холдинговою компанією буде «рада директорів, до складу якої увійдуть міністри та представники бізнесу, під керівництвом Прем'єр-міністра, ...уряд напряму буде призначати членів ради директорів» [10]. З огляду на це, сумнівною видається заява Голови Агентства, що «така схема обмежить спонтанне політичне втручання в діяльність держактивів». Не дивлячись на складність завдань, що будуть покладені на зазначених осіб, Закон не висуває до них додаткових

кваліфікаційних вимог, навіть щодо наявності спеціальної економічної освіти, зазначаючи лише, що кандидати в члени наглядової ради і члени наглядової ради повинні мати повну вищу освіту, досвід роботи на керівних посадах не менше п'яти років упродовж останніх десяти років (абз. 5 ч. 4 ст. 7–1 зазначеного Закону).

Поточне управління державними підприємствами буде здійснюватись новим керівництвом, тому гостро постає необхідність у кваліфікованих менеджерах, оскільки в системі корпоративного управління менеджмент стає головним фактором ефективного розвитку господарських організацій. Проте менеджменту, який розвивається разом із законами ринку, властива певна об'єктивність і незалежність як перед інтересами власників засобів виробництва, так і перед авторитарністю державних чиновників. Тому необґрунтовано видається позиція Агентства щодо повсемісного віддання менеджерам права керувати державними підприємствами та впевненість в ефективності такого управління, зважаючи на відсутність на сьогодні в Україні достатньої кількості кваліфікованих управлінських кадрів. Ще більш спірною видається необхідність прискореного переходу до такої системи управління, проведення тривалого та затратного процесу акціонування (корпоратизації) капіталу всіх державних унітарних підприємств, що входять до сфери управління Агентства, з огляду на існування інституту уповноважених юридичних та фізичних осіб, які виконували функції з управління корпоративними правами держави відповідно до ст. 4 Закону України «Про управління об'єктами державної власності». Як вбачається, якісної різниці між такими уповноваженими особами та менеджерами в холдингових компаніях немає. І, якщо в Агентства є підстави вважати реальними плани у короткостроковій перспективі забезпечити корпоративні підприємства успішними, кваліфікованими менеджерами, то чому не можна зробити це вже зараз за створених організаційно-правових умов?

Як видається, принципово неважливим є питання, хто саме буде управляти конкретним державним об'єктом — керівник державного унітарного підприємства чи директор корпоративного підприємства, міністерство (відомство) чи державний галузевий субхолдинг, оскільки запропонована триланкова система (ДХК — галузевий субхолдинг — державне корпоративне підприємство) фактично дублює вже існуючу сьогодні систему зв'язків (ФДМУ — галузеве міністерство (відомство) — унітарне (корпоративне) підприємство), проте не здатна автоматично суттєво і якісно змінити зміст державного управління. Таким чином, запропонований проект реформування системи управління не вирішує головних проблем: визначення конкретної мети управління державним майном, функцій, змісту повноважень уповноважених осіб, форм, способів та механізмів їх реалізації.

За межами запропонованого проекту реформування системи управління держмайном залишаються питання долі підприємств, виведених зі сфери управління Агентства, — підприємств оборонного сектору та підприємств, що виконують соціальні функції — чи будуть вони передані після ліквідації ФДМУ галузевим міністерствам (іншим уповноваженим органам), чи перед



урядом постане завдання створення нового органу, який консолідує управління цими об'єктами — невідомо.

Не переймаються розробники проекту і обґрунтуванням необхідності та доцільності тотальної корпоратизації державних підприємств, в якій її автори бачать очевидну гарантію (аксіому) забезпечення прибутковості державного сектору економіки. На безпідставності таких очікувань за фактично формальної корпоратизації державних підприємств неодноразово наголошував О. П. Подцерковний, звертаючи увагу на необхідність узгодження юридичних та економічних аспектів корпоратизації. Він зауважує, що корпоратизоване в юридичному сенсі підприємство може залишитись унітарним в економічному сенсі у випадку, коли формальна корпоратизація (паювання) не перетворюється в процеси структурування капіталу чи колективне засновництво. Унітарним в економічному сенсі підприємство залишається завжди, коли один з учасників (співвласників) володіє вичерпними можливостями вирішувати питання управління підприємством [12, ст. 33–34]. У випадку створення державного холдингу чи субхолдингу простежується здійснення суто формально-юридичної корпоратизації державних підприємств зі збереженням вирішального контролю з боку держави та впливу чиновників на прийняття управлінських рішень менеджером-ставленником. Вказане ще раз підтверджує примарність висновків про розв'язання складної проблеми створення ефективної системи управління державним майном формальними методами.

Крім того, інститут холдингових компаній, як і будь-яке явище, має певні суперечності і проблеми, що впливають як з економічної, так і юридичної сутності холдингових компаній, це, зокрема: 1) суперечності у взаємовідносинах між акціонерами-власниками і менеджерами, що відображають особливості формування структури власності в акціонерних товариствах; 2) проблеми управління розгалуженою структурою підприємств, які мають проводити єдину, узгоджену з центром, політику (в іншому разі економічного ефекту, заради якого створювалися асоційовані особи, не буде); 3) високі витрати на висококласний менеджмент, який повинен керувати і контролювати всі господарські та фінансові процеси в групі підприємств; 4) загроза створення монопольної групи на ринку, відсутність конкуренції всередині якої потребує постійного поліпшення якості продукції, що виробляється; 5) підпорядкування діяльності дочірніх підприємств інтересам холдингової компанії, через що подекуди має місце ігнорування інтересів перших; 6) державне управління холдинговими компаніями не завжди є ефективним і високопрофесійним, що призводить до збитків як підприємства, так і держави [13, с. 67].

Кузнецов Е. А., розглядаючи питання корпоративного управління, в свою чергу, звертає увагу на інший бік проблеми корпоратизації. Він зазначає, що в системі розвитку процесів корпоративного управління прогресує показник дифузії акціонерного капіталу, який надалі призводить до відділення невеликих та середніх акціонерів від центрів контролю за корпорацією. В цих умовах з'являється термін «техноструктура», що означає основу корпорації, та включає менеджерів та провідних спеціалістів. Техноструктура проявляє інтерес до

присвоєння влади в корпорації, що може становити реальну загрозу для власника, що обумовлено наступними причинами: розпорошеність акціонерного капіталу між великою кількістю вкладників кваліфікується як основна причина послаблення зв'язку між власністю та реальною владою на підприємстві; в епоху НТР влада неспроможна функціонувати у відриві від конкретних професійних знань; всі основні рішення приймають спеціалісти у сфері менеджменту, що приводить до появи управлінської еліти [1, с. 66]. Досить розповсюдженим способом підвищення керованості холдингом є розстановка топ-менеджерів на ключові посади із використанням різних способів їх мотивації (стимулювання), наприклад, шляхом передання їм частки акцій, вартість якої зростає при ефективній роботі підприємства. За таких обставин значно зростає значення функції контролю держави як власника за належним їй майном, переданим до статутного капіталу товариства, та власне за управлінськими рішеннями менеджерів.

**Висновки.** Отже, в сучасних умовах пошуку ефективної системи управління державною власністю основною метою держави має стати оптимізація функцій органів державної виконавчої влади, включаючи функції контролю та нагляду за цією діяльністю, методів впливу, запровадження особливих механізмів регулювання в корупційно небезпечних сферах. Особлива увага має бути приділена змістовним, а не формальним складовим господарського управління щодо конкретного державного суб'єкта господарювання: розробленню стратегії розвитку підприємства, визначенню сфер (напрямків) виробництва, освоєванню ринків, підвищенню якості надаваних послуг та рентабельності, залученню інвестицій, методів конкуренції, підбору кваліфікованих менеджерів, інакше реформування системи органів управління майном лише шляхом зміни їх назв залишиться реформою «на папері».

Як видається, підхід до побудови холдингової структури має полягати не стільки в створенні теоретично правильної, скільки дієвої системи управління. Процес її становлення має здійснюватися поетапно, з оцінкою ефективності кожної стадії та ретельним плануванням наступної, і включати визначення стратегічних цілей, сфер господарювання, в яких таке управління буде доцільним та ефективним, попередню кваліфікаційну підготовку кадрів, нормативне забезпечення.

### Література

1. Актуальные проблемы экономики и менеджмента: теория, инновации и современная практика. Монография. Под редакцией Кузнецова Э. А. Харьков: Бурун Книга, 2011. — 512 с.
2. Пількевич В. Л. Організаційно-правове забезпечення управління державним майном в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07; НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2006. — 20 с.
3. Про управління об'єктами державної власності: Закон України від 21.09.2006 р. № 185-V // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 46. — Ст. 456.
4. Захарченко А. М. Щодо правового статусу Державного агентства України з управління державними корпоративними правами та майном / А. М. Захарченко // [Електронний ресурс] — Режим доступу: [http://www.hozpravo.com.ua/conferences/arhiv/uchastnik.php?ELEMENT\\_ID=470&ID=487](http://www.hozpravo.com.ua/conferences/arhiv/uchastnik.php?ELEMENT_ID=470&ID=487)

5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення управління об'єктами державної власності: Закон України від 13.03.2012 р. № 4498-VI // Офіційний вісник України. — 2012. — № 28. — Ст. 1033.
6. Про Положення про Державне агентство України з управління державними корпоративними правами та майном: Указ Президента України від 13.04.2011 р. № 451/2011 // Офіційний вісник України. — 2011. — № 29. — Стор. 251. — Ст. 1257.
7. Про Фонд державного майна України: Закон України від 09.12.2011 р. № 4107-VI // Офіційний вісник України. — 2012. — № 2. — Стор. 9. — Ст. 50.
8. Дмитро Колесніков: «У списку на ліквідацію 180 державних підприємств» [Електронний ресурс] / Державне агентство України з управління державними корпоративними правами та майном. — Режим доступу: [http://ppa.gov.ua/press\\_center/agency\\_news/31056/](http://ppa.gov.ua/press_center/agency_news/31056/)
9. Реєстр корпоративних прав держави у статутних капіталах господарських товариств станом на 20.04.2012 [Електронний ресурс] / Фонд державного майна України. — Режим доступу: [http://www.spfu.gov.ua/ukr/reg\\_kpd.php](http://www.spfu.gov.ua/ukr/reg_kpd.php)
10. Корпоративний госууправляющий [Електронний ресурс] / Державне агентство України з управління державними корпоративними правами та майном. — Режим доступу: [http://ppa.gov.ua/press\\_center/smi\\_about\\_us/28469/](http://ppa.gov.ua/press_center/smi_about_us/28469/)
11. Про холдингові компанії в Україні: Закон України від 15.03.2006 р. № 3528-IV (в ред. від 08.04.2012 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 34. — Ст. 291.
12. Подцерковный, О. П. О необходимости согласования юридических и экономических аспектов корпоратизации / О. П. Подцерковный // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — № 3. — С. 32–37.
13. Шишкина И. Преимущества и недостатки холдинговой модели организации бизнеса // Хозяйство и право. — 2005. — № 2. — С. 67–69.

### Анотація

**Пенчева Г. М.** Про недоліки реформування системи органів управління державним майном. — Стаття.

Статтю присвячено аналізу проекту реформування системи органів управління державним майном шляхом створення єдиної державної холдингової компанії та субхолдингів, аналізу системи та повноважень державних органів управління. Визначено його основні недоліки, обґрунтовано недоцільність та формальність таких перетворень.

**Ключові слова:** реформування, система органів управління, державне майно, корпоратизація, холдингова компанія.

### Аннотация

**Пенчева А. Н.** О недостатках реформирования системы органов управления государственным имуществом. — Статья.

Статья посвящена анализу проекта реформирования системы органов управления государственным имуществом путем создания единой государственной холдинговой компании и субхолдингов, анализу системы полномочий государственных органов управления. Определены его основные недостатки, обоснована нецелесообразность и формальность таких преобразований.

**Ключевые слова:** реформирование, система органов управления, государственное имущество, корпоратизация, холдинговая компания.

### Summary

**Pencheva G. M.** About flaws of reforming the system of state property management. — Article.

The article is devoted to the analysis of the project of reforming the system of state property management by creating a single state holding company and sub-holdings, analysis of the powers of state governments. Identified its major flaws, proved impractical and the formality of such transformations.

**Keywords:** reforming, the system of governance, state property, corporatization, holding company.

## ПРО ЗАХИСТ НАЦІОНАЛЬНИХ ІНТЕРЕСІВ УКРАЇНИ ПРИ ЛІБЕРАЛІЗАЦІЇ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

**Постановка проблеми.** Національні інтереси України — складна та багатоаспектна категорія, що, передусім, має зовнішній вираз у контексті економічної, соціальної, міжнародної політики. Обсяг та зміст національних інтересів не можна вимірювати певним статичним уявленням про устрій суспільних відносин, адже інтереси завжди пов'язуються із прагненням до певних цінностей, які можуть у свою чергу змінюватися у суспільстві. Разом із тим це не означає, що категорію національних інтересів не можна досліджувати з погляду права. Правова форма завжди надає суспільним відносинам визначеності та прогнозованості, без цього власне не можна поступово та системно захищати національні інтереси. Іншою мовою, національні інтереси, лише будучи закріпленими у певних правових нормах, постають як об'єкт реального захисту та орієнтир для суспільного розвитку.

Сьогодні особливо гостро національні інтереси потребують захисту у сфері економіки, зокрема зовнішньоекономічних відносин. Ця гострота визначається впливом економічного благополуччя людей на соціальні, політичні та інші процеси суспільства, підтверджуючи відомий підхід до сприйняття економіки як суспільного базису. Процеси лібералізації та інтеграції накладають на ці відносини особливий вплив, адже за своєю суттю спрямовані на виключення будь-яких своєрідних заходів держави на захист національних економічних інтересів. Наприклад, вітчизняними дослідниками відзначається, що безмитна торгівля з її гострою конкуренцією в умовах світового господарства унеможливило створення національної промисловості [1, с. 37]. Не можна не погодитися із російськими аналітиками, констатуючими, що «модне есперанто глобалізації» поступово відходить на другий план, а космополітична надія настирливо витісняється тим, що раніше здавалося пережитком — економічним протекціонізмом і суверенізмом» [2].

Ці процеси змістовної корекції підходів до захисту національних інтересів, вимагають передусім ґрунтовних господарсько-правових досліджень тих економіко-правових можливостей, які має держава у сфері захисту та підтримки національної економіки та захисту національних інтересів.

**Стан дослідження.** На жаль, правових досліджень у цій сфері не вистачає, хоча наукові дослідження з господарського права торкалися багатьох питань захисту національних товаровиробників, зокрема такими вченими, як О. О. Ашурков, О. П. Загнітко, О. Р. Зельдіна, В. С. Мілаш, А. В. Омельченко, О. П. Подцерковний, В. В. Поєдинок тощо. Натомість, досі не визначена правова модель захисту національної економіки у зв'язку із євроінтеграційними та глобалізаційними процесами.

**Мета дослідження.** Метою цієї статті є пошук найбільш дієвих з погляду економіки та допустимих з погляду права, у тому числі міжнародних зобов'язань

України, способів захисту національних інтересів України при лібералізації зовнішньоекономічних режимів.

**Виклад основних положень.** В період набуття чинності Господарським кодексом окремі автори стверджували, що захист національного товаровиробника як принцип господарювання, закріплений у ст. 6 цього кодексу, не містить посилання на міжнародні зобов'язання України, що суперечить намаганням України щодо вступу в СОТ [3]. По-перше, принцип захисту національного товаровиробника є конституційним принципом, адже відповідно до ст. 17 Конституції України захист економічної безпеки України є найважливішою функцією держави, справою усього Українського народу. А, як відомо (ст. 9 Конституції), укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України — у нашому випадку посягають на економічну безпеку держави — можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України. А ратифіковані у правовий спосіб міжнародні договори стають частиною національного законодавства України. В цих умовах немає жодної потреби в кожній нормі ГК повторювати конституційний принцип дії міжнародного договору. По-друге, пониження принципу захисту національного товаровиробника є відвертим ігноруванням сучасних тенденції державного регулювання економіки, прийнятих у переважній кількості країн світу. В цьому сенсі мову необхідно вести лише про таку імплементацію в українське господарське законодавство норм міжнародних актів, яке відповідає імперативним нормам останніх та не нав'язує Україні додаткових обтяжливих умов господарювання, що виходять за межі відповідних зобов'язань, у тому числі при поширювальному тлумаченні.

Із цієї позиції варто співвіднести принцип захисту національного товаровиробника та заходи національного протекціонізму. Здебільшого ці поняття зустрічаються як тотожні.

На думку авторки цієї роботи поняття національного протекціонізму є більш широким, значущим та поступово має замінити собою принцип захисту національного товаровиробника. Так, вікіпедія визначає протекціонізм як економічну політику держави, спрямовану на захист та підтримку національної економіки [4]. Вже виходячи з наведеної дефініції видно, що поняття національної економіки значно ширше поняття національного товаровиробника. По-перше, економічні відносини включають в себе також відносини споживання, а по-друге, захист та підтримка національної економіки передбачає заходи, що спрямовано на підвищення рівня ефективності економіки загалом, утворення, так би мовити, сприятливого економічного середовища в державі.

Отже, на часі говорити про національний протекціонізм, аніж про поняття захисту національного товаровиробника, оскільки це припускає створення умови для стимулювання національної економіки не тільки на мікро-, але й на макрорівні (загальної привабливості економіки).

Недискримінаційний протекціонізм цілком уписується у логіку та правову форму міжнародних зобов'язань України та має ставати об'єктом першорядної уваги влади в Україні. Зокрема, на думку експертів фармацевтичної галузі, недискримінаційний протекціонізм припускає введення пільг у сфері оподат-

кування, експортних гарантій, зовнішньоекономічних валютно-фінансових операцій, інвестицій і т. ін. Зокрема, в Росії фармацевтичні підприємства одержують пільги по податку на прибуток при виробництві життєво важливих лікарських засобів. Може йтися також про звільнення від оподаткування прибутку, реінвестованого у виробництво, про дозвіл ввозити без обкладення ПДВ устаткування, матеріали, що використовуються для упровадження інноваційних технологій і розвитку виробництва, пільговому оподаткуванню прибутку від експорту фармацевтичної продукції і т. д. Всі ці заходи не нові, світова практика підтвердила їх ефективність і вигоду як для виробника, так і для споживача [5].

Не можуть виключатися також й тимчасові захисні дії держави, якщо вони вживаються країною, що розвивається, для попередження кризи національної економіки, зокрема, згідно з правилами СОТ.

Адже правила СОТ дозволяють країнам-членам вживати численні захисні заходи від багатьох форм конкуренції з боку імпортерів:

а) вводити загальні захисні застереження щодо всієї економіки у випадку, якщо ввезення іноземного товару порушує платіжний баланс країни (ГАТТ-1994, ст. XVIII);

б) убезпечувати окремі галузі економіки у випадку різкого підвищення ввезення конкуруючих товарів, що спричиняють істотну шкоду вітчизняним виробникам (ГАТТ-1994, ст. XIX та Угода про захисні заходи);

в) убезпечувати окремі галузі виробництва у випадку недобросовісної конкуренції (демпінг, субсидований експорт тощо), що спричиняє матеріальну шкоду цим галузям (ГАТТ-1994, ст. VI та відповідні угоди СОТ);

г) галузі виробництва, що народжуються, з метою сприяння їх розвитку (ГАТТ-1994, ст. XVIII).

Враховуючи те, що ці заходи можуть здійснюватися лише в рамках правил СОТ і на підставі цих правил за умови, що ці правила включені в національне законодавство [6, с. 440], серед іншого сьогодні необхідно закріпити у національному законодавстві правовий статус України як країни, що розвивається. І в цьому немає нічого пригнічуючого. Адже національний протекціонізм, передусім, має розглядатися як змагання між націями та народами за кращий економічний розвиток, що є передумовою благополуччя їх мешканців.

Як правильно зазначає академік В. К. Макутов, «якщо ми бажаємо бути серед великих, а не третьорозрядних держав, до рівня яких ми неухильно скочуємося, то потрібно не стенати та випрошувати поблажливе до себе відношення, займатися самознищенням, а змагатися з іншими країнами за сфери інтересів на світовому ринку... Держава має виробити та здійснювати стратегію зовнішньоекономічної діяльності, певні пріоритети в цій сфері та всіма доступними їй способами добиватися, аби підприємства цій стратегії слідували» [7, с. 80–81].

В цьому контексті стає зрозумілою думка О. П. Загнітко про те, що «сучасні міжнародні інтеграційні процеси характеризуються лібералізацією торгівлі між учасниками об'єднань. Проте, водночас, вони посилюють протекціонізм стосовно третіх країн» [8, с. 2]. До цього має бути додано, що елементом на-

ціонального протекціонізму можуть бути також заходи-відповіді на недружні дії інших держав.

Інструментарій національного протекціонізму надзвичайно широкий й може бути продовжений.

Одним з пріоритетних орієнтирів для розвитку національних галузей економіки сьогодні слугує мотив залучення інвестицій для утворення нових виробничих потужностей, які мають змогу гідно конкурувати на зовнішньому та внутрішньому ринку.

У цьому контексті варто не лише поновити пільгові режими здійснення господарської діяльності, але й активно використовувати розвиток спеціальних економічних зон та інших спеціальних режимів господарювання. Як зазначалося вище, цю проблематику розглянуто у працях О. Р. Зельдіної. Не можна не погодитися з думкою цього науковця про те, що раптове закриття в Україні усіх БЕЗ та ТПР стало болючим ударом по і без того невисокій інвестиційній привабливості країни [9, с. 48].

Прикладом зворотного підходу, що мав істотне значення для економічного підйому в країні, слугує досвід державного регулювання в США, зокрема у сфері стимулювання експортоорієнтованих та імпортозаміщуючих галузей економіки. Одним з напрямків такого стимулювання є фінансування експортних операцій малого та середнього бізнесу, що стає одним з найважливіших напрямків діяльності штатів та місцевих органів влади. Воно здійснюється у формі надання експортних гарантій та страхування експортних кредитів, а також прямого кредитування та сприяння в отриманні експортних кредитів в рамках федеральних програм фінансового сприяння експорту. За звичай фінансування ведеться за рахунок бюджетних коштів, крім цього, цим займаються фінансові органи, напівфінансові інститути, портова влада, а також корпорації економічного розвитку, що спеціально для цього утворені [10, с. 204–205].

Але треба брати до уваги, що така допомога існує у правовій формі, причому надзвичайно лояльній для підприємців. У відповідності з законодавством, встановленим, наприклад, в «житниці» США — штаті Айова, на фінансову допомогу урядом штату може претендувати будь-яка фірма, яка

- 1) вперше має намір вийти на експортний ринок;
- 2) вже має досвід експорту;
- 3) намагається експортувати новий товар;
- 4) стикається з посиленням конкуренції на вже освоєному ринку збуту [10, с. 204–205].

Але пряме фінансування заходів, що вкладаються в зміст поняття «національний протекціонізм», є лише вершиною айсбергу зовнішньоекономічного регулювання, адже кидається в очі.

Зокрема, можна звернути увагу на використання тих «прихованих» заходів нетарифного регулювання, що цілком успішно використовуються країнами, що ставлять собі за мету догнати та випередити розвинуті країни.

Так, характерною «особливістю зовнішньоорієнтованого розвитку нових індустріальних країн та Китаю стало досягнення економічного розвитку, що під-

тримує себе, із синхронізацією динаміки експорту, збереження та інвестицій. Цьому сприяло систематичне заниження обмінних курсів місцевих валют, що стримувало ріст імпорту та споживання, а також різного роду преференції на імпорт виробничих товарів для стимулювання експорту» [11, с. 22].

За аналогією можна звернути увагу на пропозиції окремих національних економістів та спеціалістів МВФ підсилити національну грошову одиницю — гривню. Цього припускати не можна. Хоча це є загалом економічна проблема, вона має певний вихід на рівень правового регулювання. Адже має бути відображена у Програмі Уряду та Законі «Про засади внутрішньої та зовнішньої політики» [12] у вигляді положення про те, що ревальвація національної валюти може припускатися лише як виняток, який потребує погодження, зокрема, з Кабінетом Міністрів України. НБУ не може тут спиратися на самостійність власної політики відповідно до Конституції (ст. 99), адже це впливає на засади зовнішньої та внутрішньої політики, в першу чергу економічної.

Значна кількість «прихованих» методів регулювання закладена в технічних бар'єрах, що знаходяться в межах технічних стандартів, екологічних норм, вимог до документального оформлення вантажопотоків тощо, про що вже зазначалося у літературі [13, с. 131].

Не лише стимулювання, але й певні обмеження щодо іноземних інвестицій можуть мати характер національного протекціонізму, знаходячись в межах принципу ст. 17 Конституції про захист економічної безпеки держави.

Об'єктивна необхідність у застосуванні тих заходів національного протекціонізму, що не заборонені міжнародним економічним правом, підвищують вимоги до використання непрямих методів нетарифного регулювання ЗЕД. Якщо відмовитися від використання цих заходів, то національна економіка постане у не вигідних умовах у порівнянні з іноземними економіками.

Для підтвердження цієї тези звернемо увагу на існуючі в міжнародному економічному праві заборони на експропріацію інвестицій. Причому мова йде, передусім, про виявлення прихованих заходів щодо експропріації інвестицій національних інвесторів та товаровиробників з боку інших держав.

Так, за думкою Пола Камекса та Стефена Кінселла, існує ризик «прихованої або непрямой експропріації». Під цим терміном розуміються такі примусові заходи, які спрямовані на офіційне перешкоджання власнику вільно розпоряджатися власними доходами та зводять інвестора до положення номінального власника. До таких заходів непрямой експропріації можна віднести зростаюче збільшення податків, встановлення «зверху» контролю за перебігом переказу платежів тощо [14, с. 156–157]. Виявлення цих заходів дозволяє своєчасно, у тому числі із застосуванням заходів «економічної дипломатії» ставити питання про поновлення порушених прав національних товаровиробників на зовнішніх ринках.

**Висновки.** З огляду на вищенаведене можна зробити висновок, що Україна, знаходячись у стані гострої конкуренції із іншими країнами за утворення інвестиційно привабливої та такої, що стабільно розвивається, економіки, піклуючись про захист національних товаровиробників та загалом збереження



елементів національного протекціонізму, об'єктивно потребує реального захисту національних економічних інтересів у зовнішньоекономічних відносинах. Цей захист має ґрунтуватися на якомого повному використанні комплексних господарсько-правових заходів підтримки експортоорієнтованих галузей економіки, інноваційного розвитку національних підприємств, обмеження недобросовісного імпорту та застосування інших методів впливу, найбільш дієвих з погляду економіки та допустимих з погляду права, у тому числі міжнародних зобов'язань України.

### Література

1. Науменко В. П. Митне регулювання зовнішньоекономічної діяльності в Україні / В. П. Науменко, П. В. Пашко, В. А. Руссков. — К.: Знання, 2006. — 394 с.
2. Хестанов Р. Эсперанто выходит из моды [Електронний ресурс] / Р. Хестанов // Прогнозис. — 2005. — № 3 (4). — Режим доступу: <http://journal.prognosis.ru/i/1/5.html>
3. Замечания к Хозяйственному кодексу // Юридическая практика. — 2003. — 13 мая (№ 19).
4. Протекціонізм: Матеріал з Вікіпедії — вільної енциклопедії. [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://uk.wikipedia.org/>
5. Где грань здорового протекционизма, за которой защита национального производителя наносит ущерб отечественному потребителю? [Электронный ресурс] // АПТЕКА. — 2000. — № 2 (223). — Режим доступа: <http://www.apteka.ua/archives/223/14310.html>.
6. Дюмулен И. И. Россия на пути во Всемирную Торговую Организацию / И. И. Дюмулен // Внешняя торговля России на рубеже веков / рук. авт. колл. и общ. ред. С. И. Долгов. — М.: Экономика, 2001. — С. 415–443.
7. Мамутов В. К. Украинское Приморье и Донбасс: из прошлого в будущее / В. К. Мамутов. — Донецк: Донецкий краеведческий музей, 1995. — 86 с.
8. Загнітко О. П. Господарсько-правове забезпечення захисту вітчизняного товаровиробника (порівняльно-правове дослідження): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 «господарське право; арбітражний процес» / О. П. Загнітко. — Донецьк, 1999. — 21 с.
9. Зельдина Е. Р. Специальный режим хозяйствования: теоретические вопросы и направления модернизации: монография / Е. Р. Зельдина; НАН Украины. Ин-т экономико-правовых исследований. — Донецк: ООО «Юго-Восток, Лтд», 2007. — 327 с.
10. США: государство — человек — экономика (региональные аспекты) / под ред. Л. Ф. Лебедевой. — М.: Анкил, 2001. — 224 с.
11. Эльянов А. Я. Индустриализация развивающихся стран в интерьере мирохозяйственных связей и Россия / А. Я. Эльянов // Мировая экономика и международные отношения. — 1999. — № 1. — С. 12–24.
12. Про засади внутрішньої і зовнішньої політики: Закон України від 01.07.2010 № 2411-VI // ВВР. — 2010 р. — № 40. — стор. 1452. — стаття 527.
13. Чайковська В. В. Методи нетарифного регулювання зовнішньоекономічної діяльності: господарсько-правові аспекти: Дис. ... канд. юрид. наук 12.00.04. / В. В. Чайковська; ОНУ ім. І. І. Мечникова. — Одеса, 2010. — 212 с.
14. Фархутдинов И. З. Иностранные инвестиции в России и международное право / И. З. Фархутдинов. — Уфа: Изд-во БашГУ, 2001. — 262 с.

### Анотація

**Чайковська В. В. Про захист національних інтересів України при лібералізації зовнішньоекономічної діяльності.** — Стаття.

Стаття присвячена господарсько-правовим заходам, здатним утворити сприятливі умови для експортоорієнтованих галузей економіки, інноваційного розвитку та обмеження недобросовісного імпорту. Обґрунтований зв'язок національного протекціонізму з пошуком найбільш дієвих захо-

дів з погляду економіки та допустимих з погляду права, у тому числі міжнародних зобов'язань України.

*Ключові слова:* господарське право, національні економічні інтереси, зовнішньоекономічна діяльність, національний протекціонізм.

### Аннотация

*Чайковская В. В. О защите национальных интересов Украины при либерализации внешне-экономической деятельности. — Статья.*

Статья посвящена хозяйственно-правовым мерам, способным создать благоприятные условия для экспортоориентированных отраслей экономики, инновационного развития и ограничения недобросовестного импорта. Обоснована связь национального протекционизма с поиском наиболее эффективных экономических мер и допустимых с точки зрения права, в том числе международных обязательств Украины.

*Ключевые слова:* хозяйственное право, национальные экономические интересы, внешнеэкономическая деятельность, национальный протекционизм.

### Summary

*Chaykovska V. V. About the protection of national interests of Ukraine in the period of the liberalization of foreign trade. — Article.*

The article is devoted to the economic and legal measures that can create favorable conditions for export-oriented industries, innovative development and unfair import restrictions. Grounded connection with the search for national protectionist economic measures most effective and acceptable from the standpoint of law, including international obligations.

*Keywords:* economic law, national economic interests, foreign economic activity, national protectionism.

УДК 346.545/546(470+4):336.773

**С. Б. Мельник**

## КРЕДИТНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ В ПРАВЕ РОССИИ И ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА В АСПЕКТЕ СЕКТОРАЛЬНОГО ДЕЙСТВИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО (КОНКУРЕНТНОГО) ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

С позиции банковского законодательства, законодательства о государственном регулировании рынка финансовых услуг, а также антимонопольно-конкурентного законодательства Украины, интересным представляется изучение практики наличия и действия аналогичных правовых предписаний за рубежом. При этом необходимо отметить, что в контексте понимания кредитных организаций в России и ЕС в Украине данный термин не используется (кредитное учреждение имеет иную смысловую нагрузку), вместе с тем и в общих дефинитивных началах банковской системы, например, России, как указано в специальной литературе, также наблюдаются определенные сложности. Кроме этого, антимонопольно-конкурентное законодательство Украины, в отличие, например, от антимонопольного законодательства России, не содержит специальных правил в сфере регулирования деятельнос-

ти банков, функционирования банковской системы; его положения являются едиными для всех секторов (отраслей) экономики. Аналогичная позиция отражена и в части правил ограничения монополизма и поддержания конкуренции в Хозяйственном кодексе Украины [1]. Однако, например, ст. 53 Закона Украины «О банках и банковской деятельности» от 07.12.2000 г. [2] определяет, что банкам запрещается заключать договоры с целью ограничения конкуренции и монополизации условий предоставления кредитов, других банковских услуг, установления процентных ставок и комиссионного вознаграждения. Банку запрещается устанавливать процентные ставки и комиссионные вознаграждения на уровне ниже себестоимости банковских услуг в этом банке. Банку запрещается совершать любые действия по внедрению в своей практике недобросовестной конкуренции. Факты недобросовестной конкуренции по предоставлению банком тех или иных банковских услуг или осуществления операций является основанием для запрета этому банку дальнейшего предоставления таких услуг или осуществления операций. В соответствии со ст. 17 Закона Украины «О финансовых услугах, государственном регулировании рынков финансовых услуг» от 12.07.2002 г. [3] финансовые учреждения осуществляют свою деятельность с учетом требований законодательства о защите экономической конкуренции и законодательства о защите от недобросовестной конкуренции.

Правовое положение кредитных организаций в России и в ЕС в той или иной степени освещалось в трудах Ерпылевой Н. Ю., Ефимовой Л. Г., Курабатова А. Я., Лаутс Е. Б., Пуловой Л. В., Рыбаковой С. В. и др. Исследованию тех или иных вопросов антимонопольного (конкурентного) законодательства также уделялось достаточно внимания учеными, практиками. Однако проблематика отраслевого (секторального) применения данных правовых предписаний в литературе практически не отражалась, за исключением работ Варламовой А. Н. [4].

Поэтому комплексное рассмотрение правового статуса кредитных организаций в России и ЕС представляется весьма интересным, не только с позиции теории, которая, как известно, является фундаментом любого исследования, но и с позиции ее практического наполнения.

Гражданский кодекс Российской Федерации [5] (далее — ГК РФ) содержит категорию «кредитная организация», но не раскрывает ее. Например, в ст. 819 ГК РФ при определении понятия «кредитный договор» законодатель стороной по нему называет банк или иную кредитную организацию (кредитор). Аналогичные положения содержатся также в ст.ст. 834, 845, 861 ГК РФ. Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395–1 «О банках и банковской деятельности» [6] (далее — Закон о банках) в ст. 1 дает определение «кредитная организация» — юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка Российской Федерации (Банка России) имеет право осуществлять банковские операции, предусмотренные настоящим Федеральным законом. Кредитная организация образуется на основе любой

формы собственности как хозяйственное общество. При этом данная категория служит в качестве определяющей для категории «банк»: кредитная организация, которая имеет исключительное право осуществлять в совокупности следующие банковские операции: привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц, размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности, открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц. Соответственно и небанковская кредитная организация, и иностранный банк рассматриваются в качестве видовых категорий к категории родовой — «кредитная организация».

Российское законодательство не содержит определения родового понятия «кредитная организация», которое было бы самостоятельным по отношению к термину «банк»... Для решения указанной проблемы представляется обоснованным вначале выяснить, что представляют собой кредитные организации с точки зрения своей экономической деятельности (экономическое понятие кредитной организации), а затем уяснить, соответствует ли оно легальному определению кредитной организации по российскому и зарубежному законодательству на примере основанной кредитной организации — банка. При этом допустимо предположить, что признаки кредитной организации и банка в основных чертах совпадают... Таким образом, как пишет Л. Г. Ефимова, нами получено широкое понятие кредитных организаций (экономическое понятие кредитной организации). Ими следует считать все организации, которые в качестве основной предпринимательской деятельности профессионально занимаются предоставлением кредитов (займов). Предметом их деятельности являются различные финансовые активы (деньги, ценные бумаги, драгоценные металлы). При таком понимании в группу кредитных организаций попадают ломбарды [7, с.с. 20, 21, 22, 23].

Кредитные организации, не входящие в банковскую систему («неформальные» кредитные организации), можно определить как большую группу разнородных юридических лиц, которые на постоянной профессиональной основе занимаются любыми банковскими операциями, но по разным причинам не входят в банковскую систему. В эту категорию попадают неформальные кредитные организации двух видов: организации, занимающиеся предоставлением кредитов (займов), которые отвечают сформулированному выше экономическому понятию кредитной организации, и организации, которые осуществляют другие банковские операции, главным образом, безналичные расчеты. Правовое положение указанных организаций различно и может быть рассмотрено только одновременно с учетом каждой разновидности в отдельности [7, с.с. 55, 56]. Однако здесь необходимо отметить, что, например, ст. 13<sup>1</sup> Закона о банках утратила силу в связи с принятием Закона РФ от 27 июня 2011 г. № 162-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О национальной платежной системе» [8].

С другой стороны, С. В. Рыбакова, например, указывает, что на первый взгляд может показаться, что словосочетание «кредитная организация» одина-

ково применимо как к банкам, так и к ломбардам и кредитным потребительским союзам, но не используется в отношении к организациям инкассации и расчетным центрам. Однако отечественный законодатель сформулировал понятие кредитной организации как организации, осуществляющей банковские операции, к каковым нельзя отнести операции, проводимые ломбардами и кредитными союзами граждан. Иными словами, термин «кредитная организация» является формально определенным, в связи с чем употребление словосочетания «кредитная организация» всегда должно сопровождаться оговоркой, в каком значении оно используется [9, с. 182].

Автор книги «Банковское право. Т.1: Банковская система Российской Федерации» — Л. Г. Ефимова выделяет и легальное определение кредитной организации. В последнем контексте термин «кредитная организация» является родовым. Он определяется как такое юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка Российской Федерации (Банка России) имеет право осуществлять банковские операции, предусмотренные законом о банках. Кредитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное общество. Таким образом, для определения кредитной организации российский Закон о банках предлагает традиционные признаки кредитной организации (банка), которые были выявлены и при анализе иностранного законодательства. То есть кредитная организация — 1) юридическое лицо, которое 2) занимается предпринимательской деятельностью в виде банковских операций, перечисленных законодателем в специальном законе, 3) и имеет лицензию Банка России. Как и иностранное законодательство, Закон о банках предлагает формальное определение кредитной организации. Оно зависит только от воли законодателя и может быть изменено в любой момент [10, с. 248].

Из анализа легального определения следует, что существенными признаками кредитной организации являются: 1) наличие статуса юридического лица, т. е. организации, которая имеет в собственности обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам этим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде (п. 1 ст. 48 ГК); 2) извлечение прибыли как основной цели деятельности кредитной организации, что в соответствии с гражданским законодательством позволяет отнести последнюю к коммерческим организациям (п. 1 ст. 50 ГК). При этом кредитная организация может быть создана только в форме хозяйственного общества, для которого свойственно «объединение капиталов» участников кредитной организации, которые имеют по отношению к данной организации обязательственные права. Хозяйственные общества согласно п. 3 ст. 66 ГК могут создаваться в строго определенных формах: в форме АО (открытого или закрытого), ООО или общества с дополнительной ответственностью; 3) образование на основе любой формы собственности, а именно: частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности (ч. 2 ст. 8 Конституции РФ, п. 1 ст. 212 ГК); 4) нали-

чие лицензии как специального разрешения Банка России (ст. 13 Закона о банках); 5) обладание правом осуществлять банковские операции, перечисленные в ч. 1 ст. 5 Закона о банках. Закон о банках содержит и иные признаки кредитной организации, которые формируют ее статус. А именно: 1) запрет кредитной организации заниматься производственной, торговой и страховой деятельностью (ч. 6 ст. 5 Закона о банках); 2) кредитная организация является одним из элементов банковской системы РФ (ст. 2 Закона о банках). Кредитные организации образуют нижний (второй) уровень банковской системы РФ.

Таким образом, понятие кредитной организации является родовым по отношению к понятиям банка и небанковской кредитной организации, что следует иметь в виду при работе с нормативными актами, регулирующими банковскую деятельность: использование в отношении российского законодательства формулировок «коммерческий банк», «кредитное учреждение» и прочих является некорректным [11, с.с. 207, 208, 209].

Е. Б. Лаутс пишет, что на верхнем уровне банковской системы находится единственный субъект — Банк России, на нижнем — кредитные организации. Среди указанных субъектов профессиональными предпринимателями (коммерческими организациями) являются только кредитные организации, которые осуществляют банковскую деятельность в целях извлечения прибыли. ...кредитная организация — это хозяйственное общество, имеющее исключительное право на основании специального разрешения (лицензии) Банка России осуществлять банковскую деятельность [12, с.с. 785, 786].

Следовательно, понятие кредитной организации имеет как теоретическое, так и законодательное выражение. Правовое научное осмысление необходимо производить с учетом различных сфер знаний, в первую очередь, экономических. Сущностное выражение данной категории формировалось постепенно, поэтому имеет и свои исторические аспекты [13, 14], сложившиеся представления, что должно учитываться и в правоприменительной практике.

Можно констатировать, что в специальной литературе ученые, практики, рассматривая вопрос о правовом положении кредитных организаций, чаще останавливаются на легальном, содержащемся в ст. 1 Закона о банках, определении кредитной организации [15, с. 57; 16, с. 303; 17, с.с. 73, 44; 18]. Исследуемая правовая категория оценивается также с позиции выявления сущностных признаков кредитных организаций, содержащихся как непосредственно в легальной дефиниции, так и путем системного анализа — в законодательстве; уяснения понятий, входящих структурно в легальное определение; установления видового разнообразия кредитных организаций. При этом следует отметить, что продемонстрированное выше определение, например, правовой категории (как и любой другой) через эту же категорию не приводит к ее пониманию, установлению должного содержательного наполнения. В данном случае речь скорее может идти о видовом разнообразии кредитных организаций.

Представляется, что легальная дефиниция «кредитная организация» может быть уточнена путем исключения из ее содержания ссылки на банковские операции, с помощью внесения изменений не только в ст. 1 Закона о банках, но

и в ст. 5 данного законодательного акта, назвав ее «Сделки кредитной организации», с выделением среди них перечня, который может быть отнесен к исключительному праву на осуществление их таким видом кредитных организаций, как банки. Данная позиция обеспечивается также существующими легальными определениями не только кредитной организации, но и банка, небанковской кредитной организации в соответствии со ст. 1 Закона о банках.

Российский законодатель также указывает по сути скорее не видовое разнообразие кредитных организаций, сколько устанавливает через него специальные правила функционирования кредитных организаций: в зависимости от их видов. Так, как минимум, четыре критерия классификации кредитных организаций можно выделить в результате анализа ст. 1 Закона о банках. Первым критерием является предоставляемый законодательством и нормативными актами Банка России допустимый перечень осуществляемых банковских операций. Вторым можно назвать установленное в законодательстве разнообразие форм собственности, на основании которых могут образовываться кредитные организации. Третьим критерием выступает форма хозяйственного общества, в которой создается кредитная организация. В качестве четвертого можно назвать «национальность» («личный закон», «личный статус») юридического лица, по правилу места его регистрации [19, с. 224].

Кредитные организации бывают двух видов: банки и небанковские кредитные организации. При этом в российской банковской системе традиционно больше банков, чем небанковских кредитных организаций. Если банков в России зарегистрировано около 1100 (действующих — около 1000), то небанковских кредитных организаций — всего около 50 [12, с. 786].

В Стратегии развития банковского сектора Российской Федерации на период до 2015 года указано, что, как показывает международный опыт, одним из направлений... является развитие системы некредитных организаций, прежде всего кредитной кооперации и микрофинансирования, а также ломбардов. Кредитные кооперативы и микрофинансовые организации, как отмечено в Стратегии, не осуществляют банковские операции и не являются кредитными организациями. Целью таких некредитных организаций является финансовое обеспечение деятельности граждан, индивидуальных предпринимателей и предприятий малого бизнеса. Применяемые указанными организациями процедуры по выдаче ссуд и предоставлению займов менее формализованы и зарегулированы, по сравнению с процедурой банковского кредитования, и основываются на непосредственном взаимодействии с клиентом, его бизнесом и социальным окружением, на конкретном его анализе финансовых потребностей и возможностей [20].

В Европейском Союзе так называемая Первая банковская директива (или Первая директива по банковскому делу [21, с. 242]) — Директива ЕС «О координации законов, правил и административных положений, регулирующих организацию и ведение бизнеса кредитных организаций» от 12 декабря 1977 г. (77/780/ЕЕС) [22] дала определение понятия «кредитная организация»: предприятие, чья деятельность заключается в привлечении депозитов (вкладов) или

других средств на возвратной основе от населения и в выдаче кредитов от своего имени и за свой счет. Таким образом, ключевой характеристикой кредитной организации данная директива признает прием депозитов и выдачу кредитов и установила требование обязательного лицензирования банковской деятельности [23].

«Европейский банковский кодекс» (European Banking Act) — Директива ЕС от 20 марта 2000 г., относящейся к организации и ведению бизнеса кредитных организаций, (2000/12/ЕС) [24] подтвердил общее определение понятия кредитной организации, разработанное в Первой банковской директиве, а также распространил его на понятие электронной валютной организации (предприятие или любое другое юридическое лицо, которое выпускает средства платежа в форме электронных денег).

Обновленная редакция Европейского банковского кодекса — Директива ЕС от 14 июня 2006 г., относящейся к организации и ведению бизнеса кредитных организаций, (2006/48/ЕС) [25] (далее — Директива № 48) в редакции Директивы от 16 сентября 2009 г. (2009/111/ЕС) [26] однозначно утверждает, что банковская деятельность может осуществляться только при наличии у кредитной организации лицензии (ст. 6), выдача которой обусловлена следующими требованиями: уставный капитал кредитной организации не может быть менее 5 млн евро (п. 1 ст. 9); в кредитной организации работают как минимум два лица, способных эффективно вести банковский бизнес, имеющих хорошую репутацию и достаточный профессиональный опыт (п. 1 ст. 11); кредитная организация должна раскрыть информацию о своих акционерах и участниках, которые прямо или косвенно имеют квалифицированную долю в уставном капитале, а также размер этой доли (под квалифицированной долей (*qualifying holding*) понимается прямое или косвенное участие в капитале предприятия, которое представлено 10 % или более капитала или прав голоса, либо участие, дающее возможность оказывать значительное влияние на управление данным предприятием (п. 11 ст. 4).) (п. 1 ст. 12); кредитная организация вправе получить лицензию на осуществление банковских операций не позднее 12 месяцев с момента представления своего ходатайства в надзорный орган (ст. 13); информация о каждой выданной банковской лицензии передается в Европейскую комиссию (ст. 14); Директива также подтверждает принцип единой банковской лицензии, говоря о том, что не требуется лицензирования деятельности филиалов кредитных организаций, получивших банковскую лицензию на территории какого-либо государства — члена ЕС (ст. 16). При этом Директива содержит закрытый перечень из пяти оснований для отзыва лицензии надзорными органами государства происхождения (п. 1 ст. 17); Директива устанавливает, что кредитная организация, лицензированная на территории какого-либо государства — члена ЕС, вправе открыть филиал на территории другого государства-члена в уведомительном порядке (п. 1 ст. 25), однако порядок такого уведомления отличается от действовавшего ранее (ныне кредитная организация, желающая открыть филиал, направляет уведомление компетентным надзорным органам того государства, где она была лицензирована. Последние в



течение трех месяцев с момента получения комплекта документов направляю соответствующее уведомление компетентным надзорным органам того государства, в котором предполагается открытие филиала. В течение двух месяцев с момента получения уведомления надзорные органы государства пребывания должны подготовиться к осуществлению надзорных функций за таким филиалом и при необходимости определить условия его функционирования. По получении уведомления от надзорных органов государства пребывания или по истечении двухмесячного срока филиал может быть открыт и может начать свою деятельность (п. 3 ст. 25; п.п. 1–2 ст. 26)). Филиалы кредитных организаций третьих стран могут открываться лишь с разрешения компетентных надзорных органов. Информация об этом должна быть передана в Европейскую комиссию и Европейский банковский комитет (последний был создан вместо Банковского консультативного комитета) (п.п. 1–2 ст. 38). Любое физическое или юридическое лицо, намеревающееся приобрести квалифицированную долю в уставном капитале кредитной организации, обязано уведомить об этом компетентные надзорные органы. Аналогичное уведомление должно быть сделано и в том случае, когда данное лицо намерено увеличить свою квалифицированную долю до 20 %, 33 или 50 %, либо когда речь идет о превращении кредитной организации в дочернюю организацию данного лица (п. 1 ст. 19). Кредитная организация не имеет права иметь квалифицированную долю, превышающую 15 % от размера собственных средств, в капитале предприятия, которое не является кредитной организацией, финансовой организацией, либо организацией, ведущей сопутствующую банковской деятельность, такую как лизинг, факторинг, трастовое управление или процессинговые услуги (п. 1 ст. 120). Совокупная величина вышеупомянутых квалифицированных долей не должна превышать 60 % от размера собственных средств кредитной организации (п. 2 ст. 120) [23].

При применении Федерального закона от 4 мая 2010 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» [27] следует учитывать, что положения Закона о лицензировании не применяются к отношениям, связанным с осуществлением лицензирования: 1) использования атомной энергии; 2) производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции; 3) деятельности, связанной с защитой государственной тайны; 4) деятельности кредитных организаций; и ряда других видов (ст. 1). Лицензирование указанных видов деятельности осуществляется в порядке, установленном федеральными законами, регулирующими отношения в соответствующих сферах деятельности. Вопросам лицензирования в Законе о банках отведено место в ст.ст. 1, 5, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 35. Одной из важных особенностей лицензии на осуществление банковских операций является то, что она выдается без ограничения сроков ее действия.

В соответствии с Инструкцией Банка России от 2 апреля 2010 г. № 135-И «О порядке принятия Банком России решения о государственной регистрации кредитных организаций и выдаче лицензий на осуществление банковских операций» [28] для государственной регистрации кредитной организации и получения лицензии на осуществление банковских операций наряду с иными до-

кументами должна быть представлена надлежащим образом заверенная копия документа, выданного федеральным антимонопольным органом и подтверждающего удовлетворение ходатайства о даче согласия на создание кредитной организации (если в соответствии с федеральными законами создание кредитной организации требует предварительного согласия федерального антимонопольного органа). Если в соответствии с федеральными законами создание кредитной организации осуществляется с последующим уведомлением федерального антимонопольного органа, в территориальное учреждение Банка России по местонахождению кредитной организации должна быть представлена надлежащим образом заверенная копия соответствующего уведомления, а также надлежащим образом заверенная копия уведомления федерального антимонопольного органа, направленного в соответствии с ч. 2 ст. 31 Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» [29] (далее — Закон о конкуренции).

Статьей 32 Закона о банках кредитным организациям запрещается заключать соглашения и осуществлять согласованные действия, направленные на монополизацию рынка банковских услуг, а также на ограничение конкуренции в банковском деле. Приобретение акций (долей) кредитных организаций, а также заключение соглашений, предусматривающих осуществление контроля за деятельностью кредитных организаций (групп кредитных организаций), не должны противоречить антимонопольным правилам. Соблюдение антимонопольных правил в сфере банковских услуг контролируется федеральным антимонопольным органом и его территориальными органами совместно с Банком России.

Кроме этого, например, в России Закон о конкуренции содержит специальные правила относительно кредитных организаций. В рамках данного законодательного акта они отнесены к финансовым организациям, оказывающим финансовые услуги (ст. 4). Так, установлены специальные положения относительно: признания доминирующего положения кредитных организаций (ст. 5); ограничений в допустимости «вертикальных» соглашений (ст. 11.1); особенностей заключения договоров с финансовыми организациями (ст. 18); особенностей государственного контроля за экономической концентрацией с участием финансовых организаций (гл. 7); и другое [30].

Таким образом, правовая проблематика установления понятия, видов, в целом правового статуса кредитных организаций (финансовых организаций, банковских учреждений) как в России, в Европейском Союзе, так и в Украине, должна разрешаться путем комплексного анализа действующего не только специального, но и общего законодательства, к которому, в том числе, следует в данном контексте отнести антимонопольное (конкурентное, антимонопольно-конкурентное) законодательство. Изучение и дальнейшее развитие (модернизация) последнего также должны строиться с учетом его секторального (экономически отраслевого) действия. Направления такого исследования в одних случаях отражены в самом законодательстве, в иных — диктуются экономическими реалиями.

*Литература*

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, № 19–20, № 21–22. — Ст. 144.
2. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 07.12.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 5–6. — Ст. 30.
3. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12.07.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 1. — Ст. 1.
4. См., например, Варламова А. Н. Конкурентное право России / Варламова А. Н. — М.: ИКД «Зерцало-М», 2008. — 568 с.; Варламова А. Н. Правовое обеспечение развития конкуренции: Учебное пособие / Варламова А. Н. — М.: Статут, 2010. — 301 с.
5. Гражданский кодекс Российской Федерации. Части первая, вторая, третья и четвертая. — М.: Проспект, КноРус, 2011. — 544 с.
6. Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395–1 в редакции Федерального закона от 3 февраля 1996 г. № 17–93 «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР» // СЗ РФ. — 1996. — № 6. — Ст. 492.
7. Кредитные организации в России: правовой аспект / [Беляева О. А., Вишневский А. А., Ефимова Л. Г. и др.]; отв. ред. Е. А. Павлодский. — М.: Волтерс клувер, 2006. — 624 с.
8. Федеральный закон от 27 июня 2011 г. № 162-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О национальной платежной системе» // СЗ РФ. — 2011. — № 27. — Ст. 3873.
9. Рыбакова С. В. Правовая природа отдельных видов кредитных организаций / Рыбакова С. В. // Правовая политика и правовая жизнь. — 2003. № 4. — С. 176–182.
10. Ефимова Л. Г. Банковское право. Т.1: Банковская система Российской Федерации / Ефимова Л. Г. — М.: Статут, 2010. — 404 с.
11. Банковское право: учебник для магистров / [Алексеева Д. Г., Андропова Т. А., Ефименко Е. Н. и др.]; под ред. Д. Г. Алексеевой, С. В. Пыхтина. — [3-е изд., перераб. и доп.]. — М.: Издательство Юрайт, 2012. — 1055 с.
12. Корпоративное право: Учебный курс: учебник / [Афанасьева Е. Г., Бакшинская В. Ю., Губин Е. П. и др.]; отв. ред. И. С. Шиткина. — М.: КНОРУС, 2011. — 1120 с.
13. Мехряков В. Д. История кредитных учреждений и современное состояние банковской системы России / Мехряков В. Д. / научная ред. д. э. н. А. И. Архипова. — М., 1995.
14. Коновалова М. И. Возникновение, формирование и структура банковской системы России / Коновалова М. И. // Актуальные проблемы российского права. — 2011. — № 1 (18). — С. 97–104.
15. Ершова И. В., Иванова Т. М. Предпринимательское право: Учебное пособие / И. Ершова, Т. Иванова. — М.: Юриспруденция, 1999. — 336 с.
16. Российское предпринимательское право: учебник / [Алексеева Д. Г., Андреева Л. В., Андреев В. К. и др.]; отв. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова. — М.: Проспект, 2011. — 1072 с.
17. Курбатов А. Я. Банковское право России: учебник для магистров / Алексей Янович Курбатов. — М.: Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2012. — 525 с.
18. Пулова Л. В. Кредитные организации. Виды кредитных организаций / Пулова Л. В. // Банковское право. — 2008. — № 1. — С. 14–19.
19. Международное частное право: учеб. / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.]; отв. ред. Г. К. Дмитриева. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. — 688 с.
20. Стратегия развития банковского сектора Российской Федерации на период до 2015. Приложение к проекту Заявления Правительства Российской Федерации и Центрального банка Российской Федерации // режим доступа: [www.nwab.ru/content/data/store/images/f\\_136\\_20957\\_2.doc](http://www.nwab.ru/content/data/store/images/f_136_20957_2.doc)
21. Татам Алан. Право Европейского Союзу: Підручник для студентів вищих навчальних закладів / Переклад з англійської. / Алан Татам. — К.: «Абрис», 1998. — 424 с.
22. Директива ЕС «О координации законов, правил и административных положений, регулирующих организацию и ведение бизнеса кредитных организаций» от 12 декабря 1977 г. (77/780/ЕЕС) // Official Journal of the European Communities. — № L 322. 14.01.1978. — P. 18–20.

23. Ерпылева Н. Ю. Европейское банковское право: современные тенденции пруденциального банковского регулирования / World Trade Organization / Финансовая аналитика // Режим доступа: <http://finanal.ru/013/evropeiskoe-bankovskoe-pravo-sovremennye-tendentsii-prudentsialnogo-bankovskogo-regulirovaniya?page=0,0>
24. Директива ЕС от 20 марта 2000 г. (2000/12/EC) // Official Journal of the European Communities. — № 1. 126. 26.05.2000. — Р. 1–59.
25. Директива ЕС от 14 июня 2006 г. (2006/48/EC) // Official Journal of the European Union. — № 1. 177. 30.06.2006. — Р. 1–200.
26. Директива от 16 сентября 2009 г. (2009/111/EC) // Official Journal of the European Union. — № 1. 302. 17.11.2009. — Р. 97–119.
27. Федеральный закон от 4 мая 2010 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» // СЗ РФ. — 2010. — № 19. — Ст. 2716.
28. Инструкция Банка России от 2 апреля 2010 г. № 135-И «О порядке принятия Банком России решения о государственной регистрации кредитных организаций и выдаче лицензий на осуществление банковских операций» // Вестник Банка России. — № 23 от 30 апреля 2010 г.
29. Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ 2006. — № 31. — Ст. 3434.
30. См., например: Никищенкова Л. В. Понятие и конкурентная специфика рынка услуг, оказываемых кредитными организациями / Никищенкова Л. В. // Вестник СГАП. — 2011. — № 2 (78). — С. 122–125; Никищенкова Л. В. Соглашения и согласованные действия с участием кредитных организаций как вид монополистической деятельности / Никищенкова Л. В. // Вестник СГАП. 2011. — № 3 (79). — С. 161–165.

### Аннотация

**Мельник С. Б. Кредитные организации в праве России и Европейского Союза в аспекте секторального действия антимонопольного (конкурентного) законодательства. — Статья.**

В статье рассматриваются общие вопросы правового положения кредитных организаций в России и Европейском Союзе. Особое внимание уделено влиянию антимонопольных (конкурентных) правил на формирование правового статуса данных организаций.

**Ключевые слова:** правовой статус кредитной организации, понятие кредитной организации, виды кредитных организаций, антимонопольные (конкурентные) правила для кредитных организаций.

### Анотація

**Мельник С. Б. Кредитні організації в праві Росії і Європейського Союзу в аспекті секторальної дії антимонопольного (конкурентного) законодавства. — Стаття.**

Стаття присвячена розгляду загальних питань правового положення кредитних організацій в Росії і Європейському Союзі. Особлива увага приділена впливу антимонопольних (конкурентних) правил на формування правового статусу цих організацій.

**Ключові слова:** правовий статус кредитної організації, поняття кредитної організації, види кредитних організацій, антимонопольні (конкурентні) правила для кредитних організацій.

### Summary

**Melnyk S. Credit organizations in the law of Russia and the European Union in the aspect of a sector effect of the antimonopoly (competition) legislation. — Article.**

The article covers general issues of the credit organizations' legal status in Russia and the European Union. Special attention is given to the influence of the antimonopoly (competition) rules on the formation of the legal status of the above-mentioned organizations.

**Keywords:** legal status of a credit organization, the notion of a credit organization, the types of credit organizations, antimonopoly (competition) rules for credit organizations.

## ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ОКРЕМИХ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ЕКОЛОГІЧНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН

**Актуальність дослідження.** Відповідно до ст. 8 Загальної декларації прав людини кожна людина має право на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами в разі порушення її основних прав, наданих їй Конституцією або законом. Одним із способів захисту цивільних прав та інтересів, відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України, є визнання права. Даний спосіб, серед низки інших загальних способів захисту, посідає перше місце, що не є випадковим, оскільки тим самим законодавець підкреслює його виняткову важливість і значущість. Ст. 16 ЦК України, гарантуючи кожній особі можливість захистити належне їй право шляхом його визнання, будь-яких спеціальних приписів щодо його визначення, переліку прав, при захисті яких є можливим застосування даного способу, підстав та умов його застосування не містить.

Незважаючи на те, що визнанню права приділяється значна увага вчених галузевих юридичних наук, низка правових питань, пов'язаних із його застосуванням, на сьогодні врегульовані не в достатній мірі. У свою чергу, невизначеність питань щодо застосування даного способу ускладнює, в цілому, і механізм захисту екологічних прав громадян України, що і зумовило доцільність звернення до розгляду зазначеної проблематики у рамках спеціальної статті.

Серед вітчизняних і російських фахівців, що займалися дослідженням окремих аспектів захисту екологічних прав громадян, необхідно відзначити таких як: Г. В. Анісімова, В. Л. Бредіхіна, М. І. Васильєва, І. І. Каракаш, Н. Р. Кобецька, М. В. Краснова, І. О. Краснова, Л. П. Решетник, Г. О. Третьякова та ін.

Значні доробки з питань застосування визнання права як способу захисту прав існують у сучасній науці цивільного процесуального права в аспекті дослідження правових питань, пов'язаних з класифікацією позовів.

Зокрема, С. А. Іванова пропонує поділяти позови, в залежності від процесуальної мети, на позови про присудження та позови про визнання. На думку вченої, особливістю позовів про присудження є те, що в них «...як би відбувається поєднання двох вимог: про визнання спірного права з наступною вимогою про присудження відповідача до виконання обов'язку...», тоді як «призначення позовів про визнання полягає в тому, щоб усунути спірність і невизначеність права. Відповідач у випадку пред'явлення до нього позову про визнання не примушується до здійснення будь-яких дій на користь позивача» [1].

Не погоджуючись з класифікацією позовів за процесуальною ознакою, Г. Л. Осокіна наполягає на доцільності класифікації позовів в залежності від способу захисту порушеного чи оспорюваного права (інтересу) на: позови про присудження, позови про визнання, перетворювальні і превентивні позови. Спосіб захисту права (інтересу), будучи предметом позову, представляє собою його суттєву і невід'ємну ознаку і саме він дозволяє розбити позови на окремі

групи (класи). Позови про визнання, як зазначає вчена, завжди спрямовані на встановлення наявності чи відсутності спірного правовідношення [2].

Схожою до вищенаведеної є класифікація позовів, запропонована Є. Г. Пушкар, відповідно до якої, в залежності від способу процесуального захисту, позови поділяються на позови про присудження, позови про визнання і перетворювальні позови. Метою позивача при зверненні до суду з позовом про визнання права є усунення сумнівів відносно існування правовідносин. При цьому позови про визнання, як зазначає вчений, пред'являються в тих випадках, коли порушення права позивача, як правило, немає, однак між сторонами виникли сумніви щодо існування чи відсутності між ними відносин, які мають правові наслідки [3].

У цілому, в юридичній літературі, як правило, підстави визнання права пов'язують з його оспоруванням та (або) невизнанням. Вважається, що визнання права як способу захисту цивільних прав спрямовано на зняття сумнівів у належності права тій чи іншій особі. З позицій як процесуального, так і матеріального права визнання його способом захисту передбачає, перш за все, наявність самого суб'єктивного цивільного права (оспоруваного чи такого, що потребує захисту на інших підставах) і не може виявлятися в наділенні їм особи, що звернулася до суду з відповідною вимогою [4]. У всіх випадках звернення за судовим захистом порушеного суб'єктивного права суд перевіряє існування правових підстав для такого звернення, насамперед, з погляду наявності в особі, яка подає позов, самого права, тобто прямо або побічно робить висновок про володіння позивачем тим суб'єктивним правом, що давало б йому підстави для його захисту [5]. Названі наукові підходи, на нашу думку, є цілком оправданими, оскільки застосувати визнання права як спосіб його захисту щодо права, яке ще не виникло, достатньо складно, а отже, визнання права як спосіб його захисту підлягає застосуванню лише щодо вже існуючого права.

Щодо підстав застосування визнання права як способу його захисту, то у правовій доктрині не виключається можливість його застосування й у разі порушення права. Так, на думку Н. К. Мясникової позов про визнання може ґрунтуватися на фактах порушення, але стан права при цьому такий, що в ньому є присутнім елемент спірності, невизначеності [6].

Позов про визнання може слугувати засобом захисту права, яке порушено, і, на думку С. А. Іванової, коли необхідно внести ясність не тільки в спірне правовідношення, але й усунути порушення суб'єктивного права позивача. При цьому вчена зазначає про можливість визнання не тільки спірного права, але й спірного обов'язку [1].

О. П. Сергеев необхідність у визнанні суб'єктивного права як способу його захисту вбачає тоді, коли наявність у особи певного суб'єктивного права піддається сумніву, суб'єктивне право оспорується, заперечується чи є в наявності реальна загроза таких дій [7]. Зазначений спосіб захисту і на думку І. О. Дзери, за загальним правилом, не пов'язаний з безпосереднім порушенням права особи. Відповідно, метою подання позову про визнання права, як зазначає вчена, є усунення невизначеності у суб'єктивному праві, належному особі, а також створення сприятливих умов для здійснення суб'єктивного права особою [8].

При дослідженні визнання права як одного із способів захисту прав на земельні ділянки М. В. Краснова зазначає, що необхідність у застосуванні даного способу захисту виникає тоді, коли в інших осіб виникають сумніви щодо наявності у особи певного суб'єктивного земельного права, а також якщо суб'єктивне право оспорується, заперечується чи створюється неможливість реалізації позивачем свого права власності на земельну ділянку чи права користування нею через наявність таких сумнівів, чи відсутність або втрату належних правовстановлюючих документів на таку земельну ділянку [9].

Отже, проведений аналіз засвідчує, що переважна більшість науковців підстави застосування визнання права як способу його захисту пов'язують з його оспоруванням та (або) невизнанням. І така точка зору для галузевих юридичних наук є домінуючою.

У контексті вищевикладеного більш переконливою вважаємо позицію тих вчених, які обґрунтовують необхідність застосування визнання права як способу його захисту не лише у разі його оспорування, невизнання чи загрози вчинення таких дій, а й у випадках порушення права, що, в свою чергу, гарантуватиме усунення усіх перешкод та створення належних умов для здійснення та реалізації особою суб'єктивного права, в тому числі і екологічних прав громадян.

Необхідною умовою для застосування визнання права як способу його захисту є наявність спору про право. Пред'явлення позову про визнання права, як вірно зазначає Д. Н. Латипов, є можливим тільки при наявності спору про право, для вирішення якого необхідна наявність спеціальної владної (судової) компетенції, на підставі чого вчений приходить до вірного висновку щодо реалізації визнання права як способу захисту прав тільки в юрисдикційній судовій формі [10].

Визнання екологічних прав громадян України як спосіб їх захисту набув широкого вжитку у судовій практиці і є прийнятним, як правило, щодо захисту переважної більшості екологічних прав громадян України. Виняток із даного правила може складати хіба що неможливість його застосування щодо захисту права на безпечне для життя і здоров'я довкілля, оскільки «...особливість захисту права громадян на безпечне навколишнє середовище полягає в тому, що воно не потребує визнання його судом або іншими особами, тому що воно вже закріплено і визнане в загальнодержавному масштабі як природне і невід'ємне право. Тому громадянином даний спосіб судового захисту може бути використаний у випадку виникнення особливої необхідності» [11].

Вважаємо, що визнання екологічних прав громадян України як спосіб їх захисту займає самостійне місце серед загальних еколого-правових способів захисту і підлягає застосуванню як самостійно, так і шляхом поєднання з іншими способами захисту, зокрема, з відшкодуванням шкоди. Названий спосіб захисту може слугувати підґрунтям для застосування, в подальшому, й інших еколого-правових способів захисту екологічних прав громадян України.

На відміну від п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України, що закріплює визнання права як спосіб його захисту, ч. 3 ст. 11 Закону України «Про охорону навколиш-

нього природного середовища» гарантує громадянам поновлення їх прав у галузі охорони навколишнього природного середовища у разі їх порушення. За викладених обставин важливим правовим питанням, що потребує наукового осмислення, є питання співвідношення визнання права, передбаченого п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України, та поновлення прав громадян у галузі охорони навколишнього природного середовища, передбаченого ч. 3 ст. 11 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища».

Окрім вказівки щодо можливості поновлення екологічних прав у галузі охорони навколишнього природного середовища, екологічне законодавство не надає легального визначення названого способу захисту та не містить приписів щодо умов його застосування. Аналіз положень ч. 3 ст. 11 екологічного закону дає змогу дійти висновку лише щодо прав, які підлягають захисту, такими правами є екологічні права у галузі охорони навколишнього природного середовища, та підстав щодо застосування досліджуваного способу, якими є порушення названих прав.

Натомість, ст. 276 ЦК України містить правові приписи щодо поновлення порушеного особистого немайнового права, відповідно до положень якої орган державної влади, орган влади Автономної Республіки Крим, орган місцевого самоврядування, фізична особа або юридична особа, рішеннями, діями або бездіяльністю яких порушено особисте немайнове право фізичної особи, зобов'язані вчинити необхідні дії для його негайного поновлення. Якщо дії, необхідні для негайного поновлення порушеного особистого немайнового права фізичної особи, не вчиняються, суд може постановити рішення щодо поновлення порушеного права, а також відшкодування моральної шкоди, завданої його порушенням.

Аналіз вищезазначених законодавчих приписів надає змогу виділити наступні характерні ознаки досліджуваного способу захисту прав: а) поновлення права як спосіб його захисту, передбачений спеціальною правовою нормою цивільного законодавства, що слугує приводом трактувати його як спеціальний спосіб захисту прав; б) єдиною підставою для застосування досліджуваного способу захисту є порушення права, що, в свою чергу, виключає можливість застосування поновлення права у разі його оспорування, невизнання чи загрози вчинення таких дій; в) порушення права відбувається внаслідок рішень, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, фізичної або юридичної особи; г) можливість застосування досліджуваного способу захисту права як безпосередньо органом державної влади, органом влади Автономної Республіки Крим, органом місцевого самоврядування, фізичною або юридичною особою, рішеннями, діями або бездіяльністю яких порушено право, так і судом у разі невчинення вищезазначеними органами і особами дій, спрямованих на поновлення порушеного права.

З урахуванням положень ст. 276 ЦК України вважаємо, що розуміння поновлення прав громадян у галузі охорони навколишнього природного середовища, закріпленого у ч. 3 ст. 11 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», у контексті визнання права, передбаченого п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України, не є доцільним та обґрунтованим, оскільки за обсягом та



змістом вони не співпадають. Вважаємо, що визнання прав як спосіб їх захисту, передбачений п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України, та поновлення як спосіб захисту прав громадян у галузі охорони навколишнього природного середовища, передбачений ч. 3 ст. 11 екологічного закону, хоча і пов'язані між собою, однак не є тотожними, оскільки різняться як за умовами застосування, так і за органами, уповноваженими на їх застосування. Щодо один одного, названі способи захисту є самостійними, що належать до загальних еколого-правових способів захисту екологічних прав громадян України.

З метою усунення існуючої невизначеності пропонуємо еколого-правові способи захисту екологічних прав громадян України, окрім їх визнання, доповнити і таким способом захисту, як поновлення екологічних прав громадян шляхом включення даного способу до узагальненого переліку еколого-правових способів захисту екологічних прав громадян, передбачивши в окремій правовій нормі особливості та умови його застосування.

Поновлення як спосіб захисту екологічних прав громадян України є прийнятним для застосування при захисті переважної більшості екологічних прав громадян України, прикладом чого слугуватимуть матеріали наступної судової справи. Міжнародна благодійна організація «Екологія — Право — Людина» звернулася до Господарського суду Львівської області з позовом до Міністерства охорони навколишнього природного середовища про визнання протиправними дій відповідача, що знайшли свій вияв у порушенні терміну вивчення запиту № 4 від 5 січня 2006 року на можливість його задоволення, неповідомленні запитувача на предмет можливості чи неможливості задоволення запиту, порушенні терміну задоволення запиту, ненаданні копії обов'язкової частини відкритого офіційного документу та про поновлення порушеного права позивача на інформацію шляхом зобов'язання відповідача надати Міжнародній благодійній організації «Екологія — Право — Людина» копію наукової еколого-експертної оцінки ОВНС робочого проекту «Створення глибоководного суднового ходу Дунай — Чорне море на українській ділянці дельти. Повний розвиток».

Постановою Господарського суду Львівської області від 15 червня 2006 р. у справі № 2/415–23/67 у задоволенні позову відмовлено повністю. Постановою Львівського апеляційного господарського суду від 17 січня 2007 р. апеляційну скаргу Міжнародної благодійної організації «Екологія — Право — Людина» задоволено, постанову Господарського суду Львівської області від 15 червня 2006 року скасовано. Прийнято нову постанову, відповідно до якої дії відповідача визнано протиправними, порушене право позивача на інформацію поновлено шляхом зобов'язання відповідача надати Міжнародній благодійній організації «Екологія — Право — Людина» копію наукової еколого-експертної оцінки ОВНС робочого проекту «Створення глибоководного суднового ходу Дунай — Чорне море на українській ділянці дельти. Повний розвиток» [12].

Задовольняючи апеляційну скаргу, Львівський апеляційний господарський суд керувався положеннями ст. 50 Конституції України, що гарантує право вільного доступу до інформації про стан довкілля, Закону України «Про інформацію», Закону України «Про екологічну експертизу», зокрема, ст. 43 да-

ного закону, на підставі аналізу якої, в цілому, дійшов вірних висновків щодо розгляду наукової еколого-експертної оцінки як невід'ємної і необхідної частини висновку державної екологічної експертизи, у якій міститься основна обов'язкова констатуюча (описова) частина висновку, що є складовою частиною офіційного документу, видача якого входить до виключної компетенції Міністерства охорони навколишнього природного середовища. Що, в кінцевому результаті, слугувало для скасування постанови суду першої інстанції як незаконної і необґрунтованої та поновлення порушеного права на інформацію.

У цілому, вважаючи таку практику щодо застосування поновлення як способу захисту екологічних прав громадян України правильною, вважаємо за необхідне відзначити недостатню аргументацію суду щодо поновлення саме порушеного права на вільний доступ до екологічної інформації, а не загального права на інформацію, згідно з Законом України «Про інформацію».

За викладених обставин, з урахуванням аналізу чинного законодавства та практики його застосування, вважаємо, що визнання та поновлення як способи захисту екологічних прав громадян України є самостійними загальними еколого-правовими способами захисту, що підлягають законодавчому закріпленню у нормах Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» серед низки інших загальних еколого-правових способів захисту екологічних прав громадян України.

### Література

1. Гражданский процесс : учебник. — [3-е изд., перераб. и доп.] / Под ред. М. К. Треушников. — М. : Городец, 2010. — С. 229–230, 231.
2. Осокина Г. Л. Курс гражданского судопроизводства России. Общая часть : учеб. пособ. / Г. Л. Осокина. — Томск : Изд-во Том. ун-та, 2002. — С. 442–443.
3. Гражданский процесс : учебник / под ред. проф. Комарова В. В. — Х. : Одиссей, 2001. — С. 260–261.
4. Кузнецова Л. Некоторые вопросы признания права как способа защиты гражданских прав / Л. Кузнецова // Право и экономика. — 2004. — № 11. — С. 24.
5. Підлубна Т. Визнання права як спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів / Т. Підлубна // Підприємництво, господарство і право. — 2009. — № 4 (160). — С. 78.
6. Мясникова Н. К. Виды исков в гражданском судопроизводстве : учеб. пособ. / Н. К. Мясникова. — Саратов : Изд-во Саратов. гос. акад. права, 2002. — С. 34.
7. Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — [изд-е 3-е, перераб. и дополн.]. — М. : ПРОСПЕКТ, 1998. — Ч. 1. — С. 286.
8. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — С. 694.
9. Земельний кодекс України : Науково-практичний коментар / За ред. В. І. Семчика. — К. : Ін Юре, 2003. — С. 460.
10. Латыпов Д. Н. Признание права как способ защиты гражданских прав : автореф. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 : гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право / Д. Н. Латыпов. — Екатеринбург, 2010. — С. 10, 23.
11. Бредіхіна В. Л. Право громадян на безпечне навколишнє середовище : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 : земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право / В. Л. Бредіхіна. — Х., 2005. — С. 91.
12. Архів Господарського суду Львівської області // Справа № 2/415–23/67.

### Анотація

**Калишук Л. А.** Особливості застосування окремих способів захисту екологічних прав громадян. — Стаття.

У статті аргументовано доцільність розмежування визнання та поновлення як способів захисту екологічних прав громадян, досліджено підстави та особливості застосування зазначених еколого-правових способів захисту у правозастосовній практиці.

**Ключові слова:** екологічні права громадян, спосіб захисту екологічних прав, визнання екологічних прав, поновлення екологічних прав, підстави застосування.

### Аннотация

**Калишук Л. А.** Особенности применения отдельных способов защиты экологических прав граждан. — Статья.

В статье аргументирована целесообразность разграничения признания и восстановления как способов защиты экологических прав граждан, исследованы основания и особенности применения указанных эколого-правовых способов защиты в правоприменительной практике.

**Ключевые слова:** экологические права граждан, способ защиты экологических прав, признание экологических прав, восстановление экологических прав, основания применения.

### Summary

**Kalishuk L. A.** Features of application of separate methods of defence of ecolaws of citizens. — Article.

In this article the expediency of differentiation of a recognition and restoration as ways of protection of the ecological rights of citizens are given, the reason grounds and features of application of specified ecological legal ways of protection in law-application practice are researched.

**Keywords:** ecological rights of citizens, a way of protection of the ecological rights, a recognition of the ecological rights, restoration of the ecological rights, the application basis.

УДК 347.963

**Л. А. Островська**

## ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРЕДСТАВНИЦТВА ПРОКУРОРОМ ІНТЕРЕСІВ ГРОМАДЯНИНА В СУДІ

Прокуратура України становить єдину систему, на яку відповідно до ст. 121 Конституції України покладаються функції представництва інтересів громадянина або держави в суді.

Закон України «Про прокуратуру» визначає, що представництво прокуратурою інтересів громадянина або держави в суді полягає у здійсненні прокурорами від імені держави процесуальних та інших дій, спрямованих на захист у суді інтересів громадянина або держави у випадках, передбачених законом (ст. 36–1).

**Актуальність** наукового дослідження полягає в тому, що питання представництва прокурора як реалізація принципу публічності в цивільному процесі було й залишається предметом дискусійного обговорення науковців та прак-

тиків, особливо питання обсягу повноважень при здійсненні представництва інтересів громадянина в суді.

Покладаючи на органи прокуратури здійснення конституційної функції представництва інтересів громадянина і держави в суді, законодавець не розкрив нормативного змісту цієї функції в ЦПК. Так, не розкривається суть та завдання представництва, непослідовно вирішені питання про форми представництва інтересів громадянина або держави в суді, чітко не визначені права прокурора при представництві інтересів громадянина в суді.

Теоретичні та практичні аспекти представництва прокурора у цивільному процесі України розглядалися такими вченими, як М. В. Косюта, Т. О. Дунас, М. В. Руденко, М. І. Балюк, Д. Д. Луспеник, М. І. Мичко, С. Я. Фурса та іншими.

**Метою** дослідження є визначення підстав представництва прокурора у цивільному процесі та обсягу його повноважень.

Під представницькою функцією прокурора слід розуміти захист від неправомірних посягань щодо наважливіших соціальних цінностей, закріплених у Конституції та інших актах законодавства. Як у сучасних умовах, так і в майбутньому ця функція має бути спрямована на утвердження принципу верховенства права і зміцнення правопорядку [10, с. 9–10].

За сучасних умов діяльність органів прокуратури зі здійсненням судового представництва пристосовується до нових правових реалій у зв'язку з уточненням у законодавстві підстав та порядку такого представництва.

Законодавством визначені форми представництва прокурором інтересів держави і громадянина в суді. Згідно зі ст. 36–1 Законом України «Про прокуратуру» та частиною другою ст. 45 ЦПК такими формами представництва є:

1. звернення до суду з позовами або заявами про захист прав і свобод іншої особи, невизначеного кола осіб, прав юридичних осіб, коли порушуються інтереси держави, або про визнання незаконними правових актів, дій чи рішень органів і посадових осіб;

2. вступ за власною ініціативою у справу, провадження у якій відкрито за позовом інших осіб;

3. подання апеляційної, касаційної скарги на судові рішення або заяви про їх перегляд за нововиявленими обставинами, заяви про перегляд Верховним Судом України судового рішення.

Наявність підстав для реалізації представницької функції прокурора і закріплення цих підстав у законі зумовлено соціальною значущістю тих прав, у захисті яких у контакт з судом бере участь прокуратура. При цьому не варто штучно обмежувати перелік цих приводів і тим самим звужувати правозахисний потенціал прокуратури [11, с. 137].

Підставою представництва у суді інтересів громадянина є його неспроможність через фізичний чи матеріальний стан, похилий вік або з інших поважних причин самостійно захистити свої порушені чи оспорювані права або реалізувати процесуальні повноваження (ст. 36–1 ЗУ «Про прокуратуру») [2]. Державні інтереси закріплюються як нормами Конституції України, так і норма-

ми інших правових актів. Інтереси держави відрізняються від інтересів інших учасників суспільних відносин. В основі перших завжди є потреба у здійсненні загальнодержавних (політичних, економічних, соціальних та інших) дій, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кордону України, гарантування її державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, охорону землі як національного багатства, захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання тощо [3]. На думку М. В. Косюти, прокуратура захищає лише ті інтереси громадян, які мають правовий характер. Соціально значущий, позитивний інтерес, визнаний законодавцем, перетворюється на законний інтерес, який часто породжує суб'єктивне право. Законний інтерес як інтерес, що підлягає захисту, повинен відповідати двом вимогам: по-перше, перебувати у правовому середовищі і, по-друге, не порушувати інтересів, виражених у суб'єктивному праві [11, с. 138].

Відповідно до ч. 4 ст. 36–1 Закону України «Про прокуратуру» прокурор самостійно визначає підстави для представництва у судах, форму його здійснення і може здійснювати представництво в будь-якій стадії судочинства в порядку, передбаченому процесуальним законом.

Як зазначив М. І. Мичко, «...немає ніяких підстав з недовір'ям і тим більше з підозрою ставитися до того, що представники теорії прокурорського нагляду у більшості своїй пропонують поширювально тлучачити приводи і підстави для прокурорського представництва в суді. Продиктовано це аж ніяк не міркуваннями відомчого характеру, а бажанням максимально краще використати правозахисний потенціал прокуратури в інтересах громадян і держави [12, с. 171–174].

При цьому прокурор повинен надати суду документи, які підтверджують неможливість громадянина самостійно здійснювати представництво своїх інтересів (ч. 2 ст. 45 ЦПК). Такими документами можуть вважатися довідки на підтвердження зазначених підстав в позовній заяві: про розмір доходів, дані про вік та недієздатність, дані про тривале неотримання працюючими особами заробітної плати та ін. [5, с. 117]. На думку М. В. Косюти, в законодавстві потрібно також визначити приводи представництва прокурором інтересів громадянина і держави в суді, якими можуть бути звернення до прокурора громадян і компетентних державних органів, а також особисте виявлення ним порушень закону в ході прокурорських перевірок, зокрема коли порушення посягають на законні інтереси невизначеного кола осіб [11, с. 137].

Можно погодитися з думкою М. І. Балюка та Д. Д. Луспеника про те, що прокурор повинен додати до заяви, яка адресована суду, також і заяву (копію заяви) громадянина до прокурора з проханням про захист його інтересів шляхом звернення до суду, оскільки цим самим прокурор втручається в диспозитивні права цієї особи, які передбачають її право на вільне розпорядження своїми як матеріальними правами, так і процесуальними засобами їх реалізації [8, с. 132].

Разом з тим частина 6 ст. 119 ЦПК вказує на те, що прокурор, який подав до суду заяву в інтересах іншої особи, повинен зазначити в заяві підстави тако-

го звернення. Якщо підстави не будуть зазначені, то суддя залишить позовну заяву (заяву) без руху.

Так, при захисті інтересів неповнолітньої дитини, яка має батьків або знаходиться під опікою, прокурор повинен у позовній заяві (заяві) зазначити підстави неможливості звернення до суду в інтересах дитини самих батьків чи опікуна [8, с. 139].

Щодо повноважень прокурора, то відповідно до ст. 45 Цивільного процесуального кодексу України прокурор в межах повноважень, визначених законом, звертається до суду з позовною заявою, бере участь у розгляді справ за його позовами, а також може вступити за своєю ініціативою у справу, провадження у якій відкрито за позовом інших осіб, на будь-якій стадії її розгляду, подає апеляційну, касаційну скаргу, заяву про перегляд судового рішення Верховним Судом України, про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами [1].

Як випливає із ч. 1 ст. 46 ЦПК, прокурор має процесуальні права й обов'язки особи, в інтересах якої він діє, за винятком права укладати мирову угоду. Фурса С. Я., Фурса Є. І. вважають, що у твердження законодавця про те, що особи, яким законом надано права захищати права, свободи та інтереси інших осіб, «мають процесуальні права й обов'язки особи, в інтересах якої вони діють», є некоректним та суперечить як ст. 31 ЦПК, так і ч. 2 цієї норми. Прокурор не може відмовитися від позову, оскільки позов — це матеріально-правова вимога позивача до відповідача, звернена через суд про захист його порушеного, оспорюваного та невизнаного права, і таким правом може розпорядитися тільки позивач, яким прокурор не є, оскільки у процесі захищає не свої власні інтереси [6, с. 211].

Не може за аналогією прокурор змінити предмет або підстави позову, оскільки йдеться про матеріальні права позивача, якими прокурор не може розпоряджатися, оскільки він не є власником цих прав, та укласти мирову угоду, оскільки у цій угоді сторони йдуть на взаємні поступки з приводу розпорядження своїми матеріальними благами, що стосуються тільки прав та обов'язків сторін та предмета позову (ч. 1 ст. 175 ЦПК). Щодо збільшення або зменшення розміру позовних вимог, то, на думку авторів, це також спеціальне право позивача. Функція прокурора при першій формі участі у процесі, а саме при пред'явленні заяви до суду, повинна зводитися тільки до процесуального представництва, а усі процесуальні дії щодо розпорядження об'єктом спору має здійснювати позивач. Ця думка підкріплюється положенням, що у разі відмови від заяви або зміни вимог прокурором особа, в інтересах якої таку заяву пред'явлено прокурором, має право вимагати від суду розгляду справи та вирішення вимоги у первісному обсязі. Тобто положення щодо зміни вимоги прокурором є формальним, оскільки суд розглядатиме вимогу у первісному обсязі, якщо на цьому наполягатиме особа, в інтересах якої прокурор пред'явив заяву, тобто позивач (ч. 2 ст. 46 ЦПК) [6, с. 212].

М. Й. Штефан вважає, що прокурор може підтримувати або змінювати позовні заяви (заяви), з якими він звертається до суду на захист прав та законних

інтересів громадян та державних інтересів, та відмовитися від них [9, 133]. Однак якщо прокурор вступає з своєї ініціативи у справу, провадження у якій відкрито за позовом інших осіб, він користується широкими процесуальними правами, як при порушенні ним процесу у справі, за винятком спеціальних прав щодо розпорядження предметом спору [9, с. 133–134].

Варто погодитися з Фурсой С. Я., яка вважає обмеженими права прокурора щодо розпорядження предметом спору незалежно від форм представництва прокурором у процесі.

Відповідно до п. 6 Постанови Пленуму Верховного суду України від 22.12.2006 р. № 9 «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді справ про забезпечення позову» якщо заходи забезпечення позову вживаються за ініціативою прокурора або осіб, яким за законом надано право звертатися до суду за захистом прав, свобод та інтересів інших осіб, то їх заява має бути у будь-який спосіб підтверджена особою, в інтересах якої вони діють, оскільки відшкодування можливих збитків і його забезпечення здійснюється лише за рахунок цієї особи [7]. Слід зазначити, що при поданні зазначеної заяви адвокатом її не потрібно підтверджувати особою, в інтересах якої діє адвокат, хоча наслідки щодо відшкодування збитків, завданих забезпеченням позову, такі ж самі. Це підтверджує формальний характер повноважень прокурора щодо розпорядження правами, які притаманні особі, інтереси якої він захищає.

Щодо представництва прокурора у третейському суді, то відповідно до ст. 34 Закону України «Про третейські суди» участь прокурора в третейському суді не передбачена. Прокурор не може бути суб'єктом процесуальних відносин, що виникають у третейському суді, і тому не вправі пред'являти позов на захист прав інших осіб у третейський суд [4].

Крім того, як вважають М. І. Балюк, Д. Д. Луспеник, третейський суд не вправі розглядати спір за позовом прокурора, оскільки він стороною третейської угоди не є, а відповідно до ст. 12 Закону України «Про третейські суди» третейський суд розглядає спори лише при наявності укладеної між сторонами третейської угоди про передачу спору на вирішення третейського суду [8, с. 138].

Участь прокурора у цивільному процесі України є необхідною для захисту прав та свобод громадян, інтересів держави, утім, внаслідок недосконалості законодавства, існує багато невирішених питань, пов'язаних з його участю у процесі.

### *Література*

1. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради України від 08.10.2004–2004 р, № 40, /40–42/, стор. 1530, стаття 492.
2. Про прокуратуру: Закон України від 05.11.1991 р. // Відомості Верховної Ради України від 31.12.1991–1991, № 53, стаття 793.
3. Справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді: Рішення Конституційного суду України від 08.04.1999 р. № 1–1/99 // Офіційний вісник України від 30.04.1999 р, № 15, стр. 35.

4. Про третейські суди: Закон України від 11.05.2004 р. // Відомості Верховної Ради України от 27.08.2004. — 2004 г., № 35, стр. 1374, стаття 412.
5. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар/ За заг. ред. С. С. Бичкової. — К.: Атіка, 2008. — 840 с.
6. Фурса С. Я., Фурса Є. І., Щербак С. В. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 т./ За заг. ред. С. Я. Фурси. — К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2007. — 916 с.
7. Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді справ про забезпечення позову: Постанова Пленуму Верховного суду України від 22.12.2006 р. № 9 // Постанови Пленуму Верховного суду України у цивільних справах. — К.: Видавничий дім «Скіф», 2006. — 304 с.
8. М. І. Балюк, Д. Д. Луспенник. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарі, рекомендації, пропозиції. — Х.: Харків юридичний, 2008. — 708 с.
9. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. — 624 с.

### Анотація

**Островська Л. А.** Деякі аспекти представництва прокурором інтересів громадянина в суді. — Стаття.

Стаття присвячена представництву прокурором інтересів громадянина в суді, визначенню підстав та форм такого представництва, а також обсягу повноважень прокурора у цивільному процесі України.

**Ключові слова:** прокурор, підстави представництва, цивільний процес, зміна предмету спору, заява про забезпечення позову, участь у третейських судах.

### Аннотация

**Островская Л. А.** Некоторые аспекты представительства прокурором интересов гражданина в суде. — Статья.

Статья посвящена представительству прокурором интересов гражданина в суде, определению оснований и форм данного представительства, а также объему полномочий прокурора в гражданском процессе Украины.

**Ключевые слова:** прокурор, основания представительства, гражданский процесс, изменение предмета спора, заявление об обеспечении иска, участие в третейских судах.

### Summary

**Ostrovska L. A.** Certain Aspects of Representation by Prosecutors of Citizen's Interests in Litigation. — Article.

The article is dedicated to representation of the interests of citizens by prosecutors in litigation. It analyses the grounds and forms of such representation and the scope of the prosecutors' authority in civil procedure of Ukraine.

**Keywords:** prosecutor, grounds for representation, civil procedure, amendment of the subject matter of claim, prejudgment relief, participation in the court of arbitration.



## РЕГУЛЮВАННЯ МІГРАЦІЙНОЇ ПОЛІТИКИ У США

**Актуальність теми.** Міграція є глобальним загальносвітовим суспільним явищем, яке впливало і продовжує впливати на масштабні, загального характеру зміни у розвитку людства. Протягом останніх десятиліть міграція набула рис універсальної проблеми сучасності, яка пов'язана з питаннями внутрішньої та зовнішньої безпеки держав і потребує широкого міжнародного співробітництва. Вивчення міграційного законодавства США є актуальним, оскільки міграційний процес у цій державі безпосередньо пов'язаний з Україною. Крім того, нашій країні при подальшому формуванні та вдосконаленні існуючого вітчизняного міграційного законодавства доцільно використовувати кращий зарубіжний досвід.

**Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій.** Міграційні тенденції на різних рівнях досліджують у своїх працях як українські, так і іноземні дослідники, серед яких Ю. І. Римаренко, О. А. Малиновська, В. О. Новік, В. І. Олефір, О. І. Піскун, С. Б. Чехович, Т. Александр, Д. Мартін, Р. Босвелл та ін.

Однак невинний процес розвитку і трансформації людського суспільства створює нові тенденції в міграційних переміщеннях, які, в свою чергу, потребують вивчення.

**Мета статті.** Автором висвітлюється міграційна ситуація Сполучених Штатів Америки, аналізуються методи боротьби з нелегальною міграцією, розглядаються деякі федеральні органи, які займаються питаннями міграції, а також найзначиміші міграційні правові документи.

**Виклад основного матеріалу.** Як правило, міжнародна міграція виникає при наявності значного контрасту в рівнях економічного розвитку і темпах природного приросту країн, які приймають і віддають робочу силу. Тому географічними центрами міграції є найбільше економічно розвинуті країни, такі як США, Канада, Австралія, більшість західноєвропейських країн, а також країни, де у зв'язку з бурхливим економічним ростом у результаті високих прибутків від продажу нафти спостерігаються масові міграції робочої сили (Бахрейн, Кувейт, Катар, Саудівська Аравія, Об'єднані Арабські Емірати).

Мета міграційної політики може бути розглянутою в трьох аспектах: забезпечення захисту національної економіки від небажаного притоку трудових мігрантів як по масштабах, так і по якісному складу; рішення найбільше гострих проблем в області зайнятості населення в середині країни, що приймає, за рахунок гнучкого регулювання чисельності іноземної робочої сили («експорт» безробіття); раціональне використання прибуваючих у країну трудових мігрантів в економічних і політичних інтересах країни-імпортера.

При виборі концепції міграційної політики велике значення мають національно-історичні особливості країни. Так, уряди країн Європейського співтовариства, ставлячи своєю метою створення єдиного міжнародного ринку

робочої сили, виходять із концепції інтеграції. Для політики Сполучених Штатів Америки, Канади або Австралії більш типовою є концепція асиміляції, або натуралізації, тому що масовий приїзд іноземної робочої сили в цих державах в основному збігався з процесом формування нації. Очевидно, що дана концепція не відповідала умовам Західної Європи з її історично сформованими націями і високою густотою населення.

Найважливішою метою міграційної політики є захист національного ринку праці від неконтрольованого притоку іноземної робочої сили, держави імпортера робочої сили, тому широко застосовують заходи, направлені на запобігання імміграції і скорочення числа іноземної робочої сили в країні перебування.

До числа цих заходів відносяться: припинення несанкціонованого законодавством в'їзду в країну (нелегальної міграції). Нелегальна міграція одержала широке поширення практично у всіх країнах — імпортерах робочої сили. Наприклад, у США, за різними оцінками, проживає біля 13 млн незареєстрованих мігрантів.

