

**„JURNALUL JURIDIC NAȚIONAL:  
TEORIE ȘI PRACTICĂ” S.R.L.**

**Publicație științifico-practică de drept  
„НАЦИОНАЛЬНЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ:  
ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА” O.O.O.  
Научно-практическое правовое издание**

**„NATIONAL LAW JOURNAL:  
THEORY AND PRACTICE” L.L.C.**

**Scientific and practical Publication in law**

**Certificat de înregistrare nr.1013600031111 din 30.09.2013  
eliberat de Camera Înregistrării de Stat**

**ISSN 2345-1130**

Revistă inclusă în Registrul Național al revistelor științifice de profil prin hotărîrea comună nr. 270 din 31.10.2013 a Consiliului Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică și a Consiliului Suprem pentru Acreditare și Atestare al AȘM

Журнал включен в Национальный реестр профильных научных журналов совместным решением № 270 от 31.10.2013 Высшего совета по науке и технологическому развитию и Высшего Совета по аккредитации и аттестации Академии наук Молдовы

The magazine included in the national register of scientific magazines profile of joint decision nr. 270 of 31.10.2013 of the Supreme Council for science and technological development and the Supreme Council for accreditation and attestation of Academy of Sciences of Moldova

**Fondatori:**

**Instituția Privată de Învățămînt  
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată  
Întreprinderea cu capital străin «Demsta» S.R.L.**

**Se editează din martie 2013**

**Nr. 4(8) 2014**

**Redactor-șef L. Arsene**

**Redactor științific O. Bejan, doctor în drept**

**Colegiul de redacție:**

*G. Alecu*, doctor în drept, prof. univ., (Constanța, România); *P. Biriucov*, doctor în științe juridice, profesor (Voronej, Federația Rusă); *V. Bujor*, doctor în drept, prof. univ.; *G. Costachi*, doctor habilitat în drept, prof. univ.; *N. Egorova*, doctor în științe juridice, profesor (Volgograd, Federația Rusă); *N. Karpov*, doctor în științe juridice, profesor (Kiev, Ucraina); *M. Gheorghiuță*, doctor habilitat în drept, prof. univ.; *I. Guceac*, doctor habilitat în drept, prof. univ., membru corespondent al AȘ RM; *V. Guțuleac*, doctor în drept, prof. univ.; *E. Haritonov*, doctor în științe juridice, profesor, membru corespondent al AȘ din Ucraina (Odesa, Ucraina); *V. Șepitko*, doctor în științe juridice, profesor, membru corespondent al AȘ din Ucraina (Harkov, Ucraina).

Adresa redacției: Casa Presei et. 5, of. 512,  
str. Pușkin 22, mun. Chișinău, MD-2012, Republica Moldova  
Tel.: 022-233790

E-mail: jurnaljuridic@mail.ru

Pagina Web: jurnaljuridic.md

**СОДЕРЖАНИЕ**

**ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА  
И ПРАВА, ФИЛОСОФИЯ ПРАВА**

Виктория ВЕПРИЦКАЯ. Правозащитная деятельность поверенных и осуществление правосудия в Одесском коммерческом суде (первая половина XIX столетия) ..... 5

Анастасия ЗАПОРОЖЧЕНКО. Правовая танатология в системе общетеоретической юриспруденции ..... 9

Іван ОЛЕНЧУК. Теоретико-методологічні аспекти ідентифікації правової системи України з континентальним правом ..... 15

Андрей ПАЗЮК. Трансформация концепции государственного суверенитета в условиях глобального информационного общества ..... 21

Ігорь СИТАР. Міжкультурна комунікація в праві ..... 26

Василь СИМУТІН. Перспективи організації та функціонування механізму сучасної держави ..... 30

**КОНСТИТУЦИОННОЕ  
И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО**

Денис БАРОНІН. Суд в системі органів державної влади ..... 36

Ірина ІВАНОЧКО. Імплементация міжнародно-правових стандартів статусу суддів у конституційному праві України ..... 42

Ольга ТИМОШЕК. Принципи реалізації захисту конституційних прав та свобод іноземців в Україні ..... 47

Екатерина ЧИЖМАРЬ. Правосубъектность нотариата как элемент его конституционно-правового статуса ..... 52

**АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС;  
ФИНАНСОВОЕ И НАЛОГОВОЕ ПРАВО**

Тетяна АНІЩЕНКО. До питання про право публічної служби як елементу особливого адміністративного права та предмет його правового регулювання ..... 56

Зорина ПЕРОЦУК. Правова природа загального та спеціального фондів бюджетів, що становлять бюджетну систему України ..... **61**

Марія САТАНОВСЬКА. Державно-приватне партнерство як об'єкт адміністративно-правового регулювання ..... **65**

Роман ШАБАНОВ. Ринок праці як механізм сприяння та забезпечення зайнятості населення ... **72**

#### ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС; СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Александр БАСАЙ. Классификация оснований возникновения гражданских прав и обязанностей в сфере интеллектуальной собственности: теоретический аспект ..... **78**

Татьяна ГОНЧАР. О некоторых вопросах правовой охраны промышленных образцов по законодательству государств ЕврАзЭС ..... **84**

Денис ДУДНИК. Суть общественных потребностей как основания для отчуждения земельных участков частной собственности в Украине..... **91**

Леонтій ДЯЧУК. Повторний шлюб у візантійському праві (VIII ст.): юридичні джерела та правовий зміст ..... **97**

Дмитрий ЖЕКОВ. Понятие реорганизации юридического лица: законодательный и доктринальный подходы..... **105**

Петро ЛІВАК. Концепція теоретичного обґрунтування реформ медицини в контексті впровадження інституту обов'язкового медичного страхування в Україні..... **110**

Игорь МАЙСТЕР. Значение требований справедливости, добросовестности и разумности для определения размера компенсации морального вреда ..... **118**

Анна ТАРАНЕНКО. Сторони в договорі на виготовлення протезних виробів та на їх сервісне обслуговування ..... **122**

Марина ТОПОРКОВА. Зміст договору постачання теплової енергії побутовому споживачу ..... **129**

Галина УЛЬЯНОВА. Судебная защита авторских прав от плагиата..... **137**

#### ЗЕМЕЛЬНОЕ, АГРАРНОЕ, ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

Дарья ЗОЛОТАРЁВА. Правовые основы использования временно занятых земель в Украине..... **142**

Виктор ТАТЬКОВ. Проблемы разграничения частноправовых и публичноправовых споров в сфере земельных отношений ..... **147**

#### УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

Олег КИРИЧЕНКО. Кримінально-правова характеристика неправдивого повідомлення про загрозу громадській безпеці ..... **152**

Михаил КОЛОС. Клевета и оскорбление: генезис ответственности и проблемы современной криминализации – декриминализации ..... **158**

Вікторія ПАРИШКУРА. Деякі проблемні питання притягнення суддів в Україні до кримінально-правової та цивільно-правової відповідальності ..... **164**

Александр ХРАМЦОВ. Насилие как категория общей части уголовного права Украины ..... **170**

#### КРИМИНОЛОГИЯ; УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА

Василь БІЛОУС. Інформаційні технології – інноваційний засіб розроблення криміналістичної характеристики злочинів .... **175**

Катерина ДРАЧОВА. Кримінологічні особливості грабежів та розбоїв, які вчиняються неповнолітніми..... **182**

Галина ЖАРОВСКАЯ. Проблемы и причины транснационализации организованной преступности в Украине..... **186**

Антон МАРІЄНКО. Індивідуальне запобігання злочинам органами внутрішніх справ у системі протидії злочинності: сучасний стан проблеми..... **192**

#### МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

Світлана АНДРЕЙЧЕНКО. Застосування стандарту «due diligence» в міжнародній судовій практиці ..... **198**

Сергій МИГАЛЬ. Право на страйк в основних документах ООН в галузі прав людини..... **204**

## ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА, ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

УДК 340.15(477.74-25ОД)«18»:347.999:347.921.4

### ПРАВООЩИТНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ПОВЕРЕННЫХ И ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ ПРАВОСУДИЯ В ОДЕССКОМ КОММЕРЧЕСКОМ СУДЕ (ПЕРВАЯ ПОЛОВИНА XIX СТОЛЕТИЯ)

**Виктория ВЕПРИЦКАЯ,**  
аспирант кафедры истории государства и права  
Национального университета «Одесская юридическая академия»

#### SUMMARY

In this paper we describe the events of the city, which took place the end of XVIII – the first half of the XIX century, with a view to a more correct understanding of the opportunities for the development of advocacy. Also there are some examples of attorneys activities, and city authorities measures to streamline and control the activities of solicitors and attorneys.

In this article some rare archival materials of Odessa region State Archive are analyzed.

**Key words:** attorney, solicitor, Odessa commercial court, charter commercial court for Odessa.

#### АННОТАЦИЯ

В работе описываются исторические события города Одессы, которые происходили в конце XVIII – первой половине XIX столетия, с целью более правильного понимания возможности развития правозащитной деятельности. Также приведены примеры деятельности отдельных поверенных и меры органов власти города по упорядочению и контролю деятельности стряпчих и поверенных.

В статье анализируются редкостные архивные материалы Государственного архива Одесской области.

**Ключевые слова:** поверенный, стряпчий, Одесский коммерческий суд, устав коммерческого суда для Одессы.

**Постановка проблемы.** Современный этап развития украинского общества, экономические и политические преобразования в стране требуют усовершенствования и безупречной организации функционирования адвокатуры. В последнее время возрастает интерес к проблеме адаптации основных направлений адвокатской деятельности в нашей стране к соответствующим международно-правовым нормам и стандартам. Поэтому главными задачами в правовой жизни государства на сегодняшний день являются реализация конституционной гарантии обеспечения квалифицированной юридической помощи, судебного представительства и защиты, а также установления автономной адвокатуры, определенного уровня ее независимости от органов государственной власти.

Изучая историю становления и развития адвокатуры на территории Украины, можно констатировать факт, что путь ее развития был достаточно сложным. Достаточно долгое время она не вызывала доверия в обществе, и только Законом от 20 ноября 1864 года «Учреждение Судебных установлений» в Российской империи был создан институт присяжных поверенных (законодательно закреплен институт адвокатуры).

**Актуальность темы** заключается в необходимости изучения истории становления и эволюции адвокатуры,

необходимости правильного понимания и всесторонней оценки ее роли и истинного предназначения в системе судопроизводства; изучения недостатков организации и деятельности адвокатуры на современном этапе, опираясь на опыт предшественников, рассматривая ее исторический путь проб и ошибок.

Хронологические рамки исследования темы данной статьи (первая половина XIX столетия до проведения в Российской империи судебной реформы 1864 года) обусловлены необходимостью проанализировать предреформенное состояние правозащитной деятельности, осуществляемой частными лицами в Российской империи. Период исследования избран в силу ряда причин. Во-первых, начало XIX века относится к периоду активной подготовки создания института адвокатуры в Российской империи, а во-вторых, материалы по данному вопросу в Украине остаются недостаточно проанализированными. На наш взгляд, особый интерес по данному исследованию представляет анализ судебной практики Одесского коммерческого суда. Территория для исследования также избрана неслучайно, так как Одесса в указанный период являлась крупнейшим портом империи, где в силу масштабного торгового оборота ввозимых и вывозимых товаров, возникали спорные отношения, которые разрешались в первом на территории Рос-

сийской империи коммерческом суде. Данный материал является важной составляющей для понимания целей и задач создания организованной адвокатуры.

Исследуемый вопрос в своих научных трудах затрагивали: Ю.Ф. Любшев («Адвокатура в России»), И.В. Гессен («История русской адвокатуры»), И.И. Баженова («Адвокатура в дореволюционной России, вторая половина XIX – начало XX столетия») и многие другие российские и украинские исследователи. Однако следует отметить, что названные исследования носят преимущественно фрагментарный характер. Более детально об Одесских адвокатах писал С.И. Емец в своей работе «Адвокаты Одессы», хотя он лишь поверхностно упоминал о деятельности поверенных и стряпчих в первой половине XIX века в Одессе. В С. Балух в своих работах, посвященных изучению Одесского коммерческого суда «Одесский арбитражный суд: два века истории», «Два века истории хозяйственного правосудия Украины», а также в своей диссертационной работе «Історія комерційних судів: історико-правове дослідження на прикладі Одеського комерційного суду (1808–1917)» упоминал о правовом положении поверенных и ходатаев при рассмотрении дел в этом суде с их участием. Но все же следует учесть, что в основе работ В.С. Балуха все же стоит задача исследования развития и деятельности Одесского коммерческого суда как такового.

**Цель.** В статье предпринята попытка проследить за деятельностью поверенных и стряпчих при Одесском коммерческом суде. Исследовать их деятельность и на основании этого сделать заключение о возможности причисления стряпчих и поверенных, осуществлявших свою деятельность в первой половине XIX столетия, к предшественникам современного адвоката.

Для объективного понимания поставленного вопроса исследования необходимо обратиться к истории города, проанализировать ситуацию, сложившуюся в исследуемый период.

**Изложение основного материала исследования.** Ни один город в Российской империи не имел таких льгот, какие дарованы были Одессе императрицей Екатериной II, императором Александром I и Николаем I. Так, например, «При желании кого-либо из приезжих в Одессу поселиться в ней – не только не спрашивали никаких документов о самоличности будущего гражданина Одессы, но и, напротив, ему отводился безвозмездно участок земли и выдавалось еще пособие на постройку. По ст. 24 Городского положения (Магистратское управление 1780 г.) для приезжающих в Одессу с товарами и продуктами никаких паспортов не требовалось. В довершении всего – порто-франко. Одесса более полстолетия пользовалась беспощинно всеми заграничными произведениями. Если же прибавить к этому отпущенные по тогдашнему времени громадные суммы из Государственного казначейства на устройство гаваней и на сооружение различных построек, то неудивительно, что

Одесса в короткое время опередила по развитию многие тысячелетние города» [1, с. 52].

Также следует отметить, что в стремительном развитии Одессы была и немалая заслуга Ришелье. Она состояла в том, что его деятельность дала возможность развиваться инициативе людей, он способствовал устранению препятствий для быстрого развития города. Понятно, что главным источником для развития и обогащения города является торговля. Процесс ее организации в Одессе не был простым. Известны случаи, когда турецкие судна приходили в Одесский порт, а турецкие купцы торговали в городе, несмотря на то, что Турция находилась в состоянии войны с Российской империей. Следовательно, можно утверждать, что Одесса – город, который был приверженцем развития свободной экономики, политической и национальной терпимости, противником разных ограничивающих экономическое развитие мероприятий. Одесса в исследуемый период была одним из важнейших черноморских портов, артерией южного земледельческого района Российской империи, одним из важнейших центров международного рынка.

В.П. Нетребский в своем сборнике «Деловые люди старой Одессы: краеведческие очерки» писал о развитии города в начале XIX столетия: «За десятилетие правления Ришелье в Одессе произошли большие перемены. В 1804 году здесь было 8 тысяч жителей, в 1813 году – 35 тысяч; в 1802 году сумма торговых сделок составляла 2 миллиона рублей, а в 1813, несмотря на его неурожайность, – 25 миллионов; в 1803 году Одессу посетило триста торговых судов, а в 1815 – более тысячи. Новороссийские губернии превратились в экономически процветающий край, а Одесса – в один из крупнейших торговых портов Европы» [2, с. 139].

Именным указом от 1 мая 1803 года Одесскому градоначальнику Дюку де-Ришелье на его запрос об урегулировании коммерческих отношений ответили, что «установление коммерческой расправы в Одессе было бы, конечно, вещь желательная; но трудность осуществления такого учреждения в городе, населенном иностранцами всех наций, еще прочно не водворившимися, понуждает отложить меру сию до дальнейшего исследования, каким образом наиудобнее в действо ее привести возможно будет, а до того времени попечительность и пример ваш да заменят неудобства по части правосудия, до сего времени, конечно, существовавшие» [3, с. 57]. И наконец, 10 марта 1808 года все же был утвержден первый устав коммерческого суда для Одессы.

Несмотря на свое несовершенство, устав коммерческого суда для Одессы 1808 года значительно улучшил процедуру рассмотрения коммерческих дел, в связи с чем коммерческий суд сразу же завоевал доверие и симпатии местного торгового населения.

Первый раздел устава регламентировал структуру Одесского коммерческого суда. В его состав входили председатель, четыре члена и один юрисконсульт. Для

надзора за соблюдением законности назначался прокурор. В структуру входили также стряпчие, которые готовили дела отсутствующих, а также тех, кто по какой-то причине не имел возможности принять участие в судебном заседании.

Отношение к деятельности поверенных и стряпчих в Российской империи до проведения судебной реформы 1864 года было весьма критичным. Нередко в интересах своих клиентов и своих собственных они прибегали к неправомерным действиям, уловкам и даже подлогам, что вызывало к званию стряпчего определенное недоверие населения.

В нескольких номерах газеты «Одесский вестник» можно было увидеть объявления следующего содержания: «Великолепный юрист, обладающий умопомрачающими знаниями и владеющий всеми языками, предлагает свои полезные услуги, а бедным – бескорыстное пособие» [4]. А в выпуске № 15 вышеназванной газеты раскрывалась суть деятельности этого поверенного. Им являлся А.Ф. Деригин, который был выслан из другой губернии за безнравственность и ябедничество. Деятельность поверенного Деригина заключалась в следующем: «Очистив карманы одного из своих клиентов, он продает его противной стороне; умышленно пропускает подачу апелляционной жалобы, проигрывает дело своего верителя, разоряет его в конец, и еще ставит в положение ответчика за судебные издержки, убытки. Взамен того получает с противной стороны несколько тысяч» [5]. Также произошло и с неким известного рода помещиком, который дал ему доверенность защищать тяжбу о границах его родового имения. «Деригин, под видом неполноты документов, требует от клиента своего 1 000 червонцев для раздачи судьям, утверждая, что без этого успех невозможен. Веритель С\* дает ему в счет этой суммы 700 червонцев, которые Деригин отправляет в свой карман. Между тем в суде выслушивает решение и за тридцать серебрянников противной стороны подписывает «удовольствие». Но чтобы не лишиться остальных трехсот галбенов от своего верителя, посылает ему копию решения со своею надписью, которой он изъясляет будто-бы неудовольствие на решение и обещает подать в свое время апелляционную жалобу» [5]. Таким хитрым образом поверенный запутывает и обманывает своего верителя.

Но все же такие факторы, как стремительное расширение территории города, рост населения, большой приток иностранцев, бурное развитие коммерческих отношений, возникновение многочисленных споров, которые требовали разрешения в суде, породили спрос на услуги профессиональных поверенных, стряпчих, ходатаев.

В газете «Одесский вестник» № 49 от 18 июня 1835 года была опубликована статья «Объявление для купечества», в которой излагалось: «От Одесского Коммерческого суда объявляется, что на основании Высочайше

утвержденного в 10-й день марта 1808 года Устава, для сего Суда и дополнительных к оному статей, Коммерческий Суд, желая с одной стороны обеспечить тяжущиеся лица в верном и правильном изложении перед Судом их дела, а с другой стороны избежать встречающихся доньше по оным запутанностей и неясностей, происходящих от того, что жалобы и оправдания пишутся им такими людьми, которые не знают судебного обряда и канцелярского порядка, в связи с чем они делают верителям своим вред и напрасные убытки, а вместе с тем причиняют самому Суду затруднение в решении оных. Коммерческий Суд представил г. Одесскому Градоначальнику список лиц, предлагаемых в Консуленты или Стряпчие. Его Превосходительство утвердил некоторых из тех лиц, известных по честному имени, благоразумной и доброй совести с тем, что всякий, кому случится иметь в сем Суде дело, если сам не может или не желает составлять бумаги и иметь по делу своему хождение, поручил бы оное одному из тех консулентов, ибо кроме их и самих тяжущихся, никому другому не позволено будет иметь хождение и сочинять бумаги, которые от них принимаемы не будут; по делам же до сего времени заведенным, имеющие хождение стряпчие, которые из них не утверждены г. Градоначальником, может с согласия своего верителя порученные ему дела приводить к окончанию. Утвержденные же в должности Консулентов лица, выполнившие указанную присягу, следующие:

Губернский Секретарь Франц Сорон.

Коллежские Регистраторы: Лука Бертини, Матвей Вуретер.

Одесские купцы: Эмануил Тассара, Самуель Ланданский» [6].

В газете «Одесский вестник», от 29 мая 1858 года № 56, содержится очень ценная по своему содержанию статья «О коммерческих судах и присяжных стряпчих». В ней излагается немаловажная информация для исследования. Автор статьи одобрял нововведенный (для того времени) принцип словесного производства и гласности заседаний, который был впервые воплощен в коммерческих судах. Доверие населения коммерческому суду выражается и через слова автора статьи: «Я радуюсь успехами отечества, особенно на важном поприще – коммерческом правосудии... под его кровом процветают торговля и промышленность» [7]. Автор проанализировал устав коммерческих судов и констатировал факт, что хотя он был издан после других судебных уставов, заключал в себе многие улучшения и более соответствовал цели своего учреждения. Законодатель ясно обнаруживал желание ускорить торговое судопроизводство и сделать его доступным самим купцам: жалоба записывалась со слов истца без искового прошения, призыв и явка в суд делались без больших формальностей и без посредничества полиции, суд мог объяснить дело в одно заседание и решить его немедленно, все сроки на подачу жалоб были много сокращены в сравнении с гражд-

данским производством. Автор в целом одобрял устав, но также указал и на его недостатки. В статье указано, например, что коммерческие суды могли разбирать все споры по обязательствам словесным (ст. 1175), и это выражение часто приводило суд в совершенное недоумение, так как подавало повод начинать иски, не основанные ни на каких доказательствах, чем противоречило закону (ст. 1431). «Я часто видел людей, приходивших с жалобой на неуплату данных займы или следовавших им за товары денег, и не имевших ни расписки, ни подписанного счета, и суд иногда решал такие дела или присягой, или спросом свидетелей» [7]. Автор также вносил предложение не переносить ведение одного дела в журналы разных заседаний, что напрасно отвлекало судей, которые при многосложном деле с трудом могли следовать за ходом объяснений. Также указывал на то, что законодатель ввел в устав коммерческих судов «благотворительное учреждение» присяжных стряпчих «так как купцы, посвящающие все свое время торговле, и не изучавшие правоведения, не могут сами вести своих тяжб, и должны поручать их людям опытным» [7]. Жаловался автор и на отсутствие квалифицированных защитников в деле, которые могли бы должным образом представить и отстаивать интересы клиента: «К сожалению, до сих пор еще при судах коммерческих не образовалось сословие сведущих стряпчих. Весьма редкие из них перед вступлением на это поприще изучали систематически законы. Повсюду слышны жалобы на недостаток благонадежных ходатаев. Один вместо деловых бумаг пишет юмористические статьи, исполненные насмешек и восклицаний, другой старается в резких выражениях заподозрить недобросовестность своего противника... основывает свои доказательства не на законах, а на хитросплетенных силлогизмах, писанных полурусским языком, пишет несколько листов, когда нужно десять строк, чтобы выставить перед клиентом свои труды и свое искусство. Этот важный недостаток имеет даже неблагоприятное влияние и на сам ход дела в коммерческих судах, от того что в некоторых из них существует обычай вместо словесной жалобы подавать записки, которые называются исковыми, и хотя записки объяснительные (а не исковые) дозволены в делах особенно важных (ст. 1214)...». Также автор указывал и на тот факт, что одно из самых важных учреждений устава торгового – словесное производство – в некоторых коммерческих судах фактически не существовало, все дело производилось письменно, чем могли воспользоваться недобросовестные стряпчие, ведь это им позволяло, как писал автор, «блеснуть своим красноречием в приготовленных на досуге записках, избавляет их от необходимости говорить кратко и просто в присутствии

суда, дает им повод представить их письменные труды в огромном размере и получить соизмеримое вознаграждение... А судьи обременены совершенно бесполезным чтением огромных сочинений присяжных стряпчих и не могут в этом хаосе бумаг часто найти опорной точки, разрешающей спор» [7]. При словесном же производстве судьи могли легко понять простое и краткое изложение дела, не затемняемое ни бесполезными фразами, ни возгласами, и могли разрешить его в несколько дней. Автор газетной статьи провел лишенное правительственной официозности сравнение устава для коммерческого суда с другими судебными уставами, указал положительные моменты и недостатки с точки зрения осведомленного практика, благодаря чему можно более точно оценить и объективно рассмотреть положение дел исследуемого периода.

**Выводы.** Таким образом, развитие торговых отношений, стремительный рост промышленности в Одессе настоятельно диктовали необходимость серьезной защиты частной собственности, предпринимательства, прочих прав купеческого сословия, а также создания более совершенных процессуальных форм, что и стало одной из главных причин для создания Одесского коммерческого суда.

Предусмотренное уставом для коммерческих судов введение поверенных и стряпчих, которые могли бы представлять интересы определенного круга лиц, явилось собой стремительный шаг вперед в области защиты прав и интересов граждан. Хотя сведущих в этой области специалистов было немного, и поступали жалобы на недостаток благонадежных ходатаев, все же уставом для коммерческих судов была предпринята попытка реализации принципа состязательности сторон в судебном процессе, в связи с этим появилась объективная необходимость профессиональной защиты интересов лиц в суде.

#### Список использованной литературы

1. Исторический очерк Одессы: к столетнему юбилею – со дня завоевания. – Одесса : типография Л. Нитче. – 1869. – 24 с.
2. Нетребский В.П. Деловые люди старой Одессы: краеведческие очерки / В.П. Нетребский. – Одесса : Игла, 2003, Кн.1. – 21 с.
3. Лихачев Н.А. Каталог летучих изданий и их перепечаток: манифесты, указы и другие правительственные распоряжения в отдельных изданиях и перепечатках. – С.-Петербург : типография В.С. Балашева, 1895. – 467 с.
4. Газета «Одесский вестник». – 1860. – № 4, № 7.
5. Газета «Одесский вестник». – 1860. – № 15.
6. Газета «Одесский вестник». – 1835. – № 49.
7. Газета «Одесский вестник». – 1858. – № 56.

УДК 340.114

## ПРАВОВАЯ ТАНАТОЛОГИЯ В СИСТЕМЕ ОБЩЕТЕОРЕТИЧЕСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ

Анастасия ЗАПОРОЖЧЕНКО,  
асистент кафедры права ЕС и сравнительного правоведения  
Национального университета «Одесская юридическая академия»

### SUMMARY

In this work the author's vision of the nature and structure biojurisprudence as an integrated, multi-disciplinary scientific discipline, which was formed in the joints bioright, bioethics and biomedicine. Interpenetration of law and biomedicine in each other contributed to the formation of a new scientific direction – legal biomedicine, which is represented as a triblock structure, namely: legal peritanatology, legal and legal somatology thanatology. The author focuses on the division of work and peritanatology thanatological human somatic rights. Conceptual bases thanatological rights formed within the legal thanatology. Under the legal thanatology shall mean the aggregate of scientific medico-legal knowledge, research aimed at the final stage of human life, the dying process and to a certain point, during which the death of a person has certain biosocial and legal implications. Development of the legal boundaries of thanatology enhances general theoretical jurisprudence.

**Key words:** legal peritanatology, legal thanatology, legal biomedicine, biojurisprudence, bioright bioethics.

### АННОТАЦИЯ

В данной работе представлено авторское видение сущности и структуры биоюриспруденции, как комплексной, междисциплинарной научной дисциплины, сформировавшийся на стыке биоправа, биоэтики и биомедицины. Взаимопроникновение права и биомедицины способствовало формированию нового научного направления – правовой биомедицины, которая представляется в виде трехблочной структуры, а именно: правовой пеританатологии, правовой танатологии и правовой соматологии. Автор в работе уделяет внимание разграничению пеританатологических и танатологических прав от соматических прав. Концептуальные основы танатологических прав формируются в рамках правовой танатологии. Под правовой танатологией следует понимать совокупность научных медико-правовых знаний, направленных на исследование конечного этапа жизни человека, процессы умирания и определенного момента, в течение которого смерть человека имеет значительные биосоциальные и правовые последствия. Развитие правовой танатологии способствует расширению границ общетеоретической юриспруденции.

**Ключевые слова:** правовая пеританатология, правовая танатология, правовая биомедицина, биоюриспруденция, биоправо, биоэтика.

**Постановка проблемы.** Современное состояние юридической науки обуславливается необходимостью более пристального исследования общественных отношений, связанных с жизнью человека в биомедико-правовом и эколого-правовом контексте, что привело к формированию новой социально-культурной парадигмы. Особый интерес для общетеоретической юриспруденции представляет формирование нового междисциплинарного научного направления – правовой танатологии, представляющей синтез правового и медицинского научного знания. Это обуславливается, прежде всего, возможностью «идти праву в ногу с медициной», формированию новых теорий, парадигм, концепций в отношении более эффективного правового регулирования общественных отношений, связанных с легализацией эвтаназии, проведением посмертного донорства, дачи правовой оценки в отношении констатации смерти человека как юридического факта, выработки более эффективных с точки зрения социальной полезности биолого-правовых критериев смерти человека, признании права на легкую и достойную смерть, правового регулирования крионики и многих других проблем, связанных с танатологически-

ми правами человека. Эти проблемы для теории права представляют как концептуальную, так и практическую ценность.

**Актуальность темы.** Рассмотрение правовой танатологии в системе общетеоретической юриспруденции проводится впервые на Украине. Правовая танатология является одним из элементов биоюриспруденции (о чем речь будет идти чуть ниже).

Что касается биоюриспруденции, то необходимые процессы по ее формированию уже были проведены. В этом контексте актуальными для опыта Украины являются труды современных украинских ученых, в частности С. Стеценко, В. Плавича, О. Мережко. На распространение биоюриспруденции существенно повлияли научные труды польских ученых М. Вейса, Р. Токарчука, российских ученых В. Крусса, М. Малединой, Г. Романовского, В. Сальникова, Е. Старовойтовой. Данные труды, за исключением М. Вейса, Р. Токарчука, В. Плавича, О. Мережко и С. Стеценко затрагивают некоторые аспекты биоюриспруденции.

Автором предлагается авторская концепция к понятию и структуризации биоюриспруденции, в рамках которой определяется место правовой танатологии.

Также дается критическая оценка существующим подходам в отношении понятия и структуры биоюриспруденции. Четко выстроенная структура элементов дает нам возможность более точно определить место правовой танатологии в системе общетеоретической юриспруденции.

**Цель статьи** является определения места правовой танатологии в системе общетеоретической юриспруденции и в структуре биоюриспруденции, одним из элементов которой она является.

**Изложение основного материала.** XXI в. является веком инноваций и бурного развития биотехнологий, биотехники и биомедицины, следствием чего стало осмысление традиционных категорий общетеоретической юриспруденции и появление новых взглядов на право как регулятора общественных отношений. Представляется логичным рассмотрение теоретических возможностей возникновения нового направления современной правовой науки, которая бы занималась изучением жизни человека как ключевой биосоциальной ценности, где первоосновой должна являться жизнь человека как базовая аксиологическая величина из которой вытекают уже его права, свободы и законные интересы. То есть признание жизни человека как основополагающей ценностью, из которой вытекает правовая и социальная ценность. Ведь права и свободы приобретают большую ценность, когда человек жив и может их реализовывать.

Право на жизнь стало объектом немалого количества научных юридических, медицинских, философских, биологических исследований. Но свидетельствует ли это про решение актуальных проблем правового, биологического, экологического и морально-этического характера? По всей видимости – нет. Так как большое количество проблем так и не было решено в контексте полезности и приемлемости для общества. Поэтому к такого рода проблемам необходимо подходить комплексно.

Новым научным направлением, подрывающим сложившиеся концепции о праве и пределах его вмешательства в жизнь человека, служит биоюриспруденция.

Рассмотрим существующие подходы к понятию биоюриспруденции и проанализируем ее структуру, с целью определения правовой танатологии как одной из ее элементов.

В полном объеме это новое научно-исследовательское направление (биоюриспруденция) имеет богатый объект изучения – жизнь человека, его здоровье, честь и достоинство (по мнению автора, также следует включить в объект исследование психологический аспект человека – сознание), которое с совершенствованием новейших технологий и развитием государства оказалось вне правового урегулирования или недостаточно им признанным.

Именно современным польским ученым, философом права, профессором Университета имени Марии Кюри-Склодовской (г. Люблин) Романом Токарчуком

был предложен термин «Биоюриспруденция» в монографии «Биоюриспруденция. Основы права для 21 века» [10 с. 109].

Концепция биоюриспруденции на Украине нашла свою поддержку в работах В. Плавича, О. Мережко и С. Стеценко.О.

С. Стеценко определяет биоюриспруденцию как новейшее научно-правовое образование, в основе которого лежит восприятие жизни человека как высшей биосоциальной ценности, целью которого является обеспечение и защита правовыми средствами жизни человека, в связи с интенсивным развитием биологии и медицины. [10 с. 260].

О. Мережко указал, что биоюриспруденция является наиболее ярким примером нового этапа резкого развития теории и философии права. Это направление, по его мнению, можно с уверенностью отнести к теории постмодерна, биоцентрической концепцией права, так как ее основным элементом является жизнь человека [3 с. 135].

В свою очередь, В. Плавич в своей монографии «Проблемы современного правопонимания: теоретико-методологический и философско-правовой анализ» разместил раздел «Биоюриспруденция – новое оригинальное направление науки права XXI в.», где выразил такое мнение: возникновение биоюриспруденции подтвердило тезис о том, что настоящее научное открытие имеет место быть только при междисциплинарном подходе. Кроме этого, биоюриспруденция упрощает и разъясняет усложненную на практике применения позитивного права проблематику изложения права [5 с. 205, 209].

Системный анализ определения и общей характеристики биоюриспруденции дает возможность, по мнению вышеуказанных авторов, выделить три составные части биоюриспруденции:

1. Правовую пеританатологию.
2. Правовую соматологию.
3. Правовую танатологию.

Определение этих составных частей различается, поэтому автор определяет их по-своему.

Правовая пеританатология – новое направление медико-правовых научных исследований в рамках биоюриспруденции, которое исследует правовые аспекты жизни человека с момента оплодотворения до рождения. Правовая пеританатология направлена на концептуальную разработку пеританатологических прав. Это новое направление в Украине, которое ранее ни кем не анализировалось.

Правовая танатология – новое направление медико-правовых научных исследований в рамках биоюриспруденции, направленных на исследования конечного этапа жизни человека, процессы умирания и определенного промежутка времени, в течение которого смерть человека имеет определенные биосоциальные и правовые последствия [1].

Правовая соматология – научное направление занимающееся исследованием правовых аспектов распоряжения собственным телом, то есть его реконструкцией.

Правовая соматология не является ноу-хау в украинском праве. Но большинство авторов в соматические права включают три составляющие: «воспроизводство, реконструкцию, смерть».

Но автор считает эту концепцию прошедшим этапом формирования прав человека в сфере биомедицины. Пе-

человека. В отношении пеританатологических прав возникает главный вопрос: является ли эмбрион или плод отдельной личностью или анатомической частью тела матери? В различных правовых системах правовая проблема определения начала жизни и легализации абортов решается по-разному. Поэтому в случае, если эмбрион и (или) плод признан отдельной личностью – эти проблемы на теоретическом уровне могут решаться в рамках правовой пеританатологии, а если эмбрион и

(или) плод рассматривается как часть матери, то есть анатомической частью тела матери, то вытекающие из этого правовые проблемы на теоретическом уровне могут решаться в рамках права распоряжаться своим телом). Ведь история правовой соматологии своими «корнями» связана с правом распоряжаться собственным телом, а не чужим телом (эмбрионом и (или) плодом). Так же и в отношении правовой танатологии, танатологические права в случаях распоряжения своим телом (эвтаназия, посмертное донорство) имеют черты, отличные от соматических прав. Например, проведение процедуры эвтаназии направленно не на распоряжение своим телом, а на ускорение наступления легкой и безболезненной смерти.

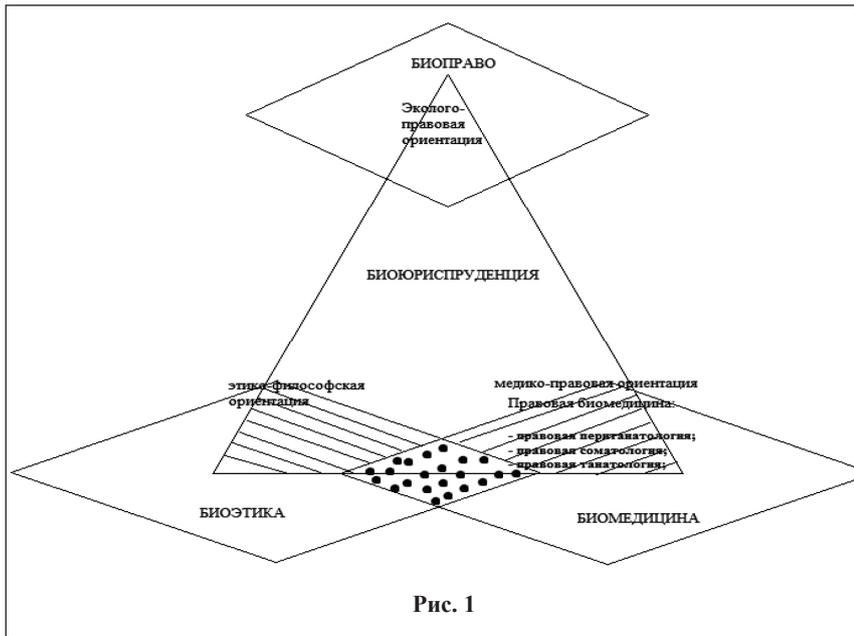


Рис. 1

ританатологические права («воспроизводство») и танатологические права («смерть») не являются составляющими соматических прав, как рассматривается, например, О. Старовойтовой. Автор в своей диссертационной работе «Юридический механизм реализации и защиты соматических прав человека и гражданина в Российской Федерации» обосновывает идею о необходимости формирования в правовой науке нового направления – правовой соматологии и его составных частей, таких как правовая танатология, правовая трансплантология органов и тканей человеческого тела, правовая регламентация технологий, связанных с воспроизводством человеческого тела (репродуктивных технологий). По ее мнению, правовая соматология включает в себя юридические аспекты науки о теле человека (его воспроизводство, коррекцию и смерть) [7, с. 13].

По мнению автора, пеританатологические и танатологические права являются производными от соматических прав, но абсолютно самостоятельными группами, так как соматические права не могут носить абсолютный характер и ограничиваются там, где начинаются права другого лица или наносится вред интересам общества, что является характерными чертами для пеританатологических и танатологических прав человека. Соматические права должны быть нацелены на «коррекцию» тела

К тому же, такое разделение прав человека в сфере биомедицины способствует более детальному теоретико-правовому анализу этих групп прав человека.

Проанализировав научные труды Р. Токарчука, хотелось бы акцентировать внимание на том, что ученый особое внимание уделил биоправу, которое рассматривал как уже непосредственно нормативное закрепление «биоправ» [10] (прав, разработанных на теоретическом уровне правовой соматологией, правовой танатологией и правовой пеританатологией). В таком случае напрашивается вывод о том, как соотносятся между собой медицинское право и биоправо (стоит ли его рассматривать в качестве отрасли законодательства и права?) [10].

Анализируя современную литературу (Н. Мальшева, А. Бобкова, А. Гетьман, Д. Суржан и другие), объект науки биоправа не сводится лишь к жизни человека, а является намного шире. Биоправо – новая формирующаяся область знаний, призванная вырабатывать нормы правовой и социально-этической регламентации взаимодействия человека с живой природой. Оно дополняет морально-этическую регуляцию взаимодействия человека и природы юридической регламентацией, устанавливая этико-правовой контроль над их отношениями [4].

В трудах Р. Токарчука, посвященных концептуальным основам биоюриспруденции, происходит сильное

влияние морали, философии и биоэтики на право, что затрудняет разделение данных регуляторов общественных отношений и приводит к недостатку дифференцированности правовых явлений.

Исходя из вышеизложенного, автором предлагается следующая структура биоюриспруденции (см. рис. 1)

Биоюриспруденция – новое научное направление, которое обладает комплексным, междисциплинарным характером. Биоюриспруденция – это комплексное научное образование, а не комплекс наук. Комплексность ее означает, что всестороннее изучение предмета возможно лишь при условии привлечения соответствующего комплекса научных дисциплин к ее познанию [1, с. 111]. Само понятие «биоюриспруденция» не нацелено только на исследования правовых аспектов жизни человека. Так как «биос» с латинского означает «жизнь» (жизнь всех живых существ и их взаимодействие с окружающей средой), то будет логичным объектом биоюриспруденции расширить – не стоит сводить объект биоюриспруденции лишь к жизни человека, его здоровью, чести и достоинству, которые с совершенствованием новейших биотехнологий и развитием государства оказались вне правового урегулирования (или недостаточно им признанные). Ведь клинические испытания и эксперименты проводятся, в первую очередь, на животных. Поэтому автором предлагается следующая трехкомпонентная система биоюриспруденции:

– Био-эколого-правовой компонент. Биоюриспруденция имеет тесную связь с биоправом. Проблемы биоюриспруденции тесно связаны с биоцентрическим представлением об абсолютной ценности всякой формы жизни, которые находятся в тесной взаимосвязи. Помимо прав различных форм живого, биоюриспруденция наделяет самого человека некоторыми новыми правами в данном контексте: право жить в соприкосновении с многообразным биосом, право избежать последствий экологической катастрофы и так далее. К тому же признание жизни человека как базовой аксиологической величиной определяется также влиянием окружающей среды на человека и взаимодействием человека с живой природой.

– Этико-философский компонент. Биоюриспруденция имеет тесную связь с биоэтикой. Развитие новых медицинских технологий выявило большое количество морально-этических проблем, которые не могли быть решены в рамках врачебной этики и деонтологии. В связи с этим, выходом из ситуации стало признание биоэтики как науки, которая занимается изучением морально-этических, социальных и правовых проблем медицинской деятельности в контексте прав человека. Биоюриспруденция заимствует у биоэтики идеальную модель уважения к человеку, защиту ее прав и свобод от достижений биологии и медицины (как должно быть) и соотносит с констатацией тех обстоятельств, которые сложились (как есть на самом деле).

– Медико-правовой компонент. Этот блок представляется в виде такого научно-исследовательского направления, как правовая биомедицина. Этот термин автором в научный оборот введен впервые. Данный блок является самым объемным по содержанию. Если эколого-правовой блок взаимодействует с биоправом и направлен на выработку концепций в отношении охраны жизни человека как наивысшей биосоциальной ценности, но в контексте взаимодействия человека с окружающей средой этико-философский блок формирует концепции, приближающиеся к идеальной модели защиты прав человека в данной области и нахождении путей решения возникших правовых проблем с точки зрения морали, то правовая биомедицина сочетает в себе синтез правового и медицинского научного знания, которые перестают быть исключительно биоэтическими. Они требуют как эффективного правового регулирования, так и переосмысления устоявшихся правовых ценностей, формирования новых прав человека – пеританатологических, соматических, танатологических, переоценки естественных прав (например, соотношение права на жизнь и права на легкую и достойную смерть), обеспечения более эффективной охраны и защиты прав и достоинства человека, когда он подвергается воздействию новых медицинских технологий.

Этот компонент тесно взаимодействует с этико-философским компонентом, так как усовершенствование права в области защиты прав и свобод человека от воздействия биотехнологий, биотехники и биомедицины требует морально-этической оценки.

Правовая биомедицина является специализированной областью медико-правового знания, которая претендует на статус научной дисциплины. Научные дисциплины как относительно устойчивые единицы науки, как формы систематизации научного знания и организации исследований являются результатом процесса дифференциации научного знания [1, с. 107].

Именно эта научная дисциплина включает в себя три научно-исследовательские области, претендующие на статус научных направлений:

- 1) правовая пеританатология;
- 2) правовая соматология;
- 3) правовую танатологию.

Определение этих научно-исследовательских направлений давалось выше.

Особый интерес для автора представляет правовая танатология.

Правовую танатологию следует рассматривать как самостоятельное научно-исследовательское направление в современном правоведении в рамках общетеоретической юриспруденции. Оно не сколько противопоставляет себя таким научным направлениям, как медицинская биоэтика, медицинское право, сколько выявляет существующие в правоведении и медицине пробелы и, по возможности, устраняет последние. Правовая танатология представля-

ет собой своего рода «мост» и «фильтр» достижений в области медицины и правовой науки, что способствует праву «идти в ногу» с медициной.

Правовая танатология – это, по существу, медицина в праве.

Остановимся на теоретико-правовой характеристике правовой танатологии.

Проблема восприятия правовой танатологии как составляющей правовой биомедицины в частности, а в целом – биоюриспруденции, и, в свою очередь, права на жизнь в контексте ее завершения как важного объекта исследования правовой танатологией, должно зависеть от нескольких факторов, основным из которых является момент, определяющий наступление смерти как юридического факта. Констатация смерти человека имеет не только теоретическое значение, но и затрагивает области в рамках гражданского, уголовного, семейного, наследственного, конституционного, медицинского права, криминалистики. Как отмечала Н. Тюменева, жизнь и право на жизнь объединяются в единую теоретическую конструкцию [9, с. 11].

Проблема смерти имеет особое значение как в жизни отдельного человека, так и в человеческой культуре в целом. С точки зрения права и закона, смерть также вполне естественна. Юридический аспект танатологии включает в себя самые разнообразные проблемы, связанные со смертью, решение которых, так или иначе, зависит от их законодательной регламентации [6, с. 7].

Роль и место правовой танатологии в современной юриспруденции демонстрируется через теоретико-правовой анализ танатологических прав.

По мнению автора, танатологические права представляют собой две большие группы – права умирающего и права умершего. В данной структуре, автор выделяет отдельный компонент, находящийся на стыке двух групп. Речь идет о крионике как результате технического прогресса в области медицины и подрывающего сложившиеся представления о смерти. С точки зрения биологии, крионическая процедура является прямым основанием констатации смерти человека на биологическом уровне, с точки зрения права – следует констатировать, по мнению автора, наступление стадии «долгого сна», но не смерти.

К правам умирающего следует отнести такие права как, например:

- права на легкую и достойную смерть (реализуется путем процедуры эвтаназии);
- право распоряжаться своими органами или тканями до наступления социальной или биологической смерти (посмертное донорство);
- право на паллиативную медицинскую помощь; право на отказ от проведения реанимационных мер;
- право на сохранение психологической целостности человека в критических состояниях;
- право на уважение человеческого достоинства в контексте права на легкую и достойную смерть;

– право на облегчение боли, право на отказ от медицинского вмешательства.

К правам умершего относятся такие права, как например: право на сохранение телесной целостности человека после констатации смерти, право на уважение человеческого достоинства (речь идет о человеческом зародыше и на человеческих останках), право быть похороненным или кремированным и другие.

Исчерпывающий перечень танатологических прав невозможно привести, так как все права человека в целом и права пациентов в частности в этих состояниях (указанных выше) могут условно считаться танатологическими.

Доктринальная разработка танатологических прав в контексте правовой танатологии дает возможность усовершенствовать в дальнейшем национальное, наднациональное и международное законодательство.

Привлечение внимания теоретиков права к исследованию правовых проблем танатологии полезно для дальнейшей комплексной разработки таких сложных вопросов, как понятие смерти, критерии смерти, смерть как юридический факт и других.

В теории права определение смерти как юридического факта имеет особый смысл. Смерть может быть рассмотрена как юридический факт-событие и юридический факт-действие. Волевой признак – не единственный, позволяющий отличать событие от действия. В ряде случаев действия могут быть импульсивными, бессознательными (убийство, совершенное в состоянии аффекта), а закон признает их как противоправные действия. Однако, самоубийство, с точки зрения закона нельзя назвать ни противоправным, ни правомерным действием. К тому же, смерть как юридический факт порождает юридические последствия лишь тогда, когда она зафиксирована и удостоверена в надлежащей процедурно-процессуальной форме. Вопрос о системе фиксации и удостоверения юридических фактов в отечественной общей теории права разработан недостаточно [6].

**Выводы.** Таким образом, именно биоюриспруденция занимается теоретическими проблемами правовой стороны жизни человека, а жизнь человека, в свою очередь является объектом многих неюридических наук. Биоюриспруденцию следует рассматривать как комплексное, междисциплинарное научно-правовое образование, сформировавшееся на стыке биоэтики, биоправа и биомедицины. Последняя представляется в виде научной дисциплины и научно-исследовательского направления – правовой биомедицины на основе классификационного критерия (предмет, объект познания) и дополнительных признаков (масштабность объекта познания, уровень абстрактности полученного научного знания, цели и задачи исследования, определения проблем и так далее).

Правовая танатология, как одна из научных дисциплин и научно-исследовательского направления в рамках биоюриспруденции, должна занять должное место, расширяющее границы общетеоретической юриспруденции.

### Список использованной литературы

1. Дамирли М.А. Сравнительное правоведение: статус, предмет и система / М.А. Дамирли. – Одесса : Феникс, 2013. – 174 с.
2. Запорожченко А.А. Правовая танатология как новое научное направление / А.А. Запорожченко // Актуальні питання держави та права. Серія «Юридичні науки». – 2014. – № 71. – С. 146–162.
3. Мережко О. Биоюриспруденция – новое направление в современной науке права / О. Мережко // Юридический журнал. – 2008. – № 1 (67). – С. 135–136.
4. Мишаткина Т.В. Биоправо: эколого-этнический аспект [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://0973.ru/archives/190>.
5. Плавич В.П. Проблемы современного правопонимания: теоретико-методологический и философско-правовой анализ / В.П. Плавич. – Одесса : Астропринт, 2011. – 232 с.
6. Старовойтова О.Е. Правовые проблемы танатологии: историко-теоретический аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / О. Е. Старовойтова СПб. – 2001. – 18 с.
7. Старовойтова О.Е. Юридический механизм реализации и защиты соматических прав человека и гражданина в Российской Федерации : дис. ... док. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / О.Е. Старовойтова СПб. – 2006. – 454 с.
8. Стеценко С.Г. Біоюриспруденція як новий напрям правових наукових досліджень / С.Г. Стеценко // Публічне право. – 2013. – № 3. – С. 260–266.
9. Тюменева Н.В. Право на жизнь как объект теоретико-правового исследования : автореф. дис. ... кан. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / Н.В. Тюменева. – Саратов, 2008. – 20 с.
10. Tokarczyk R. Biojursprudencja: podstawy prawa dla XXI wieku / Roman Andrzej Tokarczyk. – Lublin : Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2008. – 109 с.



УДК 340.11

## ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ ІДЕНТИФІКАЦІЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ З КОНТИНЕНТАЛЬНИМ ПРАВОМ

Іван ОЛЕНЧУК,

аспірант кафедри теорії та історії держави і права  
Львівського державного університету внутрішніх справ

### SUMMARY

Consider the problem of identifying the national legal system of Ukraine utochnyayutsya its concept, among other legal systems of today. Systematized existing approaches to the origin of the domestic legal system (legal family Slavic, Eurasian family law, family law Roman-Germanic legal family and Eastern European). Emphasized that the formal-legal identification of the national legal system is essential to the understanding and awareness of the preconditions for its origin and development, which allows you to define general patterns and prospects for its further development. Proved that the legal system of Ukraine returns to the Romano-Germanic law family.

**Key words:** legal system, legal family Slavic, Eurasian legal system, Roman-Germanic law, Eastern European Family Law.

### АНОТАЦІЯ

Розглядаються проблеми ідентифікації національної правової системи України, уточнюються її поняття, місце серед інших правових систем сучасності. Систематизовано існуючі підходи щодо належності вітчизняної правової системи (слов'янської правової сім'ї, євразійської правової сім'ї, сім'ї романо-германського права та східноєвропейської правової сім'ї). Наголошено, що проведення формально-юридичного аспекту ідентифікації вітчизняної правової системи має важливе значення для розуміння та усвідомлення передумов її зародження та становлення, що надає можливість окреслити загальні закономірності та перспективи її подальшого розвитку. Обґрунтовано, що правова система України повертається до романо-германської правової сім'ї.

**Ключові слова:** правова система, слов'янська правова сім'я, євразійська правова система, романо-германське право, східноєвропейська правова сім'я,

**Постановка проблеми.** Правова дійсність сьогодення визначається процесом тісного взаємозв'язку та взаємовпливу правових систем сучасності, правових культур та поєднання традиційних і інноваційних підходів у правовому розвитку. Основними напрямками сучасних досліджень порівняльного правознавства, як зазначає Х. Бехруз, є порівняльне вивчення походження, становлення, еволюції та прогнозування перспектив розвитку основних правових систем на основі виявлення загального, відмінного й особливого, що відображають їх сутність і зміст [2, с. 281]. У сучасному світі порівняльне правознавство за сукупністю підходів та методів і цілей проведених досліджень являє собою не стільки порівняння і зіставлення правових норм, актів, інститутів та галузей права в різних державах, скільки комплексний аналіз співвідношення, перетинання та зближення правових систем.

У системі юридичних наук порівняльне правознавство являє собою частину загально-правових досліджень, поряд з такими дисциплінами, як теорія/філософія права та історія права. У той же час, як наголошує С.І. Максимов, порівняльне право відрізняється від них тим, що подібно доктринальним правовим дослідженням часто звертається до вивчення діючого права. При цьому воно інтерпретує право в межах не однієї правової системи, а в декількох одночасно [15, с. 98].

Правові системи є тим напрямком досліджень у теорії права, який, не зважаючи, що здійснювався науковця-правника завжди, набув актуальності вивчення тільки в сучасних умовах. Сьогодні можна стверджувати, що інтерес щодо наукової розробки теоретико-правових проблем, пов'язаних з категорією «правова система» зростає. Між існуючими правовими системами актуалізувалися процеси взаємодії, взаємопроникнення, наслідування та взаємовпливу (рецепція, гармонізація та уніфікація норм і інститутів). Ці процеси зумовлюють віднесення правових систем щодо певного типу сучасних правових сімей. Це відчувається і в площині природи, закономірностей функціонування національної правової системи, її характерних рис, елементів, співвідношення з іншими соціальними системами сьогодення, місця в міжнародно-правовому просторі, у площині аналізу можливостей взаємодії (зближення) окремих національних правових систем та правових сімей сучасності [19, с. 259].

Вважаємо, що на даному етапі функціонування вітчизняної правової системи найбільш актуальною проблемою є визначення її «ідентичності» та «самоідентифікації» серед сучасних правових систем. Це зумовлено тим, що після довгих років історичних поневірянь постає питання «Quo Vadis, Україно?»

**Мета статті** – обґрунтувати методологічне значення ідентифікації вітчизняної правової системи, механізму правової ідентифікації в системі категорій юриспруденції, визначити місце національної правової системи на правовій карті світу та стратегії її подальшого розвитку.

**Виклад основного матеріалу.** У теорії права проблеми приналежності правової системи України до однієї з правових сімей активно почала досліджуватися на початку ХХ ст. Питання зародження, формування, функціонування та розвитку правової системи України присвячено широкий спектр наукових доробків вітчизняних та зарубіжних вчених. Простежуючи розвиток правової думки з досліджуваної теми, варто зауважити, що, незважаючи на накопичений науковий матеріал щодо вивчення правових систем загалом і вітчизняної зокрема, висвітлення проблеми про належність правової системи України щодо відповідного типу має загальний та фрагментарний характер.

Безумовно, окремі аспекти досліджуваної проблеми були і залишаються предметом наукового інтересу та є одним пріоритетних напрямків порівняльно-правових досліджень як вітчизняних, так і зарубіжних вчених-правознавців. На теоретичному рівні проведення формально-юридичного аспекту ідентифікації вітчизняної правової системи має важливе значення для розуміння та усвідомлення передумов її зародження та становлення, що надає можливість окреслити загальні закономірності та перспективи її подальшого розвитку, визначити спільні та відмінні засади ідентифікації зі правовими системами. У наукових пошуках Г.Д. Бермана, Х. Берхруза, О.В. Зайчука, Р. Давида, М.А. Дамірлі, В. Лафітського, Д.В. Лук'янова, Л.А. Луць, М.М. Марченка, Ю.М. Обротова, Н.М. Оніщенко, К. Осакве, Н.М. Пархоменко, С.П. Погребняка, П.М. Рабіновича, А.Х. Саїдова, І.М. Ситара, О.Ф. Скакун, Ю.О. Тихомирова, В.Д. Ткаченко, Ю.В. Шемшученка, О.І. Харитонові, Є.О. Харитонова та інших, висвітлено різні точки зору щодо ідентифікації вітчизняної правової системи з правовими системами сучасності.

Виклад основного матеріалу. Правова картина світу, як відомо, складається зі значної різноманітності національних правових систем. Усі вони в тій чи іншій мірі взаємопов'язані, взаємозалежні та здійснюють вплив одна на іншу. О.Ф. Скакун зазначає що, право кожної держави обумовлене своєрідністю і неповторністю соціальної системи та відбивається в правовій системі, пронизує її, визначає спрямованість її розвитку [24, с. 10].

У сучасному світі нараховується згідно даних ООН 193 держави, кожна з яких має власну сформовану національну правову систему. Крім держав, що є членами ООН, існують так звані «невизнані держави», які не мають загального міжнародного визнання, але фактично є суверенними країнами. До переліку таких держав відносять: 1) частково визнані держави, які

фактично контролюють власну територію (Тайвань, Турецька Республіка Північного Кіпру, Абхазія, Південна Осетія); 2) невизнані держави, які фактично контролюють власну територію (Сомаліленд, Придністров'я, Нагірнокарабаська Республіка); 3) невизнані держави, які контролюють частину власної території (Вазиристан); 4) частково визнані держави, здебільшого ті, що знаходяться під військовою окупацією (Західна Сахара, Палестинська держава); 5) частково визнані держави, які знаходяться під міжнародним керуванням (Косово); 6) частково невизнані держави (Китайська Народна Республіка, Ізраїль). Кожна з зазначених держав має фактично сформовану власну правову систему.

Незважаючи на наявність значної кількості підходів до класифікації правових систем, дискусійним залишається питання про приналежність вітчизняної правової системи щодо однієї із сучасних правових сімей. Це зумовлено тим, що період після розпаду Радянського Союзу та проголошення незалежності України в науковій літературі прийнято визначати як «перехідний». Це так званий період «переходу від радянського авторитаризму до більш прогресивної системи цінностей, уособленням якого переважно вважається західний світ. Даний етап характеризується неможливістю розвитку правової системи в межах колишнього типу права, у зв'язку зі змінами її структури в процесі еволюційного «переходу» на новий етап розвитку. Це відбувається у зв'язку з тим, що колишній механізм зв'язку між елементами правової системи оновлюється шляхом заміни іншим. За таких умов, «при виключенні компонента із складу правової системи або після корінного його зміни виникає якісно нова система» [26, с. 403]. Так, на початку 90-х років ХХ ст. в основному діяли нормативно-правові акти колишнього УРСР, деякі з них є чинним і даний час. Прийняття Конституції України в 1996 р., окрім закріплення основних засад розвитку державотворення та правотворення, вплинуло також на такі структурні елементи правової системи, як правосвідомість та правову культуру народу.

Функціонування вітчизняної правової системи в «перехідний» період зумовлює об'єктивну необхідність ідентифікації «пострадянської» правової системи України серед правових сімей сучасності.

В юридичній літературі з цього приводу не існує єдиної позиції серед науковців-практиків щодо ідентифікації вітчизняної правової системи з правовими системами сучасності. Систематизуючи існуючі підходи щодо належності вітчизняної правової системи та інших постсоціалістичних держав Східної Європи до певної правової сім'ї, виокремлюємо наступні концепції.

1. Визнання приналежності України до слов'янської правової сім'ї. Прихильниками даної концепції виступають переважно представники російської правової науки. Так, І.О. Іванніков виступає за зближення слов'янських народів і держав навколо Росії, створення Слов'янського Союзу. Дослідник обґрунтовує свою

позицію тим, що правові системи слов'янських народів мають спільні риси виникнення і подальшого розвитку. Також вчений зазначає, що вони (правові системи – *I.B.*) розвивалися на основі соціалістичного права, мають спільні джерела та форми права, вихідні структурні елементи нормативно-правових актів, загальні принципи регулювання суспільних відносин, єдину термінологію, категорії та поняття [9, с. 56, 60]. Ще одним «ідейним» прихильником даного підходу є В.М. Синюков, який майбутнє російської правової системи бачить як основу правової сім'ї східнослов'янських і частини тюркських народів колишнього Радянського Союзу [23, с. 220]. Ідеї формування так званої «слов'янської правової сім'ї» ґрунтуються на об'єднанні правових систем країн СНД. Тому, можна в науковій літературі зустріти ідеї про необхідність державам-учасникам проводити «єдину правову політику, уніфікувати законодавство про права та свободи людини і громадянина, продовжити створення системи нормативно-правових актів, спрямованих на встановлення єдиного економічного простору, а також вживати законодавчих заходів щодо зближення соціальної політики у відповідних державах» [7, с. 7].

При цьому слід зважати на те, що сучасні прихильники належності пострадянських держав до так званої «слов'янської групи» висловлюють неоднозначні наукові позиції щодо даного питання. Так, російський дослідник В.В. Богатирьов, вважає що за цивілізаційним типом Росія належить до особливої слов'янської групи, яка знаходиться між цивілізаціями прогресивного та циклічного типів, у ній відбиваються як східні, так і західні особливості. Російське право складається зі слов'янської звичаєво-правової сутності і глобалізується завдяки романо-германській правовій формі [4, с. 12]. Зважаючи на динамічні процеси правового розвитку, вважаємо, що значний вплив на розвиток російської правової системи має не лише «романо-германська правова форма», але й зміст, що її наповнює.

2. Вхідження правової системи України до євразійської правової сім'ї. У процесі формування ідей про «євразійський» напрямок розвитку правових систем пострадянських країн, не вироблено методологічних засад її побудови. Вітчизняний теоретик права Ю.М. Оборотов, визначаючи необхідність вироблення стратегії правового розвитку України, що відповідають її правовому менталітету є прихильником належності вітчизняної правової системи до євразійської правової сім'ї [18, с. 350–351]. Однак, зважаючи на відсутність ідеологічних, культурних, історико-методологічних особливостей розвитку євразійської правової сім'ї та враховуючи специфічну роль Росії в геополітичних зв'язках сучасних цивілізаційних систем, білоруський дослідник С.А. Калинин влучно визначає можливу «спокусу поглинання російською правовою системою інших систем».

Зважаючи на існування ідей у вищезгаданих вітчизняних та зарубіжних дослідників про належність

української правової системи до слов'янської та/чи євразійської правових сімей, важко з ними погодитися. Це зумовлено тим, що позиції прибічників вищевикладених типологізацій ґрунтуються на «геополітичній течії євразійства, в основу світогляду якої покладено принцип географічних координат та ідеї слов'янської єдності, зокрема так званого панславізму» [12, с. 9].

3. Належність вітчизняної правової системи до сім'ї романо-германського права. Історично склалося, що вітчизняна правова система формувалася під впливом слов'янських та євразійських правових традицій (недовіра до права, пріоритетне становище прав колективних суб'єктів перед індивідуальним правами особи, непокоря владі тощо). Однак, після здобуття незалежності та прийняття Основного Закону держави, Україна встала на шлях розбудови демократичної, правової та соціальної держави в Україні на засадах визнання людини найвищою соціальною цінністю та верховенства права. Тому, у процесі державно-правової трансформації, незважаючи на вплив слов'янського та євразійського факторів на вітчизняний правовий простір, вітчизняна правова система ментально «є ближчою до західного типу, ніж до східного» [10, с. 145], де переважають правові цінності, які сформувалися в межах романо-германського права.

Ідентифікуючи вітчизняну правову систему з правовими системами сучасності, Л.А. Луць [13, с. 306–324] не розкриває механізму її проведення, однак акцентує увагу на виявленні формально-юридичних ознак, які дозволяють визначити належність правової системи України до континентального права.

Щодо віднесення правових систем сусідніх держав України до континентального типу права, Д.Р. Шеваєв наголошує про необхідність повернення колишніх соціалістичних держав до романо-германської правової спільноти [28, с. 18]. Оскільки до моменту виникнення соціалістичного типу права, колишні держави-члени СРСР належали до родини романо-германського права.

Визнаючи, що розвиток російської правової системи в X–XIX ст. відбувся завдяки сприйняттю нею візантійської культури, духу пізньоримського права, а також північноєвропейських впливів, Ю.В. Скворцова наголошує про входження її в романо-германську сім'ю правових систем, але на правах особливої, так званої правової системи «євразійського різновиду» [25, с. 31]. В.І. Надеждин, не зважаючи на перевагу в правовій думці ідей про належність російської правової системи до романо-германського права, вважає, що сучасна російська правова система виділяється певними унікальними та самобутніми рисами, що відрізняють її від інших правових систем романо-германської правової сім'ї [17, с. 14]. У цьому контексті О.А. Львова, вивчаючи місце російської державності в міжнародно-правовій системі, виокремлює свого роду так звану «континентальну» суперечність, що виражається в тому, що наявність

«європейської» форми в законодавчих документах і процесуальних процедурах суперечить азіатсько-державній орієнтації змісту, що виявляється в домінуванні силових методів. Звідси і дві тенденції розвитку російської правової системи – утвердження демократично-гуманістичних засад та наявність силового панування. Саме тому, подальша доля російського права залежить від того, яка з цих двох тенденцій буде домінуючою [13, с. 18]. Інший російський вчений-правознавець К.Е. Сігалов, наголошує про те, що «подальший розвиток російського права і російської правосвідомості рухається в напрямку щодо європейського права і європейської правосвідомості. У цьому – логіка всього світового розвитку і логіка власного розвитку Росії» [22, с. 51].

О.В. Єгоров окреслюючи місце білоруської правової системи на сучасній правовій карті світу визначає наявність об'єктивних передумов для її зближення зі сім'єю романо-германського права. Складність цього процесу, на його думку, зумовлено неможливістю «штучного розриву» її нормативно-доктринального зв'язку із слов'янською правовою групою. Однак, білоруський дослідник вважає, що фактор часу і фактор ідеології в прагматичній регулюванні суспільних відносин може позитивно вплинути на зміну пріоритетів, що залежить від інтенсивності і результативності правових взаємовідносин національної правової системи Білорусії з групами правових систем континентального права [8, с. 23].

Х. Бехруз, окреслюючи місце пострадянських правових систем на правовій карті світу, вказує, що вони, «відходячи від соціалістичного минулого», входять до романо-германської правової сім'ї «різними дорогами, різними темпами та різними засобами» [1, с. 419]. Дослідник згрупував держави за рівнем наближення їх правових системи до континентального типу права: 1) вироблення рішучих кроків та досягнення конкретних результатів (країни Балтії); 2) консервативне просування, враховуючи свою самобутність (Росія, Білорусія); 3) уявлення про пріоритетність романо-германських цінностей, однак залишення під впливом правового менталітету в східній цивілізації (держави Середньої Азії та Азербайджану).

Щодо правової системи України, Х. Бехруз відзначає про її «трансформацію в приєднанні до романо-германського права». Однак на його думку, не зважаючи, що за своєю правовою формою вона мало чим відрізняється від романо-германського типу права, існують певні причини, які не дозволяють однозначно віднести вітчизняну правову систему до вищезгаданої правової системи, зокрема, сферу правової ідеології і пов'язану з нею правозастосовну діяльність [1, с. 424].

Зважаючи на дискусійні моменти віднесення правових системи колишніх соціалістичних правових систем країн, що входили до складу Радянського Союзу необхідно враховувати, що радянський період

історії розглядається як тимчасовий відхід від романо-германської правової сім'ї, а сучасний – як позбавлення соціалістичних рис та повернення в лоно європейського права [20, с. 721].

Вважаємо, що різнотлумачення серед вітчизняних та зарубіжних дослідників щодо належності правових систем переважної більшості пострадянських держав до системи континентального права зумовлено історичними та політичними факторами. Адже, процес ідентифікації правової системи з романо-германським типом права залежить від панування в певній державі гуманістично-людиноцентричних ідей заснованих на визначенні права як природного та справедливого, а не від пріоритету соціальних, економічних, політичних чи інших чинників. Ідеї про належність вітчизняної правової системи до континентального типу права в свої наукових доробках висловлюють також Р.М. Бірюков [3], Л.О. Васечко [5], О.А. Васянович [6], О.В. Мінченко [16], І.С. Кривцова [11] тощо.

4. Належність правової системи України до східноєвропейської правової сім'ї. Прихильниками цієї позиції є О.Ф. Скакун, М.Г. Хаустова, О.І. Харитонова та Є.О. Харитонов. Вказані дослідники аргументують свою позицію тим, що правова система України розвивалася в межах східноєвропейської традиції права, яка характеризується близькістю до германської групи правових систем у галузі приватного права, хоча в останні роки і зазнала певного впливу англо-американського типу правових систем. Враховуючи, що вітчизняна правова система формується і вбирає в себе весь позитивний досвід попереднього багатоміліардного розвитку українського права і має цілеспрямований вектор розвитку (міжнародні стандарти прав людини і рішення Європейського суду з прав людини), О.Ф. Скакун вважає, що сучасну правову систему України, як і інші східноєвропейські правові системи – Росії та Білорусії, варто віднести до особливої, східноєвропейської групи континентально-європейської сім'ї [24, с. 10]. Однак, недоцільним вважаємо виокремлення східноєвропейської правової сім'ї та віднесення щодо неї правової системи України, самі прихильники цієї ідеї вказують про «повернення» її в сім'ю романо-германського права [27, с. 14].

**Висновки.** Основною причиною концептуальних суперечностей між науковцями щодо типологічної ідентифікації сучасної правової системи України є відсутність єдиної теоретико-методологічної та ідеологічної позиції держави у виборі між євразійською та західноєвропейською правовими доктринами її розвитку.

Складність ідентифікації вітчизняної правової системи серед сучасних правових сімей зумовлена недостатністю застосування лише техніко-юридичних та соціально-економічних критеріїв. На сучасному етапі необхідно також враховувати в компаративістських

дослідженнях також етнічні, ментальні та культурно-правові особливості генезису вітчизняної правової системи.

Аналіз досліджень становлення, формування та розвитку вітчизняної правової системи дає нам зрозуміти, що в переважній більшості вітчизняні дослідники-правники наголошують про необхідність її входження до єдиної європейської сім'ї, яка існує у формі романо-германського типу права. Водночас, серед сучасних науковців-правників, як вітчизняних так і зарубіжних, існують певні суперечності щодо місця вітчизняної правової системи серед правових сімей сучасності. На нашу думку, це зумовлено тим, що науковці використовують різні ідеологічні та методологічні підходи щодо вивчення та аналізу досліджуваної нами проблеми.

### Список використаних джерел

1. Бехруз Х. Порівняльне правознавство: [підручник]. – Одеса : Фенікс, 2009. – 464 с.
2. Бехруз Х. Порівняльне правознавство: сучасні грані досліджень / Х. Бехруз // Порівняльне правознавство. – 2013. – № 1–2. – С. 278–285.
3. Бірюков Р.М. Національна правова система в умовах глобалізації (основні напрямки трансформації) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія правових навчань» / Р.М. Бірюков ; Міжнар. гуманіт. ун-т. – О., 2011. – 20 с.
4. Богатырев В.В. Глобализация права : дисс. ... док. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія правових навчань» / В.В. Богатырев ; Владимир. юрид. институт ФСИН. – В., – 2012. – 50 с.
5. Васечко Л.О. Національне право в умовах глобалізації (загальнотеоретичні аспекти) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія правових навчань» / Л.О. Васечко ; Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ, 2011. – 20 с.
6. Васянович О.А. Правовий звичай як форма права в сучасних правових системах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія правових навчань» / О.А. Васянович ; Нац. пед. Ун-т ім. М.П. Драгоманова. – К., 2010. – 18 с.
7. Дзыбова С.Г. Теоретические аспекты формирования современной правовой системы (на примере стран-членов СНГ) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія правових навчань» / С.Г. Дзыбова ; Рос. акад. гос. служб. при Президенте РФ. – М., 2001. – 28 с.
8. Егоров А.В. Белорусская правовая система на современной карте юридической карте мира : открытая лекция. – Киев-Львов : ЗУКЦ, 2012. – Серия научно-методических изданий «Академия сравнительного правоведения». – Выпуск 25. – 24 с.
9. Иванников И.А. Россия и славянские государства в начале XXI в.: проблема создания Славянского Союза / И.А. Иванников // Правовая политика и правовая жизнь. – 2009. – № 3 (36). – С. 54–60.
10. Копельців-Левицька Є.Д. Ментальність українського народу: філософсько-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 «Криміналістика; судово-експертна діяльність; оперативно-розшукова діяльність» / Є.Д. Копельців-Левицька. – Львівський державний університет внутрішніх справ. – Львів. – 2012. – 188 с.
11. Кривцова І.С. Методологічна роль сенергетики у порівняльно-правовому пізнанні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія правових навчань» / І.С. Кривцова ; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2008. – 20 с.
12. Лисенко О.М. Порівняльне правознавство як наука та його місце в системі юридичних наук : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія правових навчань» / О.М. Лисенко. ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2001. – 19 с.
13. Луць Л.А. Європейські міждержавні правові системи: загальнотеоретична характеристика : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія правових навчань» / Л.А. Луць ; Львів. нац. ун-т ім. І.Франка. – Л., 2004. – 448 с.
14. Львова О.А. Трансформация правовой системы России в период глобализации (вопросы теории практики) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія правових навчань». – Казанский государственный университет им. В.И. Ульянова-Ленина. – К., 2003. – 28 с.
15. Максимов С.И. Сравнительное право и юридическая лингвистика: перспектива взаимодействия / С.И. Максимов // Порівняльне правознавство : сучасний стан і перспективи розвитку : збірник наукових праць / [за ред. Ю.С. Шемшученка, В.П. Тихого, М.М. Цимбалюка, І.С. Гриценка] ; упор. О.В. Кресін, І.М. Ситар. – 2-е вид., випр. і доп. – Львів, Київ : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – С. 98–100.
16. Мінченко О.В. Особливості здійснення юридичної діяльності в умовах романо-германської правової сім'ї : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія правових навчань» / О.В. Мінченко ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. – К., 2009. – 20 с.
17. Надеждин В.И. Эволюция правовой системы в России (советский и постсоветский периоды) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія правових навчань» / В.И. Надеждин – Владимирский юридический институт Федеральной службы исполнения наказаний. – Н. Новгород. – 2006. – 24 с.
18. Оборотов Ю.М. Традиції та новації в правовому розвитку: загальнотеоретичний аспект : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія правових навчань» / Ю.М. Оборотов ; Одес. нац. юрид. академія. – О., 2003. – 379 с.
19. Оніщенко Н. Правова система як об'єкт пізнання загальнотеоретичної юриспруденції / Н. Оніщенко // Право України. – 2012. – № 1–2. – С. 258–272.
20. Правова система України: історія, стан та перспективи у 5 т. Т.1 : Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / [за ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина]. – Х. : Право. – 728 с.
21. Республика Южный Судан стала 193-м государством-членом ООН [Електроний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.un.org/russian/news/story>.
22. Сигалов К.Е. Среда права : автореф. дисс. ... док. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія пра-

вових навчань» / К.Е. Сигалов ; Москов. у-тет МВД Росии. – М., – 2010. – 59 с.

23. Синюков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию / В.Н. Синюков. – 2 – е изд., доп. – М. : Норма, 2010. – 672 с.

24. Скакун О.Ф. Правова система України на правовій карт світу. – Доповідь № 1. – Харків : «Еспада», 2004. – 96 с.

25. Скворцова Ю.В. Исторические аспекты развития правовой системы в России / Ю.В. Скворцова // История государства и права. – 2010. – № 12. – С. 30–32.

26. Сорокин В.В. Общее учение о государстве и праве переходного периода : [монография] / В.В. Сорокин. – М. : Юрлитинформ, 2010. – 424 с.

27. Хаустова М.Г. Національна правова система за умов розбудови правової демократичної державності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія правових навчань» / М.Г. Хаустова ; Нац. юрид. акад. України ім. Я.Мудрого. – Х., 2005. – 19 с.

28. Шефеев Д.Р. Современная правовая система Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія правових навчань». – Казанский государственный университет. – К., 2002. – 25 с.

29. Экономическое Сообщество : материалы межд. науч.-практ. конф., 26 февр. 2004 г., Санкт-Петербург / Сб. ст. – СПб. : ООО «Береста», 2004. – С. 80–83.



УДК 341.1.8

## ТРАНСФОРМАЦИЯ КОНЦЕПЦИИ ГОСУДАРСТВЕННОГО СУВЕРЕНИТЕТА В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛЬНОГО ИНФОРМАЦИОННОГО ОБЩЕСТВА

**Андрей ПАЗЮК,**

кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права  
Института международных отношений  
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

### SUMMARY

The article is devoted to the contemporary legal issues related to the nature and features of sovereignty in the age of global information society. Particular attention is paid to the features of traditional understanding of sovereignty which contradicts to global information society nature such as territoriality of sovereignty and information flows territoriality, formal equity and factual inequality in information sphere, participation of non-state actors in political decision-making process; and the new notion of sovereignty as responsibility to protect as result of its transformation in the information age.

**Key words:** international law, sovereignty of State, trans border information flows, responsibility to protect.

### АННОТАЦИЯ

Статья посвящается актуальным международно-правовым вопросам, относящимся к природе и характеристикам государственного суверенитета в условиях глобального информационного общества. Уделяется внимание таким аспектам как территориальная составляющая суверенитета и экстерриториальность информационных потоков, формальное равенство и фактическое неравенство государств в информационной сфере, участие иных акторов, кроме государств, в осуществлении политических функций в информационной сфере, входящих в противоречие с традиционным пониманием суверенитета; а также трансформации концепции суверенитета в новое понимание как «ответственности за защиту».

**Ключевые слова:** международное право, государственный суверенитет, трансграничные информационные потоки, ответственность за защиту.

**Постановка проблемы.** На протяжении многих столетий человеческая цивилизация движется ко все большей взаимозависимости и глобальным связям, размывающим государственные границы. Человечество превращается в «глобальную деревню» с универсальной информационной сферой. Государственные границы, являющиеся атрибутом государственного суверенитета, в глобальном мире виртуальных коммуникаций теряют свой смысл. Однако международное право до сих пор не отреагировало на изменившуюся ситуацию, традиционная концепция государственного суверенитета не учитывает реалии глобального информационного общества. Содержание понятия государственного суверенитета для применения в глобальной информационной сфере требует переосмысления и наполнения новым нормативным содержанием.

**Состояние исследования.** Дискуссии о сущности суверенитета и его связи с международным правом продолжаются уже не одно столетие, с самого зарождения современного международного права. Две основные школы рассматривают суверенитет или как простой факт, или как юридическую конструкцию. К первой школе относятся такие ученые как Дж. Остин [1], К. Шмитт [2], Г. Моргентау [3]. Следуя теории Т. Гоббса, ученые первой школы считают, что государства не подлежат любому высшему нормативному порядку, а

следовательно, суверенитет является абсолютным и не подвластным международному праву.

Вторая школа, представленная Г. Кельзеном [4], Г. Лаутерпахтом [5], Г. Хартом [6], рассматривает суверенитет в юридической плоскости как детерминированный правом. Рассматривая этот подход, М. Коскенниemi аргументирует, что «государство не может ссылаться на суверенитет для оправдания своих действий, но должно найти законные основания, дающие ему право, свободу или компетенцию действовать определенным образом» [7].

Общетеоретические вопросы суверенитета в западной международно-правовой науке рассматривают С. Бессон [8], Дж. Джексон [9], С. Мерриам [10], Д. Саруши [11]. Концепцию суверенитета критикует с позиции глобализация и прав человека Л. Хенкин [12].

Понимание сущности суверенитета изменилось со времен зарождения концепции в трудах Ж. Бодена, который отождествлял его с понятием монаршей власти, предоставленной монарху от Бога. Это связывают с эволюцией институтов государственной власти, органов государственного управления и публичной власти в целом в мире, а также с эволюцией правосознания, как рядовых граждан, так и лиц, которые наделены публичной властью [13].

Однако вопросам трансформации государственного суверенитета в условиях глобального информационно-

го общества уделяется еще недостаточное внимание в науке международного права. Немногочисленные публикации посвящаются в основном вопросам эволюции международного права в понимании роли государств как немонопольных носителей политической власти в исследованиях таких авторов, как Б. Кингсбери [14], Ж. Кохен [15], Ю. Хабермас [16], К. Шиманн [17].

Комплексный анализ вопросов трансформации суверенитета для отражения потребностей государств в глобальном информационном обществе в науке международного права до сих пор не проводился, что определяет научную актуальность настоящей публикации.

**Целью статьи** является определение существующих противоречий между традиционным пониманием суверенитета и реалиями глобального информационного общества, предложение путей их разрешения, направленных на развитие (трансформацию, адаптацию) концепции государственного суверенитета в информационной сфере.

**Изложение основного материала.** Несмотря на различие в подходах к определению правовой природы суверенитета, большинство исследователей сходятся во мнении относительно его территориальной составляющей. Суверенитет является признаком только государства, и, в отличие от международных организаций, непосредственно связан с территорией. Указанная позиция была подтверждена в международной юриспруденции, по делу Международного Суда суверенитет был определен как «совокупность международных прав и обязанностей, признанных международным правом», принадлежащих независимой территориальной единице – государству [18].

Такой сущностный признак как «территориальность» государственного суверенитета, когда речь идет о его осуществлении в информационной сфере, входит в противоречие с экстерриториальностью информационных потоков. Этот аргумент нами будет использован далее для обоснования необходимости трансформации концепции суверенитета с позиции ее функциональной пригодности в условиях глобального информационного общества.

Среди признаков государств как суверенных субъектов международного права следует отметить также их равенство, признанное в статье 2 (1) Устава ООН. Но это равенство является скорее формальным, чем реальным. Суверенитет подразумевает формальное равенство государств, то есть равенство в правах и обязанностях, а не в их фактической реализации. В условиях фактического экономического и технологического неравенства государств (по такому показателю как уровень проникновения информационных технологий, например) можно говорить лишь о формальном равенстве государств в информационной сфере. С точки зрения обеспечения информационной безопасности государства, формальное равенство с другими государствами не создает предпо-

сылку для фактического равенства. Важным является активное участие в продвижении национальных интересов, их отстаивании на международной арене с помощью современных ИКТ, а не формальное равенство-присутствие. Участие или неучастие государства в международных соглашениях в информационной сфере (например, таких как Регламент международной электросвязи МСЭ, декабрь 2012 г., Дубай) не лишает суверенитета, однако может иметь прямое отношение к эффективности национальной информационной безопасности и внешнеполитической позиции на мировой арене.

Постоянная палата международного правосудия в деле The SS «Wimbledon» отказалась видеть в заключении любого соглашения, по которому государство обязуется совершать или воздержаться от совершения соответствующих действий, отказ от суверенитета и наоборот – подтвердила право вступления в международные соглашения как «атрибут государственного суверенитета» [19].

Этот пример из международной судебной практики, который включен в учебные программы по теории международного права, является интересным не только с точки зрения толкования природы государственного суверенитета, но и обстоятельств дела, контекста, который может быть применен по аналогии для информационной сферы. Интерес представляет вопрос о юрисдикции государств при выполнении функции контроля над информационными потоками, проходящими через территорию государства, ведь в деле речь шла о проходе судна по Кильскому каналу по территории Германии, что по аналогии применимо к трансграничным информационным потокам.

В этом деле английский пароход «Уимблдон», зафрахтованный французской компанией Les Affréteurs Reunis, перевозил груз боеприпасов и артиллерийского вооружения из Салоники к польской военно-морской базе в Данциге. Судно прибыло к Кильскому каналу, но в проходе ему было отказано Германией со ссылкой на нейтралитет в русско-польской войне. Суд, рассмотрев вопрос по сути, заявил, что Германия была совершенно свободна определять свой нейтралитет в русско-польской войне, и нейтралитет не обязывает ее запрещать проход. Однако Кильский канал перестал быть внутренним водным судоходным путем Германии и, вследствие этого, она должна была разрешить прохождение судна [20].

Тем самым Суд подтвердил, что государственный суверенитет ограничивается взятыми обязательствами государств по международному праву. Информационные потоки, так же как Кильский канал, по которому намеревался пройти пароход «Уимблдон», не являются «внутренним водным судоходным путем» государства, ведь составляют глобальную информационную инфраструктуру. Создание препятствий для свободных информационных потоков допустимо лишь в рамках, определенных международным правом.

Вызовы современности, такие, как массовые экстерриториальные перемещения людей, капиталов, товаров и информации, являющиеся следствием глобализации, определенным образом влияют на сущность суверенитета. Ведь государства конкурируют с другими акторами, имеющими регуляторные рычаги. Особенно заметно это в информационной сфере, отношения в которой носят экосистемный характер. Этот аспект не будет рассматриваться в рамках настоящей публикации, поскольку потребует раскрытия экосистемного подхода и дополнительного его обоснования, что выходит за очерченные рамки исследования, но обязательно будет раскрыт в следующих публикациях автора.

Обеспокоенность по поводу потери государствами нормативного верховенства над другими акторами, выражает Б. Кингсбери, по мнению которого, это будет иметь негативные последствия: «будет усиливаться неравенство, будут ослабляться ограничения на вмешательство, уменьшаться важные роли государства как места идентичности и автономной зоны политики, и будет происходить передел мира на зоны» [21].

Однако, по мнению Дж. Кроуфорда, это не приводит к устранению или умалению суверенитета: «Не только на международном уровне рамки суверенитета являются изменчивыми и гибкими. Наверное, четкие границы между внутренним и международным также движутся, когда государства вступают в новые соглашения, и когда новые сферы международной деятельности возникают, например, по правам человека... Это не так сильно размывает понятие суверенитета, а, скорее, перенастраивает его» [22].

Для аргументации того, что концепция суверенитета является гибкой, адаптируется к глобализации, совместимая с разнообразием сложных внутренних форм управления и эволюцией международных институтов, Дж. Кроуфорд, ссылаясь на процесс принятия Устава Международного Уголовного Суда. В этом процессе неправительственным организациям было разрешено участвовать, но только по приглашению. А когда появилась возможность их влияния на позиции государств при принятии ключевых решений по составу и структуре Суда, их попросили покинуть зал переговоров, что, по мнению указанного автора, «оставляет суверенным государствам их коллективную монополию на международный процесс» [23].

Но утверждение о существовании монополии на международный процесс опровергается современной практикой привлечения общественности и частного сектора (бизнеса) для подготовки и принятия политико-правовых решений как равноправных сторон договорного процесса, получает все большее распространение и признаки международного обычая. Его легитимация состоялась в международном праве охраны окружающей среды. Соответствующие положения включены в международно-правовые соглашения, в частности в Конвенцию

«О доступе к информации, участию общественности в принятии решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды» [24].

В то же время в сфере управления Интернетом на сегодняшний день отсутствуют международно-правовые договоры, а соответствующий обычай привлечения всех заинтересованных сторон для принятия решений, определяющих эволюцию и функционирование Интернета, сформировался во время проведения Всемирной встречи высшего уровня по вопросам информационного общества (ВВУИО Женева 2003 – Тунис, 2005). Подтверждением этому служит определение понятия «управление Интернетом», которое было утверждено на ВВУИО: «Рабочее определение управления Интернетом означает разработку и применение правительствами, частным сектором и гражданским обществом в рамках исполнения ими своих соответствующих ролей общих принципов, норм, правил, процедур принятия решений и программ, которые формируют условия для развития и использования Интернет» [25].

Также было рекомендовано принять на всех уровнях подход с участием многих заинтересованных сторон (англ. Multi-stakeholder). Следующие международные форумы, определяющие развитие Интернета, также проходили при равноправном участии правительств, гражданского общества и частного сектора (бизнеса).

Нарушение указанного процессуального обычая при подготовке международных соглашений, затрагивающих Интернет, уже имело негативные последствия в виде негативной реакции международной общественности и, как следствие, отсутствие консенсуса при принятии новой редакции Регламента международной электросвязи на конференции Международного союза электросвязи в Дубае в декабре 2012 г. Ранее провалом закончилась попытка присоединения Европейского Союза к международному соглашению АСТА (Торговое соглашение против контрафакта), при котором усиливалась ответственность за «Интернет-пиратство». В то время как Европейская Комиссия без общественного обсуждения приняла законопроект о ратификации АСТА, Парламент ЕС, прислушавшись к мнению общественности, отклонил его в июле 2012 г.

Хотя формальных нарушений положений Венской Конвенции о праве международных договоров [26] при присоединении к АСТА не существовало, отсутствие участия общественности в указанном процессе лишило его легитимности вследствие нарушения обычая нормы при многостороннем участии в управлении Интернетом.

Исследуя трансформацию суверенитета, Ж. Кохен предлагает рассматривать этот процесс как «появление нового дуалистического суверенного режима» [27]. Похожую позицию разделяет К. Шиманн, говоря о новом мировом порядке «на основе скорее плюралистической, чем монополистической концепции осуществления политической власти и юридических полномочий» [28].

Оба из указанных авторов в качестве примера трансформации суверенитета приводят Европейский Союз как наднациональный политический проект.

Ю. Хабермас заявляет, что государства теряют политический вес по сравнению с «пост-национальной плеядой» на основе регионального сотрудничества, прежде всего, на примере именно Европейского Союза [29].

Концепции «глобального конституционного общества» возникли для разрушения иерархичности в отношениях между государством и человеком и уменьшения властных привилегий государств. Среди причин, приводящих к потере государствами монополии на регулирование, Дж. Малколм приводит «некомпетентность адекватно реагировать на сегодняшние нормы, которые все больше и больше выходят за рамки их (отдельной) регуляторной способности и компетенции» [30].

По мнению Киттиманна, «информационные и коммуникационные технологии (ИКТ), конструируя политическую и правовую сферу информационного общества, сократили границы и продемонстрировали достаточно четко ограниченность регулирования со стороны любого отдельного государства. Зарождение права управления Интернетом с его сложной многосторонней структурой показало, что легитимные и эффективные режимы могут существовать там, где государства могут быть лишь одним из многих акторов, одним, однако чрезвычайно важным» [31].

Роль государства как единого и последнего «носителя» безопасности была пересмотрена по результатам зарождения концепции «человеческой безопасности», в которой интересы безопасности человека возникают в центре международных отношений. Это, конечно, подвигает баланс между государственным суверенитетом и интересами человека, что приводит к трансформации суверенитета в новое качество – «суверенитет как ответственность».

Международная комиссия по интервенции и государственному суверенитету предложила новый подход к концепции суверенитета, заключающийся в «ответственности за защиту», как внутри государств, так и на внешней арене:

«Суверенитет как ответственность

2.14 Устав ООН является примером международного обязательства добровольно принятого государствами-членами. С одной стороны, в предоставлении членства в ООН международное сообщество приветствует государство как ответственного члена сообщества наций. С другой стороны, само государство, подписывая Устав, признает ответственность, связанную с членством, которая вытекает из этой подписи. Там нет передачи или ослабления государственного суверенитета. Но есть необходимость его переосмыслить от суверенитета в качестве контроля к суверенитету как ответственности за внутренние функции, так и внешние обязанности.

2.15. Представление о суверенитете как ответственности, получающее в настоящее время все большее признание в практике государств, подразумевает тройное значение. Во-первых, это означает, что органы государственной власти несут ответственность за функции защиты безопасности и жизни граждан и содействие их благосостоянию. Во-вторых, это говорит о том, что национальные политические органы власти несут ответственность перед гражданами внутри и перед международным сообществом через ООН. И, в-третьих, это означает, что органы государства ответственны за свои действия; то есть, они несут ответственность, как за свои действия, так и за бездействие. Понимание суверенитета в этих значениях усиливается все возрастающим влиянием международных норм в области прав человека, а также усиленным влиянием в международном дискурсе концепции безопасности человека» [32].

В сентябре 2005 г. во время Всемирного саммита ООН все государства-члены официально признали принцип «ответственности за защиту». Совбез подтвердил положения Итогового документа Саммита в резолюции 1674 (2006), посвященной вопросу защиты гражданского населения в условиях вооруженного конфликта [33].

Дальнейшее развитие концепция получила в докладе Генерального секретаря ООН Генеральной Ассамблее 2009 г. «Исполнение обязанности защищать». В докладе подчеркивается важное значение эффективного взаимодействия между глобальными и региональными организациями для выполнения обязательств в отношении ответственности по защите, предлагаются способы укрепления сотрудничества со стороны ООН, а также пути обнаружения сигналов опасности и принятия или оказания содействия в применении своевременных и эффективных превентивных мер на субрегиональном, региональном или глобальном уровнях с использованием информации и аналитических данных, поступающих от региональных и субрегиональных механизмов [34].

В 2012 г. Генеральный секретарь представил свой новый доклад под названием «Ответственность за защиту: своевременное и решительное реагирование». В докладе рассматриваются механизмы, доступные в рамках третьего компонента ответственности за защиту, партнеры, которые могли бы принять участие в его осуществлении и так далее [35].

Концепция суверенитета как ответственности находится в стадии идейного формирования и правового наполнения и вызывает неоднозначные оценки. Критикуя ее, Дж. Кроуфорд отмечает, «поскольку не предложено, что обязанность государств защищать свой собственный народ имеет любое практическое юридическое применение за рамками уже существующих обязательств по международному праву прав человека, гуманитарному или уголовному праву, сомнительно, чтобы это сколько-нибудь развивало существующую правовую позицию» [36].

На наш взгляд, определение, предложенное Международной комиссией по интервенции и государственному суверенитету, является функциональным и нормативно-пригодным для применения. Тем более это определение отражает изменения, вызванные процессом глобализации, и предусматривает осуществление суверенитета как ответственности за защиту своих граждан как внутри государства, так и извне. Это особенно важно для информационной сферы, учитывая ее экстерриториальность.

**Выводы.** Характеристика суверенитета как контроля с привязкой к территории государства на сегодняшний день исчерпала свою ценность. Прежде всего это касается осуществления государством суверенитета в информационной сфере, которая носит экстерриториальный характер. Взамен подхода регуляторной монополии внутри государства и коллективной монополии государств на участие в международном политическом процессе, функциональная концепция суверенитета в информационной сфере как ответственности за защиту позволяет эффективно реагировать на вызовы современности. Существует необходимость переосмыслить понимание суверенитета как ответственности за внутренние функции и внешние обязательства государства в информационной сфере, что включает в себя, но не ограничивается вопросами национальной информационной безопасности. Развитие и нормативное наполнение концепции суверенитета как ответственности за защиту в информационной сфере требует продолжения научной разработки, в частности, это касается формулирования внутренних функций государства, исходя из подхода распределенной ответственности между государством и негосударственными акторами – гражданским обществом и частным бизнесом, выполняющими каждый свою роль в информационной экосистеме. Также следует уделить внимание внешним функциям государства по защите национальных интересов в информационной сфере с учетом существующего фактического неравенства между государствами по уровню развития информационно-коммуникационной инфраструктуры и технологий. Указанным вопросам будет уделено внимание в последующих публикациях.

### Список использованной литературы

1. Austin J., *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), repr. In W. Rumble (ed.), Cambridge, CUP, 1995.
2. Schmitt, *Political Theology : Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (1922) trans. G. Schwab, Chicago, University of Chicago Press, 2005.
3. Morgenthau H. *Positivism, Functionalism and International Law* (1940) 34 AJIL 283.
4. Kelsen H. *Sovereignty and International Law* (1960) 48 *Gorgetown LJ* 627.
5. Lauterpacht H. *The Nature of International Law and General Jurisprudence* (1932) 37 *Economica* 316.
6. Hart H. L. A. *The Concept of Law* (1994, 2 ed.), Oxford, Clarendon Press.
7. Koskenniemi M. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, CUP, 2005, p. 231.
8. Besson, S. *Sovereignty* / R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, OUP, 2013.
9. Jackson J. H. *Sovereignty-Modern : A New Approach to an Outdated Concept* (2003) 97 *AJIL* 82.
10. Merriam C. E. *History of the Theory of Sovereignty since Rousseau*, Union, NJ, Lawbook Exchange, 1999.
11. Sarooshi, D. *Essentially Contested Nature of the Concept of Sovereignty : Implications for the Exercise by International Organizations of Delegated Powers of Government* (2004) 25 *Michigan JIL* 1107.
12. Henkin L. *That 'S' Word : Sovereignty, and Globalization, and Human Rights, et Cetera* (1999) 68 *Fordham L. Rev.* 1.
13. Кравченко В.В. Конституційне право України: [навч. посіб.] / В.В. Кравченко. – К. : Атіка, 2008. – С. 63.
14. B. Kingsbury, *Sovereignty and Inequality* (1998) 9 *EJIL* 599.
15. J. L. Cohen, *Sovereignty in the Context of Globalization : A Constitutional Pluralist Perspective* / Besson and Tasioulas, p. 262.
16. Schiemann K. *Europe and the Loss of Sovereignty* (2007) 56 *ICLQ* 487.
17. Habermas J., *Die postnationale Konstellation. Politische Essays Frankfurt/Main* : Suhrkamp, 1998.
18. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949*, p. 180.
19. *The SS «Wimbledon»*, PCIJ, Ser. A., No. 1, 1923, p. 25.
20. *Ibid.*
21. B. Kingsbury, *Sovereignty and Inequality* (1998) 9 *EJIL* 599.
22. J. Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, Hague Academy of International Law, 2014, p. 92.
23. *Ibid.*, p. 111.
24. *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters*, Aarhus, Denmark, 25 June 1998 // UNTS. – Vol. 2161. – P. 447.
25. *WSIS Outcomes documents*, [www.itu.int/wsis/outcome/booklet.pdf](http://www.itu.int/wsis/outcome/booklet.pdf)
26. *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Vienna, 23 May 1969 // UNTS. – Vol. 1155. – P. 331.
27. Cohen J.L. *Sovereignty in the Context of Globalization : A Constitutional Pluralist Perspective* / Besson and Tasioulas, p. 262.
28. Schiemann K. *Europe and the Loss of Sovereignty* (2007) 56 *ICLQ* 487.
29. Schiemann. K. *Europe and the Loss of Sovereignty* (2007) 56 *ICLQ* 487.
30. Jeremy Malcolm, *Multi-stakeholder Governance and the Internet Governance Forum* Perth : Terminus Press, 2008, p. 131.
31. Kettemann C. *The Future of Individuals in International Law. Lessons from International Internet Law* / Matthias C. Kettemann. – Eleven International Publishing, 2013. – p. 2
32. *International Commission on Intervention and State Sovereignty, The Responsibility to Protect*, Ottawa, IDRC, 2001, p. 13.
33. *The Responsibility to Protect*, <http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml>.
34. A/65/877-S/2011/393.
35. A/66/874-S/2012/578.
36. Crawford J. p. 112.

УДК 340.12

## МІЖКУЛЬТУРНА КОМУНІКАЦІЯ В ПРАВІ

**Ігорь СИТАР,**

кандидат юридичних наук, доцент,  
докторант кафедри теорії держави і права  
Національної академії внутрішніх справ

### SUMMARY

The article considers communication as a philosophical category and the problem of obtaining the legal status of communication in the interaction between the Western tradition of law and national law. It is noted that legal communication is a natural process, a social phenomenon, caused by the intensification of economic and political development of society and certain anthropological qualities of human and rights. Legal communication is seen as dialogue between proper and perfect in the formation and application of the law in modern bipolar world. The author specifies the interaction of factors that affect intercultural communication – namely, globalization and multiculturalism.

**Key words:** communication, legal communication, dialogue, phenomenology, Western tradition of law, globalization, multiculturalism.

### АНОТАЦІЯ

Розглядається комунікація як філософська категорія і проблема набуття ним статусу правової комунікації у взаємодії між західною традицією права і національним правом. Відзначається, що правова комунікація – це природний процес, соціальне явище, обумовлене інтенсифікацією економічно політичного розвитку суспільства, а також певними антропологічними властивостями людини і права. Правова комунікація розглядається як діалогові між належним і ідеальним у процесі формування та застосування права в сучасному біполярному світі. Вказано на взаємодію факторів, що впливають на міжкультурну комунікацію, а саме – глобалізацію і мультикультуралізм.

**Ключові слова:** комунікація, правова комунікація, діалогове, феноменологія, західна традиція права, глобалізація, мультикультуралізм.

**Постановка проблеми.** Процес побудови правової держави і громадянського суспільства вимагає переосмислення механізму взаємодії правових систем шляхом застосування методології правової комунікації між західною традицією права і національним правом, що призводить до нелінійних процесів у вигляді модернізації та інтенсифікації правової системи.

**Стан дослідження.** Питанням, що стосуються правової комунікації, присвячено праці І.Л. Честнова, А.В. Полякова, Ван Хука, О.М. Балинської, Л.А. Луць. Однак поза увагою дослідників залишилися проблеми міжкультурної комунікації.

**Виклад основних положень.** Сучасне розуміння комунікації як соціального явища, сукупності видів спілкування – необхідна умова розвитку суспільства. Комунікація набуває масовості в процесі розвитку і формування індустріального суспільства [1, с. 281–282]. Активізація комунікації була пов'язана в 50–60-х рр. ХХ ст. з інтенсифікацією дослідницької діяльності, по-іншому – з «інформаційним вибухом». Інформація, отримана в процесі наукових досліджень, стала рушієм суспільного поступу.

Комунікація – це природний процес, зумовлений інтенсифікацією економічно-політичного розвитку суспільства, а також певними антропологічними властивостями людини і права.

Зазвичай комунікацію розуміють як соціальне явище, що виникає між людьми, так звану соціально узгоджену поведінку людей (комунікативну поведінку).

Російський дослідник А.Ю. Бабайцев вирізняє чотири види комунікації:

1) комунікація в широкому сенсі – як одна з основ людської життєдіяльності, що виражається в багатоманітні форм мовно-словесної діяльності;

2) інформаційний обмін в технологічно організованих системах (передача інформації від однієї системи (індивід, група, організація) до іншої за допомогою спеціальних матеріальних носіїв (М. Й. Лаурістан));

3) мислекомунікація як інтелектуальний процес, що має витриманий ідеально-змістовий план і пов'язаний з певними ситуаціями соціальної дії. Мислекомунікація пов'язує ідеальну дійсність мислення з реальними ситуаціями соціальної дії, що надає, з одного боку, осмисленості мисленнєвим ідеалізаціям, а з другого – осмисленості реалізації мисленнєвих конструктів у соціальній організації та діяльності;

4) екзистенціальна комунікація як акт знаходження Я в Іншому. У такому контексті комунікація – основа екзистенційних відносин між людьми (як відносини Я і Ти) і вирішальний процес самовизначення людини у світі, в якому вона набуває розуміння свого буття, його основ. Комунікація, на думку Ясперса, стає метою і завданням філософії, а міра комунікативності – критерієм

оцінки і вибору тієї чи іншої філософської системи [2, с. 354].

В теорії права комунікацію розуміють як взаємодію між суб'єктами в контексті знакових систем, дію, що орієнтована на смислове комунікативне сприйняття, для досягнення соціальних цілей і збереження індивідуальності кожного елемента.

Російський дослідник І.Л. Честнов розглядає комунікацію як діалоговість у постіндустріальному інформаційному суспільстві, де одночасно змінюються владарюючі в епоху модерна уявлення про світ, людину, критерії оцінки людської діяльності, у тому числі про зміст і місце права. У зв'язку з цим основним розмежуванням у праворозумінні (юридичному позитивізмі, юстнатуралізмі й соціології права) стає розмежування «класичних» і «посткласичних» теорій права [3, с. 67].

Для сучасного права характерною є і внутрішня діалоговість (поліфонічність). Вона проявляється в єдності й боротьбі протилежностей: належного й сущного, матеріального й ідеального, загального й особливого, які обумовлюють одна одну, переходять одна в одну і забезпечують перманентне становлення права, яке ніколи не буде завершено [3, с. 78–79]. Така поліфонічність відображає антропологічну сутність права, його формування і застосування в сучасному біполярному світі.

Як зазначає І.Л. Честнов, право створено і розвивається завдяки комунікації: чи це довга традиція створення звичаєвого праві, парламентські дебати під час підготовки законопроекта, судові рішення у вигляді послідовних чи змінних прецедентів, чи наукові дебати, які ляжуть в основу майбутніх судових чи статутних змін законодавства. Нині в плюралістичних суспільствах межі комунікації настільки розширилися, що в ній можуть брати участь не тільки юристи, політики, а й населення, особливо коли обговорюються важливі моральні і політичні ідеї, що є головною умовою легітимізації законів. На основі відкритої і свобідної комунікації досягається консенсус [4, с. 376].

Отже, комунікація – це базис для формування справжнього права.

Проблеми соціальної комунікації вивчаються дослідниками в різних напрямках. Феноменологічне трактування представлено в працях Е. Гуссерля, М. Мерло-Понті, А. Шюца, П. Бергера і Т. Лукмана, Е. Левінаса; комунікативний персоналізм – Е. Мунье і П. Лаїна Ентральго. Комунікацію в філософії екзистенціалізму розглядали К. Ясперс, Ж. П. Сартр, А. Камю, Х. Ортега-і-Гассет; герменевтичні аспекти комунікації – Г.-Г. Гадамер, П. Рікері; комунікативні аспекти соціологічної теорії – Т. Парсонс і Н. Луман; комунікація як символічний інтеракціонізм – Дж. Г. Мід, Т. Блумер; комунікацію як діалог – М. Бахтін, М. Бубер. «Теорія комунікативної дії» належить Ю. Хабермасу й К.-О. Апелью; комунікацію в психоаналізмі вивчали З. Фрейд, К. Юнг, Е. Фромм; структуралістські та постструктуралістські

теорії комунікації розробляли К. Леві-Стросс, М. Фуко, Ж. Дерріда; метафізичні комунікації розглядав Д. фон Гільдебранда. Семіологічна теорія комунікації в постмодернізмі викладена У. Еко.

Значущою для розуміння теорії комунікації є так звана діалогічна філософія, пов'язана з творчістю таких мислителів, як М. Бердяєв, М. Бахтін, М. Бубер, П. Лаїн Ентральго, О. Розеншток-Хюссі, Ф. Розенцвейг, Г. Еренберг, Ф. Ебнар та інших.

Визначена концепція орієнтована на взаємодію права з іншими соціальними явищами, особливо мораллю, релігією, що надає внутрішньої стабільності й цінності національному праву.

У більш широкому аспекті комунікацію називають «інтерація», що передбачає обмін інформацією, контактами.

Як зазначає бельгійський дослідник Марк ван Хук, комунікація спонукає до діалектичного обміну різними точками зору. Такий діалектичний підхід повинен застерегти нас від одностороннього аналізу і висновків [4, с. 384].

На нашу думку, слід звернути увагу на правову комунікацію в межах правових систем, конструкцій, культури, наприклад, на комунікацію між західною конструкцією права і національним правом.

Російський дослідник А. В. Поляков розглядає сучасне право і загалом юриспруденцію, застосовуючи інтегральний феноменолого-комунікативний підхід. В основу його концепції закладені можливості загальної теорії права у формі комунікативних підходів, які дозволяють запозичувати кращі досягнення інших країн, опираючись на феноменологічні засади формування поведінкових модусів, які зазвичай містяться в культурі суспільства [5]. У даному контексті у феноменолого-комунікативному розумінні здійснюється аналіз основних концептуальних засад правової комунікації між західною традицією права і національним правом.

Правова комунікація – це різновид соціальної комунікації; заснований на юридичних нормах порядок взаємодії суб'єктів, пов'язаної з обміном правовою та іншою інформацією та спрямованої на задоволення їх законних інтересів і потреб [6, с. 11].

Дослідник особливо звертає увагу на те, що правова комунікація – це взаємодія, яка має всезагальний характер, засновується на юридичних нормах і впливає на мотиваційну сферу суб'єктів (як індивідуальних, так і колективних), визначаючи в підсумку спрямованість їхньої діяльності [5].

Правова комунікація характеризується послідовністю дій (засобів-дій і засобів-встановлень), що мають диспозитивний та імперативний характер, і має складну структуру, що вимагає стабільних зв'язків і дає можливість зберегти її цілісність за внутрішніх і зовнішніх змін.

Правова комунікація між західною традицією права і національним правом відбувається шляхом поступового здійснення певних дій: визначення цільового при-

значення, правових принципів, об'єкта, суб'єктів, що реалізують свої законні інтереси і потреби, прийомів і способів комунікації. Крім того, вона вимагає відповідної нормативної бази й зворотнього зв'язку.

Основною метою правової комунікації є забезпечення ефективної взаємодії держав, а також запозичення певних позитивних конструкцій для національної правової системи.

З приводу взаємодії західної традиції і національного права, варто звернути увагу на так звану дифузну теорію, що пов'язана з іменем американського дослідника Е. Роджерса. Він аналізував розповсюдження нових ідей, товарів і так далі. й помітив різне сприйняття нового в різних сегментах суспільства: зазвичай частина людей надзвичайно консервативна, а частина, навпаки, легко включається в нові процеси. Дослідник зробив висновок, що здійснювати вплив на всіх, а в першу чергу – на осіб, що становлять «критичні п'ять відсотків». Їх переконати – це все одно, що досягнути популярності в 50%. Дифузю він визначає як процес комунікації через визначені канали за конкретний проміжок часу між членами соціальної системи [7, с. 47–48].

Суспільне життя індивіду орієнтоване на те, що інноваційні процеси можуть позитивно вплинути на розвиток правової системи. Та й загалом людська природа орієнтована на інновації, які задовольняють потреби людини.

У своїй праці «Лінгвістика і поетика» Р. Якобсон представив мовну комунікацію у вигляді наступних шести факторів, кожному з яких властива особлива функція мови.



У даному контексті існує емотивна (експресивна) функція, пов'язана з адресантом, і така, що має цілло вираження його ідей. Конативна функція відображає орієнтацію на адресата. Відбувається взаємовплив емотивної та конативної функціональної природи [6, с. 55].

В контексті аналізу міжкультурної комунікації слід зазначити, що кожна культура має свою логіку, своє уявлення про світ. Те, що є значущим для однієї культури, може бути несуттєвим для іншої. Тому важливо зважати на інтереси партнера, представника іншої культури. Сьогоднішній світ не може замикатися в рамках однієї країни, а постійна комунікація з іншими дає можливість запозичувати корисні ідеї [7].

На процес міжкультурної комунікації впливає ряд чинників, які з процесом розвитку суспільства стають реальними, необхідними. Зокрема, це глобалізація і мультикультуралізм. Їх історичні акценти різняться: у

першому випадку фіксується тенденція до гомогенності, однорідності; у другому – до гетерогенності, різномірності [8, с. 36].

Процес міжкультурної міграції і взаємодії – це природний процес, ефективний в сучасному світі. Глобалізація супроводжує модернізацію в економічній сфері як засіб швидких перетворень. Однак у питаннях, що стосуються культури, зміни відбуваються боляче.

Глобалізація позитивно впливає на міжкультурну комунікацію, зокрема інтенсифікує світові соціальні відносини, що призводить до нових змін у життєдіяльності соціумів.

Російський дослідник Н. Кірабаєв у праці «Глобалізація і мультикультуралізм» зазначає, що соціальна реальність все більше набуває властивості полікультурного простору, в якому перетинаються різні теоретичні і практичні дискурси, пов'язані з розумінням так званої «плюралістичної парадигми», яка виходить з багатоманітності, гетерогенності, множинності і багатолінійності культурного і соціального буття, прав і свобод громадянина, ненасилля, віротерпимості, діалогу культур [8, с. 88].

Розвиток сучасного біполярного світу повинен базуватися на міжкультурній комунікації, взаємозапозиченні ідей і конструкцій.

Сучасна комунікація посилюється зростаючим впливом мас-медіа, усереднює культурні розбіжності й культурні потреби. Динаміка взаємодії сучасних суб'єктів полікультурного суспільства така, що долає межі соціальних просторів, втручаючись в інші соціальні моносвіти. Комунікація суб'єктів, які мають культурні розбіжності, проявляється у феномені транскультуралізму [8, с. 105].

Компаративістська методологія дає можливість самоідентифікувати національні правові культури, порівняти й зіставити їх, здійснити аналогію, інтерпретацію правових текстів, реконструкцію і так далі. Як видається, це дозволить поширити асиміляційні процеси, що полягають у прийнятті ідей західноєвропейської думки в національних філософських традиціях, визнанні правових принципів інших держав, які втілені в культурі того чи іншого регіону. У центрі компаративного дослідження знаходяться проблеми, пов'язані з розбіжностями й подібністю між різними правовими системами, а також питання взаємодії універсальних цінностей і специфічних нормативів визначеної культури [8, с. 217–218].

**Висновки.** Філософсько-правові традиції та релігійні й політичні здобутки Заходу (християнство, лібералізм, демократія, свобода слова, право на приватне життя, мирне співіснування в контексті цивілізаційного процесу) надають динаміки національним правовим системам завдяки міжкультурній правовій комунікації, що розглядається як діалоговість, залежить від процесу глобалізації та спонукає до розвитку явищ мультикультуралізму.

### Список використаних джерел

1. Новая философская энциклопедия в 4 т. / Ин-т философии РАН ; Нац. общ.-науч. Фонд / под ред. В.С. Степина, А.А. Гусейнова, Г.Ю. Семигина, А.П. Огурцова. – М. : Мысль, 2010. – Т. 2. – 634 с.

2. Бабайцев А.Ю. Коммуникация / А.Ю. Бабайцев // Постмодернизм. Энциклопедический словарь. – Минск, 2001. – С. 372.

3. Честнов И.Л. Диалогическая антропология права как постклассический тип правопонимания: к формированию новой концепции / И.Л. Честнов // Российский ежегодник общей теории права. – 2008. – № 1 / под. ред. А. В. Полякова. – СПб. : ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2009. – С. 67–84.

4. Ван Хук М. Право как коммуникация / Ван Хук М // Российский ежегодник общей теории права. – 2008. – № 1 / под. ред. А.В. Полякова. – СПб. : ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2009. – С. 376–433.

5. Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : курс лекций / А.В. Поляков. – СПб. : Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. – 864 с.

6. Романова Е.А. Правовая коммуникация: общетеоретический анализ : автореф. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / Е.А. Романова. – Саратов, 2011. – 28 с.

7. Почепцов Г.Г. Теория коммуникации / Г.Г. Почепцов. – М. : «Рефл-Бук». – К. : «Ваклер», 2001. – 656 с.

8. Глобализация и мультикультурализм : [монография] / под ред. Н.С. Кирабаева. – М. : Изд-во РУДН, 2005. – 332 с.



УДК 342.5

## ПЕРСПЕКТИВИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ МЕХАНІЗМУ СУЧАСНОЇ ДЕРЖАВИ

**Василь СІМУТІН,**  
здобувач кафедри теорії держави і права  
Національного університету «Одеська юридична академія»

### SUMMARY

Article devoted to study specifics of influence of modern transformation process to organization and function of the mechanism of the modern state, preparing theoretical base about perspectives of this system of institutes.

**Key words:** modern state, mechanism of the modern state, state power (authority), legalization of authority, infokration.

### АНОТАЦІЯ

У статті аналізуються особливості впливу трансформаційних процесів сучасності на організацію та функціонування механізму сучасної держави, формулюються вихідні напрямки щодо перспектив діяльності цієї системи інститутів.

**Ключові слова:** сучасна держава, механізм сучасної держави, державна влада, легалізація державної влади, інфократія.

**Постановка проблеми.** Питання розвитку та ефективного функціонування механізму сучасної держави пов'язано зі ступенем втілення та адаптування в державотворчу дійсність досвіду європейських держав та глобалізаційними процесами. При чому такий досвід, перш за все, має ґрунтуватися на тих принципах, які виступають основою формування організації та діяльності всіх інститутів механізму сучасної держави.

Ці питання отримали певне відображення в працях багатьох як вітчизняних (Р.В. Войтович, Ю.М. Оборотов, Н.М. Оніщенко, О.Ф. Скакун), так і зарубіжних авторів (Е.П. Григоніс, В.С. Нерсесянц, Ю.О. Тихоміров, В.Є. Чиркін, Ф. Фукуяма та інших).

Але питання перспектив існування механізму сучасної держави не отримали належного обґрунтування. Відтак, загальнотеоретичне розкриття особливостей та перспектив організації та функціонування механізму сучасної держави у зв'язку із внутрішньодержавними та міжнародними процесами, є актуальною темою досліджень в юриспруденції.

**Мета статті.** Розкрити сутність та особливості перспектив організації та функціонування механізму сучасної держави та проаналізувати аспекти його трансформації й розвитку.

**Вклад основного матеріалу.** До найважливіших проблем сучасного суспільного розвитку відноситься становлення й функціонування ефективної державної влади як необхідної компоненти трансформації суспільства на засадах ринкової економіки, дотримання прав людини й політичного плюралізму. Сучасні соціальні потреби та вимоги визначають необхідність істотних змін в організації та функціонуванні державної влади й місцевого самоврядування, їх правовому

забезпеченні. Основна мета – прискорення формування демократичної системи державного управління (державного менеджменту), модернізація державно-управлінських відносин, утворення дієвої системи реалізації, державного забезпечення та захисту конституційних прав і свобод людини, гідних умов її життя, наближення апарату управління до потреб громадян, пристосування його до вимог сьогодення. Досягнення такої мети можливо лише в «стійкій» та «відкритій» державі, державна влада в якій є легітимною, легальною та легалізованою.

Сучасна держава уявляється стабільною та збалансованою системою, яка здатна не тільки забезпечувати реалізацію прав, свобод та потреб соціуму, але й адекватно реагувати на вплив з боку нетрадиційних колективних суб'єктів права (транснаціональні корпорації, наддержавні об'єднання та інші). У зазначеному аспекті, у сучасній юриспруденції все частіше використовується термін «стійкість» держави.

Поряд із цим, стійка держава може бути віднесена до сучасної, якщо державна влада в ній організована у відповідності до вихідних засад принципу поділу влади. Але і цього замало. Дійсна сучасна держава – це така держава, державна влада якої не тільки легітимна (фактично визнається народом) й легальна (формально-юридичне визнання та закріплення в чинному законодавстві основних інститутів влади), але й визнана із боку більшості зарубіжних країн (легалізована). Вона є активним учасником світових комунікаційних процесів, та відкритою до діалогу правових культур.

У цьому зв'язку Д.Г. Манько обґрунтовує необхідність виділення такого традиційного виду легалізаційної діяльності як легалізація державної влади. На думку автора, легалізація державної влади становить собою дію

суб'єкта, наділеного публічно-правовими повноваженнями, що полягає у формально-юридичному визнанні легальності й легітимності державної влади іноземної держави та встановлення із нею відносин представницького та політичного характеру [1, с. 146].

У правовому вимірі сутність сучасної держави (державно організованого суспільства) проявляється в її спроможності втілити й гарантувати стабільний правопорядок у рамках визначеної території, зокрема й через механізм організації суверенної публічної влади, належно легітимованої суспільством. Сучасне суспільство потребує насамперед конституційованого ним (через конституцію) стабільного правопорядку, а вже після цього – «задоволення потреб». Глобалізація вносить певні зміни в зміст функціональної спрямованості сучасної держави, виводячи на перший план завдання щодо забезпечення ефективного народовладдя. Це передбачає реалізацію народом трьох повноважень: по-перше, участі у формуванні представницьких органів влади, уповноважених від імені народу здійснювати державну владу в країні та вирішувати місцеві питання в муніципальних утвореннях; по-друге, брати участь у прийнятті державних рішень за допомогою, наприклад референдуму; по-третє, право контролю за здійсненням державної влади та реалізацією прийнятих рішень [2, с. 319].