Приплив мексиканців в США служить постійним джерелом дешевої робочої сили для американських виробників південних штатів. Для Мексики перекази грошових коштів мексиканців, працюючих в США, складають друге за величиною джерело доходу після продажу нафти.

У 2008 році мексиканські мігранти переказали на батьківщину 23 мільярди доларів. Більше 17 % населення Мексики отримують грошові перекази від трудових мігрантів, працюючих в США. Це найбільш бідні верстви населення, які до 60 % переказів витрачають на купівлю товарів і продуктів першої необхідності.

На сьогодні в США працюють більше шести мільйонів мексиканців, які виконують малокваліфіковану роботу в сільському господарстві, будівництві, легкій промисловості [1].

Для боротьби з нелегальною міграцією широко застосовується метод депортації та інтернування іноземців, які незаконно проникли в країну. Так, у США в 1994 році було прийнято президентське розпорядження № 12473 про створення для незаконно прибулих іноземців таборів, куди вони повинні бути інтерновані. На дану акцію з державного бюджету було асигновано 8 млн 262 тис. доларів для будівництва десяти таборів, розрахованих у цілому на 200 тис. осіб. Подібна депортація «нелегалів» проводилася аж до 1986 р., коли був прийнятий імміграційний закон «Сімпсона».

Положення нового законодавства є взаємодоповнюючими: надання права на легалізацію частини незаконних мігрантів супроводжується обмеженням нової нелегальної міграції. Даний закон ввів санкції проти підприємців, які укривають нелегальних мігрантів, — у вигляді штрафу в розмірі від 250 до 10 тис. доларів або тюремного ув'язнення на термін до 6 місяців.

В цілому міграційну політику визначає Конгрес США, хоча низкою повноважень щодо вирішення питань міграції та керівництва урядовими органами, які безпосередньо здійснюють міграційну політику, володіє Президент. Основними федеральними органами, які займаються міграцією, є Державний депар-

тамент, Служба імміграції та натуралізації (СІН), Національний візовий центр, Міністерство праці, ФБР [2].

Державний департамент займається справами іноземців, які бажають в'їхати до США і знаходяться за кордонами цієї країни (через посольства і консульства). Ця функція департаменту виникла після введення візової системи в 1917 р. Безвізовий в'їзд до США на термін до 90 днів дозволений громадянам 25 країн світу. Варто відзначити певну залежність в отриманні візи від суб'єктивізму консула, рішення якого не може бути переглянутим жодною посадовою особою Держдепартаменту США. Служба імміграції та натуралізації (СІН) є підрозділом Міністерства юстиції, до функцій якого входить безпосереднє запровадження в життя міграційного законодавства в країні та за її межами. СІН перевіряє всіх іноземців, які прибувають до США, має право відмовити у в'їзді (принцип подвійного контролю), слідкує за законністю перебування іноземців на території країни, розглядає заяви щодо продовження терміну перебування, зміни категорії візи, міграційні петиції, що торкаються всіх категорій мігрантів, а також клопотання щодо отримання статусу постійного жителя та громадянина США. Служба імміграції та натуралізації має 4 регіональні офіси, 4 регіональні сервісні центри та 60 відділень СІН, розміщені по всій території США. Загальна кількість працівників СІН становить 26 тис. осіб [3, с. 14].

Національний візовий центр (з 1994 р. — Центр із опрацювання імміграційних віз), відкритий Держдепартаментом у 1991 р., перебуває під керівництвом приватної компанії. Він займається розглядом клопотань щодо імміграційних віз, відправляє заявнику необхідні документи та інструкції, його особову справу пересилає у відповідне консульство США, а також глибоко та всесторонньо перевіряє потенційних мігрантів на предмет скоєння ними злочинів, або причетності до організованої злочинності чи терористичної діяльності [4].

Одним із найзначиміших міграційних правових документів був Закон від 7 жовтня 1999 р. (так званий «іммакт»), куди увійшли висунуті ще у 1988 р. сенаторами Е. Кеннеді та А. Сімпсоном пропозиції щодо надання статусу постійного жителя США іноземним інвесторам, які вкладають не менше 1 млн дол. (а в місцях з високим рівнем безробіття — 0,5 млн дол.) та відкривають для американців не менше 10 робочих місць. Цим законом було також збільшено кількість категорій осіб, яким дозволявся в'їзд у країну (з 2 до 5) та кількість робочих віз (з 54 до 140 тис. осіб). Конгрес США ухвалив цільову програму стосовно провідних спеціалістів оборонного комплексу колишнього СРСР. Згідно з цією програмою була встановлена спеціальна щорічна квота імміграційних віз (кількістю 750 осіб) [5, с. 26]. Попередня поправка до цього Закону збільшувала з 1 жовтня 1991 р. максимальну річну кількість виданих віз з 270 до 700 тис. осіб і повинна була діяти до 21 жовтня 1994 р.

Закон «Про реформу нелегальної імміграції і відповідальності іммігрантів» від 30 лютого 1996 р. встановив сувору відповідальність за порушення умов візового цензу. Заборона на в'їзд у країну протягом трьох років стосувалася осіб, чие безперервне перебування в США понад дозволений термін склало відрізок

часу від 180 днів до 1 року, і протягом 10 років — на тих осіб, чиє перебування в країні понад дозволений час склало більше 1 року. Особи, депортовані із США, не можуть знову в'їхати туди протягом 10 років. Особи, яким було відмовлено у в'їзді, не можуть в'їжджати у США протягом п'яти років. Згідно з новим Законом значно більші права отримали інспектори Служби імміграції та натуралізації, яким була надана можливість самостійно приймати рішення про відмову у в'їзді безпосередньо в пунктах в'їзду. Окрім цього, Закон 1996 року поставив перед відповідними державними органами та структурами завдання розроблення та запровадження автоматизованої системи контролю за в'їздом у країну та виїздом із країни іноземців.

Одночасно з посиленням політики стосовно нелегальних мігрантів, законодавство США передбачає право на легалізацію для частини іноземців, це є гуманним актом і свідчить про демократичні тенденції в здійсненні сучасної імміграційної політики. Враховуючи інтереси великого агробізнесу, був зроблений виняток для сезонних сільськогосподарських робітників. Легалізованими також вважалися ті іноземці, що могли підтвердити документально, що вони проробили в США біля 90 днів і прожили безвиїздно не менше 180 днів.

В даний час легалізації незареєстрованих іммігрантів у США перешкоджає довгий ряд бюрократичних перепон: одержання дозволу на конкретну трудову діяльність, розгляд клопотань про надання пільг, тяганина з судовим розглядом, затримки з встановленням квот, засвідчення про знання англійської мови та американського законодавства.

Заходи, пов'язані з ускладненням процедурних норм, що регулюють питання в'їзду, продовження терміну перебування в країні, зміни робочого місця носять обмежувальний характер, тому що спрямовані на скорочення числа прибуваючих трудових мігрантів. У більшості країн-імпортерів візи на в'їзд видаються тільки тим іммігрантам, яким гарантується працевлаштування. Так, по законодавству ПАР у першу чергу приймаються ті мігранти, що документально можуть підтвердити, що для них є вакансії в приватних або державних фірмах. У США для одержання візи на в'їзд необхідно одержати так названий трудовий сертифікат — офіційне підтвердження від фірми або компанії про згоду дати робоче місце, завірений в Міністерстві праці США, причому процес одержання трудового сертифіката є дуже складною і тривалою процедурою. Максимальний термін, на який видається віза трудовому іммігранту, не може перевищувати 2 роки, а продовження або поновлення цієї візи є вкрай трудомістким процесом, що вимагає практично наново виконати всі імміграційні формальності.

Імміграційне законодавство США встановлює, що для видачі трудового сертифіката Міністерство праці США повинно переконатися, «що на місці передбачуваного працевлаштування іноземця в даний час немає американських робітників, які можуть, бажають і мають достатню кваліфікацію для виконання визначеної роботи, для якої підходить і на яку претендує іноземець». Крім того, повинно бути встановлено, що працевлаштування іноземця не зробить негативного впливу на зарплату або умови праці американських робітників.

Для трудового мігранта в США обмежені можливості виїзду з США, наприклад, у відпустку, з родинних обставин або інших причин. Нарешті, трудові іммігранти не вправі по власному розсуду переміняти місце роботи, район проживання або інші умови контракту, не ризикуючи бути депортованими із США. У ПАР мігранту протягом перших трьох років після переселення в країну забороняється змінювати галузь занять, але дозволено змінювати роботодавців. Подібні обмеження поширені також у багатьох країнах Західної Європи.

Так, регулювання чисельності прибуваючих мігрантів здійснюється за допомогою імміграційної квоти, яка щорічно розраховується в країнах імпортерів.

Як правило, розміри міграційної квоти є предметом гострої дискусії в країнах-імпортерах. Так, у США під тиском ведучих американських економістів, політиків і підприємців у 1990 р. був прийнятий новий закон про імміграцію, який президент Дж. Буш (старший) назвав «самою всеосяжною реформою імміграційних законів за останні 66 років». Даний закон істотно розширив розміри квоти, призначені для працюючих іммігрантів, тому що по розрахунках фахівців у 90-ті роки економіка США мала гостру потребу в кваліфікованій робочій силі, це, у першу чергу, викликано зниженням за останні три десятиріччя рівня народжуваності і скорочення числа молодих працівників, які приходять на зміну пенсіонерам. У новому імміграційному законодавстві передбачається квота в 140 тис. віз для осіб, що в'їжджають у США в пошуках роботи.

Що стосується США, Західної Європи й інших індустріально розвинених країн, у 90-х роках особливо стала відчуватися втрата контролю над кордонами, через які ринулися потоки мігрантів (із Мексики в США, із колишньої Югославії та Албанії — у Німеччину та Італію, з турецького Курдистану — у Скандинавію і т. д.). У цьому сенсі неконтрольована міграція на рубежі тисячоріч стала якісно новим феноменом міжнародного життя, яка зачіпляє національну безпеку і державний суверенітет усіх країн і народів [6].

**Висновки.** З огляду на вищевикладене, зацікавленість питаннями міграції до США стає цілком зрозумілою, адже Сполучені Штати Америки продовжують залишатися однією з небагатьох держав світу, які й сьогодні приймають значну кількість мігрантів. Зокрема, лише протягом 90-х років ХХ ст. у США в'їхало понад 8 млн легальних мігрантів. Згідно з підрахунками Бюро перепису населення США, кожен десятий житель цієї держави був народжений поза межами США [7]. Окрім того, в країні постійно перебуває принаймні 5 млн нелегальних мігрантів, що становить 1,9 % усього населення країни.

Найважливішою метою міграційної політики є захист національного ринку праці від неконтрольованого притоку іноземної робочої сили, держави імпортера робочої сили, тому широко застосовують заходи, направлені на запобігання міграції і скорочення числа іноземної робочої сили в країні перебування.

До числа цих заходів відносяться: припинення несанкціонованого законодавством в'їзду в країну (нелегальної міграції). Для боротьби з нелегальною міграцією широко застосовується метод депортації та інтернування іноземців, які незаконно проникли в країну. Надання права на легалізацію частини незаконних мігрантів супроводжується обмеженням нової нелегальної міграції.

В цілому міграційну політику визначає Конгрес США. Основними федеральними органами, які займаються міграцією, є Державний департамент, Служба імміграції та натуралізації, Національний візовий центр, Міністерство праці, ФБР.

### Література

1. Корреспондент [Електронний ресурс] : В 2008 году при попытке пересечь границу с США погибли 415 мексиканцев. — Режим доступа: <http://korrespondent.net/world/697636-v-2008-godu-pri-popytke-peresech-granicu-s-ssha-pogibli-415-meksikancev>
2. Jacoby T. Immigration Nation, Foreign Affairs, Nov. — Dec., 2006. — P. 50–65; Reinventing the Melting Pot: The New Immigrants and What It Means to Be American / ed. by Jacoby T., 2006.
3. СІН — пострах для нелегалів і друг для іммігрантів // Міліція України. — 1998. — № 2. — С. 14.
4. Hathawa J. C. International Protection: [Relocation] / James C. Hathaway, Michelle Foster; Flight Alternative as an Aspect Of Refugee Status Determination. — University of Michigan, 2001.
5. Нагорная Н. В. Как поехать, учиться, работать и выжить в Америке / Н. В. Нагорная. — М., 1996. — С. 26.
6. Сучасна міграційна політика західних держав [Електронний ресурс] : Адміністративно-правове регулювання міграційних процесів. — Режим доступа: [http://www.pravo.vuzlib.net/book\\_z190\\_page\\_10.html](http://www.pravo.vuzlib.net/book_z190_page_10.html)
7. Omnibus Oversight Hearing on Illegal Immigration. Statement of the Honorable Lamar Smith, Chairman of the Subcommittee on Immigration and Claims of the House Committee on the Judiciary. — 1999. — March, 18.

### Анотація

**Звездная Т. М.** Регулювання міграційної політики у США. — Стаття.

У статті досліджується стан нелегальної міграції у США, розглядається державна політика з питань міграції та національної безпеки, висвітлюється міграційне законодавство США, адже Сполучені Штати Америки продовжують залишатися однією з небагатьох держав світу, які й сьогодні приймають значну кількість мігрантів.

**Ключові слова:** міграційна політика, боротьба з нелегальною міграцією, імміграційне законодавство США.

### Аннотация

**Звездная Т. Н.** Регулирование миграционной политики в США. — Статья.

В статье исследуется состояние нелегальной миграции в США, рассматривается государственная политика по вопросам миграции и национальной безопасности, освещается миграционное законодательство США, ведь Соединенные Штаты Америки продолжают оставаться одной из немногих государств мира, которые и сегодня принимают значительное количество мигрантов.

**Ключевые слова:** миграционная политика, борьба с нелегальной миграцией, иммиграционное законодательство США.

### Summary

**Zvyozdnaya T. N.** Adjusting of migratory politics is in the USA. — Article.

The article is describing the state of illegal migration in the USA, a government policy is examined on questions of migration and national safety, the migratory legislation of the USA is illuminated, the United States of America in fact continue to remain the one of not many states of the world, that still accept migrants.

**Keywords:** migratory politics, fight against illegal migration, immigration legislation of the USA.

## НОРМАТИВНЕ ЗАКРІПЛЕННЯ ПРИНЦИПІВ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ В УКРАЇНІ

**Постановка проблеми.** Поняття «принцип» походить від латинського слова «*principium*», яке означає «основні найголовніші, вихідні положення, засоби, правила, що визначають природу й соціальну сутність явища, його спрямованість і найсуттєвіші властивості» [1, с. 17]. Принципи права виконують інтегративну (встановлюють зв'язок між основними закономірностями розвитку та функціонування суспільства і правової системи), регулятивну (визначають напрями застосування правових норм), систематизуючу (забезпечують стійкий зв'язок між різними нормами права, виступають важливим орієнтиром у правотворчому процесі, систематизації, тлумаченні, реалізації норм права) функції [2, с. 45]. Відсутність прямого чи опосередкованого закріплення того чи іншого принципу у законодавстві держави може мати наслідком порушення впорядкованості процесів систематизації та реалізації норм права, що регулюють певне суспільне явище.

**Стан дослідження.** Проблеми нормативного закріплення принципів медичної допомоги у різний час досліджували Є. Є. Латишев, В. Ф. Москаленко, І. Я. Сенюта, І. В. Солопова. Проте принципи досліджувались не в сукупності, а окремо у контексті дослідження інших проблем охорони здоров'я в цілому та медичної допомоги зокрема.

**Мета і завдання статті.** Метою статті є дослідження нормативного закріплення принципів медичної допомоги в законодавстві України та формулювання пропозицій щодо його удосконалення. Для досягнення зазначеної мети необхідним є вирішення наступних завдань: аналіз міжнародних стандартів у галузі охорони здоров'я, які закріплюють принципи медичної допомоги; аналіз законодавства України на предмет закріплення принципів медичної допомоги, які вже визнані на національному та міжнародному рівнях.

**Виклад основних положень.** 17-ю Всесвітньою медичною асамблеєю (Нью-Йорк, США, жовтень 1963 р.) були прийняті, а 35-ю Всесвітньою медичною асамблеєю (Венеція, Італія, жовтень 1983 року) були внесені поправки до Дванадцяти принципів організації охорони здоров'я для будь-якої національної системи охорони здоров'я:

- 1) умови лікарської діяльності у будь-якій системі охорони здоров'я повинні визначатися за участю представників організацій лікарів;
- 2) принцип вільного вибору (будь-яка система охорони здоров'я повинна дозволяти пацієнту вибирати лікаря, а лікарю вибирати пацієнта);
- 3) будь-яка система охорони здоров'я повинна бути відкритою для ліцензованих лікарів;
- 4) лікар повинен мати можливість вільно виконувати свої обов'язки там, де він побажає, а також обмежувати свою діяльність сферою, у якій він спеціалізується;

5) медики повинні бути адекватно представлені у всіх органах, що займаються проблемами охорони здоров'я;

6) конфіденційний характер відносин лікаря та пацієнта;

7) повинна бути гарантована моральна, економічна та професійна незалежність лікаря;

8) якщо в системі охорони здоров'я винагорода за надання медичних послуг не обумовлюється прямою угодою між лікарем та пацієнтом, то адекватна винагорода лікарю повинна забезпечуватись владою;

9) розмір винагороди не повинен залежати тільки від фінансового стану влади, що його забезпечує, а також не може визначатись одностороннім рішенням уряду, та повинен узгоджуватись з організацією, що представляє медиків;

10) перевірка кількості, якості, вартості, порядку надання медичних послуг повинна здійснюватись виключно лікарями та ґрунтуватись більше на місцевих чи регіональних стандартах, а не загальнодержавних;

11) з метою забезпечення інтересів хворого не повинно бути ніяких обмежень права лікаря прописувати медикаментозний чи будь-які інші способи лікування, що відповідають загальноприйнятим медичним стандартам;

12) повинна заохочуватись діяльність лікаря, спрямована на поглиблення знань та підвищення його професійного статусу [3].

Цікавими є 7-й та 8-й принципи з Дванадцяти у контексті зв'язку їх з принципом безоплатності, що закріплений в українському законодавстві. Таким чином, якщо держава проголошує принцип безоплатності певного обсягу допомоги, що надається безоплатно, а також встановлює певний перелік процедур та операцій, які є оплатними і дохід від оплати яких пацієнтами зараховується до відповідного бюджету, то повинна бути встановлена також відповідна винагорода лікарю за надання такої допомоги, причому при визначенні її розміру повинна враховуватись громадська позиція медичних працівників.

Визначення доступності медичної допомоги міститься у Положенні щодо доступності медичної допомоги, прийнятому 40-ю Всесвітньою медичною асамблеєю у вересні 1988 року. У ньому передбачено, що це багатогранне поняття, яке включає баланс багатьох факторів у рамках жорстких практичних обмежень, які обумовлені ресурсами і можливостями держави. Ці фактори включають кадри, фінансування, транспортні засоби, свободу вибору, громадську грамотність населення, якість і розподіл технічних ресурсів. Баланс цих елементів, які максимізують кількість і якість отримуваної в дійсності медичної допомоги, і визначає характер і ступінь її доступності.

Положення також містить керівні принципи щодо кожного елементу, що забезпечує доступність медичної допомоги:

- вирішення питань підготовки та розподілу медичних кадрів;
- плюралістична система фінансування, що включає елементи як публічного, так і приватного фінансування;
- забезпечення транспортними засобами: суспільство повинно забезпечувати транспортування медичного обладнання до населення, що живе у віддале-



них районах; забезпечення транспортування пацієнтів, що живуть у сільській місцевості та потребують складної медичної допомоги, що доступна тільки у міських медичних закладах; лікарі зобов'язані надавати прийнятну підтримку такій діяльності;

- свобода вибору: усі системи охорони здоров'я повинні забезпечити кожному індивіду найбільш можливу свободу у виборі виконавця чи механізмів надання медичної допомоги, незалежно від того, у приватному чи публічному секторі вони діють;

- суспільна просвіта: повинні бути розроблені освітні програми, які допомагали б людям робити свідомий вибір, що стосується їх особистого здоров'я та правильного використання як самодопомоги, так і професійної допомоги;

- якість: частиною кожної системи охорони здоров'я повинні бути механізми, що гарантують високу якість;

- розподіл технічних ресурсів: повинні бути вироблені керівні принципи для такого розподілу недостатніх технічних ресурсів охорони здоров'я, які могли б задовольняти потреби всіх пацієнтів.

Відповідно до Положення найбільша доступність медичної допомоги забезпечується за таких умов:

- кожному індивіду доступна необхідна йому медична допомога (відсутні обмеження фізичного та часового характеру);

- забезпечена максимальна свобода вибору виконавців, системи надання допомоги і системи оплати, яка задовольняє різні потреби населення;

- інформованість, навчання й освіченість населення з усіх аспектів, які стосуються доступу до допомоги;

- адекватна участь всіх сторін в розробці й управлінні системами [4].

У національному законодавстві право на доступність у галузі охорони здоров'я закріплено у ч. 3 ст. 49 Конституції України, відповідно до якої держава створює умови для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування [5]. Аналіз даного права дає підстави визначити ті права, які становлять структурні елементи права на доступність. Це право включає у себе такі можливості, що гарантуються чинним законодавством України, як:

- 1) безоплатність медичної допомоги;

- 2) вільний вибір лікаря і закладу охорони здоров'я;

- 3) заборона привілеїв та 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 (зокрема, це стосується надання допомоги населенню, яке проживає у сільській місцевості, населенню похилого віку тощо);

- 4) заборона дискримінації, пов'язаної із станом здоров'я [6, с. 281].

У законодавстві України закріплені такі принципи медичної допомоги.

Ст. 4 Основ законодавства України про охорону здоров'я визначає основні принципи охорони здоров'я в Україні, серед яких є ті, що стосуються, власне, медичної допомоги: рівноправність громадян, демократизм і загальнодоступність медичної допомоги та інших послуг в сфері охорони здоров'я; орієнтація

на сучасні стандарти здоров'я та медичної допомоги, поєднання вітчизняних традицій і досягнень із світовим досвідом в сфері охорони здоров'я [7].

Відповідно до наказу Міністерства охорони здоров'я України «Про єдину систему надання екстреної медичної допомоги» від 1 червня 2009 року № 370 система функціонує за принципами:

- доступності і безоплатності медичної допомоги кожній фізичній особі, яка перебуває у невідкладному стані;
- своєчасності і якості надання медичної допомоги;
- надання медичної допомоги як у повсякденних умовах, так і в умовах надзвичайної ситуації;
- єдності медичної науки, освіти та практики, що забезпечує динамічний розвиток і удосконалення системи [8, с. 38].

Відповідно до Інструкції про порядок надання медико-соціальної допомоги ВІЛ-інфікованим дітям, затвердженої наказом Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства освіти і науки України, Міністерства України у справах сім'ї, молоді та спорту, Державного департаменту України з питань виконання покарань, Міністерства праці та соціальної політики України від 23 листопада 2007 року № 740/1030/4154/321/614а основними принципами надання медичної допомоги ВІЛ-інфікованим дітям є доступність, безоплатність, подвійне спостереження лікарем-педіатром та спеціалістом Центру профілактики та боротьби зі СНІД, міждисциплінарний підхід до догляду за ВІЛ-інфікованою дитиною, наступність між медичними та немедичними закладами і відомствами, які у своїй діяльності долучаються до організації догляду за ВІЛ-інфікованою дитиною, дотримуючись прав пацієнта та принципу конфіденційності [9, с. 101].

Слід окремо зупинитися на питанні безоплатної медичної допомоги в контексті розгляду медичної допомоги. У всіх міжнародних документах про права людини стосовно права на здоров'я немає згадки про безоплатність медичної допомоги. Винятком може вважатися ст. 12 Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації стосовно жінок 1979 р. [10], відповідно до якої жінкам у разі необхідності повинні безкоштовно надаватися медичні послуги, пов'язані з вагітністю.

Однак у процесі розробки деяких міжнародних документів обговорювалася проблема безоплатної медичної допомоги, яка в цілому не знаходила підтвердження у експертів і фахівців у галузі медичного права в охороні здоров'я. Логіка побоювання була продиктована тим, що така постановка проблеми про безоплатність медичної допомоги може породжувати у населення хибні ілюзії, створювати завищені очікування, які можуть бути не реалізовані, і, нарешті, що безоплатність медичної допомоги є фактична відмова у повазі особистості та її відповідальності за власне здоров'я [11, с. 15].

Поняття (термін) безоплатності медичної допомоги та її фактичної реалізації має місце в національному законодавстві, насамперед у конституціях ряду країн, як високорозвинених, так і країн, що розвиваються (Великобританія, Канада, Китай, Куба, Нікарагуа та ін.).

У цілому ряді країн термін «безоплатність медичної допомоги» на практиці застосовується для організації медичної допомоги (обслуговування) окремих соціальних груп населення тільки в тій частині, яка вимагає соціального захисту (Італія, Португалія та ін.). В інших країнах (Болгарія, Греція) безоплатність медичної допомоги реалізується через механізми страхування, а в третіх (Данія, Литва) — тільки через спеціальний закон, в четвертих (Словаччина, Чехія) — і через механізми страхування, і через спеціальний закон.

Термін «безоплатність медичної допомоги» в «прямому» розумінні прописаний в конституціях ряду країн колишнього СРСР (Білорусь, Киргизія, Росія, Таджикистан, Туркменістан і Україна), а в конституціях Казахстану та Молдови — додатково через так званий гарантований рівень.

Медична допомога має бути хоча б доступною, а найбільш незахищені категорії населення повинні отримувати державну підтримку в цьому відношенні. Приміром, у ст. 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права йдеться про те, що повинні бути створені умови, що забезпечують медичну допомогу і догляд всім, хто її потребує [12], а це, у свою чергу, передбачає фінансову допомогу для тих, хто не в змозі оплачувати ті чи інші медичні послуги. Подібним чином у конституціях ряду країн прописано право громадян (людини) на екстрену медичну допомогу. Така постановка питання означає, що медичний персонал зобов'язаний надавати екстрену медичну допомогу, незалежно від того, чи може пацієнт оплатити ці послуги [11, с. 17].

Конституційний Суд України у справі про безоплатну медичну допомогу (№ 1/13–2002) вирішив, що положення частини третьої статті 49 Конституції України «у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно» треба розуміти так, що у державних та комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається всім громадянам незалежно від її обсягу та без попереднього, поточного або наступного їх розрахунку за надання такої допомоги [13].

Поняття медичної допомоги, умови запровадження медичного страхування, у тому числі державного, формування і використання добровільних медичних фондів, а також порядок надання медичних послуг, які виходять за межі медичної допомоги, на платній основі у державних і комунальних закладах охорони здоров'я та перелік таких послуг мають бути визначені законом (Рішення № 10-рп/2002).

11 липня 2002 року Кабінет Міністрів України затвердив Програму подання громадянам гарантованої державою безоплатної медичної допомоги. Програма передбачає наступні види безоплатної медичної допомоги:

- швидка та невідкладна — на догоспітальному етапі станціями (відділеннями) швидкої медичної допомоги, пунктами невідкладної медичної допомоги у стані, що загрожує життю людини;

- амбулаторно-поліклінічна;

- стаціонарна — у разі гострого захворювання та в невідкладних випадках, коли потрібне інтенсивне лікування, цілодобовий медичний нагляд та госпіталізація, в тому числі за епідемічними показаннями, дітям, вагітним та по-

роділлям, хворим за направленнями медико-соціальних експертних комісій, лікарсько-консультативних комісій;

- невідкладна стоматологічна допомога (у повному обсязі — дітям, інвалідам, пенсіонерам, студентам, вагітним, жінкам, які мають дітей до 3 років);
- долікарська медична допомога сільським жителям;
- санаторно-курортна допомога інвалідам і хворим у спеціалізованих та дитячих санаторіях;
- утримання дітей у будинках дитини;
- медико-соціальна експертиза втрати працездатності [14].

Зазначений документ має програмний характер, що передбачає поступове його виконання, але строки в Програмі не зазначені. Також, відповідно до абзацу 4 Загальної частини Програми на основі цієї Програми і методичних рекомендацій щодо порядку формування та економічного обґрунтування регіональних програм подання громадянам гарантованої державою безоплатної медичної допомоги, що затверджуються МОЗ, органи виконавчої влади розробляють і затверджують регіональні програми подання громадянам гарантованої державою безоплатної медичної допомоги, якими можуть передбачатися додаткові обсяги подання та види медичної допомоги за рахунок коштів місцевих бюджетів. Отже, Програма посиляється на методичні рекомендації, на основі яких органи виконавчої влади повинні розробити і затвердити відповідні регіональні програми з можливістю передбачення додаткових обсягів і видів медичної допомоги вже за рахунок місцевих бюджетів. Програма затверджена ще в 2002 році, але на сьогоднішній момент методичні рекомендації не розроблені, відповідно не затверджені регіональні програми. Маємо типову для сучасного етапу розвитку нашої правової системи ситуацію: право громадян на певне благо, гарантоване державою, задеклароване, але відсутній механізм його реалізації.

**Висновки з дослідження і перспективи подальших розробок у цьому напрямі.** Отже, у законодавстві України закріплено тільки частину принципів медичної допомоги, що визнаються на міжнародному рівні, а серед закріплених є такі, що неповною мірою дотримуються внаслідок економічних факторів та недостатності правового регулювання медичної допомоги на рівні підзаконних нормативно-правових актів.

Видається доцільним доповнити ст. 4 Основ законодавства України про охорону здоров'я такими принципами:

- нормативної визначеності умов і порядку надання медичної допомоги (затвердження медичних стандартів, клінічних протоколів, інших галузевих стандартів, нормативне регулювання взаємодії лікарів, що надають різні види медичної допомоги тощо);
- заохочення та стимулювання медичних працівників до роботи у сільській місцевості та районах з особливими географічними умовами (затвердження програм забезпечення житлом; приведення стану матеріально-технічної бази закладів охорони здоров'я в таких місцевостях до рівня, що забезпечить якісну і доступну медичну допомогу; пошук джерел фінансування зазначених заходів);

– незалежності діяльності працівників охорони здоров'я (не повинно бути ніякого зовнішнього тиску чи втручання в діяльність, виключення впливу особистих інтересів на прийняття рішень; повинен бути мінімізований вплив економічних чинників на можливість надання якісної і доступної медичної допомоги);

– відповідність рівня оплати праці медичних працівників їх професійним обов'язкам (рівень оплати праці повинен відповідати суспільній важливості професії та забезпечувати її престиж);

– заохочення діяльності медичних працівників, спрямованої на підвищення їх професійної майстерності (забезпечення спеціалізованими періодичними виданнями; фінансування за рахунок бюджетів відповідного рівня та залучених коштів юридичних і фізичних осіб; матеріальне стимулювання високих професійних досягнень).

Нормативне закріплення зазначених принципів може активізувати правотворчу діяльність та систематизацію правових норм з метою забезпечення доступності медичної допомоги для населення.

### Література

1. Колодій А. М. Принципи права України: монографія. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — 208 с.
2. Скурко Е. В. Принципы права: монография. — М.: Ось-89, 2008. — 192 с.
3. Дванадцять принципів організації охорони здоров'я для будь-якої національної системи охорони здоров'я [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=990\\_004](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=990_004).
4. Положення щодо доступності медичної допомоги, прийняте 40-ю Всесвітньою медичною асамблеєю 01 вересня 1988 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=990\\_030](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=990_030).
5. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України — 1996. — № 30. — Ст. 141.
6. Сенюта І. Я. Право людини на медичну допомогу: деякі теоретико-практичні аспекти // Медичне право України: правовий статус пацієнтів в Україні та його законодавче забезпечення (генезис, розвиток, проблеми і перспективи вдосконалення). Матеріали II Всеукраїнської науково-практичної конференції 17–18 квітня 2008 р., м. Львів. — С. 277–283.
7. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19 листопада 1992 року № 2801-ХІІ [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>.
8. Про єдину систему надання екстреної медичної допомоги: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 1 червня 2009 року № 370 // Офіційний вісник України. — 2009. — № 73. — Ст. 2516.
9. Про затвердження інструкції про порядок надання медико-соціальної допомоги ВІЛ-інфікованим дітям: Наказ Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства освіти і науки України, Міністерства України у справах сім'ї, молоді та спорту, Державного департаменту України з питань виконання покарань, Міністерства праці та соціальної політики України від 23 листопада 2007 року № 740/1030/4154/321/614а // Офіційний вісник України. — 2008. — № 2. — Ст. 64.
10. Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18 грудня 1979 р. (у редакції від 06 жовтня 1999 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_207](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_207).
11. Москаленко В. Ф. Объем и принципиальное содержание права на охрану здоровья в международных нормативно-правовых актах // Медицинское право. — 2006. — № 4. — С. 10–21.
12. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права, прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1966 р., ратифікований Указом Президії Верховної Ради Україн-

- ської РСР від 19 грудня 1973 р. № 2148-VIII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_042](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_042).
13. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 49 Конституції України «у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно» (справа про безоплатну медичну допомогу) від 29 травня 2002 року № 10-рп/2002 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 23. — Ст. 1132.
  14. Програма надання громадянам гарантованої державою безоплатної медичної допомоги: Постанова Кабінету Міністрів України від 11 липня 2002 р. № 955 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 28. — Ст. 1324.

### Анотація

**Зогий І. М.** Нормативне закріплення принципів медичної допомоги в Україні. — Стаття.

Стаття містить аналіз міжнародно-правових стандартів та законодавства України у галузі охорони здоров'я на предмет закріплення принципів медичної допомоги. Проаналізовано співвідношення норм-принципів медичної допомоги та норм, що регулюють порядок її надання.

*Ключові слова:* медична допомога, принципи медичної допомоги.

### Аннотация

**Зогий И. Н.** Нормативное закрепление принципов медицинской помощи в Украине. — Статья.

Статья содержит анализ международно-правовых стандартов и законодательства Украины в сфере охраны здоровья на предмет закрепления принципов медицинской помощи. Проанализировано соотношение норм-принципов медицинской помощи и норм, регулирующих порядок ее оказания.

*Ключевые слова:* медицинская помощь, принципы медицинской помощи.

### Summary

**Zogiy I. M.** Principles of Medical Care in the Law of Ukraine. — Article.

The article is devoted to analysis of consolidation of the principles of medical care in international legal acts and the law of Ukraine, which regulate medical care. The ratio of rule of law, which are principles of medical care, and rule of law, which regulate procedure for insuring of medical care, is analyzed in this article.

*Keywords:* medical care, principles of medical care.

УДК 347.734:336.719.2

**Ю. Ю. Казаков**

## ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО БАНКІВСЬКУ ТАЄМНИЦЮ НА ПРАКТИЦІ

В сучасних умовах розвитку суспільства особливого значення набуває інформація. Причому особливу роль посідає питання, пов'язане з безпекою інформації в процесі її збереження та передачі даних. Не залишається жодних сумнівів, що в сфері права на перший план виходить саме інформаційне право, в якому відокремлюються три основні об'єкти захисту, зокрема право на інформацію з обмеженим доступом.

Це цілком зрозуміло з погляду на глобальний характер сучасної фінансової системи, окремі ланки якої пов'язані між собою міжнародними телекомунікаційними мережами, що, з однієї сторони, є великим позитивним чинником для економіки та розвитку в глобальному розумінні. Однак звернімо увагу на те, що можливості, які є позитивними на перший погляд (широкий спектр фінансових інструментів, безкордонні перекази, безперешкодна фінансова взаємодія без обмежень часу та засобів, велика кількість гравців фінансового ринку та ін.) містять певну низку загроз, а саме шляхи до зловживання правовими аспектами обмеженого доступу до інформації, перешкоди на шляху регламентування операцій та прозорості відносин. Тобто цей фактор вимагає відповідного реформування та адаптації законодавства з урахуванням постійних змін, що відбуваються на міжнародній арені.

По-перше, вказані аспекти особливої актуальності набувають в контексті європейської інтеграції, а саме вимоги, які є необхідні до виконання Україною. Оскільки даний напрям вважається за пріоритетний, постає питання про гармонізацію національного законодавства з метою приведення його, по-перше, у відповідність до міжнародних стандартів та вимог Європейського Союзу. Дана категорія є також актуальною у глобальному розумінні: задля стимулювання міжнародної інвестиційної діяльності, залучення інвестиційних коштів, ведення міжнародних валютних та торгівельних операцій та інших варіацій міжнародної взаємодії. По-друге, не тільки питання європейської інтеграції, а й присутня внутрішня проблема держави у науковому супроводі, моніторингу, вдосконаленні законодавства про інформацію з обмеженим доступом задля забезпечення гармонізації, прозорості та захисту суб'єктів праввідносин з приводу інформації з обмеженим доступом. Причому постає декілька завдань перед законодавчою системою: з однієї сторони, забезпечити захист суб'єктів, які є власниками інформації з обмеженим доступом, або які мають безпосереднє відношення, є користувачами вказаної категорії інформації, з іншої сторони, потрібен захист від несанкціонованого доступу, тобто збереження конфіденційності для захисту суб'єктів, які можуть постраждати від зловживання, або несанкціонованого доступу до інформації. В тому числі слід урахувати, що власники інформації з обмеженим доступом можуть скористатися забезпеченням конфіденційності у власних, злочинних цілях.

Думається, що головною проблемою в застосуванні законодавства про банківську таємницю є той факт, що інститут банківської таємниці є досить суперечливим і являє собою предмет майже всіх існуючих галузей права: конституційного, адміністративного, цивільного та кримінального. Це призводить до певних ускладнень в зв'язку з протиріччями ключових аспектів вказаних різновидів права.

Значними для дослідження стали праці таких вчених, як М. М. Агарков, Ю. А. Вайденгаммер, А. В. Венедиктов, І. С. Гуревич, А. М. Екмалян, Л. Г. Єфимов, Е. Б. Краманов, Е. А. Суханов, А. О. Селіванов, М. Г. Скарженовський, Г. А. Тосунян, Р. А. Халфіна, С. Д. Ципкіна та ін.

Об'єктом даного дослідження є особливості застосування законодавства про банківську таємницю на практиці.

Предметом дослідження виступає актуальність законодавства про банківську таємницю в практичному розрізі.

Мета статті полягає в з'ясуванні проблем і протиріч і прогалин у законодавстві про банківську таємницю з метою їх усунення.

Вважається, що основним нормативним актом, що регулює питання взаємодії з такою категорією інформації з обмеженим доступом, як банківська таємниця, є Закон України «Про банки і банківську діяльність», а саме ст. 62, яка визначає порядок розкриття інформації, що містить банківську таємницю [1]. Однак це не є єдиний закон, що здійснює вплив безпосередньо на процесуальні аспекти банківської таємниці.

Виходячи із ЗУ «Про банки і банківську діяльність» можна підсумувати, що інформація може бути розкрита:

1. за постановою суду;
2. у випадках, коли метою є запобігання злочину;
3. у випадках загрози національній безпеці та економічному добробуту та правам людини;
4. випадках, коли інформацію одержати іншим шляхом неможливо;
5. за власним бажанням власника.

Першу невідповідність у законодавстві можна знайти у ст. 62 Закону України «Про банки та банківську діяльність», де міститься встановлений порядок розкриття інформації, що містить банківську таємницю, та зазначений список суб'єктів, які мають на це право. Одним із цих суб'єктів є центральний орган виконавчої влади із спеціальним статусом з питань фінансового моніторингу. У законі «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму» [2] вказано, що вище зазначеному органу інформація розглашається:

1. На його додатковий запит щодо фінансових операцій, які стали об'єктом фінансового моніторингу (аналізу) згідно із законодавством щодо запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму, а також учасників зазначених операцій,

2. За поданням суб'єкта первинного фінансового моніторингу (банком в даному випадку). Подання інформації стосовно операцій, що підлягають фінансовому моніторингу, є обов'язком суб'єктів первинного фінансового моніторингу.

Що стосується об'єму інформації, то згідно ЗУ «Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом» у ст. 6 п. 9 зазначено, що суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язаний: надавати на запит спеціально уповноваженого органу додаткову інформацію з приводу копії первинних документів, на підставі яких були проведені такі операції та пов'язані з ними фінансові операції, відомості про їх учасників, а також іншу інформацію, зокрема ту, що становить банківську або комерційну таємницю, таємницю страхування, копії документів, необхідні для виконання покладених на Спеціально уповноважений орган завдань, протягом п'яти



робочих днів з дати надходження запиту. Але у листах НБУ № 4195/30450-4 та № 48-012/738-9223 «Про взаємодію з запитами Державного департаменту фінансового моніторингу» [3], де звертається увага та конкретизується те, що надання інформації, яка не стосується наведених операцій, зокрема інформації про рух коштів за рахунком клієнта, копії анкети клієнта та документів, що стосуються його ідентифікації, згідно ст. 60 із ЗУ «Про банки і банківську діяльність» цілком відносяться до банківської таємниці. Це зауваження є доцільним та навіть свідчить про можливість відповідальності за розголошення банківської таємниці, що передбачено законом.

Таким чином, ми спостерігаємо суттєву суперечність і невизначеність у законодавстві. В тому числі, вважаємо, що листи від НБУ є обмеженням дії Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму». Певні аспекти цієї суперечності були розглянуті Мандра С., який наголошує що: «зміст та обсяг інформації, що надається банком за додатковим запитом ДДФМ, мають бути достатніми для здійснення цим органом своїх функцій. Зокрема, ця інформація, на вимогу вказаного органу, повинна містити як відомості про осіб, котрі здійснюють фінансову операцію (зокрема, анкету клієнта та іншу інформацію, що стосується ідентифікації клієнта банку), так і відомості про обставини її здійснення (зокрема, про рух грошей на банківських рахунках)» [4]. З автором можна погодитись, що банки повинні сприяти здійсненню своїх зобов'язань органами ДДФМ. Однак інформація про рух грошових коштів, обставини здійснення операцій — є цілком інформацією категорії банківської таємниці і не повинна підлягати розголошенню та наданню.

В Законі України «Про інформацію» ст. 5 говорить про те, що кожен має право на вільний доступ до інформації, і хоча вказано, що реалізація даного права на інформацію не повинна порушувати інші права, свободи та інтереси громадян, права та інтереси юридичних осіб, не згадується навіть поняття «конфіденційності» та обмеження доступу [5]. В ст. 6 пункт 2 зазначено, що право на інформацію може бути обмежено законом, в тому числі для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно. У ст. 11 вказано, що «Не допускаються 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 захисту прав людини. До конфіденційної інформації про фізичну особу належать, зокрема, дані про її національність, освіту, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, а також адреса, дата і місце народження». Це вже суперечить вимогам Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму».

Також уваги заслуговує ст. 16 «Податкова інформація», яка наголошує на доступі контролюючих органів до інформації. Визначення «податкової інформації» повністю збігається у Законі України «Про інформацію» і Податковому кодексі (ст. 14.1.171 Податкового кодексу) [6]. Слід відзначити, що даний збіг

характеризується повною відповідністю конкретного визначення та містить перехресні посилання. Треба зазначити, що вважається за потрібне в процесі розгляду специфіки застосування законодавства про банківську таємницю звернути увагу на даний документ, а саме Податковий Кодекс України, оскільки це один з досить впливових елементів законодавства, становить вагомий інтерес для банківської сфери (кредитування та ін.), податкові органи мають право доступу до банківської інформації. Отже, у ст. 17.1.9 Податкового кодексу в правах платника податків зазначено, що він має право на нерозголошення контролюючим органом (посадовими особами) відомостей про такого платника без його письмової згоди та відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, державну, комерційну чи банківську таємницю та стали відомі під час виконання посадовими особами службових обов'язків, крім випадків, коли це прямо передбачено законами.

В свою чергу у ст. 20.1.35 зазначено про можливість надання інформації іншим органам державної влади та органам фондів обов'язкового державного соціального страхування відповідно до закону. А в ст. 21.1.6 заборонено розголошення інформації, що одержується, використовується, зберігається під час реалізації функцій, покладених на контролюючі органи. В тому числі в ст. 63.12 зазначено, що інформація використовується з урахуванням обмежень, передбачених для податкової інформації з обмеженим доступом. В ст. 70.12 вказані випадки використання реєстраційного номеру, в тому числі наголошується при наданні Національним банком, банками та фінансовими установами. В ст. 72 про збір податкової інформації зазначено, що одним з джерел інформації є банки, фінансові установи, які забезпечують інформацією про наявність та рух коштів на рахунках платника податків. Процес доступу до інформації, зазначений в ст. 73.3, містить дані про підстави, на яких надається інформація: «письмовий запит надсилається... за наявності хоча б однієї з таких підстав: 1) виявлено факти порушення податкового, валютного законодавства, законодавства у сфері запобігання та протидії легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на органи державної податкової служби; 2) для визначення рівня звичайних цін на товари ...; 3) в інших випадках, передбачених цим Кодексом». По-перше, до обов'язків податкової служби не відноситься вказане в пункті 1. По-друге, пункт 3 знову ж залишає простір, який призводить до відсутності конкретики та чіткого визначення випадків, які є прийнятними для подання запиту. Також тут зазначено, що інформація на запит органу державної податкової служби надається Національним банком України, іншими банками безоплатно у порядку і обсягах, встановлених Законом України «Про банки і банківську діяльність», а порядок отримання визначається Кабінетом Міністрів України.

В Законі України «Про банки і банківську діяльність» вказано, що відносини банку з клієнтом регулюються законодавством України, нормативно-правовими актами Національного банку України та угодами (договорами) між клієнтом та банком (ст. 55). Однак треба зазначити, що на відносини банку з

клієнтом здійснюють вплив безліч інших документів законодавчого характеру. В тому числі в Законі України «Про банки і банківську діяльність» в ст. 60 (Банківська таємниця) вказано, що «інформація щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третіми особами при наданні послуг банку, є банківською таємницею». До банківської таємниці також відносяться відомості про рахунки, операції, фінансово-економічний стан, відомості стосовно комерційної діяльності клієнтів чи комерційної таємниці, в тому числі і інформація, що збирається про клієнта чи банки під час банківського нагляду. Як приклад в ст. 62 вказано, що банк надає інформацію органам державної податкової служби на їх письмову вимогу. Однак вказано, що «щодо наявності банківських рахунків». Тобто коло інформації, що може бути надана органам податкової служби, обмежено виключно наявністю банківського рахунку. А в Податковому кодексі перелік даних, які вимагаються, значно ширший. При цьому в ст. 128 вказані санкції у разі неподання або подання з порушенням строку банками чи іншими фінансовими установами інформації органам державної податкової служби. В тому числі спостерігаються суттєві розбіжності в визначенні процесу надання доступу до інформації, яка є банківською таємницею.

#### **Висновки.**

На підставі викладеного можна зробити висновок, що більшість законів та нормативно-правових актів, що стосуються поняття конфіденційної інформації, зокрема банківської таємниці, містять певне коло протиріч, що призводить до некоректного застосування законодавства на практиці, а в деяких випадках навіть роблять неможливим його коректне застосування. Слід також наголосити на тому, що вказані проблеми, на мій погляд, містять загрозу використання законодавства в злочинних випадках в силу його неоднозначності та наявності протилежних, конфліктних елементів.

Треба відзначити, що цілком очевидно є необхідність:

1. Створення універсального законодавчого документа, що був би універсальним і єдиним для закріплення правових аспектів взаємодії з інформацією, що має обмежений доступ. Причому є необхідність у законодавчих актах стосовно відповідних видів інформації з обмеженим доступом.

2. Формування наступних універсальних визначень та їх розширеного, вичерпного тлумачення: «банківська таємниця», «інформація з обмеженим доступом», «конфіденційна інформація». Причому доцільним є чітке розмежування вказаних понять, точне формулювання та розподіл інформації за видами.

3. Внести зміни до Закону України «Про інформацію» щодо конкретних термінів, які визначають різні види інформації. В тому числі думається, що доцільним буде встановлення порядку доступу для кожного окремого виду інформації з обмеженим доступом з відокремленням конкретних випадків, термінів, в які може надаватися доступ, та визначенням конкретизованого кола осіб, які можуть отримати необхідний доступ до інформації.

Метою виконання даних рекомендацій є вдосконалення законодавчої бази задля стимулювання банківської діяльності, підвищення прозорості суб'єктів

відносин в господарчій та інших сферах, виключення конфліктних та суперечливих моментів в законодавстві задля забезпечення, з однієї сторони, ретельного збереження та забезпечення конфіденційності, з іншої сторони, запобігання використанню законодавства у злочинних цілях.

### Література

1. Закон України «Про банки і банківську діяльність» Документ 2121-14, поточна редакція від 16.06.2011 на підставі 3024-17, 3394-17, чинний. [Електронний документ] Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=2121-14>. Дата доступу: 15.07.2011
2. Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму». Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, № 1, ст. 2. [Електронний документ] Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=249-15>. Дата доступу: 15.07.2011.
3. Лист Міністерства фінансів України № 22-31-186 від 25.10.04 р. [Електронний документ] Режим доступу: [http://www.minfin.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=49607&cat\\_id=49606](http://www.minfin.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=49607&cat_id=49606). Дата доступу: 15.07.2011.
4. Мандра С. «Порядок розкриття інформації, що містить банківську таємницю: колізійні проблеми застосування законодавства». Юр. газета. — № 15 (75) 10 серпня 2006 року. [Електронний документ] Режим доступу: <http://www.yur-gazeta.com/article/144/>. Дата доступу: 15.07.2011.
5. Закон України «Про інформацію». Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1992, № 48, ст. 650. [Електронний документ] Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2657-12>. Дата доступу: 15.07.2011.
6. Податковий кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2011, № 13-14, № 15-16, № 17, ст. 112. [Електронний документ] Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2755-17>. Дата доступу: 15.07.2011.

### Аннотация

**Казаков Ю. Ю. Проблемы применения законодательства о банковской тайне.** — Статья.

В статье рассматриваются актуальные вопросы, связанные с изменением, а именно повышением, требований современных условий развития национальной и международной экономики государства, стремительного развития международного взаимодействия новое значение приобретают аспекты регулирования банковской деятельности, а именно организация и обеспечение ее функционирования. Данная статья посвящена именно практической стороне применения законодательства о банковской тайне как со стороны защиты конфиденциальности данных, так и во избежание использования в преступных целях.

**Ключевые слова:** банковская тайна, законодательство о банковской тайне, информация.

### Анотація

**Казаков Ю. Ю. Проблеми застосування законодавства про банківську таємницю.** — Стаття.

Стаття присвячена розгляду актуальних питань, пов'язаних зі зміною, а саме підвищенням, вимог сучасних умов розвитку національної та міжнародної економіки держави, стрімкого посилення розвитку міжнародної взаємодії нового значення набувають аспекти регуляції банківської діяльності, а саме організація та забезпечення її функціонування. Дана стаття присвячена саме практичній стороні застосування законодавства про банківську таємницю як зі сторони захисту конфіденційності даних, так і з метою запобігання використанню зі злочинними намірами.

**Ключові слова:** банківська таємниця, законодавство про банківську таємницю, інформація.

## Annotation

**Kazakov Y. Y. Problems of application of legislation on banking secrecy. — Article.**

The article is devoted to consideration of relevant issues, according to the change, namely increase, of demands of current conditions of national and international economy development of the state, instant progress of international interaction new meaning of aspects of bank activity is gained, especially organization and safeguarding of its functioning. The aim of the present research is to expose the key contradictions, obstacles and problem points in the context of practical usage of bank secrecy law.

*Keywords:* bank secrecy laws on banking secrecy, information.

УДК 346.51(477)

*І. П. Поповська*

**ПРАВОВІ ПРИНЦИПИ РОЗРОБЛЕННЯ ПРОГРАМ РОЗВИТКУ  
ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ**

**Актуальність** дослідження правових принципів розроблення програм розвитку господарської діяльності обумовлена тим, що значна більшість відповідних програм в Україні — це декларації, які відірвані від свого економічного обґрунтування та в яких завдання не пов'язані з комплексом заходів організаційного та фінансового характеру.

У процесі розроблення та реалізації програми можуть брати участь різні суб'єкти: державні органи, організації, установи, фонди, органи місцевого самоврядування, суб'єкти господарської діяльності державного і приватного секторів економіки. Але на яких принципах здійснюється розроблення державних і регіональних програм, забезпечення їх реалізації, на яких умовах суб'єкти господарювання вступають у відносини з державою при програмному регулюванні господарської діяльності, законодавство не надає відповіді, яка могла б викликати інтерес і довіру суб'єктів господарювання до програм. Разом із тим це необхідно, щоб «уникнути диктату держави щодо учасників реалізації програми, з одного боку, а також необов'язковості її учасників щодо виконання взятих на себе зобов'язань» [1, 92–93].

**Ступінь наукової розробки проблеми.** Окремі аспекти програмного регулювання господарської діяльності досліджувались такими теоретиками, як: В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменський, О. П. Подцерковний, В. П. Марущак, В. В. Добровольська, О. А. Беяневич, В. С. Мілаш, Д. М. Стеченко та ін. Однак комплексного дослідження системи принципів розроблення програм розвитку господарської діяльності не здійснювалося.

Разом з тим саме у принципах розроблення програм розвитку господарської діяльності знаходить своє вираження сутність програмного регулювання. Як ґрунтовно зазначає Ю. В. Кудрявцев, правовий принцип (виражений мінімум тексту) містить набагато більше інформації, ніж конкретна і багатослівна норма [2, 98]. Принципи покликані відіграти роль важливого приводу

(«стиснутої пружини»), енергія якого збільшує цілеспрямованість і точність дії норм [3, 27].

Закон України «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України» у ст. 2 закріпив правові принципи державного прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України. Це такі принципи, як цілісність, об'єктивність, науковість, гласність, самостійність, рівність, дотримання загальнодержавних інтересів [4]. Однак зазначених принципів недостатньо для створення ефективного правового поля у сфері програмного регулювання господарської діяльності.

Зокрема, закріплення в законі принципу науковості (зміст якого в законі визначається методологією розроблення програм) і принципу об'єктивності (який полягає в тому, що програмні документи розробляються на підставі даних, які надходять від органів державної статистики та інших органів) відображає лише механічну, тобто процедурну характеристику процесу розроблення програми, але не пов'язує ці засади з елементом змістовного характеру. Саме цим елементом повинен виступити принцип доцільності. А встановлення в законі принципу дотримання загальнодержавних інтересів без урахування приватних інтересів суб'єктів господарювання, здається, що не відповідає умовам ефективного індикативного планування, при якому суб'єкти господарювання повинні бути зацікавлені у виконанні програм.

**Метою статті** є визначення основних засад формування правового господарського порядку у сфері розроблення та реалізації програм розвитку господарської діяльності в Україні.

Беручи до уваги основні чинники, які обумовлюють дієвість та результативність програм розвитку господарської діяльності в Україні, можна запропонувати наступні правові принципи їх розроблення.

### **1. Принцип доцільності.**

Даний принцип передбачає обґрунтовану необхідність програмного регулювання державою розвитку тієї чи іншої сфери господарської діяльності з метою вирішення конкретних наявних у ній проблем. У літературі визначається, що закріплення цього принципу в законодавстві дозволяє розв'язати проблему «зарегульованості» відносин між владою та бізнесом [5, 51].

При розробленні певної програми, яка дозволить вирішити існуючі проблеми в господарській сфері життєдіяльності держави або регіону, необхідно обґрунтувати, чому дана проблема не може бути вирішена за допомогою ринкових механізмів, а повинно мати місце державне регулювання, до того ж за допомогою такого інструменту, як програма. Це, у свою чергу, передбачає визначення й аналіз усіх прийнятних альтернативних способів досягнення поставленої мети, у тому числі і тих із них, які не передбачають безпосереднього державного втручання. Програмне регулювання господарських процесів повинне виходити зі стану і динаміки самого ринку, рівня його розвитку, а також захисту прав та інтересів усіх суб'єктів ринку.

Доцільність застосування програмного регулювання господарських відносин має бути зумовлена тим, що в основі переваг програмного підходу знаходиться

його унікальна здатність системно впливати на предмет регулювання, як би стягуючи навколо єдиної мети і політичні, і соціальні, і економічні, і екологічні, і багато інших рішень. Використання програмного методу є доцільним для розв'язання багатофакторних, багатоаспектних і суперечливих проблем розвитку господарських відносин, а в деяких випадках — і єдиним діючим методом.

Характерними властивостями програми як форми інтеграції ресурсів і видів діяльності, форми організації процесів виконання планових завдань у науковій літературі виділяють: комплексне включення до програми всіх необхідних і достатніх заходів незалежно від відомчої належності виконавців; визначення спеціального органу управління, відповідального за здійснення запланованого комплексу заходів, наділеного відповідними повноваженнями і ресурсами; можливість визначення строку виконання програми та інші [6, 32].

Також слід зазначити й те, що наявність серед затверджених програм вкрай дрібних за обсягами фінансування свідчить як про несуттєвість обраних для вирішення програмним методом окремих питань (а отже, і про недоцільність його застосування), так і «про спроби державних структур «вирвати» з державного бюджету хоч якусь частину коштів для фінансування або про прагнення зберегти свої ресурси від перерозподілу на користь інших державних структур» [7, 8].

Як зауважують російські теоретики В. Лексін і О. Швецов, відмовитися від справжнього програмного регулювання економіки, звівши справу до того, щоб іменувати програмними будь-які, а не ретельно відібрані, доцільні й контрольовані за кінцевим результатом дії, можливо, але прямим наслідком цього стане бездумне розмазування загальнодержавної скарбниці по всьому простору країни без будь-якого відчутного соціально-економічного ефекту [8, 25]. Тому за відсутності «фільтру», що відсіває проблеми, які не вимагають вирішення програмним способом, буде консервуватися ситуація, коли формування нової програми розглядається як канал одержання додаткового (до встановленого в непрограмній частині бюджетних витрат) бюджетного фінансування без позитивного соціально-економічного результату.

## 2. Принцип науковості.

Дотримання даного принципу повинне характеризувати саме змістовну сторону програм, а не процедурну. Адже принцип науковості полягає не тільки в тому, щоб програми розроблялися із залученням відповідних фахівців у тих сферах господарювання, щодо розвитку яких приймається програма. Розроблення програм повинне здійснюватися з урахуванням показників, отриманих вітчизняними і зарубіжними науковими дослідженнями, а також наявним позитивним досвідом розвинених країн. Підготовка до розроблення програми повинна починатися зі створення інформаційної бази, що охоплює статистичні та інші показники. Необхідними є показники, що характеризують розвиток господарської діяльності в передплановому періоді, передбачені в плановому періоді зміни законодавства та умов роботи, кон'юнктури ринку, стратегії уряду тощо.

Принцип науковості розглядався й у радянській юридичній літературі як необхідна умова ефективності планування. Так, автори вказували, що «для

підвищення рівня збалансованості планів і забезпечення режиму економії необхідно створення прогресивної нормативної бази витрат ресурсів і її постійне вдосконалення на основі впровадження досягнень науково-технічного прогресу» [9, 19].

### **3. Принцип збалансованості або узгодження приватних і публічних інтересів.**

В умовах розвитку підприємництва сьогоднішня Україна перебуває в пошуках свого балансу ринкового господарства, яке повинно розвиватися на основі саморегулювання й державного регулювання економіки; свого балансу індивідуалізму і колективізму, оскільки головне в економічній вертикалі — відносини партнерства між органами державного управління і суб'єктами господарської діяльності. Владний елемент у цих відносинах не зникає, він присутній, але його зосередженням має бути не орган державного управління, а суспільний господарський порядок.

Закон України «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України» закріпив принцип дотримання загальнодержавних інтересів, тим самим не забезпечивши в процесі програмного регулювання господарської діяльності досягнення балансу між інтересами держави та суб'єктів господарювання. Разом із тим закони функціонування й розвитку господарських відносин — це необхідна стійка взаємозалежність приватних і публічних інтересів, баланс яких є необхідною умовою досягнення загального добробуту.

Дотримання принципу узгодження приватних і публічних інтересів, у свою чергу, дозволяє забезпечити реалізацію положення ст. 5 зазначеного закону, відповідно до якого показники програмних документів повинні бути орієнтовом для розроблення суб'єктами підприємницької діяльності власних прогнозів, планів, бізнес-планів та інших документів.

Як свідчить світовий досвід економічного розвитку, «ринковий механізм» суспільного виробництва здатний функціонувати лише за наявності стабільного й прогнозованого правового простору економічних і політичних відносин. Якщо суб'єкт господарювання не знає або не розуміє, за якими юридичними правилами функціонує економіка, і не може більш-менш точно прогнозувати тенденції її розвитку, він ніколи не стане вкладати свій капітал у цю економіку.

Забезпечити узгодження приватних і публічних інтересів дозволяє лише індикативне планування, яке є способом залучення самостійних суб'єктів ринку на паритетних засадах із державою в процес розроблення та реалізації програм розвитку. Воно базується на використанні економічних важелів впливу на товаровиробників, покупців, ринок у цілому й дозволяє гармонізувати інтереси держави та приватного капіталу.

### **4. Принцип ефективності.**

Дотримання принципу ефективності передбачає забезпечення досягнення внаслідок реалізації державної або регіональної програми максимально можливих позитивних результатів у розвитку господарської діяльності за рахунок



мінімально необхідних витрат ресурсів. Однак це не передбачає скорочення державних витрат (витрат місцевих бюджетів), необхідних для реалізації тієї чи іншої програми, а мається на увазі цілеспрямована, обґрунтована витрата коштів для реалізації такої програми, яка розроблена з урахуванням аналізу різних варіантів її здійснення, і обраний найбільш оптимальний ефективний варіант.

Програми повинні бути оптимальними, тобто забезпечувати досягнення цілей у можливо стислий термін і з найменшими витратами суспільної праці. При цьому оптимальною можна вважати таку програму, яка за даних умов розвитку господарської діяльності забезпечує максимально можливе досягнення поставлених цілей при найбільш ефективному використанні трудових, матеріальних і природних ресурсів [9, 5].

Ефективність — показник того, наскільки повно зусилля (ресурси), витрачені керуючим суб'єктом і суспільством на виконання поставлених завдань, реалізовані в соціально значущих кінцевих результатах [10, 240]. До критеріїв ефективності, які застосовуються на практиці, звичайно відносять розміри видатків, строки виконання завдань, строки окупності тощо.

Необхідність розроблення програм на основі принципу ефективності зумовлена також тим, що в багатьох випадках множинність напрямків програмного регулювання в поєднанні з низьким рівнем програмної та міжпрограмної узгодженості, а також і їх ефективності, призводить лише до розпорошення коштів.

На жаль, фактом є те, що вимоги до розроблення техніко-економічних обґрунтувань програм застаріли, на методологічному рівні існує підхід до програм як до сукупності комерційних проектів. Однак сьогодні в Україні дуже важливо оцінювати бюджетну ефективність кожної програми в цілому, а також довгостроковий мультиплікативний ефект від її реалізації для розвитку господарської діяльності.

### **5. Принцип забезпеченості фінансовими ресурсами.**

На жаль, питанню фінансування програм не приділяється належної уваги, а принцип забезпеченості фінансовими ресурсами й зовсім не закріплений на законодавчому рівні як обов'язкова умова розроблення та реалізації програм.

Безліч прийнятих програм не виконується саме через відсутність належного фінансування, недостатність коштів у державному або місцевому бюджетах.

Звичайно, в бюджеті ніколи не буде вистачати необхідної кількості коштів для повного виконання завдань щодо всіх державних програм. Однак дана обставина не виправдовує погані результати реалізації програм, оскільки останні спричиняють декларативність програмних положень, недовіру суб'єктів господарювання і звичайних громадян до державної програми як до акта, прийнятого уповноваженими органами влади, здатного реально впливати на господарські процеси в Україні.

При прийнятті програми важливо оцінити реальну можливість виконання її заходів. Найчастіше при скороченні видатків щодо програм відсутня ясність щодо того, які ж саме заходи є ключовими, а які другорядними, наскільки «еластичні» ті чи інші заходи до зниження рівня їх фінансування. І не дивно,

що припинення (скорочення) тих чи інших конкретних заходів найчастіше порушує причинно-наслідкові зв'язки між усіма заходами програми, що різко знижує її програмно-цільовий потенціал.

#### **6. Принцип органічної єдності програм.**

Сутність даного принципу зводиться до того, що ефективність окремо взятої програми розвитку господарської діяльності можлива лише в тому випадку, коли всі програми, що вже діють і тільки розроблюються, перебувають між собою у взаємозв'язку, не суперечать одна одній, передбачаючи різні напрями програмного регулювання господарських відносин, а створюють рух уперед в одному напрямі, завданому на законодавчому рівні. Необхідно, щоб передбачені заходи в розроблюваних програмах максимально повно базувалися на вже досягнутих результатах, не дублюючи інші програми та передбачаючи загальну координацію зусиль різних органів державного управління щодо розв'язуваної проблеми. У цьому зв'язку доцільно говорити про проведення інвентаризації існуючих програм. Оскільки наявність у різних програм однакового предмета регулювання призводить лише до плутанини в проведених заходах, і знову ж до непотрібного виділення коштів із бюджету на реалізацію хоч і різних програм, але з ідентичними запланованими в них роботами.

Необхідно також відзначити, що принцип органічної єдності програм використовувався й при радянському плануванні розвитку економіки. Теоретики називали його «принципом безперервності дії планів», який виражався в єдності (наступності) довгострокових, середньострокових, перспективних і поточних планів [11, 132].

**Висновки.** Таким чином, правове регулювання господарських процесів є складним і багатостороннім питанням, від способу вирішення якого залежить ефективність функціонування економіки країни, темпи розвитку господарської діяльності. Використання правових принципів у процесі розроблення програм розвитку господарської діяльності є стартом у досягненні господарського порядку. Саме законодавство здатне чітко визначити основи і зміст, шляхи й засоби становлення та розвитку господарства. Як справедливо звертає увагу В. Коростей, ринкова економіка за формою і змістом є правовою, а за цілями і завданнями, досягненню кінцевих результатів — господарською [12, 5].

Однак слід мати на увазі, що яку б економічну і правову силу не мала б держава, вона не повинна переступати межу, за якою можливе обмеження прав господарюючих суб'єктів на свободу підприємництва, що має забезпечуватися й контролюватися системою демократичних інститутів. Єдність ринку в цілому залежить від держави, довіра до якої з боку господарюючих суб'єктів пов'язана зі стабільністю, що має місце у всіх сферах її життєдіяльності, а головне, в правовій і господарській сферах.

Програмне регулювання господарської діяльності не є єдиним «порятунком» економіки України. Однак системна організація цієї форми державного регулювання економічних процесів здатна зробити ефективними державні заходи у сфері реформування господарства.

### Література

1. Марущак В. П. Правове регулювання планування змішаної економіки : у 2-х ч. / В. П. Марущак. — О. : Вид-во ОРІДУ УАДУ при Президентіві України, 2002. — Ч. II. — 166 с.
2. Кудрявцев Ю. В. Норма права как социальная информация / Ю. В. Кудрявцев. — М. : Юрид. лит., 1981. — 144 с.
3. Хозяйственное право : учебник / В. К. Макутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др.; под ред. Макутова В. К. — К. : Юринком Интер, 2002. — 912 с.
4. Державне регулювання економіки : навч. посіб. — Вид. 2-ге, доопрац. і доп. — К.: КНЕУ, 2004. — 440 с.
5. Кравцова Т. М. Державна регуляторна політика у сфері господарської діяльності: організаційно-правові засади реалізації : монографія / за заг. ред. академіка Академії правових наук України О. М. Бандурки. — Х. : Вид-во нац. Ун-ту внутр. справ, 2004. — 266 с.
6. Программно-целевой метод в планировании / отв. ред. Н. П. Федоренко. — М. : Наука, 1982. — 150 с.
7. Симачев Ю. Стали ли федеральные целевые программы инструментом государственной промышленной политики / Ю. Симачев, А. Соколов, М. Горст // Российский экономический журнал. — 2002. — № 8. — С. 3–11.
8. Лексин В., Швецов А. Общегосударственные реформы и территориальное развитие / В. Лексин, А. Швецов // Российский экономический журнал. — 2000. — № 8. — С. 23–29.
9. Каю Х. О. Планирование производственно-хозяйственной деятельности предпринимателей / Х. О. Каю ; отв. ред. Н. С. Малейн. — М. : Юрид. лит., 1984. — 96 с.
10. Зеркин Д. М. Основы теории государственного управления : курс лекций / Д. М. Зеркин, В. Г. Игнатов. — Ростов н/Д: изд. центр «МарТ», 2000. — 448 с.
11. Советское административное право: Основы управления народным хозяйством / под ред. Ю. М. Козлова, Б. М. Лазарева, А. Е. Лунева, М. И. Пискотина. — М. : Юрид. лит., 1981. — 280 с.
12. Коростей В. Правовая инфраструктура экономики / В. Коростей // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2000. — № 11. — С. 3–9.

### Анотація

**Поповська І. П.** Правові принципи розроблення програм розвитку господарської діяльності в Україні. — Стаття.

Досліджено правові принципи розроблення програм розвитку господарської діяльності, які виражають сутність програмного регулювання та обумовлюють його результативність. Охарактеризовано такі запропоновані принципи, як: доцільність, науковість, збалансованість або узгодження приватних і публічних інтересів, ефективність, забезпеченість фінансовими ресурсами, органічна єдність програм. Визначено шляхи удосконалення системи правових засад програмного регулювання господарської діяльності в Україні.

**Ключові слова:** правові принципи, розроблення програми, розвиток господарської діяльності, програмне регулювання, ефективність виконання.

### Аннотация

**Поповская И. П.** Правовые принципы разработки программ развития хозяйственной деятельности в Украине. — Статья.

Исследованы правовые принципы разработки программ развития хозяйственной деятельности, которые выражают сущность программногo регулирования и обуславливают его результативность. Охарактеризованы такие предложенные принципы, как: целесообразность, научность, сбалансированность или согласование частных и публичных интересов, эффективность, обеспеченность финансовыми ресурсами, органическое единство программ. Определены пути совершенствования системы правовых основ программногo регулирования хозяйственной деятельности в Украине.

**Ключевые слова:** правовые принципы, разработка программы, развитие хозяйственной деятельности, программное регулирование, эффективность выполнения.

### Summary

*Popovska I. P. Legal principles of the development programs of economic activity in Ukraine. — Article.*

There are analyzed the legal principles of the development programs of economic activity, which express the essence of program regulation and determine its effectiveness. There are characterized such principles as: feasibility, scientific content, balance or coordination of private and public interests, efficiency, availability of financial resources, and organic integrity of the programs. Ways of improving of the legal framework regulating the economic activity in Ukraine are determined.

*Keywords:* legal principles, working out of the program, development of economic activity, program regulation, efficiency of execution.

УДК 347.773

О. В. Басай

### НАБУТТЯ ПРАВ НА ПРОМИСЛОВИЙ ЗРАЗОК ЄВРОПЕЙСЬКОЇ СПІЛЬНОТИ

**Постановка проблеми.** Визнаючи права інтелектуальної власності, кожна юридична система ставила перед собою питання створення закону, який був би здатний регулювати відносини щодо цих нематеріальних об'єктів, що не знають кордонів і можуть бути використані в різних місцях, причому одночасно [1, с. 12.].

Право ЄС не замінило національне право інтелектуальної власності країн-членів. Проте введення єдиної системи охорони деяких об'єктів (товарних знаків, промислових зразків) і плани про введення такої охорони відносно інших об'єктів (винаходів і корисних моделей) свідчать про те, що коли-небудь територіальний характер прав інтелектуальної власності в єдиній Європі може бути повністю подоланий [2].

Одним із основних напрямів зовнішньої політики нашої держави є її інтеграція як повноправного члена у світове і європейське економічне й культурне співтовариство. Важливою складовою цього процесу в Україні є створення максимально сприятливих правових, організаційних та економічних умов для юридичних і фізичних осіб щодо набуття, здійснення і захисту прав інтелектуальної власності. Насамперед це стосується удосконалення національного законодавства в сфері інтелектуальної власності. Зміни до чинного законодавства у сфері інтелектуальної власності мають бути спрямовані, в тому числі, й на адаптацію національного законодавства до законодавства ЄС [3].

**Стан дослідження.** Окремі аспекти права інтелектуальної власності ЄС досліджували Г. Андросук, Т. Демченко, В. Дроб'язко, Р. Дроб'язко, Р. Еннан, В. Жаров, І. Кожарська, О. Коцюба, О. І. Харитонова, Є. О. Харитонов, В. Муравйов та ін. Питання охорони промислових зразків у ЄС також висвітлено у працях: А. Пахаренко-Андерсон, В. Скордамалї, О. Чомахашвілі та ін.

**Метою** статті є визначення умов та порядку реєстрації прав на промисловий зразок ЄС, визначення переваг правової охорони промислових зразків Спільноти.

**Основні положення.** Умови охорони промислових зразків Спільноти визначено у Директиві 98/71/ЕС про правову охорону промислових зразків, ухваленій 13 жовтня 1998 р. Європейським парламентом і Радою ЄС [4], а Регламенті Ради ЄС N 6/2002 про промислові зразки Спільноти, ухваленому 12 грудня 2001 р. [5] Регламент, будучи актом уніфікації, визначає своєю метою запровадження єдиного правового інструменту охорони промислових зразків в ЄС, який діє на всій території ЄС і надає рівну охорону всім правовласникам в рамках Співтовариства. Таким чином, йдеться вже не тільки про зближення національного законодавства країн — членів ЄС у сфері правової охорони промислових зразків, а про європеїзацію права промислових зразків, про створення єдиних для всього ЄС інструментів правової охорони, одноманітно діючих і вживаних на всій території інтеграційного утворення.

Разом з Директивою про правову охорону промислових зразків 1998 р. і Регламентом про промислові зразки Співтовариства 2001 р. важливе місце в системі джерел гармонізації і уніфікації права промислових зразків в ЄС займають Регламент Комісії ЄС від 21 жовтня 2002 р. N 2245/2002, який встановлює умови застосування Регламенту про промислові зразки ЄС 2001 р., а також Регламент Комісії ЄС від 16 грудня 2002 р. N 2246/2002, що стосується мит, які підлягають сплаті у Відомство по гармонізації внутрішнього ринку за реєстрацію промислових зразків ЄС [6].

Промисловий зразок Спільноти підлягає охороні за умови відповідності двом критеріям охороноздатності:

1) Має бути новим. Промисловий зразок вважається новим, якщо немає тождяного промислового зразка, який було оприлюднено:

— що стосується незареєстрованого промислового зразка Спільноти — до дати, коли промисловий зразок, щодо якого вимагається охорона, вперше було оприлюднено;

— що стосується зареєстрованого промислового зразка Спільноти — до дати подання заявки про реєстрацію промислового зразка, для якого вимагається охорона.

Промисловий зразок, застосований або втілений у виробі, що є компонентом складного виробу, вважається новим та таким, що має індивідуальний характер:

якщо компонент, після його включення до складного виробу, залишається видимим в процесі звичайного використання останнього;

та якщо такі видимі характеристики самі по собі відповідають вимогам новизни та індивідуального характеру. Під «звичайним використанням» слід розуміти використання кінцевим користувачем, що не включає технічне та сервісне обслуговування або ремонт.

2) Мати індивідуальний характер. Вважається, що промисловий зразок має індивідуальний характер, якщо загальне враження, яке він справляє на інформованого користувача, відрізняється від загального враження, яке справляється на такого користувача будь-яким іншим промисловим зразком, що був оприлюднений.

Згідно зі статтею 14 Регламенту Ради ЄС № 6/2002 від 12.12.2001 р. про промислові зразки Спільноти право на промисловий зразок ЄС надається автору зразка або його правонаступникові. Якщо промисловий зразок був розроблений спільно двома або кількома особами, право на промисловий зразок ЄС надається їм спільно. Проте якщо промисловий зразок розробляється службовцем під час виконання своїх службових обов'язків або на виконання вказівок, виданих його роботодавцем, право на промисловий зразок ЄС надається роботодавцеві, якщо інше не передбачене угодою або не визначене відповідно до національного законодавства.

Представництво фізичних або юридичних осіб у процедурах у Бюро, згідно з Регламентом, може здійснюватися лише:

будь-яким адвокатом, який був допущений до професійної діяльності в одній з держав-членів та має своє місце ведення діяльності у межах Спільноти, якщо він уповноважений в межах зазначеної країни виступати представником у справах індустріальної власності;

будь-якими професійними представниками, чиї імена занесені до списку професійних представників;

особами, чиї імена були занесені до спеціального списку професійних представників у питаннях промислового зразка.

Будь-яка фізична особа може бути внесена до спеціального списку професійних представників у справах промислового зразка, якщо вона відповідає таким умовам:

вона має бути громадянином однієї з країн-членів;

вона повинна мати своє місце ведення діяльності або зайнятості у Спільноті;

вона має бути уповноважена представляти фізичні або юридичні особи у справах промислового зразка у відомстві з питань промислової власності держави-члена або у Бюро з промислового зразка Бенілюксу, якщо у тій країні повноваження представництва у справах промислового зразка не обумовлюється спеціальними професійними кваліфікаціями, особи, які претендують на занесення до списку, повинні мати досвід ведення справ промислового зразка у відомстві з питань промислової власності зазначеної країни принаймні протягом п'яти років. Проте звільняються від умови наявності досвіду ведення такої діяльності особи, придатність яких для представництва фізичних або юридичних осіб у справах промислового зразка у відомстві з питань промислової власності однієї з держав-членів офіційно визнана відповідно до регламентів, установлених такою країною.

Реєстрація промислового зразка ЄС здійснюється на основі однієї заявки, оформленої однією мовою (іспанською, німецькою, англійською, французькою або італійською), оплаченої єдиним митом, і здійснюється у строк від 4 днів до 1,5 місяців (час на реєстрацію залежить від питань, які можуть виникнути у процесі реєстрації) [7].

Заявка на реєстрацію промислових зразків ЄС подається у Бюро з гармонізації на внутрішньому ринку (товарні знаки і промислові зразки), Аліканте, Іспанія. Також заявка на реєстрацію промислових зразків може подаватись до центрального відомства з питань промислової власності держави-члена або

у країнах Бенілюксу — до Бюро промислового зразка Бенілюксу. Після того, як Бюро отримало заявку, яка була передана відомством з питань промислової власності держави-члена або Бюро промислового зразка Бенілюксу, воно інформує заявника відповідним чином, повідомляючи Бюро дату її отримання. Якщо заявка подається до відомства з питань промислової власності держави-члена або до Бюро промислового зразка Бенілюксу, ці установи вживають усіх заходів для передачі заявки до Бюро протягом двох тижнів після її подання. Вони можуть стягувати з заявника збір, який не перевищує адміністративних витрат на отримання та передачу заявки.

Щодо заявки проводиться формальна експертиза, під час якої встановлюється, чи дотримані формальні вимоги, а також чи належить заявлене рішення до промислових зразків. Крім того, перевіряється, чи не суперечить даний промисловий зразок громадському порядку та принципам моралі. Експертиза по суті не проводиться. У разі якщо результати експертизи позитивні, промисловий зразок реєструється, а відомості про нього публікуються в електронному Офіційному бюлетені Бюро з гармонізації на внутрішньому ринку, який видається кожного робочого дня.

Реєстрація промислового зразка ЄС чинна протягом 5 років з дати подання заявки і згодом може бути продовжена (поновлена) чотири рази, щоразу на п'ять років. Таким чином, загальний термін дії реєстрації може сягати 25 років. Слід зазначити, що з метою забезпечення інтересів власників прав на промислові зразки, відповідно до процедури ЄС передбачена можливість застосування до зареєстрованого промислового зразка режиму «секретності», який передбачає нерозголошення відомостей протягом певного періоду часу після його реєстрації.

Відповідно до ст. 50 Регламенту про промислові зразки Спільноти [5] заявник на реєстрацію промислового зразка Спільноти може просити, щоб опублікування зареєстрованого промислового зразка Спільноти було відстрочене на період 30 місяців від дати подання заявки або, якщо вимагається пріоритет, від дати визнання пріоритету. Після подання такого прохання промисловий зразок, що подається на реєстрацію, реєструється, але ні представлення промислового зразка, ані будь-який документ, що стосується заявки, не розкриваються для публічного доступу. Бюро публікує у Бюлетені промислового зразка Спільноти зазначення про відстрочення опублікування зареєстрованого промислового зразка Спільноти. Таке зазначення супроводжується інформацією, що ідентифікує суб'єкта прав на зареєстрований промисловий зразок Спільноти датою подання заявки та будь-якими іншими подробицями, прописаними в регламенті про імплементацію.

Після закінчення періоду відстрочення або на будь-яку попередню дату, на прохання суб'єкта прав, Бюро розкриває для публічного доступу всі записи в реєстрі та справу, що стосується заявки, а також публікує зареєстрований промисловий зразок Спільноти в Бюлетені промислового зразка Спільноти.

Слід зазначити, що реєстрація промислових зразків Спільноти не є гарантією того, що таке рішення не буде оскаржене третіми особами, чиї права можуть порушуватись такою реєстрацією.

З метою захисту прав та інтересів третіх осіб передбачено можливість подання скарги та скасування реєстрації промислових зразків Спільноти. Будь-яка фізична або юридична особа, а також державний компетентний орган, уповноважений на таку дію, може подати до Бюро заяву про оголошення недійсним зареєстрованого промислового зразка Спільноти. Заява подається у письмовій формі з наведенням причин. Заява не вважається поданою, доки не буде сплачений збір за подання заяви про оголошення недійсності. Результати розгляду таких заяв, а також прийняті рішення розміщуються на офіційному сайті Бюро. Якщо звернутись до досвіду Європейського Союзу, то в підпункті «а» пункту 2 статті 11 Директиви ЄС щодо охорони прав на промислові зразки № 98/71 від 13.10.1998 визначено, що країни-учасниці ЄС можуть передбачити відмову у реєстрації промислового зразка або визнання такої реєстрації недійсною, якщо є факт використання у промисловому зразку розрізняльного знака, права на який у межах ЄС або у межах конкретної країни-члена належать особі, яка має право заперечувати проти використання такого знака [8]. Аналогічна норма міститься також і у підпункті «д» пункту 1 статті 25 Директиви ЄС про зразки дизайну в межах Європейської Спільноти № 6/2002 від 12.12.2001 р.

Законодавство ЄС передбачає певну охорону і для незареєстрованих промислових зразків. Така правова охорона діє протягом трьох років від дати, коли промисловий зразок уперше став загальновідомим у межах Співтовариства. Це було зроблено спеціально для тих промислових зразків, які користуються попитом дуже короткий проміжок часу, або використовуються у виробках, які швидко морально застарівають і, відповідно, їх комерційне життя досить коротке, а тому проведення будь-яких процедур реєстрації таких промислових зразків недоцільне. З цією метою промисловим зразкам, які стали загальновідомими на території ЄС, надається правова охорона без будь-яких процедур реєстрації одночасно на території всіх країн ЄС.

Промисловий зразок вважається загальновідомим у межах Співтовариства, якщо він був опублікований, виставлений, використаний у торгівлі або іншим способом оприлюднений таким чином, щоб це стало відомим у колах, які спеціалізуються на діяльності в секторі, про який ідеться, і діють у межах Співтовариства. Проте промисловий зразок не вважатиметься загальновідомим лише з тієї причини, що він був оприлюднений третій особі за явних чи неявних умов конфіденційності. Перше розкриття інформації повинно відбутись обов'язково на території ЄС. Отже, важливо пам'ятати, що якщо промисловий зразок був уперше продемонстрований на виставці в Україні (яка сьогодні не є членом ЄС), то без відповідної реєстрації він уже не буде захищатись на території ЄС [9].

**Висновки.** Таким чином, в ЄС діє дві системи охорони промислових зразків Спільноти: на підставі реєстрації промислового зразка Спільноти; охорона промислових зразків ЄС без реєстрації. Запровадження практики охорони промислових зразків Спільноти, з однієї сторони, не обмежило можливість реєстрації промислових зразків в окремих державах ЄС, з іншої сторони, суттєво спростила процедуру отримання охорони промислових зразків на території ЄС.



Надання можливості охорони промислових зразків без реєстрації дозволяє зацікавленим особам захищати права на належні їм промислові зразки, при цьому не витрачаючи зайві кошти на реєстрацію. Враховуючи, що система охорони промислових зразків без реєстрації в Україні відсутня, дослідження переваг та недоліків має важливе як теоретичне, так і практичне значення та дозволить визначити можливість та умови запровадження відповідного досвіду у національній практиці.

### Література

1. Скордамалья В. Право інтелектуальної власності ЄС. Навчальний посібник. — Київ, 2005. — 151 с.
2. Леанович Е. Роль интеллектуальной собственности в процессе интеграции на примере Европейского Союза // Журнал международного права и международных отношений. — 2008. — № 3. Режим доступа: <http://evolutio.info/index.php?option>
3. Концепція розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 роки : схвалено рішенням Колегії Державного департаменту інтелектуальної власності (Протокол від 11 березня 2009 р. № 11) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://sips.gov.ua/ua/plans\\_reports.html](http://sips.gov.ua/ua/plans_reports.html)
4. Про правову охорону промислових зразків: Директива Європейського Парламенту та Ради ЄС № 98/71/ЄС від 13 жовтня 1998 [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://www.wipo.int/clea>
5. Про промислові зразки Спільноти: Регламент Ради ЄС № 6/2002 від 12 грудня 2001 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.wipo.int/clea/>
6. Абдуллин А. И. Гармонизация и унификация правовой охраны промышленных образцов в Европейском Союзе / А. И. Абдуллин // Международное публичное и частное право. — М. 2006. — № 3. — С. 5–8.
7. Пахаренко-Андерсон А. Промисловий зразок Європейського Союзу/ А. Пахаренко-Андерсон // Інтелектуальна власність. — 2011. — № 1.
8. Кожарська І. Співвідношення правової охорони промислових зразків і знаків для товарів і послуг / І. Кожарська, М. Пейкрішвілі. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://patent.km.ua/ukr/articles/i23>
9. Чомахашвілі О. Ш. Адміністративно-правове регулювання охорони прав на промислові зразки в Україні / Дис. на здобуття наукового ступеня к. ю. н.: спец. 12.00.07 / Олена Шотаєвна Чомахашвілі. — Ірпінь, 2008. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://studrada.com.ua>

### Анотація

**Басай О. В. Набуття прав на промисловий зразок Європейської Спільноти. — Стаття.**

У статті досліджено порядок реєстрації промислових зразків Спільноти. Охарактеризовано дві системи охорони промислових зразків Спільноти — на підставі реєстрації та без реєстрації. Визначено умови охороноздатності промислових зразків Спільноти.

**Ключові слова:** промисловий зразок, промисловий зразок Спільноти, охорона промислових зразків Спільноти, реєстрація промислових зразків Спільноти.

### Аннотация

**Басай А. В. Приобретение прав на промышленный образец Европейского Сообщества. — Статья.**

В статье исследован порядок регистрации промышленных образцов Европейского Союза. Охарактеризованы две системы охраны промышленных образцов в ЕС — на основании регистрации и без регистрации. Определены условия охраноспособности промышленных образцов ЕС.

**Ключевые слова:** промышленный образец, промышленный образец ЕС, охрана промышленных образцов ЕС, регистрация промышленных образцов ЕС.

### Annotation

**Basay A. V. Procurement of rights on Community design. — The article.**

The order of registration of Community design is explored in the article. Two systems of protection industrial designs are described in ES — on the basis of registration and without registration. The terms of protection industrial designs of ES are certain.

*Keywords:* industrial design, Community design, protection industrial designs of ES, registration of industrial design ES.

УДК 349.22

**Ф. А. Цесарський**

### **АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ УКЛАДЕННЯ ТРУДОВИХ ДОГОВОРІВ В СУЧАСНИХ УМОВАХ ЕКОНОМІЧНОГО ТА ТЕХНОЛОГІЧНОГО РОЗВИТКУ СУСПІЛЬСТВА**

Актуальність теми обумовлена тим, що трудовий договір має виключне теоретичне і практичне значення. Практичне значення трудового договору полягає в тому, що саме на його підставі виникають трудові відносини з особами, які працюють за наймом. Водночас, незважаючи на значну увагу фахівців до трудового права та інституту трудового договору, деякі питання теорії трудового договору, у тому числі і проблеми його укладення, до цього часу залишаються малодослідженими.

Формування ринку праці покликане сприяти раціональному використанню робочої сили, зростанню ролі трудового договору як основного регулятора застосування найманої праці. Укладаючи трудовий договір, його сторони — роботодавець і працівник як рівноправні учасники ринку праці — керуються вже не імперативними нормами держави, як це було в умовах планового ведення господарства, а своїми інтересами та цілями. Серед останніх домінує отримання прибутку: працівником — від реалізації своїх здібностей виконувати певну роботу, роботодавцем — від використання праці найманих працівників. Внаслідок названих причин ринкові відносини впливають на характер трудового договору. Маючи ознаки публічності, відображаючи волю і інтереси держави, сучасний трудовий договір у міру становлення ринкової економіки все більше набував риси, властиві договорам приватного права, в основі яких лежать добровільно прийняті на себе сторонами зобов'язання, обумовлені їх інтересами і вільним волевиявленням.

Протягом останніх років в Україні відбувалися суттєві реформи — приватизація в економіці, вступ до ринку, з'явилися нові недержавні форми власності і нові види роботодавців. В умовах економічної кризи ситуацію посилює і та обставина, що економічний спад спричинив появу на ринку праці великої кількості безробітних. Таким чином, виник новий тип трудових відносин — «неформальний». На жаль, недостатня увага і контроль з боку держави до цих

явищ призвели до їх поширення у великих масштабах. Посилення договірних засад та вільного розсуду сторін у встановленні трудових відносин, тенденція зростання в трудовому договорі ролі універсальних властивостей і якостей, безумовно, впливають і на правове регулювання укладення трудового договору.

Проблемі правового забезпечення укладення трудових договорів присвячені роботи В. С. Венедиктова, К. М. Гусова, В. М. Толкунової, В. М. Лебедева, К. В. Мельник, В. І. Миронова та інших, які глибоко і повно розкрили основні проблеми, що стосуються даного етапу індивідуальних договірних відносин на ринку праці. Разом з тим укладення трудового договору у сучасних умовах стає найважливішою складовою частиною забезпечення прав учасників трудових відносин, що вимагає подальшої розробки даної проблеми.

Таким чином, метою цієї статті є аналіз проблеми укладення трудових договорів в сучасних умовах суспільно-економічного розвитку та можливостей її вирішення.

Звертаючись до проблеми укладення трудового договору, зауважимо, що він є формою трудової угоди, підстави виникнення якої можна сформулювати таким чином: 1) наявність юридично значимої мети, яка пов'язана з виконанням працівником певної трудової функції; 2) відповідне розпорядження законодавця (нормативного органу); 3) взаємно узгоджене волевиявлення суб'єктів трудового права, спрямоване на досягнення юридично значимої мети (встановлення, зміна або припинення правових відносин у сфері несамостійної, неоднособової праці) [4].

Тобто можна погодитися із В. М. Лебедєвим, який розглядає трудові договори як складні юридичні конструкції, що охоплюють всі аспекти особистих договірних відносин, і в той же час як юридичні факти, що стосуються різних сторін соціально-трудова відносин (зміна роду діяльності, місця роботи, розміру заробітної плати, зони обслуговування, відшкодування шкоди і т. ін.) [4].

Прикладні аспекти загального порядку укладення трудового договору сформульовані в оцінках вчених в галузі трудового права.

Так, наприклад, В. І. Миронов ставить в основу саме документаційну і процесуальну складову порядку укладення трудового договору. Він зазначає, що укладенню трудового договору передують процедура працевлаштування. В його змісті автор виділяє як основний момент надання відповідного пакету документів. Другим компонентом розглянутого нами процесу він називає «оформлення трудових відносин», що включає в себе укладення між працівником і роботодавцем трудового договору в письмовій формі. Останній компонент він називає «оформлення прийому на роботу» і включає до нього видання наказу (розпорядження) про прийняття працівника на роботу повноважним представником роботодавця.

Таким чином, у загальному процесі, центральним моментом якого є саме укладення трудового договору, В. І. Миронов виділяє такі компоненти [8, с. 489]:

- 1) процедура працевлаштування;
- 2) оформлення трудових відносин;
- 3) оформлення прийому на роботу.

Дещо з інших позицій до розгляду порядку укладення трудового договору на практиці підходять відомі вчені К. М. Гусов і В. М. Толкунова [3].

Здійснюючи детальний розгляд цього питання, вони зупиняються насамперед на питаннях гарантій особам, які працевлаштовуються. Далі в ракурсі характеристики практичної реалізації порядку укладення трудового договору ними виділяється така послідовність питань:

1) пред'явлення роботодавцю особою, яка працевлаштовується на роботу, комплекту документів;

2) врегулювання шляхом укладення угоди питання про випробування з метою перевірки відповідності працівника роботі, яка йому доручається;

3) врегулювання питання щодо проходження працівником медичного огляду (обстеження) в тому випадку, якщо таке обстеження передбачено для даної категорії працівників;

4) укладення трудового договору в письмовій формі, видання наказу про прийняття працівника на роботу і оформлення трудової книжки.

Таким чином, за всієї несхожості підходів до характеристики найважливіших складових прикладної реалізації порядку укладення трудового договору, можна виокремити два основні компоненти цього процесу:

1) пред'явлення роботодавцю особою, яка працевлаштовується на роботу, комплекту документів, зміст яких передбачений законодавством;

2) факт укладення трудового договору на підставі та відповідно до вимог, які закон пред'являє до цієї дії.

Разом із тим сучасні динамічні умови розвитку ринку праці визначають і той факт, що повинні виникати нові та вдосконалюватися старі форми укладання трудових договорів. Зокрема, йдеться про дистанційні моделі, які можуть застосовуватися, коли роботодавець та працівник знаходяться в різних географічних точках.

Характер відносин між суб'єктами ринку праці при дистанційній зайнятості залежить від способу оформлення відносин між ними [6].

Як зазначає М. Г. Беляєва, на практиці зустрічаються три форми договору між працівником і роботодавцем [1]:

1. Трудовий договір. Працівник, який уклав традиційний трудовий договір з роботодавцем, виконує свої трудові обов'язки не на території роботодавця, а вдома або в іншому зручному йому місці.

Така форма організації праці дозволяється працівникам, які вже мають досвід роботи з даним роботодавцем і добре зарекомендували себе, так як в цьому разі відносини між суб'єктами будуються на високому рівні довіри та лояльності. Всі відносини між працівником і роботодавцем регулюються трудовим договором, і роботодавець має вимагати виконання встановленого режиму праці (наприклад, присутності працівника в певні години на робочому місці, у комп'ютера або телефону). Досить часто робота вдома поєднується з роботою в офісі, наприклад, кілька годин або днів на тиждень, для спільного обговорення робочих питань в колективі та виконання обов'язків, які не можуть бути виконані поза межами офісу. Працівник користується всіма соціальними і тру-

довими гарантіями відповідно з Трудовим кодексом. Якщо робота має разовий або сезонний характер, роботодавець може укласти з працівником строковий трудовий договір.