Головним політичним аспектом глобалізації є трансформація державного суверенітету та певне послаблення національної держави. Сучасна держава є політичною установою, яка має більш високу юрисдикцією в межах виділених територій. Сьогодні чітко формується глобальна політика, яка зачіпає суверенітет держави-нації. Політична глобалізація трансформує сучасний світовий порядок, здійснює реконструкцію традиційних форм національної державності й змінює акценти в міжнародних політичних відносинах. Суверенітет проявляється у властивостях самоврядування створювати обов'язкові для всіх членів суспільства правила поведінки і обов'язки громадян, посадових осіб, державних, партійних, громадських організацій та установ, виявляти та забезпечувати рівномірне верховенство закону, права. Суверенітет вважається основним принципом міжнародних відносин й істотною ознакою сучасної держави в міжнародному праві, визначається як «абсолютна влада» або незалежність держави від інших держав та міжнародних організацій, яка має право вільно вирішувати свої внутрішні й зовнішні справи без втручання ззовні [3, с.17].

Глобальна політика змінює традиційне уявлення про відмінності між внутрішньою і зовнішньою, внутрішньою і міжнародною, територіальною і нетериторіальною політикою. Політичні рішення та дії в одній частині світу швидко поширюються на всій іншій його частині. Центри для політичних дій і при-

йняття рішень можуть, завдяки сучасним засобам комунікації, утворювати складну систему спільного ухвалення рішень та політичної взаємодії [4].

Ф. Фукуяма вважає, що ключовим фактором підриву принципу національного суверенітету виступає адміністративно-організаційна слабкість більшості держав, що виникли останнім часом на осколках колишніх імперій. Це примушує коаліцію таких провідних країн світу, як США, Японія, Австралія, Нова Зеландія й країни Євросоюзу, поширити «міжнародну імперську владу» на всю «слаборозвинену» частину світу [5, с. 163–164].

Розвиваючи цю тезу, О. Тоффлер підкреслює, що серед усіх сьогоденних членів ООН приблизно в однієї третини існує серйозна загроза з боку повстанських рухів, дисидентів або урядів у вигнанні. Ці держави «зіштовхуються з донаціональним трайбалізмом – хоча й під гаслом національної незалежності». Відповідно, щоб уникнути перспективи виникнення... нежиттєздатних етнічних держав, світове співтовариство змушене вбудовувати нові наднаціональні схеми розв'язування внутрішніх конфліктів, що мають місце в суверенних державах. [6, с. 351–352]

Іншою важливою причиною ослаблення національного суверенітету О. Тоффлер вважає різке посилення позицій таких «ненаціональних сил», як міжнародний бізнес, транснаціональні громадські організації й релігійні рухи. [7, с. 309]

Коментуючи подібні позиції супротивників національного суверенітету, російський політолог О. Панарін звертає увагу на те, що до нової системи відкритого світу різні народи й країни підійшли неоднаково підготовленими, значно відрізняючись за своїм економічним, воєнно-стратегічним та соціокультурним потенціалом. Не випадково, відзначає він, що найбільш послідовними адептами глобального світу, які пропагують ідею єдиного відкритого суспільства без бар'єрів і кордонів, сьогодні виступають найбільш розвинені та могутні країни, що вбачають в ослабленні колишніх суверенітетів нові можливості своєї економічної, геополітичної та соціокультурної експансії. Навпаки, менш розвинені й захищені країни дотепер схильні розглядати національні кордони та суверенітети як захисний засіб від цієї експансії, як основу протекціоністських стратегій [8, с. 280].

Отже, в епіцентрі глобалізаційних процесів знаходяться національні політичні інститути. Протягом тривалого часу вважалося, що саме національна держава є обов'язковою основою політичної організації людства, але події останніх десятиріч поставили це під великий сумнів. Глобальні масштаби сучасних взаємовідносин не лише прискорюють розвиток існуючих національних політичних інститутів, а й надають їм нових якостей, які, залежно від обставин, можуть бути як консолідаційними, так і руйнівними. Частину

власних функцій національна держава передає нагору (міждержавним і міжнародним об'єднанням), частину – вниз (територіальним та муніципальним органам).

Як виявляє Г. Кіссінджер, «у багатьох частинах світу національна держава, що поки залишається одиницею політичної відповідальності, підпадає під вплив двох протилежних тенденцій: або розпадається на етнічні компоненти, або розчиняється в більших регіональних об'єднаннях» [9, с. 17].

Ф. Закарія стверджує, що «влада вислизає з рук суверенних держав у всіх напрямках – угору, вниз і на всі боки», маючи на увазі, що паралельно з наднаціональними й регіональними центрами влади державу послаблюють і національні інститути громадянського суспільства [10, р. 4].

Соціолог О. Тоффлер констатує, що одні сили прагнуть перевести політичну владу з рівня держави-нації на рівень внутрішньонаціональних регіонів і груп. Інші сили намагаються підняти її на рівень міжнаціональних агентств і організацій. Як наслідок – «ці сили, складаючись, ведуть до розпаду високотехнологічних націй на більш дрібні й менш сильні одиниці» [11, с. 500–501].

Не менш важливе значення мають процеси посилення взаємозалежності суспільних організацій. Саме цей фактор є одним з основних у тлумаченні поняття «глобалізація». У даному випадкові має йтися про глобальне розповсюдження загальнолюдських правил співжиття, про тісне міждержавне співробітництво, про візирець і досвід.

Як відзначив Р. Даль, розширення сфери наднаціональної діяльності звужує можливості громадян держави вирішувати життєво важливі для них проблеми через свої національні засоби правління. У свою чергу, у міру цього, «системи правління окремих країн зводяться до місцевих» [12, с. 485].

Ту ж тезу проводить і російський соціолог Н. Покровський, який відзначає, що посилення «позанаціональних сил» призводить до перехоплення частини представницьких повноважень національних держав. Поряд із цим, «глобальні спільноти» не можуть вникати в рішення всіх місцевих (локальних) проблем, тому цю функцію делегують національним урядам. Таким чином, робить висновок соціолог, «в обслуговуванні локальних потреб» саме й полягає «нова місія» національних держав [13, с. 57].

Ще простіше охарактеризував нову роль держави С. Переслєгін: «Сучасна держава деактуалізується: вона починає відігравати роль регіональної філії якоїсь граничної корпорації» [14, с. 415].

Так, унаслідок функціональної кризи національної держави теоретики глобалізації аргументують вигідність об'єднання суверенітетів різних держав або делегування суверенітету на наднаціональний рівень управління. Вважається, що на це є багато причин, наприклад, зростання безпеки і стабільності, усунення

небезпеки конфліктів, скорочення військових витрат, а також активізація економічного і технологічного співробітництва [15, с. 18].

Функціоналіст Д. Мітрані з цього приводу зазначив, що зростаюча чисельність і складність функцій влади призводить до переобтяженості урядів технічними завданнями, позбавленими політичного характеру. Ці функції мають бути передані компетентним фахівцям [16, с. 50].

Тому існує реальна «національна зацікавленість» у «денационалізації» – в об'єднанні суверенітетів для вирішення національних проблем [17, с. 160].

Зокрема, країни-учасниці Євросоюзу переконані, що вони більше не спроможні ефективно забезпечувати свої інтереси в межах традиційного суверенітету, який передбачає, що держава на своїй території має вищу та незалежну владу. Тому вони відмовляються від засад традиційного (Вестфальського) суверенітету, а натомість об'єднанням своїх суверенітетів прагнуть утворити новий (поствестфальський) суверенітет. А в контексті визначення принципів механізму сучасної держави цілком можливим уявляється використання терміну «відносна суверенність» державної влади сучасної держави.

Зазначені процеси пов'язані із багатьма аспектами, найбільш важливими з яких вбачаються: 1) необхідність забезпечення рівності можливостей доступу усіх громадян до отримання і використання державних послуг, ознайомлення із чинним законодавством та судовими актами, подання запитів щодо отримання публічної інформації та інше; 2) бажання соціуму приймати більш активну участь (співробітництво, координація) у процесах прийняття та реалізації політичних рішень державними органами; 3) неефективне керівництво управлінськими процесами з боку державного менеджменту, а відповідно високий рівень недовіри до уряду та негативне ставлення до влади (перш за все, на пострадянському просторі); 4) активний розвиток інформаційно-комунікативних технологій та формування нової моделі «мережевого публічного урядування».

Суспільство прийшло до нової історичної форми синтезу з державою, при якому відбувається становлення медіаполітичної організації влади в масовому вертикальному суспільстві (інфократія). Нові форми організації соціального життя вже не мають нічого спільного з індустріалізмом, демократією, традиціями суспільства. Під впливом медіавідносин технологія владарювання змінює характер державного примусу, який, з одного боку, трансформується у форму експертного управління суспільством, а з іншого – перетворюється на різновид епізодичної комунікації, заснованої на політичному виборі людини. При цьому складається нова залежність влади і суспільства, що руйнує інститути громадянського суспільства та різко скорочує сферу присутності держави в суспільному житті [18, с. 66–67].

Слід зазначити на трансформаційні процеси в порядку організації демократії, що, безумовно, має вплив на формування та функціонування механізму сучасної держави.

На думку І.І. Лукашука: «В наш час відбувається глобалізація демократичних цінностей. Демократія визнається принципом загального значення. Право для неї стає глобальним правом, яке в зростаючій мірі буде підтримуватися міжнародним співтовариством у цілому» [19, с. 23].

Демократія як така в умовах глобалізації має відносний характер, оскільки те, що може бути демократичним з погляду однієї національної спільноти, іншою за умов певної ситуації сприймається як анархія, яка не здатна вивести країну із кризи, якщо така породжена глобалізаційними умовами. В умовах глобалізації, коли національна держава є суб'єктом різних транснаціональних утворень, громадянам важко відстоювати право на ефективну державну владу, оскільки остання подекуди виступає виразником не національних, а глобальних інтересів. Це ще раз підтверджує і той факт, що держава як найвища національна цінність в умовах глобалізації є інертним утворенням, не здатним до обслуговування інтересів своїх громадян, а отже, і до самоорганізації, якої потребують від неї процеси глобалізації [20, с. 127].

На думку Р. О'Брайєн, «нація стає недоречною, хоча вона ще й існує. Чим ближче ми підходимо до глобальної інтеграційної цілісності, тим ближче ми до кінця географії». [21, р. 4]

Отже, держава, незалежно від ступеня свого розвитку, перебуває в прямій залежності від характеру взаємовідносин з основними інституційними елементами глобальної системи управління та подальших потенційних перспектив її формування. Однак, саме держава в особі керівників не повинна забувати про те, що успішна її участь у глобальній регулятивній системі залежить від реалізації її національних інтересів і економічного потенціалу, яким вона володіє. Пріоритетом повинні залишатись ті стратегічні кроки, які забезпечують цілісність та максимальну реалізацію економічного, політичного, інтелектуального, ресурсного та іншого потенціалу за умов збереження внутрішньої стабільності та консолідованості нації [22].

Характерним рисами суспільних відносин сучасності є їх гуманізація та глобалізація. Саме ці процеси здійснюють суттєвий вплив на алгоритми організації та функціонування державних органів, встановлюють певні вимоги щодо діяльності держави не тільки у встановленні її функцій, а й їх втілення в життя.

З цього приводу Ю.О. Тихомиров вказує наступні риси розвитку держави на сучасному етапі: «1) збільшення обсягу загальнонаціональних справ, що вирішуються державною владою; 2) залежність від принципів і норм міжнародного права; 3) всемірне за-

безпечення прав особистості; 4) зміна співвідношення з правом, виражене у виході права за межі державної сфери; 5) гнучкі модифікації і поєднання державних інститутів». [23, с. 47]

У найближчій перспективі (10–20 років) діяльність сучасної держави буде значною мірою пов'язана із інформаційно-комунікативним середовищем. Розвиток демократії та інформаційних потреб суспільства з одного боку, та технологічна еволюція – з іншого стануть запорукою зміщення акцентів організації та функціонування механізму сучасної держави у сферу електронного урядування (демократії). Як колись суспільство впровадило в промисловість роботів, так у найближчому майбутньому значний сегмент чиновників буде замінено ефективними алгоритмами (програмними продуктами), які дозволять не тільки подолати корупцію, але й спростити та прискорити процеси функціонування механізму держави.

Таким чином, втілення інтернет-технологій у сферу державної влади, з одного боку дозволить підвищити її ефективність, а з іншого – зробить більш відкритою роботу органів державної влади. Робота в режимі електронного урядування принципово змінює атмосферу взаємодії чиновників і населення. Кожен громадянин отримує можливість відстежувати події в діяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, знати про плани їх роботи, безпосередньо вступати у взаємодію з ними без черг та зайвої бюрократії.

Електронне урядування – це нові вимоги до державних службовців, службовців органів місцевого самоврядування, новий рівень професіоналізму, новий підхід до виконання обов'язків, це автоматизація роботи з документами, із заявами громадян, довідками, ліцензіями, іншими формальними актами, які легалізують певну діяльність громадянина. Це також і можливість громадянина відслідковувати долю його запиту, скарги, пропозиції, вимоги. Офіційна установа перестає бути темним ящиком, в якому безслідно зникають всі вияви громадянської активності. Електронне урядування забезпечує, перш за все, прозорість роботи державного апарату, знижує, якщо не ліквідує, залежність громадянина чи організації від сваволі чиновника, а отже – попереджує корупцію [24].

Наслідками запровадження електронного урядування будуть: відкритість та прозорість діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування; економія часу та матеріальних ресурсів; підвищення якості надання адміністративних послуг.

Організація ефективного електронного урядування виступає не тільки формою втілення в життя такого особливого принципу механізму сучасної держави як «комунікативність», а й відображенням одного із головних напрямів впливу інформаційного суспільства на існування сучасної держави.

Держава має виконувати роль головного організатора та координатора у визначенні пріоритетів розвитку

інформаційного суспільства. При цьому вищі органи влади держави мають сформулювати єдину скоординовану між суб'єктами суспільних відносин державну політику побудови інформаційного суспільства, де мають бути чітко визначені роль і місце її головних учасників в ієрархії пріоритетів від людини, окремих громадян, громадських організацій, комерційного сектору до держави з урахуванням інтересів міжнародного співтовариства [25, с. 218].

У такому розумінні Інтернет у політиці починає ставати одним з інструментів політичної діяльності, відіграє роль «альтернативного каналу громадянської активності». Якщо можливість участі індивідів у політичних процесах довіртуалізаційної епохи зумовлювалося наявністю адміністративних, організаційних, інформаційних і фінансових ресурсів, то в епоху Інтернету вона залежить від інформаційної компетентності, цільової орієнтації особистості, групи і суспільства в цілому. У зв'язку з цим, лейтмотивом концепції громадянського суспільства сучасності стала інтернет-комунікація, формування нового типу громадянськості, можливість використання Інтернету як інструменту «взаємодії трьох гілок влади і регулювання їх відносин з громадянами» [26, с. 37].

Поряд із цим, розвиток існування сучасної держави та її механізму, безумовно пов'язаний із ідеологічною складовою. Розвиток буде якісним, якщо буде спиратися на морально-етичні норми. Сучасна держава являє собою особливу структуру, вплив якої на різні сторони суспільного життя складно оцінити однозначно. Проте, цей вплив існує. Чим більше людина цікавиться суспільством, в якому вона живе, взаємодією його складових частин, тим простіше їй в цьому суспільстві жити. У цьому контексті ідеологічна складова допомагає людині в правильному осмисленні багатьох життєвих питань. Ідеологія останнім часом почала відігравати значну роль у формуванні соціальних інститутів, вона, як виток з джерел національної культури та історії, виступає основою філософсько-етичного вчення, а відтак має популяризуватися та підтримуватися із боку держави.

Ефективний механізм сучасної держави має відповідати вимогам інформаційного суспільства. Проблеми, що виникають перед сучасною державою, не можуть бути вирішені лише традиційним шляхом перерозподілу засобів, бо якість таких рішень залежить від такої організації державного управління, при якій значна увага буде приділятися сфері електронних послуг держави, електронному урядуванню, та активної участі громадян у процесах прийняття політичних рішень.

**Висновки.** Враховуючи проведений аналіз, ми можемо констатувати, що в найближчій перспективі (10–15 років), механізм сучасної держави має базуватися на наступних вихідних засадах: стійкість держави

та демократичні способи організації влади; «відносна суверенність»; легалізація державної влади; людиноцентризм (як вихідна засада і принцип функціонування механізму сучасної держави); інформування громадян про діяльність органів виконавчої влади і місцевого самоврядування через інформаційні технології; організація електронного документообігу в органах влади і місцевого самоврядування; забезпечення можливості звернення громадян до органів державної влади через інформаційні технології; надання адміністративних послуг через інформаційні технології; формування ідеологічної основи діяльності механізму сучасної держави.

Яким буде механізм держави в Україні? Є надія, що він сформується у відповідності до вимог механізму сучасної держави, у аксіологічному сенсі її розуміння.

### Список використаних джерел

1. Манько Д.Г. Легалізація у механізмі дії права : [монографія] / Д.Г. Манько. – Херсон : Олді-плюс, 2014. – 223 с.
2. Актуальні грані загальної теоретичної юриспруденції : [монографія] / [Ю.М. Оборотов, В.В. Завальнюк, В.В. Дудченко та ін.] ; за ред. Ю.М. Оборотова. – Одеса : Фенікс, 2012. – 492 с.
3. Андріяш В.І. Глобалізація політики та перспективи її розвитку в сучасних умовах / В.І. Андріяш, О.Н.Свтушенко // Наукові праці. Державне управління – Миколаїв : Вид-во МДГУ ім. Петра Могили, 2012. – Вип. 135. Т. 147. – С. 17–21.
4. Котова Ю.Р. Політична глобалізація та суверенітет держав [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.gusnauka.com/36\\_PWMN\\_2010](http://www.gusnauka.com/36_PWMN_2010).
5. Фукуяма Ф. Сильное государство. Управление и мировой порядок в XXI веке / Ф. Фукуяма. – пер. с англ. – М. : АСТ: МОСКВА: ХРАНИТЕЛЬ, 2007. – 220 с.
6. Тоффлер Э. Третья волна / [Э. Тоффлер] ; под ред. П.С. Гуревича. – М. : ООО «Фирма «Издательство АСТ», 1999. – 784 с.
7. Тоффлер Э. Война и антивоенная: что такое война и как с ней бороться. Как выжить на рассвете XXI века / Э. Тоффлер, Х. Тоффлер. – М. : АСТ: Транзит-книга, 2005. – 412 с.
8. Панарин А.С. Искушение глобализмом / А.С. Панарин. – М. : Рус. нац. фонд, 2000. – 381 с.
9. Киссинджер Г. Нужна ли Америке внешняя политика / Г. Киссинджер. – М. : Ладомир, 2002. – 352 с.
10. Zakaria F. The Post-American World / F. Zakaria // The New York Times. – 2008. – 6 May. – 264 p.
11. Тоффлер Э. Третья волна / [Э. Тоффлер] ; под ред. П.С. Гуревича. – М. : ООО «Фирма «Издательство АСТ», 1999. – С. 500.
12. Даль Р. Демократия и ее критики / [Р. Даль] ; под ред. М.В. Ильина. – М. : РОССПЭН, 2003. – 576 с.
13. Покровский Н. В зеркале глобализации / Н. Покровский // Сумерки глобализации: Настольная книга антиглобалиста. – М. : ООО «Издательство АСТ : ЗАО НПП «Ермак», 2004. – С. 54–75.
14. Переслегин С.Б. Самоучитель игры на мировой шахматной доске / А.С. Панарин. – М. : АСТ ; СПб. : Terra Fantastica, 2006. – 619 с.

15. Андрияш В. І., вказана праця – С. 18.
16. Коноваленко І. Проблема співвідношення наднаціональності та суверенітету в основних концепціях західно-європейської інтеграції / І. Коноваленко // Наукові записки. Політологія / Національний університет «Києво-Могилянська академія». – 1999. – Т. 12. – С. 48–55.
17. Троян І. Трансформація державного суверенітету в умовах глобалізації / І. Троян // Українська національна ідея: реалії та перспективи розвитку. – Випуск 23. – 2011. – С. 158–164.
18. Соловьёв А.И. Политический облик постсовременности: очевидность явления // Общественные науки и современность. – 2001. – № 5. – С. 66–81.
19. Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век / И.И. Лукашук. – М., 2000. – 237 с.
20. Войтович Р. Особливості формування «сильної держави» в умовах глобалізації / Р. Войтович // Наукові записки Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І.Ф. Кураса НАН України : збірник наукових праць. – К., 2007. – Вип. 33. – 474 с.
21. O'Brien R. Global Financial Integration. The end of Geography / R. O'Brien. – L., 1992. – 432 p.
22. Котова, Д.І., вказана праця.
23. Тихомиров Ю.А. Государственно-правовая интеграция / Ю.А. Тихомиров // Право и политика. – 2002. – № 6. – С. 47–56.
24. Демкова М. Електронне урядування – запорука прозорості та ефективності влади / М. Демкова // Юридичний журнал. № 3. – 2007 р. [Електронний ресурс] в. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2614>.
25. Гриценко О.В. Проблеми державного управління в умовах формування інформаційного суспільства в Україні / О.В. Гриценко // Сучасна українська політика. – Спецвипуск: Україна як суб'єкт сучасних цивілізаційних процесів. – К. : Видавництво «Фенікс», 2011. – 352 с.
26. Новикова И. Роль и место средств массовой информации в развитии информационного общества // Власть. – 2009. – № 8. – С. 37–38.



## КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

УДК 347.962 (477)

### СУД В СИСТЕМІ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

Денис БАРОНІН,

здобувач кафедри організації судових та правоохоронних органів  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

#### SUMMARY

This paper investigates the basic characteristics of the court and proved its status of a public authority. Accentuated the need for the judiciary interacts with other government agencies. Studied in detail the forms of interaction trial with legislative and executive powers. The conclusion about the wisdom of strategy development is the interaction of the judiciary and other branches of government, which should include the following basic principles, the unity of the courts of general jurisdiction; involvement of other powers in the selection and appointment of judges; empowerment of independent entities in forming the corps of judges; internal corporate approach to the appointment of heads of courts, the right of legislative initiative of the Supreme Court of Ukraine and others.

**Key words:** courts, judiciary, public authorities, interaction of state bodies.

#### АНОТАЦІЯ

В статті досліджено основні ознаки суду та доведено його статус органу державної влади. Акцентовано на необхідності взаємодії суду з іншими органами державної влади. Докладно досліджено форми взаємодії суду з органами законодавчої та виконавчої влади. Зроблено висновок щодо доцільності розробки стратегії взаємодії судової та інших гілок влади, яка має передбачати такі основоположні засади, як єдність судів загальної юрисдикції; участь інших гілок влади в процесі добору та призначення суддів; розширення повноважень незалежних суб'єктів у формуванні суддівського корпусу; внутрішньо корпоративний підхід до призначення керівників судів, надання права законодавчої ініціативи Верховному Суду України тощо.

**Ключові слова:** суд, судова влада, органи державної влади, взаємодія державних органів.

**Постановка проблеми.** У найбільш загальному розумінні термін «суд» становить переважно узагальнене поняття органу, наділеного повноваженнями щодо реалізації одного з видів державної влади – судової. Традиційно при характеристиці суду прийнято робити акцент на те, що суд – це спеціальний орган, який здійснює правосуддя. Зокрема, як зазначає В.Т. Маляренко, суд – це орган держави для здійснення правосуддя, який з'явився одночасно з виникненням держави та є її неодмінним атрибутом [1, с. 686]. Підтримуючи зазначене, акцентуємо, що суд у своєму сучасному розумінні виник разом зі становленням державної влади, окремі повноваження якої увійшли до компетенції суду, тобто суд – це орган державної влади, який має певну внутрішню структуру, в якій виникають взаємовідносини як і в самій структурі, так і з іншими органами державної влади [2, с. 15]. Тобто суд є окремим, самостійним учасником правовідносин, що складаються у суспільстві.

Категорія «державний орган» залежно від сфери її застосування визначається по-різному, однак найбільш універсальне поняття, на наш погляд, було запропоноване П.Т. Василенковим, який охарактеризував державний орган як організацію, яка становить частину державного апарату, що має певну компетенцію, структуру, територіальний масштаб діяльності, створюється

в законодавчо визначеному порядку, володіє певним методом роботи, наділена повноваженнями виступати від імені держави й покликана вирішувати її завдання і здійснювати основні функції [3, с. 41].

Державні органи відрізняють від недержавних органів та організацій за такими ознаками:

1) формування державного органу з волі держави і здійснення ним своїх функцій від імені держави;

2) виконання кожним державним органом чітко визначених, встановлених у законодавчому порядку видів і форм діяльності;

3) наявність у кожного такого органу юридично закріплених організаційної структури, територіального масштабу діяльності, спеціального положення, що визначає його місце й роль у державному апараті, а також порядку його взаємовідносин з іншими державними органами та організаціями;

4) наділення державного органу повноваженнями державно-владного характеру [4, с. 345].

Проаналізувавши зазначені ознаки можна стверджувати, що суду притаманні всі основні ознаки державного органу, які, крім того, доповнюються й власними рисами, що виникають в силу специфічності основної функції суду – здійснення правосуддя.

**Метою цієї статті** є аналіз специфіки взаємовідносин суду з іншими органами державної влади. Ст. 6 Консти-

туції України закріплює, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України. У зв'язку з цим вітчизняний дослідник Г.О. Федоренко слушно зауважує, що ставлення до поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову як до простого поділу законодавчих, виконавчих, судових функцій між відповідними видами влади є надто спрощеним, оскільки принцип розподілу влади передбачає не лише розмежування повноважень між окремими видами державної влади, а й, водночас, їхню співпрацю у так званих «поділених» сферах їх діяльності [5, с. 8]. Крім того, не можна вести мову й щодо єдиних стандартів чи паритетних засад організації та функціонування рівнозначних гілок державної влади, адже, як слушно зауважив, порівнюючи організацію органів судової та виконавчої влад, Ю.П. Битяк, виконавчу владу здійснюють на засадах поділу державної влади на гілки не на всіх рівнях, а лише на вищому, оскільки на місцевому рівні відсутні законодавчі органи. На рівні району в місті є судові органи, але водночас відсутні органи виконавчої влади (державного характеру), крім міст Києва та Севастополя. Немає їх і на рівні села, селища та міста. Управління на цьому рівні здійснюють органи місцевого самоврядування; виконавча влада здійснюється системою спеціально створених суб'єктів – органами виконавчої влади різних рівнів, які наділені виконавчою компетенцією, що не властиво органам законодавчої та судової влади [6, с. 12]. Тому, з нашої точки зору, справедливим буде вести мову не про спільність засад організації органів державної влади, а про взаємодію органів різних гілок державної влади.

**Виклад основного матеріалу.** Поняття взаємодії доволі детально розглянуто в науковій літературі та довідниках. Зокрема, Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає її як взаємний зв'язок між предметами у дії, а також погоджену дію між ким-, чим-небудь [7, с. 125]. Таким чином, можна зробити висновок, що успішне розв'язання питання щодо місця суду в системі органів державної влади потребує визначення оптимальних напрямів взаємодії суду як суб'єкта судової влади із органами законодавчої та виконавчої гілок державної влади.

Згідно зі ст. 75 Конституції України законодавчу владу в державі становить Верховна Рада України. Вона – єдиний орган законодавчої влади в Україні. Як відзначив вітчизняний дослідник А. Крусян, взаємодія судів із Верховною Радою України має особливий характер порівняно із взаємодією з іншими державними органами. На його думку, вона полягає в тому, що Верховна Рада України є парламентом держави, її статус і діяльність визначені конституційними законами [8, с. 29], які мають особливу порівняно з іншими за-

конами юридичну силу. Тому така взаємодія набуває значущості. На це звертає увагу і В.В. Кравченко, який стверджує, що, здійснюючи законодавчу функцію, Верховна Рада України за допомогою закону (за умови відповідності його Конституції України) надає своєму рішенню вищу юридичну силу, пов'язуючи ним виконавчу і судову владу [9, с. 245].

Питання взаємодії Верховної Ради України і судової влади ґрунтовно досліджував вітчизняний науковець А. Селіванов. Зокрема, вчений наголошував на особливій важливості взаємовідносин між судовою гілкою влади та парламентом, оскільки вони мають визначальний вплив на всю систему державного управління. Пріоритети законодавця в забезпеченні правового механізму функціонування судової влади стають дедалі більш істотними і в досягненні достатньої для незалежного правосуддя матеріально-фінансової бази, і в реалізації завдань правосуддя шляхом створення повноцінної системи законодавства, усунення розбіжностей і колізій у правовому регулюванні суспільних відносин [10, с. 3].

Взаємовідносини судової та законодавчої влади будуються винятково на нормах Конституції України і чинного законодавства, аналіз яких дає змогу виокремити форми такої взаємодії:

1. Законодавча влада визначає правові засади організації та функціонування органів судової влади. Можна виокремити цілу групу законів України, які регламентують організацію і діяльність органів судової влади в державі. Серцевину цієї групи становлять три закони: «Про судоустрій і статус суддів», «Про Конституційний Суд України» і «Про Вищу раду юстиції». Водночас діяльність судових органів детально регламентована у Законах України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23.12.1993 р., «Про судову експертизу» від 02.02.1994 р., «Про доступ до судових рішень» від 22.12.2005 р., «Про судовий збір» від 08.07.2011 р., у чотирьох процесуальних кодексах України тощо. Зазначені законодавчі акти містять основні елементи забезпечення відносин Верховної Ради України та судів. Водночас, законодавча влада не має права позбавити судову владу повноважень, передбачених Конституцією України.

2. Судова влада перевіряє законність і конституційність актів, прийнятих законодавчою владою, тобто здійснює судовий нормоконтроль і конституційний контроль. Як влучно зазначили О.Н. Ярмиш і В.О. Сербогін, Конституція України закріпила універсальну юрисдикцію суду, зробивши предметом судового розгляду законність будь-яких актів і рішень органів публічної влади [11, с. 602].

3. Законодавчі органи беруть безпосередню участь у формуванні суддівського корпусу. Зокрема, Верховна Рада задіяна у формуванні вищих виконавчих і судових органів, що виражається у призначенні третини складу Конституційного Суду України (п. 26 ст. 85) та обранні суддів безстроково (п. 27 ст. 85).

4. Дострокове припинення Верховною Радою України повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим у разі ухвалення Конституційним Судом України висновку про порушення Верховною Радою Автономної Республіки Крим Конституції України або законів України, а також призначення позачергових вибрів до неї. Щодо припинення повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим за наявності рішення Конституційного Суду України щодо порушення нею Конституції України або законів України, то таким є рішення Конституційного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради Автономної Республіки Крим «Про Декларацію про незалежність Автономної Республіки Крим і міста Севастополя» від 11 березня 2014 р. № 1727–6/14 Суду України у справі № 1–15/2014 від 20 березня 2014 р. № 3–рп/2014 за зверненням Верховної Ради України про надання висновку (газета «Крымские известия», 2014 р., 12 березня) [12].

5. Взаємодія Верховної Ради України (а точніше – Голови Верховної Ради України) зі судовими органами в тій або іншій формі в разі дострокового припинення повноважень народних депутатів з різних причин. Зокрема, за рішенням суду на підставі закону достроково припиняються повноваження народного депутата в разі невиконання вимоги про несумісність депутатського мандата з іншими видами діяльності (ч. 2 ст. 5 Закону України «Про статус народного депутата України»). У разі дострокового припинення повноважень народного депутата комітет, до компетенції якого належить питання депутатської етики, розглядає відповідні матеріали і дає висновок Голові Верховної Ради України, який у десятиденний термін звертається до суду або повертає матеріали комітету з обґрунтуванням відмови у зверненні до суду. За дорученням Голови Верховної Ради України до суду з питання дострокового припинення повноважень народного депутата також може звернутися Перший заступник або заступник Голови Верховної Ради України (абзац 2 ч. 2 ст. 5). Водночас комітет, до компетенції якого належить питання депутатської етики, в разі повернення Головою Верховної Ради України матеріалів з обґрунтуванням відмови у зверненні до суду, розглядає їх і в разі незгоди з нею вносить пропозицію про розгляд цього питання на засіданні Верховної Ради України (абзац 3 ч. 2 ст. 5). За рішенням Верховної Ради України Голова Верховної Ради України зобов'язаний звернутися до суду для вирішення питання про дострокове припинення повноважень такого народного депутата. Верховна Рада України своїм рішенням також може зобов'язати звернутися до суду з питання щодо дострокового припинення повноважень народного депутата Першого заступника або заступника Голови Верховної Ради України (абзац 4 ч. 2 ст. 5).

6. Відносини народних депутатів України безпосередньо із судами, що впливають з повноважень на-

родних депутатів як представників Верховної Ради України. Ці відносини обумовлені нормами Закону України «Про статус народного депутата України». Зокрема, депутат не має права залучатися як експерт органами досудового слідства, прокуратури, суду, а також провадити адвокатську діяльність (ч. 5 ст. 3) – тобто здійснювати певну взаємодію з судовими органами через надання адвокатських послуг. Ще одним із напрямів зазначеної взаємодії з судовими органами є отримання інформації певного виду. Йдеться про проведення розслідувань з питань, які становлять суспільний інтерес, за ініціативою не менше ніж 150-ти депутатів, коли Верховна Рада України може створювати тимчасові слідчі комісії для їх підготовки і розгляду. Водночас слід зауважити, що відповідно до концепції розподілу влади висновки і пропозиції таких тимчасових слідчих комісій не є обов'язковими для суду.

7. Чинний Регламент Верховної Ради України, прийнятий Законом України «Про Регламент Верховної Ради України», дещо розширив загальні засади взаємодії Верховної Ради України з органами судової влади та їх посадовими особами. Зокрема, Верховна Рада України не може офіційно запрошувати або вимагати присутності суддів на її пленарному засіданні, на відміну від будь-якої іншої посадової або службової особи (ч. 3 ст. 6). Голова і судді Конституційного Суду України, Голова Верховного Суду України разом із керівництвом держави запрошуються апаратом Верховної Ради України на урочисте засідання Верховної Ради з нагоди прийняття присяги новообраними народними депутатами (ч. 4 ст. 14). Голова Конституційного Суду України, Голова Верховного Суду України мають гарантоване право виступу на пленарному засіданні (ч. 1 ст. 34).

8. Слід зауважити, що організаційну та іншу роботу з питань взаємодії Верховної Ради з органами судової влади й інформаційного забезпечення діяльності Верховної Ради за розподілом обов'язків безпосередньо виконує заступник Голови Верховної Ради України (абзац 2 ч. 3 ст. 80). Відділ зв'язків з органами правосуддя Секретаріату Верховної Ради України виконує технічну та організаційну роботу, здійснює контроль за дотриманням термінів виконання доручень керівництва Верховної Ради України щодо звернень Конституційного Суду України та інших органів правосуддя.

9. Представник Верховної Ради України бере участь у роботі Конституційного Суду України, яка здійснюється згідно з Положенням про постійного представника Верховної Ради України в Конституційному Суді України, затвердженим постановою Верховної Ради України від 20 травня 1999 р. № 691–ХГУ.

10. Обов'язок апарату Парламенту забезпечити народного депутата рішеннями Конституційного Суду України, Верховного Суду України та іншими матеріалами (ч. 1 ст. 19 Закону України «Про статус народного депутата України»). Цей напрям взаємодії

Верховної Ради України із судами дає змогу народним депутатам постійно отримувати інформацію про діяльність судової влади в державі і забезпечує права народного депутата України на інформацію і її використання.

Наступним питанням, що потребує окремої уваги, є взаємодія виконавчих та судових органів. Щодо виконавчої влади, то відповідно до ст.ст. 113, 118 Конституції України вищим органом у її системі є Кабінет Міністрів України, а в областях і районах її реалізують місцеві державні адміністрації. Слід зазначити, що чіткі механізми безпосередньої взаємодії судової і виконавчої влади в якомусь єдиному нормативному акті не визначені. Показовим є те, що Головні управління юстиції Міністерства юстиції України в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі згідно з п. 4.68 Положення про Міністерство юстиції України повинні організувати взаємодію судів й інших органів державної влади у цивільних і кримінальних справах з компетентними органами іноземних держав на підставі законів, міжнародних договорів України; забезпечувати виконання положень міжнародних договорів України про правову допомогу та правові відносини в цивільних та кримінальних справах.

Не менш важливе значення повинне приділятися в Україні взаємодії судових органів з місцевими державними адміністраціями. З цього приводу Р.В. Горобець та О.О. Михайлович [13] зазначають, що історично склався стереотип, за яким питання діяльності судової влади фактично ототожнюється із правосуддям, але зовсім не асоціюється з управлінською діяльністю. Але і сама система судоустрою, і конкретний окремий суд є складними механізмами, функціонування яких потребує адміністрування в матеріально-технічній, організаційній та фінансовій сферах. Водночас на місцеві державні адміністрації покладено низку завдань щодо сприяння судам у їх адміністративно-управлінській діяльності. Зокрема, відповідно до ч. 1 Рекомендаційного переліку управлінь, відділів, інших структурних підрозділів Київської міської державної адміністрації, в її апараті утворено відділ взаємодії з судами, правоохоронними органами та органами юстиції [14]. Також на підставі рішення Київської міської ради від 25 травня 2011 р. № 199/5586 «Про затвердження Міської цільової програми сприяння в забезпеченні діяльності судів загальної юрисдикції та інших судових органів у місті Києві на 2011–2015 роки» [15] було створено належні умови для функціонування і діяльності суддів щодо забезпечення їх відповідними приміщеннями, як це передбачено Розпорядженням Президента України від 27 липня 1996 р. № 208/96–рп «Про забезпечення судів приміщеннями».

М.Й. Вильгушинський слушно зазначає, що для успішного окреслення шляхів взаємодії судів з місцевими державними адміністраціями, в українському законодавстві існує нагальна потреба розробки норматив-

ного акту, який детально б регламентував порядок, процедуру такої взаємодії та вирішив би проблему «розпо- рошення» функцій організаційного забезпечення судової влади між різними владними інституціями [16, с. 9].

На наш погляд, можна виокремити наступні форми взаємодії суду з органами виконавчої влади:

– Контрольні відносини, що складаються у сфері контролю судами за діями або бездіяльністю органів виконавчої влади. Суди, здійснюючи судову владу і розглядаючи скарги, покликани забезпечувати контроль за законністю в країні, гарантувати пріоритет прав і свобод людини і припиняти будь-яке їх порушення. Кожен має право на звернення до суду і судовий контроль. Оскаржити можна акти індивідуального та загального нормативного характеру, колективні та одноосібні рішення і дії (або бездіяльність). Конституція України, а також Закон України «Про звернення громадян» значно розширили можливості громадян щодо судового захисту їх прав і свобод від неправомірних рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, інших юридичних, посадових і службових осіб у сфері управлінської діяльності. Зазначені відносини розглядаються у контексті поняття адміністративної юстиції, тобто судового захисту прав громадян від незаконних дій та рішень органів управління.

– Відносини у сфері виконання рішень судів. Виконавча влада необхідна для виконання судових актів після набуття ними законної сили, тобто після набуття ним властивості незмінюваності, що забезпечується унеможливленням їх зміни та невідворотності (обов'язковості) виконання.

Тут, зокрема, доволі важливою проблемою для судової влади, на нашу думку, залишається виконання самих судових рішень. Відомо, що відшкодування шкоди, а також стягнення з боржників по всій території України не покриває й половини сум, що призначаються судами. Залежно від правильності виконання Державною виконавчою службою Мін'юсту України рішень судів залежить авторитет судової влади. Невиконання рішень призводить до утиску конституційних прав громадян, дискредитує правову і судову системи в країні, ускладнює соціальну напруженість у суспільстві. На підставі цього слід зауважити, що основний зміст відносин Міністерства юстиції України і судів повинен полягати в тому, що саме Міністерство юстиції від імені держави повинно забезпечувати встановлений законодавством порядок діяльності судів і виконання судових рішень за допомогою організаційного та методичного керівництва діяльністю служби судових виконавців, провадженням кадрової політики щодо судових виконавців. Державна виконавча служба, на підставі своїх повноважень, у встановленому порядку повинна забезпечувати діяльність Конституційного Суду України, Верховного Суду України, нижчих за ієрархією судів загальної юрисдикції, а також виконання судових актів.

**Висновки.** На підставі проведеного аналізу можна дійти такого висновку: якщо діяльність законодавчої і виконавчої влади, місцевого самоврядування визначається необхідністю гарантувати права і свободи людини та громадянина, то саме судам належить їх реальне забезпечення.

Така закономірність і раніше знаходила відображення в літературі. Зокрема, В.С. Нерсесянц, досліджуючи питання судової реформи, вважав, що необхідна передумова ефективного здійснення функцій правосуддя – це послідовність утілення в життя принципу поділу влади [17, с. 49]. Без цього і суд, і правосуддя неминуче перебуватимуть під неправовим тиском, а забезпечення незалежності суду стане цілком неможливим.

Належну реформу судової влади можна здійснити лише у тому разі, якщо у своїй правосудній діяльності вона буде керуватися лише правом, законом і залишатиметься незалежною від посадових осіб та органів законодавчої і виконавчої влади. Особливе значення має незалежність суду від виконавчої влади у сфері забезпечення прав людини. Сучасна оцінка основної мети судової реформи також зводиться до створення незалежної судової влади, здатної обмежувати свавілля інших гілок державної влади, надійно захищати права особи і громадянина суспільства шляхом упровадження ефективних способів громадського контролю за діяльністю суду, оскільки безконтрольність будь-якої гілки влади неминуче призводить до сваволі.

Отже, можна констатувати, що основні зусилля (в контексті вдосконалення інституційно-правових засад взаємодії суду з органами інших гілок влади) повинні концентруватись у необхідності безумовного забезпечення незалежності судової влади, ефективного, всебічного і неупередженого судового захисту. Ні законодавча, ні виконавча влада не повинні в жодному разі втручатися в судовий процес, вдаватися до будь-яких дій, які можуть вплинути на ухвалене суддею рішення, або в інший спосіб заважати належній роботі суду під час здійснення правосуддя. Вважаємо, що незалежність судової влади, як основний фундаментальний принцип розвитку демократії та громадянського суспільства, а також необхідна умова входження нашої держави в Європейський правовий простір, має базуватися не лише на суто правових гарантіях, зокрема на незмінюваності та недоторканності суддів, а й на відповідних матеріальних і фінансових засадах. З іншого боку, судовій владі відведено винятково важливу роль у забезпеченні системи стримувань і противаг між різними гілками державної влади. Вона має юридичну можливість впливати на рішення та дії законодавчої і виконавчої влади, рівноважувати й, навіть, контролювати їх. Особливо слід зазначити, що судова влада за своєю природою є вирішальною. Саме вона оцінює діяльність законодавчої і виконавчої влади і з будь-якого питання виносить остаточний вердикт.

У цьому контексті, на нашу думку, першочерговим завданням є розробка стратегії взаємодії судової та інших гілок влади, яка має передбачати такі основоположні засади, як єдність судів загальної юрисдикції; участь інших гілок влади в процесі добору та призначення суддів; розширення повноважень незалежних суб'єктів у формуванні суддівського корпусу; внутрішньо корпоративний підхід до призначення керівників судів, надання права законодавчої ініціативи Верховному Суду України тощо.

### Список використаної літератури

1. Юридична енциклопедія в 6 т. / [под. ред. Ю.С. Шемшученко та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 2003. – Т. 5 : П–С. – 736 с.
2. Ершов В.В. Суд в системе органов власти (к вопросу об административном судопроизводстве) / В.В. Ершов // Актуальні проблеми застосування Цивільного процесуального кодексу та Кодексу адміністративного судочинства України : наук. повідомл. учасн. міжнар. наук.-практ. конф. (25–26 січня 2007 р.). – Х., 2007. – С. 15–18.
3. Василенков П.Т. Органы советского государства и их система на современном этапе / П.Т. Василенков. – М. : Моск. ун-т, 1967. – 304 с.
4. Теория государства и права : [ученик] / М. Н. Марченко. – 2-е изд. перераб. и доп. – М. : ТК Велби : Проспект, 2004. – 640 с.
5. Федоренко Г.О. Законодавча влада в системі розподілу державної влади в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право». – К., 2000. – 21 с.
6. Адміністративне право України : [підручник] / [Ю.П. Битяк, В.М. Гарашук, О. Дьяченко та ін.]; за ред. Ю. П. Битяка. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 544 с.
7. Великий тлумачний словник сучасної української мови / под ред. В.Т. Бусел. – Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – 920 с.
8. Крусян А.Р. Сучасний український конституціоналізм : [монографія] / А.Р. Крусян. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 558 с.
9. Кравченко В.В. Конституційне право України : [навч. посіб.] – вид. 3-тє, виправл. та доповн. / В.В. Кравченко. – К. : Атіка, 2004. – 512 с.
10. Селіванов А. Парламент і судова влада: актуальні питання взаємодії / А. Селіванов // Голос України. – 2006. – 14 листопада. – № 1411. – 3 с.
11. Ярмиш О.Н. Державне будівництво та місцеве самоврядування в Україні / О.Н. Ярмиш, В.О. Серьогін. – Х. : ХНУВС, 2002. – 672 с.
12. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням виконуючого обов'язки Президента України, Голови Верховної Ради України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради Автономної Республіки Крим «Про Декларацію про незалежність Автономної Республіки Крим і міста Севастополя» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-14>.
13. Горобець Р.В. Деякі аспекти взаємодії між органами державної виконавчої і судової влади / Р.В. Горобець, О.О. Михайлович // Теоретичні та прикладні питання дер-

жавотворення : збірник наукових праць. – 2011. – Вип. 8 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/16tpdp/2011\\_8/](http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/16tpdp/2011_8/).

14. Про затвердження рекомендаційних переліків управлінь, відділів, інших структурних підрозділів Київської міської та районної в м. Києві державних адміністрацій : Постанова Кабінету Міністрів України від 3 вересня 2008 р. № 791 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 68. – 54 с. – Ст. 2280.

15. Про затвердження Міської цільової програми сприяння в забезпеченні діяльності судів загальної юрисдикції та інших

судових органів у місті Києві на 2011–2015 роки : Рішення Київської міської ради від 25 травня 2011 р. № 199/5586 // Хрещатик. – 2011. – № 60 (931). – С. 4–6.

16. Вильгушинский М.Й. Шляхи взаємодії судів з місцевими державними адміністраціями / М.Й. Вильгушинский // Адвокат. – № 9 (144). – 2012. – С. 7–10.

17. Нерсесянц В.С. Независимость суда, формы и средства ее обеспечения / В.С. Нерсесянц // Социалистическое правовое государство: концепция и пути реализации. – М., 1990. – С. 47–51.



УДК 342.4

## ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ СТАНДАРТІВ СТАТУСУ СУДДІВ У КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Ірина ІВАНОЧКО,

аспірант кафедри європейського права факультету міжнародних відносин  
Львівського національного університету імені Івана Франка

### SUMMARY

This article is devoted to regulation of the status of judges on the international legal and constitutional and legal levels. Particular attention is paid to the obligation of conforming to international legal standards the main provisions of the Constitution of Ukraine concerning the status of judges on determining the role of President and Parliament in the process of appointing judges, the requirements for judicial candidates, as well as defining the role of the High Council of Justice in the appointment, disciplining and dismissal of judges.

**Key words:** status of judges, constitutional and legal level, the international legal level, international legal standards for the status of judges, the High Council of Justice.

### АНОТАЦІЯ

У статті досліджується міжнародно-правовий та конституційно-правовий рівні регулювання основних положень статусу суддів. Особлива увага звертається на обов'язковість приведення у відповідність до міжнародно-правових стандартів статусу суддів основних положень Конституції України щодо визначення ролі Президента та Парламенту в процедурі призначення на посади суддів, вимог до кандидатів на посади суддів, а також визначення ролі Вищої ради юстиції при призначенні, притягненні до дисциплінарної відповідальності та звільненні суддів.

**Ключові слова:** статус суддів, конституційно-правовий рівень, міжнародно-правовий рівень, міжнародно-правові стандарти статусу суддів, Вища рада юстиції.

**Постановка проблеми.** У процесі судово-правової реформи все частіше виникає необхідність у нагальному запровадженні ефективних гарантій забезпечення незалежності суддів та судової гілки влади, які закріплені на міжнародному рівні. Станом на сьогодні, на рівні законів, зроблено багато кроків для приведення національного законодавства у сфері статусу суддів у відповідність до міжнародно-правових стандартів. Однак, для подальшого запровадження в державі міжнародних стандартів першочерговим завданням залишається внесення змін до Конституції України щодо ключових питань статусу суддів.

У сучасному світі значимість правосуддя та його головних носіїв – суддів об'єктивно зростає. На теперішній час саме від судових рішень все більшою мірою залежать захист прав і свобод людини. Враховуючи це, першочерговим є забезпечення незалежності суддів. Цілком закономірним є і те, що найбільш суттєві елементи статусу суддів регламентуються нормами не лише національного, а й міжнародного права. У контексті зростаючої інтернаціоналізації суспільства міжнародне право, а також судова практика Європейського суду з прав людини мають усе більший вплив на національне законодавство.

**Стан дослідження.** Проблемам регулювання статусу суддів приділяли увагу вітчизняні та зарубіжні вчені, такі як: В.Д. Вознюк, В.В. Городовенко, В.С. Єгорова, В.М. Колісниченко, М.І. Клеандров, Л.М. Москвич, Т.Н. Нешатаєва, Р.Р. Салізмязнова, А. Мартін, А. Аббасі,

М. Ландес та інші дослідники. Дослідження вказаних науковців мають важливе як наукове, так і практичне значення. Разом з тим єдиного комплексного підходу до вирішення питання гармонізації конституційно-правового та міжнародно-правового регулювання статусу суддів не розроблено.

**Метою і завданням статті** є розгляд деяких проблемних питань статусу суддів, які визначаються або повинні бути визначені Конституцією України та приведення у відповідність національного законодавства у сфері статусу суддів до міжнародних стандартів.

**Виклад основного матеріалу.** Насамперед зазначимо, що статус суддів регулюється різними нормативно-правовими актами, це конституція, закони, міжнародні договори (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо [1]). Відомий російський вчений М.І. Клеандров вказав на те, що правовий компонент статусу судді включає три складові: конституційне право, федеральне законодавство та міжнародне право [2, с. 112]. Підтримуємо думку вченого та вважаємо, що беручи до увагу закріплення правового положення суддів у нормативно-правових актах, існують такі рівні правового регулювання статусу суддів в Україні:

– конституційно-правовий рівень – основні положення статусу суддів закріплюються та гарантуються на найвищому правовому рівні – у Конституції, яка має найвищу юридичну силу;

– міжнародно-правовий рівень – міжнародна спільнота розробила цілий ряд документів, що

закріплюють універсальні норми та принципи у сфері регулювання статусу суддів, серед яких: Основні принципи незалежності судових органів (схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 р.), Загальна (Універсальна) хартія судді (схвалена Міжнародною асоціацією суддів 17 листопада 1999 р.), Європейська хартія про закон «Про статус суддів» (Рада Європи, 8-10 липня 1998 р.) та інші, яких необхідно дотримуватись усім державам;

– законодавчий рівень (спеціальне законодавство про статус суддів) – держава з метою конкретизації та розвитку конституційних норм прийняла спеціальний закон, що регулює правове положення суддів (Закон України «Про судоустрій та статус суддів»).

Відповідно до Статуту ООН і Віденської конвенції про право міжнародних договорів (1969 р.) [3] Україна зобов'язана дотримуватись та виконувати чинні міжнародні договори, учасницею яких вона є, а також дотримуватись загальноновизнаних норм та принципів міжнародного права. У подальшому обов'язок України дотримуватись міжнародно-правових стандартів був розвинутий в ряді рішень міжнародних та європейських інституцій щодо України.

Міжнародно-правові стандарти передбачають створення на найвищому рівні законодавчої бази щодо основних засад статусу суддів, особливо щодо призначення на посади суддів. Так, Європейська хартія про закон «Про статус суддів» (Рада Європи, 1998 р.) передбачає: «У кожній європейській державі основні засади статусу суддів повинні передбачатись у внутрішніх нормах на найвищому рівні, а його основні положення принаймні на законодавчому рівні» [4, с. 91]. Вказане положення удосконалено та закріплено в одному з недавніх міжнародних документів, Рекомендації СМ/Рес (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки (п. 7) [5]: «Незалежність суддів та судової влади мають гарантуватися Конституцією або закріплюватись на найвищому правовому рівні держав-членів, а на законодавчому рівні мають бути встановлені більш конкретні норми». На теперішній час Європейська комісія «За демократію через право», більш відома як Венеціанська комісія, обґрунтовано підтримує такий підхід, зазначаючи, що основні гарантії незалежності судової влади та суддів, повинні закріплюватись у національних конституціях [6].

Більшість західноєвропейських держав закріпили основні положення статусу суддів у своїх конституціях, які детально розкриті в спеціальних законах. Так, Конституція Франції містить VIII розділ «Про судову владу» [7], яким закріплено визначення судової влади та основні принципи її організації, а також гарантії незалежності суддів. Детально розкрито зміст правового статусу суддів в органічних за-

конах Франції, таких як: Закон про Вищу раду магістратури 1958 р. [8], Закон про статус магістратури 1958 р. [9]. У Німеччині такі положення закріплені в розділі IX Конституції з назвою «Правосуддя» [10, с. 243] та деталізуються в Законі про судоустрій від 27 січня 1877 р. (в редакції від 9 травня 1975 р.), Федеративному законі про суддів від 19 квітня 1972 р. (із змінами, внесеними законом від 11 січня 1993 р.) та законах земель [11, с. 34].

В Україні, дотримуючись міжнародних стандартів, закріплено статус суддів у розділі VIII Конституції України з назвою «Правосуддя» [12] та деталізовано в спеціальному Законі України «Про судоустрій та статус суддів» [13]. На конституційному рівні закріплено принцип незалежності суддів (ст. 126 Конституції України), вимоги до кандидатів на посаду суддів та підстави припинення повноважень суддів (ст. 127 Конституції України), повноваження президента та парламенту в процедурі призначення суддів (ст. 128 Конституції України), статус органу, що відповідає за формування суддівського органу – Вищої ради юстиції (ст. 131 Конституції України), які підлягають певним змінам та приведенню у відповідність до міжнародних стандартів.

Міжнародна спільнота, враховуючи роль органу, що відповідає за формування суддівського корпусу в забезпеченні справедливого та незалежного відправлення правосуддя, сформувала ряд вимог до такого органу. Так, в Європейській хартії про статус суддів (п. 1.3.) міститься положення, яке звучить так: «Щодо кожного рішення стосовно відбору та призначення судді на посаду, підвищення по службі або припинення його повноважень, законом має бути передбачено втручання органу, незалежного від виконавчої та законодавчої влади, у складі якого щонайменше половина членів – судді, обрані їх колегами, і в якому було б гарантовано якнайширше представництво суддівського корпусу» [4, с. 92]. Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, ухвалена 17 листопада 2010 р. [5], передбачає, що орган, який приймає рішення щодо добору та підвищення суддів по службі, повинен бути незалежним від виконавчої та законодавчої влади. Гарантією незалежності є те, що в складі такого органу щонайменше половина членів мають становити судді, обрані самими ж суддями. Таким чином, аналізуючи міжнародні стандарти, зазначимо основні вимоги до органу, який відповідає за формування суддівського корпусу:

- незалежний та компетентний орган, більшість членів якого сформована із суддів;
- орган, відповідальний за відбір суддів на основі об'єктивних критеріїв;
- орган повинен мати повноваження надавати рекомендації про призначення кандидата на посаду судді або мати повноваження призначати на посаду судді;
- діяльність незалежного та компетентного органу має бути прозорою.

Так, міжнародна спільнота рекомендує державам створити незалежний орган від законодавчої та виконавчої влади з істотним судовим представництвом, що дозволяє уникнути політичного впливу і гарантує його незалежність. Такий орган має бути буфером між судовою та виконавчою владою, і діяти таким чином, щоб захистити суддів від впливу з боку інших владних органів, а не бути їх інструментом.

У країнах Західної Європи існує єдиний вищий конституційний орган (наприклад, Вища рада магістратури – Франція, Італія), відповідальний за формування суддівського корпусу, який утворює допоміжні органи, необхідні для реалізації покладених на нього завдань. Такі допоміжні органи можуть відповідати за добір та кваліфікацію суддів (комісії, академії та школи суддів), дисциплінарну відповідальність суддів (різні види судових та дисциплінарних інспекцій).

В Україні за формування суддівського корпусу відповідає Вища рада юстиції – колегіальний та незалежний орган. Крім цього, відповідно до Закону України «Про судоустрій та статус суддів» діє Вища кваліфікаційна комісія суддів – постійно діючий орган у системі судоустрою України, який проводить добір на кандидатів на посади суддів вперше та надає рекомендацію про обрання на посаду судді безстроково. Отже існує два органи, які відповідають за проведення відбору на посади суддів, діяльність яких полягає в наступному: Вища кваліфікаційна комісія суддів України оголошує та проводить конкурс, приймає рішення і направляє його до Вищої ради юстиції, яка розглядає рекомендацію і вносить подання Президенту, а Президент призначає кандидата на посаду судді, який має право відхилити кандидатуру.

Існування двох самостійних органів, відповідальних за формування суддівського корпусу, створює лише складнощі в процедурі відбору, а тому така процедура за участю двох органів повинна бути усунута та приведена у відповідність до міжнародних стандартів. Так, Венеціанська комісія звернула увагу на те, що вона не бачить необхідності в збереженні обох окремих органів (п. 40 висновку CDL–AD (2013) 014). Більшість науковців також підтримує таку позицію, при цьому оптимальним є варіант, коли Вища рада юстиції не виконуватиме роль пошти між кваліфікаційною комісією і президентом, а сама здійснюватиме призначення, переведення або звільнення суддів за рекомендацією кваліфікаційної комісії, а отже процес ухвалення відповідних рішень пришвидшиться [14, с. 8–10]. Крім цього, вважаємо, що при призначенні президентом кандидатів на посади суддів його роль повинна мати ознаки формальності з метою уникнення будь-якої залежності від влади. Це означає, що глава держави призначатиме особу на посаду судді лише на підставі та згідно з поданням Вищої ради юстиції.

На конституційних змінах давно наполягає і Рада Європи, і Європейський Союз. Важливим є також і те,

що Європейський суд із прав людини рішенням у справі «Олександр Волков проти України» від 9 січня 2013 р. [15] зобов'язав Україну навести лад також у складі Вищої ради юстиції. Це рішення стало остаточним 27 травня 2013 р., яке Україна зобов'язана виконати.

У спільному експертному висновку щодо проекту Закону України «Про судоустрій і статус суддів», ухваленому Венеціанською комісією на 82 пленарному засіданні, зазначено, що «до Вищої ради юстиції входять політичні призначенці, а судді перебувають у меншості. Це аж ніяк не відповідає міжнародним стандартам, а тому необхідно виправити в ході майбутніх конституційних реформ» [16].

Саме тому, на виконання численних резолюцій Ради Європи, та рекомендацій Венеціанської комісії, варто переглянути положення ст. 131 Конституції України щодо статусу та складу Вищої ради юстиції та передбачити, що не менше половини складу Вищої ради юстиції повинні становити судді, обрані самими суддями, із залученням найширшого представництва суддів усіх рівнів, що забезпечить максимальну її деполітизацію, покращення функціональності, виведення за межі впливу законодавчої та виконавчої гілок влади. Вища рада юстиції повинна стати органом, який приймає рішення про призначення, просування по службі, переведення, притягнення до дисциплінарної відповідальності, звільнення суддів. Саме тому необхідно скасувати повноваження парламенту щодо призначення безстроково та звільнення суддів. Таким чином ми зможемо усунути політичну складову з процедури призначення, притягнення їх до відповідальності та звільнення суддів з посад.

Проте, 23 лютого 2014 р. Верховна Рада України прийняла закон щодо окремих питань судоустрою та статусу суддів, який відновлює повноваження парламентського комітету з питань правосуддя щодо попереднього розгляду кадрових питань суддів, які були в комітеті до судової реформи 2010 р. Прийняття такого роду закону є наміром парламенту перебрати на себе вирішення кадрових питань у судовій системі, що суперечить міжнародним стандартам та не відповідає прагненням європейської інтеграції.

Одна з фундаментальних проблем, що існує в Україні в системі призначення та звільнення суддів з посад, це існування інституту тимчасового призначення суддів – перше призначення на п'ятирічний термін, який передбачається як свого роду випробувальний період.

В Європейській хартії про закон «Про статус суддів» (Рада Європи, 1998 р.) зазначено: «Очевидно, що існування випробувальних термінів або вимог про поновлення на посаді означає труднощі та навіть небезпеку незалежності та безсторонності відповідного судді» [4, с. 93]. Більш категоричніше проголошує Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя (1983 р.): «Призначення суддів на тимчасовій основі чи з випробувальним періодом не відповідає

принципу незалежності. Подібні форми призначення мають бути поступово усунені, якщо вони далі існують» [17, с. 25]. Венеціанська комісія також цілком справедливо вважає, що встановлення випробувальних термінів може загрожувати незалежності суддів (п. 40 висновку Венеціанської комісії CDL-AD (2007) 028) [18].

Враховуючи зазначені міжнародні стандарти необхідно скасувати випробувальний термін у п'ять років, який не можна вважати прийнятним. Оскільки становище суддів при залишенні такого терміну погіршуватиметься тим, що для обрання безстроково їм доведеться пройти через політизовану процедуру в парламенті, що відобразиться на його незалежності. Відтак, закладається принцип незмінюваності суддів для чого скасовується п'ятирічний строк призначення на посаду судді вперше та тим самим усувається парламент від обрання суддів. Водночас, якщо суддя призначатиметься на посаду судді безстроково, а випробувальний п'ятирічний період скасується, варто передбачити підвищення вимог до кандидатів на посади суддів.

Щодо вікового цензу в Україні, то науковці Р.О. Герасимов та О.Є. Солярова [19, с. 29] вважають, що 25 років є дещо замалим. Суд і судочинство споконвіку – від Хамурапі і Соломона до Євангелічного «Не суди і не судимий будеш» – це вид священнодійства і тягар відповідальності, який безапеляційно вимагає зрілості. Оскільки суддям доводиться одноособово вирішувати долю конкретної людини, то 25-річний вік – замалий для призначення на суддівську посаду. Такої позиції дотримується Міжнародна асоціація суддів, яка вважає, що для того, аби суддя міг дискутувати з іншими особами з позицій необхідного авторитету, він повинен мати певний життєвий досвід (тільки частину якого становить досвід професійний), який можна набути не раніше ніж по досягненню 30 річного віку [20, с. 64]. Венеціанська комісія також висловила позицію про збільшення вікового цензу, який необхідний для зайняття посади судді.

Такого роду зміни до Конституції України були ініційовані в 2013 р. адміністрацією президента. Запропоновано «євроінтеграційний» проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України щодо посилення гарантій незалежності суддів», який схвалений європейським співтовариством. Проте, незважаючи на відповідність міжнародним стандартам та ефективність положень у забезпеченні незалежного та справедливого судочинства, станом на сьогодні він так і не прийнятий парламентом.

Підтримуємо позиції науковців та пропонуємо підвищити віковий ценз для заняття посади судді з 25 до 28 років, який необхідний для зайняття посади суддів є цілком обґрунтований та виправданий, зважаючи на ту соціальну роль, яку виконує суддя, а також збільшити стаж правничої роботи з 3 до 5 років як необхідної передумови зайняття посади судді. Як спра-

ведливо зазначила Міжнародна асоціація суддів, призначення суддів має базуватися на більш об'єктивних критеріях і відкривати шлях тільки для того, хто більш підготовлений для практичної роботи судді. Конституційний принцип незмінюваності суддів, що прийнятий в багатьох країнах, може розглядатися як ціна, що суспільство платить за незалежність суддів. Гарне управління кадрами має гарантувати, що через об'єктивний та зрозумілий процес призначення суддів ця ціна буде настільки скромною, наскільки це можливо. Найкращою гарантією досягнення цієї мети буде передача повноважень щодо цього процесу незалежному органу, що має включати достатню кількість представників суддівства, мати достатню методичну та технічну підтримку [20, с. 65].

Неодноразово наголошувалось на тому, що така конституційна підстава звільнення судді з посади, як порушення присяги, потребує уточнення та конкретизації. За своєю суттю присяга судді – це публічний церемоніальний акт, текст якого містить загальні постулати щодо згоди судді на служіння закону і справедливості. Вважаємо, що конституційне формулювання «звільнення судді за порушення присяги» видається надто широким для застосування. Крім того, міжнародні-правові стандарти статусу суддів вимагають максимальної законодавчої конкретики в питаннях визначення проступків, які є підставою для припинення повноважень судді.

Так, у Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо незалежності, ефективності та обов'язків суддів зазначено, що тлумачення закону, оцінювання фактів та доказів, які здійснюють судді для вирішення справи, не повинні бути підставою для цивільної або дисциплінарної відповідальності, за винятком випадків злочинного наміру або грубої недбалості. Дисциплінарне провадження може бути ініційовано, якщо суддя не виконав свої обов'язки ефективно та належним чином [5].

У спільному Висновку Венеціанської комісії та Дирекції зі співпраці Генерального Директорату з прав людини та правових питань Ради Європи від 7 жовтня 2010 р. №588/2010 звернуто увагу на те, що ризик політизації дисциплінарного провадження є високим і може мати охолоджувальний ефект на суддів, послаблюючи таким чином їх незалежність. Необхідно більш чітко визначити поняття «порушення присяги» суддею, а також дії судді, що можуть призвести до дисциплінарної відповідальності.

Крім того, Європейський суд із прав людини в рішенні від 9 січня 2013 р. «Олександр Волков проти України» проаналізувавши правову природу зазначеної підстави звільнення судді з посади, вказав на необхідність конкретизації поняття «порушення присяги», оскільки відсутність такої конкретизації надає дисциплінарному органу широкого розсуду в її застосуванні. Європейський

суд із прав людини наголосив на необхідності чіткого формулювання законодавчих актів, особливо у сфері дисциплінарного застосування.

**Висновки.** Європейський вибір України, закріплений на найвищому політичному рівні, про що свідчить підписана 27 червня 2014 р. на саміті ЄС у Бельгії Угода про асоціацію України з Європейським Союзом, потребує проведення змін у правовій системі держави для досягнення цієї мети. Вважаємо, що вірним шляхом є внесення змін до Конституції України з метою запровадження збільшення вікового цензу та стажу роботи в галузі права та безстрокового призначення суддів, без прямої участі будь-яких політичних органів, передусім президента і парламенту, у цій процедурі. Призначати суддів на посади повинна Вища рада юстиції за умови, що більшість в її складі становитимуть представники суддівського корпусу, обрані суддями, як цього вимагають міжнародні стандарти. Щодо системи дисциплінарної відповідальності суддів – варто чіткіше визначити підстави, передбачити пропорційні санкції та створити єдиний дисциплінарний орган. Такий крок засвідчить свідоме прагнення України до гармонізації національного законодавства з загально-визнаними нормами та принципами міжнародного права – міжнародними стандартами.

### Список використаної літератури

1. Закон України «Про міжнародні договори України» від 29.06.2004 / Відомості Верховної Ради. – 2004. – № 50. – ст. 540.
2. Клеандров М.И. Статус судьи: правовой и смежные компоненты / [М.И. Клеандров] ; под ред. М.М. Славина – М. : Норма, 2008. – 448 с.
3. Віденська конвенція про право міжнародних договорів (23 травня 1969 р.) [Електронний ресурс] – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/rada/show/995\\_118](http://zakon4.rada.gov.ua/rada/show/995_118).
4. Європейська хартія про закон «Про статус суддів» (Рада Європи, 1998 року) // Міжнародні стандарти незалежності суддів : збірка документів. – К. : Поліграф-Експрес, 2008. – С. 91–95.
5. Рекомендація СМ/Рес (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 р. на 1098 засіданні заступників міністрів [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a38).
6. Rapportsurl'indépendance du système judiciaire – CDL–AD (2010) 044. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.venice.cie.int/docs/2010/CDL–AD\(2010\)044-e.asp](http://www.venice.cie.int/docs/2010/CDL–AD(2010)044-e.asp).
7. Конституція Франції [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.zakoni.ucoz.ru/news/konstitucija\\_francii/2012-03-26-94](http://www.zakoni.ucoz.ru/news/konstitucija_francii/2012-03-26-94).
8. Ordonnance № 58–1271 du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature (abrogé par Loi № 94–100 du 5 février 1994) [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=5F4DBE699269033DA8819BE16D649F12>.
9. Ordonnance № 58–1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Version consolidée au 08 décembre 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legifrance.gouv.fr>.
10. Федеративная Республика Германия : Конституция и законодательные акты / под ред. Ю. П. Урьяса. – М. : Прогресс, 1991. – 472 с.
11. Салимзянова Р.Р. Независимость судебной власти как гарантия правового государства : [монография] / Р.Р. Салимзянова. – Казань : КЮИ МВД России, 2007. – 102 с.
12. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України від 28 червня 1996 р. зі змінами. – Х. : Право, 2011. – 56 с.
13. Закон України «Про судоустрій та статус суддів» від 7 липня 2010 р. / Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41–45. – ст. 529.
14. Конституційні аспекти судової реформи в Україні : Матеріали науково-практичної конференції 24–25 березня 2011 р. – Львів : ФОП Кундельський Г.Л., 2011. – 232 с.
15. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Олександр Волков проти України» від 9 січня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974\\_947](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_947).
16. Спільний експертний висновок щодо проекту Закону України «Про судоустрій та статус суддів», підготовлений Венеціанською комісією та Дирекцією з технічного співробітництва Генеральної Дирекції з прав людини та правових питань Ради Європи, ухвалений Венеціанською комісією на 82 пленарному засіданні (12–13 березні 2010 р.) на основі коментарів С. Гасса, Дж. Гамільтона, М. Пеллонпя та Г. Сухоцької (п. 27.) [Електронний ресурс] – Режим доступу : [http://www.scort.gov.ua/clients/vsen.nsf/0/31442ab10276912bc22576f2003e0acc/\\$FILE/CDL-AD\(2010\)003-ukr.pdf](http://www.scort.gov.ua/clients/vsen.nsf/0/31442ab10276912bc22576f2003e0acc/$FILE/CDL-AD(2010)003-ukr.pdf).
17. Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя (1983 р.) // Міжнародні стандарти незалежності суддів: збірка документів. – К. : Поліграф-Експрес, 2008. – С. 22–27.
18. Міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К. : Істина, 2010. – 488 с.
19. Герасим Р.О., Скляр О.Є. Конституційні основи правосуддя: що і чому доцільно змінити Р.О. Герасим, О.Є. Скляр // Конституційні аспекти судової реформи в Україні: Матеріали науково-практичної конференції 24–25 березня 2011 р. – Львів : ФОП Кундельський Г.Л., 2011. – 29 с.
20. Висновки «Набір та навчання суддів в сучасному суспільстві» Першої експертної комісії Міжнародної Асоціації Суддів (22–26 вересня 1996 р.) // Міжнародні стандарти незалежності суддів : збірка документів. – К. : Поліграф-Експрес, 2008. – 64 с.

УДК 342.7.(477)

## ПРИНЦИПИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАХИСТУ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВ ТА СВОБОД ІНОЗЕМЦІВ В УКРАЇНІ

Ольга ТИМОШЕК,

здобувач кафедри конституційного та міжнародного права  
Національної академії внутрішніх справ

### SUMMARY

The article is an important task is to determine the implementation of the principles of protection of constitutional rights and freedoms of foreigners in Ukraine. Different ways of classifying them. Among these principles were singled out from the many regulatory provisions only ones that are precisely the principles of realization of the right of protection of constitutional rights and freedoms of foreigners. A science-based proposals to address the existing problems of the designated subjects research.

**Key words:** principles of legal protection, principles of the protection, protection of constitutional rights and freedoms of foreigners.

### АНОТАЦІЯ

У статті важливим завданням є визначення принципів реалізації захисту конституційних прав та свобод іноземних громадян в Україні. Розглянуто різні способи їх класифікації. Серед перерахованих принципів виокремлено з багатьох нормативно-правових положень тільки ті, які є саме принципами реалізації правового захисту конституційних прав та свобод іноземців. Розроблено науково обґрунтовані пропозиції з вирішення існуючих проблем з означеної тематики дослідження.

**Ключові слова:** принципи правового захисту, принципи реалізації захисту, захист конституційних прав та свобод іноземців.

**Постановка проблеми.** Без можливості захисту конституційних прав та свобод іноземних громадян охорона прав та свобод буде неповною. Захист – це надієвіша охорона, другий її ступінь.

Право на захист ще не є захистом. Захист означає реалізацію права в конкретних життєвих ситуаціях, конкретних відносинах. Своє право на захист людина може реалізувати в різних формах. Права та свободи іноземців в Україні виступили та продовжують виступати свого роду заручниками складних процесів державотворення, об'єктом системних політичних спекуляцій із боку практично усіх політичних сил, що значною мірою нівелювало в суспільній свідомості й саму цінність прав людини.

Різні напрямки діяльності держави повинні відповідати притаманним їй обов'язкам, які мають культурне підґрунтя (що має прояв у сподіваннях громадян) і об'єктивні передумови економічного характеру. У зв'язку із цим слід відзначити неприпустимість звуження прав та свобод, які закріплено в нормативних актах, оскільки можуть спостерігатися значні деструктивні наслідки щодо розвитку індивідуальної ініціативи громадян, а також можливостей щодо отримання державами додаткового стимулу для розвитку через зацікавленість населення в самореалізації.

Отже, розвиток самої держави повинен здійснюватися з урахуванням потреб її громадян та громадян, які перебувають на її території. У свою чергу забезпечення та захист їхніх прав і свобод потребує

відповідної діяльності й самої держави, і її органів та посадових осіб.

Реалізація принципів захисту конституційних прав та свобод іноземців потребує багаторівневої й багатоаспектної діяльності, яка в підсумку й повинна мати на меті не тільки досягнення належного стану «забезпеченості та захищеності» прав і свобод. Проте відповідність цієї діяльності міжнародним нормам та стандартам має виражатися в приписах національного законодавства. Остання обставина може подекуди розглядатися неоднозначно, оскільки в цьому разі можливе виникнення суперечності між умовним «зовнішнім утручанням у справи держави», а також панівними уявленнями щодо суверенітету (а подекуди й можливостями держави).

**Мета та завдання статті.** Найголовнішою передумовою ефективного захисту є принципи правового захисту, тому що він є початком, основою, вихідним пунктом всієї системи правового захисту. Правовий захист буде надійним настільки, наскільки всебічно, повно та чітко будуть закріплюватися та втілюватися в життя його принципи. Тому метою статті є визначення, виокремлення принципів реалізації захисту конституційних прав та свобод іноземців в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** Безумовно, принципи реалізації захисту конституційних прав та свобод іноземців – неоднозначне явище, досліджувати яке можна й треба з різних точок зору. Проте бажано все ж таки внести в наявні поняття й принципи правової системи

якусь визначеність тою мірою, яка взагалі можлива в юридичній теорії [1, с. 8].

Як відомо, термін «принципи» походить від латинського слова «*principium*», котре позначає початок, основу. Тому не випадково в найширшому розумінні принципи захисту є початком, вихідним пунктом становлення й буття [2, с. 9]. Поняття принципу захисту прав та свобод насамперед пов'язано з його оцінкою як загального положення. В юридичній літературі загально визнано, що принципи – це основні, вихідні положення, які визначають загальну спрямованість права й найбільш суттєві риси його змісту [2, с. 43].

Принципи реалізації захисту прав та свобод іноземців, на нашу думку, слід поділити на конституційні, законодавчі, юридичні, правові.

Юридична процедура реалізації захисту конституційних прав та свобод іноземців – це встановлена в законі й спрямована на здобуття людиною певних особистісних і соціальних цінностей послідовність та узгодженість дій уповноваженого й зобов'язального суб'єктів, а також обсяг, зміст, форми, способи, методи та строки їх вчинення.

Юридична процедура повинна являти собою оптимальний засіб реалізації захисту прав та свобод іноземців, здатний забезпечити максимально ефективний захист її потреб.

Захист прав та свобод іноземців реалізується на основі рівноправності. Це головний принцип, що характеризує правовий статус особистості. Зміст аналізованого принципу багатогранний. У Конституції України виділені три основні аспекти цього принципу: рівність усіх перед законом і судом; рівність прав і свобод людини та громадянина; рівноправність чоловіка та жінок.

Беручи до уваги усталене в науці розмежування функцій держави (відзначаються порівняно «вищим» рівнем «узагальнення») та функцій її органів, можна відзначити, що аналогічного розмежування потребують й теоретичні конструкції щодо форм їх реалізації. Водночас слід указати на те, що й ті, й інші форми в підсумку спрямовані на досягнення єдиної «стратегічної мети» у вигляді стану «реалізації забезпеченості та захищеності прав і свобод людини й громадянина» (тобто всього населення, у тому числі й іноземних громадян).

Аналізуючи принципи права як загальні положення, треба мати на увазі діалектичний зв'язок між загальним і окремим. Якщо йдеться про правові принципи, то окремими є відповідні галузі права, правові інститути, правові норми. Це дає підстави зробити висновок, що правильною й методологічно обґрунтованою є позиція авторів, які вважають, що ті основи, які ще не закріплені в правових нормах, не можуть бути віднесені до правових принципів. Вони є лише ідеями правосвідомості, науковими висновками, а не принципами права [3, с. 103]. Усі правові принципи (загальні, галузеві), як справед-

ливо підкреслювали Р. Лівшиц і В. Нікітинський, не існують поза конкретними правовими нормами, у правовому принципі закладене те загальне, що реально виявляється в численних особливостях окремих норм [4, с. 31].

Принципи є соціальними нормами, тобто правилами, що забороняють чи спонукають до певних дій. Якщо принципу не можна ні дотримуватися, ні порушити його, то він є фіктивним і не має значення, а отже, його треба скасувати.

Для формування цілісної картини щодо принципів права слід розглянути спосіб їх класифікації. У юридичній літературі немає єдності щодо класифікації принципів права.

Л. Явич визначає такі:

1. основні принципи (які диференціює на загальносоціальні та спеціальноюридичні);
2. міжгалузеві й галузеві;
3. інститутів права;
4. правотворчості й правосуддя;
5. законності й правосвідомості;
6. правового регулювання, тобто насамперед міжгалузеві та галузеві принципи права, а також принципи інститутів права [1, с. 146].

А. Васильєв, В. Лазарєв виділяють три види принципів права: загальноправові, міжгалузеві, інституційні [5, с. 16].

П. Рабінович пропонує таку класифікацію:

1. загальнолюдські (цивілізаційні);
2. типологічні принципи об'єктивного юридичного права;
3. конкретно-історичні;
4. галузеві;
5. міжгалузеві [6, с. 82–84].

А. Колодій у монографії «Принципи права» надає, на наш погляд, більш загальну класифікацію принципів права:

1. правосвідомості;
2. правоутворення;
3. правотворчості: а) законотворчості; б) нормотворчості;
4. системи права: а) загальноправові (основні); б) міжгалузеві; в) галузеві; г) інститутів права;
5. структури права: а) загальносоціального й юридичного права; б) публічного й приватного; в) регулятивного й охоронного; г) матеріального й процесуального; д) об'єктивного й суб'єктивного;
6. правореалізації (правозастосування);
7. правоохорони: а) правосуддя; б) юридичної відповідальності [7, с. 171].

А. Колодій слушно зауважує, що принципи права є критерієм оцінки права та методологічною основою вдосконалення, тому що саме на засадах принципів оцінюють рівень та ефективність реалізації права, його пізнають і поліпшують.

Ми вважаємо, що всі зазначені класифікації мають право на існування, незважаючи на деяку їх категоричність. Усе залежить від мети та методів дослідження. Ні в якому разі не можна давати перевагу якомусь одному виду принципів, ігноруючи інші.

Ігнорування одного з принципів усієї системи прямо та безпосередньо відобразиться на здійсненні інших принципів. Суворе дотримання кожного з них є умовою виконання всіх інших принципів і навпаки. Принципи, які існують у відповідній системі, діють не тільки залежно від свого змісту, але й від дієздатності системи принципів права в цілому. Тільки тому їхня існування об'єктивно необхідне й доцільне [8, с. 24].

На думку А. Колодія, теорія (аналогічно й класифікація) принципів права, а отже, і принципів правового захисту перебуває нині на стадії становлення й пошуку, формується як складний синтез опосередкування й осмислення багатьох проблем, пов'язаних із політичними, економічними, духовними та іншими процесами й відображає рух суспільства й держави до громадянського суспільства й правової держави. З погляду на це особливої уваги потребує проблема побудови системи принципів права й принципів правового захисту, що зумовлено специфікою суспільних відносин [7, с. 297].

Названі принципи є принципами права та принципами реалізації правового захисту.

Проблема принципів реалізації правового захисту потребує всебічного дослідження на новій конституційній основі з урахуванням існуючих проблем теорії та практики. За основу для використання принципів правового захисту в дослідженні слід використати принципи правового статусу особи, які визначили провідні юристи [9, с. 155]. Так, принципами правового статусу особи є такі принципи, узаконені Конституцією України:

1. принцип вільності й рівності людей у своїй гідності та правах, що означає, що всі люди є вільними й рівні щодо своїх прав та гідності (ст. 21);

2. принцип невідчужуваності й непорушності прав і свобод означає, що закріплені Конституцією України права й свободи людини є незворотними (ст. 21);

3. принцип невичерпаності прав і свобод людини й громадянина означає, що кількість цих прав не вичерпується вказаними в Конституції України (ст. 22);

4. принцип гарантованості й довічності прав та свобод означає, що конституційні права та свободи не можуть бути скасовані (ст. 22);

5. принцип права на вільний розвиток особистості означає, що кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права й свободи інших осіб, та має обов'язки перед суспільством, у якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості (ст. 23);

6. принцип рівності конституційних прав і свобод громадян та їх рівності перед законом означає, що

не може бути привілеїв чи інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками (ст. 24);

7. принцип права громадянства та його зміни означає, що громадянин України не може бути позбавлений громадянства й права змінити громадянство (ст. 25);

8. принцип національного режиму для іноземців та осіб без громадянства означає, що іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами й свободами, а також мають ті самі обов'язки, що й громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією України, законами чи міжнародними договорами України (ст. 26).

Перераховані принципи дозволили виокремити з багатьох нормативно-керівних положень тільки ті, які є саме принципами реалізації правового захисту прав та свобод іноземців:

1. принцип невідчужуваності й непорушності прав і свобод (ст. 21);

2. принцип гарантованості й довічності прав та свобод (ст. 22);

3. принцип рівності конституційних прав і свобод громадян та їхньої рівності перед законом (ст. 24);

4. принцип права на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб (ст. 55);

5. принцип відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальних чи моральних збитків (ст. 56);

6. принцип недопустимості зворотної дії закону (ст. 58);

7. принцип права на правову допомогу (ст. 59);

8. принцип необов'язковості виконання явно злочинного розпорядження чи наказу (ст. 60);

9. принцип недопустимості подвійного притягнення до юридичної відповідальності одного виду (кримінальної, адміністративної тощо) за одне й те саме правопорушення (ст. 61);

10. принцип (презумпція) невинуватості особи (ст. 62);

11. принцип звільнення від юридичної відповідальності за відмову давати показання або пояснення (ст. 63);

12. принцип недопустимості обмеження конституційних прав і свобод (ст. 64).

Для більш глибокого розуміння принципів реалізації правового захисту необхідно виокремити їхні ознаки.

Як відомо, принципи правового захисту складаються з норм права, але вказати нормативне джерело немає можливості. На жаль, в Україні ще не прийнятий спеціальний закон, який проголошував би ці принципи. Принципи реалізації правового захисту знаходять своє

відображення в основному законі держави – Конституції України.

Нормативність принципів – це найбільш високий ступінь узагальнення, порівняно з нормативністю конкретних правових норм. Вони не містять гіпотези, диспозиції, санкції. Але все ж таки в окремих випадках, спираючись на них, можна врегулювати конкретні відносини між громадянами, з одного боку, державою та суспільством – з іншого [11].

Предметна визначення означає, що об'єктивним критерієм для визначення принципу правового захисту є специфіка предмета правового регулювання, тобто особливості суспільних відносин, які регулюються нормами права. Іншими словами, принцип має відображати сутність сукупності будь-яких норм під кутом зору того, що вони регулюють. Принципи реалізації правового захисту, маючи один загальний предмет – правозахисні відносини, крім того, мають у ньому тільки їм властиві сфери діяльності.

Цільова спрямованість – це принципотворча ознака, що дає можливість виокремити принципи реалізації правового захисту за напрямком та бажаним результатом в галузі правового регулювання правозахисних відносин.

Стабільність означає, що принцип правового захисту діє впродовж певного, відносно тривалого, часу.

Універсальність – ознака визначальна для виокремлення принципу з норм права, важлива якість, яка відокремлює її від правової норми. Універсальність принципу базується на його всеосяжності, загальнообов'язковості, вищій імперативності й прямій дії.

Взаємозв'язок та взаємодія принципів правового захисту. Характерною особливістю принципів правового захисту треба вважати те, що вони не розрізнені, а знаходяться в цілісній системі й субординації, яка відображає не тільки властивості юридичної надбудови, але й місце кожного з принципів у правозахисному інституті [1, с. 147–148]. Зв'язок принципів визначається єдиною метою. Для досягнення цієї мети вони повинні взаємодіяти.

Принципом може бути тільки те положення, яке не суперечить іншим принципам права, правового захисту, досвіду і юридичній практиці. Принципи є соціальними нормами, тобто правилами, що забороняють чи потребують певних способів дій.

За сферою дії можна виділити загальні права в правовому захисті іноземців та принципи власне реалізації правового захисту конституційних прав та свобод іноземців.

Загальні принципи права – це основні начала, які визначають найбільш істотні властивості права в цілому, його зміст і особливості як регулятора всієї сукупності суспільних відносин [12, с. 216].

До таких принципів належать:

1. принцип непорушності прав і свобод людини (ст. 21);

2. принцип гарантованості й довічності прав та свобод (ст. 22);

3. принцип особистої недоторканності (ст. 29) та інші.

До принципів власного правового захисту можна віднести такі:

1. принцип права на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, посадових чи їхніх службових осіб (ст. 55);

2. принцип відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальних збитків чи моральної шкоди (ст. 56);

3. принцип права на правову допомогу (ст. 59).

За характером дії можна виділити принципи, які забороняють порушувати існуюче право людини, – це принципи заборони, а також принципи, які надають право на здійснення певних дій для свого захисту, – ті, що уповноважують.

Слід відзначити поділ принципів реалізації правового захисту прав і свобод на принципи правосуддя та юридичної відповідальності.

Під правосуддям розуміють один із видів державної діяльності, яка здійснюється виключно судовою системою та полягає в тому, що суд розглядає на своїх засіданнях справи, пов'язані з правопорушеннями й суперечками про право, виносить вироки й рішення, які передбачають у відповідних випадках заходи державного примусу [1, с. 183].

Юридична відповідальність як вид принципів правового захисту являє собою систему (сукупність) норм, які передбачають кримінальну, адміністративну, цивільно-правову або дисциплінарну відповідальність за порушення прав і свобод [9, с. 156].

**Висновки.** Узагальнюючи сказане вище, слід зазначити: принципами реалізації правового захисту конституційних прав та свобод іноземців є особливе виявлення загальних принципів права, до числа яких загальна теорія права відносить законність, рівність усіх перед законом і судом, справедливість, гуманізм, презумпцію невинуватості й необоротність дії закону, який встановлює чи обтяжує відповідальність. Принципи правового захисту є критерієм законності й правомірності дій громадян і посадових осіб, адміністративного апарату й органів юстиції. Вітчизняна юридична наука не дає визначення принципів реалізації правового захисту. Тому буде доцільним сформулювати поняття «принципи реалізації правового захисту».

Принципи реалізації правового захисту – це головні нормативно-регулятивні напрямки правового впливу, спрямовані на досягнення мети правового захисту прав та свобод і на висвітлення явищ, які шкодять здійсненню правового захисту.

Істотний ріст значення принципів правового захисту відображає також збільшення ролі свідомого управління

соціальними процесами, програмування суспільних змін відповідно до об'єктивних вимог, з максимальним урахуванням інтересів усього народу й кожної людини. Значення принципів правового захисту посилюється завдяки подальшому розвитку демократії, елементом якої є законність, котра потребує суворого гарантування конституційних прав і свобод кожного громадянина, точного виконання законів держави, найбільш повної реалізації юридичних норм, всебічного використання суб'єктивних прав і точного виконання юридичних обов'язків [1, с. 146].

Система принципів правового захисту людини має співвідноситися із системою принципів права, в основі якої лежить родова класифікація. Підставами класифікації принципів права є такі: зміст суспільних відносин (предмет); метод правового регулювання; мета та завдання, які стоять перед відповідними галузями та інститутами права.

У разі порушення прав або виникнення перешкод на шляху їх здійснення кожний іноземний громадянин в Україні має право на захист із боку держави. Із цією метою остання має створити систему відповідних юридичних засобів. Йдеться про засоби, за допомогою яких припиняються порушення прав та свобод іноземців, усуваються перешкоди в реалізації їхніх прав, і відновлюються порушені права.

Серед юридичних засобів захисту прав іноземців чільне місце належить адвокатурі. Головна соціальна місія, фундаментальне призначення адвокатури – це захист прав людини. Це положення має бути основним у вирішенні проблем досконалого функціонування цього надзвичайного важливого правозабезпечувального інституту.

### Список використаної літератури

1. Явич Л. Право развитого социалистического общества: сущность и принципы / Л. Явич. – М. : Юрид. лит, 1978. – 224 с.

2. Кондратьев Р. Принципы права та їх роль у регулюванні суспільних відносин / Р. Кондратьев, О. Гернего // Право України. – 2000. – № 2. – С. 43–45.

3. Алексеев С. Проблемы теории права : [курс лекций] : в 2-х т. / С. Алексеев. – Свердловск : Юрид. ин-т., 1972. – Т. 1. – 396 с.

4. Ливищ Р. Принципы советского трудового права / Р. Ливищ, В. Никитинский // Советское государство и право. – 1974. – № 8. – С. 31–39.

5. Васильев А. О правовых идеях-принципах / А. Васильев // Советское государство и право. – 1975. – № 3. – С. 11–18.

6. Рабінович П. Основи загальної теорії права та держави : [посібник для студентів спеціальності «Правознавство»] / П. Рабінович. – вид. 2-е, зі змін. і доп. – К., 1994. – 326 с.

7. Колодій А. Принципы права України : [монографія] / А. Колодій ; Національна академія внутрішніх справ України. – К. : Юрінком Інтер., 1998. – 308 с.

8. Лукашева Е. Принципы социалистического права / Е. Лукашева // Советское государство и право. – 1970. – № 6. – С. 21–29.

9. Конституція незалежної України : [навчальний посібник] / за ред. В. Погорілка, Ю. Шемчушенка, В. Євдокимова. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького, 2000. – 578 с.

10. Конституція України : зі змінами, внесеними згідно із Законом № 5-рп/2014 від 15.05.2014 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

11. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности частей первой и второй статьи 54 Жилищного кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданки Л.Н. Силатовой от 25 апреля 1995 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1996. – № 18. – Ст. 1708.

12. Хропанюк В. Теория государства и права : [учебное пособие для высших учебных заведений] / В. Хропанюк ; под ред. проф. В. Стрекозова. – М. : «Дабахов; Ткачев; Димов», 1995. – 226 с.

13. Про ратифікацію Конвенції про захист прав та основних свобод людини : Закон України від 1950 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 40. – С. 263.

УДК 347.961

## ПРАВОСУБЪЕКТНОСТЬ НОТАРИАТА КАК ЭЛЕМЕНТ ЕГО КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОГО СТАТУСА

Екатерина ЧИЖМАРЬ,

кандидат юридических наук, доцент,

докторант кафедры конституционного права и сравнительного правоведения юридического факультета  
ГВУЗ «Ужгородский национальный университет»

### SUMMARY

The features in the legal category of «legal subjects». The author pays special attention to the legal personality of notaries. Approaches revealed a number of domestic and foreign scientists investigated regarding category.

**Key words:** notaries, notaries institute, notary, legal capacity.

### АННОТАЦИЯ

Исследуются особенности правовой категории «правосубъектность». Автор уделяет особенное внимание правосубъектности нотариата. Раскрываются подходы многих отечественных и зарубежных ученых относительно исследованной категории.

**Ключевые слова:** нотариат, институт нотариата, нотариус, правосубъектность, правоспособность, дееспособность, деликтоспособность.

**Постановка проблемы.** Категория правосубъектности прочно утвердилась в научной терминологии и широко применяется во всех отраслевых юридических науках. Однако проблему правосубъектности нельзя считать окончательно решенной, поскольку до сих пор не сформулировано однозначное понимание ее содержания и соотношения с другими категориями общей теории права. Сфера применения категории «правосубъектность», ее содержание, структурные элементы как в общей теории государства и права, так и в отраслевых юридических науках раскрываются неоднозначно, и этот предмет, соответственно, нуждается в дальнейшем исследовании.

**Анализ научных источников.** В современной литературе имеет место длительная и масштабная дискуссия по поводу определения содержания правосубъектности и связанных с ней категорий теории права, к которой приобщились такие ученые, как Р. Халфина, С. Кечекьян, С. Алексеев, В. Нерсесянц, С. Архипов и другие. В результате их исследований наметилась тенденция относительно более объемного (по сравнению с цивилистическим) понимания субъективного права и правоотношений; по-разному определяются правовой статус и правовое положение, правосубъектность, правоспособность, дееспособность, соотношение между ними и так далее.

Теоретической базой исследования стали также научные монографии и статьи целого ряда современных отечественных и зарубежных правоведов, как в области проблем организации и функционирования института нотариата, осуществления им своей профессиональной деятельности, так и по вопросам обеспечения конституционного права на квалифицированную юридиче-

скую помощь. Это работы В. Аверьянова, И. Безклубого, Д. Белова, Ю. Бисаги, Н. Кузнецовой, П. Косянчука, Я. Ленгер, М. Онищенко, Н. Матузова, А. Малько, П. Рабиновича, В. Середюк, И. Табарина. Среди работ, касающихся непосредственно института нотариата и нотариальной деятельности, можно назвать также исследования В. Бранкова, С. Гусарева, Л. Грудцыной, А. Кулика, И. Москаленко, Л. Радзиевской, С. Пасечник, С. Фурсы, И. Черемных, В. Яркова и других.

**Изложение основного материала.** Базовым элементом конституционно-правового статуса субъекта является его правосубъектность. Свойство быть субъектом права не возникает стихийно, оно не представляет природного качества человека. Это свойство, как справедливо отмечал Г. Шершеневич, «является творением объективного права» [1, с. 215]. Иными словами, только с помощью законодательно закрепленных норм возможна установка и предоставление специфического юридического качества (правосубъектности), что позволяет лицу или организации быть субъектом права [2, с. 60].

Вопросам правосубъектности института нотариата уделялось внимание в работах ученых в области гражданского процесса. Что касается непосредственной правосубъектности нотариата, то этот вопрос требует более обстоятельного исследования на теоретическом уровне, поскольку в теории как материального, так и процессуального права имеют место противоречивые взгляды на правовую категорию.

Так, в материальном праве в одних научных источниках вопросы гражданской правосубъектности рассматриваются только в отношении юридических лиц [3, с. 231], в других – только в отношении физических лиц [4, с. 41]. Отечественные ученые-цивилисты, раскрывая понятие

правосубъектности в отношении юридического лица, отмечают, что под гражданской правосубъектностью юридического лица следует понимать способность быть субъектом гражданских отношений; она состоит из гражданской правоспособности и гражданской дееспособности этого лица [5, с. 239]. Вместе с тем они не включают в понятие гражданской правосубъектности деликтоспособность.

Итак, высказываются различные взгляды на определение содержания этой правовой категории. Большинство авторов, как мы видим, не предоставляют правосубъектности самостоятельное значение и рассматривают ее не как отдельное правовое и категориальное средство, а как обобщающее понятие, отражающее наличие у участника правоотношений определенных юридических свойств в их неразрывном единстве.

А. Иоффе подчеркивал, что истоки теоретических представлений о правосубъектности тесно связаны с категориями «правоспособность» и «дееспособность». Во-первых, по немецкой доктрине термин «правосубъектность» отождествлялся с правоспособностью, исходя из того, что субъектом права считался тот, кто может иметь права; во-вторых, по французской доктрине термин «правосубъектность» рассматривался через взаимосвязь правоспособности и дееспособности [6, с. 84].

В современной отечественной теории права утверждается, что под правосубъектностью физических и юридических лиц понимается наличие у них свойств правоспособности и дееспособности [7]. При этом С. Архипов подчеркивает, что дееспособность как более высокая ступень развития правосубъектности вмещает в себя правоспособность в качестве одной из своих сторон, аспектов [8, с. 133].

В то же время существует точка зрения, что применять институты правоспособности и дееспособности можно только к физическим лицам при исследовании их правосубъектности. Что касается организаций, то в них правосубъектность находит свое выражение в компетенции их органов, то есть в совокупности прав и обязанностей, предоставляемых им для выполнения соответствующих функций [9, с. 192].

Что же касается деликтоспособности, то в теории права она чаще рассматривается как способность лица нести ответственность за совершенное им правонарушение [10, с. 45], а в юридической литературе понимается в трех ракурсах: как элемент правоспособности, как элемент дееспособности и как самостоятельный элемент правосубъектности [11, с. 29]. С. Алексеев определяет деликтоспособность как «свойство личности нести самостоятельную юридическую ответственность за совершенные правонарушения (деликты)». О возможности выделения указанного свойства как элемента общей структуры правосубъектности ученый занимает довольно прагматичную позицию: с одной стороны, он считает, что для большинства субъектов права

потребности в этом нет, а с другой – подчеркивает, что в некоторых случаях возникает необходимость отделения деликтоспособности [12, с. 80].

Таким образом, в рамках тематики нашего исследования, обобщая вышеизложенное, считаем, что, руководствуясь подходами современных теоретиков права, элементами правосубъектности нотариата как негосударственного института, наделенного полномочиями государственно-властного характера, признают правоспособность, дееспособность и деликтоспособность (последнюю часто включают в состав дееспособности).

Поскольку целью нотариальной деятельности является в первую очередь реализация бесспорных материальных прав с помощью нотариальной процедуры через реальные действия субъектов нотариальных процессуальных отношений (нотариальный процесс [13, с. 181]), считаем целесообразным остановиться на анализе концепций ученых-юристов по поводу гражданской процессуальной правосубъектности.

Так, М. Штефан указывал, что категории правоспособности и дееспособности необходимы в гражданском праве, где возможность иметь права не всегда является возможностью реализовать их личными действиями. В гражданском процессе чрезвычайно важно наличие правосубъектности [14, с. 42].

Права и обязанности стать конкретным субъектом правоотношений, персонифицированным носителем гражданских процессуальных прав и обязанностей, установленных процессуальным законом для этого субъекта правоотношений, и осуществлять их являются необходимыми. Анализируя различные точки зрения ученых-процессуалистов, М. Штефан делает вывод, что гражданская процессуальная правосубъектность предполагает право и обязанность быть конкретным субъектом процессуальных отношений и осуществлять закрепленное за таким субъектом разрешенное и обязательное поведение; она определяется совокупностью процессуальных прав и обязанностей на участие в гражданском процессе различных категорий субъектов [14, с. 51].

В нотариальном процессе под нотариальной процессуальной правосубъектностью следует понимать узаконенную и гарантированную государством возможность физических, юридических лиц быть конкретным субъектом нотариальных процессуальных отношений и осуществлять закрепленное за ними законом, разрешенное и обязательное поведение. Такое поведение должно обязательно иметь определенные границы, то есть определяться комплексом процессуальных прав и обязанностей таких субъектов.

Анализируя нотариальный процесс, можно сделать вывод, что нотариальная процессуальная правосубъектность распространяется на такие лица:

1) лица, участвующие в совершении нотариального производства с целью защиты как своих прав и интере-

сов, так и прав и интересов других лиц, которыми могут быть и юридические, и физические лица. Исключением из этого правила могут быть также учреждения, предприятия и организации, которые, не будучи юридическими лицами, в силу своей компетенции могут быть субъектами нотариального процесса и участвовать в нотариальном производстве. В частности, к таким субъектам относятся органы опеки и попечительства, дипломатические представительства, филиалы и представительства, которые могут действовать через своих представителей;

2) лица, которые способствуют нотариусу в совершении нотариального производства (эксперт, переводчик, свидетели).

Кроме этих субъектов нотариальная процессуальная правосубъектность распространяется на лица, совершающие нотариальные действия, в частности, государственного нотариуса, частного нотариуса и его заместителя (ст. 29 Закона Украины «О нотариате»), уполномоченные на совершение нотариальных действий лица органов местного самоуправления, должностные лица, предусмотренные в ст. 40 Закона Украины «О нотариате», должностные лица, уполномоченные на совершение нотариальных действий в консульских учреждениях и дипломатических представительствах за рубежом.

Все перечисленные группы субъектов для участия в нотариальном производстве находятся в определенном процессуальном статусе, в частности, нотариуса как обязательного субъекта нотариального процесса, заявителя, заинтересованного лица, свидетеля, переводчика, наделяются комплексом процессуальных прав и обязанностей.

Такие процессуальные права и обязанности должны обязательно быть закреплены в законе. Кроме того, государство должно гарантировать лицам, которые являются субъектами нотариального процесса, осуществление их законных прав и обязанностей. Например, если лицо обратилось к нотариусу за совершением нотариального действия, а такое действие противоречит законодательству Украины, на нотариуса, согласно ст. 49 Закона Украины «О нотариате», возлагается обязанность отказать в его совершении. Однако при этом лицу гарантируется право на обращение к нотариусу. В частности, нотариусу запрещается безосновательно отказывать в совершении нотариального действия, и по требованию лица, которому в этом отказано, он в течение трех дней должен вынести мотивированное письменное постановление, где должен изложить причины отказа и разъяснить порядок его обжалования (ст. 49 Закона Украины «О нотариате»).

Говоря о нотариусе, следует отметить, что его правовое положение также определяется правосубъектностью, составляющими элементами которой являются закрепленная Законом Украины «О нотариате» бесспорная юрисдикция, на осуществление которой уполномочен нотариус, и компетенция, которая проявляется в

его полномочиях. Именно в этом заключается отличие правосубъектности нотариуса от других участников нотариального процесса, в частности, лиц, участвующих в нотариальном производстве, и лиц, содействующих нотариусу в его совершении. В отношении нотариуса как публичного лица, наделенного государством определенной компетенцией по совершению нотариальных действий, следует употреблять понятие «правосубъектность», а не «правоспособность» и «дееспособность». Их применение некорректно, поскольку нотариус наделяется государством не способностью иметь права и обязанности, а конкретными правами и обязанностями, предусмотренными законом (ст. ст. 4, 5 Закона Украины «О нотариате») и направленными на выполнение нотариальной функции.

**Выводы.** Таким образом, можем утверждать, во-первых, что форма реализации правосубъектности нотариата выступает структурным элементом строения механизма реализации общей правосубъектности юридических лиц. Во-вторых, конечной целью использования той или иной формы реализации правосубъектности выступает реализация элементов конституционно-правового статуса (в частности, конституционных прав и обязанностей нотариата). Иначе говоря, через форму реализации правосубъектности осуществляется реализация конституционных прав и обязанностей субъектов нотариальных правоотношений в пределах объема их правосубъектности в отношениях частноправовой сферы. В-третьих, конкретный вид формы, в которой реализуется правосубъектность того или иного субъекта нотариальных правоотношений, субъект выбирает сам, если иное не предусмотрено законом.

Если указанные характеристики понятия «форма реализации правосубъектности» применять в институте нотариата, то правовой формой реализации конституционной правосубъектности этого института следует считать элемент механизма конституционно-правового регулирования отношений с их участием – правовое основание, благодаря которому последние способны приобретать конкретные конституционные права и обязанности как правосубъектные органы.

### Список использованной литературы

1. Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права / Г.Ф. Шершеневич. – М. : Статут, 2003. – 617 с.
2. Пундор Ю.О. Про визначення змісту категорії «правосуб'єктність» у теорії права та галузевих теоріях цивільного й господарського права (порівняльно-правовий аспект) / Ю.О. Пундор // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 1. – С. 60–64.
3. Цивільне право України. Загальна частина : [підручник] / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданіка. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 976 с.
4. Зозуляк О.І. Правові форми реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб: поняття, особливості,

види / О.І. Зозуляк // Вісник Вищої ради юстиції. – 2012. – № 3(11). – С. 41–50.

5. Цивільне право України. Загальна частина : [підручник] / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 976 с.

6. Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву / О.С. Иоффе. – М. : Статут, 2000. – 881 с.

7. Санжарук Т. Правосуб'єктність та її елементи як властивості суб'єктів права / Т. Санжарук // Матеріали Х регіональної науково-практичної конференції «Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lexlibrary.org>.

8. Архипов С.И. Субъект права: теоретическое исследование / С.И. Архипов. – СПб. : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – 240 с.

9. Загальна теорія держави і права : [навч. посібник] / за ред. проф. В.В. Копейчикова. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – 508 с.

10. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : [підручник] / О.Ф. Скакун ; пер. з рос. – Х. : Консум, 2006. – 359 с.

11. Хуторян Н.М. Теоретичні проблеми матеріальної відповідальності сторін трудових відносин : [монографія] / Н.М. Хуторян. – К. : Атіка, 2002. – 64 с.

12. Алексеев С.С. Общая теория социалистического права / С.С. Алексеев. – Свердловск, 1964. – Вып. 2. – 209 с.

13. Фурса С.Я. Нотаріальний процес: теоретичні основи / С.Я. Фурса. – К. : Істина, 2002.

14. Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України. Академічний курс : [підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М.Й. Штефан. – К. : ВД «Ін Юре», 2005. – 624 с.

15. Бисага Ю.М. Міжнародні механізми захисту прав та свобод людини і громадянина : [навч. посібник] / Ю.М. Бисага, М.М. Палінчак, Д.М. Белов, М.М. Данканич. – Ужгород : Ліра, 2003. – 55 с.

16. Бисага Ю.М. Національний механізм захисту прав та свобод людини і громадянина : [навч. посібник] / Ю.М. Бисага, М.М. Палінчак, Д.М. Белов, М.М. Данканич. – Ужгород : Ліра, 2003. – 58 с.

17. Белов Д.М. Парадигма українського конституціоналізму / Д.М. Белов. – Великий Березний : РК «Євростандарт», 2011. – 400 с.

18. Бисага Ю.М. Інститут глави держави в механізмі стримувань та противаг: порівняльно-правовий аналіз / Ю.М. Бисага, Д.М. Белов // Порівняльно-правові дослідження. Українсько-грецький міжнародний науковий юридичний журнал. – К. : Логос, 2006. – № 1. – 215 с.



## АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС; ФИНАНСОВОЕ И НАЛОГОВОЕ ПРАВО

УДК 35.08 (477)

### ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВО ПУБЛІЧНОЇ СЛУЖБИ ЯК ЕЛЕМЕНТУ ОСОБЛИВОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА ТА ПРЕДМЕТ ЙОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Тетяна АНІЩЕНКО,

здобувач

Запорізького національного університету

#### SUMMARY

The article is about the allocation of public service law as a separate legal entity, the right to public service is seen as a sub-sector of administrative law, through the analysis of legal acts traced the relationship of the law of public service with the administrative and legal institutions, it is necessary that the right of public service is an integral part of the system of administrative law and justified by placing the right position within the public service system is especially administrative law. Also in the article it is a subject of legal regulation of the right of public service, determined the nature of public service relations and proposed definition of the legal regulation of the rights of public service.

**Key words:** public service, public law, public service, legal institution, public relations officers, administrative law, especially administrative law.

#### АНОТАЦІЯ

У статті мова йде про виділення права публічної служби в якості самостійного правового утворення, право публічної служби розглядається як підгалузь адміністративного права, за допомогою аналізу нормативно-правових актів простежується взаємозв'язок норм права публічної служби з адміністративно-правовими інститутами, доводиться, що право публічної служби є невід'ємним елементом системи адміністративного права і обґрунтовується позиція розміщення права публічної служби в межах системи Особливого адміністративного права. Також у статті мова йде про предмет правового регулювання права публічної служби, визначається сутність публічно-службових відносин та пропонується визначення предмету правового регулювання права публічної служби.

**Ключові слова:** публічна служба, публічне право, право публічної служби, правовий інститут, публічно-службові відносини, адміністративне право, особливе адміністративне право.

**Постановка проблеми.** Дослідження питання щодо віднесення права публічної служби до елементів Особливого адміністративного права та визначення предмету його правового регулювання сьогодні є актуальним і доречним як з боку подальшого розвитку і наповнення самого цього правового утворення, так і з боку створення нормативно-правового підґрунтя для регулювання відносин, які виникають у площині справи публічної служби або службового права. Сьогодні серед науковців, які приділяють увагу цій темі, можна назвати Р.С. Мельника, Л.В. Аكوпова, С.С. Чаннова, С.П. Мінасян, М.Б. Добробаба та інших.

**Ціль статті.** Метою даної статті є доведення існування взаємозв'язку норм права публічної служби з адміністративно-правовими інститутами. Обґрунтування позиції розміщення права публічної служби в межах системи Особливого адміністративного права. Визначення сутності публічно-службових відносин та предмету правового регулювання права

публічної служби. Задля досягнення мети було проведено аналіз нормативно-правових актів, досліджено концепції вчених щодо розгляду права публічної служби як правового інституту, підгалузі адміністративного права, комплексної галузі права. Разом з цим приділено увагу питанню предмета правового регулювання, що дозволить конкретизувати коло суспільних відносин, на які поширюється сфера дії права публічної служби.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Питання про виділення права публічної служби в якості самостійного правового утворення не є новим для української юридичної науки. Проте ця концепція набула свого подальшого розвитку лише після розпаду СРСР, розвиваючись у працях науковців за трьома основними напрямками, у межах яких право публічної служби розглядається як:

1) правовий інститут [1, с. 19] (інститут адміністративного права [2, с. 27–36] або комплексний правовий інститут [3, с. 69]);

2) підгалузь адміністративного права [4, с. 253];

3) комплексна галузь права [5].

Проаналізуємо кожен з цих підходів, що дозволить нам сформулювати власну позицію з цього приводу.

Для першого з названих підходів є характерним наділення публічної служби ознаками правового інституту. Зауважимо, що автори даної концепції переважно беруть до уваги лише один з видів публічної служби – державну [6] або державну цивільну службу [7, с. 17]. На нашу думку, таке розуміння сутності публічної служби було прийнятним для української правової доктрини лише на початку 90-х років ХХ ст., що було зумовлено низьким рівнем нормативного забезпечення відносин публічної служби та повільним реформуванням системи публічного управління. Вказане підтверджується темпами прийняття нормативних актів, які становлять правове підґрунтя для формування та розвитку публічної служби в Україні, наприклад:

– 1991 р.: Закон України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» [8];

– 1992 р.: Закон України «Про військових обов'язок і військовою службу»;

– 1993 р.: Закон України «Про державну службу»;

– 1994 р.: Постанова Кабінету Міністрів України «Про порядок обчислення стажу державної служби» від 3 травня 1994 р. № 283 [9];

– 1996 р.: Конституція України;

– 1997 р.: Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» [10];

– 1998 р.: Указ Президента України «Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні» від 22 липня 1998 р. № 810/98 [11];

– 1999 р.: Закон України «Про місцеві державні адміністрації» [12];

– 2000 р.: Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про проведення атестації державних службовців» від 28 грудня 2000 р. № 1922 [13];

– 2001 р.: закони України «Про службу в органах місцевого самоврядування», «Про дипломатичну службу»;

– 2005 р.: Кодекс адміністративного судочинства України.

Отже, розвиток українського законодавства здійснювався переважно у напрямку правового забезпечення лише одного з видів публічної служби – державної служби, яку, відповідно, варто розглядати в якості її інституту, бо, інститути права спрямовані на регулювання лише певної групи (виду) взаємозалежних суспільних відносин [14, с. 304].

По-друге, слід звернути увагу й на те, що основною ознакою правових інститутів є регулювання не усієї сукупності якісно однорідних відносин, а лише їх окремих видових особливостей (сторін, ознак), або здійснення особливих завдань, функцій у цьому

регулюванні [15, с. 304–305]. Навіть якщо брати до уваги лише один з видів публічної служби, то в його межах можна виділити власний комплекс складних правових зв'язків: відносини з приводу набуття та припинення статусу публічного службовця, з приводу проходження публічної служби, з приводу атестації, підготовки, перепідготовки, підвищення кваліфікації публічних службовців, відносини відповідальності публічних службовців та багато інших. Тобто, з розглянутого можна зробити висновок, що правом публічної служби регулюються не окремі видові особливості, а цілий комплекс суспільних відносин.

По-третє, враховуючи вказане та спираючись на аналіз національних нормативно-правових актів, можна вести мову про можливість виділення в межах права публічної служби власних правових інститутів, які містять як загальні для всієї сфери публічної служби правові положення, так і спеціальні, спрямовані на регулювання відносин, обумовлених специфікою її окремих видів.

Отже, в якості проміжного висновку наголосимо на помилковості концепції, згідно з якою нормативно-правове забезпечення відносин публічної служби обмежується рамками правового інституту. Вказане дозволяє нам перейти до аналізу наступного підходу, відповідно до якого право публічної служби розглядається як підгалузь адміністративного права.

Як відомо, підгалузь права не є самостійним правовим утворенням, оскільки вона може існувати лише у межах основної галузі права. Це пов'язано з тим, що основна галузь права містить у собі ряд загальних інститутів, які фактично забезпечують існування підгалузі права. Це відбувається завдяки тому, що норми загальних інститутів доповнюють своєю дією норми підгалузі права під час регулювання відповідної групи суспільних відносин [16, с. 91–92]. Аналогічним чином, за допомогою аналізу нормативно-правових актів, можна простежити неподільний взаємозв'язок, переплетіння та взаємодію норм права публічної служби (службового права) з багатьма адміністративно-правовими інститутами (органи виконавчої влади, правові акти управління, форми та методи управлінських дій, адміністративно-деліктне право, адміністративна юстиція) [17, с. 104]. З огляду на це можна стверджувати, що першою визначальною ознакою підгалузі права є міцний взаємозв'язок останньої із загальними інститутами галузі права, що цілком властиве праву публічної служби, як елементу адміністративного права.

Наступною ознакою можна вважати те, що взаємозв'язок підгалузі права з основною галуззю забезпечується також і за рахунок єдності функціонального призначення. Тобто, підгалузь адміністративного права, будучи системним утворенням, що входить до структури системи адміністративного

права, пов'язана з нею єдиною функцією, навколо якої і відбувається об'єднання усіх норм адміністративного права, усіх його інститутів та підгалузей [18, с. 92]. У даному випадку мова йде про єдність функціонального призначення права публічної служби з адміністративним правом, яке полягає у регулюванні відносин у сфері публічного управління та спрямованості на забезпечення публічних інтересів держави.

Варто відзначити, що відповідність права публічної служби наведеним рисам свідчить про те, що назване правове утворення є невід'ємним елементом системи адміністративного права, а отже може визнаватися підгалуззю останнього.

З огляду на викладене, ми поділяємо позицію вчених, які вказують на сформованість права публічної служби в якості підгалузі адміністративного права [19, с. 253]. У зв'язку з цим можемо стверджувати, що є усі підстави вважати досліджувану концепцію обґрунтованою та актуальною для сучасного стану розвитку нормативно-правового забезпечення відносин публічної служби.

Рухаючись далі, зазначимо, що право публічної служби визнавалось в Україні, як і в Росії, складовою Загального адміністративного права [20, с. 25]. Логіку такого підходу С.Е. Чаннов пояснює тим, що за широтою дії право публічної служби охоплює всю сферу виконавчої влади [21, с. 108], а раз так, то логічним є його розміщення у межах названої частини адміністративного права.

Ми вважаємо цей підхід помилковим, оскільки, по-перше, в межах будь-якої галузі мають місце інститути та/або підгалузі, сфера впливу яких поширюється майже на всі суспільні відносини. Наприклад, зобов'язальне право в межах цивільного, або інститут прав і свобод людини і громадянина у межах конституційного права. Дія згаданих правових утворень поширюється практично на всі сфери суспільного життя та переплітається майже з усіма іншими інститутами та підгалуззями в межах наведених галузей та поза ними. Однак, від цього вони не втрачають свого спеціального статусу та містяться в особливих частинах відповідних галузей права, а не в загальних.

По-друге, Загальне адміністративне право містить у собі правила, принципи, терміни та правові інститути, які мають відношення абсолютно до всіх особливих сфер адміністративного права [22, с. 181], тобто містить загальні засади діяльності органів публічної влади та встановлює принципи правового регулювання останньої. Стосовно права публічної служби, то воно спрямоване на регулювання виключно однієї конкретної сфери адміністративних правовідносин, а його норми не мають характеру базових положень для усіх інститутів (підгалузей) Особливої частини адміністративного права.

По-третє, в умовах адаптації правової системи України до правової системи Європейського союзу, важливим є врахування відповідного європейського досвіду визначення місця права публічної служби в системі

адміністративного права. З цієї позиції варто відзначити, що право публічної служби або службове (чиновницьке) право розглядається європейськими авторами в якості складової частини Особливого адміністративного права [23, с. 69].

У зв'язку з наведеним, вважаємо більш обґрунтованим розміщення права публічної служби в межах системи Особливого адміністративного права. Водночас, обґрунтовуючи доцільність такого підходу, зупинимося також і на питанні предмету названої підгалузі, що дозволить конкретизувати коло суспільних відносин, на які поширюється сфера її правового впливу.

Рухаючись у цьому напрямку, необхідно зауважити, що в наукових джерелах наявний плюралізм підходів до виділення видів службових правовідносин, які складають предмет права публічної служби. Тому, з метою формулювання власної позиції щодо розкриття поставленого питання, пропонуємо ознайомитись із деякими з них. Так, С.П. Мінасян виділяє чотири блоки відносин публічної служби, які формують сферу правового впливу досліджуваної підгалузі адміністративного права:

1) суспільні відносини з формування системи публічної служби, під яким вчений розуміє поділ публічної служби за видовою та ієрархічною ознакою, а також створення основ організації публічної служби, яка включає систему посад, їх розподіл за категоріями та групами, кваліфікаційних вимог до публічних службовців, реєстри посад та посадові регламенти;

2) відносини з приводу формування статусу публічних службовців – комплексна система діалектично взаємодіючих юридичних елементів: права-обов'язки, гарантії-обмеження, заохочення-відповідальність;

3) комплекс відносин з проходження публічної служби: відносини, пов'язані із вступом на службу, просуванням по службі, виконанням посадових обов'язків і припиненням публічної служби;

4) відносини з приводу управління публічною службою: вдосконалення кадрової політики, розвиток законодавства про публічну службу, координація діяльності органів публічної влади з питань приймання на публічну службу, її проходження, припинення, підготовки, перепідготовки і підвищення кваліфікації публічних службовців [24, с. 28–29].