2. Договір підряду, платного надання послуг або інший договір цивільно-правового характеру. При укладенні такого договору працівник виступає як виконавець, і відносини сторін регулюються не трудовим, а цивільним законодавством. Звичайно, в даному випадку працівник не вправі розраховувати на соціальні гарантії, передбачені трудовим кодексом (виплату допомоги з тимчасової непрацездатності, надання щорічних і навчальних відпусток, відшкодування шкоди у зв'язку із заподіянням шкоди здоров'ю і т. ін.). Але укладення цивільно-правового договору — це не найгірший варіант для сумлінного працівника, оскільки у випадку порушення умов договору він може звернутися за захистом своїх прав до суду. На жаль, в Україні при дистанційній зайнятості широке поширення одержав і третій варіант оформлення відносин.

3. Усна або «віртуальна» угода. За такою домовленістю взаємодія роботодавця і працівника відбувається в неправовому полі. Основною причиною небажання роботодавця офіційно оформляти відносини з працівником є прагнення скоротити витрати, пов'язані з наймом робочої сили. Не укладаючи трудовий договір з працівником, роботодавець не несе ніяких зобов'язань перед найманим працівником. У нього не зростає чисельність працівників, що веде до зниження фонду оплати праці і оподаткованої бази для визначення деяких податків і зборів. Дорівнюють нулю і витрати, пов'язані з розірванням договору з працівником. Роботодавець економить також і на кадровій роботі — оформленні трудових договорів, розрахунку та нарахуванні заробітної плати та інших виплат, веденні всієї документації і т. ін.

З точки зору теорії здається, що відносини між виконавцем і споживачем послуг праці при дистанційній роботі ближче до підрядних. На користь такого погляду можна привести наступні аргументи.

По-перше, при роботі «на відстані» відсутній основний, на думку юристів, критерій відносин найму — безпосередній контроль за процесом праці з боку роботодавця.

По-друге, працюючий за трудовим договором зобов'язаний виконувати роботу особисто, у той час як в умовах дистанційної зайнятості працівник може залучити інших осіб для реалізації своїх зобов'язань, що також свідчить скоріше про підрядний характер відносин.

По-третє, роботодавець не може відповідати за безпеку праці працівника, якщо той працює вдома, а не на території роботодавця.

По-четверте, у разі трудових відносин ризик випадкової загибелі або випадкового пошкодження результату виконаної роботи несе роботодавець, працівник не позбавляється заробітної плати і несе матеріальну відповідальність лише у разі його вини. При дистанційній роботі ризик псування результату до його передачі замовнику (наприклад, зникнення файлів або оброблюваних баз даних в результаті пошкодження їх комп'ютерним вірусом) лежить на виконавці. Якщо замовник не отримав необхідний результат, то він його й не

оплатити. Це також побічно свідчить про те, що при дистанційній роботі є підстави для укладення договору підряду або іншого договору цивільно-правового характеру.

Але в багатьох випадках роботодавцю краще вступити в трудові відносини з виконавцем. Стабільність положення і захищеність працівника при укладенні трудового договору дозволяє йому зосередитися на роботі, а не на пошуку чергового замовника. Роботодавець же, надаючи працівнику не тільки можливість працювати вдома, в комфортніших умовах, але і повний соціальний пакет, може утримати цінного працівника. Звичайно, це в першу чергу стосується висококваліфікованих працівників, які мають специфічний людський капітал (набором знань і умінь, цінних саме для цього роботодавця), яким непросто знайти заміну.

Що стосується неможливості здійснення контролю за процесом праці з боку роботодавця, то відомо, що при інтелектуальній творчій праці безпосередній контроль за працівником неефективний, і роботодавцю цілком достатньо контролювати лише кінцевий результат праці працівника, не втручаючись в його поточну діяльність. Відносини між працівником і роботодавцем у разі укладення трудового договору на невизначений термін зазвичай більшою мірою базуються на довірі і накопиченому досвіді спільної праці, ніж у випадку разових підрядних договорів з незнайомими особами.

Звичайно, незважаючи на спонтанно виникаючі засоби захисту працівників і роботодавців від недобросовісної поведінки іншої сторони, слід прагнути до того, щоб їх відносини були в правовому полі і регулювалися не лише усними угодами, але й грамотно оформленими договорами. Адже ризики сторін варіюються залежно від способу оформлення відносин з партнером. Якщо укладено письмовий договір, вони можуть захистити свої права в суді. Якщо ж домовленості усні чи існують лише в електронному вигляді, сторони ризикують набагато більше.

Остаточний вибір форми договору залежить від багатьох обставин — обсягу роботи, її тривалості, наявності або відсутності у працівника специфічних навичок, можливостей вимірювання результатів праці працівника, репутації сторін та інших особливостей конкретної операції.

У цілому розвиток дистанційної зайнятості є кроком до більшої гнучкості ринку праці, що є об'єктивною тенденцією як для країн з перехідною економікою, так і для країн з розвинутою ринковою системою. Однак використання сучасних технологій сприяє переходу від традиційної системи стабільної зайнятості до непостійної і неповної зайнятості, що не завжди відповідає інтересам працівників. Перетворення працівників, що працюють за трудовим договором у самозайнятих підрядчиків або «фрілансерів», сприяє ізоляції і відокремленню працівників, звуженню сфери діяльності профспілок і посиленню позицій роботодавців на ринку праці. Необхідні продумані економічні і юридичні заходи щодо переведення відносин між дистанційними працівниками і роботодавцями у правове поле і захисті кожної зі сторін договору від недобросовісної поведінки партнера.

Якщо сторони вирішили укласти трудовий договір віддалено, без обміну «паперовими» угодами, підписаними власноруч, вони можуть звернутися до електронної форми договору і підписати його «електронним підписом», що прямо допускається чинним законодавством. Закон України «Про електронний цифровий підпис» [7] визначає правовий статус електронного цифрового підпису та регулює відносини, що виникають під час використання електронного цифрового підпису, який призначений для забезпечення діяльності фізичних та юридичних осіб, що здійснюється з використанням електронних документів. Електронний підпис не може бути визнаний недійсним лише через те, що він має електронну форму або не ґрунтується на посиленому сертифікаті ключа. У країнах ЄС, США, Канаді та інших державах цифрові підписи й сертифікати затверджено на законодавчій основі як еквівалент власноручного підпису [5]. Такий підхід доцільно впровадити і в Україні, в тому числі і у сфері трудових відносин, під час дистанційного укладення трудових договорів. Для того, щоб такий договір мав юридичну силу, в самому тексті договору має бути передбачено, що сторони визнають юридичну силу за документами, підписаними аналогом власноручного підпису.

В цілому, на сьогоднішньому етапі розвитку трудового законодавства формування сфери договірної регулювання трудових відносин в сфері укладення трудового договору ще не завершено. Ця сфера буде розширюватися як об'єктивна необхідність розвитку трудового права, оскільки держава сама зацікавлена в тому, щоб вже на стадії укладення трудового договору роботодавця і працівник всебічно і ґрунтовно визначали усі договірні умови, для того щоб в подальшому були відсутні підстави для суперечок і спорів відносно обсягів трудової функції, робочого часу, оплати праці тощо.

### Література

1. Беляева М. Г. Особенности трудовых отношений в условиях дистанционной занятости / М. Г. Беляева. — Режим доступа: <http://hghltd.yandex.net/yandbtm?text=%D0%&keyno=0>
2. Венедиктов В. С. Трудовое право Украины. (Общая часть) / В. С. Венедиктов. — Симферополь: Доля, 2004. — 378 с.
3. Гусов К. Н. Трудовое право России : учебник / К. Н. Гусов, В. Н. Толкунова. — М.: ТК Велби, Проспект, 2004. — 496 с.
4. Лебедев В. М. Трудовое право: проблемы общей части. Понятие и виды сделок в трудовом праве [Электронный ресурс] / В. М. Лебедев. — Томск, ТГУ, 1997. — Режим доступа: [http://www.pravo.vuzlib.net/book\\_z546\\_page\\_19.html](http://www.pravo.vuzlib.net/book_z546_page_19.html)
5. Мельник К. В. До питання адаптації трудового законодавства до міжнародних норм / К. В. Мельник [Електронний ресурс]. — Режим доступа: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11mkvdmn.pdf>
6. Меркулов М. М. Дистанционный персонал — мифы и реальность / М. М. Меркулов. — Режим доступа: [http://www.lawlinks.ru/view\\_data.php?id=32389](http://www.lawlinks.ru/view_data.php?id=32389).
7. Про електронний цифровий підпис: Закон України від 22.05.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 36. — ст. 276.
8. Трудовое право России: Учебник / Под ред. В. И. Миронова — М.: Изд-во Журнал «Управление персоналом», 2005. — 537 с.

## Анотація

**Цесарський Ф. А.** Актуальні проблеми укладення трудових договорів в сучасних умовах економічного та технологічного розвитку суспільства. — Стаття.

У статті розглянута проблема укладення трудових договорів з урахуванням сучасної суспільно-економічної ситуації та розвитку технологій, які дають змогу сформувати новий погляд на цей процес. Автором розглядаються традиційні та інноваційні способи укладення трудових договорів, наголошується на можливостях використання у цьому процесі нових інформаційних технологій.

**Ключові слова:** трудовий договір, укладення трудового договору, дистанційна зайнятість, цифровий підпис.

## Аннотация

**Цесарский Ф. А.** Актуальные проблемы заключения трудовых договоров в современных условиях экономического и технологического развития общества. — Статья.

В статье рассмотрена проблема заключения трудовых договоров с учетом современной общественно-экономической ситуации и развития технологий, позволяющих сформировать новый взгляд на этот процесс. Автором рассматриваются традиционные и инновационные способы заключения трудовых договоров, делается акцент на возможности использования в этом процессе новых информационных технологий.

**Ключевые слова:** трудовой договор, заключение трудового договора, полная занятость, цифровая подпись.

## Annotation

**Tsesarsky F. A.** Actual problems of conclusion of labour contracts in the modern terms of economic and technological development of society. — The article.

In the articles considered a problem of conclusion of labour contracts is taking into account a modern situation in economy and technologies which enable to look at this process on new. An author is examine the traditional and innovative methods of conclusion of labour contracts, it is marked on possibilities of the use in this process of new information technologies.

**Keywords:** labour contract, conclusion of labour treaty, distance employment, digital signature.

УДК 348.97:336.226.212.1

**И. В. Черкасова**

## НАЛОГИ НА ЗЕМЛЮ СОГЛАСНО ИСЛАМСКОМУ ПРАВУ: СОДЕРЖАНИЕ И ВИДЫ

**Постановка проблемы.** В становлении государства важную роль играют экономика и финансы. В настоящее время актуальными вопросами, являющимися темой исследования многих ученых — правоведов и экономистов, становятся вопросы исламской государственности и, как ее неотъемлемой части, исламской экономики, функционирующей в соответствии с основными положениями исламского права.

В Арабском халифате была создана уникальная система налогообложения, обеспечившая на много веков экономическую стабильность исламского государства. Изучение этой системы необходимо для более глубокого понимания



принципов функционирования налоговых органов и государственного аппарата Халифата.

**Степень исследования.** Если вопросам исламской экономики посвящено большое количество работ, то исламским налогам, в частности земельным, уделено, как представляется, недостаточно внимания.

Налоги, признаваемые исламско-правовой доктриной, рассматривает Р. И. Беккин в монографии «Исламская экономическая модель и современность». Виды налогов и категории земли в зависимости от налогового статуса рассматривает Г. В. Керимов в работе «Шариат». Необходимо также отметить, что вопросы, посвященные проблемам исламской налоговой системы, были досконально рассмотрены в работах религиозных и политических деятелей — в частности, Т. Набханий «Экономическая система в исламе», Хасана Аль-Банны «Исламская экономическая система».

**Цель и задачи исследования.** Исламской правовой доктрине известны следующие налоги: закят (религиозный налог, взимаемый с мусульман, целевое назначение которого, а также круг лиц — получателей закята, установлены Кораном), джизья (подушный налог с иноверцев, выплачиваемый в обмен на покровительство мусульман), ушр (десятина с урожая), харадж (поземельный налог), а также хумс (одна пятая часть военной добычи) [1, с. 69]. Данное исследование имеет следующие цели: рассмотреть содержание и виды земельного налога, факторы, от которых зависели вид и ставка налога, основные принципы налогообложения, установленные на раннем этапе формирования налоговых органов и финансовых институтов Халифата, различные подходы правоведов к определению ставки налога и определению налогового статуса земли, а также вопросы правового регулирования налоговых отношений.

**Изложение основных положений.** Земельные налоги были одним из главных источников дохода государства в Арабском халифате и занимали важнейшее место в системе исламских налогов. В ранних работах исламских правоведов освещаются вопросы налогообложения — есть сведения о 21 сочинении на эту тему ученых раннего ислама и эпохи правления Аббасидов, из которых сохранились только 3 — Абу Йусуфа (ум. 798), Йахьи ибн Адама (ум. 818) и Кудамы ибн Джафара (ум. 932) [2, с. XXVII]. Самой ранней работой, дошедшей до наших дней практически в полном объеме, является «Китаб аль-харадж» Абу Йусуфа Йа'куба Ибрахима ал-Ансари аль-Куфи (731–798) — одного из известнейших правоведов раннего ислама, занимавшего пост кади при халифах Аль-Махди и Харуне Ар-Рашиде, ученика абу-Ханифы, возглавившего после смерти учителя его школу. В своем труде Абу Йусуф излагает точку зрения правоведов ханифитского мазхаба, описывает практику, существовавшую в начале становления Арабского халифата и сложившуюся к началу правления Аббасидов. Вопросы налогообложения в зависимости от категории земли подробно рассматриваются в работе Абдул Хасана Аль-Маварди (974–1058) «Властные нормы и управление религиозными делами» и др.

В Халифате существовало два вида налога, связанного с землей, — ушр (десятина от собранного урожая), который взимался исключительно с мусульман,

и харадж, представлявший собой плату за пользование земель, ставка которого была выше. Харадж иногда ошибочно отождествляется с джизьей — налогом для иноверцев. Ушр некоторыми учеными рассматривается как налог на продукты животноводства, земледелия, товары для продажи, взимаемые вне зависимости от конфессиональной принадлежности плательщика [3, с. 253]. Однако, как отмечает Р. Беккин, термин «ушр» (мн. ч. «ушур») употреблялся для обозначения различных сборов и налогов на товары [1, с. 128]. Поэтому нельзя путать «ушр» как синоним различных торговых пошлин и налогов с налогом ушр, признаваемым классическим исламским правом.

Главным, но не единственным критерием определения вида налога (ушр или харадж) был способ, которым земля была включена в состав Арабского халифата. Согласно принятой практике «...земли, занятые вооруженной рукой, облагаются хараджем» (речь идет о не разделенных между мусульманами землях) [2, с. 102]. Особый статус был у земель Аравии. Эти земли облагались только налогом ушр. Земли народа, которому был послан Пророк Мухаммад, могли быть только исламскими. Одним из критериев установления вида налога — харадж или ушр — был статус земли — государственная собственность, или, соответственно, частная, принадлежащая мусульманину.

Во времена Пророка Мухаммада и Абу Бакра — первого Праведного халифа почти вся завоеванная земля наряду с прочей военной добычей делилась между воинами-мусульманами. Исключение составлял хумс — одна пятая доля военной добычи, куда входила и земля. Право распоряжаться такой землей принадлежало Пророку, а в дальнейшем, халифу. Земли, становившиеся собственностью мусульман, облагались налогом ушр.

Изменения в сложившейся системе произошли при халифе Умаре. Реформы, произведенные халифом, затронули сложившуюся практику распределения земель и порядка взимания налогов. Халиф Умар приложил максимум усилий для пополнения государственного земельного фонда — он конфисковывал в пользу казны земли свергнутых династий, убитых в ходе войны врагов мусульман, земли, принадлежавшие «...человеку, убитому на войне или бежавшему на вражескую территорию, и всякие высыхающие болотистые земли и песчаные земли, залитые водой» [2, с. 99].

Существует мнение, что халиф Умар отказался от раздачи завоеванных земель. Этой точки зрения придерживается Аль-Маварди. Но после завоевания Ирака и Сирии халиф отказался разделить лишь земли, принадлежащие населению. Есть сведения, что часть земель казны «Умар отдавал ... во владение тем, кому хотел» [2, с. 99]. Халиф отказался от прямого распределения завоеванных земель, так как разделенные таким образом земли переводились в категорию ушр и налоговые отчисления в казну уменьшались. При халифе Умаре все завоеванные земли, которые не были оставлены населению, становились собственностью государства (савафи). Пожалование земельных наделов — икта — на завоеванных землях производилось из земель савафи. При распределении таких земель халиф мог по своему усмотрению определять статус земли и, соответственно, облагать их налогом ушр либо харадж. Признание за прави-

телем такого права мы встречаем у Абу-Йусуфа [2, с. 103]. Вид налога зависел в этом случае от многих факторов, в том числе от качества земли — были земли возделанные и невозделанные, плодородные и бросовые. Именно бросовые и целинные (земли, которые называли «мервыми») Умар в первую очередь раздавал «тем, кому хотел» при условии уплаты налога. Налог харадж, который взимался с неразделенных земель, рассматривался халифом Умаром в качестве «фай» — собственности, которая принадлежала всем мусульманам, и должна была обеспечивать будущее последующих поколений. Халифу Умару принадлежат слова: «Я решил, что оставлю неразделенными земли ... и наложу на них за земли харадж, а за их жизнь джизью, которую они будут выплачивать. Это будет фай, принадлежащий всем мусульманам, и сражавшимся, и детям, и тем, кто придет после них» [2, с. 45]. С этих налоговых поступлений Умар организует выплаты ежегодной ренты воинам, а также вдовам и сподвижникам Пророка [5, с. 53]. Правоведы ханифитской школы поддерживают точку зрения Умара: «Что касается фай, то это, по-нашему мнению, харадж с земли» [2, с. 41]. Относительно того, что такое фай — харадж с земли или сама земля, у правоведов не было единой точки зрения. Халиф Усман, сменивший Умара, считал, что фай — это сами земли, а не доход с них, и широко практиковал их раздачу. Аль-Маварди утверждает, что пожалование земли при Усмани было на правах икта-иджара (аренда) [4]. Абу Йусуф приводит сведения, что Усман раздавал земли во владение, а также констатирует многочисленные факты владения земель с условием уплаты хараджа сподвижниками Пророка. Все эти данные являются скорее подтверждением того, что благодаря халифу Умару последующие правители получили потенциальную возможность по своему усмотрению распоряжаться земельным фондом и определять налоговый статус земель.

Одной из целей реформ, проводимых халифом Умаром, было поддержание боеспособности армии — не дать воинам превратиться в земледельцев. Эту цель преследовал запрет воинам заниматься земледелием, при этом без ограничения права приобретения земли.

Условиями владения пожалованной землей при Умаре были не только уплата налога, но также ее обработка, поскольку налог ушр мог взиматься только с засеянных земель. Харадж, по мнению большинства правоведов, должен выплачиваться в любом случае. Допускалось лишь уменьшение ставки хараджа, если земля не была обработана по уважительным причинам [6].

Широкое распространение пожалование икта на условиях несения военной службы получило при Аббасидах. Пожалование могло производиться с передачей в собственность (икта ат-тамлик) либо на правах аренды (икта иджара). Возможно было также пожалование дохода с земли (икта аль-истиглал).

Исламские правоведы различают несколько видов хараджа: харадж-муката, взимавшийся с больших территорий в виде фиксированной денежной суммы, харадж-масаха, который устанавливался на единицу площади, и харадж-мукасама, представляющий собой долю с урожая.

Основным земельным налогом при халифе Умаре был харадж-масаха. Халиф Умар облагал налогом не только обработанную, засеянную землю, но так-

же годную для обработки неводеланную землю: «Умар измерил ас-Савад ... и наложил на каждый джариб (единица измерения площади), возделанный или не возделанный, до которого доходит вода с помощью далва (емкость для забора воды и полива) или без него, засеянный или под паром, дирхам (денежная единица) и кафиз (мера сыпучих веществ) [2, с. 66]. Со времен халифа Аль-Махди (775–785 гг.) широкое распространение получил харадж-мукасама (доля от урожая).

Халиф Умар, произведя обмер земель Халифата, установил для каждой из областей различные ставки налога харадж на единицу площади в зависимости от качеств земли, способа ее орошения, соотношения количества возделанной и неводеланной земли и других факторов. Практика установления дифференцированной ставки налога, введенная халифом Умаром, сохранилась на протяжении всей истории Халифата. Ставка хараджа зависела, в том числе, от вида выращиваемых культур. Халиф Абд Аль-Малик (685–705 гг.) при определении ставки хараджа учитывает удаленность земель от крупных городов, в которых были рынки, и трудности, возникающие со сбытом продукции, снижая ставку в зависимости от расстояния. Наместникам предписывалось заботиться об улучшении качеств земли, чтобы она могла обрабатываться и, таким образом, появлялась возможность увеличения ставки хараджа.

Главной целью реформ халифа Умара было получение максимального дохода для государства, а также обеспечение стабильности этого дохода на многие годы вперед. «Следите, чтобы не обременять землю тем, что она не выдержит. Ведь если не оставлю я вдовам жителей Ирака ничего, то они будут взывать к тому, кто будет после меня, о своей нужде» [2, с. 65]. Политика Умара была направлена на то, чтобы ставки налогов не были слишком обременительны для населения. По его примеру последующие халифы стремились, «...чтобы люди не облагались сверх того, что им посильно» [2, с. 149]. Одним из главных требований было соблюдение принципа справедливости — при сборе налога «ни один из ... объектов обложения не должен облагаться на основании предварительного приблизительного определения урожайности, ... налог натурой в соответствии с урожайностью должен взиматься с учетом существующих на эти продукты цен, или же им должна быть произведена справедливая оценка...» [2, с. 88]. Правоведы, предусматривая изменение ставки в сторону увеличения либо уменьшения в случае изменения качеств земли, рекомендовали уменьшать ставку налога в случае неурожая [7, с. 288].

Правитель по своему усмотрению мог изменить вид хараджа. Единого мнения правоведов по этому вопросу не существовало. По мнению ученых ханифитского мазхаба, такая возможность была определена самим халифом Умаром, поскольку для него главным критерием в вопросе определения вида и ставки хараджа была посильность налогового бремени для населения.

Размер налога, отмечает Хасан Аль-Банна, зависел от того, для какой социальной группы предназначались те или иные продукты, — виноград принадлежал к числу продуктов, предназначенных для богатых, и облагался более высоким налогом, чем, например, финики, являющиеся продуктом, предна-

значенным, в основном, для бедных. «Умар был первым среди правителей и эмиров, кто указал на социальный смысл такого порядка» [8].

Необходимо отметить, что относительно налогового статуса завоеванных земель правоведы не имели единого мнения. Так, Аш-Шафии утверждал, что эти земли являются военной добычей, подлежат разделу и обложению на этом основании налогом ушр. Малик ибн-Анас считает их вакфом — неотчуждаемой собственностью государства, поскольку с них взимается налог харадж. Ученые ханифитской школы считали, что халиф может самостоятельно определять — разделить земли, оставить их в собственности прежних владельцев или сделать их вакфом [4].

Присоединенными к территории Арабского халифата могли быть земли, население которых ради их сохранения приняло ислам, а также земли иноверцев, заключивших договор с мусульманами. Земли, население которых приняло ислам, оставались в собственности их владельцев, с них, как с земель мусульман, взимался налог ушр. Что касается земель, население которых заключило договор с мусульманами, то эти земли облагались налогом харадж. Аль-Маварди выделяет несколько категорий таких земель. Земли, брошенные населением, и земли, на которых собственники остались, отказавшись от права собственности в пользу мусульман, являются, по его мнению, вакфом (в пользу всех мусульман) и облагаются хараджем. Отчуждение таких земель запрещено, как запрещено и отбирать эти земли. Население этих земель в случае принятия ислама освобождается лишь от уплаты джизьи — подушного налога и продолжает платить харадж. Если владельцы земли заключили договор и сохранили собственность на землю при условии уплаты хараджа, то в этом случае это харадж-джизья, который снимается в случае принятия ислама или продажи земли мусульманину [4].

Земли мусульман облагались налогом ушр, который являлся разновидностью закята. Несмотря на то, что вполне правомерно ставить знак равенства между ушром и закятом, ушр имеет ряд особенностей, что позволяет выделить его в отдельную категорию. В налоге ушр традиционные положения шариата, касающиеся закята, претерпели определенную трансформацию. Так, многие правоведы приводят хадис Пророка Мухаммада, в котором говорится, что закят взимается лишь с четырех видов сельскохозяйственных культур — пшеницы, ячменя, изюма и фиников [2, с. 96]. Ас-Саади в комментариях к хадисам относительно минимального количества имущества (нисаб), с которого необходимо выплачивать закят, говорит, что речь идет о зерне и финиках [9, с. 132]. На практике же ушр взимался практически со всех видов сельскохозяйственной продукции. Исключение могли составлять лишь скоропортящиеся продукты. Выплачивающий закят должен обладать нисабом — минимальным количеством денег либо имущества, подлежащими налогообложению. Выплата ушра производилась в любом случае, без учета количества и стоимости продукции. Вместе с тем ранние правоведы ханифитской школы рекомендовали не взимать ушр, если урожай составил меньше определенной нормы, либо цена выращиваемой культуры не достигла определенной рыночной стоимости, установленной для каждого вида продукции [2, с. 92].

О том, что ушр рассматривается как особый вид закята, свидетельствуют положения ханифитской правовой школы. Для выплаты закята, в соответствии с исламско-правовой доктриной, обязательно наличие намерения, при этом в выплате закята намерение опекуна либо правителя заменяют намерение плательщика налога (это положение касается лишь установлений законодательства, а не поклонения, связанного с выплатой закята) [10, с. 271]. По мнению ханифитских правоведов, выраженном в «Хидое», выплата закята с урожая имеет отношение лишь к тому, что произрастает на земле, а не к личности владельца. Необходимыми условиями выплаты закята с урожая не являются ни наличие разума, ни совершеннолетие, ни свобода, а также не учитывается бедность или богатство владельца. Ушр взимается также с вакуфных земель [11, с. 94] и, помимо прочего, напрямую связан с категорией земли, а также со способом ее орошения.

Базовая ставка налога ушр составляла 1/10 долю от урожая. Однако на практике размер этого налога мог быть больше или меньше базовой ставки. Главным фактором, влияющим на размер ставки ушра, был способ орошения земли — на землях с орошением природными источниками или в климатических зонах, где земля получала достаточно влаги за счет дождя, взималась базовая ставка. На землях с искусственным орошением ставка налога ушр была ниже — 1/2, 1/4 от базовой ставки. Это правило было установлено самим Пророком Мухаммадом: «(С тех земель), которые орошаются дождями, водой подземных источников или иным естественным путём, (следует взимать) десятину, а с (земель, требующих) искусственного орошения, — половину того» [12, хадис 698(1483)]. Имело значение происхождение источника естественного орошения — если отвод воды был сделан с хараджных земель, то с этой земли мог взиматься налог харадж, либо повышенная ставка налога ушр. Право определять ставку любого налога оставалось всегда за правителем — в зависимости от обстоятельств (условия, на которых была пожалована земля, потребность государства и т. д.) — ставка налога ушр могла увеличиваться. Правоведы шафиитской, маликитской и ханбалитской школ придерживались мнения, что наряду с хараджем может взиматься и налог ушр. Объяснялось это тем, что харадж является налогом на землю, а ушр — закятом, налогом на урожай, собранный с земли мусульман [7, с. 149]. Ханифиты считали одновременное взимание этих налогов незаконным.

**Выводы из исследования и перспективы дальнейших разработок в этом направлении.** В Арабском халифате существовал ряд норм, регулирующих земельные и налоговые отношения. Вид налога зависел от статуса земли и профессиональной принадлежности собственника. Налоговая система Исламского Халифата в том виде, в котором она просуществовала многие века, была создана при халифе Умаре. Основными принципами налоговой политики были гибкость, справедливость, всесторонний учет природных факторов и источников орошения для установления вида и ставки налога; учет платежеспособности населения; построение долгосрочных отношений между государством и плательщиком налога; использование налоговой политики как средства поощрения принятия ислама.

Соблюдение этих принципов позволило исламскому государству получить поддержку населения, обеспечить социальную стабильность, увеличить количество возделываемых земель и, соответственно, увеличить поступление средств в казну. Главная заслуга халифа Умара заключалась в том, что им был создан механизм, позволяющий халифу играть ведущую роль в процессе распределения земли и установления вида и ставки налога, что способствовало укреплению и централизации власти. Таким образом, реформы, произведенные халифом Умаром, определили основные направления формирования и дальнейшего развития налогового права, налоговых органов, способствовали становлению исламской государственности, превращению исламского государства в могущественную централизованную империю.

Отчетливой тенденцией современного периода развития является укрепление позиций ислама и исламского права, что выражается в приведении в соответствие с его нормами и принципами законодательства современных исламских стран. Необходимо отметить, что налоговое законодательство, а также законодательные нормы, регулирующие земельные отношения, сегодня далеко не в каждом исламском государстве полностью основаны на традиционных положениях исламского права. При этом налицо стремление исламских правоведов к созданию налоговой системы, отвечающей требованиям современности, при этом не противоречащей положениям исламского права. Для этого, как представляется, необходимо изучение опыта исламских правоведов первых веков ислама.

### Литература

1. Беккин. Р. И. Исламская экономическая модель и современность. /Беккин. Р. И// — М.: Издательский дом «Марджани», 2009. — 316 с.
2. Абу Йусуф Йакуб Ибрахим ал-Куфи. Китаб ал-Харадж. / Абу Йусуф Йакуб Ибрахим ал-Куфи. // — СПб.: Петербургское востоковедение, 2001. — 415 с.
3. Керимов Г. М. Шариат: Закон жизни мусульман. Ответы шариата на проблемы современности. / Керимов Г. М / . — СПб.: Диля, 2009. — 512 с.
4. Аль-Маварди. Аль-Ахкам ас-султанийя ва-ль-виляйят ад-динийя (Властные нормы и управление религиозными делами). /Аль-Маварди// — Алжир, 1983.
5. Бехруз Хашматулла. Исламские традиции права. / Хашматулла Бехруз // — Одесса. Юридическая литература, 2006. — 296 с.
6. Йахйя ибн Адам. Китаб ал-харадж. Хрестоматия по истории Халифата. /Сост. и пер. А. И. Надирадзе. — М.: Изд-во МГУ, 1968. — 249 с.
7. Набханий Т. Экономическая система в исламе. /Набханий Т.// Бейрут. Ливан. 2003. — 380 с.
8. Аль-Банна Хасан. Исламская экономическая система. / Аль-Банна Хасан // [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.islamkom.org/library/3653>
9. Ас-Саади Абд Ар-Рахман. Радость сердец благочестивых./Ас-Саади Абд Ар-Рахман// — М. Благотворительный Фонд «Ибрагим Бин Абдулазиз Аль Ибрагим», 2002. — 359 с.
10. Абу Хамид Мухаммад Аль-Газали. Возрождение религиозных наук. / Абу Хамид Мухаммад Аль-Газали // В десяти томах. Т.2. — Махачкала: Издательский дом «Нуруль иршад», 2011. — 460 с.
11. Хидоя. Комментарии мусульманского права : в 2 ч. Ч. 1. Т. I—II. — М.: Волтерс Клувер, 2010. — 808 с.
12. Аль-Бухари. Сахих. / Аль-Бухари// — М.: Умма. 2008.

### Анотація

**Черкасова І. В.** Податки на землю згідно з ісламським правом: зміст і види. — Стаття.

У статті досліджується становлення системи ісламських земельних податків. Особливу увагу приділено взаємозв'язку виду податку та правового статусу землі, принципам оподаткування.

**Ключові слова:** іслам, Халіфат, ісламські податки, закят, ушр, харадж, джизья, хумс, ганима.

### Аннотация

**Черкасова И. В.** Налоги на землю согласно исламскому праву: содержание и виды. — Статья.

В статье исследуется становление системы исламских земельных налогов. Особое внимание уделено взаимосвязи вида налога и правового статуса земли, принципам налогообложения.

**Ключевые слова:** ислам, Халифат, исламские налоги, закят, ушр, харадж, джизья, хумс, ганима.

### Annotation

**I. Cherkasova:** Land taxes according to Islamic law: content and types. — The article.

The article investigates the establishment of Islamic land taxation system. Special attention paid to correlation of kind of tax and land's legal status, taxation principles.

**Keywords:** Islam, Khalifat, Islamic taxes, Zakyat, Ushr, Kharadzh, Jizya, Khums, Ghanima.

УДК 341.244.8:341.942

**І. В. Жорник**

## ДО ПИТАННЯ ПРО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ АВТЕНТИЧНОСТІ ПЕРЕКЛАДІВ МІЖНАРОДНИХ МОРСЬКИХ КОНВЕНЦІЙ В УКРАЇНІ

**Постановка проблеми.** Жодна зі сфер людської діяльності не є настільки ускладненою іноземним елементом, як морське судноплавство. Відносини, що виникають при здійсненні цієї діяльності, зазвичай поєднують контрагентів з усіх сторін світу. А вони є представниками різних правових систем, різних правопорядків. Безумовно, такі відносини потрапляють до сфери дії міжнародного приватного права. Як відомо, ця галузь права регулює приватноправові відносини, ускладнені іноземним елементом, використовуючи при цьому колізійний та матеріально-правовий методи правового регулювання [1, 10]. Суть колізійного методу полягає в тому, що він, не регламентуючи правовідносини по суті, визначає, право якої держави повинно бути застосоване для регулювання правовідносин з іноземним елементом. Застосування матеріально-правового методу означає, що норми міжнародного приватного права регулюють правовідносини з іноземним елементом — визначають права та обов'язки сторін таких правовідносин, встановлюють відповідальність за неналежну поведінку сторін [1, 15–16]. Міжнародне морське приватне право, мабуть, як жодна інша галузь права (або підгалузь, в залежності від позиції, яку займає той чи інший науковець), налічує в своєму арсеналі велику кількість міжнародних угод, що уособлюють в собі саме матеріально-правовий метод регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом.



Для конвенцій з уніфікації морського права найбільш характерним є метод прямої уніфікації, суть якого полягає в тому, що в міжнародному договорі встановлюються завершені правові норми (матеріальні та, рідше, колізійні), готові без перетворення до застосування в системі внутрішнього права держав — учасниць договору, а ці держави приймають на себе обов'язок забезпечити їх застосування. Шляхом створення таких уніфікованих норм досягається високий ступінь однаковості правового регулювання одного й того ж самого виду відносин в державах, які беруть участь у конвенції. Уніфіковані норми мають двоїсту природу. Вони не є міжнародно-правовими, оскільки призначені регулювати відносини між суб'єктами внутрішньодержавного права (юридичними, фізичними особами) і розраховані на їх застосування в системі цього права та з використанням внутрішньодержавного механізму. За змістом ці норми можуть бути різними — цивільними, трудовими, процесуальними і т. ін. В конвенціях про уніфікацію морського права переважають цивільно-правові норми. З іншого боку, уніфіковані норми визначають зміст зобов'язання, прийнятого на себе учасниками міжнародного договору, тому є елементом такого зобов'язання і в цій якості потрапляють під дію права міжнародних договорів [2, 3–18].

До кола джерел міжнародного приватного морського права, зокрема, належать: Кодекс торговельного мореплавства України [3], Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил про коносамент 1924 року [4], Конвенція ООН про морське перевезення вантажів 1978 року [5], Конвенція ООН про договори повністю або частково морського міжнародного перевезення вантажів 2008 року [6] та ін. Практично всі коносаменти або чартери, що складаються при здійсненні міжнародних морських перевезень вантажів, містять застереження про застосовне право, відповідно до якого до таких перевезень застосовується одна з вищеназаних конвенцій. А коли постає питання застосування цих міжнародних угод, виникають труднощі розуміння певних термінів та понять, що потребують відповідного тлумачення. При цьому тлумачення досить часто створює певні проблеми для судів (при вирішенні спірних питань) та для контрагентів в договорах. Річ у тім, що в міжнародних відносинах держава та міжнародні органи, в тому числі й судові, з'ясовують зміст норми як елементу правової системи. Органи ж держави тлумачать міжнародну норму для того, щоб вона могла застосовуватися як частина національної правової системи в конкретних обставинах справи відповідно до соціальних умов моменту застосування норми [7, 129–130]. Крім того, оскільки міжнародний договір охоплює своєю дією декілька держав (дві та більше), то завжди виникає питання про автентичність перекладу. При застосуванні міжнародного договору слід уточнити, примірник якою мовою є оригінальним текстом договору. Практика показує, що досягти повної автентичності тексту договору на різних мовах є практично неможливим, тому при практичній роботі з нормами міжнародних договорів бажано ознайомитися з їх оригінальним текстом (або порівняти версії текстів на різних мовах) [1, 21]. Зазвичай міжнародні угоди складаються декількома мовами, проте українська серед них зустрічається рідко, тому забезпечення автентичності перекладів міжнародних морських конвенцій в Україні

є доволі важливим фактором правильного застосування їх норм на території нашої держави при вирішенні спорів або укладенні договорів.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питанням автентичності перекладів міжнародних конвенцій та тлумаченню їхніх норм приділяли увагу знані фахівці міжнародного публічного та приватного права (В. Корецький, І. Лукашук, О. Мережко, Н. Бірюкова, О. Трагнюк), міжнародного морського публічного та приватного права (С. Гурєєв, А. Маковський, С. Молодцов), теорії права (Є. Васьковський, Б. Кістяківський, М. Коркунов, П. Люблінський, Ф. Тарановський, Г. Шершеневич, М. Вопленко, Т. Насирова, П. Недбайло, А. Піголкін, Ю. Ткаченко, О. Черданцев, С. Алексєєв, М. Цвік, М. Марченко, О. Скакун, В. Лазарєв, П. Рабінович). Проте забезпечення автентичності перекладів міжнародних морських конвенцій в Україні предметом досліджень української правової науки досі не виступало. У зв'язку із цим **метою цієї статті** є визначення шляхів вдосконалення діючого законодавства України щодо забезпечення автентичності та своєчасності перекладів і опублікування міжнародних морських конвенцій.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до ст. 9 Конституції України [8], чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Ст. 3 Закону України від 23.06.2005 р. «Про міжнародне приватне право» [9] передбачає: «якщо міжнародним договором України передбачено інші правила, ніж встановлені цим Законом, застосовуються правила цього міжнародного договору». Згідно із Законом України від 29.06.2004 р. «Про міжнародні договори України» [10], чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору (ст. 19). І тут перед суб'єктом такого правозастосування постає питання про те, який саме текст міжнародного договору слід використовувати — офіційний (зазвичай це — англomовний варіант) чи переклад мовою країни, де відбувається правозастосування (в нашому випадку — переклад українською мовою). Відповідь на це питання є однозначною — необхідно використовувати переклад, адже посилення та використання в документообігу на території України норм англійською мовою (чи іншими мовами) може викликати непорозуміння.

Відповідно до ст. 21 Закону України «Про міжнародні договори України», чинні міжнародні договори України публікуються українською мовою в «Зібранні діючих міжнародних договорів України» та інших офіційних друкованих виданнях України. Офіційний переклад багатосторонніх міжнародних договорів України на українську мову здійснює Міністерство закордонних справ України в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. На виконання цього Закону постановою Кабінету Міністрів України від 17.03.2006 № 353 затверджено Порядок здійснення офіційного перекладу багатосторон-

ніх міжнародних договорів України на українську мову [11]. Відповідно до цього Порядку, поняття «офіційний переклад» означає автентичний виклад українською мовою тексту багатостороннього міжнародного договору України, складеного мовою, іншою, ніж українська. Перекладу підлягає консолідована версія тексту договору з урахуванням усіх змін, що набрали чинності, а також тексти договорів про внесення змін до нього. Переклад здійснюється з мови, на якій укладено договір. У разі укладення договору двома або більше мовами для забезпечення автентичності перекладу також використовуються тексти (текст) договору іншими (іншою) мовами.

Тут потрібно погодитися з думкою Р. Коцюби про те, що для того, щоб реалізувати принцип юридичної автентичності, потрібно логічно та докладно дослідити тексти міжнародних договорів і відповідно юридично коректний їх переклад, насамперед — велику кількість оригіналів міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Тексти міжнародних договорів не завжди є однаково автентичними. Серед них рідко використовується українська мова, що становить проблему в законотворенні. От і створюються спеціальні структури, які працюють над офіційними перекладами міжнародних договорів. Істотною вадою таких перекладів є брак юридичної освіти у перекладачів, отже, й недостатнє розуміння ними правового змісту норм. Хиби таких перекладів негативно позначаються на системному розумінні права та специфіки правозастосування, що заважає гармонізації міжнародного та національного права. Через відсутність або неповноту застосування принципу юридичної автентичності в практиці гармонізації законодавства України з міжнародним та європейським правом постають проблеми: неточність перекладу не тільки понять, а й виразів або словосполучень, невиправдане використання великої кількості синонімів, нерозуміння юридичного змісту матеріалу, який перекладається, що, в свою чергу, викликає появу «нової» юридичної термінології, «надуманого» змісту правових норм, їх довільного тлумачення та відповідно використання цього «багажу» у законопроектах. Переклад українською мовою має чітко відтворювати юридичний зміст автентичного тексту міжнародного договору, укладеного декількома іноземними мовами. Інакше виникають істотні термінологічні розбіжності, які призводять до прийняття нормативного-правового акту низької якості [12].

При цьому ані в законах, ані в підзаконних актах не зазначається про строки перекладу та оприлюднення міжнародних договорів, що викликає на практиці парадоксальну ситуацію, коли міжнародний договір вже діє на території України, а офіційного перекладу не має та офіційно не опублікований. Прикладом такого парадоксу може слугувати Міжнародна конвенція про стандарти підготовки, сертифікації моряків та несення вахти 1978 р. з наступними доповненнями [12]. Як відомо, Україна приєдналася до неї 1 листопада 1996 року [13], набуття чинності для України відбулося 07.04.1997 р., а офіційний переклад був опублікований лише у 2009 році [14]! Тобто на протязі 12 років чинний для України міжнародний договір, на підставі якого здійснювалася та здійснюється підготовка і сертифікація моряків, видаються відповідні ди-

плови та підтвердження, не був офіційно перекладений та опублікований (на це було звернуто увагу у 2006 році Т. В. Аверочкіною в дисертації «Шляхи імплементації міжнародно-правових стандартів професійної підготовки плавскладу в українському законодавстві» [15, 129]). Та це не єдина проблема «життя» цього міжнародного договору на території України. Його офіційний переклад з англійської мови містить значну кількість вад. Наприклад, лише в назві український перекладач «забув» про провідне слово «стандарти», переклав англійське слово «certification» як «дипломування», що є доволі вузьким для загального змісту цього документа. При цьому доволі цікавим виглядає переклад Міжнародної конвенції про стандарти підготовки, сертифікації персоналу риболовних суден та несення вахти 1995 року [16], де викладені зауваження враховані та здійснений цілком відповідний, належний переклад з англійської (International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Fishing Vessel Personnel, 1995 [17]), проте відсутнє офіційне оприлюднення. Та це не єдині приклади.

Можна погодитися з думкою О. Стеценко, викладеною у публікації «Нормативные трудности перевода» [18], де авторка зазначає про те, що вже згаданий Порядок здійснення офіційного перекладу багатосторонніх міжнародних договорів України на українську мову лише уточнює, що всі нормативні акти, які підлягають перекладу, направляються до міністерства з МЗС, а попередні переклади підлягають інспекції відповідним управлінням МЗС. Аналізуючи ситуацію, що склалася, авторка зазначає, що в сфері державних перекладів складаються зазвичай неуставні відносини з певними бюро перекладів, які здійснюють переклади за замовленням міністерства, що тим чи іншим чином зацікавлене в приєднанні до міжнародної угоди. Зі всією вірогідністю можна упевнитися, що доцільність перекладу встановлюється ним же. Після цього переклад направляється до МЗС та Мініюсту для перевірки, у випадку позитивного результату подальшу долю акта буде вирішувати Верховна Рада. Напрошується питання: чому б не здійснювати такий переклад напряму, без залучення окремих організацій, або в МЗС, або в Мініюсті? Відповідь цих міністерств єдина — обмеженість кількості персоналу.

**Висновки.** Таким чином, вважається за доцільне передбачити або в Законі України, або в підзаконному акті норми, якими буде врегульований процес перекладу міжнародних угод більш детально, з визначенням строків перекладу та оприлюднення; запровадити в Міністерстві закордонних справ та Міністерстві юстиції України спеціальні підрозділи, що мають займатися відповідними перекладами та нести відповідальність за їх правильність. Думається, що це дасть можливість у майбутньому позбутися розглянутих вище негативних прикладів перекладу та оприлюднення міжнародних угод в Україні та дозволить повною мірою забезпечити неухильне та відповідне виконання міжнародних домовленостей.

*Література*

1. Кибенко Е. Р. Международное частное право: Учебно-практическое пособие / Е. Р. Кибенко. — Х.: Еспада, 2003. — 512 с.
2. Маковский А. Л. Природа норм конвенций об унификации морского права / А. Л. Маковский // Материалы по морскому праву и международному торговому мореплаванию: (Нормативные материалы, практика, комментарий). Вып. 18. 1979. — С. 3–18.
3. Кодекс торговельного мореплавства України // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 47–52. — Ст. 349.
4. Международная конвенция об унификации некоторых правил о коносаменте (Брюссель, 25.08.1924) / Правила перевозки грузов морем: Гаагские правила, Гаагско-Висбийские правила, Гамбургские правила. Учебно-методическое пособие / Сост. Е. В. Додин, С. А. Кузнецов // Библиотека журнала «Торговое мореплавание» (Серия: Рабочие тетради). — 1999. — № 12/IV. — С. 5–12.
5. Конвенция ООН по морской перевозке грузов 1978 года (Гамбург, 31.03.1978) / Правила перевозки грузов морем: Гаагские правила, Гаагско-Висбийские правила, Гамбургские правила. Учебно-методическое пособие / Сост. Е. В. Додин, С. А. Кузнецов // Библиотека журнала «Торговое мореплавание» (Серия: Рабочие тетради). — 1999. — № 12/IV. — С. 23–42.
6. Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах полностью или частично морской международной перевозки грузов 2008 года. — [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_k30/print1341916485784402](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_k30/print1341916485784402)
7. Трагнюк О. Національний суд і тлумачення міжнародних договорів / О. Трагнюк // Юридичний журнал. — 2003. — № 4. — С. 129–130.
8. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
9. Про міжнародне приватне право: Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 32. — Ст. 422.
10. Про міжнародні договори України: Закон України від 29.06.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 50. — Ст. 540.
11. Порядок здійснення офіційного перекладу багатосторонніх міжнародних договорів України на українську мову, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 17.03.2006 № 353 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 12. — Ст. 814.
12. Коцюба Р. Принципи юридичної автентичності й архітекτονіки в законотворенні України / Р. Коцюба // Віче. — 2009. — № 12. — С. 9–12. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/1508/>
13. International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers. — [Electronic resource]. — Access mode: [http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-on-Standards-of-Training,-Certification-and-Watchkeeping-for-Seafarers-\(STCW\).aspx](http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-on-Standards-of-Training,-Certification-and-Watchkeeping-for-Seafarers-(STCW).aspx)
14. Про приєднання України до Міжнародної конвенції про підготовку і дипломування моряків та несення вахти 1978 року: Закон України від 01.11.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 50. — Ст. 284.
15. Міжнародна конвенція про підготовку і дипломування моряків та несення вахти 1978 року // Офіційний вісник України. — 2009. — № 60. — Ст. 2148.
16. Аверочкина Т. В. Шляхи імплементації міжнародно-правових стандартів професійної підготовки плавскладу в українському законодавстві: 12.00.03: Дис. ... канд. юрид. наук / Т. В. Аверочкина; ОНЮА. — О., 2006. — 172 с.
17. Міжнародна конвенція про стандарти підготовки, сертифікації персоналу риболовних суден та несення вахти 1995 року. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)
18. International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Fishing Vessel Personnel, 1995. — [Electronic resource]. — Access mode: <http://www.imo.org/OurWork/HumanElement/Pages/STCW-F-Convention.aspx>
19. Стеценко О. Нормативные трудности перевода / О. Стеценко // Юридическая практика. — 2006. — № 47. — С. 15.

### Анотація

**Жорник І. В.** До питання про забезпечення автентичності перекладів міжнародних морських конвенцій в Україні. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду проблем забезпечення автентичності перекладів міжнародних морських конвенцій в Україні. Автор розглядає існуючі недосконалості перекладів міжнародних угод, згоду на обов'язковість яких для України надано Верховною Радою. Автор доходить висновку про те, що є доцільним передбачити або в Законі України, або в підзаконному акті норми, якими буде врегульований процес перекладу міжнародних угод більш детально, ніж це є сьогодні, визначити строки перекладу та оприлюднення; запровадити в Міністерстві закордонних справ та Міністерстві юстиції України спеціальні підрозділи, що мають займатися відповідними перекладами та нести відповідальність за їх правильність.

*Ключові слова:* морське право, автентичність перекладів, морські конвенції, оприлюднення.

### Аннотация

**Жорник И. В.** К вопросу об обеспечении аутентичности переводов международных морских конвенций в Украине. — Статья.

В статье рассматриваются проблемы обеспечения аутентичности переводов международных морских конвенций в Украине. Автор рассматривает существующие несовершенства переводов международных соглашений, согласие на обязательность которых для Украины дано Верховной Радой. Автор приходит к выводу о том, что целесообразно предусмотреть в Законе Украины или в подзаконном акте нормы, которыми будет урегулирован процесс перевода международных соглашений более детально, чем это предусмотрено сегодня, определить сроки перевода и обнародования; создать в Министерстве иностранных дел и Министерстве юстиции Украины специальные подразделения, на которые будут возложены функции осуществления таких переводов и которые будут нести ответственность за их правильность.

*Ключевые слова:* морское право, аутентичность переводов, морские конвенции, обнародование.

### Summary

**Zhornik I. V.** On the Question of Ensuring the Authenticity of Translations of international Maritime Conventions in Ukraine. — Article.

The article is devoted to the problems of ensuring the authenticity of translations of international maritime conventions in Ukraine. The author examines the existing imperfect translations of the international agreements whose necessity for Ukraine is confirmed by the Verkhovna Rada. The author concludes that special norms should be provided by the Law of Ukraine or by a regulation act which will regulate the translation process of international agreements in a more detailed way than it is provided today; the timing of translation and publication should be determined; special units should be created in the Ministry of Foreign Affairs and the Ministry of Justice of Ukraine which will be entrusted with the implementation of such translations and which will be responsible for their accuracy.

*Keywords:* maritime law, authenticity of translations, sea convention, disclosure.

## СИНКРЕТИКО-ІСТОРИЧНИЙ ПІДХІД У СУЧАСНОМУ ПРАВОРОЗУМІННІ

**Постановка проблеми та аналіз досліджень.** Постнаціональна ера, у яку внаслідок глобалізації ввійшло сучасне суспільство, зумовлює становлення епохи ліберального глобалізму та зменшує роль нації. Як наслідок, ідеологія динамічного консерватизму, що обґрунтовує розвиток на етнічній основі, стрімко втрачає свою силу. Стверджується, що національний етнічний фактор являтиме собою явище світової історії, що відходить. І нібито особливу цінність матимуть не окремі держави, а наднаціональні інститути та космополітичні ідеології. Вказані процеси зумовлюють певні завдання перед сучасною юридичною наукою. Перш за все, у сфері підходів до розуміння основоположних категорій юриспруденції, таких як «держава» і «право». Тут ми маємо не лише теоретичний інтерес у підходах до розуміння права, але і певні прикладні аспекти, так, приміром, питання збереження національних правових традицій, а відповідно і підвищення ролі національної держави у світових глобалізаційних процесах, безпосередньо пов'язано із з'ясуванням природи права, історичних умов його формування та розвитку, відбитку етнічних традицій та звичаїв у правовому регулюванні. Всі ці питання досліджуються в рамках історичної школи розуміння права та її новітнього синкретико-історичного підходу.

**Мета статті.** Для встановлення сутності синкретико-історичного підходу як розвитку історичного типу праворозуміння необхідно проаналізувати такі категорії, як «синкретика», «праворозуміння», «історична школа права».

**Основний матеріал.** Синкретика, поряд з метафізикою і діалектикою, являє собою один з видів філософської логіки. Термін «синкретика» використовується також для позначення взаємозв'язку між різними елементами світогляду, цивілізації та культури. У системології і теорії систем синкретика виступає як методологічна філософська основа осмислення, вивчення та застосування системного підходу.

Синкретика як нова філософська логіка була вперше представлена Сергієм Федосіним в монографії «Основи синкретики. Філософія носіїв». Саме слово «синкретика» було утворено автором від грецького *synkretismos* — з'єднання, об'єднання. Якщо метафізику вважати першим етапом розвитку логіки філософії, діалектику — другим етапом, то синкретика являє собою третій етап. Неминучість появи синкретики випливає з того, що абсолютизація однієї або ряду категорій в рамках метафізичної або діалектичної логіки призводить до філософських систем, відірваних одна від одної. В результаті філософія розділяється на окремі напрями, які протистоять один одному.

Синкретика пояснює походження, еволюцію та взаємодію філософських категорій, виявляє їх відносність, що дає можливість незалежно оцінити сутність будь-якої філософської системи і її місце в філософії. Завдяки синкретиці стає

можливим проникнути в самі основи логіки філософії, в визначення категорії як такої, передбачити можливу повноту законів філософії, їх достатність, необхідність появи нових законів і принципів, вказати способи їх побудови, а в підсумку — отримувати нові знання.

Синкретика за своїм змістом формулюється як багатозначна філософська логіка, в рамках якої за основу беруться не окремі категорії, як в метафізиці, не полярно-протилежні категорії, як в діалектиці, а вся сукупність категорій як ціле [1, с. 74].

Наступною категорією виступає «праворозуміння». В залежності від праворозуміння складається та існує правова реальність. У праворозумінні відображуються уявлення людей щодо особи і суспільства, нормативних і духовних цінностей, які використовуються ними. Фактично це процес пізнання права.

Під пізнанням в гносеології розуміється творча діяльність, що формує знання. Пізнавальна діяльність включає в себе такі елементи: відчуття, сприйняття, уявлення і поняття [2, с. 88]. Таким чином, запропоноване як сутнісна ознака «пізнання» поглинає собою іншу сутнісну ознаку — «сприйняття» права, оскільки пізнання можливе тільки через сприйняття.

Але більш широкий зміст категорії «пізнання», по відношенню до решти, ще не означає, що пізнання є одним з єдиних сутнісних ознак, що показують специфіку праворозуміння. Часто під праворозумінням маються на увазі окремі елементи структури пізнання права: сприйняття права та окремих правових явищ, уявлення про право та поняття права. Саме ці окремі елементи пізнавальної діяльності беруться до уваги при використанні категорії «праворозуміння».

М. І. Байтіним було сформульовано підхід, відповідно до якого праворозуміння розглядається як «наукова категорія, що виражає процес і результат розумової діяльності людини, та включає в себе пізнання права і його оцінку як цілісного явища» [3, с. 17].

На підставі даного підходу праворозуміння пропонується розглядати у двох аспектах.

По-перше, як специфічній соціальний процес наукового пізнання права, його сутності, обґрунтування, провідних принципів і ознак.

По-друге, як наукова категорія, що стала результатом суспільної діяльності, наукової активності і зайняла своє місце в науці правознавства.

Таким чином, праворозуміння в широкому сенсі може розглядатися як інтелектуальна діяльність, спрямована на пізнання права; окремі елементи пізнавально-правової діяльності (сприйняття правових явищ, уявлення про правові явища і права в цілому, та ін.).

Н. Д. Железнова досліджує праворозуміння в діяльнісному аспекті і пропонує ототожнювати його з терміном «пізнання права» і розглядати як «особливий спосіб соціальної діяльності, спрямований на пізнання загальних закономірностей функціонування права, на представлення отриманих знань у формі наукового (логічно і об'єктивно істинного) знання, а також на впровадження утворених теорій і концепцій як загальноновизнаних підстав правових прак-



тик, реалізований особливими (науково-правовими) соціальними інститутами та суб'єктами у специфічній формі і з застосуванням спеціального (науково-правового) інструментарію пізнання (методу)» [4, с. 13].

Найбільш ґрунтовно сутність категорії «праворозуміння» сформульовано вченими Одеської школи права. Праворозуміння — центральна категорія юриспруденції, яка відображає процес і результат осягнення права та виступає як розумова діяльність людини по пізнанню права, оцінки і відношення до нього як до цілісного соціального явища [5, с. 59].

Поняття права являє собою сукупність цілого ряду абстрактних визначень, які виробляються в результаті вивчення всіх його сторін і проявів. Отже, не тільки можливі, а й необхідні різні визначення права, і поняття права не зводиться до жодного з них. Поряд з визначеннями, що фрагментарно характеризують право, наука і практика потребують загального визначення поняття права.

Саме тому вирішення питання, пов'язаного з формулюванням визначення права, має суттєве значення для подальшого дослідження правових явищ, виявлення закономірностей і перспектив розвитку права, а так само для розвитку відповідної правової теорії в цілому. У цьому зв'язку В. С. Нерсисянц зазначав: «Як у сімені дано певне майбутнє рослини, так і в понятті права в науково-абстрактному вигляді міститься певна правова теорія, теоретико-правовий зміст та суть певної концепції (і типу) вчення про право. Якщо, таким чином, поняття права — це стисла правова теорія, то правова теорія — це розгорнуте поняття права. Адже тільки якесь цілісне вчення про право (у вигляді певної концепції філософії права або юриспруденції) здатне дати систематичне і повне розкриття поняття права у вигляді відповідної наукової теорії» [6, с. 133].

Складність феномену права зумовлена його антиномічною структурою. Елементами антиномічності у структурі права є духовне, або ідеальне, і чуттєве. Протиставлення автономії та гетерономії, належного (нормативного) і сущого (фактичного), або духовно заданого і фактично даного, індивідуального і типового, динамічного і статичного, «права» і «сили», заздалегідь фіксованого права і живого права, норм і «нормативних фактів», метафізики і позитивізму, права як необхідної передумови чи форми суспільного життя і права як наслідку цього ж суспільного життя, — всі подібні протиставлення у сфері права мають суттєве значення, і не подолавши такі протилежності, неможливо досягти адекватного бачення феномену права в цілому [7, с. 122].

Неможливо пізнати соціальне явище, зокрема й право, не зрозумівши його значення і не будучи при цьому піднесеним до одухотвореної реальності, прояви якої співвідносяться між собою як окремі елементи «гештальту», істинної ієрархії цінностей, але не як причина і наслідок. За такого підходу має місце соціологічне вивчення втілення у реальності позачасових, апіорних сутностей і цінностей, що заперечує абсолютизацію методу причинно-наслідкового зв'язку в соціології.

У будь-якого народу правом первісно вважається те, що фактично тривалий час і постійно повторюється або здійснюється усіма як таке. Звідси й виника-

ють звичаєві норми і водночас самі вони стають уже авторитетними веліннями суспільства, тобто правовими нормами. Іншим прикладом «живого права», яке фактично уже діє у суспільстві, є договори.

Право як особлива система юридичних норм і пов'язаних з ними правових відносин виникає в історії суспільства через ті ж причини і умови, що і держава. Процеси виникнення права і держави йдуть паралельно. Разом з тим у різних народів і в різні епохи правотворення мало свої особливості, проте існують і загальні закономірності. Саме ці аспекти досліджуються історичною школою права.

Положення історичної школи, які полягають у трактуванні правових інститутів як особливих соціальних явищ, які історично закономірно виникають, функціонують і розвиваються в єдиному процесі життя народу, відіграли значну роль на розвиток правових учень [8, с. 113].

Головна ідея історичної школи права полягає в тому, що право — не просто абстрактний комплекс норм, а «жива» і «реальна» складова соціального і економічного устрою суспільства. Головною в історичній школі була проблема правоутворення чи правогенезу [9, с. 137].

Представники цього напрямку вважали, що для правильного розуміння і розвитку державно-правових явищ визначальне значення має вивчення та осмислення їхнього історичного розвитку. У центрі уваги історичної школи права, що виникла і розвивалась як своєрідна реакція на Велику французьку революцію, знаходилися проблеми історії, традицій і, головне, само поняття народу. Базовим було поняття народу та народного духу, або духу історії. У розумінні представників історичної школи права народ — це єдність окремих осіб, що базується на органічних зв'язках між станами і групами суспільства. Дух народу виростає з традиції та формується упродовж віків. Саме тому він є визначальним у правотворчих процесах. З поняттям народу тісно пов'язаний антиіндивідуалізм, характерний для представників цього напрямку правової думки [10, с. 37].

Основою концепції представників історичної школи права було твердження про зумовленість позитивного права низкою об'єктивних факторів. Позитивне право не є якоюсь виключно теоретичною конструкцією, що твориться у процесі правотворчої діяльності законодавчих органів. Право, яке діє у суспільстві, — це не тільки сукупність приписів уповноважених на те органів держави. Право як публічне, так і приватне, складається саме собою, воно створюється суспільним розвитком, як мова та звичаї [11, с. 94].

Представники історичної школи права вважали, що призначенням діючих у суспільстві юридичних інститутів є закріплення реально існуючого порядку таким, яким він є. Позитивні закони не можуть боротися зі злом, яке трапляється в житті. У кращому випадку вони можуть сприяти впорядкуванню звичаєвого права і політичної структури, які формуються природно-історично під впливом тих перетворень, що відбуваються з народним духом. Законодавець, отже, повинен прагнути максимально точно виразити «загальне переконання нації», закріпити його у правових нормах [12, с. 105].

Достатньо цікавим є розглядання історичного фактору у економічній науці. Представники німецької історичної школи, такі як Б. Гильдербрандт та К. Кніс, стверджують, що людина в системі економічної теорії є таким егоїстом, який має почуття солідарності та справедливості. К. Маркс наполягав на суспільній сутності людини, поведінка якої визначається відповідними умовами в суспільстві, тому головними діючими особами є капіталіст, що отримує додаткову вартість, та економічно залежний від нього робітник [13, с. 10].

Економіко-антропологічний підхід концентрує свою увагу на загальнолюдських, стійких природних, антропокультурних та особистісних якостях *Homo economicus*, узятих в її суспільно-історичній плинності та світоглядній системі архетипів. Вона базується на засадах філософської рефлексії та господарсько-виробничих знаннях у певному типі культури, а також на антропологічних параметрах людського образу в економічному бутті. Складність наукового вирішення сформульованих проблем полягає в тому, що спроба розв'язання всієї багатогранності людської поведінки спираючись виключно на принципи моделі «*Homo economicus*», основу якої складає цільова раціональна дія людини, яка відповідає принципу корисності та економії зусиль, є неможливою [14, с. 68].

Людська діяльність характеризується насамперед доцільністю. Коли людина ставить перед собою мету, то керується не тільки потребами, але й інтересами, які є вираженням залежності задоволення потреб від соціальних умов буття. Інтерес виступає як культурно обумовлене вибіркове відношення до об'єктивно існуючих можливостей разом з установкою на задоволення потреб. Потреби, інтереси, мотиви поведінки людини завжди культурно обумовлені.

Спершу в історії формувався народ, і тільки згодом на його основі витворювалися стани та права особи. Людина є продуктом середовища, тієї цілості, яка створила та охоплює її, тобто народ [15, с. 232].

Відповідно при формуванні уявлень щодо сутності та природи права необхідно враховувати і особливості національного (народного) духу.

**Висновки.** Потребам більш адекватного осмислення права у сучасний період відповідає синкретико-історичний підхід, який ґрунтується на історичній школі права. Він дозволяє вченим виробити узагальнений, синтезований погляд на еволюцію права, де предметом уваги є не якась одна сторона цього феномену, а сукупність всіх варіантів — матеріально-економічного, політичного, ідейного, релігійного, культурного, морального, естетичного — в їх історичному розвитку, єдності, переривчастості і безперервності, необхідності та випадковості, взаємодії вищого і нижчого, складного і простого і т. д.

Сутність синкретично-історичного підходу розкривається у виявленні змісту феноменів держави і права, у їх об'єктивній історичній ретроспективі, із обов'язковим урахуванням національної свідомості і самобутності окремого народу.

Право є об'єднуючим та системоутворюючим елементом гармонійного співіснування людства. Історична школа права у її «синкретико-історичному» підході обґрунтовує, що саме право постає відображенням природного розвитку людини, суспільних відносин.

Право є унікальною системою подолання етноцентричного погляду на життя та світ, встановлення відносин та правових контактів із людьми, що є представниками різних правових культур та правових систем, із умовою збереження останніми традицій національної ментальності.

Право, подібно мові, виникає, розвивається та удосконалюється від більш грубих і примітивних форм до найбагатшого арсеналом засобу комунікації, механізму встановлення формальної рівності, справедливого та «розумно-необхідного» обмеження і здійснення свободи.

Право є природним, притаманним «людині-розумній», певному народу та людству в цілому явищем. Воно виступає характеристикою, засадою віднесення живої істоти до соціального кола. Праву людина має підкорятися, лише вона його розуміє, змінює, здійснює та використовує для організації свого існування.

«Синкретико-історичний» підхід до пізнання права враховує не тільки особливості виникнення та існування права окремого народу, але й особливості виникнення права кожного народу, планетарного права, розглядає право як антропологічну цінність в цілому. Розуміння правопорядку як єдиної, та «єдино-прийнятної» форми сучасного співіснування індивідів.

Особлива роль синкретично-історичного підходу проявляється на фоні сучасних процесів глобалізації та інтеграції, коли культурно-етичні надбання та традиції національних держав помірно зникають та замінюються новими універсальними імперативами та моделями. Саме у такій ситуації використання синкретично-історичного підходу дозволяє не тільки наблизитися до розуміння права, але й зберегти правову традицію певного народу.

### Література

1. Федосин С. Г. Основы синкретики. Философия носителей. — М., Эдиториал УРСС, 2003. — 464 с.
2. Айдинян Р. М. Система понятий и принципов гносеологии. Л.: Изд-во ЛГУ, 1991. — 230 с.
3. Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов: СГАП, 2001. — 416 с.
4. Железнова Н. Д. Правопонимание и судебная практика: теоретические проблемы взаимодействия: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2001. — 31 с.
5. Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник / под. ред. Ю. Н. Оборотова. — О.: Феникс, 2011. 436 с.
6. Нерсисянц В. С. Философия права Гегеля. М.: Юрист, 1998. — 350 с.
7. Дудченко В. В. Роль нормативних фактів у сучасному праворозумінні. / В. В. Дудченко // Право України, 2010, № 4. — С. 121–127.
8. Кормич А. І. Історія вчень про державу і право: Навч. посібник / Одеська національна юридична академія. — О. : Юридична література, 2003. — 336 с.
9. Мамут Л. С. Анализ правогенеза и правопонимания. Историческое в теории права. Тарту, 1989. — 137 с.
10. Новгородцев П. И. Историческая школа юристов / Санкт-Петербургский ун-т. — (Классики истории и философии права). — СПб. : Лань, 1999. — 192 с.
11. Демиденко Г. Г. Історія вчень про право і державу: Підруч. для студ. юрид. вищих навч. закл. — Х. : Консум, 2004. — 431 с.
12. Кравчук М. В. Теорія держави і права. Проблеми теорії держави і права: Навчальний посібник. — 3-тє вид., змін. й доп. — Тернопіль: Карт-бланш, 2002. — 228 с.

13. Наукові записки КУТЕП: щорічник / ред. В. К. Федорченко. — К. : Український центр духовної культури. 2011. Вип. 10 : Серія: філософські науки. — К. : Український центр духовної культури, 2011. — 278 с.
14. Поланьї К. Великая трансформация: Политические и экономические истоки нашего времени/Пер. с англ. А. Васильева и А. Шурбелева, под общ. ред. С. Е. Федорова. СПб.: Алетейя, 2002. — 320 с.
15. Козінцев І. П., Козаченко Л. М. «Хрестоматія з правознавства». — 2-ге вид., доп. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — 704 с.

### Анотація

**Быкова Я. А. Синкретико-історичний підхід у сучасному праворозумінні. — Стаття.**

В статті розглядаються істотні характеристики синкретико-історичного підходу у рамках історичної школи права. Особлива увага була приділена поняттям: синкретика, праворозуміння, національна самобутність.

**Ключові слова:** праворозуміння; історична школа права; синкретико-історичний підхід; юридична антропологія; національна правосвідомість.

### Аннотация

**Быкова Я. А. Синкретико-исторический подход в современном понимании. — Статья.**

В статье рассматриваются существенные характеристики синкретико-исторического подхода в рамках исторической школы права. Особое внимание было уделено понятиям: синкретика, понимание, национальная самобытность.

**Ключевые слова:** понимание; историческая школа права; синкретико-исторический подход; юридическая антропология; национальное правовое сознание.

### Summary

**Bykova Jane. Sinkretiko-historical approach in the modern understanding of law. — Article.**

The article is devoted to the essential characteristics of sinkretiko-historical approach in the historical school of law. Special attention was paid to the notions of sinkretika, law, national identity.

**Keywords:** understanding of law; historical school of law; sinkretiko-historical approach; legal anthropology; national legal consciousness.

УДК 342.92:340.142

*А. А. Пархета*

## ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРЕЦЕДЕНТУ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА

Реформування вітчизняної правової системи ставить нові завдання перед наукою теорії держави і права. З врахуванням сучасної динаміки права потребує переосмислення і оновлення понятійно-термінологічний апарат вітчизняної юриспруденції. Зокрема, необхідно домовитися про однозначне розуміння ключових термінів юриспруденції, одним з яких є прецедент. Вітчизняна правова доктрина у вирішенні питань джерел права, як правило, виходить з постулату про приналежність правової системи нашої країни до романо-германської пра-

вової родини, де прецедент джерелом права традиційно не визнається. В той же час, в сучасних умовах розширення сфери правового регулювання, думка про неприйняття країнами континентального права такого джерела права, як прецедент, стає далеко не безперечним.

**Актуальність теми.** Сучасні тенденції розвитку соціально-економічних та публічно-політичних процесів, а також активізація глобалізаційних та інтеграційних спрямувань України до європейської та світової спільноти, вимагають більш прогресивних та ефективних механізмів регулювання суспільних відносин. Все це створює передумови для переосмислення місця та значення права як регулятора суспільних відносин, перегляду основних догм та засад правової доктрини, а також сучасних концепцій праворозуміння й правосприйняття.

Останнім часом в науковому юридичному співтоваристві все активніше ведеться дискусія щодо визнання джерелом права прецеденту. Багато хто з вчених-практиків віднаходять в судових актах ознаки нормотворчості, що проявляється у формі судового прецеденту. Разом з тим проблематика появи та розвитку адміністративного прецеденту як джерела права у вітчизняній юридичній науці не набула належного розвитку, як, скажімо, в країнах англосаксонської правової родини.

**Ступінь наукової розробки.** Спеціальних досліджень з проблематики імплементації адміністративного прецеденту у вітчизняну правову систему як окремого джерела права на сьогоднішній день немає. Разом з тим він розглядається як окремий вид прецеденту в загальних дослідженнях з цієї тематики, зокрема таких вчених, як Т. В. Апарова, І. Ю. Богдановська, Г. А. Василевич, Н. Н. Вовпленко, П. А. Гук, Р. Г. Мельниченко, О. В. Наумов, О. В. Черкасова та ін.

**Мета статті.** Метою даної статті є визначення сутності та природи адміністративного прецеденту та допустимості його використання як самостійного джерела права.

Джерела (форми) адміністративного права це зовнішнє вираження і закріплення вмісту норм адміністративного права. Серед видів юридичних джерел адміністративного права традиційно виокремлюють: нормативно-правовий акт (вид юридичного акту, прийнятий компетентними суб'єктами правотворчості, що містить норми адміністративного права); адміністративно-правовий договір нормативного змісту (двостороння або багатобічна угода між суб'єктами правотворчості); правовий звичай (санкціоноване державою правило поведінки, що історично склалося, у сфері управління); адміністративно-правова доктрина (наукові праці (монографії, статті, положення і т. д.) з питань адміністративного права, на підставі яких виробляються нові адміністративно-правові норми і приймаються рішення по конкретних управлінських справах); адміністративний прецедент (рішення у конкретній управлінській справі, яке стає обов'язковим для всіх аналогічних справ, що виникатимуть в майбутньому).

Безперечно, основоположним джерелом адміністративного права є нормативно-правовий акт, що обумовлене приналежністю вітчизняної правової системи до романо-германської правової родини. Джерела адміністративного

права відрізняються низькою мірою систематизації нормативно-правових актів. На даний час систематизовано законодавство, що встановлює адміністративну відповідальність і провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Разом з тим стає зрозумілим, що навіть кодифіковані нормативно-правові акти не здатні в повній мірі вирішувати проблемні аспекти розвитку суспільних відносин з огляду на їх динамізм, який відповідає умовам соціально-економічного та політичного розвитку країни. Законодавство ж не відповідає зростаючим потребам правового регулювання суспільних відносин з огляду на тривалу та обтяжливу процедуру створення та легітимізації, через що особливої актуальності набирає процес створення та використання адміністративних прецедентів в правозастосовчій практиці органів виконавчої влади [1].

Адміністративний прецедент — така поведінка державного органу виконавчої влади або уповноваженої посадової особи, яка мала місце хоч б один раз і може слугувати зразком при аналогічних обставинах. Адміністративний прецедент в Україні на сьогодні не є офіційно визнаним джерелом права, проте в юридичній дійсності нашої країни можна знайти приклади, коли в практичній діяльності державних органів створюються правила поведінки, які реально діють поряд з писаним правом, конкретизують, доповнюють, а інколи і відмінюють останнє.

Адміністративний прецедент є повноправним джерелом права в багатьох закордонних країнах, насамперед в тих, де сильні традиції «загального» права. В умовах країн романо-германської групи й, зокрема, України ще рано говорити про визнання адміністративного прецеденту типовим (традиційним) джерелом права, але його можна віднести до нетипового (нетрадиційного) джерела права, поступово обґрунтовуючи доцільність та об'єктивність його застосування.

Варто зазначити, що в різних правових системах поняття адміністративного прецеденту позначається різними словами й словосполученнями, що з точки зору структурно-логічного та формально-логічного методів наділяють це поняття різними змістовними елементами: adjudication — «квазісудова» діяльність (у США), jurisprudence constante — правовий звичай (у Франції), правозастосовча практика виконавчих партійних органів (у СРСР) і ін. Концептуальна відмінність означених дефініцій передбачає і різну природу їх походження, а отже, не можуть всі наведені приклади охоплюватися одним поняттям, або таке поняття слід наділити новим більш прогресивним та всеосяжним змістом [3].

Правове положення, яке міститься в адміністративному прецеденті, являє собою концентроване вираження юридичної практики в сфері правового регулювання певного виду суспільних відносин. У силу цього воно здатне компенсувати відставання законодавства від темпів розвитку суспільних відносин і забезпечити своєчасне вирішення спірних життєвих ситуацій.

Умовою створення адміністративного прецеденту є певний процес переосмислення та узагальнення органом виконавчої влади сукупності норм та приписів стосовно регулювання конкретної ситуації, що уособлюється в формі певного адміністративного праворозуміння (правого положення), яким за-

безпечується індивідуальне правове регулювання суспільних відносин під час відсутності конкретних законодавчих норм або при їхній недосконалості. При цьому правомірність адміністративного прецеденту передбачає високий професіоналізм органу виконавчої влади, що наділений повноваженнями правозастосування окремого масиву норм; всебічний аналіз обставин справи; вибір найбільш доцільного в конкретних умовах варіанту вирішення справи в рамках закону.

Зауважимо, що залежно від органів, які створюють прецедентну норму, вирізняються адміністративні прецеденти міжнародних виконавчих органів і прецеденти внутрішньодержавних органів виконавчої влади, які, у свою чергу, можна поділити на прецеденти, створені органами виконавчої влади й «квазісудовими» органами адміністративної юстиції. Це демонструє всеосяжний характер та реально обґрунтовану об'єктивну необхідність існування адміністративного прецеденту, який, створюючись навіть органами наддержавними, все одне не втрачає своєї доцільності та актуальності для регулювання адміністративно-правових відносин навіть всередині країни.

Так, за ознакою обов'язковості виконання вирізняються:

- обов'язкові адміністративні прецеденти (для яких встановлена обов'язковість виконання, насамперед у силу ієрархічного підпорядкування відповідних органів, що створили прецедентну норму);
- рекомендаційні адміністративні прецеденти (обов'язковість їхнього виконання прямо не впливає із суті рішення або відносин владно-підпорядкованого характеру, але ґрунтується на авторитеті й професіоналізмі відповідних уповноважених органів або посадових осіб).

За сферою дії виділяються загальнодержавні, регіональні (галузеві) й локальні адміністративні прецеденти (сформульовані органами місцевого самоврядування).

Відрізняються також адміністративні прецеденти, необмежені у своїй дії в часі й обмежені в часі (наприклад, до прийняття відповідного нормативного правового акту).

За суб'єктним складом або за колом осіб, зобов'язаних виконувати адміністративні рішення, які містять прецедентні норми, можна виділити адміністративні прецеденти, обов'язкові для самих органів або посадових осіб, що прийняли відповідне правило; адміністративні прецеденти, обов'язкові для всіх осіб (як фізичних, так і юридичних) або певної групи осіб [4].

Пропонується також розрізняти адміністративні прецеденти за їх змістом:

- адміністративний прецедент як спосіб подолання прогалин у праві;
- адміністративний прецедент як форма тлумачення права (адміністративний прецедент тлумачення) — виражається у формі роз'яснень та методичних рекомендацій.

Крім того за змістом адміністративні прецеденти можна розділити на:

- рекомендаційні — містять можливу але формально необов'язкову модель поведінки чи спосіб вирішення конкретної проблеми органами виконавчої влади. Створюються, як правило, вищестоящими органами та, з точки зору полі-



тичної доцільності, сприймаються нижчестоящими органами як єдиний можливий варіант дій [9];

– заборонні — носять обов'язковий характер та містять правову позицію стосовно заборони вчиняти певні дії чи вирішувати проблемні ситуації способом, який прямо не заборонений законом, однак є менш ефективним та недоцільним у порівнянні із іншими можливими, які частіше за все і пропонуються в акті, який і містить адміністративний прецедент;

– уповноважуючі — наділяють повноваженнями чи делегують повноваження з вищестоящого щабля управлінської ланки в системі органів виконавчої влади на більш низький рівень, фактично закріплюють певні права, які не заборонені законом, однак прямо в ньому і не визначені. Така ситуація можлива через частоту застосування законодавцем невизначеної семантичної форми «тощо» та «інші, які не суперечать цьому Закону».

Крім того, допустима також класифікація за способом створення: прецедент колегіальних і одноособових адміністративних органів; за функціональними ознаками: регулятивні й правоохоронні адміністративні прецеденти; за характером впливу на суспільні відносини: негативні й позитивні адміністративні прецеденти.

Адміністративний прецедент у системі соціальних регуляторів характеризується наступними основними ознаками. По-перше, адміністративний прецедент у багатьох випадках створюється вищими інстанціями в ієрархії органів управління (виконавчої влади), із чого витікає, що з метою впорядкування адміністративної практики повинен дотримуватися принцип обов'язковості прийняття рішень по аналогічних справах в подальшій практиці правозастосування.

По-друге, адміністративному прецеденту властива ознака казуїстичності, тому що дане джерело права максимально наближене до конкретної життєвої ситуації, що вимагає оперативного вирішення і юридичного оформлення, звідси випливає характер самої прецедентної норми.

По-третє, суперечливість адміністративного прецеденту пояснюється тим, що рішення різних органів по аналогічних справах можуть відрізнятися один від одного. Подальша правозастосовча практика використання адміністративного прецеденту в цих випадках значною мірою залежить від результату вирішення питання юрисдикції тих або інших органів у вирішенні певної категорії справ.

Адміністративному прецеденту властива гнучкість, яка дозволяє вибирати між декількома варіантами вирішення справи за допомогою правомірного адміністративного розсуду, що базується на сполученні принципів законності й правової доцільності.

Саме ця властивість адміністративного прецеденту обумовлює доцільність та допустимість його застосування як джерела права в умовах сучасної правової системи України. Перманентний стан політичної нестабільності, недосконалість вітчизняного законодавства, високий рівень корупції — все це унеможливорює швидке, оперативне та ефективне реагування законодавця на зміни в

суспільстві та обтяжує процедуру нормотворення. За таких умов відбувається дисбаланс між рівнем та потребами соціально-економічного розвитку та спроможністю влади реагувати на них. Тому постає необхідність пошуку нових ефективних механізмів регулювання суспільних відносин, які б, з одного боку, знаходилися в межах існуючого правового поля України, з іншого — синтезували в собі найкращі тенденції світової та вітчизняної практики нормотворення. Всі ці вимоги задовольняє адміністративний прецедент, який за своєю генезою є формальним проявом реакції органу виконавчої влади на кон'юнктурні зміни суспільно-політичних та соціально-економічних процесів і який знаходиться в площині їх компетенції та не виходить за межі правового поля.

Як прийнятний спосіб легітимації адміністративних прецедентів також виступає санкціонування судами значимих для подальшої практики рішень, прийнятих у сфері державного управління з певної проблеми (у випадку судового оскарження таких рішень) та визнання їх найбільш прийнятними зразками вирішення подібних проблемних ситуацій у позасудовому (адміністративному) порядку надалі. Таке визнання адміністративних рішень з боку судової влади не перетворює їх у судовий прецедент, тому що вони не створюються змістовно, а лише оцінюються «правильність» і значимість відповідного виконавчого акту [7].

Що ж стосується механізму дії адміністративного прецеденту, то він полягає в наступному. Після прийняття акту, який містить прецедентні норми, у юридичній практиці з'являється своєрідне «модельне» правило поведінки при вирішенні ситуацій певної категорії, так би мовити, зразок.

**Висновки.** Таким чином, адміністративний прецедент є невід'ємним елементом системи джерел права будь-якої країни й виступає в якості певного правового положення, сформульованого в позиції відповідного вповноваженого державного органу у процесі вирішення конкретного питання при відсутності або невизначеності його законодавчої регламентації, при приведенні правозастосовчої практики до однакового вигляду, є зразком, правовим орієнтиром при вирішенні наступних однорідних справ.

Що стосується доцільності та допустимості застосування адміністративного прецеденту як джерела права в Україні на сучасному етапі розвитку вітчизняної правової системи, то, на нашу думку, для більш ефективного його використання слід впровадити певну процедуру легітимізації, яка б виключила можливість хибного праворозуміння чи правосприйняття органом виконавчої влади законодавства. Застосування адміністративного прецеденту є об'єктивно реальною передумовою динамічного розвитку законодавства України з урахуванням світових та європейських суспільно-політичних та соціально-економічних тенденцій, а також з огляду на положення теорії правової конвергенції.

### *Література*

1. Глобализация и развитие законодательства: Очерки / Отв. ред. Ю. А. Тихомиров, А. С. Пиголкин. — М.: Городец. — 2004. — 464 с.
2. Давид Р. Н. Камилла Жоффре-Спинози основные правовые системы современности. — М.: Правда. — 1998. — С. 315.

3. Гаврилов В. В. Понятие национальной и международной правовых систем // Журнал российского права. — 2004. — № 11. — С. 98–112.
4. Вопленко Н. Н., Рожнов А. П. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции. — Волгоград: Изд-во ВолГУ. — 2004. — 205 с.
5. Нугманова Э. А. Законность правоприменительных актов органов государственного управления: Учебное пособие. — Астана. — 2004. — 290 с.
6. Гаджиев Х. И. Толкование права и закона. — М.: Медпрактика. — 2000. — 95 с.
7. Муравский В. А. Актуально-правовой аспект правопонимания // Государство и право. — 2005. — № 2. — С. 13–18.
8. Дворникова О. А. Административный прецедент как источник права: проблема признания // Вестник Академии экономической безопасности. — 2008. — № 4. — С. 129–132.
9. Иванюк О. А. Понятие и сущность правового прецедента // Судебный вестник (Федеральный арбитражный суд Центрального округа). — 2007. — № 4. — С. 51–60.

### Анотація

**Пархета А. А. Теоретичні проблеми визначення сутності адміністративного прецеденту як джерела права. — Стаття.**

В статті проаналізовано природу та сутність адміністративного прецеденту як об'єктивного правового явища. Викладена класифікація видів адміністративного прецеденту. Проаналізовано механізм формування та дії адміністративного прецеденту при регулюванні суспільних відносин. Проаналізовано допустимість та доцільність його застосування як джерела права в сучасних умовах розвитку української правової системи.

**Ключові слова:** адміністративний прецедент, праворозуміння, правозастосування, орган виконавчої влади, правова позиція, джерело права.

### Аннотация

**Пархета А. А. Теоретические проблемы определения сущности административного прецедента как источника права. — Статья.**

В статье проанализированы природа и сущность административного прецедента как объективного правового явления. Изложена классификация видов административного прецедента. Проанализирован механизм формирования и реализации административного прецедента в процессе правового регулирования общественных отношений. Обоснована допустимость и целесообразность его применения как источника права в современных условиях развития украинской правовой системы.

**Ключевые слова:** административный прецедент, правопонимание, правоприменение, орган исполнительной власти, правовая позиция, источник права.

### Summary

**Parheta A. A. The Theoretical Problems of Determination of Essence Administrative Precedent as a Sources of Law. — Article.**

The nature and essence of administrative precedent as the objective legal phenomenon was analysed. Classification of kinds of administrative precedent was offered. The mechanism of forming and realization of administrative precedent in the process of the legal adjusting of public relations was analysed. Admission and expedience of his application as a sources of law at the present time in Ukrainian legal system was grounded.

**Keywords:** administrative precedent, law enforcement, statutory interpretation, executive institute, legal position, sources of law.



## Розділ 4

# ПРОБЛЕМИ ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ



## ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ КОНЦЕПЦИИ ПРЕСТУПНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В КРИМИНОЛОГИИ

Общепризнано, что основной формой человеческой активности является практическая деятельность, направленная на удовлетворение многообразных потребностей, преобразование материального мира, общественных отношений и самой личности. Очевидно, что потребности (даже в конкретном благе), чаще всего, не могут быть удовлетворены одним поступком или действием, в связи с чем осуществляется ряд поведенческих актов. Систему поведенческих актов, обусловленных реализацией определенных потребностей и вызывающих изменения в окружающем мире или в самом деятеле, называют деятельностью.

Проблема деятельности в научном плане имеет философское, социологическое, психологическое и криминологическое содержание. Философские и психологические аспекты деятельности разрабатывались такими известными учеными, как Г. С. Батищев, Л. С. Выготский, П. Я. Гальперин, В. В. Давыдов, О. Г. Дробницкий, Э. В. Ильенков, А. Н. Леонтьев, М. К. Мамардашвили, Г. П. Щедровицкий, Э. Г. Юдин, С. Л. Рубинштейн и др.

Криминологические аспекты теории деятельности изучали А. И. Долгова, А. Ф. Зелинский, А. П. Закалюк, А. Н. Костенко и др.

Многогранность обсуждаемого вопроса не позволяет нам в рамках статьи проанализировать различные научные подходы в его решении. Целью данной статьи является анализ базовых положений теории деятельности, методологически важных в объяснении механизма индивидуального и коллективного (группового) преступного поведения. Мы исходим из того, что преступность не является каким-либо особым видом человеческой активности, не располагается за пределами социальной деятельности, а есть сама деятельность, обнаруживаясь в той или иной форме в повседневной практической деятельности людей. Как утверждают В. В. Давыдов и Ю. В. Громыко, характерная черта современной общественной жизни людей состоит в том, что она обнаруживает себя только через их деятельность, которая имеет различные виды и формы и направлена на преобразование объективной природной и социальной действительности. Деятельность имеет культурно-историческую природу и выступает в качестве способа воспроизводства социальных процессов, самореализации человека, его связей с окружающим миром. Любая сфера социальной практики является определенным видом человеческой деятельности [1].

В философской и психологической литературе утверждается, что деятельность становится системой активности всего человечества. Процесс деятельности рассматривают как интеграцию активности через нарастающую связь технологий, техники, информационных потоков, а также унификацию экономических, правовых, организационных отношений разнородных субъектов,

осуществляющих конкретные виды деятельности сообразно своим потребностям, интересам, целям [2].

В. С. Швырев следующим образом характеризует неограниченность саморазвития деятельности, понимаемой в качестве независимой системы: «Деятельность — это такая форма активности, которая способна по самой своей природе к неограниченному какими-либо извне заданными рамками пересмотру и совершенствованию лежащих в ее основании программ, к неограниченному, так сказать, «перепрограммированию». В этом смысле деятельность — принципиально открытая система, способная к неограниченному саморазвитию в рамках объемлющего ее универсума» [3].

В криминологических целях важно подчеркнуть, что основной, или конституирующей, характеристикой деятельности является ее предметность [4]. «Изменение обстоятельств» возможно лишь через предметную деятельность, подчеркивают философы [5]. Этот тезис в полной мере относится к анализу преступной деятельности, проявляющейся в широкой гамме конкретных преступных деяний.

По мнению академика А. Н. Леонтьева, в самом понятии деятельности уже имплицитно содержится понятие ее предмета: «Выражение «беспредметная деятельность» лишено всякого смысла. Деятельность может казаться беспредметной, но научное исследование деятельности необходимо требует открытия ее предмета. При этом предмет деятельности выступает двояко: первично — в своем независимом существовании, как подчиняющий себе и преобразующий деятельность субъекта, вторично — как образ предмета как продукт психического отражения его свойств, которое осуществляется в результате деятельности субъекта и иначе осуществиться не может» [6].

Практическое преобразование действительности, т. е. деятельность, осуществляется для удовлетворения материальных и духовных потребностей общества и человека. Вместе с тем предметность деятельности, по сути, означает её социальность, ибо «предмет не замыкает человеческую самореализацию, а открывает ее социальному миру, другому человеку, представляет ее разным («близким» и «дальним») людям, «транслирует» ее в пространстве и времени социального процесса» [7].

Для понимания природы криминальной активности, проявляющейся в конкретных преступных деяниях, важно отчетливое понимание того, что предметная деятельность не означает обязательное наличие предмета в смысле вещи или иного объекта материального мира. Этот вопрос обстоятельно исследовал В. Е. Кемеров. Он, в частности, писал: «Деятельность становится возможной только при наличии человека как предметного субъекта деятельного контакта, изменения, процесса. Только предметный субъект в состоянии привести в действие предметные средства, вывести их из связей «логики вещей» и заставить двигаться в формах деятельности. Предметность деятельности — отнюдь не в том только, что человек имеет дело с предметами, а в том, прежде всего, что он — предметный субъект, могущий по-разному связывать и преобразовывать предметы, приспособливать их к разным ситуациям и потребностям, придавать



им формы, которых они от природы не имеют, возрождать в них силы и способности, заложенные в них другими людьми» [8]. Ученый подчеркивал, что деятельность не может совершать человек «вообще», ее реализуют конкретные индивиды, совместно или автономно. Человеческая индивидуальность включена в социальный процесс не только через прямые контакты с другими людьми, не только через общение с ними, но и через множество предметных опосредований, среди которых человеческая индивидуальность оказывается наиболее важным связующим звеном. Небезынтересен в криминологическом отношении следующий вывод В. Е. Кемерова: «Предметность индивидного бытия — от пуговицы до дверного звонка, от букваря до телевизора, от карандаша до автомобиля — все это средства общения, формы социальной связи, реализуемой в деятельности людей. Вычесть эти формы из деятельности и общения — и мы увидим везде примерно одни и те же структуры социальных взаимодействий. Включить их в рассмотрение деятельности — и мы увидим, что одни и те же, казалось бы, структуры общения выполняют совершенно различные функции в обществе, где опыт передается напрямую от человека к человеку, и в обществе, где телевидение выстраивает общемировую сеть человеческих коммуникаций» [9].

Связь предметности и социальности человеческой деятельности свидетельствует о том, что «индивидная деятельность человека, по сути, тоже является социальной, поскольку она реализует (выявляет, создает, достраивает, синтезирует) человеческие силы и способности и таким образом участвует и воспроизводит социальный процесс. Индивидный аспект человеческой деятельности, социальный по своему содержанию и предметный по формам своего воплощения, кажущийся иногда чем-то второстепенным, по существу является «ядром» и «сердцевиной» деятельности, ее «живою плотью» [10]. Как заметил В. Е. Кемеров, «для современного обществознания представляется банальным утверждение о том, что социолог или психолог должны «исходить из реальных индивидов» [11]. Это суждение в полной мере применимо к анализу преступной деятельности.

В советской криминологии одним из первых к психологическим аспектам преступной деятельности обратился А. Ф. Зелинский, которого с полным правом можно назвать основоположником деятельностной теории в отечественной криминологии. Первые его работы по данной проблематике были впервые опубликованы еще в 70-е годы прошлого века [12]. В них и опубликованных позднее трудах [13] обосновывалась необходимость изучения преступного поведения не как отдельных разрозненных фактов преступлений в биографии конкретного лица, а как системную последовательность поведенческих актов, направленных на достижение конкретных результатов [14].

В рамках исследования психологии рецидива преступлений А. Ф. Зелинский обосновал наличие прогнозируемой последовательности человеческих поступков, рассматриваемых им как преступная деятельность [15]. Высказанные им идеи получили развитие в его последующих работах. В книге «Криминальная психология» А. Ф. Зелинский рассмотрел преступную деятельность во взаимосвязи таких категорий, как «человеческая активность», «поведение»,

«деятельность». А. Ф. Зелинский исходил из того, что всякая открытая самоуправляющаяся система не может функционировать без взаимодействия со средой, без обмена энергией и веществом с внешним миром. Формы такого взаимодействия могут быть различными, но все они предполагают активность системы, то есть расходование энергии для изменения среды или приспособления к ней. Это относится и к человеку — самоуправляемой системе высочайшей сложности. Реагируя на внешние и внутренние раздражители, индивид активно воздействует на свое окружение, приспособляясь к нему и приспособляя его к себе. Активность — наиболее широкое понятие взаимодействия человека с миром. Она присуща всем живым существам и самоуправляемым техническим системам — от простейших автоматических устройств до современных компьютеров. Поведение — форма проявления активности. Поведение может рассматриваться в широком и узком смыслах. В широком смысле поведение означает активность высших животных, регулирующую на психическом уровне и соответствующим образом упорядоченную. В узком смысле поведение — это система человеческих поступков, отражающих отношение личности к другим людям, к обществу, к самому себе. В таком смысле поведение — категория нравственная и правовая. Согласно концепции А. Ф. Зелинского, основанной на современной психологической теории, поведение — это активность человека, получившая нравственную и правовую оценку. Деятельность — разновидность поведения и форма проявления активности. Понятие «деятельности» соотносится с «активностью» как вид с родом. Деятельность имеет системный характер и подчинена общей мотивации в рамках единой программы поведения и заключается в изменении и преобразовании внешнего мира и самого деятеля [16].

Таким образом, схема «активность» — «поведение» — «деятельность» раскрывает различную глубину психологического анализа социальной активности человека. Выводы профессора Зелинского А. Ф. направлены на раскрытие психологических особенностей поведения конкретного преступника и не касаются коллективной деятельности и деятельности, понимаемой нами как массовая социальная практика.