Однак, ми не можемо погодитись із таким підходом з декількох причин. По-перше, вчений включає до предмету права публічної служби теоретичні конструкції, правові документи та інші категорії, які не є суспільними відносинами у повному їх розумінні.

По-друге, питання організації публічної служби, які включають формування системи посад (їх розподіл за категоріями та групами), кваліфікаційних вимог до публічних службовців та інших, вирішуються за допомогою нормативного процесу регулювання відносин публічної служби, тобто за допомогою прийняття нормативно-правових актів. У цьому ракурсі варто нагадати,

що публічна служба – це професійна діяльність, тобто, вид трудової діяльності людини на посадах в органах публічного управління. З цього випливає, що предмет права публічної служби включає ті відносини, які складаються з приводу здійснення цієї професійної діяльності та безпосередніми учасниками яких є публічні службовці.

По-третє, автор включає до сфери правового впливу права публічної служби питання, які можуть і, власне, є складовими предмету дослідження науки права публічної служби, зокрема: питання поділу публічної служби на види, вдосконалення кадрової політики, розвитку законодавства та інші. Звичайно, якщо розглядати право публічної служби як галузь науки, то її сфера буде значно ширшою та включатиме в себе більшу кількість аспектів, пов'язаних з функціонуванням публічної служби в державі. Однак предмет правового регулювання підгалузі права як сукупності правових норм, що регулюють суспільні відносини, не включає наведених питань.

З огляду на викладене, можемо погодитись з С.П. Мінасяном лише в тій частині, що предмет правового регулювання права публічної служби складає комплекс відносин із проходження публічної служби, зокрема, відносини, пов'язані із вступом на службу, просуванням по службі, виконанням посадових обов'язків і припиненням публічної служби.

Відзначимо, що інші підходи до характеристики сфери правового впливу права публічної служби, що формулюються у наукових джерелах, деякою мірою повторюють розглянуту вище позицію С.П. Мінасяна. О.Ю. Оболенський пропонує виділяти три сфери у системі публічно-службових відносин, а саме:

- 1) формування системи публічної служби;
- 2) створення статусу публічного службовця та гарантій його реалізації;
- 3) механізм проходження публічної служби [25, с. 168].

На наш погляд, таке формулювання суперечить сутності публічно-службових відносин, оскільки публічні службовці не виступають безпосередніми учасниками відносин із формування системи публічної служби або ж механізму проходження публічної служби, тим паче не створюють свій статус та гарантії його реалізації. Усі ці питання вирішуються виключно шляхом закріплення відповідних положень у нормативних документах. Звичайно, вони можуть бути наукою права публічної служби, проте вони не регулюються правом публічної служби як підгалуззю адміністративного права.

З цієї позиції варто звернути увагу на підхід С.С. Чаннова, який відзначає, що предметом права публічної служби (службового права) слід вважати сукупність суспільних відносин, які виникають у процесі організації і функціонування державної і муніципальної служби як видів професійної діяльності [26, с. 40]. На нашу думку, цей підхід є більш наближеним до дійсності, оскільки вчений акцентує увагу на тому, що ці відносини виникають у сфері публічної

служби, професійної діяльності публічних службовців. Однак, на нашу думку, таке формулювання не відповідає на поставлене питання та не відображає сутності тих відносин, що складають предмет права публічної служби.

З огляду на викладене, наступним кроком у напрямку вирішення питання про предмет досліджуваної підгалузі адміністративного права, вбачаємо визначення сутності публічно-службових відносин, на підставі чого ми запропонуємо власне визначення предмету правового регулювання права публічної служби.

Рухаючись у визначеному напрямку, слід підсумувати основні визначальні риси публічно-службових відносин, які випливають з аналізу нормативно-правових актів та сутності публічної служби:

– їх обов'язковими учасниками є публічні службовці, тобто фізичні особи, що мають статус публічного службовця;

– вони складаються, змінюються та припиняються у сфері здійснення професійної (трудової) діяльності на посадах в органах публічного управління.

З наведеного логічно випливає, що публічно-службові відносини становлять три основні групи:

1) відносини, пов'язані з прийняттям на публічну службу та набуттям статусу публічного службовця;

2) відносини з приводу проходження публічної служби;

3) відносини з приводу припинення публічної служби та припинення статусу публічного службовця.

На підставі викладеного можемо запропонувати наступне визначення предмету права публічної служби, а саме – це сукупність суспільних відносин, які виникають, змінюються та припиняються з приводу прийняття приватних осіб на публічну службу, проходження та припинення ними служби на посадах публічних службовців.

**Висновки.** Отже, ознайомившись з предметом правового регулювання та визначивши, яке місце у системі адміністративного права займає право публічної служби, можемо запропонувати наступне поняття останнього – це сукупність правових норм, які утворюють собою підгалузть Особливого адміністративного права та спрямовані на регулювання суспільних відносин, які виникають, змінюються та припиняються з приводу прийняття приватних осіб на публічну службу, проходження служби та припинення ними служби на посадах публічних службовців.

Відзначимо, що з огляду на сучасний стан розвитку відносин публічної служби та їх нормативно-правового регулювання можна стверджувати таке: право публічної служби є повноцінною підгалуззю Особливого адміністративного права. Окреслене підтверджується аналізом сучасних концепцій становлення права публічної служби, характеристикою предмету правового регулювання останнього, а також відповідним зарубіжним (європейським) досвідом.

### Список використаних джерел

1. Ківалов С.В. Публічна служба в Україні: [підручник] / С.В. Ківалов, Л.Р. Біла-Тіунова. – 2-е вид. – О. : Фенікс, 2011. – 688 с.
2. Минасян С.П. Институт государственной гражданской службы в административном законодательстве: проблемы формирования : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.14 «Административное право; финансовое право; информационное право» / С.П. Минасян. – М., 2005. – 183 с.
3. Мельник Р. Институт державної служби чи службове право? / Р. Мельник. // Юридична Україна. – 2010. – № 11. – С. 65–70.
4. Добробаба М.Б. Службно-деликтное право как комплексный правовой институт административного права / М.Б. Добробаба // Вестник ВГУ. – 2013. – № 1. – С. 252–264.
5. Дякина И.А. Службное право как комплексная отрасль права : автореф. дис. ... док. юрид. наук : спец. 12.00.14 «Административное право; финансовое право; информационное право» / И.А. Дякина. – Р.-н.-Д., 2007. – 38 с.
6. Пархоменко-Куцевіл О. Державна служба як інституційний феномен: понятійно-категоріальний апарат [Електронний ресурс] / О. Пархоменко-Куцевіл // Державне управління та місцеве самоврядування. – 2010. – Вип. 1 (4). – Режим доступу : [http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2010/2010\\_01\(4\)/10poipka.pdf](http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2010/2010_01(4)/10poipka.pdf).
7. Чиканова Л.А. Применение трудового законодательства к служебным отношениям на государственной гражданской службе: теория и практика : автореф. дис. ... док. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» / Л.А. Чиканова. – М., 2005. – 45 с.
8. Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей : Закон України : від 20 грудня 1991 р., № 2011–ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 15. – Ст. 190.
9. Про порядок обчислення стажу державної служби : Постанова Кабінету Міністрів України : від 3 травня 1994 р., № 283 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/283-94-%D0%BF>.
10. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України : від 21 травня 1997 р., № 280/97–ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.
11. Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні : Указ Президента України : від 22 липня 1998 р., № 810/98 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/810/98>.
12. Про місцеві державні адміністрації : Закон України : від 9 квітня 1999 р., № 586–ХІV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 20–21. – Ст. 190.
13. Про затвердження Положення про проведення атестації державних службовців : Постанова Кабінету Міністрів України : від 28 грудня 2000 р., № 1922 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1922-2000-%D0%BF>.
14. Скакун О.Ф. Теорія права і держави : [підручник] / О.Ф. Скакун. – 2-ге вид. – К. : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2010. – 520 с.
15. Скакун О.Ф. Теорія права і держави : [підручник] / О.Ф. Скакун. – 2-ге вид. – К. : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2010. – 520 с.
16. Мельник Р.С. Система адміністративного права України : дис. ... док. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Р.С. Мельник. – Х., 2010. – 414 с.
17. Старилев Ю.Н. Службное право России: уже реальность или пока научная гипотеза? / Ю.Н. Старилев // Правовая наука и реформа юридического образования. – 2013. – № 3 (26). – С. 99–116.
18. Мельник Р.С. Система адміністративного права України : дис. ... док. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Р.С. Мельник. – Х., 2010. – 414 с.
19. Добробаба М.Б. Службно-деликтное право как комплексный правовой институт административного права / М.Б. Добробаба // Вестник ВГУ. – 2013. – № 1. – С. 252–264.
20. Минасян С.П. Институт государственной гражданской службы в административном законодательстве: проблемы формирования : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.14 «Административное право; финансовое право; информационное право» / С.П. Минасян. – М., 2005. – 183 с.
21. Чаннов С. Службное право как формирующаяся отрасль российского права / С. Чаннов // Власть. – 2011. – № 1. – С. 105–108.
22. Мельник Р.С. Система адміністративного права України : дис. ... док. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Р.С. Мельник. – Х., 2010. – 414 с.
23. Мельник Р. Институт державної служби чи службове право? / Р. Мельник // Юридична Україна. – 2010. – № 11. – С. 65–70.
24. Минасян С.П. Институт государственной гражданской службы в административном законодательстве: проблемы формирования : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.14 «Административное право; финансовое право; информационное право» / С.П. Минасян. – М., 2005. – 183 с.
25. Оболенський О.Ю. Державна служба : [підручник] / О.Ю. Оболенський. – К. : КНЕУ, 2006. – 472 с.
26. Чаннов С.Е. Административно-правовая модель регулирования служебных отношений в Российской Федерации: понятие и основные черты : автореф. дис. ... док. юрид. наук : спец. 12.00.14 «Административное право; финансовое право; информационное право» / С.Е. Чаннов. – Саратов, 2010. – 47 с.

УДК 347.73

## ПРАВОВА ПРИРОДА ЗАГАЛЬНОГО ТА СПЕЦІАЛЬНОГО ФОНДІВ БЮДЖЕТІВ, ЩО СТАНОВЛЯТЬ БЮДЖЕТНУ СИСТЕМУ УКРАЇНИ

Зорина ПЕРОЩУК,

кандидат юридичних наук, здобувач кафедри фінансового права  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### SUMMARY

The legal nature of general and special budget funds included in the budget system of Ukraine is investigated in the article. Issues related to ambiguous interpretation of the budget components and use of the terms «budget components», «budget structure», «budget revenues», «budget expenditures» as well as vertical and horizontal distribution of the budget means are analyzed. It is suggested to name the Article 13 of The Budget Code of Ukraine as «The budget structure» because of function of this legal norm which is to determine internal structure of the budget. It is noted the budgets included in the budget system of Ukraine consist of general and special funds each of them includes the budget revenues and expenditures.

**Key words:** budget, budget system, general fund, special fund, finances, financial resources, the revenue part, expenditure part.

### АНОТАЦІЯ

У статті досліджується правова природа загального та спеціального фондів бюджетів, що становлять бюджетну систему України. порушуються питання неоднозначного трактування складових частин відповідних бюджетів та застосування термінів «складові частини бюджету», «структура бюджету», «дохідна частина бюджету», «видаткова частина бюджету», а також вертикального та горизонтального розподілу бюджету. Пропонується статтю 13 БК України назвати структура бюджету, оскільки ця правова норма визначає саме внутрішню будову бюджету. Зазначається, що структуру бюджетів, що складають бюджетну систему України, складають загальний та спеціальний фонди, кожен з яких включає надходження та витрати відповідного бюджету.

**Ключові слова:** бюджет, бюджетна система, загальний фонд, спеціальний фонд, фінанси, фінансові ресурси, дохідна частина, видаткова частина.

**Постановка проблеми.** Проблема полягає в неоднозначному трактуванні складових частин бюджетів, що становлять бюджетну систему України. Виходячи з норм БК України бюджет складається з двох частин, кожна з яких має свої внутрішні складові частини (доходи, видатки, кредитування та фінансування (стаття 13 БК України) [1]).

Водночас, у теорії фінансового права зазначається, що статтею 13 БК України закладено загальні підстави структури бюджету (незалежно від його рівня), вертикальний і горизонтальний його розподіл. Так, вертикальний розподіл бюджету дозволяє вирізнити в його складі загальний і спеціальний фонди, тоді як горизонтальний розподіл визначає склад доходів (стаття 29 – до Державного бюджету, статті 64–69 до місцевих), і видатків (статті 30, 31 – з Державного бюджету та ст. 70 – з місцевих бюджетів) бюджетів [2, с. 89; 3, с. 106; 4, с. 152].

**Мета статті.** Порушити питання застосування термінів «складові частини бюджету» та «структура бюджету», з'ясувати зміст загального та спеціального фондів бюджетів, що становлять бюджетну систему України.

**Стан дослідження.** Вирішення надзвичайно великої кількості проблемних правових питань у сфері сучасної бюджетної системи посприяли такі видатні українські вчені, як Л.К. Воронова, Н.Ю. Пришва,

М.П. Кучерявенко, А.А. Нечай, О.П. Орлюк, О.А. Музика-Стефанчук, І.Б. Заверуха, П.С. Пацурківський, І.І. Бабін і інші.

Водночас цілий ряд питань залишаються поза належною увагою, серед яких ті, що стосуються правової природи загального та спеціального фондів бюджетів, що становлять бюджетну систему України.

**Виклад основного матеріалу.** БК України передбачає окрему норму щодо визначення структури місцевих бюджетів, яка містить надходження і витрати на виконання повноважень органів влади Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування. При цьому, щодо структури державного бюджету окремої правової норми не існує.

Згідно з пунктом 1 частини першої статті 2 БК України бюджет є планом формування та використання фінансових ресурсів для забезпечення завдань і функцій, які здійснюються відповідно органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування протягом бюджетного періоду.

На нашу думку, бюджетом є план фінансових ресурсів, необхідний для здійснення відповідними органами державної влади чи органами місцевого самоврядування функцій держави та відповідних громад.

Отже, з одного боку, бюджет будь-якого рівня є планом фінансових ресурсів, з іншого – певним фондом надходжень та витрат (фондом бюджетних коштів (коштів бюджету)).

Вбачається, що в контексті бюджету фінансові ресурси виражаються у формі бюджетних коштів (надходжень та витрат бюджету), утворюючи певні фонди (загальний, спеціальний та інші), які на сьогодні бюджетно-правовою наукою майже недосліджені.

Так, виходячи з правової доктрини, вертикальний розподіл бюджету передбачає загальний і спеціальний його фонди, відповідно, горизонтальний – склад доходів і склад видатків відповідного бюджету. Водночас, ті ж доходи та видатки, виходячи з правових норм, є складовими частинами загального та спеціального фондів.

Зазначене свідчить про певну незрозумілість юридичних положень щодо загального та спеціального фондів бюджетів.

Розподіл бюджету на загальний та спеціальний фонди, їх складові частини визначаються виключно БК України та законом про Державний бюджет України (частина 5 статті 13 БК України). Виходить, бюджет може містити два окремі структурні елементи бюджету:

- загальний та спеціальний фонди;
- складові частини загального та спеціального фондів.

Окрім цього, БК України, як вище зазначалося, передбачає норму щодо структури місцевих бюджетів, яка містить надходження і витрати бюджетів, і тим самим наводить на думку, що структура бюджету – це ті ж доходи, видатки... У такому разі, стаття 63 БК України суперечить частині другій та частині третій статті 13 БК України, де чітко вказано, що всі доходи бюджету, всі видатки, кредитування та фінансування бюджету є складовими частинами бюджету.

Слід зазначити, що свої критичні міркування стосовно структури та складових частин бюджету висловила О.А. Музика. На думку вченої, у БК України це різні поняття. Якщо структура бюджету – це фактично його доходи та видатки, то склад бюджету – це його загальний і соціальний фонди. Наведені визначення загалом є придатними, а ось самі терміни... Для правильного застосування, автор запропонувала написати, що склад бюджету – це його дохідна та видаткова частини, а форма бюджету – це внутрішнє розмежування всіх бюджетних доходів і видатків між загальним і спеціальним фондом бюджету [5, с. 15].

Думка автора в якійсь мірі є слушною. Досліджуючи поняття «доходів місцевих бюджетів» і його співвідношення із суміжними бюджетно-правовими категоріями, зокрема доходною частиною бюджету, науковець прийшов до висновку, що дохідна частина бюджету – це частина фінансового плану, а доходи бюджету –

це вже реальні надходження до бюджету [5, с. 15]. Це саме можна сказати і про видаткову частину.

З точки зору юриспруденції дохідна та видаткова частини є відповідними частинами плану фінансових ресурсів (бюджету), носять матеріальний характер. На цій особливості стосовно дохідної частини бюджету наголошували Л.К. Воронова, А.Є. Алісов, С.Т. Кадькаленко [6, с. 135], О.Г. Пауль [5, с. 15].

На нашу думку, віднесення дохідної та видаткової частини до складу бюджету можливе лише в межах певного фонду.

Слід зауважити, що в БК України термін «дохідна частина загального фонду бюджету» декілька раз зустрічається (у частині сьомій статті 78 та частині другій статті 85 БК України).

Так, рішення про внесення змін до рішення про місцевий бюджет ухвалюється Верховною Радою Автономної Республіки Крим, відповідною місцевою радою на підставі офіційного висновку місцевого фінансового органу про перевиконання чи недовиконання дохідної частини загального фонду, про обсяг залишку коштів загального та спеціального фондів (крім власних надходжень бюджетних установ) відповідного бюджету. Факт перевиконання дохідної частини загального фонду місцевого бюджету визнається за підсумками першого півріччя та наступних звітних періодів з початку поточного бюджетного періоду на підставі офіційних висновків місцевого фінансового органу за умови перевищення доходів загального фонду місцевого бюджету (без урахування міжбюджетних трансфертів), врахованих у розписі місцевого бюджету на відповідний період, не менше ніж на 5 відсотків. Факт недоотримання доходів загального фонду місцевого бюджету визнається на підставі офіційного висновку місцевого фінансового органу за підсумками квартального звіту в разі недоотримання доходів загального фонду місцевого бюджету, врахованих у розписі місцевого бюджету на відповідний період, більше ніж на 15 відсотків.

Забороняється планувати та здійснювати видатки, не віднесені до місцевих бюджетів БК України, а також здійснювати впродовж бюджетного періоду видатки на утримання бюджетних установ одночасно з різних бюджетів, крім випадків, коли такі видатки здійснюються за рішенням відповідної місцевої ради за рахунок вільного залишку бюджетних коштів або перевиконання дохідної частини загального фонду місцевого бюджету за умови відсутності заборгованості такого бюджету за захищеними статтями видатків протягом року на будь-яку дату або за рішенням Кабінету Міністрів України [1].

У кожному разі дохідна частина загального фонду місцевого бюджету ототожнюється з доходами місцевих бюджетів загального фонду. На нашу думку, вказані законодавчі норми потребують удосконалення,

так як перевиконуватися чи недовиконуватися можуть доходи бюджету, а не дохідна частина бюджету. Хоча, якщо вести мову про правовий аспект бюджету, то з інтерпретацією законодавця доцільно було б погодитися. Ця думка співпадає, приміром, з думкою О.Г. Пауля, який наголошує на тому, що дохідна частина бюджету – це частина фінансового плану, тобто лише передбачуване, заплановане надходження доходів. Якщо розглядати доходи бюджету виключно як доходну частину бюджету, то, на його думку, у цьому разі йтиметься про правовий аспект бюджету [5, с. 15].

Взагалі терміни «дохідна частина бюджету» та «видаткова частина бюджету» в українському законодавстві, рідко, але вживаються. Для прикладу, у 1997 році, у ході судового провадження в справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про Рахункову палату Верховної Ради України» (справі про Рахункову палату), між представниками сторін навіть виникли розбіжності щодо суті самого поділу виконання Державного бюджету України на виконання доходної та виконання видаткової частин [7]. Тоді, цілий ряд положень Закону України «Про Рахункову палату Верховної Ради України» були визнані такими, що не відповідають Конституції України, зокрема положення, за якими на Рахункову палату покладено функцію організації і здійснення контролю: за своєчасним виконанням, зокрема «дохідної... частини Державного бюджету України» тощо.

Згідно з чинним Законом України «Про Рахункову палату України» завданнями Рахункової палати, окрім інших, є організація і здійснення контролю за своєчасним виконанням видаткової частини Державного бюджету України. Крім того, Рахункова палата, здійснюючи свою діяльність, зобов'язана за дорученням Верховної Ради України проводити експертизу і давати висновки щодо: проекту Державного бюджету України, обґрунтованості його дохідної та видаткової частин щодо обсягів державного внутрішнього і зовнішнього боргу та дефіциту Державного бюджету України, затверджених законом України [8].

Поряд з цим, у відповідності до статті 6 Закону України «Про Рахункову палату України», однією з функцій Рахункової палати є, наприклад, функція здійснення за дорученням Верховної Ради України контролю за виконанням Державного бюджету України за поквартальним розподілом доходів і видатків відповідно до показників бюджету, у тому числі видатків по обслуговуванню внутрішнього і зовнішнього боргу України; згідно із статтею 30 Рахункова палата узагальнює та досліджує причини і наслідки виявлених відхилень і порушень у процесі формування доходів та витрачання коштів Державного бюджету України тощо.

Отже, норми Закону України «Про Рахункову палату України» є свідченням синонімічності досліджу-

ваних термінологічних категорій. Законодавець, вживаючи термін «дохідна частина бюджету», «видаткова частина бюджету», розуміє по суті «доходи бюджету», «видатки бюджету».

На нашу думку, дохідна та видаткова частини фондів є певними структурними елементами (складовими частинами) бюджету і становлять вертикальний розподіл бюджету.

Набагато складнішим видається питання горизонтального розподілу бюджету, до якого науковці відносять склад доходів та склад видатків бюджету.

Слід зауважити, що крім доходів та видатків, бюджет містить кредитування бюджету (операції з надання коштів з бюджету на умовах повернення, платності та строковості, внаслідок чого виникають зобов'язання перед бюджетом (надання кредитів з бюджету), та операції з повернення таких коштів до бюджету (повернення кредитів до бюджету)), та фінансування бюджету (надходження та витрати бюджету, пов'язані зі зміною обсягу боргу, обсягів депозитів і цінних паперів, кошти від приватизації державного майна (щодо державного бюджету), зміна залишків бюджетних коштів, які використовуються для покриття дефіциту бюджету або визначення профіциту бюджету) [1].

В загальних рисах терміни кредитування та фінансування бюджету являють собою певні операції, пов'язані зі зміною бюджетних коштів (належних відповідно до законодавства надходжень бюджету та витрат бюджету), які згідно з БК України складають структуру бюджету.

Горизонтальний розподіл бюджету, на нашу думку, полягає у визначенні не складу доходів і видатків бюджету, а у визначенні надходжень і витрат бюджету, так як за БК України ці два поняття являються поняттями, ширшими за поняття доходів і видатків. Більше того, БК України доходи і видатки бюджету відносить до надходжень і витрат бюджету, які до свого загального обсягу включають фінансування та кредитування бюджету.

У даному випадку можна було б застосувати поняття «форма бюджету», взявши до уваги позицію О.А. Музики. Але, на нашу думку, форма бюджету – це скоріше зовнішній вираз його змісту (для прикладу, дотаційний, недотаційний, бюджет-донор, бюджет-реципієнт і так далі), а мова йде про внутрішню будову бюджету.

Отже, надходження і витрати бюджету є структурними елементами (складовими частинами) загального та спеціального фондів бюджету і являють собою горизонтальний розподіл бюджету.

З огляду на викладене, виникає проблема в застосуванні термінів «складові частини бюджету» та «структура бюджету», так як у правових нормах та наукових джерелах ці два терміни частото плутаються, застосовуються як слова-синоніми один до одного.

На нашу думку, логічніше було б статтю 13 БК України назвати структура бюджету (у наукових джерелах у переважній більшості використовується термін «структура бюджету»).

Саме структура [лат. *structura*] за сучасним тлумачним словником української мови трактується як взаєморозміщення та взаємозв'язок частин цілого [9, с. 680]; за словником іншомовних слів – як внутрішня будова і зв'язок складових частин чого-небудь [10, с. 865].

Стаття 13 БК України визначає якраз внутрішню будову бюджету. Складові частини бюджету взаємопов'язані (обсяг витрат бюджету повинен відповідати обсягу надходжень бюджету на відповідний бюджетний період (пункт 2 частини першої статті 7 БК України)). На нашу думку, саме цей принцип – принцип збалансованості, лягає в основу визначення складових частин бюджету, оскільки вказує на закономірний взаємозв'язок останніх.

**Висновок.** Структуру бюджету складають загальний та спеціальний фонди, кожен з яких включає надходження та витрати відповідного бюджету.

Загальний фонд бюджету (державного чи місцевого) включає надходження та витрати відповідного бюджету (крім тих, що належать до спеціального фонду), які є джерелом здійснення функцій держави та органів місцевого самоврядування.

Спеціальний фонд бюджету (державного чи місцевого) включає надходження до бюджету на конкретну мету та витрати, які здійснюються за рахунок цих надходжень. Інакше кажучи, витрати спеціального фонду бюджету плануються під конкретні надходження.

## Список використаних джерел

1. Бюджетний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 50–51. – Ст. 572.
2. Фінансове право : [навч. посіб.] / за ред. М.П. Кучерявенка. – Х. : Право, 2010. – 288 с.
3. Фінансове право України : [підручник] / за ред. М.П. Кучерявенка. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 320 с.
4. Фінансове право України: [навч. посіб.] / Л.К. Воронова, М.П. Кучерявенко, Н.Ю. Пришва та ін. – К. : Правова єдність, 2009. – 395 с.
5. Музика О.А. Правове регулювання неподаткових доходів місцевих бюджетів України : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.07 / О.А. Музика. – К., 2005. – 261 с.
6. Фінансове право : [підручник] / відп. ред. Л.К. Воронова. – Х. : Консум, 1998. – 496 с.
7. Рішення Конституційного Суду України в справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про Рахункову палату Верховної Ради України» (справа про Рахункову палату) від 23 грудня 1997 р. № 7-зп // Офіційний вісник України. – 1998. – № 1. – Ст. 151.
8. Про Рахункову палату: Закон України від 11 липня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 24. – Ст. 137.
9. Сучасний тлумачний словник української мови: 60000 слів / за ред. В.В. Дубічинського. – Х. : ВД «ШКОЛА», 2009. – 832 с.
10. Словник іншомовних слів: 23000 слів та термінологічних термінів словосполучень / уклад. Л.О. Пустовіт та ін. – К. : Довіра, 2000. – 1018 с.

УДК 342.97:334.722.1

## ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНЕ ПАРТНЕРСТВО ЯК ОБ'ЄКТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

**Марія САТАНОВСЬКА,**  
аспірант

Національного університету біоресурсів і природокористування України

### SUMMARY

The article is devoted to the genesis of application of the public-private partnership in the world views and analysis of domestic and foreign scholars on its concept. The theoretical basis of public-private partnerships and identified the lack of general scientific position about the nature of public-private partnerships. An interpretation of this notion in the administrative and legal aspects. Shows the number of features of public-private partnerships and identified the need to consider them in the Ukraine when considering the relationship of the partnership. In hierarchical order described in detail the legal basis for regulating the relations of public-private partnerships, both in Ukraine and abroad.

**Key words:** public-private partnership, historical aspect of legal regulation, cooperation.

### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено генезису застосування механізмів державно-приватного партнерства у світовій практиці та аналізу поглядів вітчизняних та зарубіжних науковців щодо його поняття. Досліджено теоретичні засади державно-приватного партнерства та виявлено відсутність загальної наукової позиції щодо сутності державно-приватного партнерства. Запропоновано трактування зазначеного поняття в адміністративно-правовому аспекті. Наведено низку ознак державно-приватного партнерства та визначено необхідність врахування їх в Україні при розгляді відносин такого партнерства. В ієрархічному порядку детально охарактеризовано законодавче підґрунтя, що регулює відносини державно-приватного партнерства, як в Україні так і за її межами.

**Ключові слова:** державно-приватне партнерство, історичний аспект, нормативно-правове регулювання, співробітництво.

**Постановка проблеми.** Сьогодні в практиці управління в Україні на державному, регіональному і місцевому рівнях, міжнародному спілкуванні та наукових дискусіях широко використовується поняття «державно-приватне партнерство». Державно-приватне партнерство (далі – ДПП) поширюється і в європейських країнах, воно є ефективною моделлю співпраці органів державної влади, органів місцевого самоврядування та приватних партнерів. В умовах, коли відбувається становлення економічної, соціальної, правової, політичної, організаційної позиції органів влади стосовно досягнення партнерських відносин між органами державної влади, органами місцевого самоврядування та приватним сектором щодо реалізації програм соціально-економічного розвитку, інвестиційних та інфраструктурних проектів, чітке розуміння складових поняття «державно-приватне партнерство» є особливо важливим.

Питання застосування, розвитку та вдосконалення державно-приватного партнерства в Україні останнім часом все частіше стає предметом дослідження вчених. Так вітчизняні та зарубіжні науковці, зокрема, В. Варнавський, О. Вінник, С. Данасарова, Н. Дудко, І. Запатріна, Г. Знаменський, В. Жук, Т. Лебеда, К. Павлюк, С. Павлюк, І. Спасібо-Фатєєва, В. Узунов, В. Якунін та інші в своїх працях досліджують різні напрямки та способи застосування такого партнерства, критикуючи законодавців та пропонуючи свій резуль-

тат. Однак, державно-приватне партнерство як об'єкт адміністративно-правового регулювання в працях зазначених науковців висвітлено частково та лише в загальних рисах, що спонукає до більш конкретизованого його вивчення.

**Метою і завданням статті** є аналіз та дослідження особливостей державно-приватного партнерства в контексті адміністративно-правового забезпечення.

**Виклад основного матеріалу.** Взаємодія органів державної влади і органів місцевого самоврядування та приватного сектору для вирішення суспільно значущих завдань має давню історію. В Україні використовувалися різні форми співпраці: договір концесії, договір про розподіл продукції, договір оренди державного або комунального майна, договір купівлі-продажу об'єкта приватизації з інвестиційними зобов'язаннями покупця та інші.

Уявлення про ДПП як про залучення коштів приватних осіб для виконання соціально значущих проектів має своє історичне коріння. Мова йде про концесійні відносини, відомі за часів Стародавнього Риму. У Римській імперії муніципи практикували передачу в управління приватним особам об'єктів античної інфраструктури, таких як поштові станції, порти, ринки, лазні. Концесії застосовувались при побудові відомого римського водогону.

У XVIII столітті в Європі на основі концесійних договорів будувалися дороги, мости, канали, дамби,

а також функціонувало багато комунальних служб. В Англії група британських вельмож сформувала дорожньо-будівельні трасти, які позичали кошти в приватних інвесторів та ремонт доріг, а повертали позику через стягнення плати за проїзд. Будівання великих Лондонських мостів також фінансувалося за рахунок мотових трастів до середини XIX століття, а в кінці XIX століття Бруклінський міст у Нью-Йорку був побудований за такою ж схемою при участі приватного капіталу.

Активного розвитку концесії отримали в XIX-XX століттях для зведення залізниць, систем міської каналізації та інших об'єктів інфраструктури. В дореволюційній Росії за допомогою концесій були споруджені дві залізниці. У Радянській Росії питання про концесії отримало актуальність при визначенні умов залучення іноземного капіталу в Декреті СНК РСФСР 1920 року про «Загальні економічні та юридичні умови концесій» [1, с. 450–451].

Залучення приватних партнерів для реалізації проектів у публічній сфері в його сучасному розумінні зародилося у Великобританії. На початку 90-х років уряд Джона Мейджора подав ініціативу приватного фінансування (Private Finance Initiative, PFI) – першу системну програму, спрямовану на стимулювання приватних інвестицій, яка з'явилась як результат стурбованості з приводу зростаючого державного боргу в стандартній моделі державних закупівель 80-х років. За ініціативою PFI держава замовляла державним інвесторам будівництво великих капіталомістких об'єктів за їх власний рахунок. Після закінчення будівництва об'єкт брався державою в довгострокову оренду, таким чином, приватні інвестиції поверталися за рахунок сплати орендних платежів, а після закінчення строку оренди об'єкт передавався за символічною вартістю або безкоштовно державі.

У практиці західних країн використання ДПП суттєво розширилося і стало своєрідною альтернативою приватизації важливих об'єктів у галузях електроенергетики, транспорту, комунального господарства, охорони здоров'я, освіти й національної безпеки. Німеччина та Австрія використовували ДПП як механізм, спрямований на скорочення втручання держави, зокрема при прийнятті управлінських рішень у секторах, що традиційно знаходилися в державній власності, енергетика, важка промисловість, гірничодобувна галузь, банківська сфера.

Однак найбільш актуальним ДПП стало в останні декілька років. Різноманітність форм і сфер застосування ДПП роблять його універсальним механізмом для вирішення цілого ряду завдань – від створення та розвитку інфраструктури до розробки та адаптації нових перспективних технологій [2, с. 10].

Термін ДПП запозичений з англосаксонської правової системи і є перекладом словосполучення «Public-Private Partnership» (PPP) та давно застосовується в зарубіжних

державах: Франції, Великобританії, США, Канаді, Австрії, Бельгії, Данії, Австралії, Ізраїлі, Ірландії, Фінляндії, Іспанії, Португалії, Греції, Південній Кореї, Сінгапурі, Чехії [3, с. 19].

Однак у російській, а згодом і в українській правовій реальності застосовується термін «державно-приватне партнерство». Російські дослідники зазначають, що слово «public» у вищезазначеному словосполученні перекладається як «державно», що, на думку О. Сімсон, значно звужує сутність поняття, яке прийшло до нас із Заходу. Проте «державно», на думку вчених, трактується ширше аніж проста сукупність органів, які здійснюють владні функції. Вона виступає узагальнюючим суб'єктом суспільної влади, що включає федеральний (національний), регіональний і муніципальний рівні. Під терміном «public» розуміється також сукупність громадських інститутів, які реалізують свої повноваження, відіграють часом неофіційну, неформальну, але важливу роль у розвитку суспільних процесів. Поняття «державно» включає також культурні, освітні, академічні та інші установи державного сектору [4, с. 106].

Слід зазначити, що для ефективного використання механізмів ДПП у практиці європейських держав в якості державного партнера задіяні не лише органи державної влади, органи місцевого самоврядування, але й також благодійні фонди, наукові спілки та громадські організації. Така взаємодія об'єднує переваги державного та приватного секторів, зокрема: соціальну відповідальність, громадську підзвітність та пріоритетність екологічних стандартів у діяльності, фінансові ресурси, новітні технології, ефективність управлінської діяльності та підприємницькі навички приватного сектору.

Так, варто розглянути сутність самого поняття «державно-приватного партнерства». У науковій літературі існує ряд визначень ДПП, які розглядають різні сторони даного явища, у тому числі його мету, очікувані результати. Наприклад, В. Варнавський, зазначає, що ДПП – це інституціональний і організаційний альянс між державою і бізнесом з метою реалізації національних і міжнародних, масштабних і локальних, але завжди суспільно значущих проектів у широкому спектрі сфер діяльності. За С. Данасаровою, ДПП – це домовленість між державною і приватною структурами про спільну реалізацію суспільно-значущих проектів найбільш ефективним способом і по більш низькій вартості, ніж держава зможе здійснювати самостійно.

Дані наукові визначення ДПП стали основою для його тлумачення в Законі України «Про державно-приватне партнерство» (далі – Закон про ДПП), що є основним нормативно-правовим актом, який регулює діяльність такого партнерства в Україні (який прийнятий ще в липні 2010 року). Зазначеним Законом про ДПП визначено організаційно-правові заходи взаємодії державних партнерів із приватними та основні принципи ДПП на договірній основі.

Згідно статті 1 Закону про ДПП [5] державно-приватне партнерство – це співробітництво між державою Україна, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами в особі відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування (державними партнерами) та юридичними особами, крім державних та комунальних підприємств, або фізичними особами-підприємцями (приватними партнерами), що здійснюється на основі договору в порядку, встановленому цим Законом та іншими законодавчими актами.

Доцільно зазначити, що сучасні вітчизняні науковці І. Запатріна [6, с. 96–97] та Т. Лебеда поняття сутності ДПП, що визначене в Законі про ДПП, є лише як співробітництво між державою (в особі органів державної влади та органів місцевого самоврядування) та приватними юридичними особами, є дещо звуженим. Якщо мова йде про залучення потенціалу приватного бізнесу для вирішення суспільно-значущих проблем, які стосуються кожного пересічного громадянина, то розвиток цього механізму неможливий без залучення наукового потенціалу суспільства та широкої громадськості, хоча б на рівні контролю. З огляду на це, узагальнюючою категорією взаємодії органів влади, приватного сектору та інших учасників партнерства може бути система співробітництва саме публічно-приватного партнерства, а не державно-приватного.

Проте в нормативно-правових актах України, що регулюють сферу ДПП, вживається поняття «державно-приватне партнерство», тому, вважаємо, що варто дотримуватись саме такої форми словосполучення.

У деяких дослідженнях термін «державно-приватне партнерство» розглядається як у вузькому, так і в широкому смислі.

Так, на думку К. Павлюк та С. Павлюк [7], у широкому розумінні трактування поняття ДПП включає конструктивну взаємодію держави, приватного сектора, громадянських інститутів в економічній, політичній, соціальній, гуманітарній та інших сферах суспільної діяльності. У зв'язку з цим ДПП можна розглядати як суспільно-приватне партнерство, визначаючи його як конструктивне співробітництво держави, суб'єктів підприємницької діяльності і громадянських інститутів в економічній, політичній, правовій, соціальній, гуманітарній та інших сферах суспільної діяльності для реалізації суспільно значущих проектів на засадах пріоритетності інтересів держави, її політичної підтримки, консолідації ресурсів сторін, ефективного розподілу ризиків між ними, рівноправності й прозорості відносин для забезпечення поступального розвитку суспільства. Враховуючи зазначене, актуалізується роль ДПП у творенні державної політики, що має відображати реалії життя, бути спрямованою на потреби суспільства.

Отже, ДПП у вузькому смислі описує довгострокове, що регулюється договором, співробітництво між

державою і приватним сектором з метою виконання суспільних завдань, яке охоплює весь життєвий цикл відповідного проекту: від планування до їх експлуатації, включаючи технічне обслуговування, тоді як у широкому смислі включає в себе всі форми кооперації між державою і приватним сектором, які знаходяться в полі між вирішенням завдань, що традиційно відносяться до компетенції держави, самою державою з одного боку, приватизацією – з іншого.

Також у широкому смислі ДПП трактується як взаємовигідне середньо- і довгострокове співробітництво між державою і бізнесом, що реалізується в різних формах (починаючи від контрактів на виконання робіт, акціонування і закінчуючи консультаціями держави і бізнес асоціацій) і яке ставить за мету вирішення політичних і суспільно значимих завдань на національному, регіональному і місцевому рівнях.

Виходячи з доктрини ДПП у західних країнах (де воно розглядається не як будь-яка взаємодія державного і приватного сектору, а як та, що має ряд особливих рис), Г. Знаменський все ж таки визнає партнерство нетрадиційним способом організації відносин між державою та бізнесом [8, с. 8].

На наш погляд, у наведених вище визначеннях ДПП мають місце як дискусійні положення, так і помилкові його трактування. Власне, це підтверджується і в літературних джерелах.

Як зазначають українські науковці в галузі економіки, помилково вважати, що ДПП – це будь-яка взаємодія держави та бізнесу, яка не потребує спеціального нормативного і організаційного забезпечення, що ДПП – це удосконалення управління виключно матеріальними активами і об'єктами. Помилковим є і такий підхід, що держава в ДПП може отримати соціально-значимі об'єкти і за їх допомогою надавати суспільству послуги, при цьому не витрачаючи кошти і нічим не ризикуючи. Також побутує думка, що розвиток ДПП не потребує спеціальної компетенції державних і муніципальних службовців, відтак вкладення в їхню підготовку не потрібні.

У більшості визначень відсутні конкретні критерії, відповідно до яких реальний проект за участю держави і приватного сектора може, чи навпроти – не може бути віднесений до ДПП.

Практично поза увагою дослідників, за деякими виключеннями, як свідчать наведені вище визначення, залишається така форма взаємодії влади та бізнесу, як їхня конструктивна взаємодія в політичній сфері. Багато проблем у сфері реалізації взаємних інтересів держави і бізнесу, зокрема питання низької інвестиційної привабливості того чи іншого сектору економіки чи окремого інвестиційного проекту знаходяться не в економічній чи правовій площині, а в політичній. Найпершим кроком має бути проголошення принципів партнерства на політичному рівні. Держава на ви-

щому політичному рівні має оголосити необхідність, можливість і готовність розвитку такого партнерства. Держава має визнати, що ДПП є ефективною формою взаємовідносин влади і бізнесу в економічній і інших сферах суспільної діяльності, спрямованих на забезпечення поступального розвитку суспільства. При цьому повинні бути чітко визначені мета такого співробітництва, сфера його дії, а також принципи, на яких воно здійснюватиметься.

Багато існує твердження, формулювань до визначення та конкретизації поняття ДПП, однак в загальному його розумінні суть не змінюється. З огляду на значення терміну «державно-приватне партнерство», слід відмітити, що вони мають виключно економічний характер, як в теоретичному та і в практичному сенсі.

Так, дійсно, донедавна ДПП було суто економічним терміном, який не супроводжувався навіть пропозиціями щодо його втілення в юридичну форму. Як зазначає І. Спасібо-Фатєєва, економічне явище вимагає проєкції в юридичну площину для його регулювання нормами права, це створює каркас правовідносин [9, с. 7]. Причому за словами Г. Знаменського, «чималий інтерес викликає юридичний аспект ДПП з точки зору як концепції, так і практичного використання» [8, с. 7].

Враховуючи зазначене, також доцільного погодитись з думкою В. Якуніна про те, що «...у нашій державі цей термін має поки суто економічний зміст. Це зовсім не державно-приватне політичне партнерство, це не державно-приватне соціальне партнерство. Це поки що абсолютно економічна категорія: взяти трохи державних грошей, додати грошей приватних і в результаті одержати проєкт, який, можливо, буде мати соціальні і навіть політичні наслідки, але це цілком конкретний економічний проєкт».

Тому, враховуючи специфіку теми нашого дослідження, вважаємо необхідним дати визначення поняттю «державно-приватного партнерства» в юридичному контексті. Так, державно-приватне партнерство – це законодавчо врегульоване співробітництво між органами державної влади та суб'єктами господарювання у формі вольових і правомірних дій, що безпосередньо спрямовані на досягнення соціального, економічного та правового результату. У такому співробітництві мають місце ознаки адміністративного договору, що являє собою багатосторонню угоду, зміст якої складають права і обов'язки сторін, що впливають із владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень, який є однією із сторін угоди.

Слід наголосити на тому, що предметом ДПП може бути державна та комунальна власність, і, незалежно від цивільно-правових відносин, обсягу інвестицій, управлінських функцій, право власності в проєктах ДПП не змінюється, що не означає рівні можливості партнерів. Все це не відмінняє той факт, що органи влади виступають в ролі першого та провідного партнера у взаємодії з приватним сектором.

Світова практика застосування такої форми співпраці дозволила виділити низку характерних ознак ДПП, що зумовлюють доцільність врахування її в Україні до спеціального правового регулювання [10, с.124–126]:

1. Суспільна необхідність в реалізації складного та довгострокового проєкту, для успішного здійснення якого державі чи територіальній громаді бракує можливостей, що й спонукає до встановлення ДПП.

2. Участь держави або іншого публічного партнера. В особі публічного партнера виступають уряд, органи місцевого самоврядування, державні лабораторії, науково-дослідні інститути, державні університети, державні установи, організації і підприємства, а також об'єднання.

3. Наявність у сторін ДПП спільної мети та чітко визначеного публічного інтересу певного рівня (загальнодержавного, регіонального, місцевого).

4. Рівноправний характер відносин та наявність спільних цілей і спрямувань. Взаємодія сторін має партнерський рівноправний характер, який досягається за рахунок паритету, балансу інтересів держави (соціальна спрямованість) та приватного партнера (отримання прибутку) та наявності спільних, єдино спрямованих інтересів.

5. Співвідношення ресурсів, вкладів сторін та активне залучення партнерів у процес прийняття рішень. Часткове інвестування ресурсів включає гроші, майно, людські ресурси, нематеріальні активи, обладнання, інтелектуальну власність, ноу-хау, технології, експертизу, інформацію та інше. Співінвестування передбачає активне залучення обох партнерів до управління, менеджменту, прийняття рішень щодо напрямків діяльності.

6. Інституціоналізація або формалізація. Відносини ДПП мають формальний характер, тобто оформлюються і закріплюються на офіційній юридичній основі (угоди, договори, контракти тощо). ДПП може мати й інституціональну основу, тобто реалізуватися в окрему організаційно-правову форму. З формальних відносин можуть виникати і неформальні відносини і домовленості.

7. Дотримання принципу справедливості при розподілі між сторонами ДПП ризиків та результатів функціонування партнерства.

8. Необхідність захисту інтересів економічної конкуренції з метою попередження монополізації ринку, на якому узгоджено діють сторони ДПП, зловживань з боку приватних партнерів.

9. Регулювання відносин ДПП за допомогою актів законодавства, що належать до різних правових інститутів (договірного права – акти законодавства про державні закупівлі, концесійні та інші договори, що опосередковують відносини ДПП; корпоративного права – щодо акціонерних товариств та інших організаційно-правових форм юридичних осіб, які використовуються для започаткування відносин ДПП та управління проєктами ДПП) [4, с. 94].

Про розуміння необхідності впровадження ДПП свідчить розробка нормативно-правової бази для таких відносин, однак тут є свої нюанси. Якщо звернутись до чинних правових норм, то їх недоліки головним чином полягають у відсутності чіткого визначення державної політики щодо відносин, які складаються між державою та приватними інвесторами. Окремі види відносин, які за своїм змістом можуть розглядатися як предмет ДПП, наразі фрагментарно врегульовані статтями 13, 19, 42 Конституції України [11], статтями 1130–1143 ЦК України, положеннями Преамбули та законоположеннях глави 2, 19, 30, 34, 40 ГК, статтею 75 Повітряного кодексу України, Земельного кодексу України, законами України «Про концесії», «Про концесії на будівництво та експлуатації автомобільних доріг», «Про угоди про розподіл продукції», «Про фінансовий лізинг», «Про оренду державного та комунального майна», «Про управління об'єктами державної власності», «Про місцеве самоврядування в Україні», «Про місцеві державні адміністрації», «Про житлово-комунальні послуги», «Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності», Концепцією розвитку державно-приватного партнерства в житлово-комунальному господарстві, затвердженою розпорядженням Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2009 року № 1184-р та іншими.

Також в Україні ухвалено рамкові та спеціальні закони про окремі форми партнерства, в яких прописано особливості правових режимів ДПП за формами і сферами запровадження діяльності суб'єктів приватного сектора економіки та державного партнерства.

На сьогодні Закон про ДПП є рамковим законом та єдиним законодавчим актом, який встановлює єдину державну політику у сфері ДПП та визначає основні принципи його реалізації в Україні.

Варто проаналізувати підзаконні акти, які регулюють відносини ДПП, оскільки вони визначають важливі для цих відносин порядки, методики, встановлюють вимоги до деяких процедур (конкурсу зокрема) та інформації, а щодо окремих питань – заповнюють прогалини Закону про ДПП.

Так, для забезпечення реалізації законів України у сфері ДПП своїми постановами Кабінет Міністрів України затвердив наступні методики, положення та порядки:

1. Постанови Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2011 року № 384 «Деякі питання здійснення державно-приватного партнерства», від 9 лютого 2011 року № 81 «Про затвердження Порядку надання приватним партнером державному партнеру інформації про виконання договору укладеного в рамках державно-приватного партнерства», від 17 березня 2011 року № 279 «Про затвердження Порядку надання державної підтримки здійсненню державно-приватного партнер-

ства», від 16 лютого 2011 року № 232 «Про затвердження Методики виявлення ризиків, пов'язаних з державно-приватним партнерством, їх оцінки та визначення форми управління ними», від 13 листопада 2013 року № 835 «Про затвердження Порядку відбору проектних (інвестиційних) пропозицій та інвестиційних проектів, для розроблення або реалізації яких надається державна підтримка», від 18 липня 2012 року № 684 «Про затвердження Порядку та критерію оцінки економічної ефективності проектних (інвестиційних) пропозицій та інвестиційних проектів», від 18 липня 2012 року № 650 «Про затвердження Порядку ведення Державного реєстру інвестиційних проектів та проектних (інвестиційних) пропозицій», від 18 травня 2011 року № 520 «Про затвердження Порядку та умов надання субвенцій з державного бюджету місцевим бюджетам на виконання інвестиційних програм (проектів)», від 12 квітня 2000 року № 642 «Про затвердження Положення про проведення концесійного конкурсу та укладення концесійних договорів на об'єкти права державної і комунальної власності, які надаються в концесію» тощо.

2. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 14 серпня 2013 року № 739-р «Про схвалення Концепції розвитку державно-приватного партнерства на 2013–2018 роки».

В свою чергу Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, що, згідно Закону про ДПП, є спеціально уповноваженим органом з питань ДПП, затвердило:

1. Форму подання пропозиції щодо здійснення державно-приватного партнерства, наказом від 16 серпня 2011 року № 40, який був зареєстрований Міністерством юстиції України 20 жовтня 2011 року за № 1217/19955 на виконання пункту 4 Порядку проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2011 року № 384.

2. Форму техніко-економічного обґрунтування здійснення державно-приватного партнерства та Методики аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства, наказом від 27 лютого 2012 року № 255, який був зареєстрований Міністерством юстиції України 15 березня 2012 року за № 399/20712.

3. Положення про оцінку та конкурсний відбір запропонованих міністерствами, іншими центральними та місцевими органами виконавчої влади інвестиційних проектів, що передбачають залучення коштів державного бюджету, та утворення комісії Міністерства економічного розвитку і торгівлі України з оцінки та конкурсного відбору інвестиційних проектів, наказом від 13 червня 2012 року № 697, які були зареєстровані Міністерством юстиції України 25 липня 2012 року за № 1254/21566.

4. Форму проектної (інвестиційної) пропозиції, на основі якої готується інвестиційний проект, для роз-

роблення якого може надаватися державна підтримка, Порядок розроблення інвестиційного проекту, для реалізації якого може надаватися державна підтримка, наказом від 19 червня 2012 року № 724.

5. Форму заяви про розгляд інвестиційного проекту або проектної (інвестиційної) пропозиції, наказом від 03 вересня 2012 року № 965.

6. Методичні рекомендації з розроблення інвестиційного проекту, для реалізації якого може надаватися державна підтримка, наказом від 13 листопада 2012 року № 1279 та інші.

Таким чином на Україні створено необхідне правове поле для залучення інвестицій та розвитку економіки України на засадах ДПП.

Також вважаємо, що з питань нормативно-правового забезпечення ДПП варто долучитися до досвіду європейських країн. Зокрема, у нормативних актах країн європейської співдружності («Зелена книга про державно-приватне партнерство» 2004 року), закріплено поняття публічно-приватного партнерства, його основні риси, а також типи, а саме: партнерство договірною характеру та партнерство інституційного характеру.

Так, у «Зеленій книзі про державно-приватне партнерство», що була прийнята в рамках Європейського союзу, було визначено два типи такого партнерства. Перший стосується договірною характеру. Так, приватній особі за виконану роботу чи надані послуги гарантується винагорода від публічної організації або/чи безпосередніх користувачів. Все це регулюється директивами Євросоюзу щодо проведення публічних тендерів. Другий тип партнерства носить інституційний характер. В його межах можливе формування нової юридичної особи, співзасновниками якої є державна і приватна організації.

Варто відмітити, що «Зелені книги» (англ. Green Paper) – це документи Європейської комісії, що мають на меті ініціювати громадське обговорення та розпочати процес консультацій на європейському рівні з певної тематики (соціальна політика, партнерство публічного та приватного секторів, єдина валюта, телекомунікації тощо). Зібрання «Зелених книг», які опубліковуються з 1984 року, надає доступ як до повних, так і до узагальнених версій документів. «Зелені книги» дають поштовх до законодавчих змін, що в майбутньому відображаються в «Білих книгах». У «Зеленій книзі» про ДПП визначено, що публічно-приватні партнерства є формою співробітництва між органами державної влади та бізнесовими структурами, які створюються і реалізуються з метою забезпечити втілення проектів або для надання послуг громадськості [12; 13, с. 45].

В європейській практиці існує безліч прикладів ефективної взаємодії державного і приватного секторів у процесі реалізації соціально-економічних завдань. Спочатку європейське ДПП базувалося на концесійних договорах, згідно з якими користувач був покупцем по-

слуги, а приватний сектор – її постачальником. Застосування ДПП все більше зосереджувалося на наданні послуг для соціальної інфраструктури, такої як школи, лікарні, в'язниці. У цьому разі уряд, державний сектор є покупцем таких послуг.

**Висновки.** Таким чином, у статті наведено генезис використання механізмів ДПП та виявлено, що найбільш таке партнерство функціонує в зарубіжних державах, зокрема Франції, Великобританії, США, Канаді, Австрії, Бельгії, Данії, Австралії, Ізраїлі, Ірландії та інших.

Аналізуючи наукові погляди щодо поняття державно-приватного партнерства, необхідно констатувати, що дослідники визначають різні сторони державно-приватного партнерства, у вузькому і широкому розумінні, кожний доповнюючи за змістом та створюючи підґрунтя для його розвитку і застосування. Також стало відомо про відсутність трактування такого партнерства з юридичної точки зору, зокрема в адміністративно-правовому аспекті.

Так, державно-приватне партнерство – це законодавчо врегульоване співробітництво між органами державної влади та суб'єктами господарювання у формі вольових і правомірних дій, що безпосередньо спрямовані на досягнення соціального, економічного та правового результату. У такому співробітництві мають місце ознаки адміністративного договору, що являє собою багатосторонню угоду, зміст якої складають права і обов'язки сторін, що впливають із владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень, який є однією із сторін угоди. Однак сумісництво характерних рис та доцільності застосування адміністративного договору в реалізації ДПП пропонуємо розглянути в наступних публікаціях.

Слід зазначити, що під час такого співробітництва досягаються кращі техніко-економічні показники та результати господарювання, ефективніше використовуються державні ресурси і комунальне майно.

Наведено ряд ознак ДПП та визначено необхідність врахування їх в Україні до спеціального правового регулювання. Охарактеризовано законодавче підґрунтя, що регулює відносини ДПП, враховуючи яке можна стверджувати, що в Україні створено необхідне правове поле для залучення інвестицій та розвитку економіки України на засадах ДПП.

### Список використаних джерел

1. Ястребов О.А. Исследование зарубежного опыта организации государственно-частного партнерства / О.А. Ястребов // Вестн. ИНЖЭКОНА. – СПб., 2011. – № 3. – С. 450–453.
2. Бруссер П. Государственно-частное партнерство – новый механизм привлечения инвестиций / П. Бруссер // Рынок ценных бумаг. 2007. – № 2. – С. 10.
3. Спиридонов А.А. Государственно-частное партнерство: понятие и перспективы совершенствования законодательного регулирования / А.А. Спиридонов // Бизнес и власть в со-

временной России: теория и практика взаимодействия. – М. : РАГС, 2010. – 190 с.

4. Сімсон О.Е. Правова модель публічно-приватного партнерства в інноваційній сфері : [монографія] / О.Е. Сімсон. – Х. : Право, 2013. – 448 с.

5. Про державно-приватне партнерство : Закон України від 1 липня 2010 року № 2404–VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua).

6. Запатрина И.В. Перспективы использования механизмов публично-частного партнерства для развития инфраструктуры Украины / И.В. Запатрина // Демографія та соціальна економіка. – 2012. – № 1 (17). – С. 96–97.

7. Павлюк К., Павлюк С. Сутність і роль державно-приватного партнерства в соціально-економічному розвитку держави // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.nbu.gov.ua/portal/natural/02.pdf](http://www.nbu.gov.ua/portal/natural/02.pdf)

8. Знаменський Г.Л. Державно-приватне партнерство :

український варіант / Г.Л. Знаменський // Юрид. вісн. України. – 2009. – № 39 (743). – С. 7–9.

9. Спасибо-Фатеева І. Цивілістичний погляд на поняття партнерства / І. Спасибо-Фатеева // Право України – 2010. – № 12. – С. 4–10.

10. Узунов Ф.В. Зарубіжний досвід формування та розвитку державно-приватного партнерства / Ф.В. Узунов // Інвестиції: практика та досвід. – 2013. – № 14. – С. 124–126.

11. Конституція України від 28 червня 1996 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua).

12. European Commission. Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions. COM(2004) 327final. – Brussels, 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/businesses/public\\_procurement](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement).

13. Паппас С. Політика ЄС у сфері державних закупівель : [навч. посіб.] / С. Паппас // – К. : КНУІМВ, 2005. – 125 с.



УДК 349.2

## РИНОК ПРАЦІ ЯК МЕХАНІЗМ СПРИЯННЯ ТА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАЙНЯТОСТІ НАСЕЛЕННЯ

**Роман ШАБАНОВ,**  
кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін,  
господарського та трудового права юридичного факультету  
Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди

### SUMMARY

Examined the legal specifics of the labor market as a mechanism for ensuring the employment of population. Analyzed in a historical perspective the notion of labor market and arguments regarding the expediency of use in legal science of this «economic» concept. Argued that the labor market is mechanism to meet the needs of the economically active population in full, productive and freely chosen employment, it is proved that the mechanism should take into consideration the needs of the economically active population, and the needs of the state in specific economic period of her life and the needs of specific the employer within the framework of its production.

**Key words:** labor market, employment, economically active population.

### АНОТАЦІЯ

Досліджено правову специфіку ринку праці як механізму сприяння та забезпечення зайнятості населення. Проаналізовано історичну ретроспективу поняття «ринок праці» та наведено аргументи щодо доцільності використання в юридичній науці цього «економічного» поняття. Аргументовано, що ринок праці є механізмом задоволення потреб економічно активного населення в повній, ефективній та вільно обраній зайнятості. Доведено що цей механізм повинен працювати з урахуванням і потреб економічно активного населення, і потреб держави в конкретний економічний період її життя, і потреб конкретного роботодавця в межах його виробництва.

**Ключові слова:** ринок праці, зайнятість населення, економічно активне населення.

**Постановка проблеми.** Радянський етап реалізації трудового потенціалу українців був керований адміністративно-командною системою, яка через власні інститути пронизувала систему розподілу й перерозподілу робочої сили. Набуття Україною незалежності та сучасний поступ у напрямку європейської інтеграції все чіткіше вимагає остаточної відмови від залишків радянського механізму регулювання сфери праці. Норми трудового права тепер повинні стимулювати й контролювати процеси у виробничих галузях, а не виключно спрямовувати їх. Останню функцію має виконувати ринок праці. З'ясування економіко-правових особливостей ринку праці потрібне насамперед через необхідність вироблення державних заходів впливу щодо сприяння зайнятості населення.

**Формулювання мети статті.** Автор має на меті дослідити правову специфіку ринку праці як механізму сприяння й забезпечення зайнятості населення.

**Виклад основного матеріалу.** В економічній літературі існує широкий спектр підходів до тлумачення сутності ринку праці. Натомість визначення економічної сутності ринку праці потребує з'ясування загального поняття категорії «ринок». У класичній економічній науці існує чотири напрями щодо визначення сутності ринку. Так, представники першого напрямку (О. Курно, Дж.М. Кейнс, А. Маршал) визначають ринок як будь-який район, де економічні зв'язки покупців і продавців

до такого рівня вільні, що ціни на однакові товари досягнуть легко й швидко вирівнюються. Представники новоавстрійської школи, зокрема Ф. Хайек, керуючись положенням А. Сміта, що ринок – це природний процес, породжений діями індивідумів, які намагаються досягти своєї мети, і з різноманітності їх дій формується економічний порядок, підкреслюють, що ринок ніким не регулюється, функціонує без певної мети, не узгоджено з організаційної точки зору, поєднуючи різні конкуруючі цілі [1].