Теорию предметной деятельности использовал профессор А. Н. Костенко при построении концепции криминального произвола. А. Н. Костенко рассматривает предметную деятельность как основу человеческого взаимодействия и утверждает, что отношения между людьми опосредствуются предметами, которые имеют форму собственности. Социопсихологическая анатомия произвола заключается, по мнению А. Н. Костенко, в том, что «неучастие человека в обмене предметами или идеями как «меновыми стоимостями» приводит к тому, что социологический и психологический элементы его личности, т. е. его предметное бытие и его сознание, проявляются в виде произвола и иллюзий, в том числе и криминального произвола. В соответствии с этим детерминируется и регулируется произвольное поведение, в том числе и криминальное» [17].

Высказанные этими авторами идеи получили определенное развитие в работах по криминалистике, уголовному праву, социологии [18]. В современной

отечественной криминологии, на наш взгляд, не уделяется достаточного внимания исследованию преступности как предметной деятельности и разновидности социальной активности человека. Между тем концептуально важно рассматривать преступность не как совокупность преступлений, а как разновидность социальной активности (криминальной активности), проявляющей себя в предметной деятельности.

В одной из ранее опубликованных работ нами была предпринята попытка актуализировать этот вопрос в контексте системного анализа преступности. В частности, обращалось внимание на то, что предметный характер преступной деятельности проявляется в конкретных потребностях, целях и мотивах, что является важным обстоятельством для характеристики преступности как разновидности социальной активности. Этот вид деятельности не единственный для личности и находится во взаимосвязи с иными видами активности, свойственными данному человеку, иным людям и социальным группам. Многообразие поступков определяется полимотивностью человеческого поведения. Каким образом эти поступки между собой связаны, являются ли они случайными или закономерными — ответы на эти вопросы во многом определяют понимание преступности, ее системного характера и механизма функционирования. Преступность, являясь результатом особой по своим мотивам, целям и нравственно-правовой оценке предметной деятельности, выступает лишь как одно из проявлений человеческой активности и находится в закономерных связях с иными видами деятельности человека [18]. Впоследствии такой подход получил развитие при исследовании экономической, организованной, коррупционной, налоговой преступности [20].

*Российский криминолог Г. Н. Горшенков пишет: «Уникальность явления преступности состоит в том, что оно рассматривается как форма предметного мира, как способ, ступень познания этого мира, отраженного в сущности преступности, ее внутренних свойствах и отношениях. Сложность взаимосвязей преступности обусловлена сложностью тех сущностей и процессов, которые не просто ее окружают в предметном мире, но либо детерминируют, либо сами детерминируются ею» [21].*

К анализу преступности с позиций теории социальной активности и предметности человеческой деятельности обратился в «Курсе современной украинской криминологии» А. П. Закалюк. Он всесторонне проанализировал понятия «активность», «поведение», «деятельность» и пришел к выводу, что социальный феномен преступности имеет содержательную предметность, которая проявляется в деятельности криминальной активности части членов общества. Научная позиция этого авторитетного ученого способна оказать серьезное влияние на развитие отечественной криминологии и значительно укрепить методологические основы изучения преступности и разработку мер по ее сдерживанию.

Лица, совершающие преступления, не являются социально изолированными субъектами общественных отношений и не замкнуты в какой-либо особой криминальной субкультуре. Исключением могут быть отдельные группы, для членов которых преступная деятельность является основным образом жизни.

В своей общей массе лица, совершающие уголовно-наказуемые деяния, включены в систему реальных и самых разнообразных общественных отношений. Для одних преступление противоречит их жизненной диспозиции, для других — является результатом специфических ценностных ориентаций и социальных установок. Все виды правомерной активности человека в той или иной степени могут сочетаться с преступными формами поведения. Человек оказывается в состоянии сложного мотивированного выбора того или иного варианта поведения.

Общепризнано, что мотивированное поведение есть результат действия двух факторов: личностного и ситуационного. В теории самодетерминации и внутренней мотивации, разработанной американскими психологами Эдвардом Л. Диси и Ричардом М. Руаяном, под личностным фактором понимаются мотивационные диспозиции личности (потребности, мотивы, установки, ценности), а под ситуационным — внешние, окружающие человека условия (поведение других людей, отношения, оценки, реакции окружающих, физические условия и т. д.) [22].

Соответственно, выделяют два типа мотивации и соответствующих им два типа поведения: 1) внешнюю мотивацию (*extrinsic motivation*) и соответственно внешне мотивированное поведение (*extrinsic motivated behavior*) и 2) внутреннюю мотивацию (*intrinsic motivation*) и соответственно внутренне мотивированное поведение (*intrinsic motivated behavior*).

Наиболее ярко концептуализация внешнего типа мотивации представлена в бихевиористских теориях и в теориях инструментальности. Внутренне мотивированные деятельности не имеют поощрений, кроме самой активности. Люди вовлекаются в эту деятельность ради нее самой, а не для достижения каких-либо внешних наград. Такая деятельность является самоцелью, а не средством для достижения некой другой цели [23]. Нетрудно заметить, что преступная деятельность, понимаемая как мотивированная предметная активность человека, в современных условиях объединяет обе стороны мотивационного процесса. Важно при этом понять, какие базовые ценности и мотивы лежат в основе внутренне мотивированной преступной деятельности.

Любая деятельность имеет в своей структуре потребности и мотивы ее выполнения, а также задачи и действия, направленные на их решение. Действия выполняются благодаря наличию в них многообразных операций. Преступная деятельность, как и любая иная, складывается из системы поведенческих актов, направленных на достижение конкретного результата, и имеет, таким образом, предметно мотивированный характер [24]. В основе формирования мотивов лежат те или иные потребности. Сами по себе потребности, в своем абсолютном большинстве, если они не патологические, не могут быть «общественно опасными», а тем более — «противоправными». Но способы их удовлетворения могут приобретать именно такой характер. Таким образом, преступность в своей основной массе отражает особенности удовлетворения тех или иных потребностей человека в рамках определенной разновидности его предметной деятельности. Именно поэтому А. И. Долгова определяет преступ-

ность как «социальное явление, заключающееся в решении частью населения своих проблем с виновным нарушением уголовно-правового запрета» [25].

Дискуссионным вопросом в интерпретации преступности посредством теории деятельности является определение соотношения между преступлениями, которые имеют характер единичных поступков, импульсивных движений, случайных действий и т. п., и деятельностью как системной последовательностью поведенческих актов, направленных на достижение конкретных результатов. Можно ли считать деятельностью преступление, выразившееся в импульсивном действии, например, в виде ответной реакции на противоправные действия?

Следует признать, что «деятельностная» концепция преступности не является всеобъемлющей. Данная научная конструкция может быть использована при анализе практически всех умышленных и неосторожных преступлений, за исключением так называемых «реактивных» преступлений. Хотя статистика не содержит сведений о количестве «реактивных» преступлений в силу сложности их идентификации, исследователями отмечается их относительно небольшое количество и тенденция к возрастанию. А. Ф. Зелинский, обстоятельно изучивший данную проблему, считает, что реактивные и импульсивные преступления носят, безусловно, умышленный, мотивированный характер, но лишены, в большинстве своем, признаков преступной деятельности [26].

В данном случае нужно разграничивать психологическое содержание понятия «деятельность», которое используется при анализе поведения конкретного индивида, и социальное содержание деятельности, понимаемой как социальная практика. Именно психологическое содержание в понятие «преступная деятельность» вкладывал профессор А. Ф. Зелинский. Импульсивное телодвижение, получившее уголовно-правовую оценку как преступление, не вписывается в концепцию преступной деятельности индивида в психологическом смысле, хотя может быть следствием его психологических качеств и жизнедеятельности в целом как целостной личности. Как разновидность социальной практики подобные виды человеческих поступков также весьма распространены.

Вместе с тем очевидно, что подобные деяния тесно связаны с социально значимой предметной деятельностью конкретного человека и его внутренними переживаниями, эмоциями, потребностями. Уместно вспомнить, что академик А. Н. Леонтьев утверждал: «...необходимо различать, с одной стороны, беспредметные стенические, астенические состояния, а с другой — собственно эмоции и чувства, порождаемые соотношением предметной деятельности субъекта с его потребностями и мотивами. Но об этом нужно говорить себе. В связи же с анализом деятельности достаточно указать на то, что предметность деятельности порождает не только предметный характер образов, но также предметность потребностей, эмоций и чувств. Процесс развития предметного содержания потребностей не является, конечно, односторонним. Другая его сторона состоит в том, что и сам предмет деятельности открывается субъекту как отвечающий той или иной его потребности. Таким образом, потребности побуждают деятельность и управляют ею со стороны субъекта, но они способны выполнять эти функции при условии, что они являются предметными» [27]. Не все виды

преступлений могут иметь характер деятельности в узком психологическом ее значении, однако все преступления, в том числе эмоционально окрашенные (например, убийство, совершенное в состоянии сильного душевного волнения), обусловлены тем или иным предметом деятельности.

В отличие от реактивных преступлений неосторожные преступления имеют устойчивые признаки широко распространенной предметной деятельности и социальной практики. Не случайно в последние годы в стране регистрируется до двадцати процентов неосторожных преступлений.

А. П. Закалюк совершенно справедливо указывает на то, что неосторожные преступления совершаются в определенной социальной среде, характеризующейся конкретными формами человеческой активности и деятельности. Так, он, в частности, выделяет: природную среду, в которой человек действует по схеме «человек — природа»; общественно организованную среду, в которой человек осуществляет те или иные виды профессиональной деятельности (эксплуатация транспорта, обслуживание техники, оказание медицинских, коммунальных услуг и т. п.) [28].

Неосторожные преступления, как правило, совершаются в рамках того или иного вида человеческой деятельности, в связи с выполнением определенных функций. Лишь незначительное число таких деяний имеет исключительно ситуативный характер и связано с доминирующим влиянием внешних обстоятельств. Таким образом, мы можем сделать вывод, что фактически весь массив преступлений предстает как социальная практика людей и проявляется в конкретной предметной деятельности.

Деятельность может быть индивидуальной и коллективной. Всю практическую деятельность по изменению и преобразованию природы, социума и собственной жизнедеятельности человек осуществляет в сотрудничестве, в кооперации с другими людьми. Поэтому отношения людей как субъектов практической деятельности к преобразуемой ими реальности всегда предполагают также отношения реального взаимодействия людей в процессе этого преобразования. Такие отношения охватываются понятием «коллективная деятельность».

Организованная преступность дает основание говорить о коллективной преступной деятельности. Так называемая «корпоративная преступность» также имеет признаки коллективной преступной деятельности. Вместе с тем важно подчеркнуть, что коллективную преступную деятельность нельзя рассматривать как простое количественное расширение индивидуальной деятельности. Речь идет о *взаимобусловленной деятельности* различных субъектов, предполагающей специфические формы коммуникации. Другими словами, индивид включается в существующую систему коллективной деятельности, в социальный обмен предметными деятельностями, в том числе в обмен между криминальными и некриминальными видами деятельности. В контексте разнообразия криминальной активности можно сказать, что миллионы людей в мире, совершающих уголовно наказуемые деяния, не всегда свободны в выборе того или иного варианта поведения, так как связаны различными видами коллективной деятельности, среди которых широко распространены и криминальные.

В современных социальных науках совместным намерениям, убеждениям и практическим действиям субъектов уделяется незначительное внимание, хотя понятия социальных практик и социальных институтов можно раскрыть только на основе идеи коллективной интенциональности (*интенциональность — намерение, полагание*). Коллективная интенциональность составляет основу стандартных социальных практик и социальных институтов и является центральной для онтологии социального мира, так как основная часть социальной реальности конструируется коллективно [29]. «Такие основополагающие понятия, как социальные институты, требуют для своего концептуального конструирования коллективного решения и коллективной деятельности, которые могут быть осуществлены на основании либо коллективного намерения, либо коллективных убеждений» [30].

В современном обществе доминирует коллективная деятельность. Более того, данная деятельность приобретает глобальный характер, что связано с глобализацией экономики, политики, всех сфер общественной жизни. Создание транснациональных корпораций, международных концернов, политических и юридических организаций, многочисленных акционерных предприятий и т. п. способствует тому, что их участники становятся субъектами коллективной деятельности. Не всегда такая деятельность совершается в точном соответствии с законом. Например, масштабные финансовые «пирамиды» насчитывают тысячи граждан.

Юридические лица, как хозяйствующие субъекты, нередко не просто становятся активными субъектами преступной деятельности, но и вовлекают в нее своих сотрудников, многие из которых сознательно принимают решение об участии в незаконных действиях и фактически становятся соучастниками коллективной преступной деятельности. Системная коррупция в таких сферах, как управление, образование, здравоохранение, судебная и правоохранительная деятельность и пр., является в большинстве своем негласным «договором» о совместной (коллективной) преступной деятельности.

Как следствие, формируется коллективная криминальная психология — разновидность нового коллективистского мышления на основе асоциальных ценностей. Существенное влияние на поведение индивида оказывают коллективные (корпоративные) ценности. Регулятором коллективистского поведения стали так называемые корпоративные «правила игры». Появилась корпоративная культура, коллективная мотивация. Не случайно в социальной психологии и социологии много внимания уделяется терминам «команда», «человек команды» и др. Естественным в такой ситуации является появление коллективных субъектов преступной деятельности. Названные феномены лежат в основе институционализации преступности.

Предметность преступности обнаруживается в том, что преступность оказывает обратное влияние на общество. Механизм обратного влияния основан на том, что преступная деятельность глубоко имплементирована в социальную ткань общества — экономические, политические, иные социальные отношения. Миллионы бывших и действующих преступников оказывают влияние на функционирование общества, являясь активными участниками одновременно

многих социальных практик. Преступление связано с нарушением основополагающих прав человека, причиняет материальный и моральный вред.

Предметность преступности обуславливает ее самодетерминацию. Самодетерминация преступности возможна постольку, поскольку в социуме существует определенная деятельность (в данном случае — преступная), которая тесно связана с другими видами деятельности. Самодетерминация преступных форм поведения осуществляется через взаимообуславливание различных видов деятельностей, которые совершает тот или иной человек (деятель). Один вид предметной деятельности порождает другой вид предметной деятельности. Происходит обмен деятельностями. В криминологии такого рода связи называются связями «развития» и «порождения» [31].

Преступная деятельность одних индивидов вовлекает в свою орбиту других людей, которые оказываются зависимыми от этой деятельности. Формируется порочный круг. Люди ведут преступный образ жизни, создают преступную среду обитания, которую сами не только конструируют, но и воспроизводят за счет других людей. В криминологическом понимании воспроизводство преступности предстает как социальный процесс, заключающийся в непрерывно продолжающихся циклах обмена результатами предметной деятельности.

Рассматривая преступность как разновидность предметной деятельности, проявляющейся в системе иных видов социальной активности, можно найти объяснение таким широко распространенным видам преступности, как «беловоротничковая» (экономическая, должностная), корыстная (хищения имущества, мошенничество, вымогательство и др.), насильственная (убийства, телесные повреждения), политически мотивированная насильственная (терроризм, захват заложников) и др.

Поскольку преступная деятельность фактически «встроена» в систему реальных общественных отношений, ее анализ невозможен без понимания сути практической деятельности людей. Такой подход позволяет по-новому взглянуть не только на механизм воспроизводства преступности, но и на проблему предупреждения преступности. Как пишет Ю. В. Громыко, решение фундаментальных проблем психологии, философии, права, теории развития институтов связано с определением роли и функции деятельностных представлений в построении теории развития общественной практики. Теоретический анализ системно-типологического понятия различных областей практики и институтов на основе деятельностных представлений демонстрирует возможность использования данной методологии в самых различных областях практики — предпринимательской сфере, общественного воспитания, разработке новых подходов к понятию безопасности, борьбе с терроризмом и др. [32].

Проблема преступной деятельности не исчерпывается рассмотренными в статье вопросами. Познание преступности в контексте её интерпретации через призму социальной активности индивида, проявляющейся в том числе в индивидуальных и коллективных формах преступной деятельности, не утратило актуальность, а наоборот, в современных условиях глобализации и взаимообусловленности существования конкретных социумов приобретает важное прак-



тическое значение. Пересмотр репрессивной концепции сдерживания преступности в сторону изменения мотивации человеческих поступков, позитивного «опредмечивания» его деятельности, наполнения коллективных форм деятельности антикриминальным содержанием, во взаимосвязи с преодолением правового нигилизма, может стать основой для формирования современной практической криминологии.

### Литература

1. См.: В. В. Давыдов, Ю. В. Громыко. Теория деятельности и социальная практика. Доклад на III Международном конгрессе по теории деятельности // Альманах «Восток», вып. № 7\8 (31\32), 2005. — <http://www.situation.ru>.
2. См.: Поросёнов С. В. Существование и деятельность в определении ценностного отношения. — Пермь: Издательство Пермского государственного университета, 2002. — 408 с.
3. Швырев В. С. Проблемы разработки понятия деятельность как философской категории // Деятельность: теория, методология, проблемы. М., 1990. С. 13.
4. См.: Дрёмин В. Н. Преступность как социальная практика и предметная деятельность // Наукові праці ОНЮА. — Т. 5. — Одеса: Юридична література, 2006. — С. 251–261.
5. Новоселова И. А. Субъектность и деятельность // Философские дескрипты. Сборник статей, выпуск 2, 2002. — Барнаул: Изд-во Алтайского ун-та. — С. 178–187.
6. Леонтьев А. Н. Деятельность. Сознание. Личность. — М.: Политиздат, 1975. — С. 304. См. также: Леонтьев А. Н. Деятельность и личность // Вопросы философии. — 1974, № 4, с. 87–97; № 5, с. 65–78; Леонтьев А. Н. О значении понятия предметной деятельности для психологии // Материалы XX Международного психологического конгресса (Япония, Токио, 13–19 августа 1972 г.) / Под ред. Б. Ф. Ломова, Е. В. Шороховой, Э. А. Фарапоновой. — М.: 1974, с. 51–62.
7. См.: Современный философский словарь. — М., 1996. С. 14.
8. См.: Кемеров В. Е. Предметная деятельность — принцип развития общественных отношений // Философия. Люди. Жизнь. — Екатеринбург, 1997, с. 37.
9. См.: Кемеров В. Е. Указ. раб., с. 38.
10. См.: Современный философский словарь. — М., 1996, с. 14, 26–27.
11. См.: Кемеров В. Е. Указ. раб., с. 34–43.
12. См.: Зелинский А. Ф. Понятие «преступная деятельность» // Сов. государство и право. — 1978. — № 3, с. 98–100; Зелинский А. Ф. Некоторые вопросы квалификации преступной деятельности // Труды ВСШ МВД СССР. — Волгоград, 1979, вып.11, с. 27–32.
13. См., например: Зелинский А. Ф. Злочинна діяльність: поняття та відповідальність // Радянське право, 1991, № 12; Зелинский А. Ф. О понятии преступной деятельности // Проблемы укрепления законности в условиях проведения реформ (матер. научно-практ. конф.). — Владикавказ, 1991, с. 56–58.
14. См.: Зелинский А. Ф. Понятие «преступная деятельность» // Сов. государство и право. — 1978. — № 3, с. 98–100; Зелинский А. Ф. Некоторые вопросы квалификации преступной деятельности // Труды ВСШ МВД СССР. — Волгоград, 1979, вып.11, с. 27–32.
15. См.: Зелинский А. Ф. Рецидив преступлений (структура, связи, прогнозирование). — Харьков. — 1980.
16. Зелинский А. Ф. Криминальная психология. Научно-практическое издание. — К.: Юринком Интер, 199, с. 84–88.
17. См.: Костенко А. Н. Криминальный произвол (социопсихология воли и сознания преступника). — Киев, изд-во «Наукова думка», 1990, с. 123–126.
18. См., например: Тищенко В. В. Корыстно-насильственные преступления: криминалистический анализ: Монография. — Одесса: Юридична література, 2002, с. 10–15; Дрёмин В. Н. Преступность как объект системного анализа // Актуальні проблеми держави та права, № 7, 2000. — С. 242–255; Сакало В. О. Тактика злочинної діяльності. — Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2002. — С. 24; Бахин В. П., Карпов Н. С. Преступная деятельность как объект криминалистического изучения. Лекция. — К., 1999, с. 22.

19. См.: Дремин В. Н. Преступность как объект системного анализа // В сб.: Актуальні проблеми держави та права, № 7, 2000. — С. 255.
20. См.: Дремин В. Н. Преступность и её организованные формы как социальная практика // Библиотека журнала «Юридический вестник»: Информационное обеспечение противодействия организованной преступности (сборник научных статей). Под ред. М. Ф. Орзиха, В. Н. Дремина. — Одесса: Феникс, 2003. — С. 12–25; Дремин В. Н. Коррупционная практика: актуальные вопросы уголовно-правового воздействия // Правовые проблемы противодействия организованной преступности: сб. науч. статей / Под ред. М. Ф. Орзиха, В. Н. Дремина. — Библиотека журнала «Юридический вестник». — Одесса: Феникс, 2005. — С. 99–109.
21. См.: Горшенков Г. Н. Политический режим, средства массовой информации и преступность // Политический режим и преступность / Под ред. В. Н. Бурлакова, Ю. Н. Волкова, В. П. Сальникова. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. — С. 122–156.
22. В. И. Чирков. Самодетерминация и внутренняя мотивация поведения человека // Вопросы психологии, № 3, 1996, с. 116–132.
23. В. И. Чирков. Указ. раб., с. 116–132.
24. См.: Зелинский А. Ф. Понятие «преступная деятельность» // Сов. государство и право. — 1978. — № 10. — С. 98–100; Дремин В. Н. Преступность как социальная практика и предметная деятельность // Наукові праці ОНЮА. — Т. 5. — Одеса: Юридична література, 2006. — С. 251–261.
25. Долгова А. И. Преступность, её организованность и криминальное общество. — М.: Российская криминологическая ассоциация. 2003, с. 7.
26. См.: А. Ф. Зелинский. Криминальная психология, с. 116–132.
27. См.: Леонтьев А. Н. Деятельность. Сознание. Личность. — М.: Политиздат, 1977. — С. 88–89.
28. См. подробнее: А. П. Закалюк. Курс современной украинской криминологии. Кн. 2. Криминологическая характеристика и предотвращение совершения отдельных видов преступлений, с. 674–680.
29. Tuomela R.. Collective Acceptance, Social Institutions and Social Reality // American Journal of Economics and Sociology. Jan 2003. Vol. 62. No. 1., p. 132.
30. Tuomela R. The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View // Cambridge: Cambridge University Press, 2002. P. 68–70.
31. См.: Зелинский А. Ф., Дремин В. Н. Преемственность криминогенных ситуаций при рецидиве преступлений. — В сб.: Проблемы правоведения, вып. 40. — Киев, 1979, с. 87–91.
32. См.: Ю. В. Громыко. Век мета: современные деятельностные представления о социальной практике и общественном развитии. — М., 2006. — 504 с.

### Аннотация

**Дремин В. Н.** Теоретические основы концепции преступной деятельности в криминологии. — Статья.

В статье рассматриваются философские, психологические и криминологические аспекты теории деятельности. Обосновывается вывод о предметности преступной деятельности и мотивации преступного поведения. Формулируются выводы о перспективах применения деятельностного подхода в предупреждении преступности.

**Ключевые слова:** преступная деятельность, криминальные практики, мотивация преступного поведения, предупреждение преступности.

### Анотація

**Дремин В. М.** Теоретичні основи концепції злочинної діяльності в криминології. — Стаття.

У статті розглядаються філософські, психологічні та криминологічні аспекти теорії діяльності. Обґрунтовується висновок щодо предметності злочинної діяльності і мотивації злочинної поведінки. Формулюються висновки про перспективи застосування діяльнісного підходу в попередженні злочинності.

**Ключові слова:** злочинна діяльність, кримінальні практики, мотивація злочинної поведінки, попередження злочинності.

### Summary

**Driomin V. N. The theoretical bases of the concept of criminal activity in criminology.** — Article.

The article analyzes philosophical, psychological and criminological aspects of activity theory. The conclusion on the materialism of criminal activity and motivation of criminal behavior is grounded. The conclusions on the prospect of the use of activity approach in crime prevention are formulated.

**Keywords:** criminal activity, criminal practices, motivation of criminal behavior, crime prevention.

УДК 343.132(477)001.73

**В. О. Глушков, О. А. Білічак**

### ПРОЦЕСУАЛІЗАЦІЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Проблеми співвідношення оперативно-розшукової та кримінально-процесуальної діяльності уповноважених законом органів у розкритті та розслідуванні злочинів неодноразово дебатувалися в науковій літературі, обговорювалися на наукових конференціях та робочих зустрічах працівників правоохоронних відомств, виступали предметом самостійних наукових досліджень. Незважаючи на те, що на сьогодні ці два поки що відокремлені види діяльності уповноважених законом органів мають перед собою спільну мету, серед представників наукових кіл та досвідчених практиків і досі не спостерігалось одностайності думок щодо можливості їх поєднання. Найбільш вагомим аргументом супротивників процесуалізації оперативно-розшукової діяльності завжди виступало те, що вона здійснюється негласно, із використанням тих форм та методів роботи, які не притаманні традиційному в Україні досудовому розслідуванню. Проте, враховуючи стан правоохоронної діяльності в Україні, загальносвітові тенденції із удосконалення нормативно-правової регламентації кримінально-процесуального провадження, направлені в основному на введення до системи слідчих дій конспіративних методів отримання доказової інформації, нещодавно було прийнято і схвалено новий Кримінальний процесуальний кодекс України.

Розробка та прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України стали одним із послідовних кроків законодавця у оновленні системи кримінальної юстиції, концепція реформування якої визначена рішенням Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів», затвердженим Указом Президента України № 311/2008 від 8 квітня 2008 року [1]. Реалізуючи програмні вимоги цього документу, Україна сьогодні знаходиться на порозі радикальних змін самої системи кримінального переслідування, у контексті якої здійснюється поступальний розвиток оперативно-розшукового

законодавства, нормативно-правової регламентації досудового розслідування кримінальних правопорушень, судового розгляду кримінальних справ тощо.

Новий Кримінальний процесуальний кодекс суттєво відрізняється від попереднього закону та містить низку принципів нових для національного права положень. Зокрема, главою 21 цього документу закріплено систему негласних слідчих (розшукових) дій, що фактично забезпечує злиття до цього часу двох окремих видів державно-владної діяльності: оперативно-розшукової та кримінально-процесуальної [2].

Науково-практичному аналізу проблем використання у доказуванні по кримінальних справах відомостей, здобутих шляхом провадження негласних оперативних дій, присвячена низка праць вітчизняних і зарубіжних фахівців, серед яких Б. І. Бараненко, Б. Т. Безлепкін, А. В. Белоусов, В. В. Гевко, В. А. Глазков, В. А. Дашко, Є. О. Дідоренко, Є. А. Доля, І. М. Доронін, В. І. Зажицький, С. Ю. Ільченко, Ю. П. Кобець, Є. Г. Коваленко, І. П. Козьяков, В. А. Колеснік, С. А. Кириченко, А. О. Ляш, В. Т. Маляренко, В. І. Ніндіпова, М. А. Погорецький, Б. Г. Розовський, В. Б. Рушайло, В. А. Селюков, І. В. Сервецький, В. М. Тertiшник, А. Г. Цветков, М. Є. Шумило та інші. У роботах названих авторів досить ґрунтовно досліджувалась проблематика співвідношення гласних та негласних дій уповноважених суб'єктів щодо отримання інформації про підготовлювані та вчинені злочини з метою їх припинення та розкриття, а також використання відомостей, здобутих оперативним шляхом, у доказуванні по кримінальних справах. Проте враховуючи докорінні зміни кримінально-процесуального законодавства України, існуючі законотворчі ініціативи й тенденції, проблеми співвідношення гласних та негласних методів здобуття інформації в інтересах кримінального судочинства набувають неабиякої **актуальності** та потребують додаткового аналізу. Відповідно **метою** статті є дослідження проблем кримінально-процесуальної регламентації провадження на досудовому розслідуванні кримінальних правопорушень негласних оперативних дій.

**Виклад основного тексту.** Динамічні зміни, які відбуваються за останні десятиліття в суспільному житті, та відповідно, у законодавстві, що регулює ті чи інші сфери суспільних відносин, сприяють посиленню інноваційних процесів у розбудові вітчизняного права. Ці тенденції передусім обумовлюються шаленими темпами інформатизації й технізації суспільства. Розвиток технологій, а разом з ним засобів комунікацій, що також активно використовуються у протиправній діяльності, вимагає розробки ефективної системи протидії як на рівні відповідних технічних можливостей правоохоронних органів, так і на рівні нормативно-правового забезпечення їх застосування. У зв'язку з цим актуальна колись тема співвідношення оперативно-розшукової та кримінально-процесуальної діяльності повагом відходить у небуття, об'єктивно існуючі передумови реформування системи кримінального переслідування передусім спрямовані на її оптимізацію шляхом поєднання у досудовому розслідуванні кримінальних правопорушень гласних та негласних методів здобуття інформації. Враховуючи ріст латентної злочинності, використання окремими

суб'єктами у протиправній діяльності засобів спеціальної техніки, виникає необхідність розробки адекватної системи протидії з боку правоохоронних органів з метою забезпечення належного рівня правопорядку в державі, захисту законних інтересів особи, суспільства та держави від протиправних посягань.

Сама ідея безпосереднього використання у розслідуванні кримінальних справ оперативних засобів абсолютно не нова, незважаючи на те, що як для пересічних громадян, так і для багатьох фахівців-практиків прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України стало певною несподіванкою. Правова свідомість більшості юристів, вихована на радянській правовій доктрині, довгий час не дозволяла сприймати негласні методи здобуття інформації про підготовлювані або вчинені злочини як адекватні і правомірні дії з боку правоохоронних органів держави. Ця проблема бере витоки з того, що радянський кримінальний процес мав абсолютно іншу конфігурацію та не визнавав існування оперативно-розшукової роботи як офіційної державно-владної діяльності. Легендована десятками років прозорість розслідування кримінальних справ, високого рівня захисту прав і свобод людини у радянському кримінально-процесуальному провадженні насправді не відповідала задекларованим ідеям, оскільки оперативно-розшукова діяльність в радянський період існування України велась уповноваженими суб'єктами у порядку, регламентованому таємними відомчими нормативними актами, а результати використовувались у кримінально-процесуальному провадженні шляхом так званої «легалізації», тобто уведення до сфери доказування інформації, здобутої оперативним шляхом через «процесуальні» засоби (наприклад, негласний огляд — обшук, допит свідка). Існування таких подвійних стандартів у правовій моралі розслідування кримінально караних діянь мало передумовою низку історичних процесів, серед яких, зокрема, відмова від усталених у 30–50 рр. минулого століття методів ведення досудового розслідування із використанням гласних і негласних засобів отримання інформації як «репресивних», що дістало безпосереднє відображення у змісті Кримінально-процесуального кодексу УРСР 1961 року. Але ж бо, як свідчить історичний досвід, аморальними та беззаконними є не самі приховані методи здобуття інформації в інтересах розслідування злочинів, а те, яким чином і з якою метою вони застосовуються. Аналіз зарубіжного законодавства провідних демократичних країн, зокрема США, Англії, Франції, ФРН вказує на те, що світовим ліберальним суспільством приховані методи здобуття інформації про підготовку та вчинення злочинів визнаються цілком демократичними і цивілізованими [3]. Належний рівень правової регламентації, високі гарантії законності, що є передумовами проведення низки правообмежувальних дій, таких як акустичний контроль та відеоспостереження, контроль телефонних переговорів, телеграфно-поштової кореспонденції тощо, дозволяють суспільній свідомості сприймати такий інструментарій правоохоронної діяльності як запоруку забезпечення правопорядку в державі та захисту прав і свобод людини і громадянина, а не як аморальне втручання в приватне життя.

Поступова зміна правосвідомості щодо значення оперативних дій у виявленні, розкритті та припиненні злочинів спостерігається в пострадянський період

існування країн СНД. Зокрема, на теренах України це виявилось у наданні офіційного статусу оперативно-розшуковій діяльності через її законодавчу регламентацію, потім через певні кроки законодавця по «процесуалізації» оперативно-розшукової діяльності (ч. 2 ст. 65, ст.ст. 187, 187–1 КПК України). Аналогічна тенденція більш-менш виражено спостерігалася на всьому пострадянському просторі, на що вказує популяризація кримінально-процесуальних норм, що регламентують отримання у кримінальних справах відомостей, здобутих оперативним шляхом, у законодавстві низки країн СНД. Прийняття в Україні нового Кримінального процесуального кодексу відкрило новий етап у правовому регулюванні досудового розслідування на території усього пострадянського простору, оскільки він вбирає в себе увесь прогресивний світовий досвід організації діяльності державних органів із протидії злочинам та встановлює детальну правову регламентацію провадження як гласних, так і негласних слідчих (розшукових) дій, направлених на їх розслідування.

Главою 21 Кримінального процесуального кодексу України закріплено систему та порядок провадження негласних слідчих (розшукових) дій, до яких належать аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, зняття інформації з електронних інформаційних систем, накладення арешту на кореспонденцію, її огляд та виїмка, аудіо-, відеоконтроль місця, контроль за вчиненням злочину, виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження, встановлення місцезнаходження радіоелектронного засобу, негласне обстеження публічно недоступних місць, житла та іншого володіння. У ході провадження вказаних дій можуть використовуватись відносини конфіденційного співробітництва та несправжні (імітаційні) та ідентифіковані (помічені) засоби. Аналіз змісту правових норм, що встановлюють порядок провадження вказаних негласних слідчих (розшукових) дій, говорить про те, що усі вони можуть здійснюватись лише негласним шляхом та із застосуванням засобів, притаманних власне агентурно-оперативній діяльності, тобто спеціальних технічних засобів фіксації інформації, через залучення осіб, що сприятимуть у проведенні таких негласних слідчих дій на конфіденційній основі, а також кваліфікованих співробітників спеціальних підрозділів правоохоронних органів, які сприятимуть у їх підготовці та проведенні. Згідно встановленого КПК України порядку, проведення негласних слідчих (розшукових) дій допускається у виняткових випадках та за умови, що іншим способом отримати інформацію неможливо, та майже у всіх випадках з дозволу слідчого судді. Нормами процесуального закону встановлені граничні строки та порядок їх провадження, а також документування отриманих результатів. Слід підкреслити, що проведення переважної більшості негласних слідчих (розшукових) дій здійснюватиметься лише у кримінальному провадженні виключно щодо тяжких та особливо тяжких злочинів. Виняток складатимуть лише установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу та виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, регламентовані, відпо-

відно, ст.ст. 268, 272 КПК України. Відомості, здобуті внаслідок провадження негласних слідчих (розшукових) дій, підлягають фіксації та використовуються у доказуванні по кримінальних справах нарівні з доказами, здобутими гласним шляхом.

Враховуючи досвід правового регулювання оперативно-розшукової діяльності, КПК України встановлює окремий порядок провадження негласних слідчих (розшукових) дій у невідкладних випадках. Зокрема, ст. 250 КПК України закріплює, що у випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей і майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, а також запобіганням вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину, негласна слідча (розшукова) дія може бути розпочата до постановлення ухвали слідчого судді за рішенням слідчого, узгодженого з прокурором, або прокурора. Одразу після початку такої негласної слідчої (розшукової) дії прокурор зобов'язаний невідкладно звернутися з відповідним клопотанням до слідчого судді, що розглядає таке клопотання у порядку, визначеному законом. Якщо слідчий суддя постановить ухвалу про відмову в наданні дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, їх виконання повинно бути негайно припинено, а інформація, отримана внаслідок такої негласної слідчої (розшукової) дії, знищується під контролем прокурора.

Оскільки в історії України нормативний документ, який так докладно регламентує порядок провадження оперативних дій, направлених на конспіративне здобуття відомостей про підготовлювані та вчинені злочини, приймається вперше, аналіз його положень заслуговує на особливу увагу. Не потребує додаткових роз'яснень те, що по своїй сутності закріплені у главі 21 КПК України негласні слідчі (розшукові) дії є оперативними заходами. Використана законодавцем назва «негласні слідчі (розшукові) дії», як і підсумки загального аналізу глави 21 КПК України, вказують на те, що передбачені оперативно-розшуковим законодавством оперативні заходи набули статусу слідчих дій, які можуть здійснюватися як з метою розслідування кримінальних правопорушень, так і розшуку осіб, що їх вчинили. Та навіть більше, аналізуючи Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» № 2135 можна дійти висновку, що новий Кримінальний процесуальний кодекс України містить набагато більш широкий досконалий в плані правової регламентації перелік дій, що можуть проводитися уповноваженими суб'єктами з метою розкриття злочинів [4, ст. 303]. Зокрема, у кримінальному процесуальному законі з'явилися невідомі до того відкритим законодавчим актам України норми, що закріплюють правову процедуру організації дій зі встановлення місцезнаходження радіоелектронного пристрою, зняття інформації з електронних інформаційних систем, негласного отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження тощо. Абсолютно новою в вітчизняному законодавстві є норма, яка у формі проведення спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину регламентує провадження такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину. Слід зауважити, що опису чи наукового аналізу переважної більшості із наведених негласних слідчих дій не викладено у

коментарях до законодавства чи в спеціальній юридичній літературі. З огляду на це, нормативне закріплення у кримінально-процесуальному законодавстві негласних слідчих (розшукових) дій передусім потребує глибоких теоретичних досліджень та науково-практичного коментування з метою правильного застосування його норм, а також ревізії традиційних поглядів на формування окремих інститутів кримінального судочинства, що, як наслідок, трансформує кримінально-процесуальну науку в її сучасному вигляді.

Уведення до кримінально-процесуального закону негласних слідчих (розшукових) дій викликає неоднозначну реакцію з боку наукового світу, а також працівників практичних підрозділів. Основними контраргументами процесуалістів-теоретиків може виступати те, що кримінальне судочинство не може здійснюватися негласними методами, оскільки в такому разі важко буде гарантувати особі, що є об'єктом кримінального переслідування, забезпечення справедливого присуду. Представники оперативних і слідчих підрозділів, в свою чергу, можуть апелювати до того, що проведення негласних слідчих (розшукових) дій не завжди дає змогу належно зафіксувати ті відомості, що можуть скласти основу доказів по кримінальній справі, а також необхідність представлення до суду першоджерел доказів, наприклад, допиту працівника оперативного підрозділу, що виступав безпосереднім виконавцем негласних слідчих дій, передачі оригіналів носіїв інформації разом із спеціальними технічними засобами на експертизу та інші передбачені Кримінальним процесуальним кодексом положення, можуть призвести до розкриття форм та методів негласної оперативно-розшукової роботи правоохоронних органів, і як наслідок, втрати їх ефективності, або ж, іще гірше, створити безпосередню загрозу працівникам спеціальних підрозділів через виконання ними своїх професійних та процесуальних обов'язків. Безперечно, всі ці питання потребують вивчення, оскільки запровадження до системи досудового розслідування негласних слідчих (розшукових) дій радикально впливає не лише на порядок провадження у справах про кримінальні правопорушення, але й потребує суттєвого реформування внутрішньої організаційно-штатної структури окремих державних органів, що виконують правоохоронну функцію, перепідготовки особового складу їх спеціальних та слідчих підрозділів, а також зміну системи підготовки юридичних кадрів в цілому. Проте, незважаючи на певні труднощі, варто звернути увагу на суттєві позитивні здобутки нового Кримінального процесуального закону. Передусім, введення його в дію створить передумови до зростання ефективності розкриття та розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів, оскільки досудове розслідування здійснюватиметься шляхом провадження гласних і негласних дій, направлених на збирання доказів, що зосередить в руках слідчого весь передбачений законом інструментарій розкриття злочинів. Уведення до системи досудового розслідування негласних слідчих (розшукових) дій забезпечить можливість слідчому самостійного прийняття рішень щодо того, які передбачені законом оперативні заходи необхідно застосувати з метою розкриття та розслідування злочину, що не забезпечувалось попереднім кримінально-процесуальним законом. Також як позитивне варто розглядати те, що суттєво



зменшиться масштаб проблем взаємодії слідчих і оперативних підрозділів на досудовому розслідуванні злочинів, оскільки згідно положень нового кримінального процесуального закону суб'єктом провадження негласних слідчих дій виступатиме слідчий, прокурор, а оперативний підрозділ лише може виконувати доручення на їх проведення (ст. 41 КПК України). Встановлений порядок дозволить уникнути суб'єктивізму оцінки результатів негласних слідчих (розшукових) дій, втрати чи викривлення відомостей, що можуть скласти основу доказування в кримінальній справі, та забезпечить максимальну оперативність рішень органу досудового розслідування щодо планування інших процесуальних дій у кримінальному провадженні.

Проте, незважаючи на те, що доцільність, наукова і практична обґрунтованість об'єднання гласних і негласних методів роботи правоохоронних органів у розкритті та розслідуванні злочинів на сьогодні вже не викликає сумнівів, проблема розмежування сфери ведення оперативно-розшукової діяльності та досудового розслідування кримінальних справ лишається актуальною. На наш погляд, надаючи широкі повноваження компетентним органам у досудовому розслідуванні вчинених злочинів, не варто обмежувати можливості оперативних підрозділів, які покликані передусім не тільки розкривати злочини, але й виявляти ознаки злочинних діянь на самих ранніх етапах їх підготовки з метою їх попередження та профілактики.

Враховуючи зміст норм, що встановлюють зміни і доповнення до ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», труднощі у забезпеченні ефективності ведення оперативно-розшукової діяльності створюватимуть зміни у порядку здійснення прокурорського нагляду за провадженням оперативно-розшукових заходів. Зокрема, відповідно доповнень до ч. 2 ст. 8 Закону, керівник відповідного оперативного підрозділу або його заступник будуть зобов'язані повідомити прокурора щодо прийнятого рішення про проведення оперативно-розшукових заходів, навіть тих, що не потребують дозволу слідчого судді або рішення прокурора. За такого правового регулювання втрачається можливість конспіративності ведення оперативно-розшукової діяльності і оперативності виконання прийнятих рішень. Також аналіз приписів п. 17 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» у новій редакції щодо права «створювати та використовувати заздалегідь ідентифіковані (помічені) або несправжні (імітаційні) засоби згідно з положеннями ст. 273 КПК України» дає підстави для висновку про те, що «спеціально утворені підприємства, установи, організації» можуть створюватися виключно на час конкретного досудового розслідування для використання при проведенні негласних слідчих дій з метою вирішення завдань кримінального судочинства. Запропонована редакція норми здається вкрай нелогічною, оскільки організаційні структури прикриття (підприємства, установи, організації тощо) створюються саме для забезпечення негласного проведення заходів. При цьому процес їх створення потребує матеріальних затрат, є досить складним і довготривалим, внаслідок чого він, насамперед, з огляду на принципи конспірації, не може обмежуватися лише строком проведення конкретного досудового провадження [2, с. 243–249].

Глибокого науково-теоретичного аналізу потребує запропонована КПК України система негласних слідчих (розшукових) дій, порядку їх організації, нормативно-правового регулювання, документування та використання отриманих за ними результатів, оскільки під час аналізу відповідних норм кодексу виникає досить багато запитань щодо порядку їх застосування. Зокрема, підсумки аналізу ч.1 ст. 41 КПК України свідчать, що негласні слідчі (розшукові) дії на виконання письмового доручення слідчого або прокурора у кримінальних провадженнях про вчинений злочин повинні виконуватися оперативними підрозділами без заведення оперативно-розшукової справи, безпосередньо в рамках досудового розслідування. Тут виникатиме питання, яким чином оперативними підрозділами без заведення оперативно-розшукової справи здійснюватиметься планування та документування по своїй суті оперативно-розшукових дій, направлених на розкриття злочину, адже в цілому це може негативно впливати як на прийняття управлінських рішень в ході їх провадження, так і контроль за цією діяльністю.

Згідно КПК України, метою провадження негласних слідчих (розшукових) дій є отримання та фіксація інформації про злочини та осіб, що їх вчинили. В установленому процесуальним законом порядку ці відомості підлягають документуванню з метою вирішення завдань досудового розслідування та подальшого використання у доказуванні щодо наявності чи відсутності у діях окремих осіб складу злочину, його мети та мотивів, обставин та обстановки вчинення, встановлення винних та вирішення питання про визначення міри їх юридичної відповідальності та з'ясування інших обставин, що мають значення у справі. Кримінальний процесуальний закон визначає порядок фіксації результатів негласних слідчих (розшукових) дій та говорить, що за результатами їх проведення складається протокол, інформація фіксується на матеріальні носії, окрім того, їх провадження може документуватися за допомогою технічних засобів. Ст. 256 КПК України регламентує використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій та вказує, що протоколи щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій, аудіо- або відеозаписи, фотознімки, інші результати, здобуті за допомогою застосування технічних засобів, вилучені під час їх проведення речі і документи або їх копії можуть використовуватися в доказуванні на тих самих підставах, що і результати проведення інших слідчих (розшукових) дій. Тут, на наш погляд, труднощі викликатиме встановлений КПК України порядок документування результатів негласних слідчих дій, передусім тому, що законодавством не встановлено, якими додатками до протоколів будуть закріплені результати провадження окремих слідчих дій. Також ч. 3 ст. 252 України вказує, що протоколи за результатами проведення негласних слідчих (розшукових) дій разом з додатками протягом 24 годин із моменту їх закінчення повинні передаватися прокуророві, що не завжди є реальним терміном. Наприклад, відповідно КПК України, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, залежно від строків провадження справи, може тривати декілька місяців. Інформація, яка накопичується за цей час, навіть якщо буде своєчасно опрацьовуватись слідчим, просто фізично

не може бути оформлена протоколом за такий короткий проміжок часу (ст. ст. 252, 265 КПК України).

Обов'язок збереження протоколів проведення негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них, згідно ст.ст. 259, 265 КПК України, законодавець покладає на прокурора, який повинен вжити для цього необхідних заходів. Передусім, реалізація прокурором таких повноважень може відбуватись за умови їх чіткої правової регламентації. Тобто певними нормативними актами повинно бути закріплено порядок витребування прокурором матеріальних носіїв, що складаються за результатами негласних слідчих (розшукових) дій у їх виконавців, а також повинні бути забезпеченими реальні матеріальні та технічні можливості прокуратури по виконанню цих функцій, забезпеченню захисту від розголошення відомостей, отриманих внаслідок проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Водночас, як вже зазначалося, новий Кримінальний процесуальний закон України містить низку положень, які удосконалюватимуть нормативно-правову регламентацію діяльності із розкриття та розслідування злочинів, зокрема, вирішують неврегульовані до того на законодавчому рівні проблеми взаємодії органів держави, що виконують правоохоронну функцію. Передусім, варто звернути увагу на те, що у ході провадження негласних слідчих (розшукових) дій органи досудового розслідування можуть отримувати інформацію про вчинення злочинів, розкриття та розслідування яких не належить до їх компетенції. З метою забезпечення реалізації функцій кримінального судочинства ця інформація не повинна бути втрачена, а передана компетентним суб'єктам для перевірки та реагування. З огляду на це ст. 257 КПК України містить норму, яка вказує, що передання інформації, одержаної внаслідок проведення негласних слідчих (розшукових) дій, здійснюється тільки через прокурора, таким чином визначаючи правовий порядок взаємодії різних суб'єктів у діяльності із розкриття та розслідування злочинів.

**Висновки.** Діюча система кримінальної юстиції не повною мірою відповідає потребам сучасної правоохоронної діяльності в Україні та не забезпечує належного стану правопорядку, ефективного захисту осіб, суспільства та держави від суспільно-небезпечних посягань. Враховуючи викладене, на часі виникла об'єктивна потреба її перебудови, яка розпочалася із зміни законодавства, що встановлює засади кримінального судочинства на Україні. У контексті прийнятих змін передусім зазнали перетворень основні функції суб'єктів кримінального судочинства, зокрема, досудове розслідування кримінальних правопорушень за новим КПК України здійснюватиметься шляхом провадження гласних і негласних слідчих (розшукових) дій, що фактично забезпечує процесуалізацію оперативно-розшукової діяльності.

Глибока нормативно-правова регламентація кожної із негласних слідчих (розшукових) дій, установлення повноцінного прокурорського нагляду та судового контролю за їх здійсненням, передбачені законом гарантії ознайомлення зацікавлених сторін з результатами їх провадження є безперечними доказами того, що негласні слідчі (розшукові) дії не можуть виступати інструментом безпідставного кримінального переслідування, адже передбачений законом порядок їх

організації та здійснення реально забезпечує широкий контроль за дотриманням їх законності як з боку держави, так зі сторони об'єкта переслідування. Отримані внаслідок провадження негласних слідчих (розшукових) дій відомості можуть стати доказами у кримінальному провадженні винятково за рішенням суду на стадії судового розгляду, після попередньої їх перевірки та оцінки прокурором.

Водночас внесені у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України зміни й доповнення до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» ускладняють її ведення передбаченими законом суб'єктами. Передусім у оперативно-розшуковому законі невирішеною лишилася проблема системи оперативно-розшукових заходів, порядку реалізації окремих передбачених законом прав оперативних підрозділів. Відсилочні норми, що встановлюють порядок організації окремих оперативно-розшукових заходів у інтересах досудового розслідування, з метою протидії розвідувально-підривному посяганням спеціальних служб іноземних держав проти України, вносять плутанину і перешкоджають адекватному розумінню положень закону. Удосконалення нормативно-правового регулювання потребують й окремі положення КПК України, зокрема ті, що встановлюють порядок документування результатів негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх матеріалів у кримінальному провадженні. Підсумовуючи викладене, слід дійти висновку, що тільки системний підхід до реформування оперативно-розшукового та кримінального процесуального законодавства забезпечить гармонійне поєднання норм відповідних законодавчих актів, що сприятиме удосконаленню державної діяльності із протидії злочинності та вирішенню завдань кримінального судочинства у масштабах усієї країни, а внесення змін до законодавства повинно відбуватися з урахуванням результатів наукових досліджень, проведених за цим напрямом, та за широкої участі представників зацікавлених відомств.

### Література

1. Указ Президента України № 311/2008 від 8 квітня 2008 року «Про затвердження рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів» [Електронний ресурс] / Режим доступу зі сторінки: <http://webcache.googleusercontent.com>.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України [текст]: — К.: «Центр учбової літератури». — 2012. — 292 с.
3. Молдаван А. В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, Франція, Англія, США: Навчальний посібник / А. В. Молдаван. — К.: Центр навчальної літератури, 2005. — 352 с.
4. Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» // Відомості Верховної Ради України. — К. — 1992. — № 22. — Ст. 303.

### Анотація

**Глушков В. О., Білічак О. А.** Процесуалізація оперативно-розшукової діяльності у контексті реформування кримінально-процесуального законодавства України. — Стаття.

У науковій статті проаналізовано науково-практичні проблеми процесуалізації оперативно-розшукової діяльності за новим Кримінальним процесуальним кодексом України.

**Ключові слова:** негласні слідчі (розшукові) дії, досудове розслідування, оперативно-розшукові заходи.

### Аннотация

*Глушков В. А., Биличак А. А. Процессуализация оперативно-розыскной деятельности в контексте реформирования уголовно-процессуального законодательства Украины. — Статья.*

В статье проанализированы научно-практические проблемы процессуализации оперативно-розыскной деятельности в контексте принятия нового Уголовного процессуального кодекса Украины.

*Ключевые слова:* негласные следственные (розыскные) действия, досудебное расследование, оперативно-розыскные мероприятия.

### Summary

*Glushkov V. O., Bilichak O. A. Proceduralizing operative crime detection activities in the context of reforming the criminal procedure legislation of Ukraine. — Article.*

The article analyzes the theoretical and practical problems of operational and investigative activities in the context of the adoption of the new Criminal Procedure Code of Ukraine.

*Keywords:* secret consequence (search) actions, pre-trial investigation, operative-search measures

УДК 343.23

*Н. А. Мирошниченко*

## УГОЛОВНЫЕ ПРАВОНАРУШЕНИЯ И МАЛОЗНАЧИТЕЛЬНОСТЬ ДЕЯНИЯ

Впервые категория малозначительности деяния появилась в 1925 году в уголовно-процессуальном законодательстве (ст. 4-а УПК), спустя год это понятие вошло в уголовное законодательство в виде примечания к статье 6 УК РСФСР 1926 года, уже как норма материального права. Обращалось внимание на то, что деяние не может признаваться общественно опасным вследствие своей незначительности, маловажности и ничтожности своих последствий.

В уголовном кодексе Украины 1960 года понятие малозначительности деяния было закреплено в ч. 2 ст. 7 УК. Затем, при создании теоретической модели УК, норма о малозначительности деяния переместилась в раздел об обстоятельствах, исключающих преступность деяний (1987 год), поскольку малозначительность деяния, внешне схожего с преступлением, предполагала не преступность деяния. Однако такое решение не бесспорно, поскольку по своему содержанию эта норма конкретизирует степень общественной опасности деяния, а также позволяет разграничить преступное деяние от не преступного.

В действующем уголовном законодательстве Украины (УК 2001 года), наряду с понятием преступления (ч. 1 ст. 11 УК), закреплено положение о том, что не является преступлением действие или бездействие, которое хотя формально и содержит признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным кодексом, но в силу малозначительности не представляет общественной опасности (ч. 2 ст. 11 УК). Таким образом, законодатель, признав деяние формально содержащим признаки преступления, тем не менее указывает на отсутствие преступления, поскольку деяние не причинило и не могло причинить существенного вреда физическому

или юридическому лицу, обществу или государству. Малозначительность деяния является основанием для непризнания совершенного деяния преступлением.

Если деяние содержит все признаки преступления, то, очевидно, что оно содержит и такой признак, как общественная опасность. Однако если степень общественной опасности незначительная, то деяние признается малозначительным, оно не содержит той общественной опасности, которая является типичной для преступления. Степень общественной опасности категория оценочная, присущая различным видам правонарушений.

Преступление один из видов правонарушений, но не единственный, в связи с этим возникает вопрос, если малозначительное деяние не является преступлением, то к какому виду правонарушений его можно отнести.

В связи с реформированием уголовного и уголовно-процессуального законодательства необходимо разрешить вопрос о малозначительности деяния, представляется нецелесообразным сохранять это понятие в УК Украины.

Итак, если малозначительное деяние не является преступлением, то, очевидно, должна идти речь об ином правонарушении, внешне схожим с преступлением. Это может быть уголовный, административный или дисциплинарный проступок. Например, мелкое хищение или мелкое хулиганство обладают определенной степенью общественной опасности, но эта опасность незначительна, поскольку они не способны причинить существенный вред охраняемым законом общественным отношениям, соответственно собственности или общественному порядку. Поэтому законодатель относит их не к преступлениям, а к иным правонарушениям, по действующему законодательству это административные правонарушения (проступки). Отсутствие существенного вреда при злоупотреблении властью или служебным положением исключает возможность привлечения лица к уголовной ответственности за преступление, предусмотренное ст. 364 УК. Такое деяние по своей юридической природе, даже при формальном сходстве с преступлением, является должностным проступком.

Наряду с административным и дисциплинарным проступком необходимо выделить и уголовный проступок как самостоятельный вид уголовного правонарушения. В период действия УК 1960 года был подготовлен проект кодекса об уголовных проступках (1973 год), однако идея его создания не нашла поддержки и он не был принят. Уголовное законодательство ряда зарубежных стран подразделяет преступные деяния на три категории: нарушения, проступки и преступления. В теоретической модели УК предлагалось признать уголовным проступком категорию преступлений, не представляющих большой общественной опасности, что не совсем точно определяло эту правовую категорию. Проступок как уголовно-правовая категория должен войти в уголовное законодательство Украины как самостоятельная категория уголовных правонарушений. Поэтому предлагаем внести изменения в УК Украины, а именно: ст. 11 УК целесообразно назвать «Уголовные правонарушения и их виды»; определить понятия преступления и уголовного проступка как видов уголовных правонарушений.

Уголовный проступок как вид уголовных правонарушений отличается от преступления тем, что при внешней схожести с преступлением его об-

публичная опасность незначительна, поскольку он не способен причинить существенного вреда охраняемым законом отношениям. Определяя понятие уголовного проступка, следует обратить внимание на его признаки и правовые последствия признания общественно опасного деяния уголовным проступком. Основное отличие преступления от уголовного проступка следует усматривать в степени общественной опасности. Уголовному проступку присуща незначительная степень общественной опасности, он не способен причинить существенный вред охраняемым законом отношениям. Кроме того, за совершение уголовного проступка не должно быть назначено наказание, связанное с лишением или ограничением свободы. А также существенной особенностью уголовного проступка, отличающего его от преступления, является то, что осуждение лица за уголовный проступок не должно влечь за собой такого негативного правового последствия, как судимость. В новом уголовно-процессуальном кодексе Украины предусмотрен упрощенный порядок досудебного расследования уголовных проступков (глава 25 УПК 2012 года).

Предлагаем определить уголовный проступок как вид уголовного правонарушения, обладающий пониженной степенью общественной опасности, за который может быть назначено наказание, не связанное с лишением или ограничением свободы, а именно: штраф, общественные работы, исправительные работы, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, и не влекущий за собой судимости.

По степени общественной опасности уголовный проступок займет промежуточное положение между преступлением и административным правонарушением. К категории уголовного проступка должны быть отнесены некоторые виды преступлений небольшой тяжести и некоторые виды административных правонарушений. Критерием их разграничения будет служить степень общественной опасности и типовая санкция. Таким образом, малозначительность деяния, исключающая признание деяния преступным, может быть присуща иным правонарушениям, например административному, дисциплинарному, а также уголовному проступку.

Кроме количественной характеристики (степени общественной опасности), необходимо учитывать и качественную характеристику деяния (характер общественной опасности). Преступления, совершенные по неосторожности, при наличии одинаковых последствий, являются менее общественно опасными, чем умышленные преступления. Уголовное законодательство Украины стоит на позициях субъективного вменения. Поэтому если действия лица были направлены на причинение существенного вреда охраняемым законом общественным отношениям, но фактический вред оказался малозначительным либо вообще не наступил по независящим от виновного причинам, содеянное следует квалифицировать как неоконченное преступление (приготовление или покушение), т. е. по направленности умысла.

Наряду с введением в УК Украины понятия уголовного проступка необходимо внести изменения и в классификацию преступлений (ст. 12 УК). Так, преступлением небольшой тяжести следует признавать деяние, обладающее не-

большой степенью общественной опасности, за которое может быть назначено наказание в виде штрафа, ареста, ограничения свободы или лишения свободы сроком до двух лет. За преступления средней тяжести возможно назначение наказаний в виде штрафа, ограничения или лишения свободы сроком до 5 лет. Тяжкие и особо тяжкие преступления в типовой санкции должны содержать лишь такой вид наказания, как лишение свободы, соответственно за тяжкие преступления — до 10 лет лишения свободы, а за особо тяжкие преступления — свыше 10 лет лишения свободы либо пожизненное лишение свободы. Последние две категории преступлений (тяжкие и особо тяжкие), обладающие повышенной степенью общественной опасности, не должны допускать применения штрафа как основного вида наказания, поскольку этот вид наказания является наименее суровым и может быть применен лишь за преступления небольшой или средней тяжести, как альтернатива другим видам наказания. В отношении же тяжких и особо тяжких преступлений штраф может быть лишь дополнительным видом наказания, назначаемым наряду с основным видом наказания — лишением свободы.

Институт уголовных проступков прежде всего должен быть закреплен в нормах Общей части УК, поскольку он тесно связан с понятием преступления, классификацией преступлений, а также с другими институтами Общей части УК.

Не совсем понятна позиция Швеца В. Д., автора одного из проектов Закона «Об уголовных проступках», который предлагает основанием уголовной ответственности считать совершенное лицом общественно опасное деяние, содержащее «состав уголовного правонарушения или уголовного проступка», очевидно, должна идти речь об уголовном правонарушении, либо о его видах: преступлении и уголовном проступке, поскольку, как это вытекает из смысла закона, уголовный проступок является одним из видов уголовного правонарушения. Кроме того, автор проекта указывает на то, что «не является уголовным правонарушением действие или бездействие, формально содержащее признаки уголовного правонарушения, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности», т. е. деяние, которое не причинило и не могло причинить ущерба физическому или юридическому лицу, обществу или государству. Как указывалось ранее, нет необходимости в закреплении такого понятия, как малозначительность деяния, тем более в такой редакции. Отсутствие «существенного вреда» или угрозы его причинения исключает признание деяния преступлением, но при этом оно может быть признано проступком. Малозначительность деяния как правовая категория должна быть исключена из уголовного законодательства.

Авторы второго проекта закона об уголовных проступках (Стретович В. М., Головатый С. П., Притыка Д. М.) попытались дать понятие уголовного проступка, но не определили критериев разграничения его с преступлением. В их проекте отсутствует статья о классификации преступлений. Проблема уголовного проступка, решаемая в рамках уголовного законодательства, тесно связана с понятием преступления, классификацией преступлений и другими институтами уголовного права, поэтому и эти нормы должны претерпеть определенные изме-



нения. Разделяем мнение авторов проекта о том, что неоконченный уголовный проступок, на стадии приготовления или покушения, не должен влечь уголовной ответственности. Однако не можем согласиться с предложением о применении к несовершеннолетним, совершившим уголовный проступок, таких основных видов наказаний, как штраф или лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью. К несовершеннолетнему, не имеющему самостоятельного дохода, собственных денежных средств или имущества, на которое может быть обращено взыскание, штраф не применяется. В отношении второго вида наказания, также трудно представить, о лишении каких должностей, занимаемых несовершеннолетними, может идти речь. Представляется, что к несовершеннолетним, впервые совершившим уголовный проступок, должны применяться лишь принудительные меры воспитательного характера.

«Расчистив» уголовный кодекс от малозначительных деяний, их следует перевести в категорию проступков, изменится определение преступления и его классификация. Граница между преступным и непроступным деянием должна быть установлена на законодательном уровне, а не передаваться на усмотрение органов, осуществляющих правосудие. Уголовное законодательство должно претерпеть существенные изменения, для того чтобы соответствовать уголовной политике Украины на современном этапе, которая направлена на дальнейшую гуманизацию уголовной ответственности.

### Анотація

**Мирошніченко Н. А. Кримінальні правопорушення та малозначність діяння. — Стаття.**

У статті розглядаються проблеми співвідношення кримінальних правопорушень та малозначності діянь. Пропонується визначити на законодавчому рівні поняття кримінальних правопорушень та їх види, уточнити класифікацію злочинів, відмовитись від поняття малозначності діяння. Дана стисла характеристика кримінального проступку.

**Ключові слова:** кримінальні правопорушення та їх види (злочини та кримінальні проступки), інші правопорушення, малозначимість діяння, класифікація злочинів.

### Аннотация

**Мирошніченко Н. А. Уголовные правонарушения и малозначительность деяния. — Статья.**

В статье рассматриваются проблемы соотношения уголовных правонарушений и малозначительности деяний. Предлагается определить на законодательном уровне понятие уголовных правонарушений и их виды, уточнить классификацию преступлений, отказаться от понятия малозначительности деяния. Дана краткая характеристика уголовного проступка.

**Ключевые слова:** уголовные правонарушения и их виды (преступления и уголовные проступки), иные правонарушения, малозначительность деяния, классификация преступлений.

### Summary

**Miroshnichenko N. A. Criminal offences and insignificance of acts. — Article.**

The issues of interrelation of criminal offences and insignificance of acts are considered in the article. It is offered to define the notion of criminal offences and their types on the legislative level, to specify the classification of crimes, to abandon the concept of insignificance of an act. A brief description of a criminal misdemeanours is given.

**Keywords:** criminal offences and their types (crimes and criminal misdemeanours), other offences, classification of crimes, insignificance of an act.

## МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ БОРОТЬБИ ІЗ ЗАХОПЛЕННЯМ ТА ВБИВСТВОМ ЗАРУЧНИКІВ

*Актуальність* пропонованої статті обумовлена недостатньою міжнародно-правовою та національною регламентацією питань, пов'язаних з боротьбою із вбивством та захопленням заручників.

*Мета статті* визначити проблеми, які пов'язані з міжнародно-правовою регламентацією боротьби із вбивством та захопленням заручників та поглядів на проблеми розташування норм права по цій проблемі у Кримінальному кодексі України.

Міжнародне співробітництво на сучасному етапі характеризується значним розмаїттям своїх форм і знаходить конкретне вираження у прийнятті державами спільних рішень по найважливіших питаннях (підтримання миру та мирне співіснування, зовнішньоекономічні зв'язки та торгівля, охорона довкілля та протидія злочинності). Однією із актуальних проблем у міжнародній боротьбі зі злочинністю є протидія вбивствам, пов'язаним із захопленням заручників.

Згідно ст. 3 Загальної декларації прав людини кожна людина має невід'ємне право на життя, свободу та особисту безпеку. Наша держава приєдналася до зазначеного міжнародно-правового акту, тому, згідно ст. 9 Конституції України, він є частиною національного законодавства і реалізується саме через останнє. Серед інших соціальних цінностей, які ст. 3 Конституції України проголошує найвищими, першими названі життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека людини. Утвердження і забезпечення цих прав та свобод є обов'язком держави.

Перша спроба створити ефективний механізм боротьби з міжнародним тероризмом взагалі і з вбивством та захопленням заручників зокрема була здійснена ще у 1937 році. Результатом трирічної роботи комісії експертів Ради Ліги Націй стало прийняття Конвенції про попередження злочинів політичного характеру, які визначаються як акти політичного тероризму, та про встановлення покарання за них [1]. На жаль, у зв'язку із загостренням політичної ситуації у світі напередодні Другої світової війни Конвенція так і не набула чинності (з 23 держав — членів Ліги Націй, які її підписали, ратифікувала її тільки Індія).

Незважаючи на це, зазначений міжнародно-правовий акт містив ряд цікавих положень, які прямо стосуються питання, що розглядається. Наприклад, ст. 2 декларує, що кожна держава-учасниця зобов'язувалась включити до національного кримінального законодавства норми, які передбачали відповідальність за умисні дії, спрямовані на позбавлення волі голів держав, осіб, наділених повноваженнями голів держав, їх наступників (за спадком або за призначенням), осіб, які виконують державні функції чи обіймають державні посади на момент злочинного посягання, та їх подружжя. Такі дії за змістом

ст. 1 Конвенції є актом тероризму і їх, на нашу думку, можна кваліфікувати як захоплення заручників.

У другій половині XX сторіччя терористичні організації широко практикували захоплення як заручників (як для отримання викупу, так і у політичних цілях) іноземних дипломатів, представників міжнародних організацій (у Центральній та Південній, згодом у Північній Америці, Європі, на Близькому Сході), державних та політичних діячів. Найбільшого розголосу у Європі набули терористичні акти у Мюнхені у 1972 р. (захоплення олімпійської збірної Ізраїлю), у Відні у 1975 р. (захоплення делегатів засідання ОПЕК), викрадення прем'єр-міністра Італії Альдо Моро у 1978 р.

Природно, що країни світу, які частіше за інших страждали від подібних посягань, першими удалися до створення механізму міжнародного співробітництва у боротьбі із тероризмом. Саме тому першими діючими договорами, які передбачали заходи по протидії захопленню заручників, стали регіональні конвенції. Так, у 1971 р. на спеціальній сесії Генеральної асамблеї Організації американських держав у Вашингтоні була підписана Конвенція про попередження та покарання актів тероризму проти осіб та пов'язаного з цим вимагання, коли ці акти носять міжнародний характер [2]. Ст 2 Конвенції визначила викрадення осіб загальнокримінальним злочином незалежно від мотивів їх вчинення. Тому на осіб, обвинувачених або засуджених за даний злочин, згідно ст. 3 Конвенції розповсюджувався принцип «aut dedere aut judicare» — вони підлягали видачі на підставі відповідних договорів між державами-учасниками або кримінальному переслідуванню за національним законодавством. Варто зауважити, що учасником цієї Конвенції, окрім держав — членів Організації американських держав, може стати будь-яка інша держава, якій це буде запропоновано (ст. 9).

Захоплення заручників кваліфікується як злочин ще за деякими регіональними конвенціями. Зокрема, ст. 1 підписаної у Страсбурзі у 1977 р. Європейської конвенції по боротьбі із тероризмом встановила, що посягання на свободу осіб, які перебувають під захистом міжнародного права (у тому числі дипломати), замах чи співучасть у такому посяганні не будуть розглядатись як політичні злочини з метою видачі [3]. Більше того, кожна держава-учасник може з метою видачі не розглядати як політичний будь-який тяжкий злочин проти волі громадян (ст. 2).

Кваліфікує захоплення заручників (а також замах, змову з метою вчинення, співучасть, сприяння і — вперше у договірній практиці — рекомендації по вчиненню злочину) як тероризм і Конвенція, укладена державами Асоціації регіонального співробітництва Південної Азії (СААРК) у 1987 р. [4]. Крім цього, зазначена Конвенція закріплює конкретні форми співробітництва держав-учасників (консультації, обмін інформацією, у тому числі між спецслужбами, профілактичні заходи), що також є певною новацією для права міжнародних договорів у аспекті боротьби з міжнародним тероризмом.

Обидві вищезгадані регіональні конвенції є договорами закритого типу, спрямовані на невідворотне кримінальне переслідування винних осіб згідно

принципу «*aut dedere aut judicare*» («видай або суди»): вказані злочини визнаються неполітичними з метою видачі та здійснення правосуддя або для екстериторіальної юрисдикції національних судів у випадку, якщо видача не проводиться.

Зростаюче розповсюдження випадків захоплення заручників, висока суспільна небезпека таких актів та значні труднощі у протидії ним змусили світове співтовариство шукати більш ефективні шляхи виходу із становища, що склалося. У 1973 році у Нью-Йорку була підписана Конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом [5]. Хоч вона і не спрямовувалась безпосередньо на боротьбу із захопленням заручників, злочинами, які підпадають під її дію, визнані викрадення та інші посягання на волю осіб, які користуються міжнародним захистом, а так само погрози, спроби нападів та співучасть у них (ст. 2). Крім цього, кожна держава-учасник має передбачити в національному законодавстві покарання за такі злочини відповідно до їх тяжкого характеру.

У 1976 році під егідою Генеральної Асамблеї ООН був заснований спеціальний комітет для розробки єдиного міжнародно-правового акту про боротьбу із захопленням заручників (відповідний проект, який у роботі комітету був прийнятий за основу, був внесений на розгляд у 1977 році за ініціативою ФРН). Конвенція про боротьбу із захопленням заручників [6] була схвалена на 34-й сесії Генеральної Асамблеї ООН і відкрита для підписання у 1979 році.

Цей документ вперше дає визначення захоплення заручників як кримінального злочину міжнародного характеру. Згідно ст. 1 Конвенції, даним злочином визнається захоплення чи утримання особи, поєднане з погрозою вбивства, завдання тілесних ушкоджень чи подальшого утримання з метою примусити державу, міжнародну неурядову організацію, будь-яку фізичну чи юридичну особу чи групу осіб виконати чи утриматись від виконання певних дій як прямої чи непрямої умови для звільнення заручників, а також замах та співучасть у цьому. Основним принципом згаданої Конвенції також є невідворотність покарання незалежно від місця вчинення злочину та без будь-яких винятків. Поряд із цим ст. 9 передбачає можливість відмови у видачі, якщо є підстави вважати, що особу переслідують за її політичні погляди, расову, релігійну, національну чи етнічну приналежність, або якщо видача погіршує її становище.

Згадані конвенції у свій час відіграли певну позитивну роль, однак насправді ефективним інструментом у боротьбі із захопленням заручників вони в силу певних причин не стали. У наш час спостерігається нове зростання кількості випадків захоплення заручників, пов'язане із загостренням старих та виникненням нових конфліктів на національному, етнічному та релігійному підґрунті. Знову, як і чверть століття тому, ескалація насильства потребує міжнародно-правового втручання [10,11].

Предметом нашого дослідження також з'явилися норми Кримінального кодексу України, що регулюють порядок притягнення до кримінальної відповідальності за вбивство заручника і захоплення заручника, у тих випадках, коли наставали тяжкі наслідки.

Той факт, що вітчизняними вченими в області кримінології розробки даної проблематики ведуться вже не один рік, а також та обставина, що в практиці з'явилися випадки, коли злочинці намагаються досягти своїх цілей способом захоплення і знищення людей, підтверджує гостру необхідність наявності в Кримінальному кодексі самостійних норм права, що регулюють порядок притягнення до кримінальної відповідальності за дані злочини.

У цьому вигляді зміст п. 3 ч. 2 ст. 115 і ч. 2 ст. 147 КК України (далі: КК), редакції 2001 року, з'явилися для нас зовсім новими, раніше не досить дослідженими кримінально-правовими нормами [8, 9].

Даючи коментар до п. 3 ч. 2 ст. 115 КК, Законодавець під вбивством заручника розуміє умисне вбивство особи, що була викрадена (читаємо відкрито, з застосуванням чи без застосування насильства шляхом обману) з метою його подальшого утримання (позбавлення волі) і змушення держави, міжнародних організацій, фізичних чи юридичних осіб зробити чи утриматися від здійснення якої-небудь дії як умови звільнення заручника.

Модель передбачуваної злочинної події ймовірно може розвиватися по наступному сценарію. Визначена особа відкрито чи таємно, з застосуванням чи без застосування насильства, шляхом обману утримує людину, при цьому висуває вимоги до державних органів, громадських організацій, фізичним і юридичним особам виконати або утриматися від виконання конкретних зобов'язань. При цьому у випадку виконання визначених вимог особа, що узята у заручники, як одне з умов виконання висунутих вимог, буде звільнена. У випадку відмовлення зазначених органів виконати вимоги загарбника останній вбиває заручника.

Санкція за зазначений злочин передбачає позбавлення волі на термін від 10 до 15 років, або довічним позбавленням волі.

Коментар до статті 147 КК фактично містить той же самий зміст, лише тільки з тією різницею, що до захоплення як заручника розуміється спонукання родичів затриманої особи, державної чи іншої установи, фізичної чи службової особи до здійснення або стримування від здійснення якої-небудь дії як умови звільнення заручника.

Частина друга зазначеної статті, поряд з погрозою знищення людей, передбачає відповідальність у тих випадках, коли наступили тяжкі наслідки. До тяжких наслідків захоплення особи як заручника, поряд з іншими, наприклад поєднаними з погрозою знищення людей, Законодавець відносить загибель одного чи декількох осіб.

Відповідальність за даний злочин може виражатися у виді позбавлення волі на термін від 7 до 15 років.

З приводу диспозицій статей Кримінального кодексу за вбивство заручника і захоплення заручника (коли наступили тяжкі наслідки) можливо виникнути багато питань.

Наприклад, для чого в Кримінальному кодексі необхідно дві фактично ідентичні норми права, що передбачають відповідальність за фактично один і той же злочин. Чому навмисне вбивство заручника, ст. 115 КК розміщена в 2 Роз-

ділі Особливої частини (Злочину проти життя і здоров'я особи), а захоплення заручників, ст. 147 КК, Законодавець розташував у 3 Розділі (Злочини проти волі, честі і гідності особи). З якої причини по зазначених статтях передбачається неоднакова кримінальна відповідальність, адже наслідки настають однакові — смерть заручника. І останнє. Відповідно до п. 3 ст. 115 КК злочинець, вбиваючи заручника, діє тільки з прямим наміром, при захопленні заручника, коли настають тяжкі наслідки (смерть заручника) у злочинця може бути і прямої і непрямий умисел на настання наслідків, а це, можливо, дасть розширене поле при захисті злочинцю в суді між дією і настанням злочинних наслідків, з метою запобігання більш суворого покарання.

У зв'язку з тим, що науково-теоретичні розробки в даному напрямку і практичній апробації кримінально-правових норм за вбивство заручника і захоплення заручника тільки починаються, у юристів в області кримінального права з'явилося поле для науково-теоретичних досліджень.

Висновки. По результатах попереднього дослідження цієї проблеми автором встановлено, що на міжнародно-правовому та національному рівні питання боротьби із захопленням та вбивством заручників досліджено ще на недостатньому рівні. Деякі норми кримінального права з захопленням та вбивством заручників потребують наукового осмислення та правового корегування.

### Література

1. Док. ООН А/С. 6/418. — Доп. І. — С. 1–10.
2. Док. ООН А/С. 6/418. — Доп. V. — С. 1–4.
3. Europa-Archiv. — 1977. — № 6. — 5. 137–142/
4. Fifth SAARK Summit/ — Male-Maldives, 1990; Bangkok, 1991. — Р. 443–445.
5. ГА ООН. Официальные отчеты. 28-я сессия. — Доп. № 30 (А/9030). — Нью-Йорк, 1979. — С. 189–191.
6. Сборник международных договоров СССР. Вып. XLIII. — М., 1989. — С. 99–105.
7. Конституція України. Прийнята на V сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30.
8. Кримінальний кодекс України. К.: Парламентське в-во, 2001.
9. Кримінальне право України. Особлива частина / За ред. професорів М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. Київ — Харків: 2001.
10. Курс кримінології: Підручник: у 2 книгах / За ред. О. М. Джужи. К.: 2001.
11. Зелінський А. Ф. Кримінологія: Навчальний посібник. Харків: 2000.

### Анотація

**Сайчин О. С.** Міжнародно-правова регламентація боротьби із захопленням та вбивством заручників. — Стаття.

У статті досліджені деякі аспекти міжнародно-правової регламентації боротьби із захопленням та вбивством заручників. У роботі аналізовані кримінально-правові норми Кримінального кодексу України, які пов'язані з цим видом умисного вбивства, та деякі проблеми з правового тлумачення та розуміння цих норм права.

*Ключеві слова:* вбивство, заручник, захоплення, тяжкі наслідки, покарання.

## Анотація

**Саинчин А. С.** Международно-правовая регламентация борьбы с захватом и убийством заложников. — Статья.

В статье исследованы некоторые аспекты международно-правовой регламентации борьбы с захватом и убийством заложников. В работе проанализированы уголовно-правовые нормы Уголовного кодекса Украины, регламентирующие борьбу с указанным видом умышленных убийств и некоторые проблемы правового понимания и применения указанных норм права.

**Ключевые слова:** убийство, заложник, захват, тяжкие последствия, наказание.

## Summary

**Aleksandr Sainshin.** International legal protection regulation of androlepsy and murder hostages. — Article.

The feature investigation of murders: the ways of committing and concealment. In work some aspects features investigation of murders are surveyed, namely their that part reputes which committing treating a question of the way committing and way of concealment.

**Keywords:** murder, androlepsy, heavy consequences, punishment.

УДК 341.46:343.24-053.6

**Н. Л. Березовська**

## МІЖНАРОДНЕ СПІВРОБІТНИЦТВО У СФЕРІ ПОКАРАННЯ НЕПОВНОЛІТНІХ

**Постановка проблеми.** Міжнародне співробітництво у сфері покарання неповнолітніх засуджених має певну історію та охоплює досить тривалий період. Характерно, що ця проблема тісно пов'язана з питаннями поведінки з неповнолітніми правопорушниками, захистом їх прав та свобод. Результатом міжнародного співробітництва у зазначеній сфері стало прийняття ряду міжнародно-правових актів, присвячених виробленню рекомендацій у сфері поведінки із неповнолітніми злочинцями та їх покарання, що мають бути відображені у національному законодавстві.

**Ступінь наукової розробки проблеми.** Окремі аспекти проблеми міжнародно-правових стандартів застосування до неповнолітніх злочинців покарань у цілому висвітлені у роботах С. В. Бородіна, Є. Г. Ляхова, Е. Б. Мельника та інших вчених. Проблеми покарання постійно привертати увагу вітчизняних і зарубіжних юристів і практичних працівників. Серед них варто виділити роботи З. А. Астемірова, М. М. Бабаєва, Л. В. Багрій-Шахматова, А. М. Бандурки, М. І. Бажанова, І. М. Гальперіна, В. О. Глушкова, В. К. Грищука, Н. О. Гуторової, Т. А. Денисової, В. М. Дрьоміна, Г. В. Дровосекова, Г. І. Забрянського, І. І. Карпеця, В. О. Меркулової, Г. М. Миньковського, Н. А. Мирошніченко, О. Є. Наташева, І. С. Ноя, А. А. Піонтковського, В. Ф. Пірожкова, А. Х. Степанюка, М. О. Стручкова, В. М. Трубникова, А. П. Тузова, М. Д. Шаргородського, М. І. Хавронюка, Н. С. Юзікової та інших видатних вчених та практиків.

**Актуальність проблеми.** Але аналізу основних положень міжнародних документів застосування до неповнолітніх покарань у науковій літературі уваги присвячено мало. Тому не викликає сумнівів доречність звернення до проблеми міжнародного співробітництва у сфері застосування до неповнолітніх покарань.

**Метою** статті є висвітлення ключових моментів міжнародного законодавства щодо покарання неповнолітніх. Аналіз зазначеної проблеми дасть змогу частково зрозуміти положення чинного кримінального законодавства України та, сприйнявши основоположні засади міжнародного співробітництва у зазначеній сфері, впровадити їх у національне кримінальне законодавство. Це дозволить, зокрема, вдосконалити систему покарань неповнолітніх, підвищити ефективність кримінально-правового впливу на особистість неповнолітнього засудженого, сприятиме його виправленню та вихованню соціально-корисних якостей.

**Виклад основного матеріалу.** Перші спроби в організації спеціальних пенітенціарних закладів для неповнолітніх було зроблено в Німеччині й Голландії, починаючи з XVI ст. До XIX ст. під впливом громадського міжнародного руху за реформу законодавства ставлення до засуджених неповнолітніх змінювалося все більше й практика створення спеціальних закладів для них поширилася у багатьох країнах: Англії, США, Німеччині, Данії, Іспанії, Італії, Новій Зеландії, Норвегії, Португалії, Франції, Швейцарії, Швеції.

Характерною рисою функціонування цих закладів було те, що майже всі вони були справою приватної ініціативи, і лише у другій половині XIX ст. на діяльність таких установ пильну увагу починають звертати держави та їхні уряди. У XIX ст. всесвітню популярність одержали й стали зразком для наслідування Редгильська колонія в Англії, Метрійська — у Франції, «Суворий будинок» і «Ам-Урбан» — у Голландії, Бехтелейська колонія у Швейцарії, Ланкастерська виправна школа у Північно-Американських штатах [1, с. 16–17].

Ідеї об'єднання зусиль держав у вирішенні пенітенціарних проблем реалізувалися з проведенням із 1872 р. серії дванадцяти тюремних конгресів під патронажем Міжнародної пенітенціарної комісії (останній конгрес цієї серії відбувся в 1950 р. у Гаазі).

І хоча на конгресах обговорювалися переважно проблеми пенітенціарної політики стосовно повнолітніх засуджених, деякі питання (наприклад, доцільність одиночного тюремного ув'язнення) прямо стосувалися й неповнолітніх.

У 1950 р. Міжнародну кримінальну й пенітенціарну комісію було скасовано і її функції прийняла на себе ООН [2, с. 4, 118–144]. Із того часу під егідою ООН проблеми застосування покарань, у тому числі і до неповнолітніх, розглядаються, головним чином, у рамках конгресів ООН із попередження злочинності й поводження з правопорушниками, що проводяться раз на п'ять років, починаючи з 1955 р. Питанням поводження з неповнолітніми правопорушниками та їх покаранню приділялася увага у ході більшості конгресів ООН.

Так, III Конгрес ООН із попередження злочинності й поводження із правопорушниками звернув увагу на надзвичайно високий рівень злочинності не-



повнолітніх в окремих країнах або на тенденції її росту, а також на те, що проведення у цій сфері урядових програм не перебуває у причинній залежності від росту злочинності, хоча зростання злочинності вказує на безуспішність урядових програм.

На VII Конгресі обговорювалися питання розробки й застосування стандартів ООН у галузі кримінального правосуддя. Результатом цього стало прийняття резолюцією 40/33 Генеральної Асамблеї від 29 листопада 1985 р. Мінімальних стандартних правил ООН, що стосуються відправлення правосуддя стосовно неповнолітніх (Пекінські правила) [3, с. 284–305].

Подальшу розробку пенітенціарних проблем неповнолітніх було продовжено в рамках VIII Конгресу ООН, на якому 14 грудня 1990 р. резолюцією Генеральної Асамблеї 45/113 було прийнято правила ООН, що стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених волі [4, с. 252–271].

Взагалі масив міжнародно-правових документів є значним. Аналіз тих, які стосуються правового становища неповнолітніх злочинців, дозволяє поділяти їх на два види: загального і спеціального характеру.

До актів загального характеру слід віднести Женевську Декларацію прав дитини (1924 р.), Загальну декларацію прав людини (1948 р.), Декларацію прав дитини (1959), Міжнародний пакт про громадянські й політичні права (1966 р.), Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права людини (1966), Конвенцію про права дитини (1989 р.), Конвенцію про примусову працю (1930), Конвенцію МОП про скасування примусової праці (1957), Конвенцію МОП № 138 про мінімальний вік для прийому на роботу (1973), Конвенцію про медичний огляд дітей та підлітків з метою виявлення їхньої придатності до праці на непромислових роботах № 78 (1946) та ін., які закріплюють основні права будь-якої дитини.

Спеціальними міжнародно-правовими актами є Мінімальні стандартні правила поведінки з ув'язненими (1955 р.), Конвенція проти катувань та іншого жорстокого, нелюдського або принижуючого гідність видів поведінки й покарання (1984 р.), Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя стосовно неповнолітніх (Пекінські правила) (1985 р.), Правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених волі (1990 р.), Керівні принципи Організації Об'єднаних Націй для попередження злочинності серед неповнолітніх (Ер-Рядські керівні принципи) (1990 р.), Мінімальні стандартні правила ООН щодо заходів, не пов'язаних із тюремним ув'язненням (Токійські правила) 1990 р. та ін., які закріплюють положення щодо засуджених, у тому числі й неповнолітніх.

У Конвенції про права дитини закріплені основні ідеї про систему прав дитини у світі. У порівнянні із прийнятою у 1959 р. Декларацією прав дитини, що містила всього 10 коротких принципів, які мають декларативний характер, Конвенція має 54 статті, що враховують більшість моментів, пов'язаних із життям і місцем дитини в суспільстві. Конвенція конкретизує й розвиває положення Декларації прав дитини, покладаючи на держави, що її прийняли,

правову відповідальність за дії стосовно дітей. Країни, що ратифікували Конвенцію або приєдналися до неї, повинні приймати всі необхідні законодавчі, адміністративні й інші заходи для здійснення прав, передбачених Конвенцією (ст. 4).

Із ч. 4 ст. 9 Конвенції випливає можливість застосування до неповнолітнього арешту та тюремного ув'язнення [5], фактично, за українським законодавством — арешту та позбавлення волі на певний строк.

Стаття 37 Конвенції встановлює права дитини у випадку вчинення нею правопорушення або злочину й відбування нею покарання. Відповідно до положень цієї статті «держави-учасниці забезпечують щоб: а) жодна дитина не була піддана катуванню або іншому жорстокому, нелюдському або принижуючому гідність виду поводженню або покарання. Ні смертна кара, ні довічне тюремне ув'язнення (у КК України — довічне позбавлення волі. — *Б. Н.*), що не передбачають можливість звільнення, не призначаються за злочини особам молодше 18 років; б) жодна дитина не була позбавлена волі у незаконний або довільний спосіб. Арешт, затримання або тюремне ув'язнення здійснюються відповідно до закону й застосовуються лише як крайній захід і, по можливості, більш короткого відповідного періоду часу; в) кожна позбавлена волі дитина користувалася гуманним ставленням і повагою невід'ємної гідності її особистості з урахуванням потреб віку та ін.

Першим повноцінним міжнародним документом, що визначив принципи поводження з неповнолітніми правопорушниками, були Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються відправлення правосуддя стосовно неповнолітніх («Пекінські правила»). Правила мають у цілому рекомендаційний характер і повинні здійснюватися у контексті економічних, соціальних і культурних умов, що існують у кожній державі (ст. 1.5 Правил). Цей міжнародний акт визначає принципи поводження з неповнолітніми правопорушниками на всіх стадіях кримінального правосуддя, включаючи застосування й відбування покарань. Мінімальні стандартні правила відправлення правосуддя стосовно неповнолітніх орієнтують судові органи на максимальне скорочення обсягів застосування покарання у виді позбавлення волі, визначаючи його як надзвичайний захід, і застосовування його у мінімально необхідний час. Так, ст. 17 Правил, що визначає керівні принципи винесення судового рішення й вибору заходів впливу, вказує, що рішення про обмеження особистої волі неповнолітнього має прийматися тільки після ретельного розгляду питання, й обмеження повинні бути, за можливості, зведені до мінімуму. У відповідності до ст. 19.1 поміщення неповнолітнього у будь-яку виправну установу завжди має бути надзвичайним заходом, який застосовувався би у мінімально необхідні строки.

Таким чином, Правила індивідуалізують відповідальність неповнолітніх осіб з урахуванням вчиненого діяння, виступають за доцільне використання заходів впливу на неповнолітнього, захист прав і свобод зазначеної категорії осіб, навіть при вчиненні суспільно небезпечних діянь, обережне застосування покарань, які передбачають поміщення у виправну установу. Правила в цілому виходять із того, що численні несприятливі наслідки для особистості, які

є практично неминучими при будь-якому поміщенні у виправну установу, не можуть бути належним чином компенсовані, що особливо справедливо стосовно неповнолітніх, які знаходяться на стадії розвитку та легко піддаються негативному впливу. Правила ґрунтуються також на тому, що негативні наслідки, пов'язані з ізоляцією від суспільства, позначаються на неповнолітньому більшою мірою, ніж на дорослому, оскільки вони стосуються людини на початкових стадіях її розвитку. На думку розроблювачів Правил, перевага повинна віддаватися «відкритим» установам перед «закритими». Крім того, всі установи мають бути виправного або освітнього типу, а не тюремного. Мова йде саме про види покарань, пов'язаних з виправно-трудоим впливом, доцільності яких тією чи іншою мірою завжди приділяється увага.

Резолюція № 8 VI Конгресу ООН з попередження злочинності й поведінки із правопорушниками і ст. 18 Пекінських правил спрямовані на гуманізацію видів покарання та перераховують ряд заходів впливу, які успішно застосовуються в різних правових системах, серед яких, зокрема, такі пов'язані із виправно-трудоим впливом заходи, як пробація й постанова про роботу на благо громади (у КК України — громадські роботи. — *Б. Н.*).

Свого подальшого розвитку правовий статус неповнолітніх засуджених набув в універсальному спеціалізованому акті ООН — Правилах ООН, що стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених волі (1990 р.).

Пенітенціарні стандарти, що містяться у цьому міжнародному документі, з одного боку, деталізують, розвивають і доповнюють опис основних прав і законних інтересів неповнолітніх, позбавлених волі, і, з іншого — закріплюють основні обов'язки цих осіб.

Велике значення при виробленні стандартів покарання неповнолітніх злочинців міжнародна спільнота надає проблемі альтернатив «тюремному» ув'язненню або, іншими словами, альтернативним позбавленню волі на певний строк видам покарання.

Слід зазначити, що порушена проблема має певний генезис. Так, ще наприкінці XIX ст. в зарубіжній і вітчизняній кримінологічній, кримінально-правовій і пенітенціарній науках досить широко стали обговорюватися питання про доцільність широкого застосування покарання у виді позбавлення волі (яке як вид покарання завжди був домінуючим), стали вживати спроби пошуку альтернатив цьому виду покарання. Ця проблема одержала своє висвітлення в програмах ряду тюремних конгресів. Так, у програмі I Міжнародного тюремного конгресу вже було питання про можливість заміни короткострокового позбавлення волі й несплати штрафу посиленими роботами без позбавлення волі. Ці та інші подібні питання викликали значний інтерес і були розглянуті й на наступних конгресах (Стокгольм (1878 р.), Рим (1885 р.), Петербург (1890 р.), Париж (1895 р.), Лондон (1925 р.)).

Питання пошуку альтернатив позбавленню волі обговорювалися на міжнародному рівні й у наступні роки, але вже в рамках Організації Об'єднаних Націй. На конгресах ООН із попередження злочинності й поведінки із правопорушниками, починаючи з 1955 р. зверталась увага на важливість застосуван-

ня покарань, не пов'язаних з ув'язненням, основна перевага яких вбачалась у тому, що вони, маючи широкі можливості ресоціалізації, реадaptaції засуджених, забезпечують збереження їх фізичного й психічного здоров'я, а умови їх відбування в основному відповідають умовам нормального життя на волі, дозволяючи з більшою ефективністю досягти мети виправлення і спеціальної превенції.

У результаті обговорення на VIII Конгресі ООН з попередження злочинності й поведінки із засудженими (1990 р.) було прийнято Стандартні мінімальні правила Організації Об'єднаних Націй стосовно заходів, не пов'язаних із тюремним ув'язненням. Правила були розроблені Інститутом Азії й Далекого Сходу при ООН у Токіо. Звідси їхня скорочена назва — «Токійські правила».

Цей міжнародно-правовий документ, що містить звід основних принципів і рекомендацій для сприяння використанню заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням, а також мінімальні гарантії для осіб, стосовно яких застосовуються альтернативи тюремному ув'язненню, має рекомендаційний характер і повинен застосовуватися з урахуванням політичних, економічних, соціальних і культурних умов кожної конкретної країни, а також цілей і завдань її системи кримінального правосуддя.

Токійські правила передбачають широкий діапазон засобів, альтернативних тюремному ув'язненню (ст. 8.2). Привертають увагу саме ті, що пов'язані або можуть бути пов'язані з виправно-трудовим впливом: постанова про виконання суспільно корисних робіт; направлення у виправну установу з обов'язковою щоденною присутністю. Разом із тим перелік не є вичерпним, що, думається, надає право кожній країні індивідуально з урахуванням національних особливостей доповнити зазначений перелік.

Слід зазначити, що цей міжнародно-правовий документ має загальний характер, він не поширюється винятково на неповнолітніх правопорушників, однак реалізація його положень стосовно неповнолітніх, можливо, є найбільш виправданою у порівнянні з іншими категоріями злочинців, оскільки саме соціально-психологічним позиціям неповнолітніх покарання у виді позбавлення волі на певний строк завдає найбільшої шкоди і, у той же час, саме до неповнолітніх, в силу незавершеності процесу становлення їхньої особистості й меншої соціальної занедбаності, застосування покарань, альтернативних позбавленню волі на певний строк, є найбільш виправданим.

Аналізуючи міжнародні стандарти у сфері поведінки з неповнолітніми правопорушниками та їх покаранням у контексті проблеми покарань, пов'язаних із виправно-трудовим впливом, що застосовуються до неповнолітніх, не можна оминути увагою питання ставлення міжнародної спільноти до місця, ролі й характеру праці при покаранні неповнолітніх злочинців.

Визнання праці одним із супутніх елементів покарання не суперечить міжнародним документам. Так, Генеральна конференція Міжнародної організації праці 28 червня 1930 року прийняла Конвенцію про примусову працю, в якій встановила заборону на застосування примусової праці. Однак у ст. 2 цієї Конвенції вказано, що термін «примусова або обов'язкова праця для цілей цієї

Конвенції не містить у собі: ...с) будь-яку роботу або службу, що вимагається від будь-якої особи внаслідок вироку, винесеного рішенням судового органу, за умови, що ця робота або служба буде виконуватися під наглядом і контролем державної влади й що зазначену особу не буде відступлено (уступлено) або передано в розпорядження приватних осіб, компаній або товариств» [6].

Крім того, 25 червня 1957 р. Генеральна конференція Міжнародної організації праці на її сороковій сесії прийняла Конвенцію про скасування примусової праці. У ній, зокрема, говориться: «Кожний член Міжнародної Організації Праці, що ратифікує цю Конвенцію, зобов'язується скасувати примусову або обов'язкову працю й не вдаватися до будь-якої її форми: а) як засіб політичного впливу, або виховання, або як міри покарання за наявність або за вираження політичних поглядів або переконань, протилежних установленим політичним, соціальним або економічним системі;...с) як засіб підтримки трудової дисципліни» [7]. Як видно, і в цьому документі немає заборони на використання примусової праці як елемента виправно-трудоного впливу при виконанні певних видів покарань.

У ст. 8 Міжнародного пакту «Про громадянські й політичні права» [8] міститься заборона для держав на залучення громадян до примусової або обов'язкової праці. Однак у цій же статті є застереження, що термін «обов'язкова або примусова праця» не охоплює ситуацій, коли робота або служба виконується особою, яка знаходиться в ув'язненні на основі законного розпорядження суду, або особою, умовно звільненою від такого ув'язнення, тощо.

Отже, кримінальне та кримінально-виконавче законодавство України в частині правової регламентації покарань, пов'язаних із виправно-трудоим впливом, та їх відбування відповідає міжнародно-правовим актам про працю, оскільки праця, будучи складовою частиною виправно-трудоного впливу, не відноситься до примусової чи обов'язкової праці, визначеної і забороненої у зазначених документах.

Міжнародна організація праці у Конвенції № 138 про мінімальний вік для прийому на роботу, у ст. 3 закріпила: «Мінімальний вік для прийому на будь-який вид робіт по найму чи іншу роботу, яка за своїм характером або в силу обставин, в яких вона здійснюється, може нанести шкоду здоров'ю, безпеці або моральності підлітка, не повинен бути нижче 18-річного віку». Невичерпний перелік таких робіт наведено у ч. 3 ст. 5: в шахтах і кар'єрах, оброблювальній промисловості, будівництві, службах електро-, газо-, та водопостачання, санітарно-технічних службах, на плантаціях та інших сільськогосподарських підприємствах, які виготовляють продукцію, як правило, в комерційних цілях, але за виключенням сімейного або дрібного господарства, яке виробляє продукцію для місцевого використання і не користується регулярно найманими працівниками.

Конвенція, виключаючи застосування неповнолітніх осіб на важких та небезпечних роботах, захищає їх право на безпечні умови праці, разом з тим не усуває можливості залучення неповнолітніх до легких робіт — національним законодавством може допускатися прийом на роботу дітей віком від 13 до 15

років для легкої роботи, що не шкодить їх здоров'ю та розвитку та не заважає навчанню (ст. 7) [9]. Крім того, у відповідності до ст. 7 Європейської соціальної хартії, дозволяється залучення дітей віком нижче 15 років (тобто і з 14 років. — Б. Н.) до визначених у законі легких робіт, які не можуть завдати шкоди їх здоров'ю, моральності та освіті [10], що має важливе значення у площині видів покарання, пов'язаних із виправно-трудовим впливом, що застосовуються до неповнолітніх, передбачених кримінальним законодавством України.

**Висновки.** Підводячи підсумок, слід зазначити, що головними положеннями, пов'язаними з міжнародними стандартами у сфері поводження з неповнолітніми злочинцями та їх покаранням, які стосуються проблеми покарань, пов'язаних із виправно-трудовим впливом, що застосовуються до неповнолітніх в Україні, є: наголос на максимальному обмеженні застосування покарань, пов'язаних із будь-якими формами «тюремного» ув'язнення. Згідно з кримінальним законодавством України такими формами є — позбавлення волі на певний строк та арешт. Застосування зазначених видів покарань до неповнолітніх злочинців має носити характер виключення; розширення сфери застосування покарань, альтернативних «тюремному» ув'язненню; надання переваги при відбуванні покарання неповнолітніми злочинцями установам «відкритого» типу, ніж «закритого» типу; оцінка поміщення неповнолітнього засудженого у виправну установу як надзвичайного заходу; характер діяльності виправних установ, де відбувають покарання неповнолітні засуджені, більшою мірою має бути виховний, виправний та освітній, а не каральний; надання неповнолітнім засудженим, що знаходяться у виправних установах, обов'язкової (за необхідності) та професійної освіти; заохочення неповнолітніх та створення доступу до відповідних освітніх програм за межами обов'язкової освіти; право неповнолітнього засудженого при відбуванні покарання на вибір робіт в установах виконання покарань, дотримання охоронних норм про працю неповнолітніх та, в цілому, можливість залучення неповнолітніх із 14-річного віку до легких робіт; рекомендація стосовно надання дозволу на вихід за межі виправної установи для навчання, професійної підготовки та інших важливих цілей.

### Література

1. Беляева Л. И. Правовые, организационные и педагогические основы деятельности исправительных заведений для несовершеннолетних правонарушителей в России (середина XIX — начало XX века) : автореф. дис. на соискание науч. степени д-ра юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология ; Уголовно-исполнительное право» / Л. И. Беляева. — М., 1995. — 47 с.
2. Бородин С. В. Международное сотрудничество в борьбе с уголовной преступностью: Проблемы деятельности ООН в области предупреждения преступности и обращения с правонарушителями / Станислав Владимирович Бородин, Евгений Григорьевич Ляхов. — М. : Междунар. отнош., 1983. — 200 с.
3. Минимальные стандартные правила ООН, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила) : Приняты резолюцией 40/33 Генеральной Ассамблеи от 29 ноября 1985 г. // Международные акты о правах человека : сборник документов / сост. и авт. вступит. ст. : В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева. — М. : НОРМА — ИНФРА-М, 1998. — С. 284–305.

4. Правила ООН, касаючіся захисти неосередненнолетних, лишених свободы : Приняты резолюцией 45-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН 45/113 от 14 дек. 1990 г. // Ювенальная юстиция: Проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии : учеб. пособ. / Э. Б. Мельникова. — М. : Дело, 2000. — С. 252–271.
5. Конвенция о правах ребенка: Принята резолюцией 44/25 Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1989 г. // Международные акты о правах человека : сборник документов / сост. и авт. вступит. ст. : В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева. — М. : НОРМА — ИНФРА-М, 1998. — С. 306–323.
6. Конвенция о принудительном труде: принята Генеральной конференцией Международной организации труда на её 14-й сессии 28 июня 1930 г. // Международные акты о правах человека : сборник документов / сост. : В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева. — 2-е изд., доп. — М. : НОРМА — ИНФРА-М, 2002. — С. 538–546 с.
7. Конвенция об упразднении принудительного труда: Принята Генеральной конференцией Международной организации труда на её 40-й сессии 25 июня 1957 г. // Международные акты о правах человека : сборник документов / сост. : В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева. — 2-е изд., доп. — М. : НОРМА — ИНФРА-М, 2002. — С. 547–549.
8. Международный пакт о гражданских и политических правах: Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 г. // Международные акты о правах человека : сборник документов / сост. : В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева. — 2-е изд., доп. — М. : НОРМА — ИНФРА-М, 2002. — С. 52–67.
9. Конвенція про мінімальний вік для прийому на роботу: ратифікована 03.05.1979 // Офіційний сайт Верховної Ради України / № 138 [http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=993\\_054](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=993_054)
10. Киселев И. Я. Сравнительное трудовое право: учебник / Игорь Яковлевич Киселев. — М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. — 360 с.

### Анотація

**Березовська Н. Л.** Міжнародне співробітництво у сфері покарання неповнолітніх. — Стаття.

В статті проведений загальний аналіз міжнародно-правового законодавства щодо покарання неповнолітніх. Співвідносяться положення діючого кримінального законодавства та міжнародно-правових актів щодо покарання неповнолітніх.

**Ключові слова:** покарання неповнолітніх, міжнародне співробітництво, порівняння норм міжнародного і національного права щодо покарання неповнолітніх.

### Аннотация

**Березовская Н. Л.** Международное сотрудничество в сфере наказания несовершеннолетних. — Статья.

В статье проведен общий анализ международно-правового законодательства о наказании несовершеннолетних. Соотносятся положения действующего уголовного законодательства и международно-правовых актов о наказании несовершеннолетних.

**Ключевые слова:** наказание несовершеннолетних, международное сотрудничество, сравнение норм международного и национального права о наказании несовершеннолетних.

### Summary

**Berezovska N. L.** International cooperation in the punishment of minors. — Article.

In the article the analysis of general international law legislation on the punishment of minors. Related to provisions applicable criminal law and international instruments on juvenile punishment.

**Keywords:** punishment of juveniles, international cooperation, comparison of international and national law on the punishment of minors.

**ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ФОРМ І МЕТОДІВ  
ВЗАЄМОДІЇ ПІДРОЗДІЛІВ ТРАНСПОРТНОЇ МІЛІЦІЇ  
З АДМІНІСТРАЦІЯМИ ТРАНСПОРТНИХ ПІДПРИЄМСТВ  
В СФЕРІ ОХОРОНИ ОСОБИСТИХ ТА МАЙНОВИХ ПРАВ  
ГРОМАДЯН НА ЗАЛІЗНИЧНОМУ ТРАНСПОРТІ**

**Актуальність дослідження.** На практиці всі служби міліції виступають в єдності. Всі організаційно-тактичні форми органів МВС взаємопов'язані між собою і, відповідно, взаємодоповнюють одне одного. Одним із основних принципів їх роботи є взаємодія.

Для з'ясування суті поняття «взаємодія» слід розглянути його етимологію. Це поняття може розглядатися у двох аспектах: як взаємний зв'язок явищ і взаємна підтримка [1].

О. О. Аксьонов вказує, що взаємодію в ОВС можна визначити як спільну комплексну діяльність конкретних служб і підрозділів ОВС, спрямовану на вирішення загальних завдань, які займають рівноправне становище [2].

Заслугує на увагу визначення взаємодії, надане І. П. Козаченком і В. Л. Регульським: це своєрідна модель комплексного здійснення правоохоронних заходів, які здійснюються з урахуванням відповідних умов оперативної ситуації (обстановки). Іншими словами, взаємодія є концентрацією сил, засобів і методів для досягнення поставленої мети, здійснення відповідних спільних заходів, вибором таких тактичних прийомів або їх комбінацій, які найкраще забезпечують виконання завдань у винятково короткі терміни силами і засобами, що є в розпорядженні суб'єктів взаємодії, при найменших витратах і при безумовному дотриманні чинного законодавства [3].

Взаємодія — одна із загальних форм взаємозв'язку між явищами, суть яких полягає у зворотному впливі одного предмета чи явища на інше. Вона відбувається в просторі й часі і є специфічною для кожної із форм руху матерії [4].

В юридичній літературі питання взаємодії підрозділів транспортної міліції з адміністраціями транспортних підприємств в сфері охорони особистих та майнових прав громадян на залізничному транспорті не отримали належного дослідження.

Окремі проблемні питання взаємодії міліції громадської безпеки з іншими службами досліджувались в працях наступних науковців: А. Аксьонова, О. Бандурки, С. Баранова, К. Єрмакова, О. Ульянова, В. Шванкова, О. Яреми та ін. Разом з тим забезпечення прав та свобод громадян на залізничному транспорті має певні особливості, які впливають й на вибір способів взаємодії підрозділів транспортної міліції з адміністраціями транспортних підприємств в сфері охорони особистих та майнових прав громадян на залізничному транспорті, що обумовлює необхідність їх наукового дослідження.



**Метою статті** є дослідження основних форм і методів взаємодії підрозділів транспортної міліції з адміністраціями транспортних підприємств в сфері охорони особистих та майнових прав громадян на залізничному транспорті.

На залізничному транспорті взаємодія здійснюється між: транспортною міліцією; територіальними органами внутрішніх справ; адміністраціями транспортних підприємств та іншими суб'єктами.

**Виклад основних положень.** Для кращого розуміння змісту організації взаємодії підрозділів транспортної міліції з адміністраціями транспортних підприємств в сфері охорони особистих та майнових прав громадян на залізничному транспорті слід більш детально зупинитися на характеристиці власне форм і методів взаємодії.

У практичній діяльності взаємодія підрозділів транспортної міліції та адміністрацій підприємств транспорту здійснюється в наступних формах:

- обмін інформацією про стан злочинності в сфері особистих та майнових прав громадян, а також про осіб, які схильні до скоєння цих злочинів;
- проведення спільних засідань і нарад керівних структур відомств;
- розроблення, прийняття й видання спільних наказів, вказівок та інструкцій з питань організації боротьби зі злочинами в сфері особистих та майнових прав громадян, а також з їх профілактики;
- спільна участь у проведенні спеціальних оперативно-профілактичних операцій («Пасажир», «Іноземець», «Нічний вокзал» та ін.);
- складання спільних комплексно-профілактичних планів в сфері охорони особистих та майнових прав громадян на залізничному транспорті та їх реалізація;
- проведення спільними зусиллями рейдів зберігання матеріальних цінностей;
- поєднання зусиль зі створення на підприємствах транспорту громадських формувань з охорони правопорядку та надання допомоги в їх роботі;
- спільна інформаційно-правова робота із запобігання злочинів в сфері особистих та майнових прав громадян;
- спільний аналіз причин та умов, що викликають злочини або сприяють їх учиненню, проведення заходів з їх усунення;
- проведення навчальних занять з громадськими формуваннями по охороні правопорядку з тактики й методики охорони громадського порядку та профілактики скоєння злочинів в сфері особистих та майнових прав громадян [5].

Аналіз практичної діяльності в напрямку організації взаємодії дозволяє виділити наступні методи:

- спільне вивчення й аналіз умов, що сприяли вчиненню злочинів;
- аналіз стану спільної профілактичної роботи;
- планування й проведення спільних заходів;
- контроль і перевірка виконання;
- спільна оцінка результатів;
- визначення, виходячи з ситуації, що складається, перспективних завдань і мобілізація на їх вирішення працівників транспортної міліції і залізничників;
- надання взаємодопомоги [5].

В останні роки поширилася практика складання договорів між органами транспортної міліції та управліннями залізниць. Відповідно до цих договорів керівники залізниць беруть на себе обов'язок забезпечувати грошове утримання певної штатної чисельності міліціонерів, а начальники лінійних органів внутрішніх справ, у свою чергу, підтримувати громадський порядок у потягах. На результативність діяльності спецпідрозділів по супроводу потягів можна розраховувати тільки в тому випадку, якщо будуть виключені факти використання їх працівників для виконання завдань і функцій, не пов'язаних із забезпеченням правопорядку в потягах; якщо міліціонери матимуть належні виучку й екіпірування, а за їх роботою в потягах буде установлений суворий контроль.

Непогано зарекомендували себе й інші форми залучення додаткових сил міліції. Зокрема, доцільно на договірній основі залучати працівників міліції у вільний від служби час для охорони громадського порядку в потягах і відповідно здійснювати їм додаткові виплати.

Важливою формою в процесі організації взаємодії виступає спільне планування проведення заходів попередження злочинів в сфері особистих та майнових прав громадян.

Під плануванням розуміється творча, інтелектуальна діяльність відповідних суб'єктів управління, яка направлена на вироблення єдиної схеми діяльності по профілактиці злочинів в сфері особистих та майнових прав громадян [8].

Основним видом планування заходів щодо попередження злочинів в сфері особистих та майнових прав громадян є комплексні плани профілактики злочинів [6].

Такі плани формуються на основі міжвідомчих планів органів прокуратури, внутрішніх справ, митної служби, юстиції та інших правоохоронних служб.

Комплексні плани попередження злочинів в сфері особистих та майнових прав громадян повинні охоплювати максимальне коло завдань, що виникають у сфері залізничних перевезень. Заходи формуються здебільшого у вигляді триваючих протягом значного періоду часу видів профілактичної діяльності.

Для створення плану необхідно враховувати наявну інформацію:

- інформацію, якою володіють органи внутрішніх справ на транспорті (довідкова картотека на злочинців, звернення, листи, заяви громадян і посадових осіб, матеріали про відмову в порушенні кримінальної справи, матеріали, що поступають з інших підрозділів і служб);

- інформацію, що надійшла з інших правоохоронних органів.

Одне з головних місць в комплексному плані повинна займати боротьба зі злочинністю, що вчиняється у сфері пасажирських перевезень.

Як правило, у комплексному плані визначаються наступні напрямки боротьби:

- заходи з поліпшення діяльності всіх суб'єктів у діяльності запобігання злочинів в сфері особистих та майнових прав громадян;

- заходи з виявлення й запобігання обставинам, що сприяють учиненню злочинів у сфері пасажирських перевезень;

– заходи по встановленню осіб, які вчинюють злочини в даній сфері, а також осіб, які мають протиправну поведінку (до цієї групи входить діяльність з розроблення заходів індивідуального впливу на правопорушників) [6].

Реалізація даного заходу запобігання злочинів в сфері особистих та майнових прав громадян не може обійтися без постійного поповнення інформації, її перевірки і оновлення.

Комплексне вивчення злочинів, що вчиняються у сфері пасажирських перевезень, передбачає одночасно вивчення і аналіз оперативної обстановки на об'єктах транспорту в цілому.

Ця робота повинна містити п'ять основних елементів:

- вивчення й аналіз даних статистичної звітності;
- вивчення припинених і призупинених кримінальних справ, а також матеріалів, по яких відмовлено в порушенні кримінальної справи;
- вивчення особистості злочинців;
- вивчення та аналіз діяльності суб'єктів по запобіганню злочинів в сфері особистих та майнових прав громадян [6].

При відпрацюванні всіх елементів комплексного вивчення стану злочинності в даній сфері накопичуються фактичні дані, що потім використовуватимуться при складанні комплексних планів та проведенні конкретних заходів.

Високому рівню ефективності в спільній діяльності із запобігання злочинів в сфері особистих та майнових прав громадян заважають прояви таких негативних явищ, як:

- формальний характер більшості комплексних планів;
- відсутність спільних перевірок виконання положень планів із запобігання злочинів в сфері особистих та майнових прав громадян;
- на низькому рівні перебуває спільна аналітична робота по виявленню причин та умов, які сприяють учиненню злочинів на об'єктах транспорту [7].

Діяльність по запобіганню злочинів в сфері особистих та майнових прав громадян проводиться сьогодні лише силами окремих підрозділів лінійних відділів, що послаблює її ефективність і не дозволяє в повній мірі взаємодіяти з відповідними структурами транспортних підприємств. Просліджується розрізненість сил і засобів, які проводять попереджувальні заходи на об'єктах транспорту, як з боку транспортної міліції, так і адміністрації підприємств.

Зазначений перелік вузьких місць у спільній роботі із запобігання злочинам в сфері особистих та майнових прав громадян на об'єктах транспорту не є вичерпним, але й він дозволяє окреслити основні проблемні питання, всебічно і з урахуванням наявних реалій сьогодення.

Шляхами подолання зазначених проблем, які накопичились у цій сфері взаємодії, може стати заснування при колегіальних органах управління транспортними підприємствами відповідних постійно діючих комісій з розроблення спільних заходів протидії злочинності в сфері особистих та майнових прав громадян на транспорті. Вони також могли б ініціювати здійснення прогностичних досліджень, розробляти рекомендації для правоохоронної діяльності,

координувати налагодження відповідних ділових зв'язків та відносин між працівниками транспорту та правоохоронцями тощо.

Іншим кроком до подальшого вдосконалення організації взаємодії в даному напрямку могло б бути створення експериментальної цільової структури на зразок координаційного бюро з питань організації взаємодії між органами внутрішніх справ та адміністраціями транспортних підприємств під патронатом МВС України та Міністерства транспорту і зв'язку України. До складу цього бюро слід включити представників усіх шести Управлінь МВС України на залізницях, Головних управлінь МВС України в областях, де розташовані основні об'єкти підприємств залізничного транспорту, фахівців з організації перевезень залізничним транспортом, науковців тощо.

Формами роботи даного координаційного бюро можуть бути засідання, наради, зустрічі, на яких доцільно обговорювати оперативну обстановку, що склалася, установлювати причини її ускладнення, розробляти форми вдосконалення взаємодії, узгоджувати порядок реалізації спільних оперативно-розшукових і профілактичних заходів, які проводяться в межах транспортних магістралей та на суміжних територіях.

Спираючись на це, у планах роботи координаційного бюро слід передбачити такі основні аспекти його діяльності та напрямки взаємодії:

- періодичність проведення засідань членів бюро, нарад робочих груп для підготовки матеріалів на засідання бюро, а також зустрічей під його егідою керівників та представників підрозділів органів внутрішніх справ на транспорті з метою налагодження ділових зв'язків і контактів, розроблення напрямків вирішення спільних проблем;

- матеріальне й ресурсне забезпечення, порядок і процедуру взаємообміну різними видами інформації, її розповсюдження (друкування фотоматеріалів, композиційних портретів, демонстрації відеозаписів, аудіоплівки, дактилокарт, описів зовнішності тощо);

- організацію одночасного здійснення комплексів оперативно-профілактичних заходів з відпрацювання об'єктів залізничного транспорту або суміжних територій, виявлення фактів учинення злочинів та встановлення осіб, причетних до них;

- створення з працівників транспорту та органів внутрішніх справ на залізничному транспорті різних колективних утворень задля вирішення різноманітних спільних завдань;

- проведення інших спільних заходів у зоні взаємодії.

У рамках вказаних напрямків взаємодії доцільно було б започаткувати наступні її форми:

- участь у роботі оперативних нарад представників адміністрацій підприємств на залізничному транспорті, керівників Управлінь МВС України на залізничному транспорті, Головних управлінь МВС в областях для розгляду питань, пов'язаних з гарантуванням безпеки пасажирів;

- спільне інформування громадськості про вжиті заходи щодо запобігання злочинам в сфері особистих та майнових прав громадян на об'єктах залізничного транспорту;

— спільне узагальнення та вивчення позитивного досвіду взаємодії, його розповсюдження в інших підрозділах транспортної міліції та структурах адміністрацій підприємств на залізничному транспорті;

— постійне проведення профілактичних рейдів та інших заходів, спрямованих на гарантування безпеки пасажирів та збереження їх особистих речей;

— спільне розроблення планів та програм здійснення заходів, спрямованих на виявлення фактів учинення злочинів та своєчасне встановлення злочинців;

— постійний обмін інформацією про стан гарантування особистої та майнової безпеки пасажирів та заходи, які вживаються в даному напрямку;

— організація роботи служб безпеки транспортних підприємств, стрілецьких команд воєнізованої охорони та різноманітних громадських формувань правоохоронної спрямованості;

— проведення спільних ділових нарад, конференцій, семінарів, зустрічей з питань удосконалення заходів запобігання злочинам та прийняття спільних рішень.

**Висновок.** Ефективна взаємодія підрозділів транспортної міліції з адміністраціями підприємств на залізничному транспорті має важливе значення для якісного реагування на правопорушення та створення належних умов для охорони особистих та майнових прав громадян, тому, на нашу думку, застосування організаційних форм взаємодії дозволило б вирішити питання використання їх у спільній діяльності адміністрацій підприємств та ОВС на залізничному транспорті. Цей напрямок взаємодії потребує вдосконалення під час подальших наукових досліджень.

### Література

1. Матвеев В. Е. Взаимодействие аппаратов по борьбе с экономической преступностью с налоговыми инспекциями в целях выявления корыстных преступлений на предприятиях, занятых организацией досуга населения: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.09 / Матвеев В. Е. — М., 1993. — 243 с.
2. Аксенов А. А. Организация взаимодействия в органах внутренних дел как функция управления: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.07 / Аксенов А. А. — М., 1974. — 285 с.
3. Козаченко І. П. Правові, морально-етичні та організаційні основи оперативно-розшукової діяльності / І. П. Козаченко, В. Л. Регульский. — Л. : Львів. Ін-т внутр. справ при Нац. акад. внутр. справ України, 1999. — С. 178–203.
4. Взаємодія // Українська радянська енциклопедія. Головна редакція української радянської енциклопедії : у 12 т. / голов. редкол. : Бажан М. П. (голова) [та ін.]. — К. : УРЕ. — 2-ге вид. — К., 1978. — Т. 2. — С. 213.
5. Баранов С. О. Взаємодія органів внутрішніх справ на транспорті з адміністраціями транспортних підприємств по профілактиці правопорушень // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. — 2000. — № 3. — С. 129–132.
6. Баранов С. О. Профілактика злочинів на залізничному транспорті. — Одеса, НДРВВ. — 2007. — 416 с.
7. Білий П. М., Баранов С. О. Основи профілактики злочинів на транспорті. Навчальний посібник. — УКРІНФОРМ, 2001, — 196 с.
8. Гетьман Н. И., Степаненко Ю. В. — Организация борьбы с преступлениями на пассажирском железнодорожном транспорте, Пр. пособие. — М.: Экзамен, 2003. — 128 с.

## Анотація

**Боданюк М. А.** Загальна характеристика форм і методів взаємодії підрозділів транспортної міліції з адміністраціями транспортних підприємств в сфері охорони особистих та майнових прав громадян на залізничному транспорті. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню форм і методів взаємодії підрозділів транспортної міліції з адміністраціями транспортних підприємств в сфері охорони особистих та майнових прав громадян на залізничному транспорті на підставі аналізу юридичної літератури.

**Ключові слова:** форми і методи взаємодії транспортної міліції, взаємодія адміністрацій транспортних підприємств, охорона особистих та майнових прав громадян на залізничному транспорті.

## Аннотация

**Боданюк М. А.** Общая характеристика форм и методов взаимодействия подразделений транспортной милиции с администрациями транспортных предприятий в сфере охраны личных и имущественных прав граждан на железнодорожном транспорте. — Статья.

Статья посвящена исследованию форм и методов взаимодействия подразделений транспортной милиции с администрациями транспортных предприятий в сфере охраны личных и имущественных прав граждан на железнодорожном транспорте на основании анализа юридической литературы.

**Ключевые слова:** формы и методы взаимодействия транспортной милиции, взаимодействие администраций транспортных предприятий, охрана личных и имущественных прав граждан на железнодорожном транспорте.

## Summary

**Bodaniuk M. A.** General characteristic of forms and methods of interconnection of the transport militia forces with transport enterprises authorities in the sphere of private and property civil rights protection at the railway transport. — Article.

The article is sanctified to research of forms and methods of co-operation of subdivisions of a transport militia with administrations of transport enterprises in the sphere of guard of the personal and property rights for citizens on a railway transport on the basis of analysis of legal literature.

**Keywords:** forms and methods of co-operation of a transport militia, co-operation of administrations of transport enterprises, guard of the personal and property rights for citizens on a railway transport.

УДК 343.23:343.97

**А. В. Брижак**

## ЗНАЧЕННЯ СОЦІАЛЬНИХ ЗВ'ЯЗКІВ МІЖ ЗЛОЧИНЦЕМ І ПОТЕРПІЛИМ ДЛЯ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ

**Актуальність теми дослідження.** Становлення правової держави передбачає, що вирішення питань правозастосування має здійснюватися на законному рівні, враховуючи об'єктивно існуючі закономірності, на основі принципів, які не залежать від обставин конкретної справи, особи, діяння котрої кваліфікуються, а не на підставі суб'єктивних уподобань, політичної доцільності чи інших подібних чинників. І особливої гостроти це набуває у сфері боротьби зі злочинністю.

Виявлення і встановлення відповідних закономірностей, формулювання принципів застосування кримінального закону взагалі і кваліфікації, зокрема, на перший погляд, не повинно становити особливих проблем та викликати труднощі. Оскільки правозастосовна діяльність знайома людству на протязі багатьох років, тисячі років ведуться теоретичні дослідження у цьому напрямі. Проте більш конкретизований аналіз свідчить, що рівень розробки відповідних питань явно недостатній, не відповідає існуючим потребам.

При дослідженні питання кваліфікації злочинів в науці неодноразово виникали питання щодо проблематики визначення зв'язку потерпілого із злочинцем при скоєнні злочину, однак вони не є поширеним об'єктом наукового вивчення, проте вони мають неабиякий вплив при вирішенні питання кримінально-правової кваліфікації. Відносини, в яких перебувають злочинець і потерпілий, мають значний вплив і для розслідування того чи іншого злочину, саме вони надають йому певний відтінок та характер.

На законодавчому рівні визначено, що лише винне діяння, будучи суспільно-небезпечним та передбаченим у законодавстві про кримінальну відповідальність, може розглядатись як злочин. Відомо, що основними фігурантами злочину є як злочинець, так і потерпілий. Окрім них, існують й певні обставини, пов'язані з ними, які впливають на розвиток злочинних дій, які в свою чергу враховуються при встановленні характеру та ступеня суспільної небезпечності діяння, криміналізації та декриміналізації діянь. За певних умов такі обставини виступають ознаками окремих складів злочину та враховуються при кваліфікації посягань та призначення покарання за їх вчинення. Значне місце в дослідженні даного напрямку і займають соціальні зв'язки, що виникають між злочинцем та потерпілим. Досить часто саме вони і визначають як існування конфліктів, які призвели до вчинення злочину, так і динаміку розвитку кримінологічної ситуації. Тому аналіз відносин, що пов'язує заподіювача шкоди і потерпілого, а також характер таких взаємовідносин є немаловажним для з'ясування причин та умов вчинення злочину, а також його подальший розвиток і суспільно-небезпечні наслідки, які настали чи можуть наставати.

**Аналіз останніх досліджень свідчить що у вітчизняній кримінально-правовій науці певна увага приділялася окремим аспектам проблеми кваліфікації, є, безперечно, здобутки у вирішенні проблем кваліфікації окремих видів злочинів. Слід відзначити монографічні дослідження з проблем кваліфікації злочинів, підготовлені російськими професорами В. М. Кудрявцевим, Б. А. Куріновим, Л. Д. Гаухманом, О. І. Рарогом, українськими вченими Ф. Г. Бурчаком, С. А. Тарарухіним, М. Й. Коржанським. Однак багато питань залишається нерозкритими або гостро дискусійними. До того ж у юридичній літературі висвітлюються лише питання кваліфікації злочинів, а інші аспекти, зокрема ті, що стосуються учасників кримінально-правових відносин і їх значення при кваліфікації залишаються поза увагою вчених. В окремому вигляді як потерпілий, так і злочинець як учасники вказаних відносин, звичайно, були ж об'єктом дослідження багатьох вчених. А саме, цьому питанню приділяли увагу такі науковці, як Ю. М. Антонян, В. В. Вандишев, В. М. Дрьомін, В. В. Го-**

ліна, В. В. Гульдман, П. С. Дагель, І. М. Даньшин, А. І. Долгова, О. М. Джужа, В. О. Коновалова, В. П. Коновалов, О. М. Костенко, Литвак, В. В. Лунєєв, В. С. Мінська, Є. П. Побігайло, В. І. Полубинський, Д. В. Рівман, В. Я. Рибальська, О. В. Старков, О. Д. Тартаковський, І. М. Тверда, В. О. Туляков, Л. В. Франк, Г. І. Чечель, В. І. Шакур, В. Є. Христенко та ін. Однак особливості сучасного соціального, політичного й економічного стану в Україні диктують необхідність розширення і поглиблення знань із цієї проблеми в кримінальному праві взагалі і при призначенні кваліфікації зокрема.

**Мета** полягає у поглибленому вивченні характеристика особи злочинця і потерпілого при скоєнні злочину; дослідженні особливостей їх взаємовідносин, впливу соціального становища потерпілого чи злочинця на розвиток їх відносин; дослідженні типології та передумов ситуацій, при яких вчиняються злочинні посягання; сконцентрування уваги на природі соціального зв'язку між злочинцем і потерпілим. Комплексно розглянути усі зазначені питання для відтворення нового теоретичного і практичного рівня вирішення проблеми кваліфікації злочинів в контексті соціальних зв'язків, що існують між злочинцем і потерпілим.

**Виклад основного матеріалу.** Безсумнівно, відносини, що склалися між злочинцем та потерпілим, існують в юридичній науці. І щодо них паралельно існують різні думки щодо їх значення при кваліфікації та призначенні покарання. Для з'ясування змісту даної проблеми необхідно визначити основні детермінанти зв'язку, що існує між вказаними учасниками кримінально-правових відносин.

При вивченні відносин злочинця з потерпілим неможливо досягнути результату, зосереджуючи свою увагу окремо на злочинці і на потерпілому, слід звернути увагу ще й на їх особливості та поведінку кожного з них, яка впливає на їхню спільну цілісну поведінку. Адже поведінка кількох осіб складається із поведінки кожної з них. Вона являє собою взаємодію, яку складно і неможливо зрозуміти тільки на підставі певних відомостей кожної із цих осіб. Тобто для визначення і кваліфікації злочинів обов'язковим є не тільки встановлення відомостей про особу-злочинця та особу-потерпілого, а й дослідження певних зв'язків, в яких перебували злочинець і потерпілий. Саме тоді виникає питання про визначення соціальних зв'язків між ними.

Соціальні зв'язки між злочинцем та потерпілим ґрунтуються на залежності між ними, що реалізуються через певну поведінку, дію, діяльність; взаємовідносинах, що об'єднують їх в єдине ціле. Тут можна виділити декілька видів соціальних зв'язків між злочинцем і потерпілим, наприклад, соціальний контакт у механізмі вчинення злочину, який між ними виникає, соціальна взаємодія і соціальні відносини між ними. Всі вони різняться за ступенем та етапом розвитку самих же відносин між даними особами. Соціальні зв'язки, що існують між злочинцем і потерпілим, можуть відображатись в їх випадковому, опосередкованому знайомстві або ж взагалі незнайомістю один одному, в службових відносинах, в матеріальній чи будь-якій іншій залежності, в сусідських відносинах, в родинних зв'язках чи в відносинах між подружжям, і т. д. Наявність



вказаних взаємовідносин у більшості випадків породжують певні обов'язки по відношенню злочинця до потерпілого, або створюють певну залежність потерпілого від злочинця. Таким чином, зумовлюють таку ситуацію, що дає змогу віднести конкретне суспільно-небезпечне посягання до того чи іншого злочину. Внаслідок чого і змінюється кваліфікація вчиненого діяння. Наприклад, особа, вчинивши умисне вбивство на побутовому ґрунті, підлягає кримінальній відповідальності за ч. 1 ст. 115 Кримінального кодексу України, але якщо таке вбивство було зумовлене нападом на неї і вона тільки оборонялася, хоча і перевищила межі необхідної оборони, то такі дії вважаються обставиною, що пом'якшують кримінальну відповідальність, і тоді вчинене слід кваліфікувати за ст. 118 Кримінального кодексу України.

У першому випадку злочинець і потерпілий перебувають у соціально-побутових відносинах, на основі яких виникла певна суперечка, чи будь-яка інша ситуація, в якій їхні відносини набули характеру неприязних чи негативних стосунків, хоча до моменту виникнення такої ситуації вони могли перебувати і в хороших взаємовідносинах, що аж ніяк не можна сказати у другому випадку, коли вчиненню умисного вбивства при перевищенні меж необхідної оборони передувала негативна поведінка потерпілого, злочинна поведінка, яка і спровокувала винного на вчинення злочину. При такому аналізі кримінально-правових норм прослідковується, що кваліфікація того чи іншого діяння залежить від поведінки потерпілого, в даному випадку, від провокуючої. Така поведінка умовно пом'якшує суспільну небезпечність вчиненого злочинцем діяння, зокрема злочинність його намірів. А отже, дає можливість відрізнити та визначити умисел, прямий від непрямого, та необережність злочинного діяння. Відтак, цінним елементом з'ясування обставин, причин та умов злочину є визначення зв'язку, який існував під час вчинення суспільно-небезпечного посягання і до моменту його вчинення.

Окрім цього, відіграють роль і соціально-рольові характеристики відносин потерпілого і злочинця. Зокрема, розуміння та виконання визначених власних рольових обов'язків і функцій, так і сприйняття чи не сприйняття рольових обов'язків інших осіб. Викладене можна проаналізувати на співвідношенні ст.ст. 112 і 115 Кримінального кодексу України. Якщо ж особа скоїла вбивство з мотивів, викликаних особистими стосунками з потерпілим або під час бійки, сварки чи з помсти, то таке діяння слід кваліфікувати за ст. 115, а якщо особа позбавила життя іншу особу (наприклад: Президента України) у зв'язку з її державною чи громадською діяльністю, то в такому випадку діяння слід кваліфікувати за ст. 112 Кримінального кодексу України, оскільки тут вбачаються в діяннях особи завчасний намір вчинення даного злочину, а також заздалегідь сформована мета — позбавити життя громадського або державного діяча під час виконання ним своїх обов'язків. А також для цього ж діяння притаманний більший ступінь суспільної небезпеки, завданої злочинцем. Щодо зв'язку між вказаними особами, то він може існувати як опосередкований, необов'язково щоб злочинець з потерпілим перебували у тісних взаємовідносинах. Однак якщо того ж Президента України було вбито на підставі особистих неприязних

відносин із суб'єктом злочину, а не за підстав виконання ним своїх державних обов'язків, то вчинене буде кваліфікуватись за ст. 115. За такої їх зв'язки можуть визнаватися як дружні, родинні, близькі чи інші стосунки. Тобто статус державного чи громадського діяча в такому випадку втрачає значення при кваліфікації. Також можлива така ситуація: вчинено вбивство колишнього Президента у зв'язку із виконанням ним його обов'язків, в такому випадку злочинні дії будуть кваліфікуватись за п. 8 ч. 2 ст. 115 КК України. Тобто визначення соціального становища, статусу, роду діянь потерпілого, зокрема, і значення його діяльності для суб'єкта злочину має суттєве значення для визначення конкретного складу злочину, якому відповідає вчинене суспільно-небезпечне діяння, розмежування подібних злочинів, а також безумовно впливає на характер, ступінь тяжкості в окремих випадках, вчиненого суспільно-небезпечного діяння.

Разом з тим соціально-рольові стосунки між злочинцем та потерпілим можна розглядати і з іншого боку, коли відносини між ними складаються в матеріальній чи службовій залежності. Так, чинним законодавством передбачено ряд статей, які визначають поняття службової чи матеріальної залежності потерпілого від винного. Наприклад, ч. 1 ст. 120 КК України передбачено, що доведення до самогубства або до замаху на самогубство, що є наслідком жорстокого з нею поводження, шантажу, примусу до протиправних дій або систематичного приниження її людської гідності є кримінально-карним; а ч. 2 ст. 120 КК України передбачає такі ж дії, але якщо вони були вчинені щодо особи, яка перебуває у матеріальній або іншій залежності від винного. Тобто законодавець вказує на розбіжність характеру відносин між злочинцем і потерпілим в ч. 1 та ч. 2 ст. 120 КК України. Це зумовлено тим, в першу чергу, що така матеріальна чи службова залежність між вказаними особами підвищує ступінь суспільної небезпеки, збільшує вірогідність вчинення злочину, оскільки в таких ситуаціях потерпілий вважає себе зобов'язаним перед суб'єктом, відчуває провину або загнаним себе в боргову кабалу, з якої йому не виплутатись, чи інші соціально-психологічні, особистісні негативні фактори. Звичайно, що такі фактори виникли саме за участі суб'єкта злочину, і подальший розвиток цього злочинного діяння можливий лише за певних його провокаційних факторів. Ними можуть бути як і дії самого суб'єкта (наприклад, примус до вчинення протиправних дій), так і вплив соціально-економічних, політичних, морально-психологічних важелів (безробіття, скрутне економічне становище, дестабілізація моральних та психологічних якостей). З цього випливає, що характер взаємозв'язків між злочинцем і потерпілим, які перебувають чи не перебувають в матеріальній або службовій залежності, має ціннісне значення як при визначенні виду злочину, який відповідає скоєному; виключення його взагалі як злочину; при призначенні покарання.

Безсумнівно, що зв'язки, які виникають між злочинцем та потерпілим в залежності від їх соціально обумовлених стосунків, мають значення і для окремих елементів складу злочину. Наприклад, службова залежність потерпілого надає виокремлення спеціального суб'єкта злочину — службова особа; нега-

тивна ситуація між злочинцем і потерпілим, викликана провокуючою поведінкою потерпілого, яка призвела до вчинення вбивства при перевищенні меж необхідної оборони, дає можливість виділити як обов'язкову ознаку складу злочину — обстановку захисту; родинні зв'язки між злочинцем і потерпілим, при розбещенні неповнолітніх (ч. 2 ст. 156), дають змогу виділити спеціального суб'єкта злочину — батько, матір або особа, що їх заміняє.

Відтак, межі, в яких можна визначити обсяг взаємовідносин між злочинцем та потерпілим, визначити неможливо, так само як і виокремити конкретні ситуації, за яких може вчинюватись злочин. Тому що будь-яка поведінка конкретної особи є індивідуалізованою і в кожному конкретному випадку вона діє по-різному, в залежності від розмаїття внутрішніх і зовнішніх факторів, які впливають на неї. А соціальні зв'язки кількох осіб, зокрема, злочинця і потерпілого, охоплюють собою поведінку кожного з них і тих соціальних чинників, які на них впливають. Які, в свою чергу, по-різному впливають на вчинення таких суспільно-небезпечних діянь, як злочин. Водночас такі ж зв'язки автоматично мають вплив на кваліфікацію того чи іншого злочину.

Чинне кримінальне законодавство не передбачає юридично закріплених питань проблематики кваліфікації злочинів, хоча в теорії мають місце дослідження даних проблем. Певна річ, що і не приділяється увага кваліфікації злочинів в залежності від соціальних зв'язків злочинця з потерпілим. Проте в нормах Особливої частини КК України йде мова про уточнення, в окремих випадках, роду занять як злочинця, так і потерпілого, їх соціального становища, статусу і т. д. Таким чином, законодавець все ж таки робить акцент на відносинах між потерпілим і злочинцем і надає їм прав на буття.

**Висновки.** Існуючий стан законодавства, практики та розвитку теорії призводить до виникнення ідеї вирішенні теоретичних проблем кваліфікації злочинів. Вирішення у теорії загальних питань без попереднього розв'язання окремих неминуче наштовхує на них, призводить до непослідовності та суперечностей у висновках і рекомендаціях. Зокрема, це стосується самих злочинця і потерпілого, їх взаємовідносин, підстав та умов виникнення злочинної ситуації, та інших факторів, що впливають на таку ситуацію і її результат.

Прямим наслідком відсутності належних теоретичних підвалин є те, що чинне законодавство, по суті, не містить положень, які регламентували б порядок застосування кримінально-правових норм, у тому числі і питання кваліфікації. Правила кваліфікації (на відміну від правил призначення покарання) на сьогодні не закріплені у законі, існують здебільшого у вигляді звичаїв, що існують серед практичних працівників, й теоретичних положень. Частина з них відображена у постановках Пленуму Верховного Суду України з питань застосування норм про відповідальність за окремі види злочинів.

Розглянуті ситуації, що виникають між злочинцем та потерпілим, мають неабияке значення при кваліфікації і надають певного відтінку суспільно-небезпечному скоєному діянню. Безперечно, поведінка злочинця відіграє значну роль при вчиненні злочину, але не менш вагомою є і поведінка потерпілого. Проте єдиного і цілісного вигляду при вчиненні злочину вони набувають

при їхній взаємодії, і саме тоді вони впливають на подальший розвиток злочинної ситуації.

Тому висвітлення зазначених положень має не лише теоретичне, а й безпосереднє практично-прикладне значення і в сучасному українському суспільстві набувають особливого значення, відрізняючись підвищеною актуальністю.

### Література

1. Андреева Л. А. Квалификация убийств, совершенных при отягчающих обстоятельствах. / Л. А. Андреева. — СПб., 1998. — С. 5.
2. Наумов А. В., Новиченко А. С. Законы логики при квалификации преступлений / М.: Юрид. лит., 1978. — С. 82–87.
3. Таций В. Я. Объект и предмет преступления по советскому уголовному праву / В. Я. Таций. — Х. — Вища школа: 1982. — С. 29–50.
4. Черных, Е. В. Допреступная ситуация и ее роль в генезисе насильственного преступления // Сибирский Юридический Вестник. — 2004. — № 4. — С. 52.
5. Юрченко О. Ю. Роль віктимної поведінки потерпілих при вчиненні тяжких насильницьких злочинів проти життя та здоров'я особи в Україні: автореф. дис. канд. юр. наук / Національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2004.
6. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. — 4-те вид., переробл. та доповн. / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — К.: Юридична думка, 2007.

### Анотація

**Брижак А. В.** Значення соціальних зв'язків між злочинцем і потерпілим для кваліфікації злочинів. — Стаття.

В даній роботі розглянуто соціальні зв'язки між злочинцем та потерпілим як чинник розвитку злочинної ситуації і скоєння злочину як такого. Зазначається і обґрунтовується важливість соціальних взаємовідносин між вказаними суб'єктами. Розглядаються конкретні ситуації, що відображають види соціальних зв'язків при скоєнні злочинів, і сконцентровується увага навколо питань щодо кваліфікації таких діянь. Здійснено аналіз окремих кримінально-правових норм і висунуто пропозиції щодо вдосконалення кримінального законодавства України.

**Ключові слова:** кваліфікація злочинів, соціальний зв'язок, злочинець, потерпілий.

### Аннотация

**Брижак А. В.** Значения социальных связей между преступником и потерпевшим для квалификации преступлений. — Статья.

В данной работе рассмотрены социальные связи между преступником и потерпевшим как фактор развития преступной ситуации и совершения преступления как такового. Отмечается и обосновывается важность социальных взаимоотношений между указанными субъектами. Рассматриваются конкретные ситуации, которые отображают виды социальных связей при совершении преступлений и концентрируется внимание вокруг вопросов относительно квалификации таких деяний. Осуществлен анализ отдельных уголовно-правовых норм и выдвинуты предложения относительно усовершенствования уголовного законодательства Украины.

**Ключевые слова:** квалификация преступлений, социальная связь, преступник, потерпевший.

### Аннотация

**Bryzhak A. V.** The significance of social relations between a criminal and a victim for classification of crime. — Article.

In this work social copulas are considered between a criminal and victim, as a factor of development of criminal situation and commission of crime, as such. Importance of social mutual relations is marked and grounded between the indicated subjects. Concrete situations that represent type of

social connections at committing crime and concentrated attention round questions in relation to qualification of such acts are examined.

The analysis of separate criminal norms is carried out and pulled out suggestions in relation to perfection of criminal legislation of Ukraine.

*Keywords:* qualification of crimes, social connection, criminal, victim.

УДК 346.9:343.37

*К. А. Возняковська*

### **МЕТА ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ ДЕТИНІЗАЦІЇ ЕКОНОМІКИ У КОНТЕКСТІ ПРОТИДІЇ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ ДОХОДІВ, ОДЕРЖАНИХ ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ**

На сьогоднішній день наявність тіньової економіки в Україні ніхто не заперечує. За різними даними, частка тіньового сектору становить приблизно 30–45 % від офіційного рівня валового внутрішнього продукту країни. До тіньового бізнесу залучена величезна кількість економічно активного населення. У межах тіньової економіки не лише не сплачуються податки, але зникають звичайні механізми правового захисту прав підприємців, усуваються можливості для залучення зовнішніх інвестицій, враховуючи те, що іноземні компанії не вважають за можливе працювати у неправовому полі, виникає сприятливе поле для кримінального середовища, утворюються й інші проблеми в економіці нашої країни. Саме тому перед владою стоїть пешочергове завдання скорочення тіньового сектору економіки. Наприклад, як показують розрахунки, декриміналізація економіки може забезпечити зростання виробництва більш ніж на 20 % [2; 200]. І у відповідних заходах важливе місце мають зайняти саме ті, що утворюють умови для детенізації економіки, будуть ґрунтовані не стільки на примусі, репресивних заходах, які виявилися неефективними в українських реаліях, скільки на стимулюванні легальної економічної діяльності.

Питанням детенізації економіки за допомогою господарсько-правових заходів присвячено низку робіт науковців-господарників, зокрема, Б. Г. Розовського, В. К. Мамутова, Г. Л. Знаменського, О. П. Подцерковного та інших. Разом із тим важливо розвинути дослідження цих авторів, а також співвіднести господарсько-правові заходи детенізації економіки із заходами щодо запобігання та протидії легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом.

Метою статті є аналіз тіньової економіки, причин та наслідків існування останньої для держави і права як на теренах України, так і на міжнародному рівні.

Заподіяння або можливість заподіяння шкоди економіці держави в умовах її тіньового стану є істотною загрозою економічній безпеці будь-якої країни. Якщо деталізувати ці загрози, то до них можна віднести:

– масове ухиляння від сплати податків як у кримінальних, так і не в кримінальних формах (уникання податків);

– податкова злочинність і податкові правопорушення заподіюють бюджетній системі України величезну шкоду. Статистика, яку наводить Державна податкова служба, свідчить, що понад 90 % підприємств України порушують податкове законодавство. Велика частка цих порушень пов'язана з недосконалістю законодавства, низькою кваліфікацією учасників взаємин у податковій сфері, неоднозначним розумінням законів, яке провокується постійними змінами до них. Результати роботи податкової міліції свідчать, що з 1999 року у сфері оподаткування викрито майже 100 тис. злочинів, переважна кількість яких становлять злочини, пов'язані з ухилянням від сплати податків та інших обов'язкових платежів [5; 21]. Починаючи з 2001 року цей показник почав поступово знижуватися і у 2003 становив 9,3 тис., у 2004 р. — 7,7 тис., а у 2005 році — 6 тис. злочинів [1; 9];

– масове виробництво продукції, що не відповідає санітарним, технічним й іншим нормам, що може призвести до несумлінної конкуренції;

– масове порушення авторських і суміжних прав, а також прав на винаходи, зразки й корисні моделі;

– незаконний вивіз капіталу за рубіж;

– підпільне виробництво забороненої й обмеженої в цивільному обороті продукції, поширення якої здатно заподіяти шкоду здоров'ю населення;

– надання правомірного характеру володінню, користуванню й розпорядженню коштами, отриманими незаконним шляхом;

– широкий обіг неврахованої готівки («чорного налу»);

– встановлення фактичного контролю над цілими галузями економіки;

– транснаціональний характер економічної й організованої злочинності;

– корупція;

– тощо.

Як видно, лише загальний перелік відповідних проявів тіньової економіки дає достатньо підстав для виявлення сфери зрошення кримінальних та економічних відносин, що не може сприйматися та потребує правового реагування. Кожен з зазначених проявів потребує окремої уваги держави та суспільства. Найважливішими в цьому напрямку повинні стати заходи, спрямовані на боротьбу з легалізацією доходів, отриманих злочинним шляхом, що на сьогоднішній день є самостійною загрозою національній безпеці країни і її основній складовій — економічній безпеці. Останнє обумовлюється тим, що злочинна діяльність отримує стан «найбільшого сприяння» саме в умовах тіньової економіки, коли недосяжними є заходи державного контролю та нагляду за господарською діяльністю, немає жодної потреби додержуватися вимог господарського порядку, вільно використовуючи результати злочинної діяльності.

У. П. Зубаков відзначає, що «легалізація (відмивання) доходів, отриманих незаконним шляхом, — наймогутніший економічний фактор зростання організованої злочинної діяльності в найнебезпечніших формах (наркобізнес, торгівля зброєю, контрабанда й т. д.). Це явище загрожує національній безпеці країн

і підриває перспективу розвитку тенденцій вільного переміщення капіталів» [4; 13].

Легалізація незаконно набутих доходів має тісний зв'язок з таким негативним явищем, як тероризм і транснаціональна організована злочинність, незаконний міжнародний наркобізнес, торгівля зброєю й інші. Як правило, доходи від злочинної діяльності, пов'язаної з перерахованими явищами, й становлять основу процесів легалізації злочинних капіталів. В свою чергу, злочинні капітали, пройшовши всі стадії легалізації, стають джерелами для відтворення багатьох видів економічних злочинів. Таким чином, ми маємо перед собою цілу систему — замкнений ланцюг злочинних елементів, що є серйозною погрозою економічній безпеці, як національним державам, так і всьому світовому співтовариству в цілому.

Фахівці відносять джерела одержання злочинних доходів, які вимагають подальшої легалізації (відмивання), до двох груп:

- наркобізнес, незаконне виготовлення й торгівля зброєю, управління проституцією, торгівля людьми (матеріальна вигода від існування подібних махінацій, як правило, направляється в «тінь». По оцінках експертів, на ці операції доводиться більше 50 % усього незаконного обороту);

- злочини в сфері економічної діяльності й високих технологій; незаконне присвоєння грошей (в тому числі бюджетних) або іншого майна шляхом розкрадання, шахрайства, помилкового банкрутства, підробки платіжних документів, контрабанди (матеріальна вигода від їхнього здійснення супроводжується якоюсь часткою безготівкового обігу й становить близько 25 %) [9; 42].

Світовим співтовариством визнано, що легалізація доходів, отриманих у результаті злочинної діяльності, стала глобальною загрозою економічній безпеці й політичній стабільності будь-якої держави. Ця загроза проявляється в наступних негативних наслідках:

- > збагачення груп людей й окремих осіб за рахунок злочинів робить саму злочинну діяльність більше привабливою й економічно вигідною;

- > використання легалізованих «брудних» грошей призводить до криміналізації при інвестуванні в найбільш перспективні види економічної діяльності;

- > розширення й зміцнення економічної й технологічної бази організованої злочинної діяльності;

- > зниження обороту податків і виділення коштів на державні суспільні витрати внаслідок приховання відомостей про доходи, що загрожує фінансовій системі держави;

- > утворюються підстави для підкупу співробітників органів державної влади, корупції, проникнення злочинних елементів у політичні інститути, а в окремих випадках організація й фінансування тероризму веде до підриву демократичної системи, робить реальною загрозу втрати державою контролю над владою й узурпації її злочинними елементами.

Легалізація незаконних доходів в розвинених країнах в останні десятиліття продовжує залишатися серйозною проблемою — міжнародні експерти оціню-

ють розміри капіталів, що відмивають, в світі в межах від 100 до 500 млрд доларів США на рік [6; 17].

Протидія відмиванню злочинних доходів є однією з найважливіших стратегічних завдань, розв'язуваних різними державами з метою припинення діяльності злочинних об'єднань, терористичних організацій, корупціонерів в органах державної влади. Вирішення проблеми боротьби з легалізацією злочинних капіталів здійснюється в рамках розробки й реалізації системи засобів по виявленню й усуненню причин й умов, що позитивно сприяють організованій й економічній злочинності, безпосередньому виявленню, попередженню, припиненню й розкриттю злочинних доходів.

Зокрема, 9 березня 2011 року було видано Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Стратегії розвитку системи запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму на період до 2015 року» [7].

Подібний документ розробляють всі провідні країни миру, найчастіше на один рік. Головна мета цієї Стратегії — це визначення заходів законодавчого, організаційного та інституційного характеру, спрямованих на забезпечення стабільного та ефективного функціонування національної системи запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму.

Стратегія складається з таких частин — Перша частина — Загальна, яка визначає необхідність вирішення ситуації, яка призвела до стрімкого розвитку відмивання «брудних грошей». Наступна частина — це аналіз ситуації й поточних тенденцій в області боротьби з відмиванням грошей і фінансуванням тероризму в Україні. Вона включає оцінку ролі фінансової розвідки (Державної служби фінансового моніторингу), правоохоронних органів, прокуратури, судів у цьому процесі, аналіз ступеня координації відомств, участі в міжнародному співробітництві. Інші два блоки концепції можна назвати основними — це пріоритетні напрямки України в сфері боротьби з відмиванням грошей і фінансуванням тероризму на найближчі роки й більш довгострокові цілі, механізми й засоби реалізації цілей і завдань, пропонованих у попередньому блоці концепції. Це законодавче забезпечення, правоохоронна діяльність, діяльність прокуратури й судів, наглядова діяльність, координація відомств, участь у міжнародному співробітництві. Останнім блоком Стратегії є очікувані результати.

Аналізуючи текст документу, варто виділити основні завдання, які мають впливати із Стратегії:

«забезпечити утвердження Україною статусу надійного партнера міжнародної спільноти у сфері запобігання та протидії легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом».

По-перше, необхідно привести національне законодавство у відповідність з вимогами міжнародних стандартів, створити і підтримувати позитивний міжнародний імідж України, а цим, відповідно, підвищити інвестиційний інтерес до економіки нашої держави.



По-друге, забезпечити реалізацію положень вже існуючих нормативно-правових актів, зокрема положень Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму», здійснювати передбачений аналіз зовнішньоекономічних операцій, що здійснюються суб'єктами господарювання через офшорні зони, удосконалити засоби моніторингу за всіма фінансовими потоками, щоб попереджати та зупиняти витік грошової маси за межі України;

«забезпечити удосконалення законодавства в сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом».

Для виконання цього завдання варто провести перегляд деяких норм кримінального та кримінально-процесуального законодавства України, зокрема посилити покарання за незаконне використання інсайдерської інформації, передбачити конфіскацію коштів або іншого майна, яке отримано незаконним шляхом, напрацювати та удосконалити норми, які регулюють процес арешту майна (коштів), набутого підозрюваним чи обвинуваченим внаслідок легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом;

«удосконалення механізму регулювання та нагляду за суб'єктами первинного фінансового моніторингу».

Можна побачити, що другий із зазначених заходів переважно оснований на примусових заходах, що є не завжди ефективними.

У цьому контексті підвищену увагу слід приділити первинному фінансовому моніторингу, який проявляється як діяльність суб'єктів господарювання щодо аналізу й оцінки угод й операцій, які вони, їхні клієнти або пов'язані з ними особи здійснюють. Для більш результативної роботи суб'єктів первинного моніторингу необхідно передбачити порядок вжиття заходів для присікання формування статутних фондів на базі коштів, якщо їх джерело неможливо підтвердити. Позитивним буде також розроблення чіткого механізму перевірки ділової репутації осіб, які управляють та контролюють суб'єктів первинного фінансового моніторингу, та проведення навчання представників цих суб'єктів;

«мінімізація ризиків використання фінансової системи України з метою відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом». Йдеться про те, що держава повинна забезпечити такий розвиток фінансової системи й фінансових відносин і процесів в економіці, при якому створюються необхідні фінансово-господарські умови для соціально-економічної й фінансової стабільності розвитку країни, збереження цілісності і єдності фінансової системи. Для цього необхідно посилити прозорість фінансової системи країни та удосконалити єдиний інформаційний простір взаємодії органів державної влади, які беруть участь у запобіганні та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом. Удосконалити способи та механізми збору інформації про діяльність фінансових установ, як національних, так і іноземних.

Стратегія передбачає і ряд інших завдань, які необхідно виконати для модернізації національної системи протидії та запобігання легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, які є по суті організаційними з

погляду ефективності роботи державних органів, зокрема: забезпечення інформування громадськості про вжиті заходи щодо запобігання та протидії легалізації кримінальних доходів; підвищення кваліфікації спеціалістів, які беруть участь в системі протидії та запобігання легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, тощо;

Формування національної стратегії протидії легалізації злочинних доходів і фінансуванню тероризму є цілеспрямованим процесом, в основі якого має лежати концептуальне й стратегічне прогнозування; облік широкого комплексу об'єктивних економічних, політичних, соціальних умов, тенденцій і факторів. Якість фінансової стратегії багато в чому залежить від ефективності інститутів забезпечення національних інтересів. Таким чином, при розгляді питань протидії відмиванню грошей найбільш важливою є інституціональна сфера.

Основним суб'єктом протидії загрози економічній безпеці, пов'язаним з легалізацією злочинних доходів, виступає держава, що здійснює свою діяльність через сукупність органів, через правотворчу або правозастосовчу діяльність [8; 97].

Регулятивний аспект діяльності держави в боротьбі з легалізацією злочинних доходів, що має стати основною умовою подолання тіньового сектора економіки й кримінальної економіки, проявляється, насамперед, в таких функціях, як санація й стимулювання ділової активності підприємництва, конкурентоздатності бізнесу в рамках правового поля. Особливо важливим стає також усунення стану, коли підприємницька діяльність у рамках чинного законодавства найчастіше є неприбутковою й нерентабельною.

Має враховуватися, що переміщення «в тінь» нерозривно пов'язано для господарюючих суб'єктів зі значними операційними витратами легальної діяльності. Заходами щодо зниження таких витрат, які можуть бути вжиті державою, є: створення стабільного та компактного законодавства на базі Господарського кодексу, зменшення адміністративних бар'єрів, створення ефективної системи оподаткування, удосконалювання трудового законодавства, підвищення довіри до господарських судів.

Гострим постало питання захисту банківських розрахунків від різного роду махінацій (фальшиві авізо й ін.). Цьому сприяла лібералізація системи міжбанківських розрахунків на початку 90-х років. Сумнівні платежі великих розмірів переводилися на кореспондентські рахунки банків, далі — на розрахункові рахунки комерційних фірм, згодом — в готівкові кошти і потім осідали у конкретних шахраїв. Стали розповсюдженими тривалі затримки платежів коштів, які «прокручувались» протягом кількох місяців через банки, використовуючись як короткі кредити під дуже високі відсотки.

Останнім часом з'явилися нові нетрадиційні прийоми правопорушень у формі фінансового забезпечення підприємницької діяльності. Наприклад, йдеться про шахрайські дії по захопленню матеріальних цінностей і грошових ресурсів, що є власністю юридичних та фізичних осіб. Розвитку цих й інших процесів у сфері господарських відносин сприяють численні колізії норм цивільного й господарського законодавства щодо фінансових угод. Не менш проблематичним є система державного фінансового контролю.

Узагальнюючи вищевикладене, можна зробити висновок, що мета господарсько-правових заходів протидії легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом, зводиться до двох основних процесів: закладення в механізм здійснення господарської діяльності таких важелів, які зробили б не вигідним тіньові операції та використання коштів, одержаних злочинним шляхом, та виявлення, документальне фіксування факту здійснення підозрілої операції або угоди і передачі цієї інформації в орган державної влади, відповідальний за протидію відмиванню грошей і фінансуванню тероризму.

### Література

1. Бровченко Леонід. Грошей немає тому, що вони «в тіні». Як розв'язати архіважливе завдання. //Голос України. — 2005. — № 212. — 2 грудня 2005 року.
2. Голованов Н. М., Перекислов В. Е., Фадеев В. А. Теневая экономика и легализация преступных доходов. — СПб.: Питер, 2003. — С. 216.
3. Есипов В. М. Теневая экономика: Учебное пособие. М.: ОНПРИО Московского института МВД России. — 1997.
4. Зубаков В. П. Проблемы создания законодательных основ борьбы с отмыыванием доходов, полученных незаконным путем // Международное сотрудничество в борьбе с отмыыванием доходов, полученных незаконным путем. — М.: Учебно-консульт. центр «ЮрИнфоР». — 1999. — С. 18.
5. Кісіль О. М. Взаємини між підприємцями і контролюючими органами. //Актуальні проблеми боротьби з корупцією в Україні. — 2004. — № 2. — С. 21–25.
6. Листов В. «Стиральные доски» для наркодолларов // Российская газета, — 1998. — 25 декабря.
7. Про схвалення Стратегії розвитку системи запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму на період до 2015 року : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 9 берез. 2011 р. № 190-р // Офіційний вісн. України. — 2011. — № 19. — Ст. 803.
8. Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрист, 2001. — 776 с.
9. Хорошее С. Борьба с «грязным капиталом»//Финансовый контроль. — 2003. — № 10(23). — С. 42–48.

### Анотація

**Возняковська К. А.** Мета господарсько-правових заходів детенізації економіки у контексті протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом. — Стаття.

В статті проаналізовані основні передумови виникнення і розповсюдження такого явища, як «тіньова економіка», із погляду боротьби з легалізацією доходів, отриманих злочинним шляхом. Висвітлені перспективи удосконалення господарського законодавства у цій сфері.

**Ключові слова:** легалізація, тіньова економіка, ринок капіталу, доходи, відмивання, протидія, методи контролю, оподаткування, моніторинг.

### Аннотация

**Возняковская К. А.** Цель хозяйственно-правовых средств детенизации экономики в контексте противодействия легализации доходов, полученных преступным путем. — Статья.

В статье проанализированы основные предпосылки возникновения и распространения такого явления, как «теневая экономика», со стороны борьбы с легализацией доходов, полученных преступным путем. Освещены перспективы усовершенствования хозяйственного законодательства в этой сфере.

**Ключевые слова:** легализация, теневая экономика, рынок капитала, доходы, отмыывание, противодействие, методы контроля, налогообложение, мониторинг.

### Summary

*Woznyakova K. A.* The aim of economic-legal facilities of the economy deshadowing as a direction of counteraction in legalization of profits got by a criminal way. — Article.

The basic backgrounds of origin and distribution of such phenomenon as «shadow economy» are analyzed in the article. The harm inflicted by shadow economy to the economic security of Ukraine is viewed. The promise of improvement of the Ukrainian legislation are elucidated in the article.

*Keywords:* legalization, shadow economy, capital market, profits, money laundering, counteraction, methods of control, taxation, monitoring.

УДК 343.985:343.388

О. О. Кашук

### ЗНАЧЕННЯ ВИКОРИСТАННЯ ЗВ'ЯЗКУ «ЖЕРТВА — ЗЛОЧИНЕЦЬ» У РОЗСЛІДУВАННІ ЗЛОЧИНІВ

**Постановка проблеми.** У криміналістиці велика увага приділяється розробці і вдосконаленню методик розслідування окремих видів і груп злочинів. З цією метою робляться спроби наукової розробки та впровадження у практику розслідування нових методів розслідування злочинів.

На сьогодні спостерігається низький рівень ефективності і результативності боротьби зі злочинністю, що пояснюється багатьма причинами, зокрема, недостатністю ефективних методів розслідування, новітніх його інструментаріїв, недовістю рекомендацій з проведення окремих слідчих та інших процесуальних дій, недосконалістю планування розслідування та ін.

Рівень боротьби зі злочинністю безпосередньо залежить від якості і доцільності наявних методів і засобів розслідування. Отже, виникає потреба у пошуку нових, більш ефективних способів та методів розслідування злочинів.

У зв'язку з цим доволі актуальним і цікавим є питання використання зв'язків між жертвою та злочинцем у процесі розслідування злочинів.

**Стан дослідження.** Певні аспекти цієї багатогранної проблеми розглядалися у працях таких науковців, як Р. С. Белкін, В. М. Биков, В. С. Бурданова, О. М. Васильєв, О. Й. Дворкін, С. П. Зеленковський, Є. П. Іщенко, Г. М. Мудьогін, В. І. Полубинський, В. Л. Синчук, В. В. Тіщенко, Є. О. Центров, В. Ю. Шепітько, М. П. Яблоков, Н. А. Якубович, однак невирішеними залишається безліч питань, тому дана тема потребує детального розроблення і вивчення.

**Мета і завдання дослідження.** Метою даної статті є розкриття сутності і значення використання зв'язку «жертва — злочинець» у розслідуванні злочинів. Для досягнення поставленої мети є необхідним вирішення наступних завдань:

- визначення ролі потерпілого у процесі розслідування злочину;
- виведення класифікації зв'язків між потерпілим і злочинцем;
- з'ясування впливу даних про зв'язок «жертва — злочинець» на процес встановлення обставин злочину.

**Виклад основних положень.** У природі немає відособлених предметів і явищ, оскільки об'єктивна форма існування матерії виражається у її зв'язку [1, с. 204]. Зв'язок виражає рух, рухом характеризується зв'язок [2].

Як зазначає А. І. Уйюмов, все у світі так чи інакше, безпосередньо чи опосередковано пов'язане одне з одним. Один атом пов'язаний з іншим, інший ще з іншим і т. д., а всі разом вони складають таке ціле, зв'язок з яким для Сонячної системи може бути суттєвим. Разом зі зміною зв'язку буде змінюватися і відношення.

Однак зв'язки потрібно відрізнити від відносин, оскільки зміна відношення буде відбуватися зовсім не так, як зміна зв'язку. За наявності взаємозв'язку між речами, зміна однієї приводить до зміни й іншої речі. Взаємовідносини не означають, що зміна однієї речі буде визначати зміну іншої. При зміні однієї речі її відношення до іншої речі змінюється, але сама ця інша річ залишається незмінною, якщо відсутня будь-яка інша причина такої зміни речі. Тому категорії зв'язку і відношення не потрібно ототожнювати [3, с. 50].

Проте як зв'язки, так і відносини між речами, явищами і предметами однаково важливі для встановлення тих чи інших особливостей, якостей, властивостей і змін тих чи інших речей, явищ і предметів. Встановлення таких зв'язків і відносин може розкрити ту чи іншу інформацію про взаємопов'язані та взаємодіючі речі, предмети або явища, яка в кожному конкретному випадку цікавить дослідника, що розкриває дані зв'язки та відносини.

Діяльність з розслідування злочинів — це дослідницька, творча діяльність уповноважених на те органів, яка полягає у виявленні особи, що вчинила злочин, та інших важливих його обставин, необхідних для правильної кваліфікації злочину, а також для його розкриття і притягнення винуватих осіб до кримінальної відповідальності. У процесі розслідування важливо встановити всі елементи, всі складові злочину. Головними і пов'язуючими ланками між усіма іншими елементами злочину є категорії жертви і злочинця, а також зв'язок, який існує між ними. Цей зв'язок досліджується багатьма науками, кожною з огляду на її об'єкт і предмет дослідження.

На сьогодні, коли з кожними змінами у законодавстві щодо потерпілих спостерігається розширення їхніх прав, гарантій їхнього захисту у кримінальному судочинстві, напрошується висновок про їхню значну, можна сказати, в деяких випадках навіть вирішальну роль як для процесу розслідування справи, так і для вирішення її в результаті судового розгляду. Потерпілий від злочину завжди був і залишається важливим джерелом інформації про обставини протиправного діяння, яке було вчинено відносно нього. Однак і сьогодні його роль досить часто залишається поза увагою органів і посадових осіб, які проводять розслідування, здійснюючи його стандартно, не витрачаючи часу на з'ясування важливих обставин, пов'язаних з ним, у тому числі на дослідження його відносин з оточуючими його людьми, серед яких може бути і злочинець.

Як вірно вказують В. С. Бурданова і В. М. Биков, версія про те, що злочинець певним чином пов'язаний із потерпілим, повинна висуватися в обов'язковому

порядку, навіть у випадках, коли на перших етапах розслідування такий зв'язок не розглядається і про нього немає жодних відомостей [4, с. 10].

Зв'язок «жертва — злочинець» виникає як наслідок розвитку злочинної події і дій особи, що вчинила злочин, її взаємодії із жертвою посягання. Зв'язки і відносини майбутньої жертви і майбутнього злочинця набувають юридичного значення з моменту вчинення злочину чи безпосередньо після нього.

Акт злочинного посягання перетворює існувавший до нього зв'язок цих осіб, що носив особистий, побутовий характер, у зв'язок кримінальний. У випадках, коли злочинець і потерпілий до вчинення злочину не зустрічалися, знайомі не були, в основі розвитку зв'язку лежить тільки факт вчинення злочину [5, с. 82].

Зв'язок «жертва — злочинець» не є одноманітним, а характеризується різного роду особливостями, залежно від чого і розрізняють різні види зв'язку між злочинцем і його жертвою.

Так, вітчизняні кримінологи, насамперед, вказують на об'єктивні та суб'єктивні зв'язки між злочинцем і потерпілим. Об'єктивний зв'язок існує між потерпілими та злочинцями незалежно від того, знають вони один одного чи ні. Їх об'єднує час і місце вчинення злочину. У деяких випадках злочинних посягань об'єктивний зв'язок між різними незнайомими людьми перетворює їх на співпотерпілих (потенційних або реальних) і часто зумовлює їхню поведінку та спільні дії.

Суб'єктивний зв'язок «злочинець — жертва» наявний за умови, що вони знають один одного. Зв'язок «злочинець — жертва» у віктимології розглядається не тільки як відношення, але й як тривала подія, що існує в певному просторі та часі, зміст якої визначає поведінку потерпілих, їхню взаємодію зі злочинцями до, під час, а інколи й після вчинення злочину. Зв'язок «злочинець — жертва» може розглядатись і як певний стан, коли в одній особі «уживаються» злочинець і жертва одночасно чи по чергову [6, с. 106].

«Деталізація суб'єктивного зв'язку між потерпілим і посягачем, — відмічає Л. В. Франк, — повинна бути багаторівневою, повинні бути уточнені найтонші перехідні грані» [7, с. 95].

У криміналістиці є теж свої точку зору з приводу видів зв'язків між злочинцем і потерпілим.

Є. О. Центров пише, що як одна з важливих підстав при розмежуванні видів зв'язків виступає *характер соціальних контактів, що існували до завершення злочину між злочинцем і потерпілим*. Відповідно до цього критерію, залежно від ступеню близькості, інтенсивності і тривалості відносин зі злочинцем потерпілі поділяються на три групи: 1) особи, які перебували зі злочинцем у різних відносинах спорідненості, властивості, а також у фактичних шлюбних відносинах; 2) знайомі злочинця, у тому числі: а) за місцем проживання, місцем народження; б) за спільною роботою, навчанням, службою в армії, громадською діяльністю, спільним проведенням відпочинку і дозвілля (туристи, риболови, спортсмени і т. д.); в) за випадковими зустрічами на вулицях, у клубах, на дискотеках; г) у результаті участі у злочинній діяльності

та інші знайомі. Ця група характеризується такими параметрами знайомства: очне, заочне (за описом знайомих, перепискою, телефонними розмовами), тривалі, короткочасне, близьке (друзі, знайомі), поверхове, взаємне, одностороннє (коли лише один знає про іншого), випадкове;

3) потерпілі, не знайомі зі злочинцем, що зустрілися з ним безпосередньо перед вчиненням злочину чи незадовго до нього абсолютно випадково (на вулиці, у парку), або у зв'язку з виконанням своїх службових чи громадських обов'язків (працівники міліції, сторожі, інкасатори, водії таксі).

Залежно від *часу виникнення* зв'язок поділяється на: 1) той, що утворюється до вчинення злочину; 2) той, що виникає у процесі злочинного посягання.

За *характером взаємодії потерпілого і злочинця у процесі вчинення злочину* зв'язок може бути безпосереднім чи опосередкованим.

За *обставинами утворення* зв'язок поділяється на: 1) розвинутий в результаті певних взаємовідносин, що існували між злочинцем і його жертвою до вчинення злочину; 2) утворений в результаті гостроконфліктної ситуації безпосередньо до чи у момент вчинення злочину; 3) той, що утворився за відсутності яких-небудь конфліктних взаємовідносин між жертвою і посягачем до вчинення злочину [8, с. 59–61].

З'ясування зв'язку між злочинцем і його жертвою може зіграти вирішальну роль у встановленні особи того й іншого, побудови вихідних слідчих та оперативно-розшукових версій, а також в успішному розслідуванні та розкритті злочину.

Частими є випадки, особливо у злочинах насильницької спрямованості, коли взаємовідносини жертви і злочинця складаються таким чином, що причиною протиправного діяння стає така ж протиправна поведінка самого потерпілого. Вчення про поведінку потерпілого та його зв'язок зі злочинцем є достатньо розвинутим, таким, що пройшов тривалий шлях свого становлення. Таке вчення отримало назву «криміналістична віктимологія» і являє собою науковий напрямок, пов'язаний із криміналістичним аспектом вивчення жертви злочину, покликаний оптимізувати процес розкриття злочину, перш за все, тяжких посягань на особу, зокрема, умисних убивств [9, с. 52]. Взагалі віктимологія у межах кримінології є її галуззю, що вивчає особу жертви (потерпілого від злочину) та її роль у механізмі злочинної поведінки [10, с. 5].

Однак на відміну від кримінологічної віктимології, де дослідження спрямовані на пізнання схильності різних категорій громадян бути жертвами злочину, криміналістичне вчення про жертву спрямоване на дослідження мотивів, мети і механізму вчинення злочину [11, с. 2].

Жоден злочин не вчиняється без причини. Йому завжди передують певні фактори, що побуджують злочинця вчинити злочин. Тому необхідно враховувати властивості особистості злочинця і його жертви. Інтерес криміналістики викликають лише ті властивості і якості жертви і злочинця, які впливають на процес детермінації механізму злочину [12, с. 27; 13, с. 15–19].

Основна цінність використання зв'язку «жертва — злочинець» при розслідуванні, на що, зокрема, звертають увагу вчені-криміналісти, полягає у тому,

що відомості про даний зв'язок допомагають встановити коло підозрюваних, особу злочинця чи жертви, або їх обох, а також з'ясувати інші важливі для процесу розслідування обставини злочину [14, с. 65]. З'ясування сутності взаємовідносин потерпілого і злочинця особливо важливе на початковому етапі розслідування, коли дуже важко встановити особу злочинця. У такому випадку ефективним є пошук особи, що вчинила злочин, через відомості про особу, що потерпіла від нього. Причому навіть якщо на місці вчинення злочину знайдений труп, зв'язок «жертва — злочинець» усе одно можна встановити, виявивши і дослідивши матеріальні сліди на тілі померлого, які також несуть інформацію про злочинця та важливі факти про механізм та обстановку вчинення злочину. Крім того, навіть якщо особа злочинця встановлена, зв'язок «жертва — злочинець» також важливо досліджувати, оскільки дані про нього можуть пролити світло на такі важливі обставини злочину, як його мотиви, цілі, саму обстановку його вчинення та інші важливі обставини.

#### **Висновки з дослідження і перспективи подальших розробок у цьому напрямі.**

Слід сказати, що на сьогодні проблема систематизації даних про потерпілого (жертву злочину) та взаємозв'язок злочинця і жертви у кримінальних справах, особливо про насильницькі та корисливо-насильницькі злочини, досить складна. У криміналістиці поки що не склалося досить чітке уявлення про види криміналістично значущих зв'язків між потерпілим і злочинцем (хоча є досить вдалі спроби класифікувати їх), основи структури, теоретичного обґрунтування та ін. Потребують систематизації прийоми і методи криміналістичного виявлення, дослідження і використання відомостей про такі зв'язки з метою розслідування і розкриття злочинів [15, с. 184].

Однак залишається очевидним те, що дані про зв'язок «жертва — злочинець» служать засобом швидкого та повного встановлення всіх обставин злочину, у тому числі суб'єкта злочину, що робить використання даного зв'язку цінним інструментом у розслідуванні та боротьбі зі злочинами.

Із вищевикладеного стає зрозуміло, що тема використання зв'язку «жертва — злочинець» у розслідуванні є перспективним напрямком криміналістичних досліджень, виходячи з її наукової і практичної цінності, а тому потребує подальших наукових розробок.

#### **Література**

1. Белкин Р. С., Винберг А. И. Криминалистика. Общетеоретические проблемы. — М.: Юрид. лит., 1974. — 264 с.
2. Новинский И. И. Понятие связи в марксистской философии. — М.: Высшая школа, 1961. — 200 с.
3. Уемов А. И. Вещи, свойства и отношения. — М.: Издательство Академии наук СССР, 1963. — 184 с.
4. Бурданова В. С., Быков В. М. Виктимологические аспекты криминалистики. Учебное пособие. — Ташкент: Изд-во Ташк. ВШ МВД СССР, 1981. — 79 с.
5. Кушхов Р. Х. Взаимосвязь «преступник — потерпевший». Основания классификации последнего // Закон и право. — 2007. — № 7. — С. 82–83.
6. Кримінологія: Навч. посіб. / Ю. Ф. Іванов, О. М. Джужа. — К.: Вид. ПАЛИВОДА А. В., 2006. — 264 с.



7. Франк Л. В. Потерпевшие от преступления и проблемы советской виктимологии. — Душанбе: Ирфон, 1977. — 237 с.
8. Центров Е. Е. Криминалистическое учение о потерпевшем: монография. — М.: Издательство Московского университета, 1988. — 160 с.
9. Шиканов В. И. Теоретические основы тактических операций в расследовании преступлений. — Иркутск: Издательство Иркут. у-та, 1983. — 200 с.
10. Максимов С. В. Краткий криминологический словарь. — М.: Юрист, 1995. — 31 с.
11. Алымов Д. В., Ищенко Е. П. Неопознанный труп как источник информации об отношениях между преступником и жертвой // Эксперт-криминалист: федеральный научно-практический журнал. — 2010. — № 2. — С. 2–4.
12. Малыхина Н. И. Личность преступника как объект исследования в криминалистике // Следователь. — 2004. — № 8 (76). — С. 27–29.
13. Чельшева О. В. Механизм преступления: понятие и значение для криминалистических исследований // Вестник криминалистики. — Вып. 4 (20). — М.: Спарк, 2006. — С. 15–19.
14. Тищенко В. В. Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів: Монографія // Одеська національна юридична академія. — О.: Фенікс, 2007. — 260 с.
15. Чеголя В. І. Систематизація та використання у розслідуванні сексуальних вбивств відомостей про потерпілого (жертву злочину) // Криміналістичний вісник: науково-практичний збірник. — 2000. — Вип. 1. — С. 179–184.

### Анотація

**Кацук О. О.** Значення використання зв'язку «жертва — злочинець» у розслідуванні злочинів. — Стаття.

У статті розкрита сутність і значення використання зв'язку «жертва — злочинець» у розслідуванні злочинів, виведена класифікація зв'язків між потерпілим і злочинцем. Зроблено висновки про те, що дані про зв'язок «жертва — злочинець» служать засобом швидкого та повного встановлення всіх обставин злочину, у тому числі суб'єкта злочину.

**Ключові слова:** зв'язок «жертва — злочинець», розслідування злочину.

### Аннотация

**Кацук О. А.** Значение использования связи «жертва — преступник» в расследовании преступлений. — Статья.

В статье раскрыта сущность и значение использования связи «жертва — преступник» в расследовании преступлений, выведена классификация связей между пострадавшим и преступником. Сделан вывод о том, что данные о связи «жертва — преступник» служат средством быстрого и полного установления всех обстоятельств преступления, в том числе субъекта преступления.

**Ключевые слова:** связь «жертва — преступник», расследование преступлений.

### Summary

**Kaschuk O. O.** A value of the use of connection a «victim — criminal» in investigation of crimes. — Article.

In the article the exposed essence and value of use of connection a «victim — criminal» in investigation of crimes, shown out classification of connections between a victim and criminal. Drawn conclusion that information about connection a «victim — criminal» serves as the means of rapid and complete establishment of all circumstances of crime, including subject of crime.

**Keywords:** connection a «victim — criminal», investigation of crime.

## ГЕНЕЗА ІНСТИТУТУ ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ У ВІТЧИЗНЯНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ВІД ПОЧАТКУ ХХ ДО ПОЧАТКУ ХХІ СТОЛІТТЯ

Дослідження інституту закриття кримінальних справ на сьогодні викликає значний інтерес як у науковців, так і юристів-практиків у галузі кримінально-процесуального права. Адже одним із найважливіших аспектів формування правової держави та здійснення судово-правової реформи в Україні є створення дієвих механізмів врегулювання кримінально-правових конфліктів на різних стадіях кримінального процесу. Норми чинного законодавства, якими врегульовано закриття кримінальних справ, викладені в різних нормативно-правових актах (КПК України та КК України). При цьому простежується неузгодженість цих норм між собою, а ряд проблемних моментів не знайшли чіткого відображення в законодавстві. Все це, звичайно, негативно відображається на практиці органів досудового слідства та суду.

Дослідженням інституту закриття кримінальної справи у своїх працях займалися: Ю. П. Алєнін, Ю. В. Баулін, С. М. Благодир, Г. І. Глобенко, Ю. М. Грошевий, О. А. Губська, І. Г. Івасюк, В. Т. Маляренко, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, Д. П. Письменний, М. Є. Шумило та інші. Однак серед вчених існує чимало суперечностей щодо визначення поняття та ознак, правової природи цього інституту, системи підстав для закриття кримінальних справ, їх сутності та порядку застосування. А дослідження та вирішення цих проблемних питань, як видається, є неможливим без історико-правового огляду становлення та розвитку інституту закриття кримінальної справи у вітчизняному законодавстві. Це зумовлено певною необхідністю прийняття до уваги законодавчого досвіду попередніх етапів, врахування правового наступництва, з метою більш ефективного його застосування для забезпечення прав, свобод та законних інтересів особи у кримінальному процесі.

Викладене зумовлює необхідність постановки як мети статті дослідження виникнення та розвитку інституту закриття кримінальної справи у вітчизняному законодавстві від початку ХХ до початку ХХІ століття.

Однією з перших норм про закриття кримінальної справи зі звільненням від кримінальної відповідальності в радянському законодавстві можна вважати ст. 6 Декрету РНК РРФСР «Про хабарництво» від 8 травня 1918 року, яка постановляла, що від переслідування за дачу хабара звільняються ті особи, які протягом трьох місяців із дня видання декрету повідомлять судову владу про дачу хабара [1, с. 11]. У кримінальному законодавстві радянської України така норма з'явилася у Декреті РНК УРСР від 1 жовтня 1921 року «Про боротьбу з хабарництвом».

Згодом норми про закриття кримінальної справи зі звільненням від кримінальної відповідальності з'являються в інших правових актах тимчасової дії.

Положення цих актів здебільшого регламентували спеціальні підстави звільнення від кримінальної відповідальності, умови та порядок їх застосування. Поряд з цим КК УРСР 1922 року містив лише одну спеціальну підставу звільнення від кримінальної відповідальності. Так, згідно з ч. 2 ст. 114–1 підлягали звільненню від покарання винні у хабарництві (дачі хабара) особи, які добровільно й негайно заявляли про вимагання хабара або своєю заявою та свідченнями сприяли виявленню та розкриттю справи про хабарництво [2].

У прийнятому в 1922 році КПК УРСР спеціальні підстави звільнення від кримінальної відповідальності та порядок їх застосування свого відображення не знайшли. Разом з тим в цьому законодавчому акті систематизовано напрацьовані на той час загальні підстави закриття кримінальної справи, крім того вперше простежується спроба їх розподілу на реабілітуючі та nereабілітуючі.

Так, ст. 4 КПК УРСР 1922 року передбачала: «Кримінальне переслідування не може бути порушене, а порушене не може продовжуватись і підлягає закриттю в будь-якій стадії процесу:

- у зв'язку зі смертю обвинуваченого... ;
- за примиренням обвинуваченого з потерпілим у справах, які порушуються не інакше, як за скаргою потерпілого... ;
- за відсутністю скарги потерпілого у справах про злочини, які порушуються не інакше, як за такими скаргами;
- у зв'язку з закінченням строків давності;
- за відсутністю в діях обвинуваченого складу злочину;
- внаслідок акту про амністію... чи помилування окремих осіб» [3].

Окремим положенням ст. 206 КПК УРСР 1922 р. визначалось, що попереднє слідство підлягає закриттю за невстановленням винного та за недостатністю зібраних по справі доказів для передання до суду особи обвинуваченого [3].

Крім того, КПК УРСР 1922 року в ст. 207 було визначено порядок закриття кримінальної справи. Зокрема зазначалось, що про закриття попереднього слідства слідчий складає мотивовану постанову з детальним описом події, що є предметом дослідження, і передає справу до суду, якому вона підсудна, повідомивши про це прокурора. Суд розглядає справу в розпорядчому засіданні й виносить рішення про закриття справи, якщо погодиться з постановою слідчого. Якщо суд визнає неможливим закриття справи, то повертає її слідчому для подальшого проведення попереднього слідства з вказівкою на те, чим і в якому напрямку слід доповнити слідство, або ж направляє справу до суду [3].

Згодом КПК УРСР 1927 року було регламентовано ряд нових положень. Так, ст. 4 була доповнена новою підставою для закриття кримінальної справи — «...якщо особа, яка притягається до кримінальної відповідальності, не досягла 14-річного віку» [4]. Внесена була й примітка до статті про право обвинуваченого заперечувати проти закриття кримінальної справи щодо нього у зв'язку з наявністю амністії. Нововведенням було й положення ст. 5 КПК УРСР, в якому йшлося про те, що прокурор і суд вправі закрити справу, коли діяння особи, притягнутої до кримінальної відповідальності, хоча і містить ознаки злочину, передбаченого КК УРСР, однак не може бути визнане сус-

пільно небезпечним у зв'язку з малозначністю цього діяння чи малозначністю його наслідків, а також коли порушення справи чи подальший її розгляд є недоцільними, оскільки у зв'язку зі зміною умов діяння втратило суспільну небезпеку [4]. Дещо був змінений й порядок закриття кримінальної справи, зокрема право закривати кримінальну справу було надано слідчому, шляхом винесення постанови.

Привертає увагу різноманітність термінів, якими в той період характеризували відмову держави від засудження і покарання особи з різних підстав. Так, зустрічається «звільнення від переслідування», «закриття переслідування», «звільнення від суду», «припинення провадження справи», «звільнення від притягнення до відповідальності», «звільнення від кари».

Е. С. Тенцов пояснює таку неусталеність термінології пошуками найбільш раціональної форми відображення наповненої, по суті, однаковим змістом волі законодавця [5, с. 7]. Причиною такого різноманіття термінів, як вбачається, є те, що до створення Основ кримінального законодавства 1958 року і прийняття відповідно до них кримінальних кодексів союзних республік законодавець значну увагу зосередив не на підставах, а саме на порядку, процесуальному боці застосування тієї чи іншої з них.

З прийняттям Основ кримінального судочинства СРСР і союзних республік 1958 року завершився перший етап формування правових інститутів звільнення від кримінальної відповідальності та закриття кримінальної справи. Досить слушно зазначає В. В. Сташис, що саме на цьому етапі розвитку вітчизняного законодавства відбувся рішучий розрив з пануючим у радянському праві положенням, що вчинення злочину може тягти лише кримінальну відповідальність [6, с. 28]. З цього часу почалось активне теоретичне опрацювання проблем, пов'язаних із закриттям кримінальної справи зі звільненням від кримінальної відповідальності.

В 1961 році був введений в дію новий КПК УРСР. Інститут закриття кримінальної справи значних змін не зазнав, хоча деякі все ж відбулись. Так, зокрема, підставою закриття кримінальної справи було визначено «відсутність події злочину», крім того законодавцем було визначено, що у разі вчинення злочину особою, яка не досягла одинадцятирічного віку, справа щодо цієї особи підлягає закриттю [7]. Вперше було визначено ряд формально-процесуальних підстав для закриття кримінальної справи, зокрема: щодо особи, про яку є вирок по тому ж обвинуваченню, що набрав законної сили або ухвала чи постанова суду про закриття справи з тієї ж підстави (п. 9 ч. 2 ст. 6); щодо особи, про яку є нескасована постанова органу дізнання, слідчого, прокурора про закриття справи по тому ж обвинуваченню (п. 10 ч. 2 ст. 6); якщо про відмову в порушенні справи по тому ж факту є нескасована постанова органу дізнання, слідчого, прокурора (п. 11 ч. 2 ст. 6) [7]. Кодексом також передбачався порядок закриття кримінальної справи за деякими з визначених підстав.

Таким чином, аналіз історичного розвитку інституту закриття кримінальної справи дає підстави стверджувати, що він розвивався не як окреме відносно самостійне правове явище, а як комплексний правовий інститут, оскільки зако-

нодавець на всіх етапах його розвитку пов'язував передумови й порядок з різними підставами, насамперед — звільнення від кримінальної відповідальності, а згодом реабілітуючими та формально-процесуальними підставами, кожного разу ускладнюючи чи навпаки спрощуючи процесуальну форму прийняття такого рішення залежно від конкретних кримінально-правових підстав.

КПК УРСР 1961 року зі змінами та доповненнями діє і на сьогоднішній день. Так, лише щодо норм інституту закриття кримінальної справи внесено близько 50 змін та доповнень. Суттєвого реформування норми про закриття кримінальної справи зазнали після прийняття у 2001 році нового КК України, в якому було закріплено ряд нових підстав звільнення від кримінальної відповідальності.

Так, згідно статистичних даних узагальнення Верховного Суду України, у 2010 році кількість осіб, щодо яких упродовж року провадження у справі було закрито, зменшилась на 29,6 % (в порівнянні з 2009 роком) і становила майже 21,9 тис. осіб. Зокрема, звільнено від кримінальної відповідальності у зв'язку: з примиренням винного з потерпілим майже 4 тис. осіб, або 18 % від числа тих, щодо яких справи закрито; зі зміною обстановки — 3,4 тис. осіб, або 15,4 %; з дійовим каяттям — 3,2 тис., або 14,5 %; з амністією — 2,7 тис. осіб, або 12,3 %; із передачею особи на поруки — 2,1 тис., або 9,4 %. У тому числі у справах публічного обвинувачення було закрито провадження стосовно 19,8 тис. осіб, із них у зв'язку з примиренням винного з потерпілим — 2,5 тис. осіб, або 12,7 %. За відсутності події або складу злочину суди закрили провадження у справах публічного обвинувачення стосовно 50 осіб [8].

Разом з тим в узагальненнях судової практики зазначається про численні порушення та зловживання при застосуванні вказаних норм [9, с. 28–30], що є наслідком недосконалості, непослідовності та взаємосуперечності положень законодавства, численних прогалин в ньому, що в свою чергу призводить до численних порушень прав, свобод та законних інтересів не лише обвинуваченого, підсудного, але й потерпілого у кримінальному процесі.

Таким чином, КПК України й надалі залишається таким, що фактично легалізує усталену практику систематичного та системного порушення прав людини та основних свобод. Стосовно ж інституту закриття кримінальної справи, то він потребує ґрунтовного доопрацювання як щодо законодавчого закріплення нових підстав, так і щодо суб'єктів та порядку закриття кримінальної справи, оскільки ці положення набули широкого застосування у практичній діяльності. Ці та інші обставини зумовили нагальну необхідність прийняття нового КПК України.

На розгляд Верховної Ради України було запропоновано кілька проектів КПК України, ми ж в межах даної статті розглянемо лише декілька з них. Так, проект КПК України № 3456–1 від 19 травня 2003 року [10] зазнав нищівної критики з боку Парламентської Асамблеї Ради Європи. Так, у резолюції ПАРЕ № 1346 (2003) щодо виконання Україною своїх обов'язків та зобов'язань вказується: «Асамблея висловлює своє глибоке занепокоєння щодо повільного прогресу у впровадженні принципів та стандартів Ради Європи органами влади

України, що підтверджується тим фактом, що зазначений проект КПК України в ряді своїх положень є несумісним зі стандартами Ради Європи, гарантованими Європейською конвенцією з прав людини та судовою практикою Європейського суду з прав людини» [11]. У висновку Головного науково-експертного управління критиці піддано низку положень, в тому числі і стосовно інституту закриття кримінальної справи, зокрема вказується на необхідність законодавчого вирішення питання про порядок припинення кримінального переслідування у випадках, коли Верховна Рада України не надає згоди на притягнення Президента України, судді чи народного депутата України до кримінальної відповідальності [12]. Вказаний проект був підготовлений до другого читання, однак 1 грудня 2005 року знятий з розгляду.

Не менш цікавим є проект КПК України № 1233 від 13 грудня 2007 року. В ньому містився розділ під назвою «Підстави і порядок припинення кримінального переслідування», в якому, з огляду на розподіл підстав для закриття кримінальної справи на реабілітуючі, nereабілітуючі та формально-процесуальні, передбачався порядок закриття щодо кожної підстави окремо [13]. Однак і цей проект був підданий критиці Головного науково-експертного управління взагалі, та щодо інституту закриття кримінальної справи зокрема. Так, у його висновку від 8 липня 2008 року обґрунтовувалась неприйнятність норм проекту про відмову прокурора в суді від обвинувачення і закриття у зв'язку з цим кримінальної справи [14].