Прибічники другого напрямку ринкової теорії (неокласичного) визначають ринок як сукупність продавців і покупців, у результаті дій яких об'єкти обміну отримують ціну. Представник третього напрямку (монетаризму) М. Фрідмен визначає ринок як спосіб координації дій учасників, який забезпечує їм свободу вибору, наділяє ринок рисою цілеспрямованості з елементами ринкової й директивної економічної координації. Різновидом останнього напрямку є марксистська теорія, згідно з якою ринок визначається у вузькому розумінні – як відносини між продавцями та покупцями у сфері обігу за властивими йому законами й формами організації, та в широкому – як форма зв'язку між виробниками та споживачами товарів [2].

У прийнятій урядом концепції переходу України до ринкової економіки ринок визначено як систему товарно-грошових відносин із механізмом вільного

ціноутворення, з вільним підприємництвом на основі економічної самостійності, рівноправності та конкуренції суб'єктів господарювання в боротьбі за споживача [3, с. 6–7].

Підсумовуючи вищенаведені підходи до визначення ринку, можна зробити такі узагальнення: 1) ринок являє собою соціально-економічну систему взаємозв'язків між її суб'єктами (покупцями та продавцями); 2) ця система є просторово визначеною; 3) взаємозв'язки між суб'єктами системи мають конкуруючі або протилежні цілі (продавці – максимізації зиску, покупці – мінімізації прибутку); 4) для одночасного досягнення цілей суб'єктів цієї території має бути запроваджено систему централізованого цілеспрямованого регулювання; 5) метою такого регулювання має бути максимізація сукупного зиску суб'єктами системи такої території на основі оптимізації використання її продуктивних сил.

У свою чергу ринкові відносини передбачають існування сукупності ринків, що охоплюють різні сфери людської діяльності: ринок капіталу, ринок товарів і послуг, ринок праці та ринок ресурсів. Визначальними серед факторів соціальної організації економіки є людина та її праця. Саме від включення людини в продуктивну діяльність залежить дія всіх інших факторів, оскільки саме праця як процес реалізації фізичних і творчих здібностей людини є фактором суспільного прогресу, соціально-економічного розвитку та умовою задоволення різноманітних всезростаючих потреб людини. І без формування й розвитку соціально орієнтованого ринку праці не можлива побудова соціально орієнтованої економіки.

Щодо доцільності використання поняття ринку для відносин зайнятості населення не можна не погодитися з В.В. Безусим, який підкреслює, що застосування категорії «ринок» для визначення взаємодії роботодавців і працівників у сфері надання й отримання роботи не зрівнює працю зі звичайними товарами, оскільки праця – це насамперед процес доцільної вольової трудової діяльності людей, лише на додаток до цього вона може розглядатися як певний специфічний товар, який не може бути відокремлено від працівника [4, с. 333].

Зауважимо, що існують близькі за значенням поняття «ринок праці», «ринок робочої сили», «ринок трудових ресурсів», «ринок зайнятості».

Існує думка, що поняття «ринок праці» та «ринок робочої сили» відрізняються одне від одного тим, що робоча сила являє собою потенційну здатність до праці, а праця – функціонуючу здатність. Відповідно до цієї думки поняття «ринок робочої сили» дещо ширше, тому що воно охоплює відносини не лише щодо зайнятих, а й щодо незайнятих членів суспільства, які активно шукають роботу, тобто охоплює зайнятих і безробітних. Поняття «ринок трудових ресурсів» уявляється ще ширшим, оскільки характеризує трудові ресурси суспільства [5, с. 14]. Отже, згідно із цією думкою економістів, ринок

робочої сили розширює горизонти соціально-трудова відносин до масштабів економічно активного населення й у вузькому розумінні поняття «ринок робочої сили» можна використовувати для характеристики відносин щодо безробітних. За іншою думкою, економічно прийнятним і рівнозначним слід вважати використання двох термінів – ринок робочої сили та ринок праці, оскільки вони тісно поєднані, взаємно доповнюються, переходячи в процесі ринкових відносин з одного в інший [6, с. 14].

Деякі економісти також використовують термін «ринок робочої сили», розглядаючи його як сферу обігу специфічного товару «робоча сила»; як особливий, властивий товарно-грошовим відносинам, спосіб її включення до економічної системи [7, с. 3]; як систему відносин, які формуються на вартісній основі між роботодавцями (власниками засобів виробництва) та найманими працівниками (власниками робочої сили) щодо задоволення попиту перших на робочу силу як роботодавців і потреб інших у роботі за наймом як джерела засобів до існування; як інститут взаємодії споживачів робочої сили, тобто роботодавців (юридичних і фізичних осіб), та конкретних фізичних осіб, які мають певні фізичні й розумові здібності, певні професійні знання, навички й уміння [8, с. 22].

Одразу звернемо увагу на те, що в правовій літературі також не існує єдності думок щодо використання понять «ринок праці» та «ринок робочої сили» в юридичній термінології. Наприклад, С.Х. Джиоев визнає більш правильним термін «ринок робочої сили», адже праця не є об'єктом купівлі-продажу, оскільки таким може бути лише робоча сила. Праця ж як процес її використання виникає лише після акту купівлі-продажу останньої, коли вона перемістилася зі сфери звернення до сфери виробництва [9, с. 19].

Натомість С.П. Маврін зазначає, що об'єктом ринку праці та, відповідно, об'єктом трудового договору (контракту) і трудових правовідносин є наймана праця. Праця стає найманою й набуває властивостей ринкового продукту за наявності мінімум трьох умов. По-перше, вона повинна володіти такою якістю, як суспільна корисність, яку розуміють як здатність праці задовольняти будь-яку потребу в ній. По-друге, праця повинна бути соціалізованою або «винесеною» на ринок, тобто запропонованою потенційним працівником для споживання в процесі виробництва (аналогічно в будь-якій іншій формі економічної діяльності) всім потенційним роботодавцям. По-третє, практичне використання праці в інтересах роботодавця повинне здійснюватися виключно на основі договору. Якщо для застосування праці конкретної особи не вимагається укладення будь-якого договору, і вона здійснюється в позадоговірному порядку, наприклад, на родинних засадах або на основі примусу, то найманою ця праця не є. Водночас така праця не може виступати й у якості ринкового продук-

ту. Із цієї точки зору найманою є лише та праця, яка вільно пропонується необмеженому колу роботодавців як потенційний об'єкт трудового договору [10, с. 146]. На думку А.М. Нурмагамбетова, саме на ринку праці для працівника як власника робочої сили створюється можливість влаштування на конкретне робоче місце, з відповідною оплатою праці, а в роботодавця – умови для отримання прибутку. Отже, на ринку праці виникає потенційна можливість продажу робочої сили, а її споживання відбувається безпосередньо на виробництві [11, с. 22]. О.В. Собченко вважає, що в юридичному обігу доцільно використовувати лише поняття «ринку праці», однак при цьому розглядати таку категорію як наукову абстракцію, тому що в кожному разі на ринку праці або на ринку робочої сили реалізується «товар», який володіє особливими властивостями [12, с. 13].

На наш погляд, варто погодитися з тими дослідниками, які включають до поняття «ринку праці» категорію «ринку робочої сили» в якості специфічної складової. Означена логіка походить від вищерозглянутого питання змісту права на працю в ринкових умовах, яке володіє подвійною природою, де безпосередньо праву на працю відповідає ринок праці в загальному розумінні, а праву на роботу – ринок робочої сили як сфера забезпечення зайнятості осіб за трудовим договором.

Цікавою є думка про те, що в сучасній ринковій економіці вже замало говорити про ринок праці лише як про ринок живої праці [13]. Згідно із цією думкою існують вагомі докази включення до ринку праці також ринку робочих місць, тому що реально й постійно існують попит на них та їхня пропозиція. Такий висновок можна зробити на підставі міркування про те, що виробництво роботодавця об'єднує працю багатьох працівників так, що кожен із них закріплюється за певним робочим місцем, а всі робочі місця пов'язані між собою технологією та внутрішньофірмовою кооперацією. Тому роботодавець, купуючи робочу силу, водночас пропонує працівникові трудитися на певному робочому місці. У свою чергу працівник, продаючи свою робочу силу, створює попит на певне робоче місце. Отже, угода купівлі-продажу робочої сили відбудеться лише тоді, коли робоче місце відповідає вимогам працівника, і навпаки. Усе це означає, що найманий працівник і роботодавець однаковою мірою виступають на ринку праці як власники: працівник як власник товару «робоча сила», а роботодавець як власник свого виробництва й усіх робочих місць у цьому виробництві, а також тих грошових сум, які він сплачує працівникові. Отже, можна говорити, що ринок праці охоплює не лише ринок робочої сили, а й ринок робочих місць.

Варто підкреслити, що на таку позицію впливає насамперед марксистська теорія ринку праці, відповідно до якої ринок праці визначається як інститут або механізм, у якому покупці та продавці здійснюють процеси купівлі й продажу товару «робоча сила», вступаю-

ючи у відносини товарного обміну. Серед сучасних дослідників у сфері економічної науки так трактують ринок праці О.А. Грішнова [14], І.Є. Золін [15], Ю.М.Маршавін [16], В.М.Петюх [5]; серед правознавців – Ж.А. Горбачова [17], О.В. Собченко [12].

Дійсно, досліджуючи механізм функціонування ринкової економіки за капіталізму, К. Маркс виходив із того, що робоча сила як «сукупність фізичних і духовних здібностей, якими володіє організм, жива особа людини» є товаром, а виробничі відносини базуються на вільній купівлі-продажу робочої сили, де її оцінка коливається навколо вартості, приведеною формою якої є заробітна плата. Проте сучасні дослідники в економічній та правовій науці, які слідом за К. Марксом багато уваги приділяють фазі обміну робочої сили на засоби існування, не зважають на те, що ринок робочої сили змінився завдяки розвитку капіталістичних суспільних відносин, переходу капіталізму в монополістичну стадію, через ускладнення економічних зв'язків та економічних відносин. Під впливом робітничого руху розширилось поняття умов найму, які тепер включають не лише заробітну плату та робочий час, а й гарантії зайнятості, оплачений, проте не відпрацьований час, соціальні виплати тощо. Через науково-технічний та інформаційний розвиток змінилося ставлення до робочої сили в роботодавців, зокрема, щодо якості робочої сили (кваліфікації, професійної й загальноосвітньої підготовки, творчого ставлення до праці, високої якості роботи), а також щодо соціальних гарантій тощо. Це змусило роботодавців активно включитись у профпідготовку кадрів через авансування матеріальних витрат працівників на навчання та матеріальну підтримку тих, хто навчається, а також брати участь у формуванні фондів соціального страхування тощо. Тому механізм ринку праці вийшов за межі процесу обміну робочої сили, пронизуючи також інші фази відтворення цього специфічного товару.

Отже, зосередження лише на фазі обміну, на наш погляд, слід вважати хибним. Таке звуження поняття ринку робочої сили призвело до того, що на етапі ринкової трансформації економіки України питання регулювання ринку праці здебільшого обмежуються державними заходами сприяння працевлаштуванню у вузькому розумінні.

До вузького розуміння призводить також розгляд ринку праці як механізму узгодження попиту й пропозиції робочої сили та механізму забезпечення зайнятості незайнятого населення. Така тенденція помітна, наприклад, у законодавстві деяких пострадянських країн у тлумаченні дефініції «ринку праці». Згідно зі ст. 1 Закону Республіки Азербайджан «Про зайнятість» ринок праці – сукупність попиту та пропозиції на робочу силу [18]. У п. 4 ст. 1 Закону Республіки Казахстан «Про зайнятість населення» ринок праці визначається як сфера формування попиту та пропозиції на економічно

активне населення [19]. Відповідно до ст. 2 Закону Республіки Молдова «Про зайнятість населення й соціальний захист осіб, які перебувають у пошуку роботи» ринок робочої сили – економічний простір, у якому зустрічаються, зіставляються та вільно реалізуються попит на робочу силу власників капіталу, що виступають як покупці, і пропозиція робочої сили, власники якої виступають у якості offerenta [20]. Згідно зі ст. 1 Закону Республіки Таджикистан «Про сприяння зайнятості населення» ринок праці – це сфера формування попиту та пропозиції на робочу силу [21].

Крім того, розгляд сучасного механізму функціонування ринку праці лише з погляду його державного регулювання змушує розглядати насамперед проблеми зайнятості незайнятого населення на рівні суспільного виробництва, ігноруючи проблеми, які складаються в низовій ланці виробництва. Однак, на наш погляд, однією з особливостей ринку праці є те, що в сучасних умовах він пронизує не лише фазу обміну товару «робоча сила», а й фази виробництва, розподілу та використання робочої сили. До цього варто додати, що відносини купівлі-продажу робочої сили безперервні від моменту найму працівників аж до їх звільнення.

Тобто ринок праці існує не лише за межами підприємства, а й у самому виробництві підприємства. Тому не можна погодитися з тими дослідниками, які вважають, що працівники, зайняті на робочих місцях роботодавця, вже не знаходяться на ринку праці, тобто не перебувають у відносинах купівлі-продажу своєї робочої сили з підприємцем і в стані пропозиції свого товару. Це не так, адже підприємець пред'являє попит не лише на робочу силу тих, хто не зайнятий на підприємстві та шукає роботу. Він «приглядається» також до найманих працівників, із якими вже укладено трудовий договір, пропонуючи їм вигідніші умови найму, коли шукає потрібних йому працівників на нові або на вакантні робочі місця. Водночас серед зайнятих багато таких, хто шукає роботу на своєму або інших підприємствах із більш вигідними умовами найму. Знайшовши таку роботу, вони звільняються й переходять на інші підприємства або переходять на інші вакантні посади в того ж роботодавця.

Натомість, як вказує В.І. Герасимчук, в умовах посткапіталістичного суспільства праця стає вільною й творчою, а вдосконалення та всебічний розвиток здібностей людини стають її основними потребами. Основною метою постіндустріального суспільства, на думку неоінституалізму, стане всебічний розвиток особистості [22, с. 5]. Становлення й розвиток постіндустріального суспільства характеризується виникненням нового типу виробництва, у якому людина стає «носієм всезагальних продуктивних сил», постійним переходом економіки товару через економіку грошей в економіку людських здібностей, «людський капітал» як сукупність професійно-кваліфікаційних

навиків, знань, таланту індивідів, стає двигуном усе більш різнобічного та все менш енергомісткого виробництва, перетворенням постіндустріальної господарчої діяльності на «економіку дорогої людини», оскільки успіх виробничої діяльності буде залежати від людей, яких доведеться дорого й довго навчати [23, с. 9].

Таким чином, об'єктом відносин праці виступає вже не робоча сила як сукупність фізичних і духовних якостей, якими володіє організм та які застосовуються нею кожного разу, коли вона виробляє будь-які споживчі вартості [24, с. 17], а людський капітал як сукупність сформованих і розвинутих унаслідок інвестицій продуктивних сил, особистих рис і мотивацій індивідів, що перебувають у їх власності, використовуються в економічній діяльності, сприяють зростанню продуктивності праці й завдяки цьому впливають на зростання доходів (заробітків) свого власника та національного доходу [25, с. 11]. Якщо робоча сила поступово витісняється фізичним капіталом, то знання й інформаційні ресурси сьогодні замінюють фізичний капітал. Знання та інформаційні продукти стають найбільш важливим ресурсом сучасного виробництва [26, с. 19].

Визначаючи об'єкт ринку праці, слід також враховувати, що людський капітал включає сукупність як виробничих, так і загальнолюдських навиків, знань, спроможностей, якими володіє людина, які їй належать і невіддільні від неї, тобто злиті з живою людською особистістю та практично використовуються нею в повсякденному житті [27, с. 55]. Якщо навик й знання примножуються в процесі їх використання, то такий елемент людського капіталу, як, наприклад, здоров'я людини, поступово втрачається. І постає питання охорони здоров'я й безпеки життєдіяльності. Крім того, на ринку праці реалізуються не всі активи людського капіталу, а лише ті, що використовуються у виробничому процесі. Такі активи, як моральні цінності, знання, що використовуються в повсякденному житті, проте не приносять доходу, не реалізуються. Отже, на ринку праці реалізується та частина людського капіталу, що використовується в процесі виробництва та приносить додаткову вартість, тобто «трудовий капітал». Трудовий капітал є реалізованим трудовим потенціалом, тобто сукупністю використовуваних факторів праці, використовуваної інформації у формі отриманих знань, досвіду, поточної інформації, що надають індивіду додаткової вартості у вигляді заробітної плати, відсотків та прибутку.

Виходячи з означеного, ринок праці як економічну категорію можна визначити як специфічний механізм із формування й реалізації трудового капіталу.

Окреслений сучасний підхід до розуміння ринку праці відображено в його легальному визначенні, яке міститься в п. 19 ст. 1 Закону України «Про зайнятість населення», відповідно до якого ринок праці – це си-

стема правових, соціально-трудових, економічних та організаційних відносин, що виникають між особами, які шукають роботу, працівниками, професійними спілками, роботодавцями та їх організаціями, органами державної влади у сфері задоволення потреби працівників у зайнятості, а роботодавців – у найманні працівників відповідно до законодавства [2].

Одним варто зауважити, що якщо з економічної точки зору наведена в законодавстві дефініція є достатньо вдалою, то її юридичний зміст можна поставити під сумнів. Так, на переконання С.Х. Джиоева, з яким не можна не погодитись, потрібно чітко відмежовувати правові засоби й ринкові механізми в регулюванні. Коли мова йде про правове регулювання сприяння трудовій зайнятості, маються на увазі лише ті ринкові регулятори, які набрали правової форми. Інакше вони можуть лише доповнювати правовий механізм, не будучи його складовою частиною [9, с. 25]. Тому включення до поняття «ринок праці» соціально-трудових, економічних та організаційних відносин, з одного боку, є показником використання законодавцем системного підходу до розуміння цього явища, а з іншого боку, недостатньо конкретно окреслює правові ознаки ринку праці. У цьому контексті Закон України «Про зайнятість населення» не закріплює жодних положень щодо окреслення соціально-трудових, економічних та організаційних властивостей ринку праці, які потребують відображення в діючому законодавстві. До того ж сумнівним видається формулювання ринку праці в якості системи відносин. На наш погляд, як і у випадку з терміном «зайнятість населення», потрібно відмежовувати власне правове явище від суспільних відносин, у яких воно виражається. Незрозумілим також є використання для позначення одного й того ж суб'єкта у відносинах на ринку праці двох конструкцій: «особи, які шукають роботу» і «працівники». Можливо, законодавець намагався цим окреслити, що особа може знаходитись у процесі пошуку роботи, навіть коли має статус працівника. На наш погляд, для позначення цього суб'єкта ринку праці має бути використано єдиний термін – «економічно активне населення», який, використовуючи методологію Міжнародної організації праці, можна сформулювати так: економічно активне населення – особи від 15 до 70 років, які відносяться до категорій зайнятого населення або шукають роботу, у тому числі зареєстровані як безробітні. Цю дефініцію, на наш погляд, доцільно закріпити в п. 6-1 ст. 1 Закону України «Про зайнятість населення».

**Висновки.** Отже, враховуючи розглянуті економіко-правові підходи до терміна «ринок праці», його тлумачення в п. 19 ст. 1 Закону України «Про зайнятість населення» має бути викладено таким чином: «Ринок праці – механізм задоволення потреб економічно активного населення в повній, ефективній та вільно обраній зайнятості».

## Список використаної літератури

1. Хайек Ф. Индивидуализм и экономический порядок / Ф. Хайек. – М. : Изограф, 2000. – 256 с.
2. Фридман М. Основы монетаризма / М. Фридман. – М. : ТЕИС, 2002.
3. Чикуркова А.Д. Ринок праці / А.Д. Чикуркова, О.М. Деренко. – Кам'янець-Подільський : Абетка, 2002. – 92 с.
4. Безусий В.В. Визначення поняття «ринок праці» у сучасній науці трудового права / В.В. Безусий // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – Х., 2006. – Вип. 34. – С. 332–336.
5. Петюх В.М. Ринок праці : [навч. посібник] / В.М. Петюх. – К. : КНЕУ, 1999. – 288 с.
6. Купалова Г.І. Соціально-економічна сутність форми та функції ринку робочої сили / Г.І. Купалова // Зайнятість та ринок праці. – 1994. – Вип. 2. – С. 12–19.
7. Шаленко М.В. Ринок робочої сили України: становлення і перспективи розвитку / М.В. Шаленко // Економіка України. – 1991. – № 3.
8. Либанова Э.М. Рынок рабочей силы (Методы анализа и возможности регулирования) / Э.М. Либанова. – К. : ИПК гос. службы занятости, 1993.
9. Джиоев С.Х. Правовые проблемы содействия трудовой занятости в России : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» / С.Х. Джиоев ; Московская гос. юрид. академия. – М., 2006.
10. Маврин С.П. Рынок труда и трудовое право: проблемы юридической терминологии / С.П. Маврин // Правоведение. – 1999. – № 3. – С. 121–153.
11. Нурмагамбетов А.М. Рынок труда: правовые проблемы и перспективы : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» / А.М. Нурмагамбетов ; Московская гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – М., 1998.
12. Собченко О.В. Некоторые правовые проблемы занятости населения в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» / О.В. Собченко. – М., 2005. – 30 с.
13. Павленков В.А. Рынок труда / В.А. Павленков. – М. : Анкил, 1992.
14. Грішнова О.А. Проблеми ринкової трансформації освіти та професійної підготовки / О.А. Грішнова // Україна: аспекти праці. – 1998. – № 1. – С. 26–28.
15. Золин И.Е. Рынок труда и занятость населения в современной экономике : автореф. дис. ... канд. эконом. наук : спец. 08.00.01 / И.Е. Золин ; Волго-Вятская академия гос. службы. – Нижний Новгород, 2001. – 26 с.
16. Маршавін Ю.М. Шляхи удосконалення інституційного забезпечення розвитку ринку праці України / Ю.М. Маршавін // Зайнятість та ринок праці : міжвідомчий наук. зб. – 2001. – Вип. 14. – С. 99–110.
17. Горбачева Ж.А. Правовое регулирование трудоустройства в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» / Ж.А. Горбачева ; Московский гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – М., 1997. – 26 с.

18. Закон Азербайджанской Республики от 2 июля 2001 года «О занятости» // Сборник законодательных актов Азербайджанской Республики. – 2001. – № 8. – Ст. 522.

19. Закон Республики Казахстан от 23 января 2001 года «О занятости населения» // Казахстанская правда. – 2001. – № 25–26.

20. Закон Республика Молдова от 13.03.2003 года «О занятости населения и социальной защите лиц, находящихся в поиске работы» // Monitorul Oficial. – 2003. – № 70–72. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://lex.justice.md/document\\_gus.php?id=7CE6DDB5:DEE16529](http://lex.justice.md/document_gus.php?id=7CE6DDB5:DEE16529).

21. Закон Республики Таджикистан от 16 июля 2003 года «О содействии занятости населения» [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.tajik-gateway.org/index.phtml?lang=ru&id=2459>.

22. Герасимчук В.І. Соціально орієнтований ринок праці і проблеми його становлення / В.І. Герасимчук. – К. : Принт експрес, 2000. – 32 с.

23. Еськов А.Л. Гуманизация труда и производства в постиндустриальном обществе / А.Л. Еськов. – К. : Науковий світ, 2003. – 55 с.

24. Волкова О.В. Ринок праці : [навч. посібник] / О.В. Волкова. – К. : Центр учбової літератури, 2007. – 624 с.

25. Грішнова О.А. Людський капітал: формування в системі освіти і професійної підготовки / О.А. Грішнова. – К. : Знання ; КОО, 2001. – 254 с.

26. Грішнова О.А. Економіка праці та соціально-трудова відносини : [підручник] / О.А. Грішнова. – К. : Знання, 2006. – 535 с.

27. Бородіна О.М. Людський капітал на селі: наукові основи, стан, проблеми розвитку / О.М. Бородіна. – К. : ІАЕ УААН, 2003. – 277 с.

28. Закон України «Про зайнятість населення» від 5 липня 2012 року № 5067-VI // Голос України. – 2012. – № 153–154.



## ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС; СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

УДК 347.1

### КЛАССИФИКАЦИЯ ОСНОВАНИЙ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ И ОБЯЗАННОСТЕЙ В СФЕРЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

Александр БАСАЙ,

кандидат юридических наук, докторант кафедры права интеллектуальной собственности и корпоративного права Национального университета «Одесская юридическая академия»

#### SUMMARY

The article investigates the grounds of rights and responsibilities in intellectual property. Disclosed the basic criteria for the classification of legal facts. The article highlights the legal facts – the actions of private law and public law. Special legal fact in intellectual property law is the creation of the work. Author suggests specific criteria for the classification of legal facts in the field of intellectual property. Justified the division of legal facts on private law and public law. The composition of public legal facts necessarily includes the act of a subject of public authority, as one of the legal facts.

**Key words:** intellectual property Rights, legal facts, actions, deeds, legal act.

#### АННОТАЦИЯ

Статья посвящена исследованию оснований возникновения прав и обязанностей в сфере интеллектуальной собственности. Рассмотрены основные критерии для классификации юридических фактов. Выделены юридические факты – действия субъектов частного права и публичного права. Специальным юридическим фактом в праве интеллектуальной собственности является создание произведения. Предложены специальные критерии для классификации юридических фактов в сфере интеллектуальной собственности. Обосновано деление юридических фактов на частноправовые и публично-правовые. В состав публично-правовых фактов обязательно входит акт субъекта публичной власти, как один из юридических фактов.

**Ключевые слова:** права в сфере интеллектуальной собственности, юридические факты, действия, поступки, юридический акт.

**Постановка проблемы.** Кроме дефиниции понятий, важное значение имеет их классификация, поскольку именно она дает возможность понять все разнообразие того или иного правового феномена. Классификации были любимым методологическим приемом еще у древнеримских правоведов и сохранили свою популярность до настоящего времени [1].

Создание классификации – это важный момент в становлении любой теории, так как она наиболее доступным и понятным способом помогает выявить приущие изучаемому объекту закономерности [2].

Классификация юридических фактов, как и любая классификация, служит средством систематизации, предпосылкой научного анализа исследуемого объекта. Разделяя объект на части, она позволяет изучить его в детализированном виде.

**Актуальность темы** исследования обусловлена необходимостью классификации оснований возникновения гражданских прав и обязанностей в области интеллектуальной собственности, которая имеет важное как теоретическое, так и практическое значение, поскольку позволяет раскрыть особенности отдельных юридических фактов, их взаимосвязь. Динамизм отношений в сфере интеллектуальной собственности актуализирует вопрос

установления и исследования новых оснований возникновения прав и обязанностей участников отношений интеллектуальной собственности, определение их места в существующей системе юридических фактов.

Следует отметить, что вопросам понятия, сущности, видов юридических фактов уделяется достаточно много внимания. Большое значение имеют научные работы по теории государства и права, посвященные раскрытию ключевых положений о юридических фактах, среди которых следует отметить работы В.Б. Исакова, О.С. Иоффе, А.В. Кострубы, М.А.Рожковаой, В.В. Копейчикова, Г.В. Кикоть и других. Помимо общетеоретических исследований юридических фактов, также следует отметить работы, посвященные исследованию юридических фактов в науке гражданского права, которые проводились Н.В. Александровой, Е.О. Харитоновой, Е.И. Харитоновой, З.Д. Ивановой, В.О. Кочергиной. Юридические факты, как основания возникновения прав интеллектуальной собственности, не получили комплексного исследования. Освещение вопросов оснований возникновения прав и обязанностей в сфере интеллектуальной собственности носит фрагментарный характер.

**Целью статьи** является классификация юридических фактов в сфере интеллектуальной собственности

сти на основании общетеоретических и специальных критериев.

**Изложение основного материала.** В научной доктрине классификация юридических фактов проводится на основании различных критериев, которые могут быть использованы и при классификации юридических фактов в области интеллектуальной собственности.

В основу традиционной классификации юридических фактов положены три взаимосвязанных признака. Первый – «волевой» критерий, согласно которому все юридические факты делятся на действия и события. Действия – поступки человека, акты государственных органов и так далее. События – явления природы, возникновение и развитие которых не зависят от воли и сознания человека. По второму признаку все действия подразделяются на правомерные и неправомерные. Правомерные действия отвечают предписаниям юридических норм, в них выражается правомерное (с точки зрения действующего закона) поведение. Неправомерные действия противоречат правовым предписаниям, наносят ущерб интересам господствующего класса. Значение этого подразделения заключается в том, что оно охватывает две противоположные сферы правовых явлений. С одной стороны, это договоры, сделки, административные акты, связанные с «нормальными» правовыми отношениями; с другой – проступки, преступления, вызывающие возникновение охранительных правоотношений. Согласно третьему признаку правомерные действия делятся на юридические поступки и юридические акты. Поступки направлены на интересы и цели, лежащие вне права. Они вызывают правовые последствия независимо от того, осознавал или не осознавал субъект их правовое значение, желал или не желал наступления правовых последствий. Значительная часть правомерных поступков порождается материально-предметной деятельностью людей (производством и потреблением материальных благ, созданием произведений литературы и искусства, открытиями и изобретениями и тому подобным). Юридические акты – действия, прямо направленные на достижение правового результата. Осуществляя юридические акты, граждане, государственные органы и другие субъекты создают, изменяют, прекращают правовые отношения или для себя, или для других субъектов [3].

Деление юридических фактов на действия и события хотя и является устойчивым явлением в юридической науке, однако, по мнению некоторых ученых, не может быть признано совершенным. Отмечается, что термин «действия», используемый в этом случае, влечет за собой сужение объема конкретных жизненных обстоятельств, возникающих по воле определенных субъектов (то есть второй группы юридических фактов в указанной классификации). Имеется в виду, что в состав этой группы должны входить не только действия, то есть активное и волевое поведение субъекта, но и бездействие

– сознательное, волевое воздержание субъекта от совершения определенных действий. Термин «действия» используется для усиления разграничения юридических фактов на виды (сделана попытка акцентировать внимание именно на волеизъявлении субъекта) [4].

По мнению О.С. Иоффе, события и действия не охватывают собой всех юридических фактов гражданского права. События выражаются в юридических последствиях, которые наступают однократно. Но есть и такие явления, которые действуют в течение длительного времени, непрерывно и периодически порождая определенные правовые последствия. К числу явлений этого рода могут быть отнесены, например, природные свойства вещей, юридическое действие которых не погашается в каком-либо одном правовом результате, а может выражаться в многократно повторяющихся правовых последствиях. В связи с этим было бы целесообразно, наряду с событиями и действиями, выделить в особую группу под общим наименованием юридических обстоятельств такие не волевые явления, которые существуют постоянно или в течение длительного времени, порождают непрерывно или периодически определенные правовые последствия и не погашаются в однократном акте правового действия [5].

На основании волевого критерия, на действия и события могут быть поделены юридические факты и в сфере интеллектуальной собственности. Наибольшую категорию, согласно данной классификации, в сфере интеллектуальной собственности составляют действия.

По критерию соответствия нормам права, как уже отмечалось, действия делятся на правомерные и неправомерные. Выделение только правомерного поведения и правонарушения не совсем точно отражает оценку поступков человека через призму права, поскольку правовые нормы предусматривают три основных варианта поведения человека: правомерное, неправомерное и юридически нейтральное. Однако нейтральное поведение с формально-юридической точки зрения также может быть охарактеризовано как правомерное – ведь человек в этом случае не нарушает нормы права, не выходит за пределы, ограниченные законом, не нарушает правовых предписаний [6]. Примером такого поведения может быть отказ патентообладателя разрешить использование изобретения полезной модели заинтересованному лицу. С одной стороны, патентообладатель действует в пределах прав, предоставляемых патентом, и реализует одно из исключительных имущественных прав – право предоставлять разрешение на использование или запрещать использование объекта интеллектуальной собственности третьим лицам. С другой стороны, если патентообладатель не использует изобретение без уважительных причин (а такое использование имеет большое значение для удовлетворения потребностей общества), отказ выдать лицензию на использование изобретения может быть расценен как недобросовест-

ное поведение патентообладателя. Фактически речь может идти о злоупотреблении имущественными правами интеллектуальной собственности.

Неправомерные действия являются основанием возникновения прав и обязанностей, связанных с неправомерным использованием объектов права интеллектуальной собственности, имущественных и неимущественных прав. В результате правонарушения у правообладателя возникают права на защиту способами, предусмотренными законодательством (право требовать прекращения неправомерных действий, устранение причин, способствующих нарушению прав; например, изъятие из обращения контрафактной продукции, право на возмещение вреда и тому подобное). На нарушителя возлагаются обязанности по прекращению нарушения и устранению его негативных последствий.

Правомерные действия делятся на акты и поступки. Следует отметить, что первоначальное значение в области интеллектуальной собственности имеют поступки. Поступки делятся на две категории: не волевые поступки, на наличие которых воля того, кто их совершил, вообще не влияет; волевые (целенаправленные), которые отражают волю того, кто их совершил, хотя и не обязательно направленную на установление, изменение правоотношений. Сознательные волевые действия порождают определенные правоотношения независимо от намерения на их установку у действовавшего лица. Этим моментом волевые юридические поступки существенно отличаются от сделок. Характерным признаком этих волевых поступков является намерение лица действовать тем или иным способом, без чего правоотношения, предусмотренные законом, не возникают. Поэтому субъектом правоотношений, возникающих на основании волевых юридических поступков, может быть только дееспособное лицо [7].

В праве интеллектуальной собственности особое значение имеют волевые поступки, а именно создание объектов права интеллектуальной собственности. Для подавляющего большинства отношений в сфере интеллектуальной собственности именно создание результата интеллектуальной деятельности является первичным фактом, с которым связано возникновение гражданских прав и обязанностей (авторское право, смежные права, права промышленной собственности). Волевыми юридическими поступками, которые порождают гражданско-правовые последствия независимо от намерения лица создать своими действиями гражданские права и обязанности, является создание литературных, художественных произведений, изобретений и других результатов интеллектуальной, творческой деятельности. При этом открытия, изобретения, промышленные образцы приобретают значение оснований возникновения гражданских прав и обязанностей при условии их надлежащего оформления в соответствующих органах. Создание произведений науки, литературы, искусства

порождает гражданские правоотношения уже вследствие их существования и предоставления доступной для восприятия формы. В совершении дополнительных действий по оформлению указанных произведений с целью предоставления им правового значения (легитимации) здесь потребности нет.

Акты в сфере интеллектуальной собственности могут быть разделены на: акты субъектов частного права и акты субъектов публичного права (акты законодательства, административные акты, судебные акты – решения, постановления, определения и так далее).

Акты субъектов частного права могут выступать как самостоятельный юридический факт, достаточный для возникновения гражданских прав и обязанностей в сфере интеллектуальной собственности (например, использование коммерческого наименования, использование изобретения, торговой марки или существенная подготовка к такому использованию, как условие возникновения права преждепользователя, договоры о распоряжении имущественными правами интеллектуальной собственности и тому подобное). А также могут являться составным элементом юридического (фактического) состава (подача заявки на регистрацию объектов интеллектуальной собственности, обращение в органы государственной власти с заявлением о получении разрешения на использование запатентованного изобретения, полезной модели без согласия патентообладателя и тому подобное).

Важную группу юридических фактов в области интеллектуальной собственности составляют акты субъектов публичного права. Административные акты выступают одним из ключевых юридических фактов в совокупности юридических фактов, которые выступают основаниями возникновения прав интеллектуальной собственности на объекты, требующие обязательной легитимации, которая осуществляется путем регистрации. Примером административного акта является решение Государственной службы интеллектуальной собственности о государственной регистрации объекта интеллектуальной собственности путем внесения в соответствующий Государственный реестр и выдачу охранного документа (патента, свидетельства). Другим примером административного акта является принятие Кабинетом Министров Украины решения о предоставлении разрешения на использование запатентованного изобретения полезной модели без согласия патентообладателя (выдача принудительной лицензии).

Административным актом в сфере интеллектуальной собственности является также решение Апелляционной палаты Государственной службы интеллектуальной собственности о признании торговой марки хорошо известной. Важное значение имеют также решения Апелляционной палаты, которые принимаются по результатам рассмотрения возражений на решения Государственной службы интеллектуальной собственности

об отказе в выдаче охранных документов на объекты интеллектуальной собственности, которые подаются заявителями.

Правоустанавливающим юридическим фактом в сфере интеллектуальной собственности могут выступать также судебные акты. Так, в соответствии со ст. 30 Закона Украины «Об охране прав на изобретения и полезные модели», если изобретение (полезная модель), кроме секретного изобретения (полезной модели), не используется или недостаточно используется в Украине в течение трех лет начиная с даты публикации сведений о выдаче патента или с даты, когда использование изобретения (полезной модели) было прекращено, то любое лицо, имеющее желание и готовность использовать изобретение (полезную модель), в случае отказа правообладателя от заключения лицензионного договора может обратиться в суд с заявлением о выдаче ему разрешения на использование изобретения (полезной модели). Если патентообладатель не докажет, что факт неиспользования изобретения (полезной модели) обусловлен уважительными причинами, суд выносит решение о выдаче разрешения заинтересованному лицу на использование изобретения (полезной модели) с определением объема его использования, срока действия разрешения, размера и порядка выплаты вознаграждения владельцу патента. Решение суда будет юридическим фактом, на основании которого лицо приобретет право на использование объекта патентного права.

Судебные акты выступают основанием возникновения не только прав, но и обязанностей в области интеллектуальной собственности. Так, на основании судебного акта на лицо, нарушившее права интеллектуальной собственности, может возлагаться обязанность возмещения причиненного правообладателю ущерба, устранение последствий нарушения и тому подобное.

Другую категорию фактов составляют события, которые можно классифицировать по различным основаниям;

- по происхождению – природные (стихийные) и зависящие в своем происхождении от человека;
- в зависимости от повторяемости события – уникальные и повторяющиеся (периодические);
- по количеству участников – персональные, коллективные, массовые, которые делятся на события с определенным и неопределенным количеством лиц, принимающих участие [8].

Так, юридическим фактом-событием является смерть человека. С одной стороны такое событие выступает правопрекращающим фактом для умершего, с другой – выступает основанием возникновения прав и обязанностей у наследников.

Распространенной разновидностью юридических фактов-событий является срок. Согласно ГК Украины сроком является определенный период во времени, с истечением которого связано действие или событие,

имеющее юридическое значение. Наряду с категорией «срок», в ГК Украины используется категория «термин». Термином является определенный момент во времени, с наступлением которого связано действие или событие, имеющее юридическое значение.

Наступление срока представляет собой самостоятельный юридический факт, который в одних случаях может самостоятельно вызывать наступление юридических последствий, в других – входить в юридический состав в качестве одного из составных элементов. Исходя из ст. 259 ГК Украины, сроки могут быть классифицированы на три категории в зависимости от источника их определения: во-первых, сроки, определенные актами гражданского законодательства; во-вторых, сроки, определенные сделкой; в-третьих, сроки, определенные решением суда.

Другим основанием для классификации юридических фактов является характер последствий. По такому критерию традиционно различают следующие категории юридических фактов: правоустанавливающие, правоизменяющие и правопрекращающие юридические факты. Однако, как отмечает Е.О. Харитонов, такая классификация не учитывает все варианты трансформаций правоотношений, например, возможность приостановления последних, восстановления после приостановления и тому подобное. Поэтому более точным представляется подход к классификации юридических фактов по признаку характера последствий, которые наступают вследствие существования определенных обстоятельств, при которых они могут быть разделены не на три, а больше видов:

- 1) юридические факты, устанавливающие право. С их существованием связано возникновение правоотношений;
  - 2) юридические факты, изменяющие право. Наличие этих фактов вызывает изменение уже существующих правоотношений;
  - 3) юридические факты, прекращающие право. Это такие обстоятельства, наличие которых влечет прекращение уже существующих правоотношений;
  - 4) юридические факты, препятствующие возникновению или трансформации права;
  - 5) юридические факты, приостанавливают право;
  - 6) юридические факты, возобновляющие право.
- К ним относятся обстоятельства, наличие которых влечет восстановление прав, существовавших ранее [9].

Правоустанавливающими фактами в сфере интеллектуальной собственности являются: создание произведения, регистрация прав и получения охранного документа, решение о признании торговой марки общеизвестной, решение суда о предоставлении разрешения на использование объектов права интеллектуальной собственности, использование объекта интеллектуальной собственности и так далее. Примером правоизменяющего факта является договор о распоряжении

имущественными правами интеллектуальной собственности; реорганизации юридического лица. Правопрекращающими фактами в области интеллектуальной собственности является прекращение действия охранного документа, признание охранного документа недействительным в судебном порядке, окончание срока действия имущественных прав, смерть физического лица. К юридическим фактам, приостанавливающим право в сфере интеллектуальной собственности, можно отнести неуплату патентообладателем сбора за поддержание патента в установленные сроки. В таком случае действие патента прекращается, вследствие чего прекращают действовать и исключительные имущественные права. До окончания срока, в течение которого субъект может оплатить сбор и возобновить действие патента, более правильным считается говорить о приостановлении действия патента. Юридическим фактом, восстанавливающим право, в данном случае будет уплата сбора, в результате чего действие патента будет возобновлено.

Кроме критериев классификации юридических фактов, разработанных в теории права, представляется возможным выделить специальные признаки классификации оснований возникновения гражданских прав и обязанностей в сфере интеллектуальной собственности.

Так, основания возникновения прав интеллектуальной собственности могут быть разделены в зависимости от категории результатов интеллектуальной деятельности: основания возникновения авторских, смежных, патентных прав, прав на средства индивидуализации.

В зависимости от категории прав предлагается разграничивать: основания возникновения имущественных прав интеллектуальной собственности (договор о распоряжении имущественными правами интеллектуальной собственности, регистрация прав наследования и тому подобное) и основания возникновения неимущественных прав интеллектуальной собственности (создание произведения).

Учитывая специфику неимущественных прав интеллектуальной собственности, считается необходимым разграничивать основания возникновения неимущественных прав интеллектуальной собственности, которыми является создание объекта права интеллектуальной собственности, и основания возникновения права на защиту неимущественных прав (наследование, назначение уполномоченного лица на защиту прав создателем).

Важное как теоретическое, так и практическое значение имеет разделение оснований возникновения прав и обязанностей в области интеллектуальной собственности на первичные и производные. Следует отметить, что такое деление весьма распространено при классификации оснований (способов) возникновения права собственности. Критерием такого деления одни ученые предлагают считать критерий свободы, другие – критерий правопреемства. Сторонники первой позиции к

первичным относят способы, с помощью которых право собственности возникает независимо от воли других лиц. К производным – такие, с помощью которых право собственности возникает по воле предшествующего собственника. Сторонники «критерия правопреемства» к первичным относят способы, в основе которых правопреемства нет, а к производным – способы, основанные на правопреемстве. Однако более удачным кажется разделение оснований приобретения права собственности на первичные и производные по принципу учета «обнованности (базиса) прав». Суть его заключается в том, что первичны такие способы приобретения права собственности, где права владельца не основываются на правах других лиц. Производные способы, наоборот, предполагают, что право приобретателя основывается на праве отчуждателя вещи [9].

В сфере интеллектуальной собственности возможно выделение двух главных (первичных) юридических фактов: создание объекта права интеллектуальной собственности и использования объекта (что характерно для коммерческого наименования, так как в соответствии с законом права на такой объект возникают именно с этого момента). Именно с появлением объекта права интеллектуальной собственности становится возможным совершение других юридических действий, направленных на приобретение и реализацию прав в области интеллектуальной собственности. Производными являются юридические факты, на основании которых субъект приобретает права и обязанности на созданный объект интеллектуальной собственности. Категория «производный» не говорит о меньшей важности юридических фактов, а подчеркивает их последовательность в системе юридических фактов, на основании которых возникают права и приобретаются обязанности в сфере интеллектуальной собственности. К производным отнесены: наследование, передача, переход прав к правопреемнику.

В зависимости от того, какой юридический факт выступает основанием возникновения гражданских прав и обязанностей, выделено два порядка перехода прав в область интеллектуальной собственности: договорной (основным юридическим фактом выступает договор) и внедоговорной (наследование, правопреемство при реорганизации юридического лица, обращение взыскания на права интеллектуальной собственности).

Учитывая, что возникновение гражданских прав и обязанностей в области интеллектуальной собственности предусматривает сочетание частноправовых и публично-правовых начал, предложено основание приобретения прав разделить на две категории: частноправовые и публично-правовые.

Публично-правовыми основаниями возникновения прав являются юридические составы, одним из обязательных юридических фактов которых выступает акт субъекта публичного права (административный акт,

решение суда). К публично-правовым основаниям возникновения прав отнесены, в частности, регистрация прав, признание торговой марки общеизвестной, принудительное лицензирование, регистрация договоров о распоряжении имущественными правами интеллектуальной собственности.

Под частноправовыми основаниями возникновения гражданских прав и обязанностей в области интеллектуальной собственности предложено понимать юридические факты, юридические составы, порождающие правовые последствия, без соблюдения каких-либо формальных процедур с участием субъекта публичного права, реализующего властные полномочия в указанной сфере. Частноправовыми основаниями возникновения прав являются: создание, использование объектов права интеллектуальной собственности (не требующие обязательной регистрации), договоры о распоряжении имущественными правами интеллектуальной собственности, не подлежащих обязательной государственной регистрации, право послепользования.

**Выводы.** Разработанные в научной доктрине подходы к классификации юридических фактов основаны на основном «волевом» критерии для их разграничения. Все последующие классификации направлены на детализацию и выделение особенностей отдельных юридических фактов как действий или событий.

Юридические факты, которые являются основаниями возникновения гражданских прав и обязанностей в сфере интеллектуальной собственности, могут быть классифицированы на основании общетеоретических критериев и на основании специальных критериев, которые позволяют выделить особенности возникновения прав на различные результаты интеллектуальной, творческой деятельности.

Соответственно, все юридические факты, как основания возникновения гражданских прав и обязанностей, могут быть разделены на две категории: общие и специальные юридические факты. К общим относятся юридические факты, которые являются основаниями возникновения не только прав интеллектуальной собствен-

ности, но и иных прав. Такими юридическими фактами являются: наследование, гражданско-правовой договор, административный акт, акт судебных органов, неправомерные действия. К специальным юридическим фактам предложено отнести те, которые являются основанием возникновения только гражданских прав и обязанностей в области интеллектуальной собственности. Такими основаниями являются: право преждепользователя, принудительная лицензия, признание торговой марки хорошо известной и тому подобное.

### Список использованной литературы

1. Харитонов С.О. Деякі питання класифікації юридичних фактів / С.О. Харитонов // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – Вип. 42. – С. 73–81.
2. Шафалович А.А. Юридические факты в Римском праве: проблема систематизации и обобщения / А.А. Шафалович // Право и демократия. – Минск : Белорусский государственный университет, 2008. – Вып. 19. – 37 с.
3. Исаков В.Б. Юридические факты в российском праве : [учебное пособие] / В.Б. Исаков. – М. : Юридический Дом «Юстицинформ», 1998. – 16 с.
4. Коваль О.А. Класифікація юридичних фактів: юридична фікція і реальність / О.А. Коваль // Актуальні проблеми держави і права. – 2009. – Вип. 45. – 158 с.
5. Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / О.С. Иоффе. – Ленинград : Из-во Ленинградского ун-та. – 1949. – С. 122–123.
6. Харитонova О.І. Правовідносини інтелектуальної власності, що виникають внаслідок створення результатів творчої діяльності : [монографія]. / О.І. Харитонova. – Одеса : Фенікс, 2011. – 52 с.
7. Харитонov С.О. Цивільні правовідносини : [монографія]. – 2-ге вид., перероб. і доп. / С.О. Харитонov, О.І. Харитонova. – Одеса : Фенікс, 2011. – 46 с.
8. Теория государства и права : [учебник для бакалавров] / [под ред. В.К. Бабаева]. – 3-е изд., перераб и доп. – М.: Юрайт, 2014. – 715 с.
9. Харитонов С.О. Деякі питання класифікації юридичних фактів / С.О. Харитонов // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – Вип. 42. – С. 73–81.

УДК 341.9

## О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ ПРОМЫШЛЕННЫХ ОБРАЗЦОВ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ГОСУДАРСТВ ЕВРАЗЭС

Татьяна ГОНЧАР,

старший преподаватель

Гродненского государственного университета имени Янки Купалы (Республика Беларусь)

### SUMMARY

The article analyzes the existing instruments and national legislation of the CIS Member States in the field of EurAsEC industrial designs. Also the features of industrial design protection under the law of the European Union. Moreover, describing the possible prospects of development of the legal protection of industrial designs in the territory of Eurasia.

**Key words:** industrial design, patent law, EurAsEC, European Union.

### АННОТАЦИЯ

В статье дается анализ действующих документов СНГ и национального законодательства государств-членов ЕвразЭС в области охраны промышленных образцов. Также рассмотрены особенности охраны промышленных образцов по законодательству Европейского Союза. Кроме того, дается характеристика возможных перспектив развития правовой охраны промышленных образцов на территории Евразийского региона.

**Ключевые слова:** промышленный образец, патентный закон, ЕвразЭС, Европейский Союз.

**Постановка проблемы.** Охраняемые законом исключительные права на новое и оригинальное оформление внешнего вида товара дают владельцу существенные преимущества в рыночной борьбе. Получение охраны на дизайнерскую разработку на определенном рынке является важным элементом политики продвижения экспорта. Затраты на получение подобной патентной охраны многократно возвращаются правообладателю в виде защищенных рыночных позиций, которые он имеет в течение срока действия такой охраны. Различия в правовых нормах государств-членов Евразийского экономического сообщества (далее – ЕвразЭС) существенным образом оказывают влияние на успешность создания и функционирование внутреннего рынка в отношении тех изделий, которые воплощают в себе промышленные образцы. Поэтому значимость регионального механизма охраны промышленных образцов в пределах ЕвразЭС очевидна.

**Целью статьи** является научно-правовой анализ условий правовой охраны промышленных образцов, установленных на территории государств-участников ЕвразЭС.

Вопросы правовой охраны объектов интеллектуальной собственности на территории государств ЕвразЭС освещались в трудах таких ученых, как А. Кудаков, Г. Шлойдо, Е. Леанович, Ю. Нечепуренко, О. Видякина и других.

**Изложение основного материала исследования.** ЕвразЭС является международной экономической организацией, созданной с целью формирования:

– общих внешних таможенных границ входящих в неё государств;

– выработки единой внешнеэкономической политики, тарифов, цен и других составляющих функционирования общего рынка.

В состав ЕвразЭС входят Российская Федерация, Республика Беларусь, Казахстан, Киргизия и Таджикистан.

Основополагающим фактором для нормального функционирования общего рынка является унифицированный подход к определению условий правовой охраны объектов интеллектуальной собственности. На евразийском пространстве было принято Соглашение о единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности 2010 года (далее – Соглашение) [18]. В данном документе в качестве цели провозглашается создание скоординированной системы охраны и защиты прав интеллектуальной собственности. Так, ст. 1 Соглашения гласит: «Настоящее Соглашение направлено на унификацию принципов регулирования в сфере охраны и защиты результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации товаров, работ и услуг, которые охраняются национальным законодательством Строн» [18].

Обращаясь к нормам Соглашения, которые регулируют сферу патентных прав, можно отметить, что в них закрепляется возможность получения патента на промышленный образец по национальной процедуре. В анализируемом документе сказано, что: «Право на изобретение, полезную модель и промышленный образец охраняется в порядке, установленном национальным законодательством Сторон, и подтверждается охраняемым документом, который удостоверяет приоритет, авторство и исключительное право патентообладателя на изобретение, полезную модель и промышленный образец» [18].

Соглашение затрагивает лишь отдельные права, принадлежащие автору изобретения, полезной модели или промышленного образца, также в нем оговаривается минимальный срок охраны промышленного образца, который составляет не менее пяти лет [18].

Стоит отметить, что данный документ не содержит нормы, в которых были бы прописаны другие ключевые аспекты правовой охраны промышленных образцов. В частности, Соглашение не отражает единого подхода к понятию промышленного образца, не регулирует вопросы приоритета промышленного образца, условия его патентоспособности, правила экспертизы заявки на промышленный образец и ряд других.

Такая ситуация свидетельствует о том, что Соглашение не решает вопросы унифицированной охраны прав на промышленные образцы и не содержит конкретных мероприятий по гармонизации действующих национальных законодательств в этой сфере.

На территории государств-участников СНГ был принят Модельный кодекс интеллектуальной собственности для государств-участников СНГ от 07.04.2010 (далее – Модельный кодекс) [11]. В качестве основных задач в кодексе провозглашены:

- во-первых, обеспечение единообразного регулирования имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений, возникающих в связи с созданием и использованием объектов интеллектуальной собственности, распоряжением правами интеллектуальной собственности, а также с охраной и защитой прав на такие объекты;

- во-вторых, гармонизация национального законодательства в сфере интеллектуальной собственности государств-участников СНГ [11].

Модельный кодекс, также как и Соглашение, не выделяет промышленные образцы в особый правовой режим и закрепляет патент в качестве основного условия приобретения права на указанный объект промышленной собственности наряду с изобретением, полезной моделью.

Единственным обязательным условием патентоспособности промышленного образца в соответствии с Модельным кодексом выступает новизна. Так, ст. 53 данного документа устанавливает, что промышленный образец отвечает условиям патентоспособности, если он, в соответствии с законом, является новым [11]. Представляется, что наличие одного условия патентоспособности не является достаточным для обеспечения какому-либо изделию правовой охраны в качестве промышленного образца. Изделие, являющееся промышленным образцом, должно выполнять не только утилитарную функцию, но и быть эстетически привлекательным. Далее Модельный кодекс оговаривает возможность предусмотреть в нормах национального законодательства и другие условия патентоспособности. Однако указанная мера не прописана как обязательный шаг в сфере обе-

спечения правовой охраны определенному изделию в качестве промышленного образца.

Иным образом в Модельном кодексе прописаны сроки действия исключительных имущественных прав на промышленный образец. Так, срок их действия истекает через 15 лет, который исчисляется с даты подачи заявки на промышленный образец [11]. Причем указанный срок обозначен в качестве максимального.

Стоит отметить, что Модельный кодекс затрагивает более широкий перечень вопросов правовой охраны промышленных образцов по сравнению с Соглашением. В кодексе уделено внимание объему правовой охраны, правовым последствиям прекращения действия исключительных имущественных прав, изделиям, которым не предоставляется правовая охрана в качестве промышленного образца [11]. Однако значительных успехов в области гармонизации национального законодательства указанный документ не отражает. Ряд базовых вопросов в области охраны промышленных образцов остается вне его содержания.

Правовую охрану промышленных образцов на территории государств евразийского региона можно получить путем подачи заявки в национальное ведомство интеллектуальной собственности. Примечательно, что действующее законодательство государств-участников ЕврАзЭС, закрепляющее условия получения патента на промышленный образец, существенно отличается. Так, на территории Российской Федерации (далее – РФ) условия получения патента на промышленный образец регламентированы Гражданским кодексом РФ [4], а также Административным регламентом исполнения Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам государственной функции по организации приема заявок на промышленный образец и их рассмотрения, экспертизы и выдачи в установленном порядке патентов Российской Федерации на промышленный образец от 29 октября 2008 года № 325 [2]. Федеральным Законом РФ от 12.03.2014 № 35–ФЗ были внесены изменения в Гражданский кодекс РФ относительно правовой охраны промышленных образцов, которые вступят в силу 1 октября 2014 года [19]. В соответствии с указанными изменениями в качестве промышленного образца охраняется решение внешнего вида изделия промышленного или кустарно-ремесленного производства. Промышленному образцу предоставляется правовая охрана, если по своим существенным признакам он является новым и оригинальным [19].

Для получения патента на промышленный образец в патентный орган необходимо подать заявку, которая должна содержать:

- заявление о выдаче патента;
- комплект изображений изделия, дающих полное представление о существенных признаках промышленного образца, которые определяют эстетические особенности внешнего вида изделий;

– чертеж общего вида изделия, конфекционную карту, если они необходимы для раскрытия сущности промышленного образца;

– описание промышленного образца [4].

Отличительной особенностью анализируемой процедуры на территории РФ выступало представление перечня существенных признаков. Однако вышеуказанным законом такая необходимость была отменена.

Патентное законодательство РФ предусматривает проведение как формальной экспертизы заявки, так и экспертизы по существу. При проведении формальной экспертизы заявки проверяются наличие документов, необходимых для получения патента на промышленный образец, а также определяется их соответствие установленным требованиям [19].

Экспертиза заявки на промышленный образец по существу проводится при положительном результате формальной экспертизы.

Содержание экспертизы заявки по существу включает информационный поиск в отношении заявленного промышленного образца для определения общедоступных сведений, с учетом которых будет осуществляться проверка его патентоспособности; проверку соответствия заявленного промышленного образца иным требованиям, установленным Гражданским кодексом и условиями патентоспособности [19].

Законодательство Киргизии в области охраны промышленных образцов основано на положениях Патентного закона Киргизии от 25.07.2002 № 130 (далее – Патентный закон Киргизии) [15]. Отличиям указанного документа выступают положения, прописывающие необходимость представления перечня существенных признаков, а также порядок проведения формальной и предварительной экспертизы по заявке, экспертизы по существу. Ст. 27 Патентного закона Киргизии устанавливает, что по заявке на промышленный образец Кыргызпатент проводит формальную и предварительную экспертизы. По ходатайству заявителя, которое может быть подано одновременно с подачей заявки или в течение двенадцати месяцев с даты подачи, рассмотрение заявки может быть осуществлено с проведением или без проведения экспертизы заявки по существу [15]. Следует указать, что содержание указанных видов экспертиз характеризуется наличием специфических черт по сравнению с законодательством РФ.

Обращаясь к нормам патентного законодательства Казахстана в области охраны промышленных образцов, можно отметить, что здесь присутствуют также свои особенности. В соответствии со ст. 8 Патентного закона Казахстана (далее – Патентный закон) от 16.07.1999 № 427 к промышленному образцу относится художественно-конструкторское решение, определяющее внешний вид изделия. В качестве условий патентоспособности промышленного образца Патентный закон называет не только новизну и оригинальность (как по законода-

тельству других государств-членов ЕврАзЭС), но и промышленную применимость [16].

Патентным законодательством Казахстана, также как и в законодательстве РФ, регламентированы условия проведения по заявке на промышленный образец формальной экспертизы и экспертизы по существу [16].

На стадии формальной экспертизы проверяется наличие документов заявки, устанавливаются дата подачи заявки и дата приоритета. После завершения формальной экспертизы с положительным результатом экспертная организация проводит экспертизу заявки по существу. В отличие, например, от законодательства Киргизии, где экспертиза по существу проводится при наличии ходатайства заявителя, Патентный закон Казахстана устанавливает проведение экспертизы заявки по существу в качестве обязательного условия получения патента на промышленный образец [16].

Отличительным моментом патентных норм Казахстана в сравнении с Киргизией является отсутствие необходимости представления перечня существенных признаков в заявке на промышленный образец.

Правовое регулирование процедуры получения патента на промышленный образец на территории Республики Таджикистан построено на ином уровне, так как регламентировано отдельным документом – Законом «О промышленных образцах» от 28.02.2004 № 16 (далее – Закон о промышленных образцах) [14].