Зазначений проект зі змінами і доповненнями було включено до порядку денного Верховної Ради України під № 3692-VI від 6 вересня 2011 року [15]. Варто, разом з тим, зауважити що в цій редакції проекту КПК України окремий розділ був відсутнім, а норми щодо закриття кримінальної справи містились в межах параграфу «Форми закінчення досудового розслідування», окрім того виключено було положення про порядок закриття кримінальної справи щодо кожної окремої підстави. Проте і цей проект КПК України знятий з розгляду 13 січня 2012 року.

Очевидно, на сьогоднішній день законодавство у сфері кримінального судочинства потребує суттєвих концептуальних розробок. Прийняття ж нового КПК України стане новим етапом розвитку як кримінально-процесуального законодавства загалом, так й інституту закриття кримінальної справи зокрема.

Таким чином, дослідивши розвиток інституту закриття кримінальної справи від початку XX до початку XXI століття, приходимо до висновку про можливість виокремлення кількох етапів, які характеризуються різним ступенем визначеності підстав та порядку закриття кримінальної справи.

1) розвиток інституту закриття кримінальної справи в законодавстві РРФСР та УРСР з початку 20-х років XX ст. до кінця 50-х років XX ст. (Декрети РНК РРФСР та УРСР 1918–1921 рр., КК УРСР 1922 р. і 1927 р., КПК УРСР 1922 р. і 1927 р.).

Визначений етап характеризується значним розширенням кола підстав для закриття кримінального переслідування. Законодавчо розмежовуються

відсутність події та складу злочину, встановлюється вік особи, до досягнення якого справа щодо цієї особи підлягає закриттю. Закріплюється положення про закриття кримінального переслідування у випадку невстановлення винного, а також за недостатністю зібраних по справі доказів. Значного розвитку та закріплення в цей період набувають спеціальні підстави звільнення від кримінальної відповідальності та закриття кримінальної справи. Разом з тим всі ці підстави лише частково відображені в кодифікованому законодавстві. Крім того, частково визначається порядок закриття кримінальної справи.

2) розвиток інституту закриття кримінальної справи в законодавстві УРСР з кінця 50-х років ХХ ст. до прийняття нового КК України у 2001 р. (КПК УРСР 1960 р.).

Закріплено положення, що у разі вчинення злочину особою, яка не досягла одинадцятирічного віку, справа щодо цієї особи підлягає закриттю. Вперше законодавчо закріплено формально-процесуальні підстави. Визначено порядок закриття кримінальної справи за деякими з підстав.

3) розвиток інституту закриття кримінальної справи в законодавстві України з прийняттям у 2001 р. нового КК України до сьогоднішніх днів.

Відбувається інтенсивний розвиток інституту закриття кримінальної справи. Розширено коло підстав для закриття кримінальної справи. Регламентовано порядок закриття кримінальної справи за цими підставами на різних стадіях кримінального процесу.

Впровадження концептуальних розробок щодо інституту закриття кримінальної справи у ході роботи над новим КПК України та його прийняття розпочнуть новий етап у розвитку інституту закриття кримінальної справи.

### Література

1. Житний О. О. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дієвим каяттям: Монографія / О. О. Житний. — Х.: Вид. НУВСУ, 2004. — 151 с.
2. Уголовный кодекс УССР / В ред. 1922 г. — Х.: Юрид. изд-во наркома УССР, 1922.
3. Уголовно-процессуальный кодекс УССР / В ред. 1922 г. — Х.: Юрид. изд-во наркома УССР, 1922.
4. Уголовно-процессуальный кодекс УССР / В ред. 1927 г. — Х.: Юрид. изд-во наркома УССР, 1927. — 125 с.
5. Тенчов Э. С. Специальные виды освобождения от уголовной ответственности: Учебное пособие / Э. С. Тенчов. — Иваново: Изд-во ГУ, 1982. — 48 с.
6. Сташис В. В. Передача на поруки и некоторые вопросы советского уголовного права / В. В. Сташис // Об усилении роли общественности в укреплении социалистического правопорядка: Материалы республиканской конференции. — Харьков, 1961.
7. Кримінально-процесуальний кодекс України: Закон України від 28 грудня 1960 року // ВВР Української РСР. — 1961. — № 2. — Ст. 15.
8. Узагальнення судової статистики. Верховний Суд України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf>
9. Про практику застосування судами законодавства, що регулює закриття кримінальних справ // Вісник Верховного Суду України. — 2004 р. — № 2. — С. 27–30.
10. Проект Кримінально-процесуального кодексу України № 3456–1 від 19 травня 2003 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=15041](http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=15041)

11. Резолюція 1346 (2003) Парламентської Асамблеї Ради Європи щодо Виконання Україною своїх обов'язків та зобов'язань. Неофіційний переклад (1 жовтня 2003 року). — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.medialaw.kiev.ua/laws/international/67/>
12. Висновок Головного науково-експертного управління від 20 травня 2003 року. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=15041](http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=15041)
13. Проект Кримінально-процесуального кодексу України від 13 грудня 2007 року № 1233. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=31115](http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31115)
14. Висновок Головного науково-експертного управління від 8 липня 2008 року. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=31115](http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31115)
15. Проект Кримінально-процесуального кодексу України, оприлюднений на офіційному сайті Міністерства юстиції України, станом на 1 липня 2011 року. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/0/discuss>

### Анотація

*Крет Г. Р. Генеза інституту закриття кримінальної справи у вітчизняному законодавстві від початку XX до початку XXI століття. — Стаття.*

У статті досліджено розвиток інституту закриття кримінальної справи у законодавстві, що діяло на території України від початку XX до початку XXI століття. На підставі цього автором виокремлено та охарактеризовано основні етапи.

*Ключові слова:* закриття кримінальної справи, підстави для закриття кримінальної справи, звільнення від кримінальної відповідальності.

### Аннотация

*Крет Г. Р. Генезис института прекращения уголовного дела в отечественном законодательстве от начала XX до начала XXI века. — Статья.*

В статье исследовано развитие института прекращения уголовного дела в законодательстве, которое действовало на территории Украины от начала XX до начала XXI века. На основании этого автором выделены и охарактеризованы основные этапы.

*Ключевые слова:* прекращение уголовного дела, основания для прекращения уголовного дела, освобождение от уголовной ответственности.

### Summary

*Kret G. R. Genesis of institute of closing the criminal case is in a domestic legislation from the beginning XX to the beginning of XXI of century. — Article.*

The article examines Genesis of institute of closing the criminal case is in a domestic legislation that operated on territory of Ukraine from the beginning XX to beginning of XXI of century. On this basis, the author singled out and described the main stages.

*Keywords:* closing the criminal case, foundation is for closing the criminal case, liberation from criminal responsibility.



**ОБ'ЄКТ КОНКУРЕНЦІЇ ПРИ ПРИЗНАЧЕННІ ПОКАРАННЯ**

**Постановка проблеми.** Велика кількість визначень поняття конкуренції, що існує в спеціальній літературі, створює проблему співвідношення таких понять, як конкуренція норм, конкуренція статей, конкуренція законів, конкуренція складів злочинів, а також доцільність їх існування як таких — самостійних термінів, оскільки вони відображають сутність однієї і тієї ж дефініції.

**Метою** цієї статті є висвітлення основних підходів, які існують в теорії кримінального права щодо визначення об'єкта конкуренції, та їх детальний аналіз.

**Стан дослідження.** Найбільше уваги питанням, що пов'язані із об'єктом конкуренції, приділяли такі науковці, як В. О. Навроцький та І. В. Красницький. Окремі аспекти цієї проблематики розглядалися в роботах Є. В. Благова, О. К. Маріна, К. С. Хахуліної, В. Б. Шакіна та інших.

**Виклад основних положень.** Вищенаведена проблема зводиться до вирішення запитання: що виступає об'єктом конкуренції в кримінальному праві? На думку вчених-криміналістів, які досліджували це питання, таким об'єктом може бути норма права, стаття, нормативно-правовий припис, кримінально-правове положення, закон чи склад злочину. Можливі і інші підходи, але це основні, на які варто звернути увагу.

Прихильниками позиції, згідно із якою конкуренція виникає між складами злочинів, виступають А. С. Нікіфоров [18, с. 66, 67] та Т. А. Леснієвські-Костарева. Зокрема, Т. А. Леснієвські-Костарева зазначає, що конкуренція складів злочинів — це ситуація, коли один злочин підпадає під ознаки двох норм кримінального закону, які з різним ступенем узагальнення і різною повнотою описують вчинене, але застосуванню підлягає лише одна норма [24, с. 94]. Подібної позиції притримується В. М. Кудрявцев. Так, досліджуючи питання кваліфікації злочинів при конкуренції, автор розглядає проблему, пов'язану із встановленням відмінності між конкуруючими складами злочинів та суміжними складами. Проте вже в наступному абзаці роботи дослідник вживає термін не «конкуренція складів злочинів», а «конкуренція норм». Отже, як бачимо, В. М. Кудрявцев отожднює терміни «конкуренція норм» і «конкуренція складів злочинів» [12, с. 245, 246]. Однак справедливо такий підхід заперечується в кримінально-правовій літературі. Зокрема, В. Б. Шакін з цього приводу відзначає, що конкуренція за своєю суттю є проблемою, що має місце при застосуванні права, а якщо бути більш точним, то при застосуванні норм права, а не складів злочинів [28, с. 15]. К. С. Хахуліна з цього приводу приходить до висновку, що самі склади злочинів застосовуватись не можуть, а застосуванню підлягають лише норми, що їх містять [27, с. 87]. Близьку до названих позицій займає і О. К. Марін. На думку автора, в конкуренції можуть знаходитися норми, які підлягають застосуванню, а не склади злочинів, які не застосову-

ються. Натомість останні, підкреслює вчений, є підставою кримінальної відповідальності і, відповідно, передумовою застосування кримінально-правової норми [15, с. 69].

Заперечуючи дану точку зору, відповідно до якої об'єктом конкуренції виступає склад злочину, В. О. Навроцький вказує, що склад злочину — це абстрактна модель посягання, ознаки якої закріплені в кримінальному законі. На думку вченого, склад кожного злочину також індивідуальний і відрізняється від інших складів принаймні однією ознакою. Тому склади злочинів, як зазначає автор, не можуть конкурувати, вони підлягають лише розмежуванню між собою [17, с. 388].

Доповнюючи вищенаведене, варто звернути увагу на твердження А. Г. Прохоренко. Досліджуючи питання співвідношення понять «злочин» та «склад злочину», автор приходить до висновку, що склад злочину є інструментом пізнання людської поведінки, бо саме через склад злочину описується не тільки злочинна поведінка винної особи, а й існує можливість сприйняття вчиненого діяння як злочину [20, с. 288].

Таким чином, склад злочину — це сукупність ознак, які характеризують певне діяння та за наявності яких воно визнається злочином. Тому склад злочину не можна вважати об'єктом конкуренції, оскільки він не застосовується у процесі правозастосування та виступає лише як абстрактна модель для злочинної поведінки.

Невдалим, на наш погляд, видається й інший підхід, відповідно до якого у відношення конкуренції між собою вступають цілі закони [2, с. 40; 6, с. 21; 22, с. 546, 547; 26, с. 267]. Ця позиція є неправильною з огляду на те, що закони в цілому конкурувати не можуть, оскільки в одному законі містяться декілька структурних елементів, які спрямовані на регулювання різних питань. А як відомо, при конкуренції її об'єкти спрямовані на врегулювання одного і того ж питання. Тому саме у зв'язку з цим конкурувати можуть лише окремі частини закону (а якщо бути більш точним, то їхній зміст), і, більше того, кримінальний закон лише один, адже згідно із ч. 1 ст. 3 КК України законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальноновизнаних принципах і нормах міжнародного права, а для того, щоб стверджувати наявність конкуренції між законами, їх потрібно як мінімум два.

З позиції В. О. Навроцького, об'єктом конкуренції пропонується визнавати статті кримінального закону (їх частини, пункти). Саме щодо них, як зазначає автор, виникає проблема вибору — визначення того, яку із них застосувати до конкретного діяння [17, с. 388]. Підтримує такий підхід і О. П. Горпенюк [7, с. 10, 11].

Однак така позиція також видається не зовсім переконливою, оскільки у відношення конкуренції вступають не статті, а кримінально-правові норми. Такий підхід є загальноприйнятим як в теорії права, так і в науці кримінального права. Проте науковці, які притримуються такого підходу [1; 5; 9; 13, с. 121], в основному лише вказують на те, що існує конкуренція норм, не обґрунтову-

ючи, що вона виникає саме між нормами та не заперечуючи її неможливість виникнення між статтями, законами чи складами злочинів.

У зв'язку з тим, що В. О. Навроцький обґрунтовує свою позицію та заперечує інші, в тому числі і ту, згідно із якою конкурують між собою норми і якої притримуємось ми, пропонуємо розглянути її детальніше. Так, дослідник вважає, що кожна правова норма (як юридичний феномен, що виражає суть правила поведінки) індивідуальна і відрізняється від інших однією чи кількома ознаками. Тому діяння не може охоплюватися одночасно кількома нормами. Таке «охоплення», на думку автора, — результат недостатньо вдалого викладення норм в законі, використання в ньому термінів, які різні за об'ємом, допускають неоднозначне тлумачення, внаслідок чого виникає ілюзія тотожності кількох норм чи того, що діяння охоплюється одночасно двома чи більше нормами. Насправді ж кожне діяння, як зазначає вчений, може підпадати під ознаки лише однієї норми [17, с. 386, 387].

Проте вищенаведене підлягає спростуванню з огляду на наступне: родовим поняттям для конкуренції виступають нетипові ситуації правозастосування, де останні виникають у процесі правозастосування, тобто конкуренція як правове явище виникає між нормами права, а не між статтями, оскільки норма права є об'єктом правозастосування, а відповідно і об'єктом конкуренції.

Такий висновок підтверджується і тим, що норма права — це загальнообов'язкове правило, встановлене (санкціоноване) та забезпечене державою (державами) з метою регулювання, охорони та захисту суспільних відносин [14, с. 156], а стаття — це структурна частина тексту певного джерела права, що є словесно-документальною формою вираження норми права [14, с. 186]. Таким чином, ці два поняття співвідносяться між собою як філософські категорії «зміст» і «форма», де змістом є норма права, а формою — стаття. Тому очевидно, що форма конкурувати не може, а конкурує зміст, який встановлює правило поведінки, що регулює конкретні суспільні відносини. Стаття ж використовується лише для того, щоб застосування норм права було зрозумілим та доступним, оскільки не можливо собі сьогодні уявити ситуацію, коли в джерелі права, і в кримінальному законі в тому числі, не було б структурних елементів, де відсутність останніх ускладнило б, а то й унеможливило б правозастосування. Крім цього, стаття виступає лише як структурний елемент Кримінального кодексу України, а тому очевидно, що структурні елементи самі по собі між собою конкурувати не можуть.

Ще один аргумент, який пропонує В. О. Навроцький на підтвердження своєї позиції, є те, що кримінально-правова норма — це правило, викладене одночасно в статтях як Загальної, так і Особливої частини кримінального законодавства, а ознаки складу злочину закріплені в обох частинах КК. При цьому, як зазначає автор, положення Загальної частини поширюються на всі (за деякими виключеннями) статті Особливої частини КК [17, с. 287].

На нашу думку, для спростування цієї аргументації вдалим є твердження А. Г. Прохоренко про те, що злочин і склад злочину детермінують одне й те ж реальне явище, характеризуючи його як з зовнішньої сторони (злочин),

так і з внутрішньої сторони (склад злочину). Автор робить висновок, що вони співвідносяться між собою як форма і зміст [20, с. 288]. На підставі цього ми вважаємо, що склади злочинів, які викладені в статтях Особливої частини КК України, є самостійними кримінально-правовими нормами, так само як і конкретні положення Загальної частини КК, оскільки неможливо, щоб кожна норма Особливої частини КК включала в себе всі положення Загальної частини, тобто Загальна частина була б елементом кримінально-правової норми Особливої частини КК. Крім цього, ознаки складу злочину, які закріплені в Особливій частині КК, вже є самостійною нормою, а «злочин» виступає лише як парадигма, певна модель для всіх складів злочинів, тобто становить їхню форму. Тому злочин і склад злочину детермінують одне й те ж правове явище, але тільки з різних сторін. Підтверджується такий висновок і в теорії права. Так, О. Ф. Скаун для того, щоб пояснити такий феномен, згідно із яким норми Загальної частини, як правило, поширюються на норми Особливої частини, виділяє загальнозакріплені норми, або норми-начала. Це норми, що містять положення, які закріплюють первинні основи суспільного і державного ладу; в узагальненому вигляді виражають певні елементи регульованих відносин. Розвиток цього різновиду норм, як зазначає автор, пов'язаний з ростом законодавчої культури, законодавчих узагальнень, із «винесенням за дужки» деяких загальних моментів. До прикладу таких норм дослідник відносить норми загальної частини кримінального права, які вказують на певні однакові ознаки злочину, покарання, умови звільнення від покарання та ін. [22, с. 282, 283]. Подібне можна зустріти і в підручнику П. М. Рабіновича, де автор за роллю, призначенням у правотворчості розділяє норми на первинні і похідні (доповнюючі, конкретизуючі, деталізуючі) [21, с. 132]. І такими доповнюючими нормами якраз і виступають норми Загальної частини КК України.

Не заперечуючи підходу В. О. Навроцького за змістом, І. В. Красницький вважає його недосконалим за формою з таких міркувань. По-перше, при такому підході залишається відкритим питання про можливі варіанти конкуренції. Що з чим конкурує? Лише статті зі статтями, чи також з частинами і пунктами? Очевидно, що варіанти конкуренції можуть бути різноманітними. Конкурувати можуть і статті зі статтями (наприклад, між ст. 116 та ст. 118 КК України), частини зі статтями (ч. 1 ст. 115 КК України та ст. 117 КК України), пункти зі статтями (п. 5 ч. 2 ст. 115 КК України та ст. 116 КК України і в той же час обоє конкурують з ч. 1 ст. 115 КК України). Конкурувати, як зазначає автор, безперечно, можуть і частини з частинами, причому як однієї, так і різних статей Особливої частини КК України. Однак не можуть конкурувати між собою, принаймні на сьогоднішній час, пункти статей Особливої частини. Такі на сьогодні є лише у ч. 2 ст. 115 КК України, а за загальним правилом, за наявності ознак декількох пунктів, передбачених ч. 2 ст. 115 КК України, у винуватості ставляться всі, і це відображається у формулі кримінально-правової кваліфікації.

По-друге, не завжди у ситуації конкуренції перебуває вся стаття, частина, пункт. Наприклад, у випадку вчинення вбивства жінки, яка завідомо для вин-

ного перебувала у стані вагітності у стані сильного душевного хвилювання, зі ст. 116 КК України конкурує не весь п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України, а лише та його частина, що стосується такої ознаки, як «вбивство жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності».

По-третє, дослідник стверджує, якщо прослідкувати позицію В. О. Навроцького до кінця, то вона дещо непослідовна. Одним з видів конкуренції вчений називає «конкуренцією статей, які передбачають загальну та спеціальну норму». З такого твердження І. В. Красницький робить декілька висновків. Найперше автор стверджує, що вся норма передбачається статтею Особливої частини КК України. Однак це не узгоджується, принаймні, з висловленою ним раніше позицією, що кримінально-правова норма — це правило, яке викладене одночасно в статтях як Загальної, так і Особливої частини кримінального законодавства. Другий, що такий вид конкуренції стосується лише статей (а не частин, пунктів), хоча очевидно, що перебувати у відносинах конкуренції можуть, і найчастіше перебувають, саме частини статей Особливої частини КК України [11, с. 255, 256].

Поряд з тим І. В. Красницький заперечує підхід, у відповідності до якого об'єктом конкуренції виступає кримінально-правова норма, і на підтримання з цього приводу позиції В. О. Навроцького автор вважає, що слід додати і те, що питання про межі кримінально-правової норми у кримінально-правовій науці не вирішено і навряд чи буде вирішено у найближчий час. Дискусійними, як зазначає автор, є питання: чи стаття Особливої частини КК України, яка має декілька частин, — це одна норма, чи кожна частина окрема норма? Якщо у певній частині статті Особливої частини КК України передбачено декілька альтернативних форм вчинення злочину, — це одна норма чи декілька? Якщо у певній частині статті Особливої частини КК України передбачено декілька кваліфікуючих ознак — це одна норма чи декілька; окремі пункти частини статті Особливої частини КК України це окремі норми чи ні? Тому, узагальнюючи викладене, І. В. Красницький приходить до висновку, і як вихід з ситуації, пропонує об'єктом конкуренції вважати «положення кримінального закону». Відтак, на думку вченого, для позначення ситуації в правозастосуванні, коли вчинене особою діяння одночасно охоплюється декількома положеннями кримінального закону, з яких застосуванню підлягає лише одне, іменувати «конкуренцією положень кримінального закону» [11, с. 254–257].

Як бачимо, додатковим аргументом І. В. Красницького на підтвердження неможливості визнання об'єктом конкуренції правову норму є те, що в теорії кримінального права, щодо розуміння останньої, немає єдиної точки зору. Для спростування цього аргументу, на наш погляд, найбільш вдалим буде дати відповідь на поставлені автором запитання. В основу нашого розуміння кримінально-правової норми, яка закріплена в Особливій частині КК України, ми беремо такий критерій, як санкція статті (санкція частини статті) Особливої частини КК України. Тобто норма Особливої частини включає санкцію статті (санкцію частини статті), яка є зовнішньою формою виразу санкції кримінально-правової норми, і відповідний склад злочину, який фактично ви-

ступає підставою застосування санкції, а тому з огляду на це є гіпотезою у відповідній кримінально-правовій нормі Особливої частини КК України. Хоча в спеціальній літературі зазначається, що кримінально-правова норма складається із диспозиції та санкції, де гіпотеза зливається із диспозицією в єдиний елемент [4, с. 40, 41], або більш поширена позиція, згідно із якою норма кримінального права складається із гіпотези та диспозиції, яку іноді називають санкцією [8, с. 227; 10; 16, с. 117]. На підставі цього ми даємо наступні відповіді на поставлені І. В. Красницьким питання: 1) чи стаття Особливої частини КК України, яка має декілька частин, — це одна норма, чи кожна частина окрема норма? На нашу думку, кожна частина виступає самостійною кримінально-правовою нормою, адже, як було зазначено вище, санкція статті (санкція частини статті) Особливої частини КК України є зовнішньою формою виразу санкції однієї кримінально-правової норми, а тому в сукупності із ознаками складу, що закріплені у відповідній частині, вони утворюють єдину норму кримінального права; 2) якщо у певній частині статті Особливої частини КК України передбачено декілька альтернативних форм вчинення злочину, — це одна норма чи декілька? Це одна норма, оскільки санкція за вчинення кожної із декількох альтернативних форм об'єктивної сторони одна і потенційно суд може обрати будь-яку міру покарання за вчинення будь-якої із цих норм; 3) якщо у певній частині статті Особливої частини КК України передбачено декілька кваліфікуючих ознак — це одна норма чи декілька? 4) окремі пункти частини статті Особливої частини КК України це окремі норми чи ні? Відповідь на третє і четверте запитання така ж, як і на друге, оскільки санкція одна, значить і норма одна. Якщо ж піти іншим шляхом і говорити про можливість існування в одній частині декількох норм, то виходить ситуація, при якій санкція статті (санкція частини статті) Особливої частини КК України буде одночасно зовнішньою формою виразу декількох кримінально-правових норм, що, очевидно, є неправильним, адже не може бути так, що один структурний елемент (санкція) цілого (норма права) одночасно є таким елементом для декількох об'єктів, тобто одна спільна санкція для декількох кримінально-правових норм.

Що стосується твердження І. В. Красницького, відповідно до якого об'єктом конкуренції виступає кримінально-правове положення, то з таким навряд чи можна погодитись, з огляду на те, що автор пропонує нове кримінально-правове явище, не розкриваючи його зміст. У зв'язку з цим виникає питання: що таке кримінально-правове положення? Можливо, дослідник має на увазі нормативно-правовий припис, оскільки в теорії права такий розглядається як об'єкт конкуренції. Зокрема, Л. А. Луць вказує, що при правозастосуванні (на її думку, — застосуванні нормативно-правових приписів) виникає нормативно-правова конкуренція, тобто конкуренція нормативно-правових приписів [14, с. 283], де під останнім автор розуміє логічно і граматично завершене та об'єктивоване судження, що має загальнообов'язковий характер [14, с. 186]. Досліджуючи питання конкуренції на дисертаційному рівні, А. Е. Арзуманян в довільному порядку вживає то «конкуренція норм», то «конкуренція приписів» [1].

Проте і такий підхід підлягає спростуванню, оскільки припис і норма співвідносяться між собою як форма і зміст. Тому вдалим з цього приводу є твердження, що наводиться у філософському словнику за редакцією В. І. Шинкарука щодо співвідношення таких понять, як зміст і форма, де останні розглядаються як категорії матеріалістичної діалектики, що відображають діалектичну єдність суттєвих сторін, явищ дійсності як певних систем у процесі їхнього функціонування і розвитку, сукупності елементів і процесів, притаманних системі, та способу їхньої організації. Зміст і форма об'єктивно не існують ізольовано, безвідносно до їхнього взаємозв'язку в певній системі. Елементи і процеси, притаманні системі, є її змістом лише як такі, що існують у певній формі (поза формою ці елементи і процеси не є змістом), а форма є завжди формою певного змісту, його внутрішньою структурою і зовнішнім виразом (відповідно виступаючи як внутрішня і зовнішня форма). Єдність змісту і форми є відношенням їхнього взаємопроникнення, але сторони цього взаємовідношення не рівноправні. У діалектичній єдності змісту і форми визначальним є зміст. Форма не приєднується до змісту якимось зовнішнім чином, а являє собою продукт саморозвитку змісту, його певний аспект. Водночас вона не є простим наслідком змісту, не пасивна щодо нього. Як організація змісту, форма в певному розумінні створює зміст. Отже, зміст і внутрішня форма — взаємопов'язані сторони єдиного процесу самоформування змісту, що переходять одна в одну. Зовнішня форма є продуктом подвійної детермінації — процесу самоформування змісту даної системи та її взаємодії з умовами. У цьому процесі форма відіграє подвійну роль: як відносно стійкіша сторона, вона протистоїть безперервним змінам змісту і водночас втілює в собі ці зміни, створюючи умови для розвитку змісту [25, с. 211, 212].

Підтверджується такий висновок і в теорії права. Так, П. М. Рабінович зазначає, що стаття нормативно-правового акта може виступати зовнішньою формою як юридичної норми, так і юридично-нормативного припису, за допомогою якого ця норма «організовується», будується. Такий припис, як стверджує автор, будучи первинною клітиною змісту законодавства, не може відображати менше двох структурних елементів юридичної норми — або гіпотези й диспозиції, або ж гіпотези і санкції. Крім цього, вчений відзначає, що в структуру або внутрішню форму правової норми входять гіпотеза, диспозиція і санкція [21, с. 129–131]. Близьку до названої позиції займає Н. М. Порхоменко. Досліджуючи проблему співвідношення таких понять, як «система права» і «система джерел права», які відповідно виступають родовими поняттями для таких категорій, як «норма права» і «нормативно-правовий припис», автор вказує, що система права відображає об'єктивні закономірності суспільного розвитку, і від ступеня цієї об'єктивності залежить зміст системи джерел права та ефективність їх реалізації. Відтак, як зазначає вчений, система права відповідає філософській категорії «зміст» і становить внутрішню структуру права відповідно до характеру регульованих ним суспільних відносин. Система джерел права, як вдало підкреслює науковець, відповідає категорії «форма» і становить сукупність формально-юридичних джерел права. На підставі цього дослід-

ник приходять до висновку, що норми права, виражені в нормативно-правових приписах та формалізовані у джерелах права, є для правової системи її системотворюючим елементом, стрижнем, який об'єднує навколо себе складові, що входять до неї [19, с. 14].

Існує в теорії кримінального права і думка про те, що у відношення конкуренції вступає не норма в цілому, а її окремі елементи [3, с. 54]. Однак така позиція є неприйнятною з огляду на те, що юридичною підставою відповідної діяльності вступає норма права в цілому, її поділ на окремі елементи відбувається лише в ході теоретичного аналізу, а не у зв'язку з правозастосовною діяльністю [17, с. 387, 388].

**Висновки.** Таким чином, ми робимо остаточний висновок про співвідношення таких понять, як кримінально-правова норма, нормативний припис і стаття кримінального закону, які співвідносяться між собою, відповідно, як зміст (норма права), внутрішня форма (припис) і зовнішня форма (стаття). А тому, з огляду на це, у відношення конкуренції вступає зміст, тобто об'єктом конкуренції взагалі, і під час призначення покарання зокрема, вступає норма права.

### Література

1. Арзуманян А. Э. Конкуренция норм российского права: Вопросы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Арам Эдвардович Арзуманян. — Саратов, 2009. — 191 с.
2. Басай В. Д. Короткий словник кримінально-правових термінів / В. Д. Басай, П. Л. Фріс, І. П. Фріс. — Івано-Франківськ: Плай, 1999. — 112 с.
3. Благоев Е. В. Квалификация преступлений: (теория и практика) / Е. В. Благоев. — Ярославль: Яросл. гос. ун-т, 2003. — 211 с.
4. Брайнин Я. М. Уголовный закон и его применение / Я. М. Брайнин. — М.: Юрид. лит., 1967. — 240 с.
5. Гарманов В. М. Конкуренция уголовно-правовых норм при назначении наказания: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Гарманов Виктор Михайлович. — Тюмень, 2002. — 205 с.
6. Герцензон А. А. Квалификация преступлений / А. А. Герцензон. — М.: РИО ВЮА, 1947. — 112 с.
7. Горпинюк О. П. Кримінально-правова охорона інформаційного аспекту приватності в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право і кримінологія; кримінально-виконавче право» / О. П. Горпинюк. — Львів, 2011. — 18 с.
8. Дмитрук М. «Мертві норми» КК України: спроба наукового пояснення поняття та причин виникнення / М. Дмитрук // Право України. — 2010. — № 6. — С. 226–232.
9. Иногамова-Хегай Л. В. Конкуренция норм уголовного права: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / Иногамова-Хегай Людмила Валентиновна. — Москва, 1999. — 333 с.
10. Корнута Р. Загальнотеоретичні особливості структури норми кримінального права / Р. Корнута // Право України. — 2008. — № 11. — С. 72–76.
11. Красницкий И. В. Про об'єкт конкуренції при застосуванні кримінального закону / І. В. Красницкий // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20–21 травн. 2011 р. / редкол.: Г. Є. Болдари, А. О. Данилевський, О. О. Дудоров та ін.; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. — Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2011. — С. 253–257.
12. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений / В. Н. Кудрявцев. — М.: «Юридическая литература», 1972. — 352 с.
13. Кузнецова Н. Ф. Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / Науч. ред. и предисл. академика В. Н. Кудрявцева. — М.: Издательский Дом «Городец», 2007. — 336 с.



14. Луць Л. А. Загальна теорія держави та права: Навчально-методичний посібник (за кредитно-модульною системою) / Л. А. Луць. — К.: Атіка, 2008. — 412 с.
15. Марін О. К. Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм / О. К. Марін. — К.: Атіка, 2003. — 224 с.
16. Мельник М. Кримінально-правова норма чи соціальна аномалія? / М. Мельник // Право України. — 2004. — № 9. — С. 115–119.
17. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник. / В. О. Навроцький. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 704 с.
18. Никифоров А. С. Совокупность преступлений / А. С. Никифоров. — М.: Юрид. лит., 1965. — 132 с.
19. Порхоменко Н. М. Джерела права: теоретико-методологічні засади: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук: за спец. 12.00.01 — теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / Н. М. Порхоменко. — Київ, 2009. — 35 с.
20. Прохоренко А. До питання про співвідношення понять «злочин» та «склад злочину» / А. Прохоренко // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XIV регіональної науково-практичної конференції. 6 лютого 2008 р. — Львів: Юрид. фак. ЛНУ ім. Івана Франка, 2008. — С. 287, 288.
21. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави. Навч. посібник / П. М. Рабінович. — Вид. 9-те, зі змінами. — Львів: Край, 2007. — 192 с.
22. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: Підручник / Пер. з рос. // О. Ф. Скакун. — Харків: Консум, 2001. — 656 с.
23. Словарь по уголовному праву / Отв. ред. проф. А. В. Наумов. — М.: БЕК, 1997. — 702 с.
24. Уголовное право. Словарь-справочник/ Автор-составитель — доктор юридических наук Т. А. Лесниевски-Костарева. — М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2000. — 432 с.
25. Філософський словник / За ред. В. І. Шинкарука. — 2 вид. доп. і перероб. — К.: Голов. ред. УРЕ, 1986. — 800 с.
26. Франц фон-Лист. Учебник уголовного права. Общая часть. / Франц фон-Лист; разрешенный авт. пер. с 12 перераб. изд. Ф. Ельяшевича. — М.: Тов-во типографии А. И. Мамонтова, 1903. — 334 с.
27. Хахулина К. С. Конкуренция уголовно-правовых норм и ее преодоление в процессе их применения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Хахулина Капиталина Степановна. — Казань, 1984. — 205 с.
28. Шакин В. Б. Преодоление конкуренции уголовно-правовых норм при квалификации преступлений: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Шакин Виталий Борисович. — М., 2004. — 206 с.

### Анотація

**Кричківський О. М. Об'єкт конкуренції при призначенні покарання. — Стаття.**

В статті розглянуто основні підходи щодо визначення об'єкта конкуренції. Проведено аналіз кожного із них та наведено аргументи для спростування більшості із таких підходів. Обґрунтовується позиція, згідно із якою об'єктом конкуренції взагалі і під час призначення покарання зокрема виступає норма права.

**Ключові слова:** об'єкт конкуренції, норма права, склад злочину, стаття, припис.

### Аннотация

**Кричковский О. М. Объект конкуренции при назначении наказания. — Статья.**

В статье рассмотрены основные подходы к определению объекта конкуренции. Проведен анализ каждого из них и приведены аргументы для опровержения большинства из них. А также обосновывается позиция, согласно которой объектом конкуренции вообще и при назначении наказания в частности выступает норма права.

**Ключевые слова:** объект конкуренции, норма права, состав преступления, статья, предписание.

### Summary

*Krychkiivskyi O. M. The object of rivalry at punishment appointment. — Article.*

The article provides the main approaches to defining the object of the rivalry. There is a conducted analysis of each of them and provided arguments for refutation of most of them. There is an established position according to which the object of the rivalry in general and during punishment appointment is legal standard.

*Keywords:* The object of rivalry, legal standard, components of crime, article, legal provision.

УДК 343.241:343.162

*А. С. Макаренко*

### КРИМІНАЛЬНО-ПРОВА ХАРАКТЕРИСТИКА СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ: ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ

Суддівський розсуд при призначенні покарання як міра свободи вибору існує у певних межах, встановлених кримінальним законом. У рамках цих меж суддя вправі призначати покарання на власний розсуд. Нерідко дискреційність норм, їх невизначеність призводить до такого феномену соціальної дійсності, як зловживання правом. Так, одну особу за вчинення певного злочину суддя може засудити до позбавлення волі на строк, наприклад, 5 років, а іншу за такого ж випадку звільнити від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 Кримінального кодексу України (далі — КК України). І в першому, і в другому випадках суддя діє у правових межах. Однак за такої практики застосування кримінального закону виникає дисбаланс у регулюванні суспільних відносин, в однієї особи занадто суворе покарання може викликати відчуття образи, навіть злоби, несправедливості, недовіри у законність і правосуддя. А занадто м'яке покарання спроможне зумовити як у самого злочинця, так і в інших осіб відчуття безкарності. І це відчуття не стримає від вчинення нових злочинів, і не породить поваги до закону, акту правосуддя, іміджу судової складової влади. І, звичайно, не досягне цілі покарання — попередження вчинення нових злочинів.

Узагалі такий інститут як «зловживання правом» донедавна досліджувався вченими-фахівцями з цивільного, цивільного процесуального і частково — кримінального права, і пов'язаний зі зловживанням конкретно приватною особою своїм суб'єктивним правом з метою заподіяння шкоди іншим суб'єктам відносин. Так, окремі аспекти проблеми зловживання правом були об'єктом дослідження таких науковців: М. Агаркова, М. Бару, С. Братуся, С. Вільнянського, О. Волкова, Г. Гаджиева, В. Грибанова, В. Доманжо, Н. Дурново, С. Зайцевої, С. Максименка, Н. Малєїна, О. Малиновського, І. Новицького, В. Рясенцева, Л. Петражицького, І. Покровського, Т. Полянського, М. Самойлова, І. Сеннікова, Г. Смірної, І. Советнікова, О. Сухорукова, В. Тархова, В. Тулякова, К. Тулякової, М. Тулякової, О. Хміль, А. Юдіна та ін. Певні на-

працювання з дослідження зловживання у публічно-правовій сфері зроблені вченими-конституціоналістами (Ф. Веніславський, В. І. Крусс). Зловживання ж правом у кримінально-правовій сфері, зокрема при призначенні суддею покарання за власним розсудом, практично не вивчалось. Певні напрацювання мають у дослідженнях вітчизняних теоретиків права [1, с. 760–765]. А тому метою цього дослідження є розкрити кримінально-правову характеристику суддівського розсуду як зловживання правом з метою надання певних пропозицій до врегулювання такого інституту.

Сучасна наукова доктрина у питаннях зловживання правом характеризується плюралізмом підходів до визначення сутності цього складного явища. Деякі правові дослідники взагалі висловлювались проти існування категорії зловживання правом. Так, М. М. Агарков, спираючись на тезу Планіоля, згідно з якою здійснення права не може бути протиправним, вважає, що ті дії, які називають зловживання правом, насправді здійснені за межами права [2, с. 427]. Отже, поведінка особи має визнаватися протиправною, але не зловживанням, оскільки особа, виходячи за межі наданого їй права, не вважається такою, що здійснює своє право. Така позиція вченого є обґрунтованою, якщо брати до уваги, що зловживання правом він розглядає як реалізацію (здійснення) права поза його межами, а не всупереч його призначенню [3, с. 43].

За визначенням О. В. Волкова, зловживання цивільним правом — це особливий вид цивільного правопорушення, пов'язаного з умисним виходом уповноваженої особи у ситуації правової невизначеності за внутрішні межі (сенси, призначення) суб'єктивного цивільного права (які визначаються у тому числі критеріями розумності і добросовісності) для досягнення своєї незаконної скритої цілі з використанням формалізму і недоліків цивільного права, як-то: абстрактність, вузькість, прогалини, застереження, помилки, протиріччя правових норм і договірних умов і т. п. [4, с. 9]. Тому традиційно проблема зловживання правом розглядалася у рамках цивілістичної науки і пов'язувалася з діями приватних осіб. А отже, передбачалося, що посадова особа не наділена суб'єктивними правами, а тому не може ними зловживати. Однак така позиція є односторонньою і не відображає всієї специфіки правової дійсності. Проблема бачиться, як уявляється, у вузькому трактуванні у першу чергу поняття «суб'єктивних прав». У цьому зв'язку правильно зазначає О. О. Маліновський, що історично склалося так, що проблема сутності зловживання правом складається з двох взаємозалежних частин, які водночас є самостійними. Перша частина проблеми — це зловживання громадянами своїми суб'єктивними правами. Друга частина стосується зловживання владою, тобто тими правами і обов'язками, якими відповідно до чинного законодавства наділені посадові особи для реалізації завдань і функцій держави [5, с. 11]. Носії публічно-владних повноважень, у т. ч. і судді при призначенні покарання, як правило, зловживають не своїми суб'єктивними правами, а закріпленими за ними повноваженнями (сукупністю прав і обов'язків), своєю компетенцією у процесі правозастосування. Розсуд у призначенні міри покарання є нічим іншим, як повноваженням судді, його правом і обов'язком у виборі варіанту рішення у межах закону. Слушно

ззначає В. Крусс, що «основними» формами зловживання правом слід визнати зловживання правами і свободами людини та — у дзеркальному переломленні публічно-владної компетенції — зловживання повноваженнями, що опосередковують правокористування [6, с. 641]. Зловживати можна практично будь-яким суб'єктивним правом, і вже тим більше владою, коло суб'єктів зловживання є необмеженим [7, с. 19]. Таким чином, під суб'єктивним правом у контексті досліджуваної проблематики необхідно розуміти не тільки різноманітні права і свободи, але і взагалі всі юридичні обов'язки, у т. ч. у вигляді владних прерогатив, які може використовувати уповноважена на те особа. Тобто інститут зловживання права є міждисциплінарним. Тому необхідно встановлювати чіткі критерії розмежування дійсно правомірного використання юридичного інструментарію від зловживання ним. Дана обставина більш чим актуальна по відношенню до такого неоднозначного явища, як суддівський розсуд, адже останній представляє собою певну свободу, якою і можна зловживати.

Поширеною є позиція вчених, які розглядають зловживання в якості різновиду протиправного діяння. На думку А. Ф. Текаєва, зловживання — суть різновиду правопорушення, хоча не кожне правопорушення є зловживанням [8, с. 113]. Не оспорюючи останнього висновку, необхідно відмітити, що зловживання правом, на відміну від правопорушення, передбачає поведінку, яка не порушує правової норми. Зловживання правом «завжди зовні спирається на суб'єктивне право і формально не порушує об'єктивне право» [9, с. 118]. У цьому зв'язку дослідження сутності зловживання у кримінальному праві на аналіз природи поведінки (протиправна, правомірна тощо) актуалізується, адже КК України закріплює особливий вид зловживання правом як протиправний, а саме діяння, передбачене ст. 364 КК, — зловживання владою або службовим становищем. Так, обґрунтованою є позиція О. Ф. Скакун, яка виділяє два види зловживання правом: 1) такий, що не характеризується явною протиправністю. У цьому випадку зловживання правом виражається у соціально шкідливій поведінці уповноваженої особи, яка спирається на належне їй суб'єктивне право; 2) такий, що характеризується явною протиправністю, тобто такий, що належить до розряду правопорушень. У такому разі зловживання правом виражається у виході особи за межі встановленого законом обсягу суб'єктивного права, що спричиняє перекручення призначення права [10, с. 428]. Крізь призму сутнісно-змістовної характеристики суддівського розсуду злочинна (протиправна) поведінка як така (зловживання владою або службовим становищем, інші злочини у сфері суддівського правозастосування — ст.ст. 371, 372, 375 КК тощо) не можуть бути характеристикою суддівського розсуду з огляду на наступне. Суддівський розсуд при призначенні покарання та, взагалі, у кримінальному праві існує тільки у визначених законом межах. Діяльність, яка пов'язана з виходом за ці межі, вже не є реалізацією суддівського розсуду, а є відображенням суддівського свавілля, беззаконності, протиправності (злочину).

Дійсно, будь-яке суб'єктивне право (повноваження) мають свої межі — можливої (розсуд як право) та належної (розсуд як обов'язок) поведінки. У разі виходу за встановлені законом межі неможливий сам термін «зловживання».

А. Є. Наумов правильно зазначає, що причиною відхилення реальної поведінки суб'єктів від приписів норм права часто слугують недоліки норм позитивного права і способів їхнього вираження, які пов'язані з такими властивостями правової норми, як абстрактність змісту і потенційна можливість її різноманітної інтерпретації. Все це безпосередньо відноситься і до зловживання правом, яке характеризується тим, що люди отримують можливість, з однієї сторони, вчиняти у рамках передбаченої нормою права поведінки, а з іншої — вчиняти врозріз із тими цілями, які переслідував законодавець при встановленні даної норми, тобто діяти всупереч призначенню правових норм [11, с. 108]. Однак у разі виходу за межі закону особа (суддя) не реалізує своє право (право на вибір одного з варіантів рішення), а діє взагалі за рамками наданого законом права (повноважень). Хоча слід визнати, що зловживання правом у таких ситуаціях можливе, але воно не може бути пов'язане з тією поведінкою суб'єкта, яка виходить за межі, встановлені законом, не може бути пов'язане із легальним суддівським розсудом. Так, А. Барак відмічає, що розсуду немає там, де вибір полягає між законною можливістю і незаконною можливістю... Існування альтернативи визначається не її здійсненністю, а її законністю [12, с. 15–16]. Також показово є точка зору Д. Абушенка, на думку якого «основою і суддівського розсуду, і суддівського свавілля є свобода правозастосувача у вчиненні правових дій. Тому у самому загальному вигляді область суддівського свавілля можна позначити тією частиною свободи правозастосувача, яка, по-перше, не охоплюється суддівським розсудом і, по-друге, безпосередньо не впливає зі специфіки правозастосовчої діяльності» [13, с. 20]. Таким чином, характеристика суддівського розсуду крізь призму категорії «зловживання правом» у кримінальному праві України не є протиправною поведінкою, адже при цьому не порушується певна норма закону, а обов'язковою ознакою зловживання правом є формальна правомірність. Однак якщо при призначенні покарання внаслідок реалізації суддею свого права на розсуд порушуються певні приписи закону, то відбувається трансформація суддівського розсуду в суддівське свавілля.

Зловживанням правом властива формальна або квазі-правомірність, оскільки не порушуються спеціальні правові норми. Однак, як пишуть В. Туляков та М. Тулякова, при дослідженні зловживання правом у першу чергу мова йде про патологію права, коли зловживання правом формує своєрідний процес дисфункціональності правових норм, коли усвідомлення «нормальності» процесів зловживання владою серед правослухняного населення підкріплюється сповна усвідомленим стремлінням цього ж населення приймати участь у цих процесах [14, с. 178]. А тому зловживання правом насправді не є правомірною поведінкою, оскільки являє собою соціально шкідливу поведінку, за якої спричиняється шкода охоронюваним законом відносинам, державі, суспільству, винній особі, потерпілій. Стосовно призначення покарання це може проявлятися, наприклад, у нанесенні шкоди засудженому у разі призначення несправедливо суворого покарання, потерпілому у разі призначення занадто м'якого покарання винній особі, невідшкодування збитків, неврахування інтересів потерпілих, третім особам, державі (порушення авторитету правосуддя), суспільству (коруп-

ція тощо). «Зловживання правом являє собою таке здійснення суб'єктивного права, яке спричиняє зло... Соціально допустиме зло правом дозволено, але це не значить, що його спричинення перестає бути зловживанням. Більше того, законодавчо не заборонене спричинення зла і є зловживання правом у чистому виді» [5, с. 34, 18]. Ситуація парадоксальна, але сповна з'ясовна. Можливість вчинення зла за допомогою права детермінована тим, що природа останнього містить необхідний мінімум моральності.

Таким чином, з однієї сторони, зловживання правом властива прихована неправомірність (але у рамках кримінального права не караність), а з іншої, — формальна правомірність (за якої наноситься шкода іншим суб'єктам). З огляду на зазначене у кримінальному праві при призначенні покарання зловживання правом як характеристика суддівського розсуду виступає як особливий варіант поведінки, який судді можуть вчиняти поряд з правомірною поведінкою або протиправною, якщо суддівський розсуд переростає у свавілля. Тому ми розглядаємо зловживання правом як особливий вид правової поведінки.

Зловживання суддівським розсудом не є правомірною поведінкою, оскільки у результаті такого зловживання порушуються основоположні принципи кримінального права — рівності перед законом, гуманізму, справедливості тощо, які спрямовують суддівську діяльність з призначення покарання на досягнення мети покарання — виправлення, попередження вчинення нових злочинів, а також відновлення соціальної справедливості. Лише свідоме керування такими цілями забезпечить правомірну поведінку судді при використанні розсуду і перешкодить зловживанню останнім.

Кримінально-процесуальним кодексом України закріплений певний механізм недопущення зловживання правом. Це є можливість апеляційного та касаційного оскаржень саме з причини явної несправедливості покарання. Так, відповідно до п.п. 4 і 5 ч. 1 ст. 367, п.п. 2 і 3 ч. 1. ст. 398 КПК одними із підстав для скасування або зміни вироку, ухвали чи постанови є неправильне застосування кримінального закону і невідповідність призначеного покарання тяжкості злочину та особі засудженого. Згідно зі ст. 372 КПК невідповідним ступеню тяжкості та особі засудженого визнається таке покарання, яке хоч і не виходить за межі, встановлені відповідною статтею Кримінального кодексу, але за своїм видом чи розміром є явно несправедливим як внаслідок м'якості, так і суворості. Наведені законодавчі нормативи якнайкраще демонструють, по-перше, можливість зловживання у кримінальному праві у межах закону, тобто діяння, яке не порушує спеціальні приписи ст. 364 КК, однак є шкідливим неправомірним явищем. По-друге, важливість справедливості як основоположного принципу і цілі кримінально-правового регулювання, яка обумовлює призначення саме доцільної міри покарання, яка відповідатиме тяжкості вчиненого злочину, особі винного і обставинам, що пом'якшують і обтяжують покарання, і обов'язково враховує інтереси потерпілого. Важливість справедливості як засадничої умови регулювання кримінально-правових відносин підтверджується і судовою практикою. Крім цього, як уявляється, справедливість як центральна ідея кримінального права безпосередньо пов'язана з ідеєю рівності всіх перед

законом і гуманізму як базисних принципів кримінального права. З метою відновлення соціальної справедливості при призначенні покарання, особливо у тих випадках, коли суддя реалізовує своє право на розсуд, повинні враховуватися інтереси всіх суб'єктів кримінально-правових відносин (злочинця, держави, потерпілого, третіх осіб). Як зазначає В. О. Туляков, для нашої держави на сучасному етапі формування її віктимологічної політики важливою являється організація віктимологічної ідеології, направленої на переорієнтацію суспільства з проблеми злочинця на проблеми жертв злочинів як на рівні простих громадян, так і співробітників правоохоронних органів [15, с. 258].

Зловживання правом як характеристика суддівського розсуду крізь призму діяльності з призначення покарання у рамках закону може мати своїм результатом скасування вироків. Однак таке зловживання, на відміну від кримінально-караного зловживання владою або службовим становищем (яке не є характеристикою суддівського розсуду), не має наслідком притягнення винного (судді) до кримінальної відповідальності, питання може ставитися про притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, і то не завжди. З іншої сторони, як відзначають деякі вчені, що у відміні незаконного акту мається факт державного примусу, який несе для правозастосувача негативні наслідки, пов'язані з відміною незаконного рішення. У даному випадку факт примусу представлений не просто у вигляді особливої форми, а є правовідновною санкцією. Особливістю реалізації санкції скасування або зміни незаконного акту є державна оцінка (осуд) дій по відношенню не тільки до одного суб'єкту кримінального судочинства, а цілого ряду правозастосувачів, які приймають участь у різних стадіях процесу [16, с. 30]. У зв'язку з цим ми приходимо до висновку, що повністю викоренити зловживання правом як прояв суддівського розсуду у вітчизняному кримінальному праві не є можливим. Поки будуть існувати дискреційні повноваження суддів при призначенні покарання, буде існувати і зловживання ним у рамках закону, що призводитиме до правозастосовчих судових помилок. Одних лише організаційних методів з попередження зловживання суддівським розсудом є недостатньо. Тому доцільними є удосконалення і розробка кримінально-правових засобів недопущення зловживання правом. На наше переконання, це повинно відбуватися двома шляхами. Перший — закріплення у КК України як мети покарання відновлення соціальної справедливості. Лише свідоме керування таким принципом і ціллю сприятиме правомірній поведінці суддів при реалізації їхнього права на розсуд та забезпечуватиме недопущення зловживання правом. А отже, необхідно ч. 2 ст. 50 КК України викласти в такій редакції: «ч. 2. Покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами, а також відновлення соціальної справедливості». Другий шлях — в оптимізації суддівського розсуду — знаходженні розумного оптимуму співвідношення формальних і дискреційних засад при введенні певних обмежень (конкретизація кримінального закону, чітка диференціація кримінальної відповідальності, а інколи інтеграція останньої, формалізація правил призначення покарання тощо). У сучасних вітчизняних

традиціях кримінально-правового регулювання можлива лише часткова формалізація призначення покарання. Повна формалізація, а отже, і максимальне звуження повноважень суддів при призначенні покарання, можлива лише після концептуального переосмислення всіх без винятку інститутів кримінального права. Ідея оптимізації суддівського розсуду, на нашу думку, повинна проявитися у наступному:

1) зміна алгоритму конструкції відносно-визначених санкцій шляхом звуження їх меж з прив'язкою до певної категорії злочинів;

2) нормативне удосконалення приписів ч. 1 ст. 65 КК в аспекті більш чіткої регламентації підстав суддівського розсуду;

3) закріплення критеріїв призначення покарання: критеріїв оцінки тяжкості вчиненого злочину, критеріїв оцінки особи винного, критеріїв оцінки особи потерпілого;

4) введення спеціальних правил призначення покарання, у т. ч. правил призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання, правил призначення покарання за наявності обтяжуючих обставин з метою реструктуризації Особливої частини КК у світлі кваліфікованих і особливо кваліфікованих складів злочинів, правил призначення покарання з урахуванням позиції потерпілого тощо.

Таким чином, **суддівський розсуд як зловживання правом** є особливим видом правової поведінки з призначення міри покарання, яка хоча і здійснюється у передбачених кримінальним законом межах, однак суперечить принципам кримінального права, меті покарання, а тому завдає шкоди суб'єктам права, охоронюваним законом відносинам. Кримінально-правова характеристика суддівського розсуду можлива лише через категорії правомірної поведінки і зловживання правом. Протиправна (злочинна) поведінка не є характеристикою суддівського розсуду при призначенні покарання, оскільки останній існує виключно у правових межах, а злочинна поведінка порушує конкретні нормативні приписи і є проявом суддівського свавілля, беззаконності тощо.

### Література

1. Рогач О. Я. Зловживання правом як результат розсуду в праві [текст] / О. Я. Рогач // Форум права. — 2010. — № 4. — С. 760–765.
2. Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом [текст] / М. М. Агарков // Известия АН СССР. — 1946. — № 6. — С. 424–436.
3. Рубашенко М. Зловживання правом як загальноправова категорія: допустимість, сутність, кваліфікація [текст] / М. Рубашенко // Юридичний журнал. — 2010. — № 12. — С. 42–51.
4. Волков А. В. Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03 [текст] / Волков А. В. — Москва, 2010. — 53.
5. Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом (Теоретико-правовое исследование) [текст] / А. А. Малиновский. — М.: Юрлитинформ, 2007. — 352 с.
6. Крусс В. И. Теория конституционного правоупотребления [текст] / В. И. Крусс. — М.: Норма, 2007. — 752 с.
7. Малиновский А. А. Злоупотребление правом [текст] / А. А. Малиновский // Общая теория государства и права: Академический курс: В 3 т. Т. 3 / Отв. ред. М. Н. Марченко. — М.: Зерцало-М, 2007. — 518 с.



8. Текаев А. Ф. Злоупотребление правом [текст] / А. Ф. Текаев // Проблемы реализации права: Межвуз. сб. науч. тр. / Отв. ред. А. Ф. Черданцев. — Свердловск, 1990. — С. 113–115.
9. Бару М. И. О ст. 1 Гражданского кодекса [текст] / М. И. Бару // Советское государство и право. — 1958. — № 12. — С. 118–123.
10. Скакун О. Ф. Теория держави і права: Підручник. 2-ге вид. [текст] / О. Ф. Скакун / Пер. з рос. — Харків: Консум, 2005. — 656 с.
11. Наумов А. Е. Злоупотребление правом: юридическая природа явления [текст] / А. Е. Наумов // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. — 2009. — № 6. — С. 102–108.
12. Барак А. Судейское усмотрение [текст] / А. Барак / Пер. с англ. А. Ю. Лисин. — М.: Изд-во НОРМА, 1999. — 246 с.
13. Абушенко Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. — М.: Норма, 2000. — 176 с.
14. Туляков В. О., Тулякова М. А. Динаміка кримінального права: основні закономірності [текст] / В. О. Туляков, М. А. Тулякова // Актуальні проблеми держави і права: Збірник наукових праць. Вип. 25 / Редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; Відп. за вип. Ю. М. Оборотов. — Одеса: Юридична література, 2005. — С. 488–491.
15. Туляков В. А. Виктимология: социальные и криминологические проблемы [текст] / В. А. Туляков. — Одесса: Юридична література, 2000. — 336 с.
16. Францифоров Ю. В. Противоречия в уголовном судопроизводстве, связанные с правоприменительными ошибками [текст] / Ю. Ф. Францифоров // Следователь. — 2005. — 2. — С. 27–32.

### Анотація

**Макаренко А. С. Кримінально-правова характеристика суддівського розсуду: зловживання правом.** — Стаття.

Стаття присвячена кримінально-правовій характеристиці суддівського розсуду як зловживання правом. Аналізується категорія «зловживання правом» у юридичній науці. Доведено, що зловживання правом при призначенні покарання є особливим видом правової поведінки. Зловживання правом як результат реалізації суддівського розсуду не може розглядатися як протиправна поведінка. Запропоновані певні кримінально-правові засоби недопущення зловживання правом.

*Ключові слова:* суддівський розсуд, зловживання правом.

### Аннотация

**Макаренко А. С. Уголовно-правовая характеристика судейского усмотрения: злоупотребление правом.** — Статья.

Статья посвящена уголовно-правовой характеристике судейского усмотрения как злоупотребления правом. Анализируется категория «злоупотребление правом» в юридической науке. Доказано, что злоупотребление правом при назначении наказания есть особый вид правового поведения. Злоупотребление правом как результат реализации судейского усмотрения не может рассматриваться как противоправное поведение. Предлагаются определенные уголовно-правовые средства недопущения злоупотребления правом.

*Ключевые слова:* судейское усмотрение, злоупотребление правом.

### Summary

**Makarenko A. S. The criminally-legal characteristic of the judge's discretion: abusing of law.** — Article.

Article is devoted to criminally-legal characteristic of the judge's discretion as abusing of law. The category «abusing of law» is analyzed in jurisprudence. It is proved that abusing of law at sentencing is a special kind of legal behavior. Abusing of law as result of realization of the judicial discretion can't be considered as illegal behavior. Certain criminally-legal means of a non-admission of abusing of law are offered.

*Keywords:* judge's discretion, abusing of law.

### ТАКТИЧНІ ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ДОПИТУ НЕПОВНОЛІТНІХ В РОЗСЛІДУВАННІ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З ДИТЯЧОЮ ПОРНОГРАФІЄЮ

Допит — це процесуальна дія, що є врегульованим кримінально-процесуальним кодексом інформаційно-психологічним процесом спілкування між особами, що приймають участь у ньому, направлений на отримання відомостей про відомі допитуваному факти, що мають значення для встановлення істини по справі [1, с. 172]. Залежно від джерела одержання інформації розрізняють такі його види: допит експертів, свідків, потерпілих, підозрюваних і обвинувачених. Специфіка допиту полягає в тому, що в інформації про обставини справи, яку одержують від конкретної особи, відображаються її суб'єктивні властивості, що впливає на об'єктивність та повноту показань, а це вимагає застосування в ході допиту комплексу відповідних тактичних засобів.

Допит є найбільш поширеним засобом отримання доказів. Його суть полягає в отриманні від допитуваної особи достовірних відомостей про обставини, що мають значення для встановлення істини у справі. Це положення стосується також допиту неповнолітнього потерпілого у злочинах, пов'язаних з дитячою порнографією.

Метою даної роботи є визначення кола тактичних особливостей допиту неповнолітньої жертви злочинів проти основ суспільної моралі у сфері статевої недоторканності дітей.

Особливу увагу слід приділити процедурі допиту жертв вищезазначених злочинів, оскільки їх становлять діти різного віку та статі. Неповнолітні потерпілі від злочинів, пов'язаних з дитячою порнографією, найчастіше володіють найбільш повними даними про подію злочину в цілому, про зовнішність злочинця, його поведінку чи інші окремі обставини події злочину. Тому свідчення потерпілих дітей є найважливішими джерелами інформації.

З метою проведення ефективного допиту потерпілої дитини від злочину, пов'язаного з дитячою порнографією, слідчий повинен дуже добре знати тактичні прийоми допиту, володіти комунікативними навичками та знаннями психології неповнолітніх. Він повинен проводити допит не поспішаючи, поступово, з великою обережністю, щоб захистити інтереси жертви і її сім'ї. У той же час співробітник міліції повинен пересвідчитися, що отримав усю важливу інформацію.

Тактика проведення допиту цієї категорії осіб обумовлюється віковими особливостями її психіки, що впливають на характер сприйняття, запам'ятовування та відтворення допитуваними обставин кримінальної справи. Відштовхуючись від цього, слідчі при підготовці до допиту мають враховувати низку факторів, серед яких: макро- і мікросередовище, в якому живе і виховується конкретна неповнолітня особа, загальний рівень її розвитку, що прямо залежить від

конкретного життєвого осередка, поведінка, потреби, інтереси, схильності, недостатність життєвого досвіду, особливості логіки мислення тощо [2, с. 141]. Неповнолітня особа за своїм рівнем розвитку скоріше наближається до дитини, ніж до дорослої особи, оскільки моральний та духовний розвиток цієї категорії осіб ще не завершений.

Знання цих особливостей має велике значення для обрання прийомів встановлення психологічного контакту, вибору режиму проведення допиту, здійснення впливу на неповнолітнього, оцінки його свідчень. Характерні для неповнолітніх особливості психіки, без сумніву, впливають на процес формування і давання показань. У педагогічній та психологічній науках прийнята наступна періодизація розвитку дитини до повноліття:

1. Немовлячий вік (від народження до 1 року);
2. Раннє дитинство (від 1 до 3 років);
3. Середній дошкільний вік (від 3 до 4 років);
4. Старший дошкільний вік (від 4 до 6 (7) років);
5. Період молодшого шкільного віку (від 6 (7) до 11 років);
6. Період підлітковий (від 11 до 14 років);
7. Період юнацький (від 14 до 17 (18) років) [3, с. 608].

Так, необхідно вказати, що паралельно з наведеною періодизацією розвитку дитини існує багато інших, не менш раціональних та суттєвих, складених на підставі різного роду факторів та ознак. Так, наприклад, з метою вивчення інших позицій наукової думки щодо періодизації дитячого розвитку варто звернутись до робіт таких вчених, як Шепітько В. Ю. [4, с. 207], Порубов Н. И. [5, с. 142], Коновалова В. О. [6, с. 108] та інших.

Вік, починаючи з якого неповнолітній може виступати на допиті як потерпілий, у кримінально-процесуальному законодавстві не визначений. Однак, на нашу думку, до інформації, що надає неповнолітній, необхідно ставитися критично, з урахуванням його психічного розвитку. Так, наприклад, для дітей дошкільної вікової групи характерна кмітливість, їх сприйняттю притаманна деталізація. При відтворенні події, що спостерігалася, діти можуть свідчити про факти, яких не помітили дорослі. Для дітей молодшого шкільного віку характерною є наявність підвищеного навіювання та схильність до фантазування [7, с. 207]. Необхідно також підкреслити, що дитина віком 7—8 років ще не в змозі всебічно охопити та послідовно описати побачене. Тому в структурі допиту немає фази про вільну розповідь (на допитах 8—10-річних вона лише намічається), він проводиться у формі запитань-відповідей. Звідси зрозуміло, що всебічність та повнота допиту неповнолітнього цілком визначається сумою заданих йому питань [7, с. 385]. Тому підготовка до допиту має включати продумування формулювання запитань і черговості, в якій вони будуть поставлені. Вони повинні бути простими, доступними для розуміння. Для старшого шкільного віку характерна схильність до референтної (авторитетної) групи чи референта (найбільш авторитетної особи) тощо.

При постановці запитань слідчий не повинен використовувати елементи навіювання (навідні питання). Постановка навідних питань нерідко є причиною

виникнення добросовісних помилок у показаннях. Очевидно що допит малолітнього повинен проводитися у дуже спрощеній, гральній формі, причому, по можливості, на його лексиконі. Слідчому треба зрозуміти мову, яку потерпілі від злочинів, пов'язаних з дитячою порнографією, використовують для назви частин тіла і опису певних дій. Можливо, йому доведеться спитати, що означають певні слова на мові дитини, а коли він це з'ясує, можна продовжувати опитування, використовуючи ті слова, які вживає дитина. З іншого боку, слід переконатися в тому, що допитуваний переважно розуміє терміни, які вживає слідчий. Тільки у цьому випадку можна буде вважати, що питання правильно зрозуміле малолітнім, а це — запорука адекватної відповіді. Доцільно застосувати допомогу педагога як спеціаліста у галузі дитячої, зокрема маловікової, психології [7, с. 385].

Велике значення для успішного допиту малолітніх і неповнолітніх має його своєчасність. Підліткам притаманні імпульсивність, швидка зміна настрою, негативізм. Ці якості можуть бути причиною відмови від спілкування зі слідчим і повідомлення необхідної інформації. Слід пам'ятати і про те, що допит не може тривати довго, оскільки неповнолітній може бути зосередженим не більше 30—40 хв, а малолітній ще менше. На думку М. М. Коченова, продуктивно можуть давати свідчення: діти 3–5 років біля 15–20 хвилин; діти 5–7 років — в межах 20–25 хвилин; діти 7–10 років — від 25 до 35 хвилин. Якщо за цей час не все вдалось з'ясувати, обов'язково потрібно зробити перерву на допиті [5, с. 151].

Нарівні з вищенаведеним одним з важливих питань підготовки до допиту неповнолітнього — вибір доцільного місця і обстановки допиту (вдома, в прокуратурі, в школі тощо), які повинні імпонувати допитуваному, створювати необхідну психологічну настроєність і можливість провести його найефективніше, щоб без потреби не піддавати дитину декільком допитам. Малолітнього потерпілого бажано допитувати в умовах, якомога ближчих до повсякденного оточення (школа, дитячий будинок тощо), що має сприяти встановленню психологічного контакту й одержанню необхідної інформації [8, с. 121]. В приміщенні міліції вони втрачають сміливість, довіру, іноді проявляють страх. Неповнолітніх потерпілих старших вікових груп (14–16 років) бажано допитувати в більш офіційній обстановці, в кабінеті слідчого, де панує ділова обстановка в поєднанні з роз'ясненням слідчого про необхідність розповісти все, що тому відомо по справі, підкреслює важливість події й налаштовує на дачу повних та правдивих показань. Іноді допит доцільно проводити на місці, де неповнолітній спостерігав подію, з приводу якої йому належить давати свідчення [9, с. 448].

У зв'язку із зазначеними особливостями розвитку психіки кримінально-процесуальний закон передбачає підвищену правову охорону неповнолітніх: особливий порядок виклику до слідчого — через законних представників. У віці до 14 років допит повинен проводитися у присутності педагога, а при необхідності — лікаря чи батьків, інших законних представників. Однак по справах про злочини, пов'язані з дитячою порнографією, у разі коли розбе-

шувачем чи особою, яка безпосередньо знімала порно, був хтось з батьків чи родичів, щоб уникнути негативного впливу на неповнолітнього з боку членів родини, бажано допит провести так, щоб до цього члени родини не знали про проведення останнього. Це можна зробити, допитавши неповнолітнього за місцем його перебування (садок, школа тощо). Аналогічні дії складаються, коли підозрюється особа по місцю навчання, виховання тощо. За таких обставин допит проводиться лише в присутності батьків, а не тих педагогів, які підозрюються у скоєнні даного злочину тощо. Крім того, серед присутніх не повинно бути членів родини, вихователів, вчителів, лікарів тощо, які вчинили злочин по відношенню до дитини. Адже злочини, пов'язані з дитячою порнографією, дітям, окрім моральних та фізичних страждань, призводять до того, що неповнолітні потерпілі бояться помсти з боку злочинців — членів родини, вихователів тощо, і тому в їхній присутності можуть відмовитись давати свідчення. Тому вибір особи, яку слід запросити з метою участі в допиті, має неабияке важливе значення.

Учені-криміналісти Р. С. Белкін, Г. С. Казинян, Л. Л. Канєвський, Л. М. Корнеева, В. О. Коновалова, М. М. Коченов, І. Ф. Крилов та інші вважають, що при підготовці до допиту слідчий повинен здійснювати комплекс заходів організаційного та тактичного характеру. У психологічному плані таку підготовку дослідники поділяють на три основні рівні — пізнавальний, прогностичний і синтезуючий. Перший полягає у вивченні матеріалів кримінальної справи, ознайомленні з оперативно-розшуковими даними, збиранні відомостей про особистість допитуваного, вивченні спеціальних питань. Інформація, отримана на цьому рівні, дозволяє потім прогнозувати різні ситуації допиту й використовувати певні тактичні прийоми. Підготовка до допиту завершується на синтезуючому рівні й охоплює складання плану цієї процесуальної дії [10, с. 175].

Власне безпосередній допит можна проводити по такому плану, який складається з наступних фаз:

1. Встановлення контакту. Коли міліція починає працювати над справою про злочини, пов'язані з дитячою порнографією, її співробітники часто вступають в контакти з травмованими дітьми. Щоб не нанести ще більшу психологічну шкоду, з такими дітьми слід поводитися якомога обережніше. Мета цієї фази — налагодження контакту з дитиною, попереднього встановлення її ролі в злочині, пов'язаному з дитячою порнографією. Якщо дитина є жертвою, необхідно завоювати її довіру, оцінити її емоційний стан і дати їй розслабитися. На цій фазі важливо провести допит таким чином, щоб ситуація була і залишалася зрозумілою для жертви. Пам'ятайте, що перший контакт часто визначає якість всього допиту [11, с. 32]. Психологічний контакт є плацдармом для успішного і правильного проведення допиту.

Чоловік-міліціонер ніколи не повинен розмовляти з дитиною віч-на-віч, і при можливості це повинна робити жінка-міліціонер. Для цього є дві причини. По-перше, слідчого потрібно захистити від будь-яких підозр, а по-друге, для того, щоб дитина могла дати найбільш повні свідчення. Над більшістю дітей, як хлопчиків, так і дівчинок, злочини, пов'язані з дитячою порнографією,

здійснюють чоловіки, тому діти можуть дуже боятися незнайомих чоловіків або взагалі будь-яких осіб чоловічої статі. Але, за обставин проведення допиту не тет-а-тет, існує перешкода у встановленні психологічного контакту між слідчим та допитуваним, оскільки останній у процесі допиту може відволікатися на різного роду фактори. Тому слідчий повинен заздалегідь подбати про їх усунення. Крім цього, необхідно пам'ятати, що у злочинах, пов'язаних з дитячою порнографією, дитина буде розповідати про незвичні для неї речі, що безпосередньо стосуються інтимної (статевої) сфери її життя, що для їх віку є досить неприродним. У такій ситуації неповнолітній, як правило, почувається розгублено, а тому такий вид допиту, як вільна розповідь, навряд чи є доцільним.

2. Аналіз ситуації оточення. Потрібно отримати чітке уявлення про ситуації в сім'ї, звернути увагу на взаємовідносини в сім'ї дитини, її оточення [11, с. 32]. На початку допиту, зазвичай, доцільно допитувати неповнолітнього по питанням, які умовно можна охрестити питаннями біографічного характеру, тобто проведення короткої бесіди на теми дозвілля, спорту, навчання, нових фільмів, ігор тощо, а вже потім задавати питання, що безпосередньо стосуються злочину.

Після того, як слідчий вислухає розповідь неповнолітнього, він у загальних рисах ознайомиться з багатьма сторонами життя підлітка, з його інтересами, схильностями, колом друзів. Багато чого у поведінці неповнолітнього стане зрозумілим слідчому і вже на цій стадії можуть з'явитися деякі думки відносно можливих причин скоєння злочину, відносно нього тощо. Окрім цього, у процесі такої бесіди між слідчим та неповнолітнім, як правило, встановлюється контакт, який може полегшити подальший допит.

Починаючи допит неповнолітнього, слід запропонувати йому розповісти про своє життя, навчання чи працю. Зміст і форма цієї розповіді в основному залежить від ступеня розвитку підлітка, від його характеру, вміння розповідати взагалі. Переривати неповнолітнього, як правило, не слід, крім випадків, коли він починає відхилятися від основних питань. Слідчий вислуховує підлітка, задає йому коректуючі питання. Після всіх уточнень та після фіксації у протоколі всіх зазначених неповнолітнім обставин, слід одразу ж переходити до висвітлення питань, що стосуються обставин, що безпосередньо могли слугувати причиною чи поштовхом до скоєння злочинів, пов'язаних з дитячою порнографією. З великою обережністю і тактом слід допитувати підлітка про інтимну сторону життя його батьків, наприклад про легковажну поведінку його матері, про причини, у зв'язку з якими батьки не живуть разом, якщо особами, які скоїли даний злочин, виступають батьки дитини тощо. Це ж стосується й механізму отримання інформації про особу злочинця, якщо він і не входить до кола близьких родичів дитини.

3. З'ясування суб'єктивної думки неповнолітньої особи щодо сутності події злочину. Після встановлення психологічного контакту потрібно запропонувати допитуваному розповісти про те, що сталося, причому так, як він бажає, і в такому темпі, який він вважає зручним для себе. Слідчий, при необхідності, може упорядкувати розповідь дитини дуже обережно і, звичайно, не одразу.

Він повинен із всього інформаційного об'єму даних встановити та виокремити відомості щодо:

а) всіх осіб, з якими контактувала дитина під час її примушування до створення чи безпосереднього створення предметів дитячої порнографії: їх прізвища, імена, по батькові, вік, стать та ін., обставин знайомства з потерпілим, а також опис зовнішності (портрет);

б) всіх подробиць події злочинів, пов'язаних з дитячою порнографією, відслідкувати всі операції і факти примушування до створення, безпосереднього створення, а також по можливості поширення, виготовлення, зберігання предметів дитячої порнографії;

в) місця вчинення злочину (місця завербування неповнолітньої жертви, встановити місця створення порно предметів та інших активів та обладнання, а також, по можливості, місця їх реалізації тощо);

г) часу вчинення злочину, мається на увазі період вчинення злочину. Потрібно встановити час виявлення факту примушування дитини до створення предметів порнографічного характеру, розміщення порнографічного он-лайн ролику за участі дитини, хоча б орієнтовний, з прив'язуванням до якоїсь іншої події, а також час факту поширення предметів дитячої порнографії тощо;

д) всіх способів примушування дитини приймати участь у створенні предметів дитячої порнографії (обманом, підкупом тощо); які способи створення порно предметів було застосовано до неповнолітнього потерпілого (статевий акт, розбещення тощо); визначення способу виготовлення дитячого порно (відео-, фотозйомка, замальовки, он-лайн трансляція тощо).

Незважаючи на великий об'єм інформації, яка підлягає встановленню під час допиту, слідчий не повинен проявляти виняткову наполегливість для з'ясування питань, висвітлювати які неповнолітній допитуваний не бажає (наприклад, подробиці статевого акту і т. п.) У зв'язку з цим слідчому необхідно тимчасово відмовитися від вказаних питань чи теми, не потрібно настоювати, щоб неповнолітній потерпілий давав такі показання, оскільки черезмірна наполегливість слідчого може призвести до того, що підліток замкнеться і втратить довіру до нього, що ймовірно викличе психологічний стрес та потягне за собою повну відмову дитини свідчити про подію, що розслідується. Загалом слідчий повинен слідувати за думкою і психологічним станом дитини, тому згодом, при інших, більш сприятливих обставинах, він зможе повернутись до тимчасово відкладених питань чи теми, поставивши їх у іншій формі, чи застосувати такі тактичні прийоми, як перепитування, уточнення, узагальнення і повторення. При необхідності потрібно упорядкувати розповідь дитини дуже обережно і, звичайно, не одразу.

При допиті і оцінці показань неповнолітніх потерпілих слід з'ясувати, чи не було на них впливу дорослих, враховуючи при цьому вразливість допитуваного, побоювання помсти з боку інших осіб, які безпосередньо вчиняли над дитиною злочини, пов'язані з дитячою порнографією.

Разом з цим для правильної оцінки показань неповнолітнього бажано мати висновок лікаря, педагога з приводу допиту. Так, педагог, як спеціаліст, може

резюмувати про те, що допит неповнолітнього здійснено у нормальній обстановці, з неповнолітнім був установлений доброзичливий контакт, питання йому задавалися у зрозумілій для його віку формі; показання відповідають його віку, одержаним знанням, життєвому досвіду і т. ін. Такий висновок у даному випадку може бути педагогом зроблений як усно, так і письмово. Письмовий висновок приєднується до матеріалів справи, а усний фіксується у протоколі.

Дотримання вищенаведених тактичних рекомендацій у поєднанні з іншими оперативними методами дозволяє працівникам міліції успішно вирішувати складні завдання щодо припинення злочинів, пов'язаних з дитячою порнографією тощо. Водночас суворе додержання норм закону, вміла тактика допиту, у тому числі і неповнолітніх, є важливим фактором встановлення істини при розгляді будь-якої кримінальної справи.

### Література

1. Коновалова В. Е., Шепітько В. Ю. Основы юридической психологии / В. Е. Коновалова, В. Ю. Шепітько. — Х.: Одиссей, 2010. — 350 с.
2. Каневский Л. Л. Криминалистика: Экстерн-пособие / Л. Л. Каневский. — Уфа: Восточный университет, 1998. — 158 с.
3. Немов Р. С. Психология образования. — Кн. 2: Психология: Учебник: В 3 кн. — 3-е изд. / Р. С. Немов. — М.: ВЛАДОС, 1999. — 608 с.
4. Шепітько В. Ю. Криміналістика: підручник — 4-те вид. / В. Ю. Шепітько. — Х.: Право, 2008. — 464 с.
5. Порубов Н. И. Тактика допроса на предварительном следствии / Н. И. Порубов. — М.: 1998. — 208 с.
6. Коновалова В. Е. Допрос: тактика и психология: Учеб. пособие. / В. Е. Коновалова. — Х.: 1999. — 198 с.
7. Коваленко С. Г. Теорія доказів у кримінальному процесі України: Підручник / С. Г. Коваленко. — Київ: Юрінко Інтер, 2006. — 632 с.
8. Панов М. І., Шепітько В. Ю., Коновалова В. О. та ін. Настільна книга слідчого: Наук.-практ. видання для слідчих та дізнавачів / М. І. Панов, В. Ю. Шепітько, В. О. Коновалова. — К.: Вид. дім «ІнЮре», 2003. — 720 с.
9. Руководство по расследованию преступлений / А. В. Гриненко, Т. В. Каткова, Г. К. Кожевников и др. — Х.: Консум, 2001. — 608 с.
10. Павлюк Н. В. Проблеми підготовки до допиту неповнолітніх / Н. В. Павлюк // Проблеми законності. — 2008. — № 93. — С. 175–178.
11. Мороз Л. І., Максимова Н. Ю. Сексуальне насильство над дітьми. — Посібник для слухачів. Київський інститут внутрішніх справ / Л. І. Мороз, Н. Ю. Максимова. — К.: 2003. — 46 с.

### Анотація

**Паляничко Д. Г.** Тактичні особливості проведення допиту неповнолітніх у злочинах, пов'язаних з дитячою порнографією. — Стаття.

В роботі проводиться аналіз тактики проведення допиту неповнолітніх потерпілих у злочинах, пов'язаних з дитячою порнографією. Розглядаються особливості допиту та методи налагодження психологічного контакту слідчого та дитини.

**Ключові слова:** допит, неповнолітні потерпілі, психологічний контакт, тактика допиту, подолання психологічного бар'єру, слідчий.



### Аннотация

**Паляничко Д. Г. Тактические особенности проведения допроса несовершеннолетних в преступлениях, связанных с детской порнографией. — Статья.**

В работе проводится анализ тактики проведения допроса несовершеннолетних потерпевших в преступлениях, связанных с детской порнографией. Рассматриваются особенности допроса и методы налаживания психологического контакта следователя и ребенка.

**Ключевые слова:** допрос, несовершеннолетние потерпевшие, психологический контакт, тактика допроса, преодоление психологического барьера, следователь.

### Summary

**D. G. Palyanychko's Tactical peculiarities of conducting the questioning of minors in crimes of child pornography. — Article.**

The analysis of tactic of leadthrough of interrogation of minor victims is in-process conducted in crimes, related to child's pornography. The features of interrogation and methods of adjusting of psychological contact of investigator and child are examined.

**Keywords:** questioning underage victims, psychological contact, tactics, questioning, overcoming psychological barrier, investigator.

УДК 343.13(477):341.49

**А. В. Підгородинська**

### ПЕРСПЕКТИВИ ВЗАЄМОДІЇ УКРАЇНИ З МІЖНАРОДНИМ КРИМІНАЛЬНИМ СУДОМ: ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ АСПЕКТ

Одним із актуальних напрямів міжнародного співробітництва в кримінальному процесі є взаємодія держав і т. зв. «міжнародних кримінальних судових установ» [12], що обумовлено посиленням ролі останніх в забезпеченні планетарного правопорядку засобами міжнародного кримінального права та відсутності у держав ефективних механізмів боротьби з масовими порушеннями основоположних прав і свобод людини на національних рівнях або небажанням держав забезпечувати діяльність таких механізмів.

Особливістю наукових досліджень міжнародного співробітництва у сфері кримінальної юстиції взагалі, і співробітництва з міжнародними кримінальними установами зокрема, є полігалузовість об'єкта, який предметно вивчається і наукою міжнародного права, і кримінального права, і кримінального процесу, і кримінологією. Що стосується діяльності міжнародних кримінальних судових установ, то вона стала предметом наукових досліджень переважно юристів-міжнародників. Зокрема цим питанням присвячені роботи І. П. Бліщенко, І. В. Фісенка, О. Г. Волеводза, М. І. Костенка, І. С. Марусіна, І. М. Бондарева, Н. В. Дрьоміної, В. П. Пилипенка, С. А. Грицаєва, М. Г. Михайлова та ін. Найбільшого розвитку набули дослідження в державах т.зв. «далекого зарубіжжя». В Україні О. В. Касинюк захищена кандидатська дисертація «Кримінально-процесуальні питання діяльності міжнародних кримінальних судів», але також з міжнародного права, що дозволяє зробити висновок про

відсутність досліджень саме національних кримінально-процесуальних відносин, які виникають у зв'язку із співпрацею з МКС.

Безперечно, що в сучасному світі, з його конфліктами, нескладно знайти докази необхідності існування такого судового органу (наприклад, події в Руанді, де в результаті внутрішнього конфлікту було знищено 3,5 млн людей, чи громадянська війна в Югославії). Такі ситуації достатньо часто зустрічаються і повторюються і в Латинській Америці, і в Азії. Тому в 2002 році група держав, включаючи Європейський Союз як суб'єкт міжнародного права, ратифікували Римський Статут — базовий документ МКС.

Досить актуальною, цікавою і малорозробленою темою є визначення МКС як суб'єкта кримінального процесу: міжнародного та національного.

*Перед цією статтею поставлена мета визначити на підставі Римського статуту, Правил процедури і доказування МКС історію створення МКС, його структуру і повноваження як суб'єкта міжнародного кримінального та національного (при запитуванні допомоги у держав, зокрема, коли представники МКС можуть самостійно здійснювати процесуальні дії на території певної держави) кримінального процесу.* Методологічну основу являють логіко-правові, порівняльно-правові, системно-структурні методи. Необхідним вбачається використання досягнення наук міжнародного, кримінального, кримінально-процесуального, конституційного права, а також іноземного законодавства.

Міжнародний кримінальний суд (далі — МКС, Суд) створений на основі Римського Статуту від 17 липня 1998 року [3].

Міжнародний кримінальний суд являє собою нову форму інтегрованого міжнародного судоустрою. Це перший постійний правовий інститут, до юрисдикції якого входить переслідування осіб, відповідальних за найсерйозніші злочини, які викликають стурбованість у всього міжнародного співтовариства, а саме: агресію, геноцид, військові злочини та злочини проти людяності. Взагалі, під юрисдикцією розуміється термін, що означає здійснення певних владних повноважень [16, с. 1224]. Слід зазначити, що в міжнародному праві цей термін вживається у широкому значенні (як право держав створювати національне законодавство та забезпечувати його виконання засобами згідно розподілу влади) та у вузькому, ототожнюючи із судовою юрисдикцією. Судова юрисдикція означає владні повноваження судових органів по розгляду і вирішенню спорів чи кримінальних обвинувачень і окреслює кордони їх компетенції [5, с. 83].

Слід зазначити, що його створенню передував довгий і складний процес, пов'язаний з ідеями формування міжнародної кримінальної юстиції взагалі. Його умовно можна розділити на етапи. *Перший етап* бере свій початок з Версальського мирного договору 1919 р., яким було визначено нові засади міжнародного правопорядку, встановлено вину країн-агресорів та передбачено створення спеціального суду для переслідування осіб, «що звинувачуються у вчиненні дій, які суперечать законам та звичаям війни». Однак такого суду створено не було. *Другий етап* пов'язаний з необхідністю притягнення до відповідальності головних військових злочинців європейських країн гітлеровської коаліції, які вчинили злочини проти миру, воєнні злочини та злочини проти

людяності під час Другої Світової війни. Міжнародним кримінальним судом став Нюрнберзький воєнний трибунал, що відбувся у Нюрнберзі з 20 листопада 1945 р. по 1 жовтня 1946 р. Юридичним підґрунтям для його створення та діяльності стала Лондонська угода від 8 серпня 1945 р. та доданий до нього Статут Трибуналу [6, с. 761]. Міжнародним кримінальним судом став і Токійський воєнний трибунал для Далекого Сходу, який був створений спеціальною постановою Головнокомандуючого окупаційними військами в Японії генералом Д. Макартура від 19 січня 1946 р., до якого додавався відповідний Статут, який багато в чому відповідав та повторював положення Нюрнберзького Трибуналу. *Третій етап* припадає на 80–90 рр. 20-го ст., що пов'язано з переформуванням держав, цінностей, зміною політичної обстановки в світі. Самоціллю деяких держав та народів стало створення мононаціональних держав, в яких люди іншої національності суттєво обмежувались в правах для послідовного «видавлення» з держави, вигонялись, знищувались. Особливого характеру ці явища набули в Югославії та Руанді. Щодо цих ситуацій було створено відповідні трибунали (щодо колишньої Югославії та Руанди) [7, с. 748].

Слід зазначити, що всі окреслені трибунали виступали як міжнародні кримінальні суди, однак їх юрисдикція обмежувалась територіальними та часовими межами, певним колом осіб. Тому потреба в створенні саме такого міжнародного кримінального суду, який би був постійнодіючим органом, з визначеною юрисдикцією, залишалась. Для розробки питання про створення МКС Генеральною Асамблеєю ООН була створена робоча група, яка прийняла рішення про підготовку проекту Статута — багатостороннього договору [10, с. 13]. Процес характеризувався певними складностями, але дав позитивний результат. 17.07.1998 р. на дипломатичній конференції в Римі представники більш ніж 100 держав підписали Статут МКС. Документ набув чинності 01.07.2002 р.

Для визначення МКС як суб'єкта кримінального процесу необхідно звернутися до загальної теорії міжнародного права.

З точки зору загальної теорії права всі суспільні відносини, що регулюються правом, набувають характеру правових. Сторони таких правовідносин стають суб'єктами права. Таким чином, суб'єкти міжнародного права — це сторони міжнародних правовідносин, що наділені нормами міжнародного права суб'єктивними правами та юридичними обов'язками. Основними суб'єктами виступають держави, які є реальними учасниками міжнародних правовідносин, яким необхідно постійно співпрацювати один з одним, з міжнародними органами і інституціями. В свою чергу такі органи (зокрема, міжнародні кримінальні суди та міжнародні арбітражі, слідчі комісії та ін., які створюються на основі згоди між державами і втілюються в життя в формі певного договору та керуються в своїй діяльності міжнародно-правовими приписами та нормами загального міжнародного права) також виділяються як суб'єкти міжнародного права.

МСК визначається як орган, наділений міжнародною правосуб'єктністю. Цей термін, перш за все, визначає якісну характеристику суб'єкта міжнародного права, що проявляється в сукупності прав та обов'язків такого

суб'єкта — МКС, і закріплюється в його уставному документі — Римському статуті Міжнародного кримінального суду — та інших міжнародно-правових документах. Правосуб'єктність МКС як міжнародного судового органу є «обмеженою» певними рамками (межі яких фіксуються в Статуті МКС, доповнюючих його документах) і функціональною, що пов'язано з визначеними цілями та функціональними потребами Суду [11].

Беручи до уваги той факт, що в міжнародному праві виділяється така галузь, як «право міжнародного співробітництва в боротьбі зі злочинністю», і важливу процесуальну «складову» останньої представляє міжнародне кримінально-процесуальне право, яке є сферою співробітництва держав та міжнародних організацій із створення та функціонування міжнародних кримінальних установ, створена на основі договору міжнародна кримінальна установа — Міжнародний кримінальний суд, вступаючи у міжнародно-правові відносини з питань кримінального судочинства, в тому числі шляхом укладання міжнародних договорів, і таким чином здобуваючи визначені договором права та обов'язки, МКС набуває статусу суб'єкта і міжнародного кримінально-процесуального права.

Слід також зазначити, що МКС як суб'єкт міжнародного права, здатний приймати участь в процесі міжнародного нормотворення, а також, в певній мірі, забезпечувати виконання цих норм. Результатом такого нормотворення є Статут МКС, яким керується в своїй діяльності МКС, а також двосторонні договори про співпрацю між МКС та державами (як міжнародний орган, що має міжнародну правосуб'єктність, має право заключати такі угоди від свого імені).

Саме Статут МКС виступає єдиною правовою підставою визнання вини і призначення покарання конкретним фізичним особам, виконуючи роль кримінальних та кримінально-процесуальних кодексів національних правових систем. Можна стверджувати, Статут МКС свого роду і закон «про судоустрій», оскільки він регламентує структуру та порядок діяльності органів МКС.

Серед інших важливих джерел правового регулювання діяльності МКС можна виділити наступні: міжнародні угоди, які заключаються з державами; нормативно-правовим актом, що регулює діяльність МКС та деталізує і розвиває положення Статуту щодо організаційної структури, компетенції, є Правила процедури і доказування [4]. Саме в них детально прописаний порядок судочинства, починаючи з порушення справи і закінчуючи виконанням вироку. Окрім того, Статут МКС передбачає прийняття інших нормативних актів, що регулюють їх діяльність (Склади злочинів). Щоденна діяльність МКС врегульована його Регламентом. Також при здійсненні судочинства МКС має керуватися принципами і нормами міжнародного права. Діяльність міжнародних кримінальних установ вже стала предметом регулювання спеціального внутрішньодержавного законодавства. Так, цілий ряд держав прийняли спеціальні закони про співпрацю з МКС.

Структурно МКС складається з 4 органів: Президіуму, Апеляційного відділення, Судового відділення та Відділення Попереднього Провадження, Канцелярії прокурора, Секретаріату.

Аналізуючи основні процесуальні документи МКС, можна прийти до висновку, що діяльність останнього проходить послідовно, певними етапами, складається з системи дій — проходить певні стадії. Однак такого терміну в документах не використовується. Глибоко не вдаючись в дискусію щодо цього питання, можемо зазначити правильність такого бачення, зокрема для вивчення системи здійснення правосуддя в МКС.

О. В. Касинюк визначає наступні стадії: порушення розслідування; розслідування; попереднє судове провадження; судовий розгляд; апеляційне провадження; виконання вироку; виключна стадія — ревізійне провадження. Кожна з цих стадій характеризується певними критеріями відмежування одна від одної, як то: визначені завдання, коло учасників, процесуальний порядок діяльності, кінцеві процесуальні рішення.

Наприклад, стадія порушення розслідування має завданнями вирішення питання стосовно необхідності розслідування; учасниками стадії виступають Прокурор та його Канцелярія, Відділення Попереднього Провадження, держави-учасниці, Рада Безпеки ООН, інші органи ООН, міжурядові і неурядові організації та індивіди; встановлений порядок по аналізу серйозності отриманої інформації та її відповідності вимогам комплементарності; кінцевим є рішення про доцільність початку розслідування, що виноситься Прокурором, або рішення, що містить санкцію на порушення розслідування Відділення Попереднього Провадження.

Статут МКС також регламентує порядок міжнародного співробітництва та надання судової допомоги МКС державами-учасницями (ч. 9 Статуту та гл. 11 ППД).

Співробітництво у всіх випадках здійснюється в залежності від певних завдань. Для того, щоб забезпечити участь (присутність) певних осіб в Суді, останній наділений правом винести наказ про явку, попередній арешт; арешт і передачу особи до Суду. У випадках, коли необхідна допомога держав у збиранні доказів (ст.ст. 93, 96, 99 Статуту, 4 гл. ППД), є можливість отримати і таку допомогу.

Таке співробітництво здійснюється на основі прохання про його здійснення, яке направляється по дипломатичних, інших відповідних каналах, що визначені кожною державою-учасницею при ратифікації, прийнятті, затвердженні чи приєднанні, а в разі доцільності — через мережу Інтерпол. Статутом передбачаються певні вимоги до оформлення і змісту такого прохання (ст.ст. 91, 96 Статуту).

Цікаві положення має стаття щодо виконання прохань. Так, при виконанні такого прохання держава користується своїм національним законодавством, і якщо це не заборонено останнім, в спосіб, вказаний в проханні, або дозволі особам, вказаним в проханні, бути присутніми та надавати допомогу в ході виконання. Передбачається також можливість, коли це необхідно для успішного виконання прохання, отримання доказів безпосередньо Прокурором на добровільній основі і без присутності представників влади запитуваної держави (якщо запитувана держава є державою, на території якої, приблизно, було

скоєно злочин, та в інших випадках після проведення узгоджувальних консультацій з державою). Погодження держави на виконання таких положень, таким чином, передбачає і можливість Суду (осіб, що діють від його імені) бути суб'єктами національного кримінального процесу, виконуючи конкретну процесуальну функцію, в конкретній державі, наділеними певними повноваженнями, делегованими владою держави виконання.

Згідно положень Римського статуту, здійснення співробітництва можливе і з державами, що не є членами, шляхом укладання спеціального договору.

Суперечливим і актуальним на сьогоднішній день виступає питання щодо введення МКС в національний кримінальний процес в якості його суб'єкта. Одразу слід зазначити, що це питання дуже складне і неоднозначне. Це пов'язано, по-перше, з тим, що згідно традиційного визначення поняття суб'єкта кримінального процесу України, останній є наділеною кримінально-процесуальними правами та відповідними обов'язками особою, що вступає в кримінально-процесуальні відносини з іншими суб'єктами в ході реалізації своїх прав та виконання обов'язків [15, с. 58]. Суб'єктом кримінального процесу є особа, яка передбачена кримінально-процесуальним законодавством, яка уповноважена виконувати певні процесуальні функції або приймати участь в їх реалізації та наділена певними правами (повноваженнями) [13, с. 7]. КПК України на сьогодні при регламентації міжнародно-правових відносин (зокрема в питанні, що досліджується) в кримінальному судочинстві обмежився посиланням на законодавство України та міжнародні договори України (ст. 31).

Міжнародним договором, який мав би регламентувати порядок співпраці з МКС, є Римський статут, який підписаний, але не ратифікований Верховною Радою України. Згідно ст. 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства [1]. Відповідно до ст. 9 Закону України «Про міжнародні договори України», договори такого характеру мають бути обов'язково ратифіковані. Таким чином, уставний документ МКС не ратифікований і не є частиною національного законодавства, тому використання його положень неможливе.