С точки зрения определения «промышленного образца», критериев его патентоспособности, Закон о промышленных образцах закрепляет те же подходы, которые установлены на территории других стран ЕврАзЭС. В то же время специфические черты наблюдаются в правилах проведения экспертизы заявки. Ст. 18 указанного документа устанавливает сроки проведения формальной экспертизы заявки, которая проводится по истечении трех месяцев с дня ее подачи в патентный орган. По письменному ходатайству заявителя формальная экспертиза может быть начата до истечения обозначенного срока, однако в этом случае заявитель лишается права на исправления и уточнения документов заявки по своей инициативе [14].

Экспертиза заявки по существу проводится по ходатайству заявителя, которое может быть подано в срок, не превышающий двенадцать месяцев с дня поступления в патентный орган полного комплекта материалов заявки. Содержательно данная экспертиза включает два аспекта: это, во-первых, установление приоритета промышленного образца; и, во-вторых, проверку условий патентоспособности промышленного образца [14].

Это, в свою очередь, отличает нормы Республики Таджикистан в сфере экспертизы заявки по существу на промышленный образец от норм других стран ЕврАзЭС. Так, например, по законодательству Киргизии экспертиза заявки по существу включает только проверку соответствия заявленного промышленного образца условиям

патентоспособности. Патентные нормы Казахстана в анализируемой области закрепляют необходимость установления возможности отнесения заявленного предложения к объектам, охраняемым в качестве промышленного образца; проведение информационного поиска в отношении заявленного промышленного образца для определения уровня художественно-конструкторского решения; а также проверку соответствия заявленного решения условиям патентоспособности [16].

На территории Республики Беларусь процедура выдачи патента на промышленный образец регламентирована Законом Республики Беларусь от 16.12.2002 № 160–3 «О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы» (далее – Патентный закон Республики Беларусь) [13].

Стоит отметить, что ключевые вопросы процедуры выдачи патента на промышленный образец по законодательству Республики Беларусь урегулированы более упрощенным образом. Так, например, заявка на промышленный образец содержит меньший перечень документов в сравнении с другими государствами ЕврАзЭС. В соответствии со ст.15 Патентного закона Республики Беларусь заявка на промышленный образец включает, во-первых, заявление о выдаче патента; во-вторых, комплект изображений, дающих полное детальное представление о внешнем виде изделия; в-третьих, описание промышленного образца, включающее его существенные признаки [13].

При экспертизе заявки на промышленный образец проверка соответствия заявленного промышленного образца условиям патентоспособности не осуществляется. В ходе проведения экспертизы проверяются наличие необходимых документов и соблюдение установленных требований к ним, рассматривается вопрос о том, относится ли заявленное предложение к объектам, охраняемым в качестве промышленных образцов [13]. Белорусское законодательство в отношении промышленных образцов требований по проведению экспертизы заявки по существу не содержит. Отсутствие необходимости в проведении такой экспертизы можно отметить в качестве положительного момента, так как это позволяет значительно сократить сроки регистрации промышленного образца.

Таким образом, можно указать, что условия правовой охраны промышленных образцов, установленные на территории государств-участников ЕврАзЭС, с точки зрения базовых принципов имеют существенные отличия. Такие расхождения вытекают из разных подходов к подаче заявки на получение патента, из правил проведения экспертизы по заявке, а также ряда иных вопросов (сроки, условия патентоспособности и так далее).

Сложившаяся ситуация свидетельствует о необходимости создания регионального механизма охраны промышленных образцов в пределах евразийского объединения.

Идея региональной охраны результатов интеллектуальной деятельности на евразийском пространстве присутствует в научных трудах ряда исследователей. Так, по мнению Г. Шлойдо, для эффективного гражданского оборота прав интеллектуальной собственности в рамках дальнейшей интеграции правовых систем государств-участников Таможенного Союза (в целях создания единой региональной инновационной системы) необходимо максимально унифицировать национальные законодательства в сфере интеллектуальной собственности, устранить различия в некоторых материально-правовых и процессуальных нормах правовой охраны объектов промышленной собственности, обеспечить единые принципы регулирования [20, с. 67].

Данную позицию поддерживает А. Кудакон. Он считает, что интеграция экономик в процессе создания единого экономического пространства потребует создания единого регулирования в области охраны промышленной собственности. В процессе разработки гармонизированного законодательства целесообразно использовать уже готовую инфраструктуру Евразийского патентного ведомства для организации регистрации Евразийской полезной модели, Евразийского товарного знака и Евразийского дизайна. Для целей расширения числа участников ЕврАзЭС может оказаться более полезной организация самостоятельных центров регистрации Евразийских полезных моделей (например, в Минске), регистрации Евразийских товарных знаков (например, в Киеве), Евразийского дизайна (например, в Астане) [7].

Анализируя права интеллектуальной собственности в евразийском регионе, Е. Леанович отмечает не только необходимость унификации и гармонизации в данной сфере, но также предлагает решение этой проблемы по образцу Европейского Союза (далее – ЕС). По мнению исследователя, опыт стран-членов ЕС в этой области является самым передовым в мире, может служить ориентиром осуществления интеграционных процессов. Процесс сближения национальных законов об интеллектуальной собственности на постсоветском пространстве целесообразно осуществлять с учетом выделения отдельных узких проблем, достигая тем самым как унификации, так и единообразного прогрессивного развития детального регулирования отдельных институтов права интеллектуальной собственности, а также с помощью решения вопросов унификации за счет принятия актов наднациональными органами. В качестве органов интеграционного объединения необходимо создать Евразийское ведомство по регистрации объектов промышленной собственности [8].

С данной точкой зрения вполне можно согласиться. Опыт ЕС будет полезен также для дальнейшего развития законодательства ЕврАзЭС в отношении охраны промышленных образцов. Однако представляется, что дальнейшая разработка законодательства в отношении анализируемых объектов промышленной собственности

должна осуществляться более детально. Такая детализация видится в специальном евразийском правовом режиме промышленных образцов, который можно свести не только к принятию отдельных актов унифицированного характера, но и учреждению самостоятельного органа, выполняющего функции по регистрации промышленных образцов.

Законодательство ЕС построено именно таким образом. Идея унифицированной охраны промышленных образцов в ЕС впервые получила закрепление в Директиве Европейского Парламента и Совета ЕС от 13.10.1998 «О правовой охране промышленных образцов» (далее – Директива ЕС) [5], которая была направлена на гармонизацию национального законодательства стран-членов ЕС в области охраны промышленных образцов. Указанная Директива ЕС была положена в основу Регламента Совета ЕС о промышленных образцах Европейского Сообщества от 5.01.2002 (далее – Регламент ЕС) [17], на основе которого появилась возможность защитить промышленный образец во всех странах ЕС одновременно по единой процедуре, установленной единым для всех стран ЕС актом.

Таким образом, на территории ЕС существует возможность получения правовой охраны промышленных образцов без обращения в патентный орган каждого государства-участника в соответствии с их национальной процедурой.

Особенностью правовой охраны промышленных образцов в ЕС является то, что она условно разделяется на две подсистемы. Одна подсистема регулирует отношения, возникающие по поводу защиты незарегистрированных промышленных образцов, другая – зарегистрированных.

Зарегистрированный промышленный образец ЕС предоставляет его обладателю исключительное право использовать образец самому и запрещать его использование любым третьим лицам без его согласия.

Незарегистрированный промышленный образец ЕС предоставляет его обладателю право запрещать действия, указанные выше, только в случае его копирования. Так, ч. 2 ст. 19 Регламента ЕС устанавливает, что «Незарегистрированный промышленный образец Европейского Сообщества должен давать владельцу право препятствовать действиям, связанным с незаконным использованием промышленного образца, только в том случае, если оспариваемое использование является следствием копирования охраняемого промышленного образца. При этом использование промышленного образца, независимо созданного дизайнером, в отношении которого есть все основания полагать, что он не знал о промышленном образце, распространенном правообладателем, не считается актом копирования охраняемого незарегистрированного промышленного образца ЕС» [17].

Причина предоставления охраны двум видам промышленных образцов связана с необходимостью удов-

летворения нужд всех секторов промышленности ЕС. Так, система охраны незарегистрированных промышленных образцов ЕС создана специально для изделий, которые, как правило, пользуются спросом ограниченный период времени. Именно поэтому прохождение продолжительных и требующих финансовых затрат формальных процедур, связанных с регистрацией подобных промышленных образцов, нецелесообразно. С этой целью незарегистрированным промышленным образцам, которые стали общедоступными на территории ЕС, предоставляется правовая охрана без выполнения каких-либо формальностей, а также без уплаты пошлин одновременно на территории всех стран ЕС [1, с. 19].

Положительным моментом Регламента ЕС выступают положения, которые касаются международной регистрации промышленных образцов. Европейское сообщество присоединилось к Женевской редакции Гаагского соглашения о международной регистрации промышленных образцов, заключенное 6 ноября 1925 г. и вступившее в силу 1 июня 1928 г. (далее – Гаагское соглашение). Так были соединены две системы регистрации промышленных образцов, существующие на уровне ЕС и Всемирной организации интеллектуальной собственности (далее – ВОИС) [17].

Присоединение ЕС обеспечивает взаимную увязку международной деятельности ВОИС в области охраны промышленных образцов с деятельностью системы промышленных образцов ЕС, дающую возможность пользователям получить охрану на всем пространстве ЕС, а также в других странах-участницах Женевского акта Гаагского соглашения путем подачи одной заявки на регистрацию их промышленных образцов. Такая международная регистрация будет действовать в стольких странах-участницах Женевского акта, сколько указано в заявке на регистрацию, за исключением тех, которые отказывают в охране в течение требуемого периода времени [6].

В силу вышеуказанных особенностей можно отметить, что условия правовой охраны промышленных образцов в ЕС максимальным образом упрощены и по ряду моментов свидетельствуют о тенденции смягчения требований к условиям правовой охраны промышленных образцов.

Во-первых, на территории ЕС допускается возможность правовой охраны незарегистрированных промышленных образцов (речь о которых велась ранее). Данное обстоятельство исключает необходимость обращения в специальный орган с заявкой на получение патента.

Во-вторых, регистрация промышленных образцов проводится без проведения экспертизы по существу. Регламент ЕС содержит положения, касающиеся необходимости установления соответствия заявки формальным требованиям. В соответствии со ст. 45 указанного документа Ведомство по гармонизации на внутреннем рынке ЕС проверяет, содержит ли заявка на промышленный образец запрос относительно регистрации, информацию,

идентифицирующую заявителя, а также изображение промышленного образца. Кроме того, проверяется соблюдение требований, касающихся притязания на приоритет, если приоритет оспаривается [17].

В-третьих, Регламент ЕС закрепляет возможность отсрочки публикации. П.1 ст. 50 устанавливает, что «Заявитель в отношении зарегистрированного промышленного образца Европейского Сообщества может требовать при подаче заявки, чтобы публикация зарегистрированного промышленного образца Европейского Сообщества была отсрочена на период, равный 30 месяцам с дня подачи заявки, либо, если оспаривается приоритет, с дня приоритета [17].

Следует указать, что отсутствие необходимости выполнения каких-либо формальностей, связанных с получением охранного документа, характерно для авторско-правовой формы. Авторское право не требует совершения действий, связанных с обязательным обращением к государственному органу в целях последующей регистрации результата творчества. Объекты авторского права защищаются законом в силу факта их создания.

Обращает на себя внимание тот факт, что охрана внешнего вида изделия в качестве незарегистрированного промышленного образца свидетельствует о приближении патентной формы охраны промышленных образцов к авторско-правовой форме.

Дополнением к сказанному могут служить нормы Регламента ЕС, закрепляющие правила установления факта нарушения прав вследствие копирования, что является характерным также для авторско-правовой формы. В Регламенте ЕС оговаривается, что незарегистрированный промышленный образец Европейского Сообщества должен давать своему владельцу право препятствовать действиям, связанным с использованием любым третьим лицом промышленного образца без согласия на то его владельца, только в том случае, если оспариваемое использование является следствием копирования охраняемого промышленного образца [17].

Безусловно, вышеуказанные особенности законодательства ЕС в сфере правовой охраны промышленных образцов выступают в качестве преимуществ, на которые могло бы ориентироваться дальнейшее развитие евразийского региона в сфере охраны промышленных изделий. Поэтому, руководствуясь необходимостью унификации национальных законодательств и устранения различий в материально-правовых и процессуальных нормах, на территории государств-участников ЕвразЭС представляется правильным создание специального, отдельного от евразийского патентного права, правового режима охраны промышленных изделий в виде промышленных образцов Евразийского сообщества. Такой режим может быть регламентирован отдельным документом – Конвенцией о промышленных образцах Евразийского Сообщества. В данном документе стоило бы отразить понятие промышленного образца Евразийского Сообщества, условия его патентоспособности, перечень изделий, которые не под-

падают под правовую охрану в качестве промышленных образцов, срок охраны, временная охрана промышленных образцов, требования к заявке на получение патента, правила проведения экспертизы и другие. Отдельные положения указанного документа стоило бы посвящать вопросам учреждения специального органа (Ведомства регистрации промышленных образцов Евразийского Сообщества), который будет заниматься процедурой регистрации промышленных образцов и выдачей патентов.

Стоит отметить, что на территории государств ЕвразЭС уже имеется опыт построения регионального механизма охраны отдельных объектов промышленной собственности. Так, в результате патентной интеграции усилиями большинства государств-участников СНГ был учрежден региональный наднациональный орган – Евразийская патентная организация. Данная организация была создана для выполнения задач, связанных с функционированием евразийской патентной системы и выдачей евразийских патентов на изобретения.

Получение евразийского патента на изобретение предполагает перечень преимуществ. Примерами таковых, по мнению Ю. Нечепуренко, выступают: возможность подачи одной евразийской заявки на русском языке, более низкие расходы, подача документов в электронном виде и так далее [12, с. 10]. Однако нормативная база Евразийской патентной организации позволяет получить такие преимущества только в отношении изобретений. Охрана других объектов промышленной собственности, в том числе промышленных образцов, в рамках указанной организации не регламентирована.

На сегодняшний день предприняты определенные шаги в сфере региональной охраны на территории ЕвразЭС в отношении товарных знаков. Так, в рамках евразийского законодательства в качестве проекта документов предусмотрен Договор о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров на территории государств-членов Таможенного Союза и Единого экономического пространства, а также Инструкция к Договору о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров на территории государств-членов Таможенного Союза и Единого экономического пространства.

Что касается промышленных образцов, то в отношении этих объектов промышленной собственности на территории ЕвразЭС отдельного соглашения, предусматривающего региональную охрану, не существует. Однако такую ситуацию можно охарактеризовать как временную, поскольку разработка указанных выше соглашений по товарным знакам – это начальный этап создания региональной охраны объектов промышленной собственности, который в будущем приобретет более выраженный характер и затронет также промышленные образцы.

**Выводы.** Таким образом, руководствуясь вышеизложенным, можно отметить, что в законодательстве ЕвразЭС отсутствуют нормы унифицированного характера, регла-

ментирующие вопросы правовой охраны промышленных образцов.

Действующие соглашения в области интеллектуальной собственности не решают ключевых вопросов в анализируемой сфере. Получение патента на промышленный образец возможно путем обращения в патентный орган каждого государства-участника евразийского региона. Однако условия правовой охраны промышленных образцов в рамках национальной процедуры стран ЕвразЭС существенным образом отличаются. Отличия существуют в сфере таких вопросов, как порядок подачи заявки на получение патента, правила проведения формальной экспертизы и экспертизы по существу, содержание и сроки их проведения и другие.

В результате назрела необходимость принятия отдельного документа, устанавливающего специальный правовой режим промышленных образцов, а именно – режим промышленного образца Евразийского Сообщества. Вполне допустимым представляется подписание Конвенции о промышленных образцах Евразийского Сообщества, в рамках которой решались бы вопросы правовой охраны промышленных образцов. С точки зрения содержания указанная конвенция может включать нормы материального характера, а также процедурные нормы получения патента на промышленный образец. Кроме того, потребуется проведение работы по учреждению специального органа (Ведомства регистрации промышленных образцов Евразийского Сообщества), функции которого будут связаны с предоставлением изделиям правовой охраны промышленных образцов. Правильным будет указанные действия осуществлять с учетом опыта ЕС, где требования к условиям правовой охраны промышленных образцов весьма смягчены и дают возможность такой охраны по упрощенной схеме.

### Список использованной литературы

1. Алексеева О. Понятие промышленного образца в ЕС и России / О. Алексеева // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. – 2005. – № 3. – С. 19–27.
2. Административный регламент исполнения Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам государственной функции по организации приема заявок на промышленный образец и их рассмотрения, экспертизы и выдачи в установленном порядке патентов РФ на промышленный образец : Приложение к приказу Минобрнауки России от 29.08.2008 // Федеральная служба по интеллектуальной собственности РФ [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.rupto.ru/rupto/portal/7bea6e78-fbd2-11e0-e807-8e000200001f>.
3. Видякина О., Грибанова А. Стратегии интеллектуальной собственности стран-участниц СНГ / О. Видякина, А. Грибанова // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. – 2013. – № 7. – С. 11–19.
4. Гражданский кодекс РФ в 4 ч. ; ч. 4. от 18.12.2006 № 230–фз [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www/consultant.ru](http://www.consultant.ru).
5. Директива № 98/71/ ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О правовой охране промышленных образцов». – Люксембург, 13.10.1998 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.consultant.ru/>.
6. Драгилева И.П. Охрана промышленных образцов в США и ЕС / И.П. Драгилева // Патентное дело. – 2013. – № 9. – С. 8–18.
7. Кудakov А.Д. Законодательство Евразийского Экономического Сообщества в отношении временной охраны промышленной собственности на выставках / А.Д. Кудakov [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://patent-eurasia.org/archive/№1/zakonkudakov>.
8. Леанович Е.Б. Права интеллектуальной собственности в евразийском регионе в 3 ч. / Е.Б. Леанович // Консультант Плюс. – Минск : ООО «ЮрСпектр», 2014. – Ч. 1.
9. Леанович, Е.Б. Права интеллектуальной собственности в евразийском регионе в 3 ч. / Е.Б. Леанович // Консультант Плюс. – Минск : ООО «ЮрСпектр», 2014. – Ч. 2.
10. Леанович, Е.Б. Права интеллектуальной собственности в евразийском регионе в 3 ч. / Е.Б. Леанович // Консультант Плюс. – Минск : ООО «ЮрСпектр», 2014. – Ч. 3.
11. Модельный кодекс интеллектуальной собственности для государств-участников СНГ : Постановление № 34–6 Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ от 07.04.2010 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zaki.ru/pagesnew.php?id=58771>.
12. Нечепуренко Ю. Беларусь в евразийской патентной системе / Ю. Нечепуренко // Интеллектуальная собственность в Беларуси. – 2013. – № 2. – С. 10–12.
13. О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы : Закон Республики Беларусь от 16.12.2002 № 160–3 // Национальный центр интеллектуальной собственности Республики Беларусь [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.belgopatent.org>.
14. О промышленных образцах : Закон Республики Таджикистан от 28.02.2004 // Национальный патентно-информационный центр Республики Таджикистан [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.tjpat.org>.
15. Патентный Закон Кыргызской Республики от 25.07. 2002 // Государственная патентная служба Кыргызской Республики [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.kyrgyzpatent.org>.
16. Патентный Закон Казахстана от 16.07.1999 № 427 // Национальный институт интеллектуальной собственности Республики Казахстан [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.kazpatent.kz>.
17. Регламент № 6/2002 Совета Европейского Союза «О промышленных образцах Европейского Сообщества» [Электронный ресурс]. – Режим доступа. – <http://www.consultant.ru>.
18. Соглашение о единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности. – Москва, 2010 г // Консультант Плюс. – Минск : ООО «ЮрСпектр», 2014.
19. Федеральный закон РФ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 12.03.2014 № 35–ФЗ [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.consultant.ru>.
20. Шлойдо Г. Формирование рынка прав промышленной собственности в рамках Таможенного союза / Г. Шлойдо // ИС. Промышленная собственность. – 2012. – № 1. – С. 66–74.

УДК 347.214(477) : 332.22

## СУТЬ ОБЩЕСТВЕННЫХ ПОТРЕБНОСТЕЙ КАК ОСНОВАНИЯ ДЛЯ ОТЧУЖДЕНИЯ ЗЕМЕЛЬНЫХ УЧАСТКОВ ЧАСТНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В УКРАИНЕ

Денис ДУДНИК,

соискатель кафедры гражданско-правовых дисциплин  
Харьковского национального университета имени В. Н. Каразина

### SUMMARY

The article is devoted to the establishing of the essentials of the social need as the reason of the alienation of the private land plots in favor of the state or the territorial community. It is characterized the definition of need that is used in different branches of knowledge: in philosophy, psychology and law. It is also observed the correspondence between the need and the interest. It is also analyzed the correspondence of the items «social need» and «public interest»; the correspondence of private and public interests. The author determined the imperfection of the legal drafting methodology, that is used for the regulation of relations of the land plots alienation for the satisfaction of the social needs. The author offers the correspond amendments to the current legislation of Ukraine to prove the legal regulation of this group of relations.

**Key words:** social need, interest, public interest, private interest, termination of right of property, alienation of land plots.

### АННОТАЦИЯ

Статья посвящена установлению сути общественной потребности как основания для отчуждения земель частной собственности в государственную или коммунальную собственность. Охарактеризовано понятие «потребность», используемое в разных отраслях знаний: в философии, психологии и праве. Изучен вопрос соотношения потребности и интереса. Кроме того, проанализировано соотношение понятий «общественная потребность» и «публичный интерес»; соотношение частного и публичного интересов. Установлено несовершенство законодательной техники, используемой при регулировании отношений отчуждения земельных участков для удовлетворения общественных потребностей. Автором предлагаются соответствующие изменения в действующее законодательство Украины с целью усовершенствования правового регулирования данной группы отношений.

**Ключевые слова:** общественная потребность, интерес, публичный интерес, частный интерес, прекращение права собственности, отчуждение земельных участков.

**Постановка проблемы.** Одним из ключевых вопросов гражданского права является вопрос принудительного прекращения права собственности. Такая возможность, согласно украинскому законодательству, предусмотрена при возникновении общественных потребностей или же по мотивам общественной необходимости. Однако уровень правовой урегулированности отношений по отчуждению земельных участков частной собственности ограничен лишь Законом Украины «Об отчуждении земельных участков, других размещенных на них объектов недвижимого имущества, находящихся в частной собственности, для общественных потребностей либо по мотивам общественной необходимости» (не учитывая общие положения Гражданского и Земельного кодексов Украины). Данный нормативно-правовой акт затрагивает общие процедурные вопросы, практически не урегулировав гражданско-правовую составляющую прекращения права собственности, что резко отрицательно может сказаться на возможности защиты частными собственниками их прав на земельные участки. Это касается и вопросов установления случаев возникновения общественных потребностей.

**Актуальность темы.** Особенности правового регулирования отношений по отчуждению земельных

участков для общественных потребностей изучались специалистами в разных отраслях права. На монографическом уровне земельно-правовой аспект данного вопроса рассматривался в работах А.А. Рябова, Н.А. Сыродоева, Е.П. Суетнова, Ю.В. Туцкого. Процессуальные особенности отчуждения земельных участков для общественных потребностей или по мотивам общественной необходимости рассматривались Н.В. Илькив и О.В. Ильницким. Конституционно-правовой аспект частных и публичных интересов при отчуждении земельных участков для общественных потребностей изучала О.М. Клименко. Гражданско-правовой анализ вопросов, связанных с отчуждением земельных участков для общественных потребностей либо по мотивам общественной необходимости, провели в своих работах О.Е. Аврамова, А.З. Баранюк, М.И. Бару, М.И. Гаврилюк, С.В. Губарев, А.А. Ерошенко, А.Е. Кубко, С.Н. Левенсон, П.С. Никитюк, В.Л. Скрипник и другие. Однако системный анализ гражданско-правового аспекта отчуждения земельных участков был проведен только в работах Н.М. Петухова и П.В. Рамзаева – представителей советской правовой науки. Таким образом, современная теория гражданского права Украины не исследовала особенности прекращения права собствен-

ности на земельные участки в связи с их отчуждением для общественных потребностей или по мотивам общественной необходимости.

**Целью исследования** является установление признаков общественных потребностей как оснований для возможного прекращения права частной собственности на земельные участки в соответствии с законодательством Украины.

**Изложение основного материала.** Законом Украины «Об отчуждении земельных участков, других размещенных на них объектов недвижимого имущества, находящихся в частной собственности, для общественных потребностей либо по мотивам общественной необходимости» (далее – Закон об отчуждении земель) дается определение общественной потребности как обусловленной общегосударственными интересами или интересами территориальной общины потребности в земельных участках, в том числе тех, на которых размещены объекты недвижимого имущества, выкуп которых осуществляется в порядке, установленном законом. Таким образом, из данного определения можно установить, что общественные потребности возникают на основании существующих общегосударственных интересов или интересов территориальной общины.

Категория «потребность» относится, в первую очередь, к понятийному аппарату философии, социологии и психологии.

А.Г. Здравомыслов определял, что потребностью является свойство всего живого, которое выражает первичную, исходную форму его активного, избирательного отношения к условиям окружающей среды [1, с. 13–14]. Он отмечал, что потребность выступает внутренним стимулом любой жизнедеятельности. И хотя данное определение приведено с позиции живого существа как носителя потребности, значение потребности как стимула к совершению определенных действий может быть распространено и на потребности других участников общественной жизни.

Связанным с категорией «потребность» понятием является и категория интереса. Связь потребностей и интересов является очевидной. Как указывал уже упомянутый ранее А.Г. Здравомыслов, потребности тесно связаны с интересами. Действительная сила потребности проявляется тем сильнее, чем более четко она выражена в интересах социальной общности. В свою очередь, роль последних возрастает в силу того, как усиливается их связь с потребностями общественного развития. Сравнительно с потребностями интересы выступают в качестве более непосредственных причин массовых действий [1, с. 74].

Необходимо отметить, что проблема интереса в праве является одной из наиболее спорных. Существует большое количество работ в разных отраслях знаний (и не только правовых), посвященных проблеме интереса. Однако все они по-разному трактуют содержание инте-

реса, его сущность и признаки.

С.А. Ананьин, исследуя понятие интереса в психологии и педагогике, указывал, что, начиная с XVIII столетия, интерес рассматривается как фактор, который определяет и направляет нашу духовную жизнь, и является стимулом наших действий [2, с. 470–471].

А.Е. Кубко рассматривает интерес как сложную в структурном отношении категорию, которая объединяет в себе объективные и субъективные аспекты. Интерес определяется автором как явление, которое включает в себя объективно существующие потребности носителя интереса, осознание этих потребностей, а также наличие соответствующих средств и методов их реализации [3, с. 7].

Е.О. Харитонов на основе комплексного анализа гражданского законодательства Украины дает определение гражданского интереса как стремления, потребности лица, которые не определены законом или договоренностью лиц как гражданско-правовые, но направлены на возникновение и сохранение последних [4, с. 130–131].

Комплексное исследование категории «интерес» как правовой категории, учитывая теоретические наработки философии и психологии за весь период мировой истории, было проведено И.В. Венедиктовой [5]. Подводя итог своего монографического исследования, автор акцентирует внимание на сложности и многозначности категории интереса. В контексте темы, рассматриваемой в данной статье, подходящим является мнение И.В. Венедиктовой о делении интересов на публичные и частные и о наличии как минимум четырех субъектов интересов: лица, группы, общества, государства. А значит, можно говорить об индивидуальных, групповых, общественных и государственных интересах. Все они могут выступать как публичные, так и как частные [5, с. 219]. Автором доказывается, что публичные интересы нельзя отождествлять с государством или другими образованиями, поскольку признак публичности интереса зависит не от носителя данного интереса, а от его сути [5, с. 219–220].

Систематизируя знания о публичном интересе как научной категории, И.В. Венедиктова указывает, что в общем понимании публичные интересы – это совместные, усредненные интересы определенной социальной общности. Кроме того, они соответствуют наличию двух критериев: с одной стороны, это общественные интересы, без которых нельзя обеспечить целостность и стабильность государства и общества, в том числе и реализацию отдельных частных интересов, а с другой стороны – это официально признанные интересы, которые были поддержаны государством [5, с. 81].

Публичные интересы, как указывает И.В. Венедиктова, в первую очередь, отражаются на конституционном уровне, что обуславливает его правотворческую роль во всех других отраслях права. Интересами в широком

значении являются национальные интересы, интересы национальной безопасности, экономического благополучия, территориальной целостности, общественного порядка, политические, экономические, культурные интересы; интересы общества, государства, территориальной общины и так далее, которые закреплены в нормах Конституции Украины [5, с. 83].

Необходимо отметить, что изучение интереса для многих исследователей данного вопроса сводилось фактически к противопоставлению публичных и частных интересов. Например, М.В. Венецианов в своей работе, посвященной экспроприации объектов права частной собственности, использует термины «общественный интерес» и «частный интерес», хотя не дает им определения [6]. Он отмечает, что в основе института экспроприации лежит идея преимущества общественного интереса интересам частных лиц. Однако, само определение «общественного интереса» является очень неоднозначным.

Аналогичная позиция встречается в работе Г.Ф. Шершеневича [7]. Он высказывает точку зрения о том, что публичный и частный интересы являются ключевыми факторами общественных отношений, на которых базируется вся правовая система (в частности, деление права на публичное и частное) [7, с. 5]. В то же самое время он указывает на единство и тесную связь указанных категорий, приводя точку зрения о невозможности противопоставления их друг другу. С одной стороны, общее благо делится на сумму частных интересов и дает основание считать, что общественные интересы охраняются правом настолько, насколько они в состоянии обеспечить благо частных лиц. С другой стороны, частные интересы находят поддержку в праве и защиту только тогда и настолько, когда и насколько их преследование соответствует общему благу [7, с. 7].

А.Е. Кубко определяет публичные интересы как признанные государством в структуре существующего правопорядка, осознанные обществом и предметно определенные социальные интересы, направленные на удовлетворение общих потребностей; их сбалансированность с потребностями групповыми и индивидуальными, реализация которых осуществляется в нормативных, допустимых в государственной деятельности формах.

К признакам публичных интересов автор относит направленность на удовлетворение общих потребностей, предметность, нормативность, структурность, допустимость способов реализации [3, с. 7].

Противоположностью публичных интересов выступают интересы частные. В действующем законодательстве Украины отсутствует определение частного интереса собственника. Существует лишь определение «охраняемого законом интереса», приведенное в решении Конституционного Суда Украины от 1 декабря 2004 г.: «Охраняемый законом интерес – это стремление к ис-

пользованию конкретных материальных и/или нематериальных благ, обусловленное общим содержанием объективного и прямо не опосредованного в субъективном праве простого легитимного разрешения, которое является самостоятельным объектом судебной защиты и других способов правовой охраны с целью удовлетворения индивидуальных и коллективных потребностей, которые не противоречат Конституции и законам Украины, общественным интересам, справедливости, добросовестности, разумности и другим общеправовым основам» [8].

В.Л. Скрипник указывает, что под интересом собственника как объекта гражданско-правовой защиты в контексте принудительного лишения права собственности необходимо понимать имущественные блага, которые собственник теряет или уже не может получить вследствие принудительного прекращения права собственности на определенное имущество, которое подлжет изъятию. Интерес собственника состоит:

- а) в законности оснований прекращения права собственности на имущество;
- б) в перечне имущества, подлежащего отчуждению;
- в) в порядке, процедуре и времени отчуждения имущества;
- г) в размере и порядке выплаты компенсации;
- д) в возможности возвращения в натуре изъятого имущества [9, с. 10].

Необходимо отметить, что сложность в формулировании определения интереса связана, в первую очередь, с попытками теоретиков разработать всеохватывающее определение данного понятия. Однако из-за сложности и многогранности общественной жизни, существенное количество отношений, возникающих, изменяющихся или прекращающихся каждый день, достаточно сложно определенным образом унифицировать. Следовательно, целесообразным является установление сути определенных категорий относительно конкретных общественных отношений или групп общественных отношений. В связи с этим предлагается при определении понятия «общественная потребность» отталкиваться от сути отношений, для регулирования которых оно применяется. При этом же не следует забывать об основополагающих философских учениях о данной категории.

В соответствии с положениями Закона об отчуждении земель, общественная потребность есть обобщающая правовая категория, которая используется для обозначения случаев, которые могут служить основанием для отчуждения земельных участков или других объектов недвижимого имущества из частной собственности в государственную или коммунальную собственность.

При формальном толковании положений ст. 7 Закона об отчуждении земель можно прийти к выводу, что перечень общественных потребностей теоретически не является исчерпывающим. Указывается, что лишь для удовлетворения тех общественных потребностей, ко-

торые определены в данной статье, может проводиться процедура отчуждения земельных участков и других объектов недвижимого имущества.

Хотя закрепление такого перечня является формальным, и указанный перечень может быть изменен в любой момент по воле законодателя, необходимо отметить, что в данном перечне прослеживается логика законодателя в части объединения таких случаев, которые по сути являются полезными и служат для создания позитивных последствий для неопределенного количества людей. Поскольку общественным в данном случае является то, что не несет выгоды для конкретных лиц (хотя бы формально), но является полезным для каждого отдельно взятого члена общества. При этом «реальная польза» от удовлетворения такой общественной потребности может стать ощутима для конкретного представителя общества не сразу. При этом удовлетворение общественных потребностей, так сказать, «улучшает» жизнь общества в целом, делает его качественнее, ориентирует на высшие стандарты, или ж в случае, например, наступления чрезвычайных ситуаций позволяет сохранить условия для существования такого общества вообще.

При этом необходимо обратить внимание на следующее обстоятельство. Как уже отмечалось, потребности и интересы являются связанными между собой категориями. Однако можно проследить из приведенных выше определений интереса, в том числе и указанного в решении Конституционного Суда Украины, интерес направлен на удовлетворение определенной потребности. Как отмечал В.Ф. Сиренко, основанием возникновения потребности является жизнедеятельность субъекта, а основанием возникновения интереса – необходимость удовлетворения потребности [10, с. 22].

В действующем же Законе об отчуждении земель содержится определение общественной потребности, из которого прослеживается, что основанием возникновения общественной потребности являются общегосударственные интересы или интересы территориальной общины. Таким образом, имеет место яркий пример несовершенства законодательной техники, когда происходит применение терминов без понимания их общепризнанного значения и сути самого понятия.

Можно определить, исходя из сути процедуры отчуждения земельных участков из частной собственности, что посредством такого отчуждения действительно происходит реализация общегосударственных интересов и интересов территориальной общины. Данной точки зрения придерживается большинство представителей теории гражданского и земельного права, а также других отраслей, в частности конституционного, указывая, что прекращение права частной собственности на земельные участки является способом реализации именно общественных интересов [6, с. 4; 11, с. 359; 12, с. 7]. А.Е. Кубко, например, указывает, что необхо-

димость реализации публичных интересов является единственным правовым основанием для ограничения государством автономной воли субъектов гражданского права, для применения к ним мер государственно-властного влияния [3, с. 7].

Необходимо обратить внимание на то обстоятельство, что в данном случае общественность понимается именно как публичность, то есть распространенность на неопределенное количество лиц. Следовательно, в контексте отчуждения земель для общественных потребностей последние и в практике и в теории противопоставляются потребностям и интересам частным. И возвращаясь к классификации интересов, предложенной И.В. Венедиктовой, на публичные и частные, а также на индивидуальные, групповые, общественные и государственные, обращаю внимание на тот факт, что общественные и государственные интересы не всегда относятся к публичным, поскольку представителя государства могут преследовать и индивидуальные интересы.

Таким образом, можно сделать вывод о несовершенстве законодательной техники, применяемой при формулировании определения «общественная потребность» в рамках темы, которая рассматривается. Более того, по нашему мнению, некорректным является не только определение, но и сам термин «общественная потребность». Как следует из комплексного анализа действующего законодательства (Закона об отчуждении земель, Гражданского и Земельного кодексов Украины), а также теоретических разработок в сфере изучения потребностей и интересов, при разработке данного термина и его определения законодатель пытался вложить в него определенную суть. Это категория, которая обозначает особо важное, исключительное жизненное обстоятельство, преодоление которого позволит продолжить нормальное существование государства и общества в целом и каждого отдельно взятого гражданина. Следовательно, для обозначения данного явления предлагается использовать термин «публичный интерес», что можно аргументировать следующим образом:

1. Категория «интерес» в данном случае понимается как стремление к удовлетворению определенной потребности. При этом приведенные в Законе об отчуждении земель потребности необходимо считать, так сказать, основой для возникновения конкретных публичных интересов. Например, потребность в обеспечении национальной безопасности и обороны является неотъемлемой для общества и государства, поскольку при отсутствии последней ставится под сомнение сам факт существования такого государства и такого общества. В то же время конкретные способы обеспечения национальной безопасности и обороны являются многогранными, они формируются на определенном этапе развития государства и общества. Например, на определенном этапе развития государства для удовлетворения

потребности в обеспечении национальной безопасности может возникнуть необходимость вступления Украины в надгосударственное военное формирование. В этом случае возникает публичный интерес такого вступления, который, исходя из понимания А.Е. Кубко об интересе, является воплощением объективно существующих потребностей носителя интереса, осознания таких потребностей, а также наличием соответствующих средств и методов их реализации. Таким публичным интересом в приведенном случае может стать интерес в строительстве определенных военных объектов, размещении военных баз и так далее.

2. Под публичностью в данном случае необходимо понимать своего рода «общность», распространенность на неопределенный круг лиц, которая используется в противовес индивидуальному, личному интересу лица или определенной организации. Публичный интерес выступает стремлением к удовлетворению потребностей. Удовлетворение же потребностей должно создать позитивные последствия для общества в целом, в том числе и для государства.

В связи с этим, можно дать определение публичного интереса: публичным интересом является обусловленное публичными потребностями стремление к наступлению экономически, политически, социально выгодных последствий, результат достижения которых создает блага для неопределенного круга людей; польза от реализации данного стремления в целом улучшает качество жизни, совершенствует его или же обеспечивает условия для дальнейшего развития и существования государства, общества и отдельных индивидов или их объединений. Предлагается ввести соответствующее понятие в Закон об отчуждении земель, заменив им категорию «общественная потребность».

Кроме того, учитывая приведенное значение публичного интереса и характеристику, предоставленную потребностям общества и государства, можно прийти к выводу о том, что указанный в ст. 7 Закона об отчуждении земель перечень общественных потребностей в своем большинстве является перечнем публичных интересов. Например, строительство защитных гидротехнических сооружений не может характеризоваться категорией «потребность», поскольку строительство само по себе является способом удовлетворения потребности. Следовательно, строительство защитных гидротехнических сооружений является публичным интересом, направленным на удовлетворение потребности в рациональном использовании водных ресурсов, обеспечении населения питьевой водой и так далее. Из приведенных в ст. 7 видов общественных потребностей таковой является лишь обеспечение национальной безопасности и обороны. Все другие – это виды публичных интересов. Таким образом, имеет место еще один факт несовершенной законодательной техники, которая требует изменений. И по этому поводу необходимо отметить следующее.

Общественные потребности являются категорией достаточно абстрактной, так сказать, категорией «стратегического значения». По своей правовой природе общественные потребности можно сравнить с принципами правового регулирования, поскольку фактически именно потребности являются основой для возникновения всех правоотношений. Абстрактность же в контексте правового регулирования имеет двойную природу: с одной стороны, из-за своей универсальности позволяет охватить существенно больший круг общественных отношений, а с другой, из-за отсутствия конкретики может создать поводы для злоупотреблений. В связи с этим, при решении такого важного вопроса, как прекращение права частной собственности на землю, правовое регулирование должно иметь наивысшую степень конкретизации, точность с целью устранения какого-либо двоякого понимания. Именно поэтому использование категории потребности является нецелесообразным для обозначения случаев возможного отчуждения земель из частной собственности в государственную или коммунальную. Можно говорить, что законодатель сегодня пошел путем закрепления перечня публичных интересов, назвав их термином «общественные потребности». Исключением в этом отношении является, как уже указывалось, включение в данный перечень общественной потребности «обеспечение национальной безопасности и обороны». Однако этот пример доказывает нецелесообразность применения таких абстрактных категорий при внедрении правового регулирования прекращения права собственности частных лиц. Е.П. Суетнов обращает внимание, что общественная потребность обеспечения национальной безопасности и обороны имеет нечеткую формулировку, поскольку дефиниции понятий «национальная безопасность» и «оборона», которые имеют место в отечественном законодательстве, хотя и являются детализированным, но не указывают на конкретные объекты, для размещения которых допускается отчуждение частных земель [12]. Соглашаясь с автором в части нечеткости формулировки данного основания для отчуждения земель, отметим, что указанный законодательный недостаток необходимо рассматривать более обще, а причину его появления следует искать в наличии, так сказать, «системной ошибки» законодателя при разработке законодательного института отчуждения земель для общественных потребностей или по мотивам общественной необходимости.

**Выводы.** С учетом вышеизложенного отметим, что действующее украинское законодательство в сфере регулирования отношений по отчуждению земель из частной собственности в государственную или коммунальную с целью удовлетворения публичных потребностей является ярким примером несоответствия «духа» и «буквы» закона. По своей сути указанный институт является классическим правовым институтом отчуждения земель частной собственности, необходимых для

удовлетворения общих, публичных интересов за счет интересов частных лиц (с обязательной компенсацией понесенных расходов и ущерба). Однако данный правовой институт оформлен в Украине в несовершенно законодательную форму Закона об отчуждении земель и соответствующих положений Гражданского и Земельного кодексов Украины. В связи с чем предлагаются внести следующие изменения в действующее законодательство Украины:

1. Изложить абзац 6 ч. 1 ст. 1 Закона об отчуждении земель в следующей редакции: «Публичный интерес – это обусловленное публичными потребностями стремление к достижению экономически, политически, социально выгодных последствий, что создает блага для неопределенного количества людей; польза от реализации данного стремления в целом улучшает качество жизни, усовершенствует его или же обеспечивает условия для дальнейшего развития и существования государства, общества и отдельных индивидов или их объединений в целом».

2. Внести изменения по тексту Закона об отчуждении земель, а также соответствующие положения Гражданского и Земельного кодексов Украины относительно замены термина «общественная потребность» во всех падежах и числах на термин «публичный интерес».

3. Внести изменения в абзац 1 ч. 1 ст. 7 Закона об отчуждении земель, изложив его в следующей редакции: «Строительство объектов национальной безопасности и обороны».

### Список использованной литературы

1. Здравомыслов А.Г. Потребности, интересы, ценности / А.Г. Здравомыслов. – М. : Издательство политической литературы, 1986. – 224 с.

2. Ананьин С.А. Интерес по учению современной психологии и педагогики / С.А. Ананьин. – К. : Типография Акционерного общества «Петр Барский в Киеве», 1915. – 500 с.

3. Кубко А.Є. Реалізація публічних інтересів у цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03

«Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / А.Є. Кубко. – Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – Київ, 2012. – 18 с.

4. Харитонов Є.О. Цивільні правовідносини : [монографія] / Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova. – 2-е видання, перероб. і доп. – Одеса : Фенікс, 2011. – 456 с.

5. Венедіктова І.В. Методологічні засади охоронюваних законом інтересів у приватному праві : [монографія] / І.В. Венедіктова. – Х. : Нове Слово, 2011. – 260 с.

6. Венецианов М.В. Экспроприация с точки зрения гражданского права / М.В. Венецианов. – Казань, 1891. – 58 с.

7. Шершеневич Г.Ф. Понятие о гражданском праве / Г.Ф. Шершеневич. – Казань : Типография Императорского Университета, 1898. – 31 с.

8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 1 грудня 2004 р. у справі № 18-рп/2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04>.

9. Скрипник В.Л. Захист інтересів власника при примусовому припиненні права власності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / В.Л. Скрипник. – Національна академія внутрішніх справ. – Київ, 2013. – 19 с.

10. Сиренко В.Ф. Проблема интереса в государственном управлении / В.Ф. Сиренко. – К. : «Наукова думка», 1980. – 180 с.

11. Клименко О.М. Співвідношення публічного та приватного інтересів у аспекті примусового відчуження об'єктів права приватної власності, зумовленого суспільною необхідністю : [монографія] / О.М. Клименко. – К. : Інститут законодавства Верховної Ради України, 2011. – 424 с.

12. Суєтнов Є.П. Відчуження земельних ділянок для суспільних потреб та з мотивів суспільної необхідності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 «Природоресурсное право; аграрное право; экологическое право» / Є.П. Суєтнов. – Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». – Х., 2013. – 20 с.

УДК ???

## ПОВТОРНИЙ ШЛЮБ У ВІЗАНТІЙСЬКОМУ ПРАВІ (VIII СТ.): ЮРИДИЧНІ ДЖЕРЕЛА ТА ПРАВОВИЙ ЗМІСТ

Леонтій ДЯЧУК,  
докторант

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### SUMMARY

This paper investigates the problem of second marriage in the legislation of the first Isaurian dynasty emperors under conditions of the Christian paradigm. Attention is drawn to the objectively existing system of norms of this legal institute, including the relevant legal provisions of another related issue. The legal sources of the problem in the context of former imperial legislation and canonical rules of the Christian Church are investigated and analyzed. The conformity of legal provisions about second marriage in the emperors collection of early iconoclasm to legal principles of Christian doctrine and canon law is verified.

**Key words:** marriage, divorce, remarriage, social conditions, Christian paradigm, the interests of children, legal procedure, civil liability, infamy.

### АНОТАЦІЯ

У статті досліджується проблема другого шлюбу в законодавстві перших імператорів Ісаврійської династії в умовах християнської парадигми. Звертається увага на об'єктивно існуючу систему норм даного правового інституту з урахуванням відповідних правових положень з іншої, але спорідненої проблематики. З'ясовуються і аналізуються юридичні джерела проблеми в контексті попереднього імператорського законодавства та канонічних правил християнської Церкви. Підтверджується відповідність правових норм щодо другого шлюбу у збірнику імператорів початку доби іконоборства правовим принципам християнського вчення та канонічного права.

**Ключові слова:** шлюб, розлучення, повторне одруження, суспільні умови, християнська парадигма, інтереси дітей, юридична процедура, цивільна відповідальність, обезчещення.

**Постановка проблеми.** Однією з найбільш популярних і правозастосовних збірок імператорського законодавства християнської епохи стала Еклога – основний пам'ятник законодавства імператорів Ісаврійської династії (726 р.). Це пов'язано з її найбільшою відповідністю християнським цінностям, обумовлено виникненням численних розробок на основі Еклоги (розширення, доповнення, переробка, поєднання з іншими збірками, такими як Прохірон і Епанагога), а також підтверджено її багатогранною рецепцією та появою її численних списків, перш за все, у Сербії, Болгарії, Молдові, Румунії та інших країнах християнського світу. Особливо шанованою «Еклога» була в Русі-Україні у різні періоди її історії, окремі норми якої (ті, що торкалися шлюбного права) увійшли в ранні списки Давньослов'янської кормчої книги (XI – XII ст.). Згодом з'являються повні тексти грецького оригіналу і так звана «слов'янська Еклога», розповсюджені в контексті Мірила Праведного та різних зводів Кормчих книг. До речі, першим переклав Еклогу на російську мову XVII ст. український вчений і письменник Єпіфаній Славинецький (поч. XVII ст.), у контексті перекладених ним з латини двох томів з греко-римського права німецького вченого Леунклавія, який вперше познайомив Західну Європу з Еклогою в 1596 р. [1, с. 8–10]. В Україні, Молдові, Румунії і на Балканах значний прошарок населення, переважно духовенство

і чернецтво, володів грецькою і, частково, латинською мовами, що давало можливість перекладати літературу з церковного та світського (імператорського) греко-римського права.

Поява Еклоги, як засвідчує сам вступ до збірника, була зумовлена як юридичними причинами (необхідність компактного, грекомовного збірника права на християнських ціннісних засадах), так і суспільними обставинами, з урахуванням специфіки правового мислення і необхідності юридичного захисту строкатого за етнічним критерієм населення імперії, з відповідними правовими традиціями, існуючими паралельно з офіційним імператорським законодавством [2, с. 87–88]. Правовий зміст нормативно-правових положень Еклоги був зумовлений трьома основними факторами:

- 1) зв'язок з попередньою правовою традицією;
- 2) аксіологічна християнська основа;

- 3) необхідність кореляції *jus scriptum* (імператорського законодавства) та *jus non scriptum*, традиційного права відомих народів і етносів (греки, слов'яни, сирійці, ісаврійці, вірмени, грузини, перси, араби та інші) Візантії.

**Мета дослідження** полягає в з'ясуванні правової природи нормативних положень Еклоги про повторний (другий) шлюб на аксіологічній основі християнських цінностей в контексті юридичних джерел попередньої епохи та інших юридичних факторів. При дослідженні проблеми джерел Еклоги з питань повторного шлюбу та

з'ясуванні правового змісту її відповідних норм, до уваги брався науковий досвід фахівців з римської (Ф. Шулін [3], Ю. Барон [4], Л. Загурський [5], В. Хвостов [6], Й. Покровський [7], Kaser [8]) та візантійського права (В. Васильєвський [9], Karl Eduard Zachariae von Lingenthal [10], F. Dupouy [11], C. Spulber [12], Δημήτριος Μπρόδας [13], N. Matses [14], Е. Ліпшиц [15], L. Burgmann [16] та інші).

**Виклад основного матеріалу.** Переходячи до основної суті дослідження, необхідно зазначити, що зв'язок з попередньою правовою традицією законодавства «іконоборців» здійснювався через відомі нормативно-правові акти, що увійшли в *Corpus Juris civilis* Юстиніана. Основними юридичними джерелами норм повторного шлюбу Еклоги являються, перш за все, конституції християнських імператорів від часів Константина до Юстиніана. Серед них слід виділити:

1) доюстиніанівське законодавство християнських імператорів, в якому використовується в різний спосіб законотворчість принципів і юриспруденція класично-римського періоду;

2) нормативно-правові акти (конституції та новели) імператора Юстиніана, які відомі нам під його іменем.

Кожна з імператорських конституцій (Граціана, Валентиніана, Феодосія I, Гонорія, Феодосія II, Лео, Зиновія) відповідним чином корелювалася з попереднім законодавством і юриспруденцією, але, разом з тим, відзначалася новими підходами, що були зумовлені впливом (різного рівня) християнської правової доктрини. Усі ці нові підходи та норми, що регулювали відносини та визначали права зацікавлених осіб у контексті *secunda nuptias* у добу *antejustiniane*, були систематизовані в Кодексі Юстиніана і стали правовими джерелами (шляхом адаптації чи в контексті виклику) його конституцій та новел.

Разом з тим, складовою частиною *Corpus Juris civilis*, були фрагменти юридичних досліджень римських юристів класичного періоду – джерел законодавства імператорів-християн. У зв'язку з цим необхідно зауважити, що джерело права в історичному контексті (тобто наступного нормативно-правового акту), не завжди є суб'єктом інтерполяції конкретних правових механізмів і положень, але, знаходячись в іншій системі права та ціннісній парадигмі (у нашому випадку, у контексті правової доктрини класичного періоду), може викликати відповідну реакцію наступних законотворців, обумовлюючи появу якісно інших конструкцій правових регулятивних механізмів у контексті невідомої до того правової доктрини на основі протилежної системи цінностей.

Так склалося з нормами Дигест, які існували в контексті римської системи права класичного періоду, та імператорськими конституціями ранньовізантійського періоду, що з'являлися на аксіологічній основі, цілком протилежній античності під впливом християнської

правової доктрини. Норми римських юристів про повторний шлюб мали дещо інше правове навантаження, ніж положення про повторний шлюб імператорського законодавства, оскільки розглядаються в Дигестах Юстиніана в межах теми про відому форму покарання правопорушників та злочинців – *infamia* (безчестя), а не в контексті шлюбно-сімейного права, як у Кодексі Юстиніана. Звичайно, відповідні положення класичної юриспруденції, що торкаються безчестя, стали доступними завдяки Дигестам для наступних поколінь юристів, але цінність їх систематизації полягає в тому, що, відображаючи проблему безчестя в контексті пізньоантичного праворозуміння, вони стали складовими частинами механізму врегулювання повторних шлюбів у законодавстві Юстиніана. Підтвердженням такої універсальної риси відповідних положень являється правовий зміст відповідних норм фрагмента Лабейона-Ульпіана:

1) якщо дружина дізналась про смерть чоловіка після закінчення законного терміну (жалоби), то вона в один і той же день як одягає жалобний одяг, так його і знімає. «Правовий зміст поєднаної норми (лаконічний припис Лабейона є частиною правової норми Ульпіана) при формальній відсутності відповідної санкції, застерігаючи вдову від безчестя, обумовлює її право на диспозитивні правочини, у тому числі, укладення повторного шлюбу. Увесь цей нормативно-правовий механізм врегулювання вказаної проблеми створює підставу для повторного законного одруження»;

2) Наступна норма Дигест, яка належить юристу Павлу, що була також систематизована поза інститутами та нормами шлюбного права, однак не тільки за змістом, але й за формою дотична до повторного шлюбу: за дозволом принципса вдова до закінчення законного терміну жалоби (очевидно, при відповідному розслідуванні справи) могла повторно вийти заміж. Разом з тим, без вказаних обставин, вдова під час необхідного терміну трауру, на думку юриста Павла, який коментує преторський едикт, має право укласти угоду про заручини щодо повторного шлюбу. Звичайно, якщо розглядати шлюб як контракт, відповідно до римської правової доктрини класичного періоду, а заручини – як його різновид, то траурний термін тут виступає як своєрідний аргумент природного права в контексті права цивільного – з'ясування ймовірного батьківства і встановлення потенційної законності зачатой, але ще ненародженої дитини. Натомість жалоба в християнську епоху, окрім правових наслідків, мала містично-релігійний зміст, пов'язаний з догматичним положенням християнства про сакральну природу самого шлюбу, як поєднання двох в одному тілі (Матв. 19. 6). Тому укладання угоди про заручини під час жалоби за чоловіком, було, перш за все, проявом непристойності і неповаги як до колишнього чоловіка, так і до відповідної громади. У ці часи, зауважує В. Хвостов, посилюються на конституцію Граціана,

Валентиніана та Феодосія I, «предписания относительно траурного года становятся строже, так как начинают видеть в его соблюдении требование добрых нравов» [6, с. 395]. Разом з тим, необхідно зазначити, що в Дигести Юстиніана переважно (але не абсолютно) потрапляли ті сентенції класичних юристів, які, принаймні, не суперечили духу епохи християнської імперії. Тому не випадково систематизатори Еклоги в її назві зазначили в якості джерел такі правові пам'ятники Юстиніана як Інституції, Дигести, Кодекс та Новели.

Імператорське законодавство, як зауважив Ф. Шулін і підтверджують відповідні правові акти, констатує, що: «Єдиним із усіх обов'язків оплакування, що збереглись до цього часу (християнської доби), був обов'язок вдови дотримуватись жалоби» [3, с. 236]. Такий правовий обов'язок вдови, за конституцією Граціана, Валентиніана та Феодосія I від 381 р., поширився на цілий рік. Рівним чином, такий обов'язок-термін покладался на розлучену жінку в контексті підстав для повторного шлюбу. Санкція за порушення відповідної норми закону при вступі у повторний шлюб передбачала значні матеріальні штрафи. Остаточно і більш обґрунтовано, у контексті ранньовізантійського законодавства, відповідний регулятивно-правовий механізм створюється в низці титулів новели 22-ої «Про шлюби» імператора Юстиніана від 535 р.

Звичайно, юстиніанівським нормам про повторний шлюб передували відомі конституції християнських імператорів доби antejustinianae. Їх наукова цінність (для історика права), з урахуванням численних гіпотез повторного одруження, полягає в визначенні тенденцій історико-правової еволюції даного інституту права, а також (в процесі аналізу) як джерел нормативно-правових актів Юстиніана. Звичайно, правове дослідження цих конституцій доби antejustiniane виходить за хронологічні межі даної статті та відповідного періоду, але в даному контексті ми їх розглядаємо в якості опосередкованих та безпосередніх джерел наступного законодавства (в значній мірі Прохірону та цілком – Василик). Ймовірність їх застосування чи сприйняття як певної цінності творцями Еклоги, на перший погляд, незначна, оскільки все ж таки Юстиніан об'єктивно підвів підсумок розвитку норм відповідного правового інституту, частково у своїх конституціях і остаточно у відомих новелах. Однак, часто дедуктивні узагальнення спростовуються індуктивним аналізом, а цілком логічні висновки залишаються безсилами перед правовою природою відповідних джерел у контексті непередбачуваності історичного процесу. У будь-якому разі, основним правовим актом про повторний шлюб у добу Юстиніана була його 22-га новела, з відповідними правами зацікавлених осіб, що фіксуються у відомих чи рідко застосовуваних титулах даного нормативно-правового акту [4, с. 854–856].

Однак, крім окремих норм 22-ої новели (про заборону жінці вступати в повторний шлюб впродовж 5-ти

років, якщо вона є суб'єктом злочину чи безпідставного розлучення; про невдячних дітей та врегулювання майнових відносин дітей від першого шлюбу і одного з подружжя в контексті наступного одруження чи у випадку його уникнення; про жінку, яка керує опікою власних дітей та виходить вдруге заміж). Існують імператорські акти, які не часто цитуються, у контексті норм про законність повторного шлюбу. Серед них слід назвати новелу від 536 р. та новелу від 551 р., які згадуються в дослідженні відомого харківського вченого-романіста Л. Загурського [5, с. 68]. В його публікації систематизовано низку відомих і менш відомих правових норм, які в тій чи іншій мірі дотичні до проблеми і наслідків повторного шлюбу, а в гносеологічному сенсі до з'ясування його правової природи. Переважна більшість новел з відповідними титулами та низка інших джерел, застосовуються в лаконічній, але чіткій системній формі у фундаментальній праці Юліуса Барона «Система римського права» [4, с. 854–856].

Особливо колоритними і цінними в контексті нашої теми є нові імператорські конституції – новела 39 від 536 р.: «Про жінку, яка народила дитину під час жалоби на одинадцятому місяці після смерті чоловіка» та новела 94 від 539 р.: «Про матерів, які є боржниками на час одинадцятого місяця (після смерті чоловіка) чи кредиторами неповнолітніх дітей і можуть управляти опікою останніх, (яким) не потрібно присягтися, що вони не будуть укладати другий шлюб). Однак своєрідним, як підкреслювалось, системним підсумком проблем *secunda nuptias* стала 22-га глава 22-ої новели Юстиніана, на яку, до речі, харківський дослідник не посилається. Втім, цінність зауважень і посилань Л. Загурського та, особливо, Ю. Барона полягає в тому, що вони, окрім відомих положень новел, актуалізують ті норми новел, які переважно залишались поза науковими дослідженнями, однак стали джерелами наступного законодавства.

Отже, в 22-ій главі 22-ої новели, яка в окремих виданнях подається під назвою «Про другий шлюб», йдеться про відповідальність дружини – вдови, яка, не дотримавшись необхідного терміну жалоби та порушуючи попереднє законодавство та християнську традицію, повторно виходила заміж. У зв'язку з цим вона підлягала покаранню, яке було більш суворим, якщо в неї були діти. Відповідна санкція поділялась на дві частини, моральне та матеріальне покарання:

1) моральне покарання відбувається у формі *infamia* («жінка затаврована ганьбою»);

2) цивільна відповідальність у формі наступних матеріальних стягнень: втрата права на усе потенційне (в якості власності чи володіння) шлюбне майно; обмеження прав вільного розпорядження власним майном на користь другого чоловіка (1/3 майна в якості посагу); заборона та значні обмеження в різнобічних спадкових правах (право по заповіту померлого чоловіка, родичів і та інших).