З цього витікає, що для того, щоб вважатися суб'єктом кримінального процесу України, по-перше, потрібно гармонізувати, удосконалити законодавчу базу і виділити МКС як суб'єкта, наділивши його певними правами та обов'язками. На наш погляд, починати потрібно з внесення відповідних змін в Конституцію України, включивши положення щодо можливості введення відповідної судової інституції, яка наділена комплементарною (доповнюючою) юрисдикцією відносно національних судів. По-друге, необхідно узгодити таке положення з Законом України «Про судоустрій та статус суддів». В новому КПК України потрібно деталізувати положення щодо підсудності певної категорії справ МКС, розробити процесуальний порядок взаємодії МКС та органів досудового слідства та судових органів. Або, як варіант, можливе прийняття спеціального закону (як це робили деякі держави, наприклад Німеччина), який би передбачав порядок зносин з МКС, визначав Відповідальний національний

орган, форми надання правової допомоги та ін. питання (такі закони прийняті, наприклад, Швейцарською Конфедерацією, Грузією, Фінляндією). Крім того, певні доповнення та зміни необхідно буде внести і до Кримінального кодексу України в частині криміналізації злочинів, на які поширена юрисдикція МКС (геноцид, воєнні злочини, злочини проти людяності). І таким чином, поетапно, є можливість ввести МКС (у разі надання міжнародної допомоги на основі відповідного прохання) до кола суб'єктів кримінального процесу.

Ратифікація Статуту МКС та остаточне приєднання до цього документа є однією з обов'язкових умов переходу до стандартів правової держави. Гармонізація законодавств може відбуватися тільки шляхом односторонньої зміни національного законодавства. Такий крок, в свою чергу, має на меті відкриття перспективи успішної співпраці у сфері боротьби з найбільш тяжкими злочинами і сприятиме удосконаленню національного законодавства.

Слід зазначити, що Римський Статут був ратифікований більш ніж сотнею держав у всьому світі, але деякі з них принципово негативно виступали проти самої ідеї створення МКС як такого органу, що обмежує суверенітет держав і передбачає занадто широкі компетенції Суду (Китай, Індія). Однак таке заперечення, на наш погляд, є недоречним. Адже всі держави обмежують свій суверенітет при укладанні будь-яких міжнародних договорів. І важливим виявляється недопущення *порушення* суверенітету (різниця між обмеженням та порушенням суверенітету досить явна, обмеження здійснюються згідно до міжнародного права і не суперечать йому).

В 2000 році Венеціанською комісією були розглянуті основні питання щодо можливих проблем ратифікації, які можуть виникнути у держав, які підписали Статут. Зокрема, це проблеми, пов'язані з конституційним правом. Здебільшого вони стосуються імунітету голів держав, керівників урядів чи тих осіб, які мають відповідний «посадовий стан», видачі громадян та вироків, які можуть бути винесені Судом. Для вирішення цих питань Комісія рекомендує включити в конституцію положення, що дозволяє вирішити всі проблеми на конституційному рівні, уникнувши таким чином введення виключень для всіх відповідних статей; ввести та (або) застосувати спеціальну процедуру для ратифікації договору у випадку, коли таке положення не узгоджується з конституцією; систематично передивлятися всі положення конституції, що не відповідають Статуту; інтерпретувати окремі положення конституції таким чином, щоб уникнути протиріч з Римським Статутом [14].

Якщо держави-учасниці врахують рекомендації Парламентської асамблеї Ради Європи та резолюції, прийнятої Європарламентом, ратифікуючи Римський Статут якнайшвидше, МКС стане одним із починань, яке акумулюватиме в собі рішення покінчити з безкарністю порушень гуманітарного права та прав людини.

України в списку держав, які ратифікували Римський Статут МКС, немає. Хоча підписаний нашою державою документ був ще в 2000 році, але до ратифікації не дійшло. Конституційний Суд України дійшов висновку, що вказаний документ не відповідає Конституції України в частині, що стосуєть-

ся положень абзацу десятого преамбули та ст. 1, за якими «МКС... доповнює національні органи кримінальної юстиції» [2]. Ч. 1, 3 ст. 124 КУ передбачається, що правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншим органам та посадовим особам не допускається. Судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції. Передбачається, що створення надзвичайних та особливих судів не допускається. Таким чином, для того, щоб ратифікувати Римський Статут, необхідно внести зміни до Основного закону України. А Конституція, в свою чергу, взагалі не передбачає рішень міжнародних інституцій.

Положення, щодо якого МКС доповнює національні системи кримінального правосуддя, викликає багато нарікань. Але, як зазначає Н. В. Дрьоміна, якщо національна судова система функціонує нормально, не виникає і підстав для втручання МКС. Суд здійснює свою юрисдикцію виключно як допоміжний орган, діючи не на національному рівні й не впливаючи на діяльність національних судових органів, виступаючи гарантом здійснення справедливого правосуддя над особами, які вчинили найсерйозніші злочини, і завданням членів світового співтовариства має сприяти Суду в його місії [8, с. 141].

Незважаючи на те, що Україна відповідно до Висновку Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) від 11.07.2001 р. не може на даний момент ратифікувати підписаний нею Римський Статут, не виключається можливість (в окремих випадках) — необхідність співпраці з цією міжнародною кримінальною судовою установою, що дозволяє зробити висновок про актуальність дослідження питань, пов'язаних з *de lege ferenda* співробітництвом України та МКС.

Таким чином, з викладеного можна зробити наступні висновки.

Необхідність існування такого міжнародного судового органу, як Міжнародний кримінальний суд, на даному історичному етапі світового розвитку закономірно і виправдано. МКС виступає самостійним суб'єктом міжнародного права, наділений міжнародною правосуб'єктністю, яка має певні особливості: є обмеженою і функціональною (ці положення знаходять свій вираз в уставному документі МКС — Римському Статуті та доповнюючих його документах).

Втіленню ідеї міжнародного кримінального суду передувало декілька етапів, найбільший поштовх в цьому процесі належить двом військовим трибуналам *ad hoc* — Нюрнберзькому та Токійському. Саме досвід створення останніх довів принципову можливість повноцінного функціонування міжнародного кримінального судового органу.

Реалізуючи свої права та обов'язки як суб'єкт міжнародного права, МКС постійно вступає в міжнародно-правові відносини з питань кримінального судочинства з державами (як членами, так і нечленами); входить в сферу дії міжнародного кримінально-процесуального права як міжнародна судова ін-



ституція, до юрисдикції якої входить переслідування осіб, відповідальних за найсерйозніші злочини, які визивають стурбованість у всього міжнародного співтовариства, а саме: агресію, геноцид, військові злочини та злочини проти людяності; приймає участь в процесі міжнародного нормотворення і, в певній мірі, забезпечує виконання цих норм. Однак для успішної діяльності і ефективного функціонування МКС потрібна допомога держав-учасниць (в ідеалі — всього світового співтовариства). Таким чином, МКС можна вважати суб'єктом міжнародного кримінального процесу.

Статут МКС є документом, який має комплексний характер і містить в собі норми кримінального, кримінально-процесуального, кримінально-виконавчого права, а також визначає судоустрій Суду.

Діяльність МКС регулюється, крім Статуту, рядом інших документів, які носять допоміжний характер і діють в розвиток норм Статуту: Правила Процедури і доказування, міжнародні угоди, які заключаються з державами, також Статут МКС передбачає прийняття інших нормативних актів, що регулюють його діяльність (Склади злочинів). Щоденна діяльність МКС врегульована його Регламентом. При здійсненні судочинства МКС має керуватися принципами і нормами міжнародного права.

На сьогоднішній день МКС не є суб'єктом національного кримінального процесу. Це пов'язано, перш за все, з неможливістю ратифікації Римського Статуту. Але, враховучи той факт, що зазначений договір був підписаний (а це перша стадія укладання міжнародного договору згідно Закону України «Про міжнародні договори України»), є надія, що він в подальшому буде ратифікований. Таким чином, визнавши юрисдикцію МКС, взявши обов'язок співпраці з останнім, Україна зможе узгодити національне законодавство із законодавством Суду, буде мати правові підстави для введення цього міжнародного судового органу в систему суб'єктів кримінального процесу, наділивши його правами і обов'язками і можливістю їх реалізовувати в необхідних випадках на території України. Крім того, між Україною та МКС може бути досягнута домовленість щодо спеціальних умов співробітництва в рамках договору «Про співробітництво України з МКС».

### Література

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // ВВР. — 1996. — № 30.
2. Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут). Спр. № 1-35/2001 від 11 липня 2001 р. // Вісник Конституційного Суду України. — 2001. — № 4.
3. Римский Статут Международного уголовного суда от 17 июля 1998 г. С изменениями на основе протоколов от 10 ноября 1998 г., 12 июля 1999 г., 30 ноября 1999 г., 8 мая 2000 г., 17 января 2001 г. и 16 января 2002 г. Статут вступил в силу 1 июля 2002 г. / <http://www.un.org/russian/law/>
4. Проект текста Правил процедуры и доказывания. ICC-ASP/1/3/. — <http://www.un.org/org/russian/document/rules/rules.pdf>
5. Васильев Ю. Г. Институт выдачи преступников (экстрадиции) в современном международном праве. — М.: «Современная экономика и право», — 2003. — С. 83.

6. Действующее международное право: в 3 т. / сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. — Т. 3. — М. — 1997. — С. 761–770.
7. Действующее международное право. Т.1. — М. — 1997, с. 748–772.
8. Дрьоміна Н. В. Юрисдикція міжнародних кримінальних судів і трибуналів: Монографія. — Одеса: Фенікс, 2006.
9. Касинюк О. В. Кримінально-процесуальні питання діяльності міжнародних кримінальних судів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 [Електронний ресурс] / О. В. Касинюк; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. — Х., 2005. — 20 с. — укр. <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2005/05kovmks.zip>
10. Костенко Н. И. Международный уголовный суд. — М., 2002. — С. 13.
11. Ковалева Т. М., Малинин С. А. Правосубъектность международных организаций /www.real-voice.info/modules/
12. Марусин И. С. Международные уголовные судебные учреждения: судоустройство и судопроизводство. — СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. — 224 с.
13. Павлов Н. Е. Субъекты уголовного процесса: Учебное пособие для юридических вузов. — М.: Новый юрист, 1997. — С. 7.
14. Доклад Венецианской Комиссии по конституционным вопросам, возникшим в связи с ратификацией Римского Статута Международного уголовного суда. Венеция, 15–16 декабря 2000 г. /<http://www.icrc.org/web/rus/siteerus0.nsf/html/>
15. Уголовный процесс : Учебное пособие для иностранных слушателей вузов МВД СССР. Под ред. В. П. Божьева. — М.: Академия МВД СССР, 1986, с. 58.
16. Юридическая энциклопедия /Отв. ред. Топорнин Б. Н. — М.: Юристъ. — 2001.

### Анотація

**Підгородинська А. В. Перспективи взаємодії України з Міжнародним кримінальним судом: процесуальний аспект. — Стаття.**

Стаття присвячена розгляду процесуальних питань, пов'язаних з діяльністю Міжнародного кримінального суду та перспективами взаємодії України з цим міжнародним кримінальним судовим органом. Взаємодія з цим судовим органом є дуже важливою для всього міжнародного співтовариства. Видається, що і для України доцільною є така співпраця. Оскільки на даний час немає можливості ратифікувати установчий документ Міжнародного кримінального суду — Римський Статут, необхідно визначити загальні та спеціальні умови та підстави, розробити процесуальну процедуру такої взаємодії, наприклад, в спеціальному договорі між Україною та Міжнародним кримінальним судом.

**Ключові слова:** міжнародне співробітництво в кримінальному процесі, Міжнародний кримінальний суд, міжнародний кримінальний процес, Римський Статут.

### Аннотация

**Подгородинская А. В. Перспективы взаимодействия Украины с Международным уголовным судом: процессуальный аспект. — Статья.**

Статья посвящена рассмотрению процессуальных вопросов, связанных с деятельностью Международного уголовного суда и перспективами взаимодействия Украины с этим международным уголовным судебным органом. Взаимодействие с этим судебным органом является очень важным для всего мирового сообщества. Представляется, что и для Украины целесообразным является такое сотрудничество. Так как в данное время нет возможности ратифицировать учредительный документ Международного уголовного суда — Римский Статут, необходимо определить общие и специальные условия, основания, процессуальную процедуру взаимодействия, например, в отдельном договоре о сотрудничестве Украины с Международным уголовным судом.

**Ключевые слова:** международное сотрудничество в уголовном процессе, Международный уголовный суд, международный уголовный процесс, Римский Статут.

## Annotation

*Podgorodinskaya A. V. Prospects of co-operation of Ukraine with the International criminal court: judicial aspect. — Article.*

The article is dedicated to the consideration of procedural issues related to the activities of the International Criminal Court, the prospects of cooperation of Ukraine with the international criminal tribunal. Interaction with the judicial authority is very important for the entire world community, it seems that it is expedient for Ukraine for such cooperation, since a given time is not possible to ratify the founding document of the International Criminal Court. the Rome Statute For instance, it is necessary to define the general and special conditions, procedural grounds the procedure of interaction, such as in a separate agreement on cooperation between Ukraine and the International Criminal Court.

*Keywords:* international cooperation in ulovnom process, the international criminal court, international criminal proceedings, the Rome Statute.

УДК 343.23(091)

Л. М. Пілявська

### ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАКРІПЛЕННЯ ПРИЧЕТНОСТІ ДО ЗЛОЧИНУ: ІСТОРИЧНИЙ АСПЕКТ

Поняття причетності до злочину в законодавчому закріпленні відображувалось по-різному, змінювалось одночасно зі зміною суспільних відносин та виданням нових нормативних актів. Прослідкуємо регулювання даного питання в законодавстві. В науковій літературі надаються різні визначення причетності до злочину, не завжди чітко сформовані та деталізовані.

В кожному наступному законодавчому акті, що регулював сферу кримінального права, дане питання врегульовувалось по-різному, тому є доцільним прослідкувати генезис та розвиток процесу закріплення та висвітлення поняття причетності до злочину в різні часи в нормативно-правових актах, що і є метою даної статті.

Явище причетності, варто зазначити, було відоме та визнавалось караним ще з давніх-давен. Так, наприклад ще Закони Хаммурапі в ст. 6 передбачали відповідальність за придбання краденого [1, 11].

Відповідальність за заздалегідь не обіцяне придбання чи збут майна, здобутого злочинним шляхом, вперше була встановлена на початку XII ст. в «Русской правде». У розділі «О воровстве» в «Пространной правде» Ярослава Мудрого [2, 17].

Відповідальність в даних актах встановлювалась тільки в тому випадку, якщо особа знала, що майно викрадене, а сумлінний покупець не притягувався до відповідальності. Відповідальність за торгівлю майном, здобутим злочинним шляхом, наставала при завідомому знанні того, що майно здобуто саме злочинним шляхом. Покарання передбачало обов'язкове відшкодування збитків власникові майна та іншим особам, що постраждали від дій збувальника викраденого, а також накладався штраф на користь князя [3, 82].

Судебник 1497 року проголошував, що за прийом викраденого, його зберігання і продаж стягувалися збитки на користь власника майна і призначалася в'язниця [4, 9].

Історично в кримінальному праві не було поділу співучасників на головних і другорядних, не вказувались також ознаки самого інституту. Лише через п'ять століть після появи Руської Правди зустрічається згадка про різні ролі при сумісній злочинній діяльності. Губна Білозірська грамота 1539 року встановлює уже поряд з безпосередніми виконавцями також приховувачів. Правда, в даному нормативному акті не сказано, зарані обіцяне приховування мається на увазі, чи ні. Тим не менш, можемо дійти висновку, що все ж мова йде про приховування, на яке правопорушники могли зарані обґрунтовано розраховувати. Це могла бути як попередньо обумовлена співучасть, так і обумовлений попередній систематичним приховуванням розрахунок на сприяння діяльності [5, 7–8, 11–12].

Спроба відмежувати причетність від співучасті було зроблена, хоч і на дещо казуїстичному рівні, вже в Соборному уложенні 1649 року, яке передбачало відповідальність за приховування злочинів, недонесення та потурання злочину. Зокрема, винна в недонесенні про державний злочин особа каралась на рівні виконавця; щодо інших злочинів недонесення каралось штрафом або покаранням, «яким накаже государ» [6, 18].

В процесі вивчення історичних аспектів заздалегідь не обіцяного приховування встановлено, що до XVII століття в російському кримінальному законодавстві не приділялося належної уваги об'єктивним властивостям заздалегідь не обіцяного приховування злочинів, що дозволяє відмежувати останнє діяння від співучасті. В результаті кодифікаційної роботи Артикуля Військового 1715 року, в якому законодавець вже диференціював відповідальність за приховування діянь в залежності від тяжкості приховуваного злочину, застосувавши, таким чином, метод залякування. Разом з тим звичайним явищем в законодавстві і праві другої половини XVIII і початку XIX століть було вміщення приховування, в контексті причетності до злочину, в рамки інституту співучасті. Надалі концепція визнання причетності одним з видів співучасті не витримала скільки-небудь тривалого випробування часом і, будучи непослідовною з теоретичної точки зору, поступилася місцем новій. Зокрема, на досить високому юридичному рівні питання кримінальної відповідальності приховувачів стало висвітлюватися в дореволюційній Росії в Уложенні про покарання кримінальні та виправні 1845 року. Саме в зазначеному джерелі вперше в історії вітчизняного законодавства, як у Загальній, так і в Особливій частинах передбачалася можливість настання кримінальної відповідальності за приховування деяких діянь. Однак тільки в Кримінальному Укладенні 1903 року такі діяння поміщалися в розділі «Про протидію правосуддю» [7, 8].

У Кримінальному уложенні 1903 року царської Росії було загально визнано, що «скупщики вещей, добытых преступным путем, являются как бы банкирами преступников, предлагающими капитал, без которого значительное коли-

чество преступлений не могло бы совершаться», ст. 279 містилася у главі про злочини проти суспільного порядку [8, 313].

Суспільна небезпека основного злочину обумовлює наявність суспільної небезпечності у причетності до нього. До Жовтневої революції 1917 року у багатьох випадках в законодавстві встановлювалася пряма залежність покарання за причетність від покарання за вчинення основного злочину. Причетність до злочину в кримінальній політиці держави є інструментом забезпечення невідворотності покарання і попередження найбільш небезпечних злочинів. Для недопущення вчинення злочинів, спрямованих проти основних, життєво важливих інтересів держави і суспільства, в тому числі щодо злочинів, при скоєнні яких витягується протиправний дохід, караність причетності до яких спрямована на зменшення можливості користування «плодами» злочинної діяльності. При цьому розвиток науки кримінального права справляв вплив тільки на деталізацію регулювання відповідальності за причетність до злочину, а не на зміну ставлення до даного інституту [9, 9].

Одним із базових кодифікованих актів в сфері кримінального права того часу був Кримінальний кодекс РРФСР 1922 року. Стосовно потурання злочину як виду причетності варто зазначити, що вказане діяння не тягло за собою самостійної відповідальності за КК РРФСР 1922 року [10, 605].

Згідно ст. 15 Кримінального Кодексу РРФСР 1922 року за злочин караються як виконавці, так і підбурювачі та пособники. Міра покарання кожному із них визначається як ступенем участі, так і ступенем небезпечності злочинця та скоєного ним злочину [11, 5].

Одними із перших кодифікованих актів в сфері кримінального права у вітчизняному просторі є Основи кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік 1924 року. Відповідно до статті 18 даних Основ заздалегідь не обіцяне приховування злочинця, знарядь та предметів, здобутих злочинним шляхом, тягне за собою відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених законом, що мало бути врегульовано галузевими кодексами республік [12, 22–23].

КК РРФСР 1926 року не вважав недонесення співучастю у злочині, так в ст. 18 вказувалось, що недонесення про злочин, який готується чи вже скоєний, тягне за собою відповідальність лише у визначених випадках, наприклад при недонесенні військовослужбовця про зраду батьківщині; недонесення про контрреволюційні злочини [10, 599].

У Кримінальному кодексі УРСР дещо інакше розв'язувалися питання, пов'язані із приховуванням. У ньому розрізнялося два види приховування — як вид посібництва та приховування як самостійний злочин. Згідно з ст. 20 КК УРСР 1927 року пособниками визнавалися особи, які сприяли вчиненню злочину порадами, вказівками, усуненням перешкод та іншими способами, а також особи, які сховали злочин або сліди злочину. У ч. 2 ст. 19 цього кодексу вказується, що приховування злочинця та слідів злочину, яке не є сприянням виконанню злочину, тягне за собою застосування заходів соціальної оборони тільки у випадках, спеціально визначених законом (при контрреволюційних

злочинах, злочинах проти порядку управління). Також передбачалась кримінальна відповідальність за «невиказ» вчиненого або підготовлюваного злочину та за купівлю отриманого злочинним шляхом [13, 11–16].

В ст. 5 Указу Президії Верховної Ради СРСР від 4 червня 1947 року «Об уголовной ответственности за хищение государственного и общественного имущества» передбачалась відповідальність за недонесення про розкрадання, вчинене повторно, групою осіб чи в великих розмірах [10, 599].

За Кримінальним кодексом 1960 року в ст. 19 співучастю визнавалась умисна спільна участь двох або більше осіб у вчиненні злочину. Співучасниками злочину, поряд з виконавцями, визнавались організатори, підмовники і пособники. Виконавець — особа, яка безпосередньо вчинила злочин. Організатор — особа, яка організувала вчинення злочину або керувала його вчиненням. Підмовник — особа, яка схилила до вчинення злочину. А пособником визнавалась особа, яка сприяла вчиненню злочину порадами, вказівками, наданням засобів або усуненням перешкод, а також особа, яка заздалегідь обіцяла сховати злочинця, знаряддя і засоби вчинення злочину, сліди злочину або предмети, добути злочинним шляхом [14].

Варто зазначити, що вказаним кодексом окремо в Загальній частині передбачалась ст. 20 КК 1960 року, в якій визначалось поняття переховування — заздалегідь не обіцяне переховування злочинця, а так само знарядь і засобів вчинення злочину, слідів злочину або предметів, добытих злочинним шляхом, тягне відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених статтею 186 КК. В ст. 186 Кримінального кодексу 1960 року, в свою чергу, передбачалась кримінальна відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк до п'яти років за приховування наступних злочинів — державну зраду, посягання на конституційний лад, шпигунство, посягання на життя державного діяча або представника іноземної держави, диверсію, бандитизм, контрабанду, контрабанду наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів, незаконне переправлення осіб через державний кордон України при обтяжуючих обставинах, виготовлення або збут підроблених грошей, цінних паперів чи білетів державних лотерей, розкрадання державного або колективного майна в особливо великих розмірах, розбій, умисне вбивство при обтяжуючих обставинах, зґвалтування, вчинене групою осіб, або зґвалтування неповнолітньої, або зґвалтування, вчинене особливо небезпечним рецидивістом чи таке, що спричинило особливо тяжкі наслідки, а так само зґвалтування малолітньої, одержання хабара, посягання на життя судді, працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку або військовослужбовця, захоплення заложників; торгівлю людьми; угон або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна; блокування транспортних комунікацій; незаконне придбання, зберігання, використання, передачу або руйнування радіоактивних матеріалів, якщо воно спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки; розкрадання радіоактивних матеріалів; незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів або психо-

тропних речовин; розкрадання наркотичних засобів або психотропних речовин; посів або вирощування снотворного маку чи конопель при обтяжуючих обставинах тощо [14].

Також покарання у вигляді позбавлення волі на строк до трьох років або виправні роботи на строк до двох років передбачалось за заздалегідь не обіцяне приховування таких злочинів, як розкрадання державного або колективного майна при обтяжуючих обставинах; умисне вбивство; умисне тяжке тілесне ушкодження; зґвалтування; крадіжка при обтяжуючих обставинах, грабіж при обтяжуючих обставинах; шахрайство при обтяжуючих обставинах; ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів при обтяжуючих обставинах; порушення порядку випуску (емісії) та обігу цінних паперів; спекуляція при обтяжуючих обставинах; дача хабара і посередництво в хабарництві при обтяжуючих обставинах; втеча з місця позбавлення волі або з-під варти; порушення правил безпеки руху та експлуатації транспорту при обтяжуючих обставинах; розкрадання вогнестрільної зброї, бойових припасів або вибухових речовин, вчинене повторно або за попереднім зговором групою осіб чи особливо небезпечним рецидивістом [14].

В свою чергу, питання стосовно недонесення про злочин було закріплено в ст. 21 КК 1960 року — недонесення про достовірно відомий підготовлюваний або вчинений злочин тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених статтею 187 Кримінального кодексу. Сама ст. 187 Кримінального кодексу визначала відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк до трьох років або виправні роботи на строк до двох років за наступні суспільно небезпечні діяння: державну зраду, посягання на конституційний лад, шпигунство, посягання на життя державного діяча або представника іноземної держави, диверсію, бандитизм, контрабанду, контрабанду наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів, незаконне переправлення осіб через державний кордон України при обтяжуючих обставинах, виготовлення або збут підроблених грошей, цінних паперів чи білетів державних лотерей, розкрадання державного або колективного майна в особливо великих розмірах, розбій, умисне вбивство при обтяжуючих обставинах, зґвалтування, вчинене групою осіб, або зґвалтування неповнолітньої, або зґвалтування, вчинене особливо небезпечним рецидивістом чи таке, що спричинило особливо тяжкі наслідки тощо. А за склади злочинів, які так само передбачені в ст. 186 КК 1960 року, передбачалось покарання у вигляді позбавлення волі на строк до одного року або виправні роботи на той же строк [14].

Чинний Кримінальний кодекс України 2001 року (ч. 6 ст. 27 КК України) передбачає відповідальність за заздалегідь не обіцяне приховування злочинця, знарядь і засобів вчинення злочину, слідів злочину чи предметів, здобутих злочинним шляхом, або придбання чи збут таких предметів. Особи, які вчинили ці діяння, підлягають кримінальній відповідальності лише у випадках, передбачених статтями 198 (придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом) та 396 (заздалегідь не обіцяне приховування тяжкого чи особливо тяжкого злочину) КК України. А також ч. 7 ст. 27 КК

України передбачає відповідальність за обіцяне до закінчення вчинення злочину неповідомлення про достовірно відомий підготовлюваний або вчинюваний злочин. Такі особи підлягають кримінальній відповідальності лише у випадках, коли вчинене ними діяння містить ознаки іншого злочину.

Стосовно ч. 7 ст. 27 КК України варто зазначити, що мова йде як про спеціальний суб'єкт (наприклад, у випадку невиконання службового обов'язку, службової недбалості), так і безпосередньо щодо громадського обов'язку кожного громадянина.

За Кримінальним кодексом України 2001 року, якщо спосіб приховування сам по собі є злочинним, він потребує самостійної кримінально-правової оцінки. Якщо винний для приховування злочину вчинив вбивство, то його дії слід кваліфікувати тільки за п. 9 ч. 2 ст. 115 КК. Якщо особа з метою приховати злочин підробила документи, то її дії утворюють сукупність злочинів і потребують кваліфікації за статтями 396 та 358 чи 366 КК. Згідно ч. 1 ст. 396 КК України притягнення до кримінальної відповідальності є можливим лише у випадку приховування тяжкого або особливо тяжкого злочину, мова про приховування злочинів невеликої чи середньої тяжкості взагалі не йде. Відповідно до ч. 2 ст. 396 КК, не підлягають кримінальній відповідальності за заздалегідь не обіцяне приховування злочину члени сім'ї чи близькі родичі особи, яка вчинила злочин, коло яких визначається законом.

Також у законі передбачено відповідальність за діяння, які мають деякі ознаки причетності: легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209 КК України) і використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (ст. 306 КК України).

Новий КК вніс певні корективи в інститут приховування злочину, передбачивши кримінальну відповідальність за укриття злочинної діяльності учасників злочинних організацій шляхом надання приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів (ст. 256 КК). Таке укриття може полягати, зокрема, у приховуванні: організаторів, керівників, рядових учасників злочинної організації або інших осіб, тобто тих, які, не входячи до складу злочинної організації, беруть участь у вчиненні нею певних злочинів як співучасники; знарядь чи засобів вчинення злочину; предметів, здобутих такою організацією в результаті здійснюваної нею злочинної діяльності. Укриття злочинної діяльності учасників злочинних організацій буде заздалегідь не обіцяним за умови, що воно не обіцяне до створення організації чи до моменту завершення окремих злочинів, вчинюваних злочинною організацією.

Отже, в порівнянні з чинним КК України, Кримінальний кодекс 1960 року більш детально, чітко та ширше врегулював питання, пов'язані з інститутом причетності до злочину. В Загальній та Особливій частинах кодексу закріплювались статті, які визначали два види причетності та передбачали покарання за вказані суспільно небезпечні діяння. Інші види причетності до злочину залишались поза увагою законодавця та правозастосовця, також не було визначене



саме збірне, родове поняття причетності, а отже й не були визначені основні характеристики. Але, на відміну від чинного Кримінального кодексу, все ж частина осіб, причетних до злочину, притягувались до відповідальності за діяння, які виходять за рамки самого вчинюваного чи вже вчиненого злочину, що не прослідковується нині.

Якщо провести порівняльний аналіз законодавчих актів на предмет урегулювання питань причетності до злочину, то можемо дійти висновку щодо значного регресу кримінально-правової норми. На даний час відсутнє законодавче закріплення причетності до злочину, її окремих видів, та не в усіх випадках встановлена кримінальна відповідальність за вказані дії. Небезпечність причетності багато в чому залежить від небезпеки закінченого злочину. Однак відповідальність осіб, причетних до злочину, самостійна, відносно незалежна від відповідальності осіб, що здійснили злочин або спинились на стадіях попередньої злочинної діяльності. Враховуючи меншу небезпеку причетності порівняно зі співучастю в злочині, законодавець обмежив кримінальну відповідальність лише певними складами злочинів, які визначені в Особливій частині Кримінального кодексу України.

### Література

1. Законы Хаммурапи // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: Древность и Средние века. / Сост. В. А. Томсинов. — Москва: Зеркало, 2000.
2. Хрестоматия по истории государства и права СССР. Дооктябрьский период. — Москва, 1990.
3. Бердяга С. Придбання, одержання, зберігання або збут здобутого злочинним шляхом // Юридичний журнал. — 2005. — № 5 (35).
4. Наша служба — уголовный розыск: 80 лет уголовному розыску России. — Москва, 1998.
5. Иванов Н. Г. Понятие и формы соучастия в советском уголовном праве. — Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1991.
6. Бушув І. А. Ответственность за укрывательство преступлений и недоносительство. — Москва, 1965.
7. Семькина О. И. Ответственность за укрывательство преступлений по уголовному праву России: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — Ставрополь, 2003.
8. Российское законодательство X–XX веков, Т. 9. Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций. — Москва, 1994.
9. Зарубин А. В. Уголовно-правовое регулирование прикосновенности к преступлению: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — Тюмень, 2004.
10. Пионтковский А. А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. — Москва, 1961.
11. Постановление Всесоюзного центрального исполнительного комитета от 1 июня 1922 года «О введении в действие уголовного кодекса Р. С. Ф. С. Р».
12. Уголовное право России. Практический курс // Под общ. ред. А. И. Бастрыкина. 3-е изд. — Москва, 2007.
13. Кримінальний кодекс УРСР 1927 року зі змінами та доповненнями на 1 грудня 1929 року. — Юридичне видавництво НКЮ УРСР: Харків. — 1930.
14. Кримінальний кодекс України. — Затверджений Законом від 28.12.60 (2000–05). — Відомості Верховної Ради. — 1961. — № 2.
15. Кримінальний кодекс України. — № 2341-III. — Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25–26. — Ст. 131.

## Анотація

*Пілявська Л. М. Законодавче закріплення причетності до злочину: історичний аспект. — Стаття.*

В статті розглядається генезис та історичний розвиток законодавчого регулювання причетності до злочину, проводиться аналіз нормативно-правових актів, які закріплювали поняття причетності та окремих її видів. Проведено порівняльно-правовий аналіз відображення поняття причетності, окремих її видів та відповідальності за такі дії у Кримінальному кодексі УРСР 1960 року та чинному Кримінальному кодексі України 2001 року.

**Ключові слова:** причетність до злочину, види причетності до злочину, законодавче закріплення, кримінальна відповідальність, нормативно-правовий акт.

## Аннотация

*Пилявская Л. М. Законодательное закрепление прикосновенности к преступлению: исторический аспект. — Статья.*

В статье рассматривается генезис и историческое развитие законодательного регулирования прикосновенности к преступлению, проводится анализ нормативно-правовых актов, которые закрепляют понятие причастности и отдельных ее видов. Проведен сравнительно-правовой анализ отражения понятия прикосновенности, отдельных ее видов и ответственности за такие действия в Уголовном кодексе СССР 1960 года и действующем Уголовном кодексе Украины 2001 года.

**Ключевые слова:** прикосновенность к преступлению, виды прикосновенности к преступлению, законодательное регулирование, уголовная ответственность, нормативно-правовой акт.

## Annotation

*Piliavska L. M.* The legislative consolidation of implication in a crime: historical aspect. — Article.

The article studies the genesis and the historical development of legislative consolidation of implication in a crime; the normative legal acts consolidating the notion of implication and its different types have been analyzed. The reflection of the notion of implication, its different types and liability for such actions in the Criminal Code of Ukrainian SSR 1660 and the current Criminal Code of Ukraine 2001 have been analyzed.

**Keywords:** implication in a crime, types of implication in a crime, legislative consolidation, criminal liability, normative legal act.

УДК 343.4(477):343.23

**О. В. Тавлуй**

## НЕЗАКОННА ПОСЕРЕДНИЦЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ ЯК ОЗНАКА ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТАТТЕЮ 169 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Дослідження і вивчення ознак об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 169 Кримінального кодексу України, має важливе теоретичне і практичне значення, зокрема, для його правильної кваліфікації.

Дана норма охороняє ті суспільні відносини, змістом яких є права та обов'язки, вже встановлені нормами регулятивного законодавства, тому дослідження ознак об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого статтею 169

© О. В. Тавлуй, 2012

Кримінального кодексу України, неможливе без аналізу тих галузей права, які регулюють відносини у цій сфері.

Вивчення змісту незаконної посередницької діяльності як однієї з ознак об'єктивної сторони складу злочину, який встановлює кримінальну відповідальність за незаконне усиновлення, вирізняється своєю актуальністю для юридичної науки.

Деякі аспекти даного питання досліджувались у наукових працях Белової О. І., Тляумбетова Р. Г., Решетникової Г. А., Ускової Ю. В. та інших вчених, проте окремого комплексного наукового дослідження, пов'язаного з проблематикою як незаконного усиновлення взагалі, так і незаконної посередницької діяльності, зокрема, не проводилось.

Метою даної статті є всебічний аналіз дій, які утворюють незаконну посередницьку діяльність та можуть виразитися у наступних формах:

- 1) незаконна посередницька діяльність щодо усиновлення (удочеріння) дитини;
- 2) незаконна посередницька діяльність щодо передачі дитини під опіку (піклування);
- 3) незаконна посередницька діяльність щодо передачі дитини на виховання в сім'ю громадян.

Як вбачається з аналізу диспозиції статті 169 Кримінального кодексу України, спеціально виділеною законодавцем ознакою об'єктивної сторони складу злочину, яка стосується окремих інститутів сімейного права, а саме: усиновлення, опіки (піклування) та виховання дітей в сім'ях громадян України, яка може здійснюватися у таких формах сімейного влаштування дітей, як патронат, прийомна сім'я та дитячий будинок сімейного типу, є *незаконна посередницька діяльність*.

Слід зазначити, що ще у ст. 102–3 Кодексу законів про шлюб та сім'ю України 1969 року було встановлено заборону посередницької комерційної діяльності щодо усиновлення дітей, передачі їх під опіку (піклування) чи на виховання в сім'ю громадян України, громадян інших держав [1, с. 295–296].

Нині діючі норми українського законодавства також забороняють посередницьку діяльність у сфері усиновлення, опіки, піклування, передачі дитини на виховання в сім'ю громадян України, зокрема, ст. 216 Сімейного кодексу України 2002 року «Заборона посередницької, комерційної діяльності при усиновленні дітей» [2], ч. 10 ст. 24 Закону України «Про охорону дитинства» [3] та ст. 169 Кримінального кодексу України «Незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння)» [4].

Дані норми встановлюють заборону щодо здійснення посередницької, комерційної, незаконної посередницької діяльності щодо усиновлення дітей громадянами України та іноземцями, передачі їх під опіку, піклування та на виховання в сім'ю громадян України.

Разом з тим на законодавчому рівні відсутні визначення, що можна віднести до «посередницької, комерційної діяльності» та «незаконної посередницької діяльності».

Посередницькою діяльністю щодо усиновлення (удочеріння) дитини, встановлення опіки, піклування, передачі на виховання в сім'ю громадян України слід визнавати діяльність з будь-якого сприяння цим формам влаштування дітей, коли одна особа зобов'язується в інтересах певної сторони виконати окремі дії, наприклад, розшукати батьків усиновленого та отримати від них згоду на усиновлення, вплинути на суддю з метою прийняття ним позитивного рішення щодо усиновлення, сприяти в оформленні документів, які б дали змогу усунути обмеження, що встановлені законодавством для усиновителів, опікунів, піклувальників тощо.

Але ж, насамперед, необхідно встановити значення категорії «посередництво», яка у різноманітних значеннях використовується в чинному законодавстві України, однак сам термін «посередництво» залишається невизначеним на законодавчому рівні.

Також, на думку автора, слід звернути увагу на те, що у цивілістичній науці поняття посередництва та його співвідношення з поняттям представництва є дискусійним, як зазначала, зокрема, В. В. Резнікова.

У даному науковому дослідженні необхідно визначитись із поняттям посередницької діяльності саме у сфері усиновлення.

Категорія «посередництво» застосовується насамперед у сфері цивільно-правових відносин, і відповідно у цивільно-правовій доктрині *щодо інституту посередництва* на сьогодні мають місце *три основні підходи*:

1. За першим підходом під *посередництвом* традиційно розуміється здійснення *фактичних дій*, спрямованих на виявлення потенційного контрагента, погодження з ним необхідних умов угоди, а також зведення сторін для безпосереднього укладення угоди [5]. Найбільш яскравим представником цього підходу є Г. Ф. Шершеневич. На сучасному етапі за цим підходом *посередництво* визначається як вид правової діяльності, що здійснюється однією особою (посередником) в інтересах другої сторони (клієнта), що сприяє вступу клієнта у правовідносини з третіми особами, при цьому посередник здійснює фактичне сприяння іншим особам в набутті та реалізації їхніх прав та обов'язків, а також в їх зміні та припиненні. Для посередника не виникає правових наслідків щодо третіх осіб [6, с. 99].

2. За другим підходом, на думку Е. Л. Невзгодіної, відповідно до якої *посередництво* — це вид встановлення та реалізації цивільних правовідносин між двома особами за участю третьої особи (під встановленням розуміється юридична трансмісія юридичних прав та обов'язків між особою, яку представляють, та третьою особою [7, с. 15, 47]. Таким чином, змістом посередництва за другим підходом є *юридичні дії*, а посередництво, відповідно, визначається як *юридичне посередництво*.

3. Якщо за першим підходом суть посередництва зводиться лише до вчинення фактичних дій, а за другим — лише до вчинення юридичних дій, то за третім підходом *посередництво може мати місце як у формі вчинення дій фактичного характеру, так і у формі вчинення дій юридичного характеру*. За визначенням М. Р. Саркисяна, *посередництво* — це правовий інститут, що регулює

відносини в сфері надання послуг, спрямований на сприяння в установленні правових зв'язків між клієнтами шляхом здійснення посередником правомірних дій юридичного та/або фактичного характеру. М. Р. Саркисян вважає, що як юридичні дії, так і фактичні дії, породжують правові наслідки [8, с. 23–24].

На думку А. В. Єгорова, сутність категорії посередництва полягає в самостійній діяльності особи, яка виступає в чужих інтересах, що полягає в підготовці та укладенні договору для зацікавленої особи, або ж здійснюється у вигляді надання сприяння при укладенні такого договору. Під сприянням при укладенні договору автор пропонує розуміти діяльність, котра підготовлює та спрощує процес його укладення, зводить контрагентів, залишаючи для зацікавленої особи лише необхідність здійснити цілеспрямоване волевиявлення. При цьому діяльність, що включає в себе укладення договору для зацікавленої особи, автор називає *юридичним посередництвом*, а діяльність, пов'язану лише зі сприянням при його укладенні, — *фактичним посередництвом*.

В. А. Васильєва визначає посередництво як правовий інститут, що регулює відносини у сфері надання послуг, спрямоване на сприяння у встановленні правових зв'язків між клієнтами шляхом здійснення посередником правомірних дій юридичного і/або фактичного характеру [9, с. 44].

Васильєва В. А. у своїй науковій праці «Проблеми цивільно-правового регулювання відносин з надання посередницьких послуг» звертає увагу на те, що посередницьке правовідношення — це вид зобов'язального правовідношення, яке виникає на підставі такого юридичного факту, як договір. З огляду на це, позадоговірне уповноваження особи на вчинення дій в інтересах третіх осіб — це представництво. Іншими словами, уповноваження на представництво за договором є посередництвом, в основі якого лежить договірне представницьке правовідношення. Посередницьке зобов'язання — це зобов'язання, яке виникає на підставі укладеного договору (наприклад договору доручення) [10, с. 8].

Отож, розглянувши підходи щодо визначення категорії посередництва у цивільному праві, можна дійти висновку, що посередницькою діяльністю при усиновленні дитини визнаються дії, спрямовані на встановлення правовідносин з третіми особами щодо їх сприяння громадянам України та іноземцям, які бажають усиновити дитину, під час процесу усиновлення.

З огляду на те, що Кримінальний закон забороняє здійснення саме незаконної посередницької діяльності, яка, на думку автора, полягає у сприянні в усиновленні (удочерінні) дитини, передачі її під опіку, піклування, на виховання в сім'ю громадян України зацікавленої особи (особам) та може здійснюватись як з метою отримання прибутку, так і іншим незаконним способом (за допомогою насильства, обману, шантажу).

Незаконною ж посередницькою діяльністю, на думку, зокрема, Белової О. І., є будь-яка діяльність, у тому числі комерційна, вчинена з метою одержання прибутку, що полягає у вчиненні певних дій від імені чи за дорученням іншої особи та в її інтересах, та спрямована на усиновлення дітей (у тому числі іноземцями), передачу їх під опіку, піклування чи на виховання в сім'ї громадян України.

Оскільки ст. 216 Сімейного кодексу забороняє будь-яку посередницьку діяльність у зазначеному напрямку, то незалежно від того, чи має така діяльність на меті одержання прибутку, чи використовуються при її здійсненні незаконні способи (наси́льство, обман, підкуп), то вона, на думку Белової О. І., в будь-якому разі є незаконною.

Також вона звертає увагу на те, що окрім посередницької діяльності, сімейне законодавство забороняє також і комерційну діяльність щодо усиновлення дітей, передачі їх під опіку, піклування або на виховання в сім'ї інших осіб. Така комерційна діяльність, на її думку, у переважній більшості випадків одночасно є і посередницькою діяльністю, але не можна виключити здійснення комерційної діяльності у цьому напрямку, що не матиме ознак посередницької [11, с. 115–117].

Таким чином, на думку автора дослідження, незаконною посередницькою діяльністю слід також вважати незаконне здійснення особою певних незаконних дій від імені або за дорученням і на користь особи, яка має намір усиновити дитину, стати опікуном, піклувальником або взяти дитину на виховання в сім'ю; ведення переговорів з батьками дітей або іншими особами, від згоди яких або здійснення певних дій якими залежить прийняття бажаного рішення, наприклад підбурювання матері, батька дитини за винагороду дати письмову згоду на усиновлення дитини, або підбурювання осіб, які мають право на усиновлення, призначення опікунами, піклувальниками, відмовитися від реалізації такого права тощо.

Як видається, не може розглядатися забороненою посередницька діяльність органів опіки і піклування, а також усіх інших органів державної влади, щодо виконання покладених на них обов'язків щодо виявлення та влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, а також тих державних органів, які приймають участь у процесі усиновлення, встановленні над дитиною опіки, піклування, передачі на виховання в сім'ю громадян України, адже це віднесено до їх компетенції.

Разом з тим не визнається посередницькою діяльністю громадських організацій, благодійних та інших фондів щодо сприяння батькам, які бажають усиновити дитину, щодо надання консультацій щодо чинного законодавства у сфері усиновлення, представництва інтересів адвокатами, особами, які надають правову допомогу, діяльність перекладачів та інших осіб, які сприяють здійсненню усиновленню в силу виконання своїх службових обов'язків.

Але ж зважаючи на те, що дані організації використовують інформацію, якою володіють, у своїх цілях, наприклад на своїх інтернет-сторінках поміщають не лише інформацію про дітей, які, наприклад, можуть бути усиновлені, а й ціни, за які цей процес може бути якнайшвидше завершений, їх діяльність повинна бути контрольованою з боку держави.

У даній ситуації буде цікавим досвід Російської Федерації, на території якої є незабороненою діяльність організацій, котрі займаються міжнародним усиновленням.

Стосовно діяльності даних організацій на території Російської Федерації існують різні думки вчених. Зокрема, Бородич К. у своєму дисертаційному

дослідженні, присвяченому проблемам усиновлення дітей — громадян Росії іноземними громадянами, наголошує на тому, що законодавець обґрунтовано передбачив створення подібних організацій, оскільки це дозволяє вдало координувати роботу як під час самого процесу усиновлення, так і по влаштуванню дітей у нові сім'ї, та здійснювати подальший контроль за долями усиновлених дітей. Прийняття законодавчо закріплених норм щодо діяльності акредитованих організацій дозволяє мінімізувати незаконну посередницьку діяльність юридичних і фізичних осіб при усиновленні, а також забезпечує охорону прав і законних інтересів дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування [12, с. 121–123].

Проте окремі російські вчені наголошують на тому, що існує проблема незаконної посередницької діяльності таких організацій. Як показує аналіз судової практики та реалії сучасного життя, у багатьох випадках неприбуткові організації з усиновлення надають допомогу громадянам інших держав із порушенням норм російського законодавства.

Генеральна прокуратура Російської Федерації виявила чисельні порушення норм закону у діяльності офіційно зареєстрованих представництв іноземних організацій з усиновлення. Так, значна кількість представництв працювала без продовження строку акредитації, не надавала звітів про становище усиновлених дітей — громадян Росії за кордоном, офіційна документація перебувала у неналежному стані.

Так, практично усі агентства мають свої Інтернет-сторінки, на яких розміщена не лише інформація про дітей, які можуть бути усиновлені, а й ціна їх усиновлення. Таким чином, мова йде про фактичний продаж дітей за кордон.

Встановлені факти так званого «злиття» представництв іноземних організацій, які здійснюють діяльність по усиновленню, з благодійними фондами, які знаходяться на території Російської Федерації, і нібито надають допомогу дитячим будинкам, школам-інтернатам для дітей-сиріт та дітей, які залишилися без батьківського піклування, але фактично здійснюють незаконну діяльність про вивчення інформації про дітей, можливість підбору дітей для тих чи інших усиновлювачів.

Також автори наголошують на значній криміналізації сфери усиновлення, оскільки посередники досить часто йдуть на підкуп чиновників, які мають відповідні повноваження щодо здійснення усиновлення.

На нашу думку, стаття 216 Сімейного кодексу України створює додаткові гарантії саме державного захисту для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, позбавляючи при цьому недержавні організації права займатися такою діяльністю, що, в свою чергу, унеможливорює і відповідні зловживання з їх боку. Крім того, покладання функцій з усиновлення на державні органи, на мій погляд, забезпечує більш дієвий механізм державного контролю за дотриманням прав дітей. Адже перевірити діяльність громадських організацій чи інших посередників набагато складніше, ніж перевірити діяльність державних органів. Водночас чинне законодавство України не забороняє

громадським, благодійним організаціям та в цілому будь-яким особам збирати інформацію про дітей, які залишилися без батьківського піклування, з метою передачі її відповідним державним органам для подальшого реагування.

Протягом всього часу з моменту прийняття Сімейного кодексу України ведуться дискусії стосовно внесення змін до ст. 216 Сімейного кодексу України з метою узаконити посередницьку діяльність та заборонити лише посередницьку комерційну діяльність. Але окремі представники законодавчої влади висловлюються проти таких змін, оскільки це може, на їх думку, призвести до фактичного узаконення «торгівлі дітьми».

Слід відзначити, що заборона здійснення комерційної діяльності не найшла своє закріплення в кримінальному законі в ст. 169 КК, а тому, на думку автора, було б доцільно, щоб диспозиція даної статті кодексу включала в себе ще й заборону комерційної діяльності і тим самим була приведена у відповідність з положеннями ст. 216 СК для усунення існуючої колізії.

Аналізуючи незаконну посередницьку діяльність як ознаку об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого статтею 169 Кримінального кодексу України, слід звернути увагу на думку окремих вчених, які використовують буквально тлумачення кримінально-правової норми, та вказують на те, що під посередницькою, комерційною діяльністю розуміється не разова дія особи, а систематичність вчинення таких дій.

На думку автора статті, такий підхід законодавця до опису складу злочину є не досить вдалим, оскільки, по-перше, за наявного в ст. 169 Кримінального кодексу України формулювання «діяльність» формально поза межами досяжності кримінального закону буде перебувати особа, яка фактично вчинила будь-яку одноразову незаконну посередницьку дію при усиновленні однієї конкретної дитини (наприклад, виступила фактичним посередником усиновлювача у справі усиновлення, отримавши за це грошову винагороду), що може викликати у неї бажання внаслідок відчуття безкарності з боку держави повторно вдатися до подібних дій.

По-друге, ускладнюється процес притягнення до кримінальної відповідальності особи, що виступила посередником у справі усиновлення за матеріальну винагороду, оскільки у випадку викриття такої особи правоохоронними органами («взяття її на факті») для порушення щодо такої особи кримінальної справи за ст. 169 Кримінального кодексу України необхідно доводити вже вчинення нею в минулому хоча б однієї аналогічної дії щодо різних дітей.

Таким чином, проаналізувавши незаконну посередницьку діяльність як ознаку об'єктивної сторони складу злочину, який встановлює кримінальну відповідальність, слід зазначити, що дії, які утворюють дану ознаку, полягають у наступних формах: 1) незаконна посередницька діяльність щодо усиновлення (удочеріння) дитини; 2) незаконна посередницька діяльність щодо передачі дитини під опіку (піклування); 3) незаконна посередницька діяльність щодо передачі дитини на виховання в сім'ю громадян.

Також слід відмітити необхідність приведення у відповідність нині діючого законодавства, зокрема врегулювання колізій між статтею 169 Кримінального



кодексу України та статтею 216 Сімейного кодексу України щодо заборони саме посередницької, комерційної діяльності.

Досліджуючи думки окремих вчених стосовно незаконної посередницької діяльності як ознаки об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого статтею 169 Кримінального кодексу України, ми погоджуємось із Беловою О. І., яка вважає, що використання у статті 169 КК поняття «незаконна» при описанні суспільно небезпечного діяння у формі посередницької діяльності є зайвою.

### Література

1. Кодекс о браке и семье Украины. Научно-практический комментарий. — 2-е издание, с изменениями и дополнениями, по состоянию на 01 августа 2000 г. — Х.: «Одиссей», 2000. — С. 496.
2. Сімейний Кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 21–22. — Ст. 135.
3. Про охорону дитинства: Закон України від 26 квітня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 30. — Ст. 142.
4. Кримінальний кодекс України. — Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25. — Ст. 131.
5. Резнікова В. В. Правова природа посередництва [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://univer.km.ua>.
6. Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права / Г. Ф. Шершеневич. — М.: Спартак, 1994. — 480 с.
7. Невзгодина Е. Л. Представительство по советскому гражданскому праву / Е. Л. Невзгодина. — Томск: Томск. гос. ун-т, 1980. — 156 с.
8. Саркисян М. Р. Биржевое посредничество по законодательству Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук / Саркисян Мариэтта Размиковна. — Краснодар, 2000. — 190 с.
9. Васильева В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг: Монографія. — Івано-Франківськ: ВДВ ЦІТ Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника, 2006. — 345 с.
10. Васильева В. А. Проблеми цивільно-правового регулювання відносин з надання посередницьких послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03/ Васильева Валентина Антонівна. — К., 2006. — С. 39.
11. Белова О. І. Кримінально-правова характеристика системи злочинів проти сім'ї та неповнолітніх: дис. ... канд. юрид. наук/Ольга Іванівна Белова. — Х., 2006. — С. 115–117.
12. Боролич Ксения Юрьевна. Усыновление детей — граждан России иностранными гражданами: дис. ... кан. юрид. наук/ Ксения Юрьевна Боролич. — М., 2005. — С. 175.

### Анотація

**Тавлуй О. В. Незаконна посередницька діяльність як ознака об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого статтею 169 Кримінального кодексу України. — Стаття.**

У статті досліджується незаконна посередницька діяльність як ознака складу злочину, який встановлює кримінальну відповідальність за незаконне усиновлення. Автор статті аналізує дії, які утворюють незаконну посередницьку діяльність з усиновлення, незаконну посередницьку діяльність під час передачі дитини під опіку (піклування), незаконну посередницьку діяльність при передачі дитини на виховання в сім'ю громадян.

**Ключові слова:** незаконна посередницька діяльність, усиновлювач, усиновлення, міжнародні організації з усиновлення, посередницька комерційна діяльність.

## Аннотация

**Тавлуй Е. В.** Незаконная посредническая деятельность как признак объективной стороны преступления, предусмотренного статьей 169 Уголовного кодекса Украины. — Статья.

В статье исследуется незаконная посредническая деятельность как признак состава преступления, который устанавливает уголовную ответственность за незаконное усыновление. Автор статьи анализирует действия, которые составляют незаконную посредническую деятельность по усыновлению, незаконную посредническую деятельность по передаче ребенка под опеку (попечительство), незаконную посредническую деятельность по передаче ребенка на воспитание в семью граждан.

**Ключевые слова:** незаконная посредническая деятельность, усыновитель, усыновление, международные организации по усыновлению, посредническая, коммерческая деятельность.

## Annotation

**Tavluys O. V.** Illegal intermediary activity as sign of objective side of corpus foreseen delict by the article 169 of the Criminal code of Ukraine. — the Article.

The illegal intermediary activity as sign of corpus delict which sets criminal responsibility for illegal adoption is probed in the article. The author of the article analyses actions which form illegal intermediary activity from adoption, illegal intermediary activity during the transmission of child under guardianship (anxiety), illegal intermediary activity at the transmission of child on education to the family of citizens.

**Keywords:** illegal intermediary activity, the person who adopt, adoption, international organizations from adoption, intermediary commercial activity.

УДК 343.23:343.76/77

**О. Ю. Татаров, І. Б. Газдайка-Василишин**

## УМИСНЕ ЗНИЩЕННЯ АБО ПОШКОДЖЕННЯ МАЙНА, ВЧИНЕНЕ ШЛЯХОМ ПІДПАЛУ, ВИБУХУ ЧИ ІНШИМ ЗАГАЛЬНОНЕБЕЗПЕЧНИМ СПОСОБОМ: ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ

**Постановка проблеми.** Чинні кримінально-правові норми, що закріплені у частинах першій та другій статті 194 Кримінального кодексу України (далі — КК) породжують проблеми кримінально-правової кваліфікації, неоднотипність їх застосування та пов'язані із цим гострі наукові дискусії. Одним із таких проблемних питань є кваліфікація умисного знищення чи пошкодження майна, вчиненого шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом, якщо такими діями не спричинено шкоду у великих розмірах. В той же час статистичні дані свідчать про відносну поширеність такого роду діянь — протягом 2010 року за ч. 2 ст. 194 КК зареєстровано 559 злочинів; протягом 2011 року — 611 злочинів; протягом першого кварталу 2012 року — 349 злочинів<sup>1</sup>.

**Стан дослідження проблеми.** В Україні на дисертаційному рівні умисне знищення та пошкодження майна досліджувалось А. В. Сакун. Окремі аспекти,

<sup>1</sup> Статистичні дані отримані з Довідки про факти умисного знищення або пошкодження майна шляхом підпалу (ч. 2 ст. 194 КК).

дотичні з даною проблематикою, стали предметом розгляду у наукових статтях таких вчених, як І. Г. Богатирьов, Р. О. Боднарчук, С. А. Миронюк. Науковим підґрунтям цього дослідження, безумовно, слугуватимуть праці Л. Д. Гаухмана, В. Н. Кудрявцева, В. О. Навроцького, С. А. Тарарухіна, що присвячені загальним проблемам кримінально-правової кваліфікації.

**Метою** даної статті є дослідження та пошук шляхів розв'язання проблем кваліфікації умисного знищення та пошкодження майна, зокрема такого, що вчинене шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнебезпечним способом.

**Виклад основного матеріалу.** Частина перша статті 194 КК передбачає відповідальність за умисне знищення або пошкодження чужого майна, що заподіяло шкоду у великих розмірах. З об'єктивної сторони знищення чи пошкодження майна може вчинятись як шляхом дій, так і шляхом бездіяльності. Бездіяльність при цьому може виражатись у невжитті заходів, необхідних для захисту майна від руйнуючого впливу біологічних, кліматичних чи інших факторів, наприклад, вологи, тепла, холоду, шкідників тощо.

Активна поведінка, спрямована на знищення чи пошкодження майна, може бути вчинена різними способами. Наприклад, шляхом механічного впливу — відокремленні окремих частин від предмета; шляхом фізичного впливу — спалювання, затоплення, використання електроенергії тощо; шляхом хімічного впливу — розчинення в кислоті, використання отрути, вибухонебезпечних та сильнодіючих речовин та шляхом використання інших способів впливу на предмети, внаслідок яких припиниться їх існування або вони приводяться у стан, повністю, частково чи тимчасово непридатний для використання за цільовим призначенням. За ч. 1 ст. 194 КК карається умисне знищення чи пошкодження майна, вчинене будь-яким способом, крім загальнебезпечних.

Загальнебезпечні способи є однією із кваліфікуючих ознак умисного знищення чи пошкодження майна, а отже відносяться до обов'язкових ознак об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 194 КК. Із усіх загальнебезпечних способів, в силу їх поширеності, законодавець окремо виділив підпал та вибух.

Поняття підпалу як способу вчинення злочину по-різному тлумачиться в теорії кримінального права. Насамперед, це пов'язано з багатозначністю слова «підпалювати». Новий тлумачний словник української мови подає три розуміння цього слова: а) підпалювати — підносячи вогонь до чогось, примушувати займатися, горіти; б) підпалювати — викликати пожежу; в) підпалювати — пошкоджувати, псувати сильним вогнем. Перше із запропонованих розумінь видається непридатним в аспекті кримінально-правового тлумачення поняття «підпал». Адже законодавцем у цей термін вкладено аспект загальної небезпечності, а тому підпалювання речі, що знаходиться у печі чи в іншому місці, яке унеможливорює поширення вогню, не слід включати до кримінально-правового розуміння підпалу. Тому більшість авторів тлумачать вказаний термін виходячи із двох останніх наведених вище розумінь слова «підпалювати». При цьому поділ усіх наявних позицій на дві групи наділений певним рівнем умовності, оскільки його критерієм є застосування (чи незастосування) поняття «пожежа».

Так, одна група науковців підпалом визнає знищення чи пошкодження майна вогнем, коли створюється загроза життю чи здоров'ю людей або заподіяння великих матеріальних збитків, загроза знищення інших матеріальних об'єктів [1, 361; 2, 45; 3, 18; 6, 278]. Таким же шляхом йде і судова практика — «умисним знищенням або пошкодженням майна шляхом підпалу є знищення або пошкодження цього майна вогнем у випадках, коли створюється загроза життю чи здоров'ю людей або загроза заподіяння значної матеріальної шкоди як самому потерпілому, так і іншим особам» [4, п.13]; «підпал — це знищення або пошкодження майна вогнем, якщо при цьому існувала загроза життю та здоров'ю людей або заподіяння значних матеріальних збитків» [5, п. 3].

Друга група науковців визначає підпал як свідоме викликання пожежі шляхом застосування джерела вогню до певних об'єктів [7, 764; 8, 116; 9, 220]. Як уже зазначалось, критерієм відокремлення цієї групи авторів є застосування ними терміну «пожежа». На рівні закону визначення поняття пожежі відсутнє, проте наявне воно на підзаконному рівні. Наприклад, пожежею визнається: а) неконтрольоване горіння, поза спеціальним вогнищем, розповсюджене в часі і просторі (п. 3.6.4. «Рекомендацій щодо вживання термінів та визначень із безпеки руху поїздів», затверджених Наказом Міністерства транспорту України від 03.06.2004 р. № 464); б) позарегламентний процес знищення або пошкодження вогнем майна, під час якого виникають чинники, небезпечні для живих істот і довкілля (наказ Міністерства палива та енергетики «Про затвердження правил пожежної безпеки при експлуатації атомних станцій» від 30.05.07 № 256).

Отже, поняття «пожежа» включає в себе ознаки загальної небезпеки, поширеності у часі і просторі, неконтрольованості. А тому обидві зазначені вище групи авторів подають практично аналогічні, без істотних відмінностей тлумачення терміну «підпал», лише дефініція, сформульована другою із цих груп авторів, є лаконічнішою за рахунок використання поняття «пожежа». При цьому істотними ознаками підпалу як одного із способів вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 194 КК, на нашу думку, слід вважати: застосування джерела вогню, його поширення у часі і просторі, неконтрольованість та загальну небезпечність. Загальна небезпечність підпалу полягає у тому, що застосовуючи руйнівні сили вогню, здатні перерости у пожежу, винна особа втрачає можливість контролювати чи припинити їх стихійний розвиток, що в свою чергу може спричинити істотну шкоду.

Отже, підпал в розумінні пожежі слід відмежовувати від пошкодження майна вогнем, яке підконтрольне особі, що його вчиняє, і не виходить за межі, що запобігають його переростанню в загальнонебезпечну, руйнівну силу. В цьому аспекті цілком обґрунтованим є тлумачення підпалу, подане Пленумом Верховного Суду України, — умисне знищення або пошкодження майна вогнем, яке не створювало загальної небезпеки (наприклад, спалення речі у печі), не може розглядатись як кваліфікований склад злочину і тягне відповідальність за ч. 1 ст. 194 КК [5, п. 3].

Для з'ясування питання про загальну небезпечність обраного способу знищення чи пошкодження майна шляхом підпалу необхідно в кожному конкрет-

ному випадку враховувати місце, час та інші обставини, що характеризують об'єктивну сторону злочину. Наприклад, підпал мотоцикла, що знаходиться у полі, вдалині від населених пунктів, приміщень, людей, не наділений ознакою загальної небезпечності, тому, за наявності усіх інших ознак складу злочину, повинен кваліфікуватися за частиною 1, а не за частиною 2 статті 194 ККУ. Проте зазначені вище обставини на практиці не завжди враховуються для вирішення питання про те, чи був підпал загальнонебезпечним при вчиненні конкретного злочину. Це, в свою чергу, веде до помилок у кваліфікації. Так, наприклад, вироком Рожнятівського районного суду Івано-Франківської області від 05 березня 2010 року підсудна М. визнана винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 194 КК. В ході судового розгляду встановлено, що підсудна, запаливши сірники, кинула їх до передньої частини мотоцикла, де знаходиться бак для пального. Після цього вона швидко відійшла на своє подвір'я, де на **безпечній відстані** стала спостерігати, як згорів мотоцикл. Після припинення процесу горіння М. пішла додому. В результаті цих дій був знищений лише мотоцикл [10]. Як видається, дії винної слід було кваліфікувати за ч. 1 ст. 194 КК, оскільки підпал у цьому випадку не можна визнати загальнонебезпечним способом, враховуючи наступне:

- мотоцикл знаходився вдалині від приміщень та людей;
- винна, відійшовши на безпечну відстань, спостерігала за вогнем, тим самим контролюючи його перебіг та не даючи йому перейти в загальнонебезпечну, руйнівну силу.

Як уже зазначалось, ще одним загальнонебезпечним способом умисного знищення чи пошкодження майна, окремо виділеним законодавцем, є вибух. Вибух — це хімічна реакція (розрив вибухової речовини, спеціального снаряда, оболонки чого-небудь, тощо) з дуже сильним звуком, при якій за дуже короткий час розширюються утворені гази, спричиняючи велику руйнівну дію [11, 267]. При цьому характер і рівень дії факторів ураження конкретного вибуху залежать від його виду і потужності, відстані від його епіцентру, метеорологічних умов, характеру місцевості і інших обставин [8, 118].

Тому істотне значення для кваліфікації умисного знищення чи пошкодження майна шляхом вибуху (як і шляхом підпалу) має аспект загальної небезпечності. Як уже зазначалось, для кваліфікації вчиненого за ч. 2 ст. 194 КК недостатньо наявності самого лише факту підпалу чи вибуху; обов'язковими для з'ясування є обставини, що свідчать про загальну небезпечність обраного способу впливу на це майно. Адже вибух також може бути вчинений у такому місці, у такий час, у таких обставинах, які обмежують його руйнівний вплив та дають змогу винному контролювати перебіг його розвитку. За таких умов умисне знищення чи пошкодження чужого майна шляхом вибуху (аналогічно до підпалу, що не є загальнонебезпечним) слід кваліфікувати за частиною 1, а не за частиною 2 статті 194 КК.

До інших загальнонебезпечних способів умисного знищення чи пошкодження чужого майна слід віднести обвал, затоплення, сходження лавин, радіоактивне, бактеріологічне, радіохімічне забруднення ґрунту, води чи повітря,

організація масових отруєнь домашніх тварин тощо. Пленум Верховного Суду України, узагальнивши усі ці способи, роз'яснив, що під ними слід розуміти «дії, небезпечні для життя і здоров'я людей, а також майна інших фізичних чи юридичних осіб» [4, п. 13]. Слід зауважити, що кваліфікуюче значення при цьому має власне загальнонебезпечний характер обраного способу знищення чи пошкодження майна, а не наслідки застосування цього способу. Тобто навіть у випадку, коли реальна шкода заподіяна лише тому майну, яке винний бажав знищити (чи пошкодити), злочин може кваліфікуватись як такий, що вчинений загальнонебезпечним способом, за умови, що інше майно, життя чи здоров'я людей були поставлені під загрозу заподіяння істотної шкоди.

Окремої уваги заслуговує кваліфікація умисного знищення або пошкодження майна, вчиненого загальнонебезпечним способом, у випадках, коли ним не спричинено шкоди у великих розмірах. Вирішальним у цьому аспекті є питання про момент закінчення умисного знищення чи пошкодження майна. Злочин, передбачений ч. 1 ст. 194 КК, вважається закінченим з моменту, коли спричинено шкоду у великих розмірах, внаслідок якої подальше використання майна або взагалі неможливе, або можливе, проте за умови його відновлення чи ремонту. Якщо винна особа, вчиняючи дії, спрямовані на знищення або пошкодження майна, мала намір завдати своїми діями майнову шкоду у великих розмірах, але такі наслідки не настали з причин, що не залежали від її волі, вчинене слід кваліфікувати як замах на умисне знищення чи пошкодження майна. У випадку, коли винний мав умисел на знищення майна, але із незалежних від нього причин лише пошкодив чуже майно, вчинене слід кваліфікувати як закінчений злочин, передбачений відповідною частиною статті 194 КК (за умови наявності усіх інших необхідних ознак складу злочину). Адже законодавцем обидві стадії протиправного псування майна (і знищення, і пошкодження) віднесені до ознак одного складу злочину (в якості альтернативних).

Окремої уваги заслуговує питання моменту закінчення умисного знищення або пошкодження майна, вчиненого шляхом підпалу, вибуху або іншим загальнонебезпечним способом. В науці кримінального права обґрунтовується думка, згідно з якою цей кваліфікований склад злочину вважається закінченим і без наявності наслідків, передбачених у основному складі. Тобто умисне знищення чи пошкодження майна, вчинене загальнонебезпечним способом, визнається закінченим з моменту заподіяння будь-якої майнової шкоди, незалежно від її розміру. Таке трактування навіть було відображене у роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду СРСР, що втратили чинність: «щодо такого способу вчинення злочину як підпал судам рекомендується мати на увазі, що кримінальна відповідальність за умисне знищення або пошкодження державного, колективного майна і особистого майна громадян, вчинене шляхом підпалу, настає незалежно від того, чи є завдана шкода значною» [12, п. 1].

На практиці також зустрічаються випадки такої, хибної, на наш погляд, кваліфікації. Прикладом цьому може слугувати ухвала Колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 31 серпня 2010 року. Цією ухвалою підтверджено вирок Чигиринського районного суду Чер-

каської області від 21 грудня 2009 року в частині кваліфікації дій засудженого за ч. 2 ст. 194 КК (як умисного знищення чужого майна, вчиненого шляхом підпалу). Проте виключено з «кваліфікації його дій за ч. 2 ст. 194 КК таку кваліфікуючу ознаку, як заподіяння шкоди у великих розмірах» [13]. Підставою такого рішення ВСУ було визнано те, що заподіяна потерпілій матеріальна шкода в сумі 24 311,83 грн не становила великої шкоди, оскільки на момент вчинення злочину розмір шкоди, який вважався великим, мав складати суму більше 75 625 грн.

В даному випадку, як видається, колегія суддів цілком вірно оцінила ступінь суспільної небезпеки вчиненого діяння та не змогла залишити його безкарним. Але така оцінка відбулась на «інтуїтивному рівні» з порушенням чинного КК та призвела до нехтування правилами кримінально-правової кваліфікації. Адже суд кваліфікував дії підсудного за ч. 2 ст. 194 КК (визнав наявність у його діях кваліфікованого складу), при цьому заперечуючи наявність ознак основного складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 194 КК.

Ще одним прикладом такої, невірної на наш погляд, кваліфікації закріплено в Ухвалі спільного засідання колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України і військової судової колегії від 3 квітня 2009 року, в якій зазначається, що «суд дійшов обґрунтованого висновку про винність Ф. у злочині, передбаченому ч. 2 ст. 194 КК, і для складу даного злочину, вчиненого шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом, не є обов'язковою ознакою заподіяння майнової шкоди у великих чи особливо великих розмірах» [14].

Проте, як уже зазначалось, кваліфікований склад злочину, окрім кваліфікуючої ознаки, повинен містити усі ознаки основного складу. Умисне знищення чи пошкодження майна, яке не заподіяло шкоди у великих розмірах, не є кримінально-карним діянням (незалежно від способу його вчинення та інших обставин). Тому у випадку, коли умисне знищення чи пошкодження майна, вчинене загальнонебезпечним способом, не заподіяло шкоди у великих розмірах, дії винного не утворюють закінченого складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 194 КК. Залежно від спрямованості умислу, ці дії можуть бути кваліфіковані як замах на вчинення умисного знищення чи пошкодження майна загальнонебезпечним способом (лише за умови доведення, що винний мав умисел на заподіяння майнової шкоди принаймні у великих розмірах). Така ж позиція висловлена Вищим Спеціалізованим Судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ: «використання законодавцем у частині другій статті 194 КК формулювання «те саме діяння» з урахуванням системного аналізу кваліфікованих складів злочинів, передбачених Особливою частиною КК, свідчить про те, що кваліфікувати дії винної особи за частиною другою статті 194 КК у випадках умисного знищення або пошкодження чужого майна шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом допускається *лише у разі заподіяння такими діями шкоди у великих розмірах*» [15].

Така точка зору видається цілком обґрунтованою з огляду на визначення поняття кваліфікованого складу злочину. Адже кваліфікований склад злочи-

ну — це склад, який містить ознаки основного складу і одну чи кілька додаткових ознак, які підвищують суспільну небезпеку посягання [16, 452]. Тому викликає заперечення викладена в одному з підручників позиція, відповідно з якою кваліфікований склад злочину може утворюватися за рахунок «заміни» одних ознак складу злочину іншими, або ж коли «окремі елементи чи ознаки основного складу злочину перестають бути обов'язковими для кваліфікованого чи особливо кваліфікованого складу» [17, 110].

Отож, чинний КК передбачає кримінальну відповідальність лише за таке умисне знищення або пошкодження майна, яким спричинено шкоду у великих розмірах (відповідно до п. 3 примітки до ст. 185 КК — це 250 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що, виходячи з розміру податкової пільги, станом на 1 січня 2012 року становить  $250 \times 1075 : 2 = 134\,375$  гривень). У випадку, коли така шкода не спричинена, немає підстав говорити про закінчений склад злочину, передбаченого ст. 194 КК, незалежно від способу його вчинення.

На основі цих аргументів зазначимо, що закріплений в кримінальному законодавстві підхід до оцінки суспільної небезпеки умисного знищення або пошкодження майна видається таким, що не відповідає вимогам часу та потребує змін. Додатково це підтверджується ще й відсутністю статті КпАП, яка б встановлювала відповідальність за адміністративне правопорушення, що полягає в умисному знищенні чи пошкодженні чужого майна. Таким чином, умисне знищення чи пошкодження чужого майна на суму, меншу ніж 134 375 грн, тягне за собою **виключно** цивільну відповідальність. В той час як, до прикладу, умисне знищення або пошкодження майна працівника правоохоронного органу (ст. 347 КК) є кримінально-караним незалежно від розміру заподіяної ним шкоди. Так, зокрема, вироком Коломийського міськрайонного суду Івано-Франківської області за ч. 1 ст. 347 КК засуджено підсудного, який умисно пошкодив формений одяг інспектора ДПС Коломийського відділення ДАІ у вигляді забруднення одягу, розриву тканини галстука та зірвання погонів. Розмір цього пошкодження в ході судового розгляду не встановлювався [18].

Одним із способів вирішення цього завдання на рівні кримінального закону є пропозиція криміналізувати умисне знищення або пошкодження майна, яким спричинено значну шкоду потерпілому [19, 4]. Поряд з цим ще одним способом вирішення зазначених вище проблем кваліфікації може бути заміна у частині 2 статті 194 КК слів «Те саме діяння» словами «Умисне знищення або пошкодження чужого майна». Таким чином, склад злочину, передбачений ч. 2 ст. 194 КК, не буде кваліфікованим, а тому для притягнення винного до кримінальної відповідальності за такою (зміненою) частиною другою не потрібно буде встановлювати наявності усіх ознак складу злочину, передбаченого частиною 1 статті 194 КК. Альтернативою може слугувати перенесення загальнонебезпечного способу як ознаки складу злочину із частини другої до частини першої статті 194 КК. Тоді диспозиція частини 1 статті 194 КК набуде такого змісту: «умисне знищення або пошкодження чужого майна, вчинене шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом, або таке, що заподіяло шкоду



у великих розмірах». Щоправда, цей спосіб удосконалення кримінального закону потребуватиме ще й перегляду та зміни санкції частини 1 статті 194 КК.

**Висновки.** Для кваліфікації дій винного, як умисного знищення або пошкодження чужого майна, вчиненого шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом, за ч. 2 ст. 194 КК **обов'язковою** є наявність таких ознак об'єктивної сторони складу злочину:

- суспільно небезпечне діяння — знищення або пошкодження чужого майна;
- загальнонебезпечний спосіб (при цьому підпал або вибух, вчинені за обставин, які свідчать про відсутність їх загальної небезпечності, не можуть визнаватися кваліфікуючими обставинами умисного знищення або пошкодження майна);

- суспільно небезпечні наслідки — **заподіяння шкоди у великих розмірах (134375 грн);**

- причинний зв'язок між суспільно небезпечним діянням та суспільно небезпечними наслідками.

На практиці нерідко зустрічаються випадки засудження осіб за умисне знищення або пошкодження чужого майна, вчинене шляхом підпалу, яким не спричинено шкоди у великих розмірах. Такі випадки зумовлені прагненням посилити кримінально-правову охорону власності від протиправних знищень та пошкоджень майна, а також недосконалістю чинного КК. Способи удосконалення диспозицій статті 194 КК запропоновані вище.

Висновки, яких досягнуто в ході даного дослідження, можуть бути покладені в основу правотворчої діяльності, а також слугувати підґрунтям для подальших наукових розвідок, що стосуються кримінально-правової характеристики умисного знищення або пошкодження майна.

### Література

1. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Відп. ред. С. С. Яценко. — 4-те вид., перероб. та доп. — К.: А. С. К., 2006. — 848 с.
2. Казаков Г. П. Расследование и предупреждение поджогов, совершаемых с целью сокрытия преступлений. Дис. ... канд. юрид. наук. М.: ВНИИ МВД СССР, 1974. — 221 с.
3. Коваленко И. И. Борьба с умышленным уничтожением или повреждением имущества путем поджога: уголовно-правовые и криминологические вопросы. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1995. — 160 с.
4. Про застосування судами законодавства, що передбачає відповідальність за посягання на життя, здоров'я, гідність та власність суддів і працівників правоохоронних органів: постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 червня 1992 р. № 8 із змінами від 3 грудня 1997 р. // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах: Навчальний посібник / Укл. Б. О. Кириш. — Львів: ПАІС, 2005. — С. 273–281.
5. Про судову практику в справах про знищення та пошкодження державного чи колективного майна шляхом підпалу або внаслідок порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки: постанова Пленуму Верховного Суду України від 2 липня 1976 р. № 4 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду України від 3 березня 2000 р. № 3 // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах: Навчальний посібник / Укл. Б. О. Кириш. — Львів: ПАІС, 2005. — С. 150–156.
6. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 3-тє вид., переробл. та доповн. / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — 9-тє вид., переробл. та допов. — К.: Юридична думка, 2012. — 1316 с.

7. Бойцов А. И. Преступления против собственности. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. — 775 с.
8. Шарипов А. М. Уголовно-правовая оценка уничтожения и повреждения чужого имущества : диссертация... кандидата юридических наук : 12.00.08. — Владимир, 2005. — 178 с.
9. Лобов С. А. Некоторые аспекты развития и совершенствования российского уголовного законодательства об ответственности за поджог // Актуальные проблемы уголовного законодательства Российской Федерации. — Краснодар: Краснодар. юрид. ин-т МВД России, 1998. — С. 218–225
10. Архів Рожнятівського районного суду Івано-Франківської області // Справа № 1–42/2010–2010 рік.
11. Новий тлумачний словник української мови. У 4-х томах. — К.: Аконіт, 1998. — Т.1. — 910 с.
12. Постановления Пленума Верховного Суда СССР от 02 марта 1989 г. «О практике применения судами законодательства по делам, связанным с пожарами» // Бюллетень Верховного Суда СССР. — 1989. — № 3.
13. Ухвала Колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 31 серпня 2010 року. — Архів ВСУ України. — 2010 рік.
14. Ухвала спільного засідання колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ і військової судової колегії від 03.04.2009 року.
15. Лист Начальника Головного слідчого управління Міністерства внутрішніх справ України (вих. № 3880/0/4–12 від 23.03.2012 року).
16. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 704 с.
17. Кримінальне право України. Загальна частина. — К.: Юрінком Інтер, 1997.
18. Архів Коломийського міськрайонного суду Івано-Франківської області // Справа № 1–239/2008. — 2008 рік.
19. Газдайка-Василишин І. Б. Некорисливі злочини проти власності за кримінальним правом України. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Львів: ЛьвДУВС, 2011. — 16 с.

### Анотація

**О. Ю. Татаров, І. Б. Газдайка-Василишин.** Умисне знищення або пошкодження майна, вчинене шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом: проблеми кваліфікації. — Стаття.

Аналізуються норми чинного кримінального закону України в частині, що стосується основного та кваліфікованого складу умисного знищення чи пошкодження майна; проблеми кримінально-правової кваліфікації умисного знищення чи пошкодження майна, вчиненого загальнонебезпечним способом. Досліджуються окремі питання, які пов'язані із даною тематикою, та пропонуються способи їх вирішення.

**Ключові слова:** кримінальне право України, злочини проти власності, знищення та пошкодження майна, загальнонебезпечний спосіб.

### Аннотация

**О. Ю. Татаров, И. Б. Газдайка-Василишин.** Умышленное уничтожение или повреждение имущества, совершённое путем поджога, взрыва или другим общеопасным способом: проблемы квалификации. — Статья.

Анализируются нормы действующего уголовного закона Украины в части, касающейся основного и квалифицированного состава умышленного уничтожения или повреждения имущества; проблемы уголовно-правовой квалификации умышленного уничтожения или повреждения имущества, совершенного общеопасным способом. Исследуются отдельные вопросы, связанные с этой проблематикой, и предлагаются способы их решения.

**Ключевые слова:** уголовное право Украины, преступления против собственности, уничтожение и повреждение имущества, общеопасный способ.

## Annotation

*O. Tatarov, I. Gazdayka-Vasylyshyn. Deliberate destruction or damage to property committed by arson, explosion or other publicly dangerous method: problems of qualification. — Article.*

The norms of criminal law of Ukraine concerning the main and qualifying body of crime of deliberate destruction or damage to property, the problems of criminal-legal qualification of deliberate destruction or damage to property, committed by publicly dangerous method, are analyzed. Specific issues related to this topic are investigated, and the ways to address them are suggested.

*Keywords:* criminal law of Ukraine, crimes against property, destruction and damage to property, publicly dangerous method.

УДК 343.232:343.7

*І. С. Тальянчук*

### ВИДИ ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ОЗНАКИ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН

**Постановка проблеми.** Постійні численні повідомлення в засобах масової інформації про незаконне привласнення земельних ділянок або заволодіння ними шляхом використання службового становища, шахрайство, порушення основ ведення господарської діяльності, незаконна приватизація, забруднення та псування земель, самовільне зайняття земельної ділянки вказують на те, що законодавство України не пристосоване не тільки до захисту, а й контролю за регулюванням земельними відносинами. Перераховані факти тягнуть матеріальні збитки в особливо великих розмірах. Типовим доказом цього є численні публікації в засобах масової інформації про кількість зареєстрованих фактів порушення кримінальних справ у сфері земельних відносин та ті суми збитку, які були спричинені державі та її законотворчим громадянам.

**Стан дослідження.** Земельні відносини як об'єкт злочинного посягання нині розглядаються у багатьох наукових роботах як вітчизняних, так і зарубіжних учених, оскільки проблеми у цій сфері останнім часом мають загальнодержавне та міжнародне значення. Злочини у сфері земельних відносин становлять серйозну загрозу розвитку України як суверенної держави, завдають значних збитків державним установам, банкам, органам виконавчої влади, конституційним правам громадян та інтересам держави в цілому. Над проблемою визначення поняття, способів вчинення, розкриття, початкових слідчих дій з різних граней поглядів на проблематику земельних злочинів (злочинів у сфері земельних відносин) працювали такі науковці та практики, як Антонюк Н., Вишнівський І., Дрозд О. Ю., Ківалова Т. С., Панов М. І., Шепітько В. Ю., Коновалова В. О., Молицький С., Світличний О., Татаров О. Ю., Дякін Я. О. та інші.

**Мета і завдання дослідження.** Поняття «земельні злочини» (злочини у сфері земельних відносин) в кримінальному (і не тільки ньому) законодавстві не розглядаються взагалі. В практиці існує велика різноманітність способів злочинного посягання на земельні відносини, які скоюються різними видами

суб'єктів відповідних правовідносин. Видова приналежність способів вчинення злочинів у сфері земельних відносин наведена вище, при тому що її перелік не є вичерпним.

Кримінальний кодекс України передбачає відповідальність за ряд злочинів, які в безпосередній або частковій мірі посягають на земельні відносини. Серед них найбільш поширеними в практиці розслідування є: привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191), самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво (ст. 197–1), незаконна приватизація державного, комунального майна (ст. 233), порушення правил екологічної безпеки (ст. 236), забруднення та псування земель (ст. 239), незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель (ст. 239–1), незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах (ст. 239–2), порушення правил охорони або використання надр (ст. 240), умисне знищення та пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду (ст. 252), проектування чи експлуатація споруд без систем захисту довкілля (ст. 253), безгосподарське використання земель (ст. 254), а також пов'язані з вищезазначеними злочинами — ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів (ст. 212), самоуправство (ст. 256), зловживання владою або службовим становищем (ст. 364), перевищення влади або службових повноважень (ст. 365), службове підроблення (ст. 366), одержання хабара (ст. 368) [1, 152].

Всі ці злочини є наявним реальним відтворенням махінацій у земельних відносинах. Спробуємо навести кримінально-правову характеристику злочинів у сфері земельних відносин.

**Виклад основних положень.** Статті 191 та 197–1 Кримінального кодексу України містяться в VI розділі «Злочини проти власності», а отже основний об'єкт, тобто те, на що посягає злочин, є власність, у всіх її проявах та майнових правах. Об'єктом ст. 191 КК України є передбачений законодавством вільний обіг та захист майнових відносин. При цьому привласнення полягає у протиправному і безоплатному вилученні винною особою чужого майна, яке знаходилося у її правомірному володінні, з подальшим наміром обернути майно на свою користь чи користь третіх осіб. Розтрата ж передбачає незаконне і безоплатне витрачання винним чужого майна, яке йому ввірене чи перебувало в його віданні.

Нововведена в Кримінальний кодекс України стаття про самовільне зайняття земельної ділянки мала місце запізнілої реакції законодавчої влади на статистичну кількість самовільно зайнятих ділянок в Україні. У ст. 1 Закону України від 19 червня 2003 р. «Про державний контроль за використанням та охороною земель» наведене поняття самовільного зайняття земельної ділянки — це будь-які дії особи, які свідчать про фактичне використання земельної ділянки за відсутності відповідного рішення органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування про її передачу у власність або надання у користування (оренду) або за відсутності вчиненого правочину щодо такої земельної ділянки, за винятком дій, які відповідно до закону є правомірними [3, 1]. Статтею 131 Земельного кодексу України встановлюються нормативно

дозволені випадки набуття права власності на земельні ділянки громадянами та юридичними особами України, територіальними громадами та державою. Тож не є самовільно зайнятими ділянками ті до яких відповідно до закону прийняті правомірні дії [2, 46]. При цьому листом Державного комітету України із земельних ресурсів від 11.12.2008 року № 14-17-4-/12991 «Щодо застосування терміна «Самовільне зайняття земельної ділянки»» також надане детальне тлумачення цього поняття та роз'яснено, що наявність рішення відповідного органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування про передачу у власність або надання у користування (оренду) земельної ділянки чи набуття права на земельну ділянку, житловий будинок, будівлю або споруду на підставі укладення цивільно-правової угоди не надають права на використання земельної ділянки, оскільки у частині третій статті 125 Земельного кодексу України визначено, що приступати до використання земельної ділянки до встановлення меж земельної ділянки в натурі (на місцевості), одержання документа, що посвідчує право на неї, та його державної реєстрації забороняється [4, 1]. Безумовно, що дії, які свідчать про фактичне використання земельної ділянки без правовстановлюючого документа, зареєстрованого в установленому порядку, але за наявності рішення відповідного органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування про передачу у власність або надання у користування (оренду) земельної ділянки чи наявності цивільно-правової угоди про набуття права на земельну ділянку, житловий будинок, будівлю або споруду, які на ній розміщені, не можуть бути кваліфіковані як «самовільне зайняття земельної ділянки». Вчинення таких дій є «використанням земельної ділянки без правовстановлюючого документа», відповідальність за що не передбачена.

Предметом злочину, передбаченого статтею 233 КК України, є державне і комунальне майно, під яким відповідно слід розуміти майно, що перебуває у Державній власності, а також майно, яке належить Автономній Республіці Крим, та майно, яке перебуває у комунальній власності. Правом комунальної власності визнається право територіальної громади села, селища або міста володіти, економно та ефективно користуватися і розпоряджатися на свій розсуд майном, що належить їй, як безпосередньо, так і через представницькі органи місцевого самоврядування. Відчуження комунального майна регулюється загальними положеннями законодавчих актів з питань приватизації і здійснюється органами місцевого самоврядування.

Об'єктом злочину, передбаченого ст. 236, є посягання на екологічну безпеку, тобто на такий стан навколишнього природного середовища, за якого здійснюється погіршення екологічної обстановки та виникнення небезпеки для здоров'я людей, флори і фауни. Посягання відбувається виконанням робіт, пов'язаних з проектуванням, будівництвом, експлуатацією об'єктів, потенційно шкідливих для навколишнього природного середовища. Безпосереднім предметом є підприємства, споруди, пересувні засоби та інші об'єкти, у зв'язку з проектуванням, експлуатацією яких існує небезпека негативного впливу на людину і довкілля. У ст. 253 КК України об'єктом злочину є також екологічна безпека, але в частині встановленого порядку запобігання виникненню надзви-

чайних ситуацій техногенного та природного характеру. Предметом злочину є проекти, інша аналогічна документація, в якій відсутні дані про обов'язкові Інженерні системи захисту довкілля для споруд, що вводяться в експлуатацію.

Статті 239 і 254 КК України визначають безпосередній об'єкт злочину у встановленому порядку раціонального використання, захисту і відтворення земель як складної природної екосистеми, тісно пов'язаної з іншими елементами довкілля. При цьому додатковим обов'язковим об'єктом є життя і здоров'я особи. Предметом виступають будь-які землі, а точніше верхній шар земної поверхні у межах зони аерації, під якою слід розуміти верхню товщу земної кори між її поверхнею і дзеркалом ґрунтових вод. Подібний за визначенням є об'єкт злочину, передбачений статтею 239–1, 239–2, а ст. 240 КК України — який визначається як посягання на встановлений порядок раціонального і комплексного використання й охорони надр та видобування корисних копалин, які не є загальнопоширеними.

У статті 252 КК України безпосереднім об'єктом злочину є встановлений порядок охорони, відтворення і використання об'єктів природно-заповідного фонду України, інших територій та об'єктів, взятих під охорону держави, як специфічних елементів, що мають особливий екологічний статус. Перелік об'єктів природно-заповідного фонду визначений статтею 3 Закону України «Про природно-заповідний фонд України» [5, 1]. При цьому відповідний злочин має екологічний характер.

Окремою складовою вищезазначених злочинів є поєднання їх зі злочинами у сфері службової діяльності, об'єкти якої направлені на порушення нормальної управлінської діяльності, підрив авторитету органів державної влади та органів місцевого самоврядування, встановлений порядок реалізації громадянами своїх прав та обов'язків. З об'єктивної сторони склад злочину, передбачений ст. 191 КК України, може бути вчинений у формі привласнення чужого майна, яке було ввірене особі чи перебувало в її віданні; розтрата такого майна зазначеною особою; привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Поняття привласнення, розтрата наводилося автором вище, при цьому відповідні діяння можуть мати місце тільки тоді, коли майно, яке виступає предметом злочину, було ввірене винному, було в його віданні, і коли винний був правомочним розпоряджатися та управляти відповідним майном. Така правомочність може обумовлюватись службовими обов'язками, договірними відносинами або спеціальним дорученням та виникати не лише в осіб, які перебувають у трудових відносинах з підприємством, установою чи організацією незалежно від форми власності, або приватних осіб та виникати на підставі цивільно-правових угод. При цьому заволодіння чужим майном, вчинені шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, утворюють склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК України.

Заволодіння чужим майном має місце тоді, коли службова особа незаконно обертає чуже майно на свою користь чи користь третіх осіб, використовуючи при цьому своє службове становище. Відмінністю заволодіння від привласнен-

ня та розтрата у тому, що майно не було ввірене винному, не перебувало в його віданні. У зазначений спосіб злочин може вчинятися шляхом сили та авторитету своєї посади, впливу на підлеглих осіб, які перебувають у безпосередньому підпорядкуванні винного.

Як зазначалося вище, злочини цієї категорії тісно пов'язані з іншими злочинами, тому їх класифікують за сукупністю. Так, наприклад, якщо заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем було пов'язане з внесенням такою особою до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей, іншим підробленням документів або складанням і видачею завідомо неправдивих документів, дії винного потребують кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст.ст. 191, 366. Але потрібно відмежовувати протиправні дії відповідного злочину від зловживання владою або службовим становищем, адже діяння, передбачені ст. 191 КК України, виступає способом заволодіння чужого майна, а при корисливому зловживанні владою службова особа діє всупереч інтересам служби і протиправно отримує вигоду, заподіюючи власнику майна майнову шкоду, використовуючи своє службове становище.

Об'єктивною стороною самовільного зайняття земельної ділянки є активні протиправні дії (основними активними діями з боку недобросовісних громадян, що свідчать про самовільність зайняття земельної ділянки, є огороження її, проведення на земельній ділянці робіт по видобуванню корисних копалин, здійснення насаджень дерев, кущів, вирощування сільськогосподарських культур, розміщення техніки та будівельних матеріалів без відповідних дозволів з боку відповідних органів влади) та безпосередньо шкода, нанесена власнику земельної ділянки чи землекористувачу, розрахунок якої закріплений у Методиці визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок, використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, зняття ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) без спеціального дозволу, затвердженій Постановою Кабінету Міністрів України від 25 липня 2007 року № 963 [6, 2]. Самовільне зайняття земельних ділянок може виступати у двох формах: 1) у формі дій, які свідчать про фактичне використання землі особою за відсутності відповідного рішення органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування про її передачу у власність або надання у користування (оренду) (наприклад, оброблення ділянки сільськогосподарського призначення); 2) у формі дій, які свідчать про намір особи використовувати земельну ділянку за відсутності вчиненого правочину щодо неї (наприклад, огороження самовільно зайнятої ділянки).

З об'єктивної сторони злочин, передбачений статтею 233 КК України, може проявлятися у формі приватизації державного чи комунального майна: 1) шляхом заниження його вартості через визначення її у спосіб, не передбачений законом; 2) шляхом використання підроблених приватизаційних документів; 3) яке згідно з законом не підлягає приватизації; 4) неправомочною особою.

Приватизація є одним із способів зміни форми власності, яке відбувається шляхом відчуження державного або комунального майна на користь фізичних

та юридичних осіб. Приватизація державного майна здійснюється шляхом: а) продажу об'єктів приватизації на аукціоні, за конкурсом; б) продажу акцій (часток, паїв), що належать державі у господарських товариствах, на аукціоні, за конкурсом, на фондових біржах та іншими способами, що передбачають загальнодоступність та конкуренцію покупців; в) продажу на конкурсній основі цілісного майнового комплексу державного підприємства, що приватизується, або контрольного пакета акцій відкритого акціонерного товариства при поданні покупцем відповідних документів; г) викупу майна державного підприємства згідно з альтернативним планом приватизації [7,12]. При проведенні приватизації шляхом викупу об'єкту експертним шляхом визначається його ціна. В разі проведення продажу об'єктів приватизації неналежним чином, не проведення експертної оцінки, заниження вартості приватизованого майна, використання під час проведення приватизації підроблених документів, а також безоплатну передачу майна у власність фізичних або юридичних осіб потрібно кваліфікувати за ст. 233. Приватизація неправомочною особою передусім означає, що як покупець державного чи комунального майна виступає особа, якій чинним законодавством не дозволено брати участь у приватизації та укладати відповідні договори купівлі-продажу. Перелік покупців, що не мають права на приватизацію, наведений у ст. 8 Закону України «Про приватизацію державного майна». Злочин, передбачений ст. 233, є закінченим з моменту незаконної приватизації державного або комунального майна. При цьому слід мати на увазі, що право власності на приватизований об'єкт переходить до покупця з моменту нотаріального посвідчення договору купівлі-продажу майна.

Об'єктивну сторону злочину, передбаченого статтею 236 КК України, складає діяння у вигляді порушення встановленого порядку проведення екологічної експертизи, правил екологічної безпеки під час проектування, розміщення, будівництва, реконструкції, введення в експлуатацію, експлуатації та ліквідації підприємств, споруд, пересувних засобів та інших об'єктів; наслідки у вигляді загибелі людей, екологічного забруднення значних територій або інших тяжких наслідків; причинний зв'язок між діянням та наслідками. Основна мета екологічної експертизи, види, об'єкти державної екологічної експертизи визначаються в положеннях Закону України «Про екологічну експертизу» [8, 3]. Дія і бездіяльність в відповідному складі злочину виражається у наданні завідомо неправдивих відомостей про екологічні наслідки діяльності об'єкта екологічної експертизи; надання дозволів на спеціальне природокористування; ухилення від надання необхідних відомостей і матеріалів на запити державних еколого-експертних органів; приховування або фальсифікація відомостей про наслідки екологічної експертизи, ігнорування її результатів; примушування або створення таких умов для експерта, що мають своїм наслідком підготовку хибних експертних висновків. Також мають місце випадки нездійснення державної екологічної експертизи, якщо її проведення є обов'язковим [9, 462].

Порушення правил екологічної безпеки під час проектування, будівництва, введення в експлуатацію та експлуатації об'єктів може виражатись у таких діях: відсутність споруд, устаткування і пристроїв для очищення викидів і



скидів або їх знешкодження, а також приладів контролю за кількістю і складом забруднюючих речовин та характеристиками шкідливих факторів; використання природних ресурсів, викиди і скиди забруднюючих речовин у навколишнє природне середовище, дії з відходами без відповідних дозволів; нездійснення заходів, спрямованих на запобігання залповим викидам і скидам, що створюють високі рівні забруднення повітряного і водного басейнів, ґрунтів, становлять небезпеку для життя людей, тваринного і рослинного світу. Злочин за цією статтею є закінченим з моменту настання суспільно небезпечних наслідків.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого статтею 239 КК України, полягає у забрудненні або псуванні земель речовинами, відходами чи іншими матеріалами, шкідливими для життя, здоров'я людей або довкілля, внаслідок порушення спеціальних правил, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля. Способами вчинення вищезазначеного злочину є зниження або втрата родючості земель, виведення земель із сільськогосподарського обороту, порушення гумусного шару, структури ґрунту, як результат безгосподарського використання земель, а також порушення спеціальних правил, що спричиняє забруднення або псування земель, таких як, наприклад, зберігання та видалення відходів у не відведених для цієї цілі місцях. Закінчується даний злочин з моменту забруднення або псування земель, що створило небезпеку для життя, здоров'я людей, або для довкілля.

Розробка і здача замовнику проектів, іншої документації без обов'язкових інженерних систем захисту довкілля, введення (прийом) в експлуатацію споруд без захисту, якщо це створило небезпеку тяжких технологічних аварій або екологічних катастроф, загибелі або масового захворювання населення, складає об'єктивну сторону злочину, передбаченого статтею 253 КК України. Зрозуміло, що моментом закінчення злочину є виникнення всіх вищеперерахованих наслідків.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого статтею 254 КК України, характеризується таким діянням, як безгосподарське використання земель, з відповідними наслідками — як тривале зниження або втрата їх родючості, виведення земель із сільськогосподарського обороту, змивання гумусного шару, порушення структури ґрунту. Суттю безгосподарського використання земель є невиконання або неналежне виконання покладеного на особу обов'язку захищати землі від шкідливого антропогенного та природного впливу, а також проявляється у неправильній експлуатації, знищенні або пошкодженні протиерозійних гідротехнічних споруд, у використанні земель не за цільовим призначенням, у порушенні економічних та санітарно-технічних вимог щодо розміщення нових і реконструйованих об'єктів, будівель і споруд.

Суб'єктом вчинення відповідних злочинів є досить різноманітне коло осіб. Це насамперед звичайна осудна особа, але в більшості випадків, як свідчить практика, суб'єкт може бути спеціальним. Так, наприклад, суб'єктом злочину ст. 236 КК України є особа, на яку покладено правовий обов'язок дотримуватись відповідних приписів законодавства щодо порядку проведення державної екологічної експертизи, правил екологічної безпеки (наприклад, працівники

еколого-експертних підрозділів МЕПР, інші експерти державної екологічної експертизи, конструктори ядерних установок і джерел іонізуючого випромінювання, службові особи підприємств, установ, організацій, відповідальні за проектування, розміщення, експлуатацію певних об'єктів, члени приймальних комісій таких об'єктів), ст. 235 КК України — службова або спеціально уповноважена особа, на яку покладено обов'язок розробити і здати замовникові відповідну документацію або прийняти (ввести) в експлуатацію споруду з інженерними системами захисту довкілля (наприклад, голова і члени відповідної державної приймальної комісії), ст. 254 КК України — особа, на яку нормативними актами покладено обов'язок дотримуватись правил щодо дбайливого і раціонального використання земель. Найчастіше вищезазначені злочини виступають в поєднанні зі злочинами Розділу XVII Злочини в сфері службової діяльності. Яскравим прикладом такого поєднання в частині різноманітності суб'єктів є особи, які можуть бути суб'єктом злочину, передбаченого статтею 233 Кримінального кодексу України «Незаконна приватизація державного, комунального майна», це можуть бути працівники державних органів приватизації та органів місцевого самоврядування, голів та членів інвентаризаційних комісій, комісій з приватизації об'єктів, тендерних комісій, комісій, створюваних для визначення частки держави в статутному фонді підприємств у порядку їх передприватизаційної підготовки, службових осіб (у першу чергу керівників і головних бухгалтерів) підприємств, які підлягають приватизації, фізичних осіб та службових осіб юридичних осіб — покупців державного чи комунального майна. Дії експерта, який сприяв заниженню вартості об'єкта приватизації, слід кваліфікувати за ч. 5 ст. 27 і ст. 233 як пособництво незаконній приватизації державного або комунального майна. При цьому всі зазначені суб'єкти злочину мають на меті отримання прибутку від заволодіння, використання та розпорядження національного багатства — землі. Тобто суб'єктивна сторона відповідних злочинів характеризується в більшості прямим умислом і корисливим мотивом, рідше необережністю.

**Висновки з дослідження і перспективи подальших розробок у цьому напрямі.** Розкриття злочинів цієї категорії у середньому за рік складає невелику кількість відсотків, у зв'язку з чим збільшується кількість нерозкритих злочинів, які накопичуються з року в рік. Причиною виникнення злочинів у сфері земельних відносин є досить велика кількість проблемних питань, таких як незавершеність інвентаризації (встановлення чітких меж різних за призначенням земель), визначення зональності, застарілості містобудівної документації, відсутності грошової оцінки земель, полінормативність регулювання відповідних відносин, новизна злочинів даної категорії, відсутність захисту земельних відносин з боку держави, особливості відмежування у земельних правовідносинах цивільно-правових відносин від злочинку. До цього ж недостатність інформації про статистику цих злочинів, що породжено, насамперед, невиділенням цієї категорії злочинів в окрему групу, майже виключає можливість участі оперативних працівників у визначенні різних схем вчинення злочинів у сфері земельних відносин.

Вважаю перспективними подальші дослідження та науковий аналіз норм та положень законодавства, їх тлумачення з погляду проблематики розкриття та розслідування злочинів у сфері земельних відносин.

### Література

1. Кримінальний кодекс України від 1 вересня 2001 року № 2341-III (зі змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25–26, с. 131.
2. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року № 2768-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, № 3–4, с. 27.
3. Закон України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» від 19 червня 2003 р. № 963-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, № 39, ст. 350.
4. Лист Державного комітету України із земельних ресурсів від 11.12.08. № 14–17–4/12991 «Щодо застосування терміна «Самовільне зайняття земельної ділянки».
5. Закон України «Про природно-заповідний фонд України» від 16 червня 1992 року № 2456-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1992, № 34, ст. 502.
6. Про затвердження Методики для визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок, використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, зняття ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) без спеціального дозволу: постанова Кабінету Міністрів України № 963 від 25 липня 2007 р. // Офіційний вісник України. — 2007. — № 55. — Ст. 221.
7. Закон України «Про приватизацію державного майна» від 4 березня 1992 року № 2163-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1992, № 24, ст. 348.
8. Закон України «Про екологічну експертизу» від 9 лютого 1995 року № 45/95-ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1995, № 8, ст. 54.
9. Кримінальний кодекс України. Коментар: Під редакцією Ю. А. Кармазіна та О. Л. Стрельцова. — Харків, ТОВ «Одісей», 2001. — 960 с., 2001.

### Анотація

**Тальянчук І. С.** Види та кримінально-правові ознаки злочинів у сфері земельних відносин. — Стаття.

У статті розглянуті проблемні питання становлення та визначення поняття земельних злочинів. З різних поглядів та з опорою на нормативні акти проаналізовані земельні відносини як об'єкт злочинного посягання, форми посягання, мета та мотив їх, визначене коло суб'єктів злочинів у сфері земельних відносин.

**Ключові слова:** злочини у сфері земельних відносин, екологічна безпека, приватизація, самовільне зайняття земельної ділянки, екологічна експертиза.

### Аннотация

**Тальянчук И. С.** Виды и уголовно-правовые признаки преступлений в сфере земельных отношений. — Статья.

В статье рассмотрены проблемные вопросы становления и определения понятия земельных преступлений. На основании различных взглядов и с опорой на нормативные акты проанализированы земельные отношения как объект преступного посягательства, формы посягательства, цель и мотив их, определен круг субъектов преступлений в сфере земельных отношений.

**Ключевые слова:** преступления в сфере земельных отношений, экологическая безопасность, приватизация, самовольное занятие земельного участка, экологическая экспертиза.

## Summary

Talianchuk I. S. Types and criminal and legal signs of crimes in the sphere of the ground relations. — Article.

There are the considered problem questions of becoming and determination of concept of the landed crimes in the articles. From different looks and with support on normative acts the landed relations as object of criminal trespass, form of encroachment, aim and reason of them, certain circle of subjects of crimes in the field of the landed relations are analysed.

*Keywords:* crimes in the field of the landed relations, ecological safety, privatizing, wilful employment of lot land, ecological examination.

УДК 343.9:343.533:004.738.5

Д. М. Цехан

### ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ ЯК ПЕРЕДУМОВА ЇЇ ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЇ

Особливості розвитку сучасного соціуму значною мірою детермінуються здобутками науково-технічного прогресу. Найвагомішим досягненням сучасного життя безумовно залишаються високі інформаційні технології, які скеровують наше життя сьогодні і найімовірніше не втратять свого значення і у майбутньому, на що звертають увагу відомі аналітики [док. див.: 1; 2; 3]. Водночас бурхливий розвиток високих інформаційних технологій призвів до їх активного освоєння з боку кримінальних структур. Аналізуючи норми чинного Кримінального кодексу України, можна стверджувати, що все більша кількість злочинів можуть бути вчинені за допомогою глобальних мереж. Досліджуючи процеси інституціоналізації злочинності, В. М. Дрьомін зазначає, що Інтернет не лише надав широкі можливості для інтенсифікації спілкування і отримання різноманітної інформації, але й створив сприятливі умови для деструктивних дій, крайніми із яких є злочинна діяльність [4, с. 367].

Такий стан справ вимагає інтенсифікації наукових досліджень, спрямованих на розробку ефективних механізмів декриміналізації глобальних мереж, що й зумовлює *актуальність обраної теми*.

Крізь призму різних наукових підходів ця **проблематика досліджувалась** Д. С. Азаровим, П. Д. Біленчуком, В. М. Бутузовим, В. Б. Веховим, І. О. Вороновим, М. Ю. Літвіновим, Л. П. Паламарчук, Е. В. Рижковим, Н. А. Розенфельд, Ю. М. Соколовим, Ю. В. Степановим, І. Ф. Харабєрюшем, В. П. Шеломенцевим та іншими науковцями. Водночас, визнаючи значимість наукового доробку наведених науковців, наголосимо, що значна кількість проблем залишається невирішеною і потребує наукового аналізу, зокрема можливості впливу на мережу Інтернет за допомогою права.

**Метою статті** є визначення сучасного стану та можливих шляхів правового регулювання мережі Інтернет як передумови її декриміналізації.

Зважаючи на те, що високі інформаційні технології за своїм функціональним призначенням спрямовані на обслуговування інформаційних процесів, існує необхідність аналізу окремих аспектів правового регулювання інформаційних відносин в Україні.

Так, правову основу інформаційних відносин в Україні становлять Закони України «Про інформацію», «Про державну таємницю», «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», «Про Концепцію національної програми інформатизації», «Про національну програму інформатизації», «Про основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки», «Про телекомунікації». Існуючий пласт законів у сферах зв'язку, телекомунікації, інформації та інформатизації дозволяє говорити лише про початок формування галузі інформаційного законодавства в Україні, про нерівномірний та незбалансований його розвиток.

Сьогодні, констатує К. І. Беляков, в Україні сформовано два напрями визначення шляхів правового регулювання інформаційних відносин: перший базується на доктрині англо-американської (англосаксонської) системи права, а саме на фрагментарному вирішенні проблем правового регулювання інформаційних відносин на законодавчому рівні; другий — на доктрині європейської (континентальної системи права), легальному визнанні галузей законодавства та їх систематизації на рівні кодифікації [5, с. 279]. На нашу думку, перший підхід не є зовсім вдалим для нашої правової системи, оскільки правова доктрина України орієнтована та будується на принципах континентальної системи права. Правова система держави має певним чином дуалістичну природу, а саме характеризується статичністю та динамічністю, тобто здатністю швидко реагувати на необхідність правового регулювання інноваційних суспільних відносин. У цьому аспекті фрагментарний підхід до регулювання інформаційних відносин застосовувався на початковому рівні становлення України як незалежної держави і має певні негативні наслідки, серед них:

- ухвалення нормативно-правових актів у різних часових рамках, без узгодження понятійно-категоріального апарату, що досить часто призводить до неоднозначного трактування понять практиками;

- розбіжності у системі та структурі законодавства в сфері інформаційних відносин і підходах до формування вказаної системи. Досить часто в систему законодавства на рівні законів включають норми, які відображені у підзаконних нормативно-правових актах. Це створює проблеми у правозастосуванні — виникнення колізій норм права;

- нові нормативно-правові акти досить часто концептуально не погоджені з прийнятими раніше, що створює правовий хаос.

З огляду на критичність маси нормативно-правових актів у сфері інформаційних правовідносин, постала кардинальна необхідність в їх кодифікації. Проте означений процес зіштовхується з певними складнощами. Зокрема, С. Переслегін зазначає, що Римське право, закони Хаммурапі, Руська правда, Кодекс Наполеона не регулювали відносини, об'єктом яких виступає інформація, тому маємо справу з тим рідкісним випадком, «коли не існує освяченої століттями

традиції і можна створювати «інформаційний кодекс», озираючись лише на суспільну доцільність, європейські цінності та принципи метаправа» [6, с. 20]. Сьогодні інформаційне право як система соціальних норм та відносин, що виникають у процесі продукування, перетворення та споживання інформації та охороняються силою держави, перебуває на шляху становлення.

Вважаємо, що розпочати власне аналіз законодавства слушно з Конституції України, ст. 9 якої визначає, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Це конституційне положення відображається у ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України», якою передбачено, що чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються в порядку, передбаченому для норм національного законодавства.

Процеси глобалізації та інформатизації, які набувають всесвітніх масштабів, привели до належної реакції зі сторони міжнародної спільноти, яка знайшла своє вираження у міжнародно-правових актах, спрямованих на врегулювання основних положень протікання зазначених процесів. До ключових документів, прийнятих міжнародним співтовариством у сфері інформатизації, слід виділити: Окінавську хартію глобального інформаційного суспільства, Конвенцію про захист осіб стосовно автоматизованої обробки даних особистого характеру; Директиву 95/46/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європи «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних», Угоду про співробітництво в галузі інформації та інші документи.

Ключовим серед цих документів є Окінавська хартія глобального інформаційного суспільства, яка визначає, що інформаційно-комунікаційні технології є одним із найважливіших чинників, що впливають на формування суспільства ХХІ ст. Крім цього, у документі визначено обсяг завдань, виконання яких є необхідним для побудови інформаційного суспільства. З огляду на те, що розвиток процесів глобалізації та інформатизації супроводжується експансією злочинних структур у вказані сфери життя суспільства, держави, учасниці Хартії, зобов'язались забезпечити здійснення ефективних заходів у боротьбі зі злочинністю в комп'ютерній сфері.

До того ж, потребує розгляду Конвенція про кіберзлочинність. Передумовою, що детермінувала прийняття Конвенції, стала експансія кримінальних структур у сферу високих інформаційних технологій та їх використання для здійснення злочинної діяльності. Так, у преамбулі Конвенції зазначено, що держави — члени Ради Європи та інші держави, які підписали Конвенцію, стурбовані ризиком того, що комп'ютерні мережі та електронна інформація можуть також використовуватись для вчинення кримінальних правопорушень, і того, що докази, пов'язані з такими правопорушеннями, можуть зберігатись і передаватись такими мережами.

Зважаючи на специфіку сфери правового регулювання, у Конвенції визначені окремі інноваційні положення процедурного права, спрямовані на забезпечення інтересів кримінального судочинства.

У Конвенції чітко окреслено поняття «інформація про користувача послуг», під якою розуміється будь-яка інформація у формі комп'ютерних даних чи в іншій формі, яка знаходиться у постачальника послуг, належить користувачам його послуг, не є даними про рух даних або власне даними змісту інформації та за допомогою якої можна встановити:

- тип комунікаційної послуги, яка використовувалась, її технічні положення і період користування послугою;

- особистість користувача послуг, поштову або географічну адресу, телефони та інший номер доступу, інформацію про рахунки і платежі, яку можна отримати за допомогою угоди або домовленості про постачання послуг.

Розглянута Конвенція встановлює досить широке коло повноважень правоохоронних органів щодо протидії інноваційним формам злочинної діяльності. Значну увагу приділено визначенню обов'язків постачальників Інтернет-послуг щодо співпраці з правоохоронними органами. Проте національне законодавство України сьогодні не приведено у відповідність з стандартом, передбаченим Конвенцією. В наш час, як зазначає А. Т. Козмюк, норми міжнародного права у внутрішніх правовідносинах використовуються ще досить рідко, тому говорити про них як про правову основу діяльності міліції означає видавати бажане за дійсне [7, с. 65].

Одним із ключових досягнень в процесі розвитку високих інформаційних технологій, без сумнівів, є побудова та функціонування глобальних інформаційних мереж, зокрема Інтернет. В ході свого розвитку, наголошує В. П. Сабаш, Інтернет поступово охоплює дедалі нові й нові сфери нашого життя, перетворюючись у стандартний канал соціальних комунікацій. У сферу Інтернет постійно і органічно вливаються такі галузі економіки, як зв'язок, засоби масової інформації, консультаційні послуги. З'являються нові соціальні групи, формується нова ідеологія, новий спосіб життя. Водночас дані, накопичені Інтерполом, підтверджують той факт, що за останні роки World Wide Web став сферою самого активного зростання злочинності із всіх існуючих областей людського життя [8, с. 45]. Тривалий час Інтернет розглядався як суто технічний засіб, проте наочне домінування технічної сторони Інтернету не має заважати юридичному осмисленню такого феномена.

Тож перед багатьма державами світу постає питання щодо можливості впливу права як найбільш могутнього соціального регулятора на Інтернет, оскільки інформаційні потоки поступово стають важелями управління соціальними процесами. Як наголошує І. Жилінкова, виникнувши як суто технічний засіб передачі інформації, Інтернет перетворився на соціальне явище, що звертає на себе увагу фахівців різних наук, в тому числі й юриспруденції [9, с. 124]. Такий погляд поділяє низка науковців. Зокрема Е. Кеє зазначає, що необхідність регулювання правом інтернет-відносин пов'язана з тим, що право обирає нові напрями і відвідує нові території, з'являється дедалі більш на екранах ніж на папері. У своїй роботі «Право у цифровому світі» Е. Кеє зазначає, що право входить у світ нових рухливих просторів і нових відносин, туди, де індивідуальні та колективні можливості сполучення усе більше зростають;

місце, де воно зіштовхується з новими визначеннями і з новими очікуваннями [10, с. 4]. У зв'язку з інтенсивним розвитком сучасних суспільних відносин в інформаційній сфері, серед яких найбільш розповсюдженими є доступ до інформаційних ресурсів в мережі Інтернет і використання інформаційних послуг, у тому числі електронної пошти, регулювання Інтернет-відносин, вважає В. М. Наумов, стає одним з найактуальніших завдань сучасного законодавства і права [11, с. 8].

Але у наукових колах існує інша думка, яка полягає в тому, що Інтернет-відносини не можуть бути врегульовані правом. Так, Д. Пост упевнений, що комп'ютерна мережа Інтернет не піддається централізованому регулюванню чи регламентації і це питання можна вирішити лише в майбутньому [12].

Необхідно зазначити, що, застосовуючи традиційні для юридичної науки категорії, фахівці обговорювали питання щодо визначення Інтернету як об'єкта чи суб'єкта права. У першому випадку Інтернет пропонується розглядати як сукупність майна (технічний комплекс), який належить певним особам на праві власності. У другому — робилася спроба знайти в Інтернеті ознаки юридичної особи (організаційну єдність, майнову відокремленість, керуючі органи тощо) [13]. Проте в подальшому вчені дійшли висновку щодо непродуктивності такої позиції, і така думка отримала найбільшу підтримку [14, с. 236]. Видається, що мережа Інтернет все ж таки може виступати об'єктом правового впливу, і більш того, такий вплив є необхідним на сучасному етапі. Найбільш ефективно боротьба з інноваційними формами злочинності відбувається у відповідному симбіозі з глобальною мережею, яка сама виступає продуктом інтеграції високих технологій. Відсутність правових норм щодо статусу мережі, визначення окремих її складових, юрисдикційних меж та інших аспектів значно знижує ефективність діяльності держави щодо стримування кримінальної активності. Існує й інший аспект проблеми, власне, наддержавний характер глобальних мереж об'єктивно потребує розвитку міжнародно-правового регулювання у цьому напрямі. Як зазначають вчені, у глобальному інформаційному просторі кримінально-правова політика кожної держави здійснює безпосередній вплив на кримінологічну ситуацію в цілому. Присутність у глобальних мережах національних сегментів, у яких не криміналізовані окремі діяння, призводить до того, що злочинці активно освоюють означені сегменти [15, с. 179]. Мережа Інтернет, слушно зазначає І. М. Рассолов, дає можливість використовувати віртуальний простір для того, щоб створювати bastions і цілі території, які дозволяють уникати законної відповідальності [16, с. 15]. Втрата з боку держави правового контролю за суспільними відносинами у досліджуваній сфері означає відмову від одного з найефективніших способів отримання різного виду соціально корисної інформації, якою є дані про підготовку чи безпосереднє вчинення злочинів.

Аналіз світових тенденцій свідчить, що міжнародна юридична практика виробила два основні підходи до правового регулювання глобального інформаційного простору. Так, умовно можна виділити «азіатський» підхід, що передбачає тотальний контроль з боку держави над усіма правовідносинами в



інформаційній сфері, наявність жорсткої цензури інформаційних ресурсів у межах політичної ідеології країни, мінімізації саморегулювання відносин учасниками інформаційної діяльності. Інший підхід отримав назву «європейський» і базується на європейських принципах свободи користування інформаційними ресурсами, значною саморегуляцією інформаційних відносин їх суб'єктами, регулювання державою найважливіших положень, які в основному стосуються загальних принципів і технічних стандартів інформаційної діяльності.

З огляду на те, що мережа Інтернет виступає свого роду міжнародним феноменом, який певним чином впливає на всі країни, існує необхідність розробки уніфікованого законодавства. Вважаємо, що одним з ефективних способів гармонізації національних законодавств є підготовка модельних законів, які акумулюють у собі основні принципи, вироблені міжнародним правом. Особливістю таких актів є те, що вони не обов'язкові для виконання, а лише орієнтують держави на основні концептуальні положення, яких слід дотримуватись під час розроблення та прийняття аналогічних національних законів. Модельні закони, на думку Ю. А. Тихомирова, безпосередньо «поглинають» у собі принципи, норми міжнародного права, «переводячи» їх у нормативно-концентрованому вигляді у національні законодавчі акти. Така модифікація полегшується тим, що чимала частина міжнародно-правових документів структурується нині за об'єктами регулювання у формах досить близьких до актів внутрішнього права [17, с. 88–89].

Перший суттєвий крок в окресленому напрямі було зроблено Парламентом Асамблеєю країн СНД, яка ухвалила проект модельного закону «Про Інтернет». Серед головних проблем, вирішуваних у законі, такі: визначення основних термінів, зокрема: «Інтернет», «управління Інтернетом», «доменне ім'я», «сайт» (ст. 2); закріплення кола суб'єктів правовідносин у мережі Інтернет (ст. 3); закріплення деяких положень протидії використанню мережі Інтернет у злочинних цілях (ст. 13); визначення місця та часу вчинення дій, які мають юридичні наслідки (ст. 11).

Зважаючи на мету нашого дослідження, звернімо увагу на два суттєві положення названого проекту. Зокрема ст. 11 передбачає, що «юридично значущі дії, вчинені за допомогою мережі Інтернет, визнаються вчиненими на території держави, якщо дії були вчинені особою під час перебування на території держави». Таким чином, зроблено спробу юридичного врегулювання місця вчинення юридично значущих дій через мережу Інтернет та вирішено окремі питання юрисдикції. Проте найважливіше значення у проекті закону без сумніву має ст. 13, у якій наголошено, що держава вживає законодавчих та інших заходів з метою протидії використанню мережі Інтернет в злочинних цілях. Для виконання цього завдання держава зобов'язує операторів Інтернет-послуг зберігати інформацію про користувачів та надані їм послуги не менше шести місяців і надавати вказані відомості на запит судових та правоохоронних органів. Це положення значно підвищить ефективність взаємодії суб'єктів протидії злочинності та провайдерів і, як наслідок, дозволить отримувати з найменшими затратами значну кількість інформації про особу, адже, виходячи зі зміс-

ту закону, провайдер зберігає інформацію про відвідування сайтів, реєстрацію користувача на відповідних інформаційних ресурсах, інформацію, скопійовану ним з мережі, та електронні повідомлення, що ним надіслані. Тож провайдер виконує свого роду завдання моніторингу дій користувачів, послуги яким він надає. З нашого погляду, у законі доцільно передбачити й відповідальність провайдерів за попередження особи, якій надаються послуги, про зацікавленість нею з боку правоохоронних органів, адже, як засвідчує практика такі випадки трапляються досить часто. Крім того, у зв'язку з динамічністю процесів, які протікають у мережі, доцільно обмежити строк надання такої відповіді терміном у 24 години, а у невідкладних випадках негайно. Але проект закону не передбачає обмежень щодо розміщення інформації та відповідальності власників сайтів щодо інформації, на них розміщених. Такі положення, по суті, надають власникам сайтів та провайдерам широкі можливості для саморегулювання відносин у цій сфері. З досвіду країн розвинутої демократії та з високим рівнем правової культури членів суспільства вказаний підхід є досить ефективним. Зокрема, в США існують сайти, які на замовлення користувача надають супутникове фото будь-якої частини земної кулі, але сьогодні після поширення актів тероризму сайт відмовляє у наданні знімків територій, на яких розміщені військові бази та інші стратегічно важливі об'єкти державної інфраструктури, хоча законом така заборона не встановлена. Отже, частково підсумовуючи викладене, слід зазначити, що прийняття відповідного закону у нашій країні є вкрай необхідним, оскільки вказаний канал соціальних комунікацій зараз можна використовувати і для розвитку суспільних відносин, і як засіб для вчинення антисоціальних, в тому числі й злочинних дій. За відсутності правового регулювання діяльності користувачів, організацій і держави в мережі виникає та закріплюється подвійний стандарт — закон має виконуватись, але не в мережі. До того ж прийняття відповідного закону, по-перше, оптимізує роботу суб'єктів протидії злочинності щодо отримання інформації приватного характеру; по-друге, стане вагомим кроком у напрямі вдосконалення правового статусу інформації, отриманої з мережі; по-третє, значно посилить правову основу для забезпечення державної політики протидії злочинності у сфері високих інформаційних технологій; по-четверте, сприятиме врегулюванню проблемних питань інших галузей права щодо правовідносин в мережі Інтернет.

Крім того, прийняттям закону України «Про Інтернет» можна здійснити імплементацію норм міжнародного права, зокрема Конвенції про кіберзлочинність, у національне законодавство України.

На нашу думку, за основу такого документа може бути взято модельний проект закону «Про Інтернет» із такими доповненнями та конкретизаціями: про обов'язок постачальників послуг надавати відповідь на запит правоохоронних органів протягом 24 годин, а в окремих випадках негайно; про відповідальність провайдерів за попередження особи, якій надаються послуги, щодо зацікавленості нею з боку правоохоронних органів.

### Література

1. Кларк Р., Нейк Р. Третья мировая война: какой она будет? — СПб. : Питер, 2011. — 336 с.
2. Фридман Д. Следующие 100 лет: прогноз событий XXI века / Джордж Фридман. — М.: Эксмо, 2010. — 336 с.
3. Уотсон Р. Файлы будущего: история следующих 50 лет / Уотсон Ричард. — М. : Эксмо, 2011. — 352 с.
4. Дрьомін В. М. Злочинність як соціальна практика: інституціональна теорія криміналізації суспільства: Монографія. — О.: Юридична література, 2009. — 616 с.
5. Беляков К. И. Управление и право в период информатизации : монография / К. И. Беляков. — К. : КВПЦ, 2001. — 308 с.
6. Переслегин С. Метаправо: юридическая «оболочка» сетевой цивилизации / С. Переслегин // Мир Internet. — 2001. — № 12. — С. 20.
7. Комзюк А. Т. Заходи адміністративного примусу в правоохоронній діяльності міліції: поняття, види та організаційно-правові питання реалізації : монографія / А. Т. Комзюк ; [за заг. ред. О. М. Бандурки]. — Харків : НУВС, 2002. — 336 с.
8. Сабадаш В. П. Современное состояние проблемы распространения мошенничества в Интернете / В. П. Сабадаш // Компьютерная преступность и кибертерроризм : сб. науч. ст. — Запорожье, 2005. — Вып. 3. — С. 45.
9. Жилінкова І. Правове регулювання інтернет-відносин / І. Жилінкова // Право України. — 2003. — № 5. — С. 124–128.
10. Katz R. L. The Information Society : an International Perspective / R. L. Ratz. — N. Y. : Praeger 1988. — 188 p.
11. Наумов В. Б. Правовое регулирование распространения информации в сети Интернет : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12. 00. 14 Административное право; финансовое право; информационное право / В. Б. Наумов. — Екатеринбург, 2003. — 24 с.
12. Post D. G. Anarchy, state and Internet : an Essay on Law-Making in Cyberspace [Electronic resource] / D. G. Post. — Electronic data (1 file). — Mode of access : <http://www.wm.edu/law/publications/jol/post.html>. — Title from the screen.
13. Петровский С. В. Категория «Интернет» в Российской правовой доктрине [Электронный ресурс] / С. В. Петровский. — Электрон. дан. ( 1 файл). — Режим доступа : <http://www.pravo.net.ru/>. — Название с экрана.
14. Копылов В. А. Информационное право : учебник / В. А. Копылов. — 2 изд. — М. : Юрист, 2002. — 512 с.
15. Осипенко А. Л. Борьба с преступностью в компьютерных сетях: международный опыт : монография / А. Л. Осипенко. — М. : Норма, 2004. — 432 с.
16. Рассолов И. М. Интернет-право : учеб. пособ. / И. М. Рассолов. — М. : Юнити-Дана, 2004. — 143 с.
17. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения / Ю. А. Тихомиров. — М. : НОРМА, 1996. — 432 с.

### Анотація

**Д. М. Цехан.** Правове регулювання мережі Інтернет як передумова її декриміналізації. — Стаття.

Стаття присвячена аналізу сучасного стану правового регулювання інформаційних правовідносин. Зокрема, акцентовано увагу на необхідності правового регулювання мережі Інтернет у контексті протидії злочинності у сфері високих інформаційних технологій. Автором проаналізовано сучасні теоретичні підходи та практичні рішення цієї проблеми, визначено основні напрями правового регулювання функціонування мережі Інтернет та висловлено власне бачення щодо цього питання.

**Ключові слова:** правове регулювання, злочини у сфері високих інформаційних технологій, мережа Інтернет.

## Аннотация

**Д. Н. Цехан.** Правовое регулирование сети Интернет как фактор ее декриминализации. — Статья.

Статья посвящена анализу современного состояния правового регулирования информационных правоотношений. В частности акцентировано внимание на необходимости правового регулирования сети Интернет в контексте противодействия преступлениям в сфере высоких информационных технологий. Автором проанализированы современные теоретические подходы и практические решения этой проблемы, определены основные направления правового регулирования функционирования сети Интернет и высказано собственное видение решения проблемы.

**Ключевые слова:** правовое регулирование, преступления в сфере высоких информационных технологий, сеть Интернет.

## Summary

**D. M. Tsekhan.** Legal regulation of the Internet as a factor of its decriminalization. — Article.

The article analyzes the modern condition of legal regulation of information relations. In particular, the necessity of legal regulation of the Internet in the context of fight against crimes in the sphere of high information technologies is empathized. The author analyzes modern theoretical approaches and practical solutions of this problem, defines the main directions of legal regulation of functioning of the Internet and reveals his own view of the solution of the problem.

**Keywords:** legal regulation, crimes in the sphere of high information technology, the Internet.

УДК 343.985:343.415

**С. П. Чумак**

### ОСОБЕННОСТИ ОБСТАНОВКИ СОВЕРШЕНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, СВЯЗАННЫХ С ФАЛЬСИФИКАЦИЕЙ ВЫБОРОВ

**Актуальность исследования.** В криминалистической литературе вопросы, относящиеся к изучению обстановки совершения преступлений, связанных с нарушениями избирательных прав граждан, упоминаются только в общих чертах. **Целью статьи** является раскрытие особенностей обстановки совершения преступлений в сфере избирательного права, проанализировать их разновидности в зависимости от места, времени и способов совершения преступлений данного вида. Показать значение изучения обстановки в раскрытии и расследовании преступлений.

Разные аспекты по избирательному процессу освещались в работах Ю. В. Баулина, В. К. Грищука, О. М. Костенко, П. П. Михайленко, В. О. Навроцкого, А. В. Савченко, В. В. Сташиса, Е. В. Фесенко, В. И. Шакуна.

Анализ практики свидетельствует, что в Украине, по официальной статистике, количество преступлений против избирательных прав граждан фактически сводится к нулю. Так, согласно Единого государственного реестра судебных решений за 2010–2012 годы, в судах рассмотрено двенадцать дел о нарушении избирательных прав, из них только одно уголовное. Все эти дела связаны с нарушениями избирательного процесса только в день голосования. И прак-

тика проведения выборов также показывает, что нарушения выявляют, как правило, только в местах работы Центральной, Окружной и Территориальной избирательных комиссиях.

Если брать во внимание сообщения средств массовой информации и заявления отдельных политиков, кандидатов в депутаты и других заинтересованных лиц в результатах выборов того или иного уровней, то наибольшая вероятность быть местом совершения преступления является территориальная избирательная комиссия, и что большинство способов фальсификации выборов совершаются именно здесь. Это связано с тем, что тут происходит непосредственное волеизъявление граждан и непосредственно здесь составляются протоколы об итогах голосования на конкретном избирательном участке, на основании которых и формируются окончательные результаты выборов. Это мнение подтверждается председателем Комитета избирателей Украины Игорем Поповым, который утверждает, что: «Наиболее вероятным местом, на котором возможна фальсификация, остается избирательный участок» [4, с. 4].

Однако местом совершения данного вида преступлений также могут быть как окружные избирательные комиссии, так и Центральная избирательная комиссия. На территории последних фальсификация выборов совершается на заключительных стадиях избирательного процесса, когда уже прошло волеизъявление граждан. Например, в окружной избирательной комиссии при составлении протокола о результате голосования на конкретном избирательном округе в последний вносятся данные из протоколов о результатах голосования на избирательных участках, не отвечающие действительности. Что касается территории Центральной избирательной комиссии, то на ней фальсификация выборов может произойти на стадии оглашения результатов голосования, когда председатель Центральной избирательной комиссии оглашает конечные результаты выборов, которые впоследствии отправляются для печати в официальные издания Украины. Определенные способы фальсификации возможны и за пределами помещений избирательных комиссий.

Например, в случае голосования избирателей на дому, где местом совершения может быть жилое помещение избирателя или транспорт, который предоставляется для передвижения членов избирательной комиссии, или совершенно иное место или помещение, где совершена фальсификация. В качестве примера можно привести вбрасывание избирательных бюллетеней в урну для передвижного голосования. Место совершения вбрасывания и будет являться местом совершения фальсификации выборов. Другим примером является уничтожение урны или протокола для голосования за пределами избирательного участка.

Местом совершения преступления может являться помещение, в котором составлялся протокол о результатах голосования до их официального начала.

Возможна фальсификация и во время транспортировки протоколов: протокола о результатах голосования с территориальной в окружную, а с окружной в Центральную избирательную комиссию. И соответственно обратно, в случае отправления протокола для доработки.

В случае совершения преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 158 УК Украины, а именно незаконное изготовление избирательного бюллетеня, а также бланков открепительных талонов, местом совершения данного состава преступления является типография или территория нахождения печатных устройств для изготовления избирательных бюллетеней или бланков открепительных талонов. Однако факт фальсификации будет присутствовать только после того, как фальшивые избирательные документы или бланки открепительных талонов будут использованы при проведении голосования.

Некоторые способы фальсификации избирательного процесса совершаются на территории, находящейся поблизости к избирательному участку. В качестве примера можно привести случаи покупки избирательного бюллетеня у избирателя за пределами территории избирательного участка.

Бытует вполне обоснованное мнение, что наилучшие условия для фальсификации избирательных документов существуют в сельских местностях ввиду наличия там условий для совершения и сокрытия подобного рода преступлений [3, с. 3].

Данные о времени совершения преступления позволяют реально оценить обстоятельства события, сузить круг подозреваемых, определить, кто мог быть причастен к совершению преступления.

Преступления, связанные с фальсификацией выборов, совершаются в период их проведения: в день непосредственного голосования, во время подсчета голосов, в период, предшествующий выборам.

Наиболее распространенным временем проведения фальсификации выборов является время проведения выборов, когда возможны всякого рода вбрасывания, голосование по нескольку раз. Время проведения вбрасывания и будет считаться временем фальсификации выборов.

Не менее распространены способы фальсификации, применяемые уже после проведения выборов и закрытия избирательных участков. Временем совершения фальсификации может быть период подсчета голосов, внесения данных в протокол о результатах голосования, транспортировки протоколов с участковой в окружную, а с окружной в Центральную избирательную комиссию, при непосредственном оглашении результатов голосования.

Хотя сама фальсификация выборов, исходя из определения фальсификации выборов, проводится после начала непосредственного голосования. Однако преступления против избирательных прав, являющиеся предпосылкой фальсификации, совершаются до голосования. Например: подкуп председателя или члена избирательной комиссии, внесение неправдивых данных в список избирателей, изготовление поддельных бюллетеней или протоколов выборов. Однако данные действия не могут подпадать под фальсификацию в связи с тем, что фальсификация может и не осуществиться, так как никакого изменения, перекручивания правдивой информации о результате голосования не состоялось. Например: бюллетени для голосования не были использованы во время выборов, подкупленное должностное лицо отказалось от совершения своего преступного умысла.

Конкретное время суток не имеет особого значения для общей характеристики данных преступлений [5, с. 46].

Обстановка совершения преступления также различна в зависимости от способа совершения преступления. Так, при фальсификации во время голосования данное преступление совершается в присутствии большого скопления избирателей, в результате чего могут быть найдены свидетели, которые могли видеть факт фальсификации. Бывают кардинально противоположные случаи, например вбрасывание в урну для передвижного голосования, когда никаких свидетелей быть не может.

При совершении данных деяний преступники, как правило, пользуются незнанием окружающими законодательства о выборах, несоблюдением избирательными комиссиями процедуры голосования, отсутствием наблюдателей на избирательных участках или при передвижных урнах для голосования.

Наблюдатели, присутствующие на выборах от каждой политической силы или кандидата, гонясь за деньгами, не всегда достойно выполняют взятые на себя обязательства. В том числе доходит до того, что они, приезжая наблюдателями в определенный населенный пункт, даже не появляются на своих избирательных участках, а если и появляются, то лишь для того, чтоб поставить свои подписи, не следя за процессом голосования. Если наблюдатель увидел нарушение законодательства, в том числе и грубое, он все равно не заявит о пересчете голосов заново. В качестве примера можно привести норму пункта 15, статьи 90 Закона Украины «О выборах народных депутатов Украины» от 17. 11.2011 года, предусматривающую, что подсчет голосов ведется одним человеком, при наблюдении другими. Однако данная норма в связи с экономией времени практически не выполняется. Иными словами, основным фактором в данном случае выступает отсутствие контроля и наблюдения за деятельностью избирательных комиссий во время выборов. Данное обстоятельство может являться и эффективным условием совершения преступления, и эффективным условием его сокрытия. Часто совершению данных преступлений способствует так называемый «административный ресурс», то есть когда представители органов власти своей деятельностью создают все условия для победы определенных кандидатов или партий. Имеют место случаи, когда служащие органов местного самоуправления на местах давали установки местным жителям голосовать за конкретные кандидатуры, причем даже в день выборов на избирательных участках, или когда те же служащие проверяли, за кого проголосовали местные жители; возможна и ситуация, при которой жителям конкретных населённых пунктов или отдельных районов обещали включить отопление, либо газифицировать село, посёлок, если на тот или иной пост будет избрано определённое лицо.

Следует также отметить, что работниками правоохранительных органов преступления, связанные с нарушениями избирательных прав, практически не выявляются. Хотя нарушения избирательного процесса имеют место во многих местах ещё до начала выборов, к примеру: на стадии формирования сведений для внесения в Государственный реестр избирателей, когда в списки избира-

телей, передаваемые участковым избирательные комиссиям, включаются одни и те же лица дважды или включают лиц, давно умерших, кроме того, в соответствии со списком гражданам направляются приглашения, согласно Закона «О выборах...», а накануне дня выборов в комиссии направляют уточнённые списки, в которых отсутствуют лица, прибывшие на избирательный участок с приглашениями для голосования.

Поэтому в целях выявления и эффективного расследования преступлений, связанных с нарушением избирательных прав граждан, необходимо учитывать и изучать обстановку совершения данного вида преступлений, которая имеет важное значение в доказывании. Обстановка является одним из элементов криминалистической характеристики преступлений, связанных с фальсификацией выборов, включающая место и время совершения преступления. Место совершения преступления имеет важное значение, так как влияет на другие элементы криминалистической характеристики. Не получив ответа на вопрос о времени и месте совершения преступления, трудно и зачастую невозможно установить другие обстоятельства содеянного и преступника [2, с. 47].

Криминалистическое значение места совершения преступления заключается в том, что на нем обнаруживаются приобретающие доказательственное значение следы и иные объекты, устанавливаются механизм, обстоятельства, способ, время и предмет преступного посягательства, выявляются характер действий и личностные свойства преступника и потерпевшего; в некоторых случаях выявляются очевидцы [6, с. 450].

Место и время, входящие в обстановку совершения преступлений, связанных с фальсификацией выборов, могут быть различны:

Так, осуществление подкупа члена избирательной комиссии любого уровня, а также избирателя и официального наблюдателя, их обман, либо принуждение совершить нарушение избирательного процесса, а также устранение неудобного члена избирательной комиссии различными способами может быть в любом месте.

Должностное лицо непосредственно или с использованием различных каналов связи, в том числе и через посредников, может осуществлять вмешательство в работу избирательных комиссий, как в месте работы избирательной комиссии, со служебного кабинета или с любого другого места.

Незаконное изготовление, либо хранение или использование заведомо незаконно изготовленных избирательных бюллетеней, бланков открепительных талонов может осуществляться в типографии печатания бюллетеней и в местах, где имеется печатное оборудование, либо множительная техника.

Незаконная передача избирателем другому лицу избирательного бюллетеня может быть на избирательном участке и за его пределами.

Если повреждение основных урн с бюллетенями могут быть только на избирательном участке, то переносные могут быть повреждены и за его пределами.

Кражи избирательного бюллетеня или протокола комиссии могут совершаться, начиная с места изготовления избирательного бюллетеня и составления протоколов, во время их транспортировки и в местах их хранения, установленного



законодательством времени после окончания выборов. Не следует упускать и случаи, когда местом совершения правонарушения может быть место уничтожения избирательной документации раньше установленного срока хранения.

Выше упоминалось о фальсификациях, влияющих на результаты выборов, совершаемых при формировании сведений, вносимых в Государственный реестр избирателей Украины. Так что касается данного вида фальсификации, то его обстановку характеризует место, то есть учреждение, где формируются сведения для передачи Государственному реестру избирателей и местонахождение Государственного реестра, где осуществляется умышленное внесение неправдивых сведений в базу данных избирателей.

Также необходимо отметить, что во время избирательного процесса часто возникают споры о подкупе избирателей, использование административного ресурса, связанного не только с использованием неучтенных денежных средств, факт которого сложно выявить, но и предоставление незаконной финансовой (материальной) помощи для осуществления избирательной кампании. Для изучения обстановки, выявления и доказывания незаконной финансовой помощи необходимо установить место осуществления финансовых злоупотреблений. Это может быть не только бухгалтерия, созданная на время проведения выборов, но и местонахождение других бухгалтерий органов власти и управления, откуда могут перечисляться бюджетные деньги.

Без установления места и времени совершения любого вида преступления, характеризующего обстановку совершения преступления, невозможно выявить и доказать механизм совершения преступления.

Назрела необходимость разработки методических рекомендаций по выявлению и расследованию преступлений, связанных с фальсификацией выборов, не только для следователей, но и для работников, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, так как выявление многих фактов, в том числе и установления места и времени совершения данного вида преступлений, невозможно без проведения гласных, негласных и разведывательных действий оперативных работников.

### *Литература*

1. Закон України «Про вибори народних депутатів України» от 17. 11. 2011 р. (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2012, № 10–11, ст. 73).
2. Криминалистика / Под ред. проф. В. А. Образцова. — М.: Юрист, 1997. — 760 с.
3. Мищенко И., Слободчук С. Скромное обаяние фальсификации. Часть I // Зеркало недели. — 2004. — № 21. — С. 3–4.
4. Попов И. П. Выборы можно будет сфальсифицировать только на избирательных участках // Зеркало недели. — 2007. — № 29. — С. 4.
5. Семенов А. Ю. К вопросу о разработке основ криминалистической характеристики преступлений, нарушающих избирательные права // Сибирский юридический вестник. — 2003. — № 3. — С. 45–47.
6. Шурухнов Н. Г. Криминалистика: Учебное пособие. — М.: Юрист, 2005. — 639 с.

## Аннотация

**Чумак С. П. Особенности обстановки совершения преступлений, связанных с фальсификацией выборов. — Статья.**

В статье рассматриваются разновидности места и времени, характеризующих особенности обстановки совершения преступлений, связанных с фальсификацией выборов, а также значение изучения обстановки в раскрытии и расследовании преступлений.

*Ключевые слова:* обстановка — место, время совершения преступлений.

## Анотація

**Чумак С. П. Особливості обстановки скоєння злочинів, пов'язаних з фальсифікацією виборів. — Стаття.**

Стаття присвячена розгляду різновиду місця та часу, характеризуючих особливості обстановки скоєння злочинів, пов'язаних з фальсифікацією виборів, а також значенню вивчення обстановки в розкритті і розслідуванні злочинів.

*Ключові слова:* обстановка — місце, час скоєння злочинів.

## Summary

**Tchumak S. P. Features of crime's situation related to falsification of election. — Article.**

In the article it is reviewed varieties of place and time that characterize features of a crime's situation related to falsification of elections, mean of researching a situation in detection and investigation of crimes.

*Keywords:* situation — place, time, committing a crime.

УДК 343.84 (477)

*Д. В. Ягунов*

## ЯКОЮ МАЄ БУТИ СЛУЖБА ПРОБАЦІЇ В УКРАЇНІ: ДЕЯКІ ДУМКИ З ПРИВОДУ КОНЦЕПТУАЛЬНОГО ОБҐРУНТУВАННЯ СТВОРЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ СИСТЕМИ ПРОБАЦІЇ

**Постановка проблеми.** Сучасні дискусії щодо майбутнього концепції пробації в Україні набувають сьогодні вигляду снігового шару, який котиться з гори, і все більше нових знань «налипають» до нього. Сьогодні, на щастя, набагато більше українців знають, що таке «пробація» та чим займається однойменна служба.

Проте, здається, кількість накопичених в Україні знань про сучасну пробацію, що базується на реальних кримінологічних дослідженнях, міжнародних стандартах та надзвичайно широкому досвіді зарубіжних держав, зворотно пропорційна ступеню розуміння проблеми пробації як такої. Наголосимо: йдеться саме про сучасну пробацію або, краще сказати, сучасні уявлення про концепцію пробації та практики її реалізації.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми.** Проблеми створення в Україні системи пробації аналізували у своїх працях О. Беца, І. Богатирьов, В. Дрьомін, Г. Овчарова,

О. Олійник, Д. Ягунов, І. Яковець та інші автори. Проте багато питань є невирішеними.

Вітчизняні науковці продовжують вихваляти пробацію за допомогою вже традиційних, проте вже майже «затертих» аргументів: 1) зниження в'язничного населення та, відповідно, зниження навантаження на пенітенціарну систему; 2) відсутність соціального виключення злочинців; 3) менша вартість пробації порівняно з ув'язненням.

Проте сьогодні, здається, серед вітчизняних практиків назріває щось на кшталт «бунту» проти пробації. Проте наголосимо: «бунту» проти тієї абстрактно-декларативної, «солодкої» пробації, якою насичується наукове середовище та практичні працівники. Проблема створення системи пробації в Україні можна визначити наступним чином: у нашій науці відсутнє глибоке теоретичне обґрунтування концептуальних засад діяльності служби пробації та здійснення пробаційної діяльності в цілому.

**Мета статті.** Мета статті полягає у висвітленні концептуальних засад створення системи пробації в Україні з урахуванням сучасних позитивістських тенденцій та сучасних стандартів служб пробації, вироблених за останні роки Радою Європи.

**Виклад основного матеріалу.** Обґрунтовуючи певну ідею в сфері реформування кримінальної юстиції, гадаємо, що категорично наполягати на чомусь є ознакою дурного тону. Проте, з іншого боку, існують певні очевидності та об'єктивності, на які повинні спиратися у подальших роздумах та дискусіях науковці та практики.

Першим таким пунктом для дискусії є те, що пробація — це не юридична конструкція. Пробація — це філософська концепція, яка була сформована та реалізована в європейських країнах «в потрібному місці та в потрібний час», відповідно до вимог розвитку індустріального суспільства. Проте, як будь-яка інша концепція, концепція пробації піддавалася постійним та численним змінам та корегуванню залежно від соціально-економічних умов, які оточували пенальні практики.

Важливо нагадати, що ця концепція була народжена на початку XIX століття, набула стандартизації й формалізації у столітті XX та докорінно змінена у XXI столітті.

Яке словосполучення можна підібрати для того, що пояснити, що саме сталося з концепцією пробації на початку XXI століття? Це питання буде надзвичайно складним. Невипадково сьогодні використовується надзвичайно радикальні словосполучення, щоб пояснити проблеми та перспективи пробації: «перевинахід або знищення».

Причини такого термінологічного радикалізму є зрозумілими лише у випадку, якщо ми почнемо аналізувати пробацію поза формально-юридичними рамками, використовуючи соціально-економічні категорії. Не можна забувати, що концепція пробації пройшла великий шлях у зарубіжних країнах, де вона і зародилася (Велика Британія та США). Офіцер пробації «встиг» побути і релігійним місіонером, і вихователем моралі у злочинців, і соціаль-

ним працівником, і клінічним психологом, знову соціальним працівником, менеджером ресурсів і, нарешті, менеджером ризиків вчинення рецидивних злочинів.

Модель офіцера пробації постійно зазнавала суттєвих, а іноді навіть принципових змін, що впливало на відповідні законодавчі акти. Але ж яку саме модель потрібно взяти на озброєння в Україні? Ким має бути офіцер пробації в Україні? Ці та інші питання, здається, залишаються без відповіді. Тому ми вважаємо за потрібне визначити проблему: створення системи пробації в Україні відбувається без належного концептуального обґрунтування.

Процес трансформації моделі офіцера пробації зайняв понад 150 років. Модель пробації змінювалася від соціально-економічних реалій та умов. І як можна очікувати від української пробації, щоб вона була успішною та користувалася підтримкою практиків, якщо в Україні намагаються провадити за декілька років те, що в Європі впроваджувалося більше століття? Причому намагаються впровадити ту модель пробації, яка працювала в Європі у кінці XIX — на початку XX століття.

Інше питання. В українській науці на порядок денний досі ще не поставлено питання: чи не нашкодить впровадження концепції пробації національній системі кримінальної юстиції?

На перший погляд це питання є безглуздим та суперечить самій сутності пробації.

Дійсно. Як можна говорить про яку-небудь шкоду суспільству, якщо пробація має на меті досягти надзвичайно високих ідеалів. Пробація як соціально орієнтована, гуманістична концепція — чи може вона спричинити який-небудь негативний вплив?

Гадаємо, що варто більш глибоко «зануритися» до аналізу цього питання. Проте зробити це за допомогою лише формально-юридичного погляду на пробацію, що домінує сьогодні в Україні, нагадуватиме спробу занурення без аквалангу на значну глибину. Здається, що ознайомлення вітчизняного науковця із тенденціями пробації у зарубіжних країнах призведе до того, що він вигукне: «Врятуйте українську пенітенціарну систему кримінальної юстиції від сучасних уявлень про пробацію!»

Епоха офіцера пробації як соціального працівника у «чистому виді» минула ще у 1950-х роках. Цю модель замінили інші моделі, про які йшлося вище, внаслідок чого офіцер пробації як соціальний працівник перетворився на менеджера фінансових ресурсів та ризиків вчинення рецидивних злочинів. Усі ці зміни були обумовлені одним поняттям, яке сьогодні є надзвичайно популярним, — глобалізацією. Наслідки глобалізаційних процесів у сфері кримінальної юстиції призвели до занепаду реабілітації як мети покарання та інституту покарання взагалі як головного інструменту впливу на злочинців з його традиційними класичними цілями.

У минулому поняття «пробація» та «в'язниця» протиставлялися одне одному. Поняття «пробація» оцінювалося у світлі категорій «реабілітація», «гуманність», «соціальна робота», «філантропізм», «добročинність», «аматорство»,

«ентузіазм». Поняття «в'язниця» завжди асоціювалося з категоріями «кара», «ізоляція», «нагляд», «безпека», «примусовість».

Проте сьогодні пробація та в'язниця — це два елементи однієї й тієї системи. Причому ми говоримо не про відомчу підпорядкованість. Йдеться виключно про концептуально-філософські засади функціонування зазначених вище інститутів.

Сучасні в'язниця та пробація — це одна й та ж сама «конюшня», де «найнепокірніших» «коней» тримають у загоні з міцними стінами, а «покірних» випускають «погуляти», але на певній території тієї ж самої «конюшні», яку також оточує доволі високий паркан. Цей, зовнішній паркан є значно нижчим, аніж той, що оточує «непокірних». Проте головним є те, що і перше, і друге — це одна установа, і «конюхи» застосовують однакові для всіх «коней» правила.

Можливо, зазначене вище звучить не зовсім науково та академічно. Проте, гадаємо, це допоможе висловити сутність сучасної пробації більш влучно. Пробація і в'язниця вже давно становлять одну філософсько-ідеологічну систему, яка рухається на «паливі» позитивістської філософії, що позбавлена реабілітаційної спрямованості та вимагає максимально дешевих, проте максимально дієвих механізмів соціального контролю. Тому не варто сучасні в'язницю та пробацію протиставляти одна одній в філософсько-концептуальному контексті та аналізувати першу в термінах кари та ізоляції, а другу — в термінах реабілітації та соціальної роботи. Сучасна пробація характеризується переважно карально-контрольною спрямованістю на відміну від пробації сторічної давнини.

Ми можемо висловити припущення, що подібне «анти-реабілітаційне» спрямування пробації здаватиметься комусь цинічним та негуманним. Проте нагальна потреба у максимально раціональному та прагматичному перегляді сутності, форм та методів кримінально-виконавчої діяльності вимагає говорити максимально відверто та прямо.

Сьогодні діяльність вітчизняної кримінально-виконавчої інспекції в Україні є надзвичайно формалізованою та бюрократизованою. Наскільки офіцери і кримінально-виконавчої інспекції, і кримінально-виконавчих установ вірять, що те, що вони здійснюють на своїх посадах, називається «реабілітацією злочинців», — це питання є надзвичайно важливим, проте відповідь на нього для тих, хто «вимірює» пробацію за допомогою реабілітації, здається, буде невтішною. Тому перспективи створення служби пробації в Україні пов'язуються, на нашу думку, передусім з мінімізацією декларативності як в законодавстві, так і в практичній діяльності службовців Державної пенітенціарної служби України.

Вважаємо, що створення служби пробації в Україні повинно розпочинатися з надання відповіді на наступні питання: 1) процент рецидиву після відбування альтернативних покарань та перебування під наглядом служб пробації у західних країнах; 2) процент рецидиву після перебування на обліках кримінально-виконавчої інспекції в Україні.

Повних офіційних статистичних даних щодо рівня рецидиву осіб, які перебувають та перебували на обліках кримінально-виконавчої інспекції, не існує.

З іншого боку, рівень рецидиву після перебування під наглядом служб пробачії у західних країнах свідчить про достатньо високий рівень рецидиву, особливо порівняно з вибілковими вітчизняними статистичними даними.

Тому виникає закономірне, на наш погляд, питання: навіщо ж нам «їх» пробачія з такими показниками рецидиву, якщо у «нашої» кримінально-виконавчої інспекції він у рази менше?

І навіщо нам тоді нав'язувати кримінально-виконавчій інспекції функцію досудових доповідей, якщо вітчизняні судді і без допомоги інспекторів служби пробачії так моделюють вирoki у кримінальних справах, створюючи таке тонке й точне поєднання кари та реабілітації, що врешті-решт злочинці майже «програмуються» на виправлення?

Принаймні таке враження складається навіть від поверхового порівняльного аналізу пробачійної діяльності у західних країнах та Україні.

Враховуючи викладене вище, ми можемо зауважити, що створення системи пробачії в Україні повинно відбуватися із дотриманням наступного:

1) ретельне вивчення зарубіжного досвіду пробачії з урахуванням сучасних концептуальних та ідеологічних змін сутності пробачійної діяльності (особливо це стосується Європейських правил пробачії 2010 р.);

2) виділення того переліку функцій, які дійсно можуть виконуватися українською службою пробачії в майбутньому в об'єктивних соціально-економічних умовах.

Так, відповідно до Європейських правил пробачії пробачія стосується виконання кримінально-правових заходів у громаді, визначених законом та покладених на злочинця відповідно до закону. Вона включає ряд дій та інтервенцій, які передбачають нагляд, наставництво та допомогу, спрямованих на соціальне включення злочинця, так само як і внесок до забезпечення суспільства.

Орган пробачії (*probation agency*) означає структуру, відповідальну за виконання зазначених вище обов'язків.

Крім того, відповідно до Європейських правил пробачії, залежно від особливостей національної правової системи, робота органу пробачії може також включати:

1) забезпечення інформацією та надання порад судовим та іншим органам з метою прийняття останніми найбільш адекватних та обґрунтованих рішень;

2) надання соціальних послуг засудженим до позбавлення волі з метою підготовки їх до звільнення;

3) супровід та допомога осіб, умовно-достроково звільнених з місць позбавлення волі;

4) впровадження процедур медіації;

5) надання допомоги потерпілим від злочинів.

Відповідно до ст. 35 Європейських правил пробачії, органи пробачії можуть здійснювати нагляд до, упродовж та після суду (наприклад, нагляд за особами, до яких застосовано заставу та інші заходи процесуального примусу, умовне звільнення від відповідальності, умовне невинесення або невиконання вирoku, або умовно-дострокове звільнення з місць позбавлення волі).

Українська модель служби пробації в умовах реального фінансування та кадрового забезпечення може претендувати на початкових етапах лише на мінімальний стандартизований «набір» функцій:

- 1) надання досудових доповідей;
- 2) виконання альтернативних покарань;
- 3) здійснення нагляду за засудженими з випробуванням;
- 4) здійснення нагляду за особами, умовно-дostroково звільненими з пенітенціарних установ.

Це — мінімум. Проте, якщо фінансування дозволить, у подальшому можна аналізувати та оцінювати перспективи наділення служби пробації також іншими функціями.

Проте на сучасному етапі це виглядає як щось зайве з огляду на наявне фінансування й кадрове забезпечення кримінально-виконавчої інспекції в Україні. Не варто покладати на службу пробації того, що вона не буде здатна «перетравити» через очевидні та об'єктивні соціально-економічні реалії.

Якщо зазначені три функції будуть виконуватися без формалізму й декларативізму, а головне — в умовах максимальної прозорості, можна буде стверджувати, що ідея служби пробації була реалізована в Україні.

Зазначені функції, що будуть реалізовуватися «насправді», дозволять офіцеру пробації стати повноцінним гравцем на полі кримінального-процесу, а не лише пасивним гравцем на полі кримінально-виконавчої діяльності. Офіцер пробації має стати самостійною процесуальною фігурою — на рівні прокурора й захисника, маючи можливість та умови, щоб до його думки прислуховувалися інші гравці кримінального процесу, адже саме йому доведеться виконувати вирок та реалізовувати на практиці той баланс кари, контролю, нагляду й реабілітації, теоретичні підвалини якого закладаються судом у відповідному рішенні.

Тому, говорячи про перспективи створення служби пробації в Україні, варто наголосити, що вони полягають у тому, щоб створити свою професійну автономність, індивідуальність та ідентичність.

Мета пробаційної діяльності обумовлює її концептуальну спрямованість. Сучасний офіцер пробації — це не поліцейський, проте й не соціальний працівник. Він виконує надзвичайно специфічну функцію. Офіцер пробації має дивитися на злочинця, на відміну від прокурора, судді та адвоката, не як на суб'єкта злочину, а як на людину з її потребами та проблемами, але водночас намагатися виконати першочергове завдання щодо убезпечення суспільства.

Тому зведення ролі офіцера пробації в сучасних пенальних практиках лише до «виконавця вироку» є більш ніж спрощенням. Тим більше, що новий основоположний стандарт діяльності служб пробації — Європейські правила пробації — розглядає офіцера пробації переважно як *менеджера*. Ми вже звертали увагу на це у своїх попередніх працях, аналізуючи тенденції у зарубіжних країнах щодо ролі та статусу офіцерів служб пробації: від «виконання покарань» до «менеджменту у сфері убезпечення суспільства від рецидивних злочинів» [1; 2]. Більше того, аналіз понять, які подані в глосарію Європейських правил

пробації, надають підстави впевнено говорити саме про цю зміну філософії та орієнтирів діяльності служб пробації в сучасних зарубіжних країнах.

Інше питання, яке постає на порядку денному, також пов'язане із концептуальним обґрунтуванням пробаційної діяльності. Потрібне детальне переосмислення філософських засад кримінально-виконавчої діяльності за урахуванням кризи реабілітаційного ідеалу. Звичайно, це справа законодавця, проте це також повинно знайти своє відображення, передусім, в концептуальних документах, які б відображали філософсько-концептуальні засади функціонування системи пробації в Україні (до речі, хотілося б зауважити на необхідності «повимітати» увесь той «вінегрет» визначень поняття «пробація», який існує в численних вітчизняних концепціях та програмах реформування системи кримінальної юстиції в цілому та безпосередньо пенітенціарної системи).

Майже «ювелірна», прагматична, реалістична, «дозована» реабілітація — ось що потрібно для пробаційної діяльності в сучасних умовах. «Оцінка ризиків» як базова категорія, на якій базується діяльність сучасних служб пробації, не буде толерантною до реабілітаційної схоластики. Оцінка ризиків, забезпечення суспільства, інтервенція (як контрольно-наглядова, так і реабілітаційна), інші сучасні категорії — все це повинно знайти своє відображення у концептуальних засадах. Наголосимо: це не тому, що це «модно», а тому що саме ці багато у чому позитивістські категорії відповідають реальним цілям кримінально-правового впливу у сучасному глобалізованому суспільстві. Саме тому створення вітчизняної моделі пробації вкрай потребує концептуального обґрунтування з метою надання їй реальності та прагматичності.

**Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Питання створення служби пробації в Україні — це не лише питання створення відповідної організаційної структури із певним переліком функцій. Це — питання докорінного переосмислення сутності кримінально-виконавчої діяльності та соціальної роботи зі злочинцями, глибокого аналізу цілей покарання в умовах глобалізованого суспільства тощо. Саме тому значущість формулювання основоположних засад системи пробації в Україні є наріжним каменем подальшого реформування системи кримінальної юстиції в Україні.

### Література

1. Ягунов Д. Трансформація концептуальних засад діяльності служби пробації за рубежом // Віче. — 2008. — № 10.
2. Ягунов Д. Пенітенціарна система Англії та Уельсу: перехід від виконання покарань до менеджменту у галузі виконання покарань // Актуальні проблеми політики. Зб. наук. пр. — Одеса: Фенікс, 2008. — С. 207–212.

### Анотація

**Ягунов Д. В. Якою має бути служба пробації в Україні: деякі думки з приводу концептуального обґрунтування створення національної системи пробації. — Стаття.**

Стаття присвячена актуальним питанням створення в Україні системи пробації та відповідної організаційної структури (служби пробації). Увага фокусується на проблемах концептуального обґрунтування системи пробації в Україні та функціях служби пробації. Увага також фокусується



на сучасних європейських стандартах пробації (Європейських правилах пробації) та проблемах їх реалізації у вітчизняній системі кримінальної юстиції.

**Ключові слова:** пробація, служба пробації, концепція пробації, цілі покарання, реабілітація, криза реабілітаційного ідеалу, менеджмент у сфері виконання покарань, Європейські правила пробації.

### Аннотация

**Ягунов Д. В.** Какой должна быть служба пробации в Украине: некоторые мысли по поводу концептуального обоснования создания национальной системы пробации. — Статья.

Статья посвящена актуальным вопросам создания в Украине системы пробации и соответствующей организационной структуры (службы пробации). Внимание фокусируется на проблемах концептуального обоснования системы пробации в Украине и функциях службы пробации. Внимание также фокусируется на современных европейских стандартах пробации (Европейских правилах пробации) и проблемах их реализации в отечественной системе уголовной юстиции.

**Ключевые слова:** пробація, служба пробации, концепція пробации, цілі покарання, реабілітація, кризис реабилитационного идеала, менеджмент в сфере исполнения наказаний, Европейские правила пробации.

### Summary

**Yagunov D. V.** What should be the probation service in Ukraine: some thoughts about a conceptual study on establishing a national system of probation. — Article.

An article is focused on the topical issues of establishing of probation system in Ukraine and the organizational structure (probation). Attention is focused on the problems of conceptual justification probation system in Ukraine and functions of probation service. Attention is also focused on modern European standards of probation (European probation rules) and problems of implementing of these standards in the national criminal justice system of Ukraine.

**Keywords:** probation, probation service, the concept of probation, the goals of punishment, rehabilitation, crisis of the rehabilitation ideal, correctional management, the European probation rules.

## НАШІ АВТОРИ

**Аверочкіна Т. В.**, доцент кафедри морського та митного права НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник адвокатського об'єднання «Арцінгер»

**Антошина І. В.**, аспірант кафедри теорії держави та права НУ «Одеська юридична академія»

**Арабаджи Н. Б.**, асистент кафедри теорії та історії держави і права Міжнародного гуманітарного університету

**Астахова Т. В.**, здобувач кафедри конституційного права НУ «Одеська юридична академія»

**Афанасьєва М. В.**, докторант кафедри конституційного права НУ «Одеська юридична академія»

**Басай О. В.**, докторант кафедри цивільного права НУ «Одеська юридична академія»

**Басай О. В.**, докторант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права НУ «Одеська юридична академія»

**Березовська Н. Л.**, доцент кафедри кримінального права НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Бикова Я. А.**, здобувач кафедри теорії держави і права НУ «Одеська юридична академія»

**Білічак О. А.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри теоретико-правових дисциплін і кримінального права Київського університету ринкових відносин

**Боданюк М. А.**, аспірант кафедри діяльності ОВС на транспорті та тактико-спеціальної підготовки Одеського державного університету внутрішніх справ

**Бойченко Е. Г.**, старший викладач кафедри військової підготовки НУ «Одеська юридична академія»

**Брижак А. В.**, асистент кафедри спеціально-правових дисциплін Чернівецького навчального центру НУ «Одеська юридична академія»

**Бурда М. М.**, аспірант кафедри цивільного права НУ «Одеська юридична академія»

**Важна К. А.**, аспірант кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Національного авіаційного університету

**Василенко А. М.**, асистент кафедри історії держави і права НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Вахненко В. В.**, асистент кафедри історії держави та права НУ «Одеська юридична академія»

**Возняковська К. А.**, здобувач кафедри господарського права і процесу НУ «Одеська юридична академія»

**Войнарівський М. М.**, здобувач кафедри господарського права і процесу НУ «Одеська юридична академія», суддя

**Газдайка-Василишин І. Б.**, доцент кафедри кримінального права та кримінології Львівського державного університету внутрішніх справ

**Глушков В. О.**, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, начальник центру організації та координації науково-дослідних робіт ВЗО та НДУ МВС України

**Гнатовський М. М.**, доцент кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук

**Гончарова Н. І.**, вчений секретар Одеського державного університету внутрішніх справ, кандидат філософських наук, доцент

**Гуленко Ю. М.**, здобувач кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського університету права НАН України

**Денисова Д. О.**, аспірантка кафедри міжнародного права Українського державного університету фінансів та міжнародної торгівлі

**Додін Є. В.**, завідувач кафедри морського та митного права НУ «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

**Драпайло Ю. З.**, аспірант кафедри господарського права і процесу НУ «Одеська юридична академія»

**Дрішлюк А. І.**, доцент кафедри цивільного права НУ «Одеська юридична академія», суддя апеляційного суду Одеської області, кандидат юридичних наук, доцент

**Дрьомін В. М.**, проректор з наукової роботи, завідувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права НУ «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

**Дрьоміна-Волок Н. В.**, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України, Л. Л. М., кандидат юридичних наук, доцент

**Жорик І. В.**, аспірантка кафедри морського та митного права НУ «Одеська юридична академія»

**Завальнюк В. В.**, ректор, перший віце-президент, професор кафедри теорії держави та права НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Загородній В. Є.**, старший прокурор відділу підготовки кадрів Генеральної прокуратури України, доцент кафедри криміналістики НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Звьоздная Т. М.**, аспірантка Одеського національного університету імені І. І. Мечникова, кафедра загальноправових дисциплін та міжнародного права

**Зелінська Н. А.**, професор кафедри міжнародного права та міжнародних відносин НУ «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

**Зогий І. М.**, аспірант кафедри трудового права та права соціального забезпечення НУ «Одеська юридична академія»

**Казаков Ю. Ю.**, асистент кафедри цивільного процесу НУ «Одеська юридична академія»

**Калишук Л. А.**, викладач кафедри аграрного, земельного та екологічного права НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Кацук О. О.**, аспірант кафедри криміналістики НУ «Одеська юридична академія»

**Квасніцька О. О.**, доцент кафедри господарського права і процесу НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

**Кирилюк А. В.**, доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права НУ «Одеська юридична академія»

**Ківалов С. В.**, народний депутат України, президент НУ «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України

**Кізова О. С.**, доцент кафедри цивільного права НУ «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук

**Ковальчук І. С.**, доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Колісніченко В. В.**, народний депутат України, кандидат юридичних наук

**Коритко Л. Я.**, доцент кафедри теорії та історії держави і права Івано-Франківського факультету НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Корнієнко І. В.**, здобувач кафедри історії держави та права НУ «Одеська юридична академія»

**Котлубай В. О.**, доцент кафедри національної економіки НУ «Одеська юридична академія», кандидат економічних наук

**Крет Г. Р.**, доцент кафедри гуманітарних та соціально-економічних дисциплін Івано-Франківського факультету НУ «Одеська юридична академія»

**Кричківський О. М.**, аспірант кафедри кримінального права Львівського державного університету внутрішніх справ

**Крочук М. І.**, аспірант кафедри загальної теорії держави і права Львівського державного університету внутрішніх справ

**Крусян А. Р.**, завідувач кафедри конституційного права НУ «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

**Латковська Т. А.**, професор кафедри адміністративного та фінансового права НУ «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

**Логінова Н. І.**, доцент кафедри правової інформатики НУ «Одеська юридична академія», кандидат педагогічних наук

**Макаренко А. С.** асистент кафедри кримінального права НУ «Одеська юридична академія»

**Мельник М. Г.**, член Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, кандидат юридичних наук

**Мельник С. Б.**, доцент кафедри господарського права і процесу НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

**Мірошніченко Н. А.**, професор кафедри кримінального права НУ «Одеська юридична академія»

**Нестерчук Л. П.**, асистент кафедри організації судових та правоохоронних органів НУ «Одеська юридична академія»

**Островська Л. А.**, доцент кафедри цивільного процесу НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Павелко В. О.**, аспірант кафедри історії держави та права НУ «Одеська юридична академія»

**Павлов С. С.**, доцент кафедри теорії держави та права НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Павлюк О. М.**, аспірант кафедри історії держави та права НУ «Одеська юридична академія»

**Палий О. Н.**, аспірант кафедри філософії НУ «Одеська юридична академія»

**Паляничко Д. Г.**, аспірант кафедри криміналістики НУ «Одеська юридична академія»

**Пархета А. А.**, аспірант кафедри теорії держави і права НУ «Одеська юридична академія»

**Пенчева Г. М.**, асистент кафедри господарського права і процесу НУ «Одеська юридична академія»

**Підгородинська А. В.**, асистент кафедри кримінального процесу НУ «Одеська юридична академія»

**Пілявська Л. М.**, аспірант кафедри кримінального права НУ «Одеська юридична академія»

**Половинкіна Р. Ю.** доцент кафедри господарського права та процесу НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

**Попелюк В. П.**, доцент кафедри господарського права і процесу НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Поповська І. П.** начальник юридичного управління Одеської обласної ради, кандидат юридичних наук, доцент

**Рога Н. В.**, аспірантка кафедри філософії НУ «Одеська юридична академія»

**Романенко К. М.**, асистент кафедри національної економіки НУ «Одеська юридична академія», кандидат економічних наук

**Сайнчин О. С.**, доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики Класичного приватного університету, доктор юридичних наук

**Стась Е. П.**, здобувач кафедри господарського права і процесу НУ «Одеська юридична академія»

**Суворова О. Л.**, доцент кафедри національної економіки НУ «Одеська юридична академія», кандидат економічних наук

**Сумарокова Л. Н.**, доцент кафедри філософії НУ «Одеська юридична академія»

**Суханова Д. С.**, доцент кафедри загальноправових дисциплін Одеського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

**Тавлуй О. В.**, асистент кафедри кримінального права НУ «Одеська юридична академія»

**Тальянчук І. С.**, головний експерт сектора економічних та товарознавчих досліджень НДЕКЦ при ГУМВС України в Одеській області, старший лейтенант міліції

**Татаров О. Ю.** заступник начальника ГСУ МВС України, кандидат юридичних наук, доцент

**Терещенко О. В.**, аспірант Українського державного університету фінансів та міжнародної торгівлі

**Трофименко О. Г.**, доцент кафедри правової інформатики НУ «Одеська юридична академія», кандидат технічних наук, доцент

**Хаймінова Ю. В.**, доцент кафедри національної економіки НУ «Одеська юридична академія», кандидат економічних наук

**Харитонов Є. О.**, завідувач кафедри цивільного права НУ «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

**Харитонova О. І.**, завідувачка кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права НУ «Одеська юридична академія», член-кореспондент НАПрН України, доктор юридичних наук, професор

**Хусаїнов З. Ф.**, доцент кафедри конституційного права та прав людини Казанського федерального університету, доктор юридичних наук

**Цесарський Ф. А.**, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

**Цехан Д. М.**, доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права НУ «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Чайковська В. В.**, доцент кафедри адміністративного та господарського права ОНУ ім. І. І. Мечникова, кандидат юридичних наук

**Чеботарьов С. С.**, здобувач кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства НУ «Одеська юридична академія»

**Черкасова І. В.**, здобувач кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства НУ «Одеська юридична академія»

**Чернушенко Д. А.**, старший консультант управління правових експертиз Конституційного Суду України

**Чумак С. П.**, асистент кафедри криміналістики НУ «Одеська юридична академія»

**Шершенькова В. А.**, асистент кафедри історії держави і права НУ «Одеська юридична академія»

**Шкляр С. В.**, здобувач кафедри господарського права і процесу НУ «Одеська юридична академія»

**Ягунов Д. В.**, кандидат наук з державного управління, доцент

## ЗМІСТ

Передмова .....	3
-----------------	---

## Розділ 1

ПРАВОВЕ ТА ІНСТИТУЦІОНАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ  
СТАЛОГО РОЗВИТКУ СУСПІЛЬСТВА

<b>С. В. Ківалов</b> Процесуальні форми у діяльності адміністративних судів: правова природа і правове регулювання .....	7
<b>А. Р. Крусян</b> Генезис науково-практичної парадигми конституціоналізму .....	21
<b>Т. В. Астахова</b> Принципи виборчого права України: конституційно-правова теорія та практика .....	31
<b>В. В. Колесніченко</b> Адміністративний примус як спосіб правового захисту права інтелектуальної власності .....	39
<b>В. В. Завальнюк</b> Методологічний апарат дослідження юридичної антропології .....	45
<b>М. В. Афанасьєва</b> Ефективна участь національних меншин у виборах .....	53
<b>З. Ф. Хусаинов</b> Теоретические аспекты правового регулирования экономического развития субъектов Российской Федерации .....	60
<b>Т. А. Латковська</b> Бюджетна політика держави як один з основних напрямків економічної політики за господарським законодавством .....	68
<b>Є. В. Додін</b> Виникнення та розвиток митного законодавства в Україні .....	76
<b>М. Г. Мельник</b> Процедурна форма реалізації функції кадрового забезпечення діяльності судів .....	83
<b>Д. А. Чернушенко</b> Місце кадрового забезпечення у системі видів діяльності, що пов'язана із забезпеченням функціонування Конституційного Суду України .....	89

**В. Є. Загородній**

Реформування прокуратури України в умовах глобалізації:  
основні принципи функціонування . . . . . 95

**І. С. Ковальчук**

Місце прокуратури у системі розгляду звернень громадян . . . . . 102

**Є. О. Харитонов**

До проблеми визначення змісту поняття «цивільне законодавство  
України» . . . . . 107

**О. І. Харитонova**

Співвідношення категорій «правовідносини інтелектуальної  
власності» та «регулятивні, організаційні, охоронні цивільні  
правовідносини» . . . . . 115

**Н. А. Зелинская**

Феномен «сомалійського піратства»: замкнутый круг политического  
и общеуголовного насилия . . . . . 125

**М. М. Гнатовський**

Кваліфікація міжнародних збройних конфліктів у практиці  
міжнародних судових установ . . . . . 139

**Н. В. Рога**

Вплив міжнародного чинника на становлення громадянського  
суспільства в Україні . . . . . 147

**Н. В. Дрьоміна-Волок**

Глобальна боротьба з расовою дискримінацією та імперативізація  
міжнародного права . . . . . 154

**Ю. М. Гуленко**

Тероризм у період глобалізації . . . . . 166

**О. В. Терещенко**

Глобалізація та її вплив щодо вирішення спорів інститутами  
міжнародного судочинства . . . . . 172

**Д. О. Денисова**

Інкримінація міжнародно-правової відповідальності міжнародним  
організаціям за протиправні діяння осіб військового контингенту  
в миротворчих операціях . . . . . 180

**К. А. Важна**

Ідея кримінальної відповідальності держави в Комісії міжнародного  
права ООН . . . . . 189



**Розділ 2**  
**ТЕОРЕТИЧНІ ТА ІСТОРИЧНІ ДОСЛІДЖЕННЯ**  
**ДЕРЖАВИ ТА ПРАВА**

<b>Л. Н. Сумарокова</b>	
Логические проблемы уточнения значений юридических терминов . . .	199
<b>С. С. Чеботарьев</b>	
Гуманізм як принцип права України . . . . .	205
<b>Н. Б. Арабаджи</b>	
Соцієтальність та аутопойєзис правового порядку: методологічні аспекти . . . . .	211
<b>И. В. Антошина</b>	
Связь информационной функции государства и информационной функции права . . . . .	218
<b>О. Н. Палий</b>	
Становление и развитие категорий возможности и действительности . . . . .	224
<b>С. С. Павлов</b>	
Категоріальна характеристика традицій в ідеальному вимірі права . . .	232
<b>Н. І. Гончарова</b>	
Дискурс віктимності у вітчизняному правовому полі . . . . .	239
<b>М. І. Крочук</b>	
Гендерна рівність як фундаментальний принцип права . . . . .	248
<b>А. М. Василенко</b>	
Історико-правова генеза імміграції та громадянства в Канаді . . . . .	253
<b>Д. С. Суханова</b>	
Історико-теоретичний аналіз правової фікції у західній науці . . . . .	260
<b>А. В. Кирилюк</b>	
Відношення до плагіату в різні часи . . . . .	267
<b>В. В. Вахненко</b>	
Нормативно-правове забезпечення діяльності міських санітарно- епідеміологічних органів в Російській імперії наприкінці XIX ст. . . . .	274
<b>М. М. Войнарівський</b>	
Щодо історико-правових чинників виокремлення адміністративно- господарських санкцій . . . . .	282
<b>О. О. Квасніцька</b>	
Стадії будівельного процесу як об'єкт господарсько-правового регулювання . . . . .	288

**Л. Я. Коритко**

Розвиток правової охорони річок у Східній Галичині в австро-угорський період . . . . . 295

**І. В. Корнієнко**

Теоретико-методологічні основи юридичної герменевтики у працях Є. В. Васьковського . . . . . 301

**В. О. Павелко**

Еволюція інституту апеляційного судочинства на українських землях від Київської Русі до середини XIX століття . . . . . 306

**О. М. Павлюк**

Правовий статус прокуратури за судовою реформою 1864 р. в Російській імперії . . . . . 312

**Р. Ю. Половинкіна**

Перша кодифікація положень спадкового права за Цивільним кодексом УРСР 1922 року: історико-правовий аспект . . . . . 318

**В. А. Шершенькова**

Особливості розвитку законодавства про військові злочини в УРСР в період з 1921 по 1924 роки . . . . . 325

**М. М. Бурда**

Законодавче закріплення застави у джерелах римського права . . . . . 332

**Розділ 3****АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ СУЧАСНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ****О. С. Кізлова**

Іпотечне кредитування як складова економічної стабільності . . . . . 341

**Т. В. Аверочкина**

Прилеглі зони: історія, перспективи України та деякі аспекти адміністративної юрисдикції . . . . . 348

**О. В. Басай**

Принцип юридичної рівності учасників цивільних правовідносин . . . . 354

**А. І. Дрішлюк**

Щодо актуальності дослідження системи джерел цивільного права України (огляд літератури та постановка проблеми) . . . . . 361

**Е. П. Стась**

Страхування підприємницьких ризиків як предмет господарсько-правового регулювання . . . . . 367

**С. В. Шкляр**

До питання розширення повноважень Антимонопольного комітету  
України у взаємовідносинах із суб'єктами господарювання . . . . . 374

**О. Г. Трофіменко, Н. І. Логінова**

Деякі аспекти інформатизації податкової служби України . . . . . 379

**В. П. Попелюк**

Сучасні тенденції розвитку управління морськими портами  
в транспортній інфраструктурі України . . . . . 385

**О. Л. Суворова, Ю. В. Хаймінова, В. А. Котлубай, Е. М. Романенко**

Развитие функционирования транспортно-логистических систем  
Украины . . . . . 391

**Ю. З. Драпайло**

Поняття та правовий статус морського терміналу як транспортного  
комплексу . . . . . 397

**Е. Г. Бойченко**

Господарсько-економічна діяльність військових частин Збройних сил  
України: загальний погляд на проблематику правового регулювання . . . 405

**Л. П. Нестерчук**

Дисциплінарна відповідальність суддів як різновид юридичної  
відповідальності . . . . . 413

**Г. М. Пенчева**

Про недоліки реформування системи органів управління державним  
майном . . . . . 419

**В. В. Чайковська**

Про захист національних інтересів України при лібералізації  
зовнішньоекономічної діяльності . . . . . 428

**С. Б. Мельник**

Кредитные организации в праве России и Европейского Союза  
в аспекте секторального действия антимонопольного (конкурентного)  
законодательства . . . . . 434

**Л. А. Калишук**

Особливості застосування окремих способів захисту екологічних  
прав громадян . . . . . 445

**Л. А. Островська**

Деякі аспекти представництва прокурором інтересів громадянина  
в суді . . . . . 451

**Т. М. Зв'язная**

Регулювання міграційної політики у США . . . . . 457

**І. М. Зогий**

Нормативне закріплення принципів медичної допомоги в Україні . . . . 463

**Ю. Ю. Казаков**

Проблеми застосування законодавства про банківську таємницю  
на практиці . . . . . 470

**І. П. Поповська**

Правові принципи розроблення програм розвитку господарської  
діяльності в Україні . . . . . 477

**О. В. Басай**

Набуття прав на промисловий зразок спільноти . . . . . 484

**Ф. А. Цесарський**

Актуальні проблеми укладення трудових договорів в сучасних  
умовах економічного та технологічного розвитку суспільства . . . . . 490

**И. В. Черкасова**

Налоги на землю согласно исламскому праву: содержание и виды . . . . 496

**І. В. Жорник**

До питання про забезпечення автентичності перекладів міжнародних  
морських конвенцій в Україні . . . . . 504

**Я. А. Бикова**

Синкретико-історичний підхід у сучасному праворозумінні . . . . . 511

**А. А. Пархета**

Теоретичні проблеми визначення сутності адміністративного  
прецеденту як джерела права . . . . . 517

**Розділ 4****ПРОБЛЕМИ ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ****В. Н. Дремін**

Теоретические основы концепции преступной деятельности  
в криминологии . . . . . 527

**В. О. Глушков, А. О. Білічак**

Процесуалізація оперативно-розшукової діяльності у контексті  
реформування кримінально-процесуального законодавства України . . . 539

**Н. А. Мирошниченко**

Уголовные правонарушения и малозначительность деяния . . . . . 549

**О. С. Саїнчин**

Міжнародно-правова регламентація боротьби із захопленням  
та вбивством заручників . . . . . 554

**Н. Л. Березовська**

Міжнародне співробітництво у сфері покарання неповнолітніх . . . . . 559

**М. А. Боданюк**Загальна характеристика форм і методів взаємодії підрозділів  
транспортної міліції з адміністраціями транспортних підприємств  
в сфері охорони особистих та майнових прав громадян  
на залізничному транспорті . . . . . 568**А. В. Брижак**Значення соціальних зв'язків між злочинцем і потерпілим  
для кваліфікації злочинів . . . . . 574**К. А. Возняковська**Мета господарсько-правових засобів детінізації економіки у контексті  
протидії легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом . . . . . 581**О. О. Кащук**Значення використання зв'язку «жертва — злочинець»  
у розслідуванні злочинів . . . . . 588**Г. Р. Крет**Гене́за інституту закриття кримінальної справи у вітчизняному  
законодавстві від початку ХХ до початку ХХІ століття . . . . . 594**О. М. Кричківський**

Об'єкт конкуренції при призначенні покарання . . . . . 601

**А. С. Макаренко**Кримінально-правова характеристика суддівського розсуду:  
зловживання правом . . . . . 610**Д. Г. Паляничко**Тактичні особливості проведення допиту неповнолітніх  
в розслідуванні злочинів, пов'язаних з дитячою порнографією . . . . . 618**А. В. Підгородинська**Перспективи взаємодії України з Міжнародним кримінальним  
судом: процесуальний аспект . . . . . 625**Л. М. Пілявська**Законодавче закріплення причетності до злочину: історичний  
асpekt . . . . . 635**О. В. Тавлук**Незаконна посередницька діяльність як ознака об'єктивної сторони  
складу злочину, передбаченого статтею 169 Кримінального кодексу  
України . . . . . 642

**О. Ю. Татаров, І. Б. Газдайка-Василишин**

Умисне знищення або пошкодження майна, вчинене шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом: проблеми кваліфікації . . . . . 650

**І. С. Тальянчук**

Види та кримінально-правові ознаки злочинів у сфері земельних відносин . . . . . 659

**Д. М. Цехан**

Правове регулювання мережі Інтернет як передумова її декриміналізації . . . . . 668

**С. П. Чумак**

Особенности обстановки совершения преступлений, связанных с фальсификацией выборов . . . . . 676

**Д. В. Ягунов**

Якою має бути служба пробації в Україні: деякі думки з приводу концептуального обґрунтування створення національної системи пробації . . . . . 682

Наші автори . . . . . 690

*Наукове видання*

## АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

*Збірник наукових праць*

**Випуск 65**

*Українською та російською мовами*

Редактор-коректор *Л. М. Лейдерман*

Технічний редактор *М. М. Бушин*

Підписано до друку \_\_\_\_\_.2012. Формат 70х100/16. Папір офсетний.

Гарнітура «Шкільна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. \_\_\_\_.

Тираж \_\_\_\_ прим. Вид. № 9. Зам. № \_\_\_\_.

Видавництво і друкарня «Юридична література»

65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 7

Тел.: (048) 777-48-79

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1374 від 28.05.2003 р.



СТРАХОВА КОМПАНІЯ  
**ТЕКОМ**

**СТРАХОВАЯ КОМПАНИЯ "ТЕКОМ"**

*www.tig.com.ua*

**ОДНА ИЗ ЛИДИРУЮЩИХ КОМПАНИЙ НА СТРАХОВОМ РЫНКЕ УКРАИНЫ,  
ПРЕДОСТАВЛЯЕТ УСЛУГИ ПО РИСКОВОМУ СТРАХОВАНИЮ  
(NON-LIFE INSURANCE) С 1997 ГОДА.**

**СК «ТЕКОМ» МОЖЕТ СТАТЬ ВАШИМ ПАРТНЁРОМ ПО ТАКИМ ВИДАМ  
СТРАХОВЫХ УСЛУГ:**

- СТРАХОВАНИЕ ИМУЩЕСТВА (В ТОМ ЧИСЛЕ АРЕНДОВАННОГО);*
- СТРАХОВАНИЕ НАЗЕМНОГО ТРАНСПОРТА (АВТОКАСКО);*
- СТРАХОВАНИЕ СУДОВ (ЯХТ) И ДРУГОГО МОРСКОГО ТРАНСПОРТА  
(КАСКО, ОТВЕТСТВЕННОСТЬ);*
- СТРАХОВАНИЕ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПЕРЕД ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ;*
- СТРАХОВАНИЕ ОТ НЕСЧАСТНОГО СЛУЧАЯ;*

**ГЛАВНЫЙ ОФИС : 65005, Г. ОДЕССА, УЛ. МИХАЙЛОВСКАЯ, 44.  
ТЕЛ.: (048) 719-05-55; e-mail: *office@tig.com.ua***

**Филиалы:**

**Филиал «Киевский»:**  
Украина, 01032, г. Киев,  
ул. Саксаганского, 74, офис 503/504  
Тел./факс: (044) 537-67-01

**Филиал «Запорожский»:**  
Украина, 69041, г. Запорожье,  
ул. 40-летия Сов. Украины, 13  
Тел.: (0612) 28-59-20

**Филиал «Донецкий»:**  
Украина, 83001, г. Донецк,  
ул. Октябрьская, 85  
Тел./факс: (062) 335-73-77

**Филиал «Днепропетровский»:**  
Украина, 49000, г. Днепропетровск,  
ул. Миронова, 30  
Тел.: (056) 778-33-08

**Филиал «Крымский»:**  
95006, АР Крым, г. Симферополь,  
ул. Карла Маркса, 48, офис № 5  
Тел.: (0652) 25-35-89

**Филиал «Харьковский»:**  
Украина, 61001, г. Харьков,  
ул. Плехановская, 90а  
Тел.: (057) 762-71-50

Лиц. ГКРРФУУ серия АГ № 569551-569573 все от 14.02.2011 г.

## ДО УВАГИ АВТОРІВ!

До друку у збірнику приймаються наукові статті, які раніше не були опубліковані в інших виданнях. При їх підготовці просимо додержуватися чинних стандартів для друкованих праць і вимог ВАК України.

Стаття повинна містити такі необхідні елементи:

- постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями;
- аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття;
- формулювання цілей статті (постановка завдання);
- виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів;
- висновки з цього дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

Разом зі статтею слід надавати рекомендацію кафедри (відділу) вищого навчального або наукового закладу (у формі витягу з протоколу) або рецензію кандидата чи доктора наук із відповідної спеціальності (для аспірантів, здобувачів бажаною є рецензія наукового керівника).

Загальний обсяг публікації — 10–12 сторінок. Шрифт: Times New Roman; кегль 14, інтервал — 1,5. Поля: верхнє та нижнє — 2 см, лівє — 3 см, правє — 1,5 см.

На початку рукопису необхідно зазначати індекс УДК, дані про автора та назву статті.

Перелік використаних літературних джерел слід наводити в кінці статті в порядку появи відповідних посилань. При оформленні списку літератури слід дотримуватися вимог ВАК (див.: Бюлетень Вищої атестаційної комісії. — 2009. — № 5. — С. 26–30) та державного стандарту ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартів з інформації, бібліотечної та видавничої справи. Бібліографічний запис. Бібліографічний опис. Загальні вимоги та правила складання».

У тексті статті посилання на використані літературні джерела слід зазначати порядковим номером, виділеним двома квадратними дужками, згідно з переліком джерел (позиція цитованого видання у списку літератури, сторінка).

Після списку використаних матеріалів подаються анотації трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотація має містити: прізвище та ім'я автора, назву статті, стислий виклад змісту статті, ключові слова (до десяти окремих слів або словосполучень).

До видавничо-редакційного відділу НДЧ НУ ОЮА необхідно додавати:

- роздрукований текст статті та інформаційну довідку про автора. Інформаційна довідка має містити: прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посаду, поштову адресу, контактний телефон, адресу електронної пошти);
- текст статті та інформаційну довідку про автора на електронному носії. Електронний варіант статті можна надіслати на ел. пошту: [ndch@onua.edu.ua](mailto:ndch@onua.edu.ua)

Інформацію щодо умов опублікування статті можна отримати у видавничо-редакційному відділі науково-дослідної частини Національного університету «Одеська юридична академія» за адресою: 65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 2, каб. 1007. Тел.: 719-64-32, 093 163 29 31. Е-mail: [ndch@onua.edu.ua](mailto:ndch@onua.edu.ua)

За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.