Дана конституція поєднала найважливіші аспекти даного правового інституту: право на повторний шлюб, порушення умов для його здійснення, систему морально-майнових покарань, врегулювання майнових і особистих прав дітей від першого шлюбу. Разом з тим, порушниця норм припинення шлюбу за природною, об'єктивною причиною, у випадку наявності дітей від першого шлюбу, отримала за цією конституцією право клопотання перед імператором про скасування *infamia*, але «Вона не може отримати ніякої (матеріальної) вигоди від його рескрипту» (глава 22 новели 22). Право на прохання про скасування *infamia*, очевидно, було зумовлене впливом канонічних правил (канонічне право, у переважній більшості випадків, передбачає не абсолютне, а обмежене в часі церковного покарання і відповідну спокуту грішника), до яких імператор Юстиніан, мав, певним чином, безпосереднє відношення [17, с. 47–48; 18, с. 65–75].

В узагальненій і лаконічній формі необхідно зазначити, що весь сенс інституту повторного шлюбу пов'язується з двома аспектами проблеми:

- 1) дотримування траурного терміну жінкою-вдовою;
- 2) захист майнових та особистих прав дітей від попереднього шлюбу.

В зв'язку з останнім Й. Покровський звернув увагу на перші обмеження стосовно повторного шлюбу у римському праві християнської доби. Їх причиною були діти: *parens binubus* втрачає право розпорядитись усім тим, що він отримав від першого шлюбу [7, с. 431], оскільки повний об'єм *iusa nuptialia* вважався потенційною власністю його дітей від попереднього шлюбу.

Попри важливі зміни в напрямку християнізації норм відповідного інституту, згадані реформістські заходи в часи Юстиніана, а тим більше його попередників, були лише початковими кроками на шляху до християнського ідеалу. Наприклад, залишилось відкритим питання про законність численних повторних шлюбів, розроблене візантійськими каноніками, праці яких також стали в прямому чи опосередкованому сенсі правовими джерелами, а частіше – принципами нормативно-правових положень Еклоги.

Отже, християнська Церква, опираючись на відповідну максиму апостола Павла, визначила своє ставлення до повторних шлюбів ще до започаткування християнської імперії. З цього приводу відомий дослідник християнської Церкви Меєндорф зауважував, що «неперервна канонічна та літургічна традиція Церкви стверджує: другий шлюб не дозволений для християнина; він тільки терпимий через поблажливість до людської немічності» [19]. Святий Василій Великий (IV ст.) у четвертому правилі говорить, що ті, які вступають у другий шлюб після смерті дружини або розлучення, повинні понести епітимію – тобто бути відлученими від причастя – на строк від одного до двох років. Третій

шлюб тягне за собою епітимію на три, чотири і, навіть, на п'ять років. «Такий шлюб, – пише святий Василій, – ми не розглядаємо як шлюб, але багатоженство або, скоріше, блуд, який вимагає накладення епітимії» (Св. Вас. Пр. 4). Зрозуміло, підкреслює протоієрей Меєндорф, що християнський шлюб в часи Святого Василя, який здійснювався через Євхаристію, не міг бути так укладений у випадку відлучення від причастя. Тому повторні шлюби, як правило, укладалися за цивільним правом. Не заперечуючи позиції відомого богослова стосовно причини укладення шлюбу за нормами цивільного права, слід зазначити, що її слід розглядати в контексті суспільних причин цивілізаційного рівня, пов'язаних з існуванням на початку християнізації права стародавніх антично-еліністичних традицій шлюбно-сімейних відносин [20, 317–334]. Законодавці доби «іконоборців» (VIII ст.) діяли в суттєво інших суспільних обставинах, коли християнство в «Ромейській» імперії стало основною формою суспільної свідомості. Ініціатори правових реформ, перші імператори Ісаврійської династії, враховуючи, що церковний і цивільний шлюби існували як паралельні інститути канонічного та приватного права, намагались реформувати світський шлюб у відповідності до християнських цінностей. На думку дослідників візантійського права, це їм вдалося, оскільки на той час суттєво змінилось існуюче суспільство в соціальному, економічному, етнічному, географічному, ментальному, а головним чином, у контексті створення богословсько-канонічної основи християнського буття. З'являється нова форма ідентичності населення, новий правовий статус особи (окрім статусу свободи, громадянства і сімейного статусу), коли усі, хто постійно проживали в «Ромейській» державі і, у відповідності до відомого віровизнання, називали себе в правових документах через півтора століття після Юстиніана не римлянами чи греками (що залишалось на рівні культури, у звуженому розумінні), а християнами (наприклад, у християн шлюб укладається або в письмовій, або усній формі між чоловіком і жінкою. У зв'язку з цим, один із фундаторів даного наукового напрямку К. Цахаріє фон Лингенталь з глибоким розумінням суті справи зазначив, що вперше християнське шлюбне право (*christlich Eherecht*) було сформовано в законодавстві імператорів-іконоборців (*der Bilderstürmer*) [10, с. 57]. Про це свідчить правовий зміст норм шлюбно-сімейного права Еклоги, систематизованих на аксіологічній основі християнських принципів, а також інтерполяція в імператорський збірник окремих положень християнського вчення в частині Святого Письма (Ісус син Сіраха, 3. 9; 3.11; Павло, Ефес., 6, 1–4; I Тимоф., 5.4; Матв., 19.3–9; Марк., 10.9).

Творцями даного законодавчо-правового феномену були імператори Ісаврійської династії Лев III та Константин V. Основне завдання Еклоги, зафіксоване в її вступі, полягало у виборці головних положень законодавства Юстиніана і викладенні їх у дусі гуманізму –

любові до людини. Цьому сприяли, у значній мірі, антропоцентричні тенденції в правовому розумінні доби Вселенських соборів, посилені дискусіями щодо визначення догмату про божественну і людську природу та волю Ісуса Христа.

Завдання систематизаторів Еклоги (короткої збірки візантійського права VIII ст.) полягало в тому, щоб узгодити правові норми Юстиніана в контексті християнської ціннісної парадигми з правовими принципами християнського вчення. У ставленні до норм *Corpus juris civilis* виявлено три позиції:

1) введення положень законодавства Юстиніана, як правило, в адаптованих формах, у контексті норм, які в цілому відповідали християнському шлюбному ідеалу;

2) абсолютне ігнорування тих норм чи навіть інститутів шлюбного права, які суперечили християнським цінностям (необмеженість повторних шлюбів, конкубат, заборона шлюбу адміністраторів та жителів провінцій, наявність соціальних аспектів заборони шлюбів у римському та юстиніанівському праві, традиційність шлюбних угод в контексті майнових аспектів та інші);

3) введення норм, яких не було в попередньому законодавстві, джерелом яких стало християнське вчення та правова доктрина, що виражали екзистенційно-правовий зміст проблеми розлучення та *secunda nuptia*.

На відміну від трьох основних позицій в контексті співвідношення правових положень Еклоги та законодавства Юстиніана (взагалі), норми про другий шлюб імператорів-ісаврійців свідчать про традиційний і одночасно новелістичний підхід до юридичного досвіду попередників. Безпосереднім юридичним джерелом норм Еклоги про другий шлюб стали окремі нормативні положення, переважно 22-ї новели Юстиніана, яка синтезувала зміст норм імператорських конституцій, що увійшли в *Codex Justiniani*. У зв'язку з цим постає питання: які були мотиви введення в Еклогу норм 22-ї новели? Тут можна піддатися впливу думки про традиціоналізм візантійського права, про бажання творців Еклоги продемонструвати тяглість історії імператорського законодавства та зафіксувати зв'язок з класикою (для імператорів-ісаврійців класикою являється законодавство Юстиніана, а не римське класичне право). Однак, на наш погляд, допускаючи частково вказані мотиви, головним критерієм залучення відповідних положень Юстиніана було те, що інститут *divortium* та *secunda nuptias* в юстиніанівських новелах, порівняно з багатьма іншими правовими архаїзмами (наприклад, дозволений шлюб двоюрідних, конкубат, необмежена кількість повторних шлюбів та інше), у значній мірі відповідали вимогам християнського вчення, зокрема, у зв'язку з тим, що сприяли в добу Юстиніана зростанню прав залежних від *patria potestas* членів *familia i*, разом з тим, передбачали покарання за порушення норм, які виникли в контексті християнських правових принципів.

Отже, основні положення про другий шлюб викладені в Еклезії в двох статтях 2-го титулу (К. Цахаріе фон Лінгенталь (текст грецького оригіналу); С. Спұлбер (грецько-французький варіант); Є. Ліпшиц (переклад з грецького тексту Монферата на російську мову); Л. Бургман (грецько-німецький варіант). Розглядаючи правові положення обох розділів (глав) 2-го титулу, необхідно встановити їх джерела в законодавстві Юстиніана. У першому з них йдеться про регулятивно-правовий механізм повторного шлюбу з відповідними його складовими частинами:

1. Другий шлюб укладається між особами, які не мають для цього перешкод, у письмовій чи усній формі. Щоправда, при таких обставинах жінка втрачає статус і привілеї першого чоловіка, оскільки відповідає статусу другого чоловіка. Укладачі Еклоги це положення не беруть до уваги, оскільки ідея статусу в середовищі вільних громадян у добу *Bilderstürmer* і при відсутності глибоких соціальних суперечностей не мала такого значення, як в добу Юстиніана чи в часи правління імператорів Македонської династії (з середини IX ст.). Знову ж таки, на відміну від попереднього і наступного законодавства, про третій шлюб в Еклезії не йдеться, не дивлячись на те, що він фактично допускався, наприклад, у Прохіроні (компактна збірка в 40 титулів імператорів Македонської династії, але при застосуванні церковного покарання за канонічними правилами. З цього приводу вчений, який найбільше доклав творчих сил для становлення наукового напрямку «Історія греко-римського (візантійського) права», К. Цахарія фон Лінгенталь зауважує: «Еклога, здається, зазначає своїм мовчанням третій шлюб як (щось) немислиме» [10, с. 82]. Тут автори Еклоги як прихильники ідей відродження чистоти християнської теорії і практики (одна із рис ідеології *Bilderstürmer*), звернулися до першоджерел, тобто до відповідних максимум Нового Заповіту, в яких другий шлюб розглядається як зло, але вимушена поступка жорстокосердим людям (Матв., 19.8). Разом з тим, однозначно гріховним вважався шлюб з розлученою, який, за висловом Ісуса, є також виявом перелюбу (Матв. 19.9).

2. Якщо (у розлучених, вдови чи вдівця) немає дітей, то укладення шлюбу відбувається просто у відповідності з вище зазначеними способами (тобто з врахуванням всіх підстав та при відсутності заборон).

3. Якщо в особи, яка вступає в шлюб, є діти, то вона не має права подарувати другій дружині (очевидно, в якості *donation propter nuptias*) більше із свого майна, ніж складає частина, передбачена на кожну дитину від першого шлюбу. Джерелами даної норми являються конституція Граціана, Валентиніана і Феодосія I, Феодосія II («Про право дітей від першого шлюбу на майно матері чи батька при вступі одного з них у повторний шлюб взагалі»), Лео («Про об'єм подарованого майна другій дружині, що відповідає частці кожної дитини з першого шлюбу») та Юстиніана, а також, як

підкреслює Юліус Барон, норми титулів 22-ої новели [4, 855]. Найбільший пріоритет, очевидно, слід надавати відповідним нормам 21-го та 27-го титулу 22-ї новели Юстиніана («Про частку майна, подарованого чоловіком другій дружині, яка є рівною тій частині, що припадала на кожну дитину від першого шлюбу»), в якій (21-й титул) він посилається на згадану вище конституцію імператора Лео, що, очевидно, вперше врегулювала проблему про об'єм *donatio propter nuptias* наступній дружині при наявності дітей від попереднього шлюбу. Новим правовим явищем 21-го титулу 22-ї новели, яка підтверджує вказане положення, було те, що обмеження на користь дітей від першого шлюбу стосувалися як вдови, так і вдвця.

4. Така ж вимога передбачена в Еклезі щодо дружини, яка залишилась вдовою і може вступити в шлюб після дванадцятимісячного терміну після смерті чоловіка. Вказані норми новел та конституцій корелюються з нормами 46-го титулу 22-ої новели про взаємну спадкоємність батьків та дітей в контексті повторного шлюбу.

5. Якщо жінка вступає в другий шлюб до закінчення терміну (жалоби), то вона підлягає обезчещенню (*infamia*) і не здобуває жодної користі від (майна) першого чоловіка (очевидно, з *donatio propter nuptias*). Однак, у контексті даної новели, якщо в неї були діти від першого шлюбу, така *virgula* мала право на звернення до імператора з проханням про скасування *infamia*. Більш суворе ставлення до порушення християнської традиції обумовило відсутність в Еклезі згадки про можливість скасування ганьби, оскільки у вдови після смерті чоловіка було декілька альтернатив, а вона вибрала протизаконну і таку, яка однозначно ігнорує християнські цінності, відповідне вчення та правила канонічного права.

6. Якщо ж вдова, мати повнолітніх дітей, дотрималась відповідного терміну жалоби і вступила в другий шлюб, то має право на посаг та на подарунок (*donum*) від колишнього чоловіка – зростання її посагу (яким він мав право користуватися в шлюбі). Є. Ліпшиц, стосовно останнього, з певним сумнівом висловила думку, що, очевидно, йдеться про *donatio propter nuptia*, однак саме особистий подарунок вдова могла залишити собі, вступаючи в другий шлюб, оскільки шлюбне майно в християнські часи вважалось потенційною власністю дітей. Посаг від першого шлюбу залишався в контексті права користування за вдовою, а *donatio propter nuptia* (який приніс у сім'ю батько) розподілявся між дорослими дітьми. Натомість збереження *donatio* у володінні вдови, яка законно вступала в другий шлюб, не тільки суперечить християнській традиції, але й не відповідає нормативно-регулятивному механізму даної норми. Окрім сказаного, це підтверджується наступною правовою нормою в контексті моделі: батько – повторний шлюб – діти (малолітні та дорослі) – материнське майно, яка цілком корелюється з нормою про шлюбне

майно після смерті одного із подружжя. І на сам кінець, необхідно взяти до уваги, що згідно з догматичними положеннями Юстиніана, коли розлучення відбувається з вини чоловіка або в зв'язку з його смертю, власність на *donatio propter nuptias* переходить до його дітей, а вдова, яка не вступила в повторний шлюб, має право на *ususfructus*. При вступі в другий шлюб і при умові досягнення повноліття дітьми від першого шлюбу, *virgula* віддає таким дітям усе батьківське майно. Згодом, як зауважив Д. Дождев, вдова, яка відмовилась від *secunda nuptia*, отримувала право власності на це майно в рівних частках зі своїми дітьми [20, с. 302].

7. «Таким же чином і чоловікові, – гласить текст Еклоги, – який вступає в другий шлюб, не дозволяється нічого брати від своєї першої дружини» Натомість, у випадку наявності малолітніх дітей він змушений зберігати залишене їх матір'ю майно і передати його дітям після досягнення ними повноліття. Якщо ж вони повнолітні, то отримують усе материнське майно відразу (залишаючись безпосередніми претендентами на усе батьківське майно).

8. У випадку смерті батька і наявності дітей від обох шлюбів усі вони мають право на його спадщину, як і на спадщину матерів. Отже, особливістю вказаних норм є однакові наслідки для чоловіка та дружини в умовах вступу в другий шлюб. У цілому вказані норми корелюються з відповідними, більш розлогими, правовими положеннями окремих титулів 22-ї новели Юстиніана, які були систематизовані в лаконічних формах Еклоги, при наявності цілком помірних еволюційних змін.

Важливого значення в контексті даної теми набуває наступна норма про повторний шлюб, яка мовою оригіналу в публікації Л. Бургмана має відповідні форму та зміст: «δευτερο γαμουσα γυνη εχουα εκ προτερων γαμων παιδιασ αιτειω προ του συναλλαγαματος του δευτερου γαμου επιτροπον τοις παισιν αυτες και ουτως γυναλλασσετω ει γαρ μη τουτο γενηται, υλευτυνα τα αυτες και του δευτερου αυτης ανδρος πραγματα γενησονται επι τη αποκатаστασει των ανηκαντων τοις νεοις πατρικων αυτων πραγματων» – «Дружина, що вступає в другий шлюб, якщо вона має від першого шлюбу дітей, повинна знайти до вступу в другий шлюб опікуна для своїх дітей, і тоді нехай одружується. Якщо ж цього не буде, то вона несе за своє майно та майно свого другого чоловіка відповідальність за повернення належного дітям батьківського майна». По суті, у даному законі йдеться про два важливі аспекти: проблема опікунства та законність повторного шлюбу, який стає чинним лише при забезпеченні інтересів дітей через опікуна чи нове подружжя. Такий правовий механізм виглядає менш відповідним християнському ідеалу, ніж його безпосереднє джерело, в якому йдеться всупереч римській традиції про опікунство матері над власними дітьми. Натомість Є. Ліпшиц, не вказуючи про ступінь відповідності християнським цінностям, об'єктивно

виражає своє ставлення до їх реалізації в Еклозі, але в контексті досягнення законодавцями рівності прав чоловіка та дружини в більшості випадків: «...єдина відмінність у правах чоловіка і дружини полягає в тому, що чоловік, який вступає в другий шлюб, зберігає в своїх руках управління майном» [15, с. 117], яке залишилось для дітей від їх матері, а вдова доручає управління батьківським майном малолітніх дітей опікуну. Однак, звернувши увагу на 2-гу частину даної норми, у чому виявилась її новизна (в тому числі щодо порівняння з позицією Юстиніана про опікунство матері), ми пересвідчуємося, що окрім пошуку опікуна, жінка, яка прагнула 2-го шлюбу, могла залишити неповнолітніх дітей в новій сім'ї («... вона несе і своїм майном, і майном свого другого чоловіка відповідальність за повернення належного дітям батьківського майна»), оскільки, при забезпеченні майнових інтересів дітей про інше місцеперебування останніх в Еклозі не йдеться. По суті, всупереч традиційній науковій позиції, це свідчить про повну тотожність прав та обов'язків чоловіка і жінки в контексті *secunda nuptias* щодо дітей від першого шлюбу.

Разом з тим, законодавці передбачили в цьому ж титулі Еклоги низку правових норм, які не тільки корелюються з нормою про другий шлюб вдови, але й визначають для матері-вдови якісно іншу альтернативу: «Якщо за наявності дітей чоловік помре раніше своєї дружини, то дружина, яка є матір'ю його дітей, володіє своїм посагом і всім майном чоловіка (при відсутності дітей, лише рівноцінну 1/4 частину її посагу з майна чоловіка) і вона несе всі турботи з управління справами... І не мають права її діти протистояти їй або вимагати в неї батьківське майно, навпаки, вони повинні виявляти їй всіляку покору і пошану, згідно з божим приписом, як матері; зрозуміло, їй (як главі сімейства – авт.) необхідно, «як це належить батькам, виховувати дітей, одружити їх, давати їм придане, яке вважає потрібним». Таким чином, правовий зміст норми 6-го розділу 2-го титулу (переклад Є. Ліпшица) передбачає можливість залишитись із дітьми не в якості опікуна, як в Юстиніана, а як матері сімейства, на яку переходять повноваження її покійного чоловіка, тобто батька їх спільних дітей (володіння власним майном і майном колишнього глави сім'ї, управління усім господарством, забезпечення сімейного виховання дітей (в римському праві прерогатива батька), їх одруження, надання посагу, визначаючи його об'єм власним рішенням). Тут же йдеться про другий шлюб, в який жінка вступала пізніше, коли її діти уже могли взяти на себе управління батьківським майном. Тобто, вступ у *secunda nuptia* в таких обставинах не вимагав правочинів, передбачених правовою нормою. Більше того, вдова, у даному випадку, зберігала право на посаг та подарунок від першого чоловіка для зростання її посагу. Попри те, що в примітці до даної тези вказується на вірогідність того, що мова йде про

передшлюбний дар, але, все ж таки, очевидно йдеться про окремі подарунки «для зростання посагу», оскільки *donatio ante (propter) nuptia*, як уже підкреслювалось, передавався дітям, які мали право і набули відповідну дієздатність, щоб «взяти на себе усе розпорядження батьківським майном» (вказана норма в обох виданнях має деякі незначні відмінності). Таким чином, найбільш оригінальною, у даному контексті, є наступна стаття Еклоги, яка передбачала значне зростання прав дружини, що залежало від її власного волевиявлення. Функція глави сімейства, яка перейшла на вдову, цілковито відповідала християнським принципам. Вперше з'явившись в Еклозі, це правове положення не залишилось благим побажанням, а як свідчать історичні джерела (*Practicon* 1073), стало поширеним явищем у християнському соціумі [21, с. 87–92].

Узаконивши вказані нормативно-правові положення, законодавець передбачив відповідні альтернативи в діях зацікавленої особи:

- 1) другий, законний чи незаконний шлюб;
- 2) призначення опікуна чи виховання і забезпечення інтересів дітей в новій сім'ї;
- 3) законний другий шлюб чи збереження сім'ї покійного чоловіка на чолі з матір'ю спільних дітей.

Законодавці намагались переконати вдову, матір малолітніх дітей, керуватися, перш за все, християнськими заповідями: «Якщо ж має вдовиця дітей чи внуків, то вони передусім нехай вчаться побожно шанувати свою родину і віддавати належне батькам, бо це Богові угоднo» (I Послання ап. Павла до Тимофія, 5.4). Отже, правова норма в частині відмови від наступного шлюбу цілком відповідає християнському вченню та канонічному праву. Таким чином, вперше в історії римського та греко-римського права функції *pater familias* виконує жінка-вдова, але лише тоді, коли відмовляється від другого шлюбу.

**Висновки.** Закінчуючи дане дослідження, необхідно зазначити:

1) безпосередніми юридичними джерелами відповідних норм Еклоги про другий шлюб були, переважно, титулу 22-ї новели, а також згадані імператорські конституції;

2) нормативне положення про відповідальність за порушення визначеного терміну трауру у формі *infamia* найбільш детально було розроблено римськими юристами класичного періоду, фрагменти яких увійшли в Дигести Юстиніана. Цілковито концептуально, попри фрагментарність форми, передбаченої упорядниками Дигест, сприймаються положення про безчестя (*infamia*), у контексті порушення терміну жалоби, Геренія Ульпіана, які в повній мірі відповідають християнській правовій доктрині. Нормативно-правові положення римських юристів стали, безсумнівно, джерелами відомих норм імператорських конституцій. Разом з тим, автори Еклоги мали можливість взяти до уваги регу-

лятивно-правовий досвід римських юристів, оскільки правові норми яких, завдяки систематизації відповідних фрагментів у Дигестах, одночасно з конституціями християнських імператорів (відомими нам з Кодексу) набрали юридичної сили і були відомі в подальших перекладах на грецьку мову. Однак, вірогідніше, що таким джерелом стала норма про відповідальність за порушення вдовою терміну жалоби з 22-го титулу 22-ї новели Юстиніана;

3) законність другого шлюбу за Еклогою обумовлювалась необхідністю забезпечення майнових інтересів дітей від першого шлюбу. У вирішенні такої проблеми законодавець передбачив низку альтернатив: а) встановлення опікунства третьої особи; в) забезпечення майнових інтересів дітей від першого шлюбу в новій сім'ї; с) відмова вдови від повторного шлюбу, на яку переходили усі повноваження *pater familias*, що свідчило про цілковито християнський правовий зміст даної правової норми;

4) ідея законності повторного одруження передбачала законодавцями Еклоги обмеження його лише другим шлюбом, що було чинним до часів законодавства Македонської династії і поширилось переважно в окремих приватних переробках Еклоги. Якщо творці Еклоги при визнанні другого шлюбу брали до уваги, передусім, відомі нормативні положення Нового заповіту, то їх наступники, юристи імператорів Македонської династії, здійснивши синтетичні висновки попереднього законодавства і взявши до уваги суспільні обставини та Правила Отців Церкви (Вас. Вел. Пр. 4), при застосуванні церковного покарання, визнавали третій шлюб законним (Proch., 4.25). Оскільки джерелом рецепції шлюбно-сімейного права Візантії стала Еклога, Прохирон та збірки канонічного права, то об'єктивно виникає права колізія, що остаточно була розв'язана так званім Актом примирення 920 року, коли учасники Константинопольського собору ухвалили рішення про допустимість третього шлюбу. Очевидно, християнське сприйняття даної колізії в імператорському законодавстві корелювалось за методами/принципами канонічного права: принцип ікономії, з можливістю юридичного визнання допустимості третього шлюбу (Прохирон, Номоканон патріарха Фотія та інші), та принцип акривії, за яким визнавався законним лише другий, повторний шлюб (Новий Заповіт та Еклога).

### Список використаної літератури

1. Шапов Я.Н. Византийская «Эклога законно» в русской письменной традиции. – СПб. : Издательство Олега Абышева, 2011. – 240 с.

2. Бенеманский М. Прохирон : вып. I. / М. Бенеманский. – Сергеев Посад, Типография Св.- Тр. Сергеевой Лавры, 1906. – 556 с.

3. Шулин Ф. Учебник истории римского права. – пер. с нем. И.И. Щукина / под ред. В.М. Хвостова. – М., Тип. Э. Лисснера и Ю. Романа, 1893. – 609 с.

4. Барон Ю. Система римского гражданского права : в 6 кн. / Ю. Барон. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2005. – 1102 с.

5. Загурский Л.Н. Элементарный учебник римского права. Особенная часть. Семейное право : вып. I и II, втор. испр. и доп. изд. – Х., Тип. Н.М. Варшавчика, 1898. – 201 с.

6. Хвостов В.М. История римского права. – Пятое изд., исправл. и дополн. / В.М. Хвостов. – М., Изд. Т-ва И.Д. Сытина, 1910. – 464 с.

7. Покровский И.А. История римского права / И.А. Покровский. – Минск : Харвест, 2002. – 528 с.

8. Kaser M. Das römische Privatrecht. Zweite Abschnitt. Die nachklassische Entwicklungen. – München : Verlag C.H.Beck, 1975. – 680 p.

9. Васильевский В.Г. Законодательство иконоборцев // В.Г. Васильевский. – Л., 1930. – Т. 4. – Ст. 139. – 23 с.

10. Zachariae von Lingenthal K.E. Geschichte des griechisch-romischen Rechts. – Aalen, 1955. – 422 p.

11. Dupouy F. Le droit civil romain d'après l'Écloga / par François Dupouy. – Bordeaux : Impr. Y. Cadoret, 1902. – 221 p.

12. Spulber C.A. L'Éclogue des Isauriens. Gernautzi : Librairie Mühldorf, 1929. – 188 p.

13. Μπόσδας, Δημήτριος. Μελέτη ιστορίας του δικαίου περί του γάμου: Συμβολή εις την μελέτην του γάμου κατά την Εκλογήν των Ισαύρων. – Αθήναι, 1937.

14. Matses N. P. Αναλεκτα εκ Της Εκλογης των Ισαυρων // Ελετηρίς Εταιρείας Βυζαντινών Σπουδών. Vol. 28. 1958. – σ.σ. 264–285.

15. Эклога: византийский законодательный свод VIII века / пер. Е.Э Липшиц, 1965. Византийская Книга Эпарха. – Рязань : Александрия, 2006. – 591 с.

16. Burgmann L. Écloga: Das Gesetzbuch Leons III. und Konstantinos V. / Hrsg. von L. Burgmann. – Frankfurt am Main, 1983. – XVII. – 282 p.

17. Павлов А.С. Курс церковного права. – СПб. : Лань, 2002. – 384 с.

18. Величко А.М. История Византийских императоров. От Юстиниана до Феодосия III / А.М. Величко. – М. : Вече, 2012. – 448 с.

19. Мейендорф И. Брак в Православии / Мейендорф И. – Клин : Фонд «Христианская жизнь». – 2000.

20. Браун П. Тіло і суспільство. Чоловіки, жінки і сексуальне зречення в ранньому християнстві / П. Браун. – К. : Мегагайп. – 520 с.

21. Дождев Д.В. Римское частное право / Д.В. Дождев. – М. : ИНФРА М–НОРМА, 1997. – 704 с.

22. Литаврин Г.Г. Семейные отношения и семейное право в византийской деревне XI в. / Г.Г. Литаврин Византия и словене : сб. ст. – СПб. : Алетайя, 1999. – 604 с.

УДК 347.191

## ПОНЯТИЕ РЕОРГАНИЗАЦИИ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА: ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЙ И ДОКРИНАЛЬНЫЙ ПОДХОДЫ

Дмитрий ЖЕКОВ,

соискатель кафедры гражданского права  
Национального университета «Одесская юридическая академия»

### SUMMARY

The article is devoted to the decision of concept and legal nature of reorganization of legal entity.

On the basis of undertaken a study of scientific sources, current civil legislation of Ukraine author drawn conclusion about the folded going near consideration of reorganization of legal entity as grounds of its stopping. Paid attention, that a legislator determines reorganization through its forms without fixing of concept, that was represented and on the state of scientific doctrine.

A conclusion is reasonable that reorganization it is not necessary to examine as an exceptional and sufficient founding for establishment of stopping of legal entity, as taking into account the specific of forms of reorganization and consequences set by a legislator, none of forms of reorganization results in the complete freezing of existence of rights and duties of legal entity, which is reorganized.

**Key words:** legal entity, cessation of legal entity, reorganization of legal entity, form of reorganization.

### АННОТАЦИЯ

Статья посвящена определению понятия и правовой природы реорганизации юридического лица.

На основании проведенного исследования научных источников действующего гражданского законодательства Украины сделан вывод о сложившемся подходе к рассмотрению реорганизации юридического лица как основания его прекращения. Обращено внимание на то, что законодатель определяет реорганизацию через ее формы без закрепления понятия, что отобразилось и на состоянии научной доктрины в этой части.

Обоснован вывод о том, что реорганизацию не следует рассматривать как исключительное и достаточное основание для констатации прекращения юридического лица, поскольку (с учетом специфики форм реорганизации и установленных законодателем последствий) ни одна из форм реорганизации не приводит к полному прекращению существования прав и обязанностей реорганизуемого юридического лица.

**Ключевые слова:** юридическое лицо, прекращение юридического лица, реорганизация юридического лица, формы реорганизации юридического лица, правопреемство.

**Постановка проблемы.** На существование и функционирование юридического лица (как участника гражданского оборота) влияет множество факторов. Так, изменение экономических условий на рынке может обусловить необходимость в реорганизации, изменении организационно-правовой формы юридического лица. О первых предпосылках появления института реорганизации писали еще в дореволюционной литературе [8]. Несмотря на то, что разработчики Гражданского кодекса Украины отказались от этого термина [25], он используется как по тексту кодекса, так и в иных действующих нормативных актах, а о его природе продолжают споры в научной среде.

**Актуальность темы.** Анализ юридической практики свидетельствует о наличии проблем в определении правовых последствий реорганизации юридических лиц. Прежде всего, речь идет о традиционном рассмотрении реорганизации как формы прекращения юридического лица, выбывающего из числа субъектов гражданского права. В связи с этим у суда возникает необходимость определить дальнейшую юридическую судьбу обязательств, участником которых было это юридическое лицо, в связи с тем, что

реорганизация, как и процедура банкротства, может быть использована недобросовестными участниками гражданского оборота для уклонения от исполнения принятых на юридическое лицо обязательств.

Правовой природе и регламентации организационно-правовых форм юридических лиц посвящено значительное количество работ. Среди последних исследований в этой области следует отметить работы: И.П. Грешникова «Субъекты гражданского права: юридическое лицо в праве и законодательстве» [12], Н.В. Козловой «Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории» [15], И.Н. Кучеренко «Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права» [18], В.В. Кочина «Непідприємницькі товариства як юридичні особи приватного права» [17].

Специализированные работы, посвященные реорганизации, были выполнены в РФ [9; 13], в том числе в аспекте защиты прав кредитора [4]. Следует отметить отсутствие украинских монографических исследований процесса реорганизации юридических лиц.

**Целью статьи** является установление правовой природы реорганизации юридических лиц, ее соот-

ношение с прекращением юридического лица. Основным методом исследования избран метод историзма и системного анализа.

**Изложение основного материала.** Одним из первых способов реорганизации юридического лица, признанного законодателем, было слияние. В книгу пятую проекта Гражданского уложения в главу «Акционерное товарищество» были включены статьи, регламентирующие слияние акционерных обществ, где под слиянием понималось прекращение одного товарищества путем соединения его с другим [10]. В 1927 году ЦИК и СНК было принято Положение об акционерных обществах [4]. Среди оснований прекращения акционерного общества без ликвидации предусматривалось: соединение его с другим акционерным обществом в новое общество или присоединение его к другому обществу; разделение его на два или несколько самостоятельных обществ; переход его активов и пассивов к юридическому лицу другого вида (преобразование). Одновременно действовало Положение «О порядке прекращения кооперативных организаций при их ликвидации, соединении и разделении» [4]. Однако процедура реорганизации не была регламентирована.

Гражданский кодекс УССР в ст. 37 относил реорганизацию (слияние, разделение и присоединение) к способам прекращения юридического лица.

Закон УССР «О предприятиях» в первоначальной редакции (ст. 34) предусматривал такие формы реорганизации: слияние, присоединение, раздел, выделение, преобразование [1]. При этом в случае слияния предприятия с другим предприятием все имущественные права и обязанности каждого из них переходят к предприятию, которое возникло в результате слияния. При присоединении одного предприятия к другому к последнему переходят все имущественные права и обязанности присоединенного предприятия. В случае разделения предприятия к новым предприятиям (которые возникли в результате этого разделения) переходят по раздельному акту (балансу) в соответствующих частях имущественные права и обязанности реорганизованного предприятия. При выделении из предприятия одного или нескольких новых предприятий к каждому из них переходят по раздельному акту (балансу) в соответствующих частях имущественные права и обязанности реорганизованного предприятия. При преобразовании одного предприятия в другое к вновь образованному предприятию переходят все имущественные права и обязанности бывшего предприятия.

Таким образом, законодатель традиционно не давал понятия реорганизации, описывая лишь ее формы и разрешая вопрос о правопреемстве. Последующее развитие законодательства продолжило эту традицию. Например, закон Украины «Про банки и банков-

скую деятельность» реорганизацию банка рассматривает как слияние, присоединение, выделение, разделение, преобразование его организационно-правовой формы, вследствие которых является передача, прием его имущества, средств, прав и обязанностей правопреемникам [2]. Постановление Кабинета Министров Украины «Об урегулировании вопросов относительно обеспечения защиты имущественных прав крестьян в процессе реформирования аграрного сектора экономики» (Методика, п. 2) от 28 февраля 2001 г. № 177, определяет реорганизацию как прекращение деятельности предприятия путем слияния, присоединения, разделения, выделения, преобразования со следующим переходом к вновь созданным предприятиям всех имущественных прав и обязанностей бывшего предприятия [3]. Указанный подход законодателя определенным образом отобразился и на позициях исследователей. Например, Е.О. Суханов отличительным признаком реорганизации юридического лица от ликвидации и других форм передачи имущества, прав и обязанностей, которые, например, возникают при отчуждении предприятия как единственного имущественного комплекса, считает правопреемство [26, с.148–152]. Кроме того, в литературе предлагалось рассматривать реорганизацию как прекращение старых, и одновременно создание новых юридических лиц [11].

В.И. Борисова обращает внимание на то, что ГК Украины отказался от термина «реорганизация», заменив его на характеристику, поскольку правопреемство – это способ передачи всего своего имущества, прав и обязанностей одним юридическим лицом другим юридическим лицам – правопреемникам, и может происходить в таких формах изменения статуса юридического лица, как слияние, присоединение или разделение [28, с. 191].

Другие украинские ученые традиционно указывают на наличие двух путей прекращения юридического лица – реорганизации и ликвидации – и ограничиваются лишь перечислением видов реорганизации [30; 29].

По мнению Коровайко А.В. под реорганизацией следует понимать способ консолидации или разделения имущества участниками юридического лица на основе их субъективных интересов, иногда отличных от целей реорганизуемого субъекта, в противоположность господствующему мнению о реорганизации как о способе оптимизации бизнеса путем перераспределения имущества [16, с.9].

С.В. Мартышкин считает реорганизацией особый процесс, во время которого проводится прекращение и (или) создание юридического лица, которое сопровождается переходом прав и обязанностей реорганизованного юридического лица (правопреемника) в порядке правопреемства к друго-

му юридическому лицу (правопреемника) [21, с.7]. С такой позицией соглашается И.Н. Кучеренко, отмечавшая, что при определении понятия реорганизации С.В. Мартышкин правильно подошел к решению этого вопроса, исходя из того, что не во всех случаях реорганизация является прекращением юридического лица, поскольку при выделе нет прекращения юридических лиц, а есть лишь создание нового юридического лица. Правильным также есть то, что не выделен такой признак, как передача имущества, поскольку это охватывается понятием передачи прав на имущество, включая право собственности [18, с. 48].

По мнению В.С. Мартемьянова, реорганизация представляет собой только прекращение существования организации в ее прежнем виде без прекращения ее дел и имущества на основании правопреемства [20].

М.И. Брагинский обосновано считает, что прекращение юридических лиц может происходить только путем ликвидации или реорганизации и, соответственно, речь идет о дихотомии, для определения понятия «реорганизация» можно легально использовать определение ликвидации. Если сутью ликвидации признается «прекращение без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам», то отсюда, от противного, можно сделать вывод о том, что реорганизацией является прекращение юридического лица с переходом прав и обязанностей к другим лицам [24, с. 25]. К.Т. Трофимов определяет реорганизацию как прекращение коммерческой организации связанное с изменением ее имущественного комплекса или организационно-правовой формы, направленное на достижение цели, для которой организация создавалась [27].

По мнению Агаповой О.И., реорганизация – это прекращение либо изменение организационно-правовой формы юридического лица с переходом в порядке правопреемства его прав и обязанностей к другим лицам [4, с. 15–16].

Таким образом, возникает вопрос о признаках реорганизации как определенной юридической процедуры. В литературе представлены различные подходы к определению этой проблемы. Например, С.В. Мартышкин выделяет такие признаки реорганизации: субъектом реорганизации может выступать только юридическое лицо. Реорганизация характерна именно для юридических лиц, никакие другие субъекты гражданского права не могут быть реорганизованы; реорганизация как процесс связана с прекращением существующих и созданием новых юридических лиц; в результате реорганизации имеет место правопреемство [21]. С точки зрения В.В. Лаптева, ранее существовавшее предприятие, как производственно-хозяйственный комплекс может при реорганизации не подвергнуться никакому изменению, но с правовой

точки зрения это предприятие либо прекращает свое существование как субъект права, либо сохраняется, но в измененном виде – с иными составом имущества, уставным фондом и тому подобными [19].

По мнению В.П. Мозолина, реорганизация является специфическим способом образования новых и прекращения действующих юридических лиц, связанных с переходом прав и обязанностей реорганизуемого юридического лица к другим юридическим лицам в порядке универсального правопреемства» [22, с. 72].

По мнению Аксеновой Е.В., реорганизация не является прекращением реорганизуемого юридического лица. При этом без должного внимания остаются такие признаки реорганизации как изменение субъектного состава участников и изменения в имущественном комплексе юридического лица [25, с. 26].

Бакулина Е.В. в качестве характерных черт реорганизации указывает, то, что реорганизация – это предусмотренный законом порядок юридических и фактических действий, которые в совокупности приводят к необходимому экономическому и правовому результату. Реорганизация (за исключением реорганизации в форме преобразования) направлена на передачу имущества, включая долги (экономический результат). Реорганизация сопровождается изменением субъектного состава правоотношений реорганизуемого юридического лица и, как следствие, переходом от правопреемника к правопреемнику имущественных и исключительных прав, передачей имущественных обязанностей, который обеспечивается институтом правопреемства (правовой результат). Участниками реорганизации могут быть только юридические лица. Реорганизация связана с прекращением существующих и (или) созданием новых юридических лиц. Реорганизация (за исключением реорганизации в форме преобразования) связана с изменением состава участников реорганизуемых юридических лиц [7, с. 23–24].

Отдельные авторы предлагают рассматривать правовую природу реорганизации как гражданско-правовую сделку. Указанная позиция имеет практическую подоснову, поскольку, например, сторонник такого подхода О.А. Наумов задается вопросом о возможности сделочной природе реорганизации, анализируя проблему признания реорганизации юридического лица недействительной [23]. Б.В. Архипов отмечает, что реорганизационные сделки представляют собой самостоятельный правовой институт в российском гражданском праве. Это сделки, предметом которых является имущественный комплекс. В связи с этим они стоят в одном ряду с договорами, имеющими идентичный предмет, например, с договорами купли-продажи и аренды имущественных комплексов [14; 6].

**Выводы.** Рассмотрение реорганизации как некой формализованной процедуры является на сегодняшний день традиционным подходом цивилистической науки к пониманию данного гражданско-правового института. Вместе с тем, следует признать, что традиционный подход к реорганизации юридического лица как правопреемству, равно как и реорганизации как форме прекращения юридического лица не в полном объеме соответствует потребностям практики, что особенно ощущается, когда речь идет о защите интересов кредитора, а также увольняемого работника реорганизуемого юридического лица. Проведенный анализ действующего законодательства и результатов научных исследований позволяет сделать предварительный вывод о том, что реорганизацию не следует рассматривать как исключительное и достаточное основание для констатации прекращения юридического лица, поскольку, с учетом специфики форм реорганизации и установленных законодателем последствий, ни одна из форм реорганизации не приводит к полному прекращению существования прав и обязанностей реорганизуемого юридического лица. Все иные аспекты поднятой проблематики представляют перспективные направления исследования.

#### Список использованной литературы

1. Закон УРСР «Про підприємства в Україні» від 27.03.1991 № 887-ХІІ [Електронний ресурс]. – [Режим доступу] : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/887-12>.
2. Закон України « Про банки і банківську діяльність», м. Київ, 07.12.2000 № 2121-ІІІ [Електронний ресурс]. – [Режим доступу] : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2121-14>.
3. Постанова Кабінету Міністрів України «Про врегулювання питань щодо забезпечення захисту майнових прав селян у процесі реформування аграрного сектору економіки» от 28.02.2001 № 177 [Електронний ресурс]. – [Режим доступу] : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/177-2001-%D0%BF>.
4. Агапова О.И. Защита прав кредиторов при реорганизации юридических лиц : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / О.И. Агапова. – Москва : РГБ, 2007. – 182 с.
5. Аксёнова Е.В. Реорганизация юридических лиц по законодательству Российской Федерации: проблемы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Е.В. Аксёнова. – М. : РГБ, 2007. – 162 с.
6. Архипов Б.П. Юридическая природа фактического состава, опосредующего реорганизацию акционерного общества / Б.П. Архипов // Законодательство. – М., 2002. – № 3. – С. 46–55
7. Бакулина Е.В. Совершенствование правового регулирования реорганизации хозяйственных : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Е.В. Бакулина. – М. : РГБ, 2005. – 216 с.
8. Венедиктов А.В. Слияние акционерных компаний : [монография] / А.В. Венедиктов. – Петроград : Петрогр. политехн. ин-т имп. Петра Великого, 1914. – 387 с.
9. Габов А.В. Ликвидация юридических лиц. История развития института в российском праве, современные проблемы и перспективы : [монография] / А.В. Габов. – М. : Статут, 2011. – 303 с.
10. Гражданское уложение: Семейственное право. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии) / [А.Л. Саатчиан] ; под ред. И.М. Тютрюмова – М. : Волтерс Клувер, 2008. – 664 с.
11. Гражданский кодекс Российской Федерации : Научно-практический комментарий в 2 ч. / [под ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкина, В.П. Мозолина] – М. : БЕК, 1996. – Ч.1. – 714 с.
12. Грешников И.П. Субъекты гражданского права: юридическое лицо в праве и законодательстве : [учебное пособие] / И.П. Грешников. – СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. – 331 с.
13. Дуканов С.С. Гражданско-правовое регулирование прекращения юридических лиц в Российской Федерации РФ : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / С.С. Дуканов. – М, 2005. – 179 с.
14. Зыкова И.В. Юридические лица: создание, реорганизация, ликвидация : [монография] / И.В. Зыкова. – М. : Ось-89, 2005. – 256 с.
15. Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории : [учебное пособие] / Н.В. Козлова. – М. : Статут, 2003. – 318 с.;
16. Коровайко А.В. Реорганизация хозяйственных обществ. Теория, законодательство, практика : [учебное пособие] / А.В. Коровайко. – М. : НОРМА, 2001. – 112 с.
17. Кочин В.В. Непідприємницькі товариства як юридичні особи приватного права : [монографія] / [В.В. Кочин] ; под ред. М.К. Галаянтича. – К. : НДІ приватного права і підприємництва ім. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2013. – 200 с.
18. Кучеренко И.М. Организационно-правовые формы юридических осей приватного права : [монография] / И.М. Кучеренко. – К. : Институт держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2004. – 328 с.
19. Лаптев В.В. Правовое положение государственных промышленных предприятий в СССР / [В.В. Лаптев] ; под ред.: Шор Л.М. – М. : АН СССР, 1963. – 288 с.
20. Мартемьянов В.С. Хозяйственное право: общие положения в 3 т. / В.С. Мартемьянов. Т. 1. – М. : БЕК, 1994. – 298 с.
21. Мартышкин С.В. Понятие и признаки реорганизации юридического лица : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / С.В. Мартышкин. – Самара, 2000. – 225 с.
22. Мозолин В.П., Юденков А.П. Комментарий к Федеральному закону «Об акционерных обществах» с учетом изменений и дополнений от 31.10.2002 ; Изд. 2-е, изм. и доп. М. : Норма, 2003. – 416 с.
23. Наумов О.А. О защите прав кредиторов при реорганизации должников / О.А. Наумов // Арбитражная практика. 2001. № 7. – С. 4–7.

24. Реорганизация и ликвидация юридических лиц по законодательству России и стран западной Европы / М.И. Брагинский, Т.М. Медведева, А.В. Тимофеев и др. ; Государственный университет – Высшая школа экономики, Российский фонд правовых реформ. – М. : Юрист, 2000. – 206 с.
25. Спасибо-Фатеева І.В. Цивілістика: на шляху формування доктрини : вибр. наук. пр. / І.В. Спасибо-Фатеева. – Х. : Золоті сторінки, 2012. – 696 с.
26. Суханов Е.А. Реорганизация акционерных обществ и других юридических лиц / Е.А. Суханов // Хозяйство и право. – 1996. – № 1. – С. 148–152.
27. Трофимов К.Т. Реорганизация и ликвидация коммерческих организаций : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Финансовое право; налоговое право; бюджетное право» / К.Т. Трофимов. – М., 1995. – 182 с.
28. Цивільне право : [підручник] : у 2 т. / [В.І. Борисова, Л.М. Баранова, Т.І. Бегова та ін.] ; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатеевої, В.Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – Т. 1. – 656 с.
29. Цивільне право України : [підручник] / Є.О. Харитонов, О.І Харитонова, О.В Старцев ; вид. 2, перероб. і доп. – К. : Істина, 2009. – 816 с.
30. Цивільне право України : [підручник] : у 2 т. / [О.В. Дзера, В.В. Дудченко, Р.А. Майданик та ін.] ; за ред. Є.О. Харитонова, Н.Ю. Голубєвої. – Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. – Т.1. – 832 с.
-

УДК 342. 951: 369.22

## КОНЦЕПЦІЯ ТЕОРЕТИЧНОГО ОБҐРУНТУВАННЯ РЕФОРМ МЕДИЦИНИ В КОНТЕКСТІ ВПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ОБОВ'ЯЗКОВОГО МЕДИЧНОГО СТРАХУВАННЯ В УКРАЇНІ

Петро ЛІВАК,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри фінансового права  
Національного університету державної податкової служби України

### SUMMARY

In article the essence of legal support of financing of health care in Ukraine reveals, shortcomings of normative legal acts are specified and offers concerning their elimination are given. The author analyzes the concepts «obligatory medical insurance» which are given by scientists, their author's definitions are formulated, and also the place and a role of institute of obligatory medical insurance and a financial legal mechanism in state health system is concretized.

Powers of bodies of the public power concerning financing of the medical sphere are found out and the institute of obligatory medical insurance as one of compound reforms of health care of Ukraine and the most effective sources of financing of medical branch is defined. Features of attraction of extra budgetary funds for financing of the sphere of health care are shown.

Need of adoption of Laws of Ukraine «About obligatory medical insurance» and «About medical self-government», and also development and adoption of the Medical code of Ukraine for the purpose of accurate and full legal regulation of all aspects of activity of the medical sphere in the conditions of action of laws of the market and institute of obligatory medical insurance is proved.

**Key words:** medical sphere, health care financing, financial legal mechanism, Medical Code of Ukraine, institute of obligatory medical insurance.

### АНОТАЦІЯ

У статті розкривається сутність правового забезпечення фінансування охорони здоров'я в Україні, вказуються недоліки нормативно-правових актів та даються пропозиції щодо їх усунення. Автором аналізується поняття «обов'язкове медичне страхування», яке дається науковцями, формулюються його авторське визначення, а також конкретизується місце і роль інституту обов'язкового медичного страхування та фінансово-правового механізму в системі охорони здоров'я держави.

З'ясовано повноваження органів публічної влади щодо фінансування медичної сфери та визначено інститут обов'язкового медичного страхування як одну із складових реформ охорони здоров'я України та найбільш ефективного джерела фінансування медичної галузі. Показано особливості залучення позабюджетних коштів для фінансування сфери охорони здоров'я.

Обґрунтовано необхідність прийняття Законів України «Про обов'язкове медичне страхування» та «Про лікарське самоврядування», а також розробки та прийняття Медичного кодексу України з метою чіткого та повного правового регулювання всіх аспектів діяльності медичної сфери в умовах дії законів ринку та інституту обов'язкового медичного страхування.

**Ключові слова:** медична сфера, фінансування охорони здоров'я, фінансово-правовий механізм, Медичний кодекс України, інститут обов'язкового медичного страхування.

**Постановка проблеми.** Ідеологія реформування системи охорони здоров'я України, яка стартувала з підписання Законів України «Про внесення змін до Основ законодавства України про охорону здоров'я щодо удосконалення надання медичної допомоги» № 3611–IV від 07.06.2011 [2] та Закону України «Про порядок проведення реформування системи охорони здоров'я у Вінницькій, Дніпропетровській, Донецькій областях та місті Києві» від 07.07.2011 № 3612–VI [3], протягом трьох років виявилася провальною в багатьох аспектах, позаяк зазначені Закони не мають системності та механізму їх реалізації, і головною метою державної політики реформ охорони

здоров'я стало не задеклароване підвищення рівня здоров'я, поліпшення якості життя і збереження генфонду Українського народу, а економія фінансових коштів для медичної галузі.

Світові тенденції підтверджують той факт, що сьогодні відбувається не лише зростання витрат на охорону здоров'я в межах суспільства, а й зростання частки держави в цьому процесі [6, с. 74]. Так, Дж. Стігліц відмічає, що «зростання державних і приватних витрат на охорону здоров'я характерне не тільки для Сполучених штатів. Значне зростання відбулось в тих країнах, де роль держави була фіксованою, і де вона мінялася, і там де держава відігравала незначну роль, і там де нею

було монополізовано більшість сфер» [9, с. 347]. Тому вирішення багатьох проблем медичної галузі можливе через запровадження в Україні інституту обов'язкового медичного страхування.

Причини щодо проблем перспективи впровадження інституту обов'язкового медичного страхування (далі – ОМС) в Україні сьогодні знаходяться на перетині декількох важливих тенденцій існування і реформування охорони здоров'я, а саме:

- невизначеність державної політики, необхідність створення концептуальних і законодавчих принципів впровадження інституту обов'язкового медичного страхування як одного з джерел фінансування медичної галузі;

- організаційна і фінансова неготовність більшої частини лікувально-профілактичних закладів надавати медичну допомогу у відповідності з уніфікованими стандартами якості;

- помірне і обережне відношення громадян до інституту обов'язкового медичного страхування, зате готовність платити за медичну допомогу на тіньовому ринку.

**Мета дослідження** полягає в пошуку шляхів вирішення основних проблем системи охорони здоров'я України – недостатності фінансових ресурсів, недоступності і низької якості медичного обслуговування населення спонукає до впровадження інституту обов'язкового медичного страхування – системи, яка базується на страхуванні здоров'я людей і з успіхом застосовується в більшості країн світу.

**Стандослідження.** Теоретично-правові дослідження щодо необхідності використання багатоканального фінансування охорони здоров'я України, в якому інститут обов'язкового медичного страхування буде займати одне з ключових місць, здобули висвітлення в роботах таких учених: С. Батечка, Я. Буздуган, Л. Воронової, З. Гладуна, В. Глуховського, О. Голяченка, І. Гуменюка, Р. Гревцової, Д. Карамішева, В. Лехан, Я. Радиша, О. Рогової, В. Рудня, В. Рудого, І. Сенюти, І. Солоненка, С. Стеценка, В. Стеценко, В. Пашкова і інших, а також науковців близького зарубіжжя: В. Акопова, Ю. Крохіної, Н. Карпишина, О. Леонтєва, А. Решетнікова, Ю. Сергєєва, А. Тихомирова, С. Ушакова, М. Федорової, та зарубіжних учених: Е. Ліннакко, А. Малагардіса, Р. Салтмана, Дж. Е. Стігліца та інших.

Слід виділити монографію В.Ю. Стеценка «Обов'язкове медичне страхування в Україні (адміністративно-правові засади запровадження)», присвячену актуальним проблемам забезпечення в країні обов'язкового медичного страхування.

Разом з тим, проблема впровадження інституту обов'язкового медичного страхування в Україні досі не вирішена, що потребує подальших наукових розвідок і дослідження.

За даними вітчизняних і міжнародних експертів, головною проблемою української системи охоро-

ни здоров'я є невідповідність діючої в країні моделі охорони здоров'я призначеної для функціонування в умовах планової економіки сучасним реаліям, а в існуючій моделі наявні недоліки, які насамперед проявляються у:

- недостатньому фінансуванні галузі, що спричиняє значні особисті витрати громадян на оплату медичних послуг;

- неможливості ефективного управління обмеженими ресурсами в умовах системи постатейного фінансування громадських лікувально-профілактичних закладів;

- неефективності структури системи охорони здоров'я, що призводить до деформованості структури медичних послуг і неефективності використання наявних ресурсів галузі;

- відсутності визначеного законодавством і нормативно-правовими актами переліку видів медичної допомоги, яка має надаватися в державних і комунальних закладах охорони здоров'я безкоштовно на кожному рівні надання медичної допомоги;

- недостатності обсягів фінансування з громадських джерел, що призводить до порушення принципів справедливості й солідарності;

- фінансуванні лікувально-профілактичних закладів різних відомств із бюджетів різних рівнів (медичних закладів системи МВС, СБУ, ЗСУ, ДУСі-«Феофанії» і інших), що додатково ускладнює координацію надання допомоги;

- відсутності зв'язків між фінансуванням державних і комунальних закладів охорони здоров'я й кінцевими результатами їх роботи [5, с. 26].

Приймаючи до уваги необхідність введення інституту ОМС, за 23 роки не прийнято закону, який створив би для цього правове підґрунтя. При його прийнятті слід враховувати особливість системи ОМС, як виду обов'язкового соціального страхування. До його особливостей, на думку М.Ю. Федорової [16, с. 39], слід віднести:

- 1) особливості суб'єктного складу;

- 2) специфіку соціального ризику, який повинен компенсуватися в системі обов'язкового медичного страхування;

- 3) встановлення спеціальних правил формування фінансової системи обов'язкового медичного страхування;

- 4) надання забезпечення по страхуванню в натуральній формі;

- 5) відсутність диференціації при наданні медичної допомоги/послуг в залежності від ступеня страхового соціального ризику.

В сучасних умовах для України одним із основних напрямків реформування медичної сфери є перехід від системи винятково бюджетного фінансування охорони здоров'я до нової бюджетно-страхової моделі,

яка базується на соціальному страхуванні. При такій системі держава визначає основні правила її функціонування, перелік основних послуг, які можуть отримати застраховані, що підлягають страхуванню, розмір страхового внеску.

При цьому, на думку автора, витрати Державного бюджету на фінансування медичної галузі на початковому етапі впровадження інституту обов'язкового медичного страхування повинні бути не менше 75% загальної суми, а складові фінансового механізму при цьому – фінансове планування, прогнозування, ліміти, системи управління фінансами галузі – потрібно запроваджувати поступово, але все-таки впроваджувати.

**Вклад основного матеріалу.** Страхування, як один із інститутів фінансової системи держави, являє собою фінансові відносини, які виникають у процесі формування і використання страхових фондів. Норми фінансового права регулюють: джерела формування страхового фонду, його взаємовідносини з іншими ланками фінансової системи держави, зокрема, з бюджетною системою, порядок використання засобів фонду страхування; компетенцію органів державної влади у сфері страхування і інші відносини, які виникають у процесі формування, розподілення і використання фонду страхування.

Сутність страхування як ланки фінансової системи полягає у відносній самостійності і одночасно неможливості функціонування без взаємодії з іншими фінансово-правовими інститутами держави, поза як акумулювання страхових фондів проходить через рух фінансових засобів від фінансів підприємств або бюджетної системи. Розподілення страхових виплат означає зворотній рух фінансових засобів із бюджетної системи або страхових фондів [7, с. 586].

Складність суспільних відносин, які виникають у сфері страхування виявляє існування різних позицій науковців відносно місця інституту ОМС у системі права і впровадження страхового механізму в фінансуванні охорони здоров'я.

Відносно використання фінансових засобів в умовах дії інституту обов'язкового медичного страхування, вчений А. Худяков рахує, що використання грошових фондів страхових організацій здійснюється в межах регулювання підприємницької діяльності, яка відноситься не до фінансового права, а до цивільного чи адміністративного [10, с. 212]. С. Ципкін не рахує відносини із страхування фінансово-правовими і відмічає, що відносини в системі обов'язкового страхування виникають на основі цивільно-правового договору [11, с. 32–33]. Протилежну думку відносно характеристики відносин у сфері страхування висловлює А. Мамедов, який вказує, що саме норми фінансового права визначають систему і організацію страхування, його види, порядок обов'язкового страхування, ліцензування страхової діяльності, за-

безпечення фінансової стабільності організацій-страхувальників, джерела формування страхових резервів, їх взаємовідносини із бюджетною системою, порядок використання фондів засобів страхування, а також здійснення державного контролю за страховою діяльністю і відносини, що виникають у процесі формування, розподілення і використання фондів страхування, тобто відносини, які належать до сфери фінансової діяльності держави [12, с. 15]. Подібний погляд має і Ю. Макарова [16, с. 55].

А. Мамедов відмічає, що до складу фінансових ресурсів держави і суспільства входять фінансові ресурси страхових резервних фондів страхових організацій як їх невід'ємна частина, оскільки у взаємовідносинах фондів страхових організацій здійснюються прямі та зворотні зв'язки і управління сферою страхування в державі в цілому [12, с. 42–43].

Приймаючи до уваги сказане, Д. Бекерська відмічає, що для акумуляції грошових засобів, які потрібні для виконання функцій держави в процесі фінансової діяльності, застосовуються різні методи, зокрема і страхування [14, с. 12–13]. Професор Л. Воронова також придержується подібної думки відносно фінансової діяльності і рахує страхування однією із ланок фінансової системи держави [15, с. 325].

На думку багатьох вчених-фінансистів, страхування є специфічним інститутом фінансового права, значення якого постійно росте, оскільки в сучасних економічних умовах при дії законів ринкових відносин змінюється зміст і мета фінансової діяльності країни. Формуючи відповідні страхові фонди, делегуючи дані функції недержавним суб'єктам, держава виконує певні соціальні завдання, і тому відносини страхування повинні бути чітко врегульовані діючим законодавством.

Слід згодитися із тим, що страхування – це один із видів публічної фінансової діяльності, обумовленої необхідністю втручання держави в процес перерозподілення (розподілення) витрат, які падають на окремі категорії фізичних, юридичних осіб або на саму державу. Через страхування ризики окремих осіб лягають на групу осіб, діючих у цій же сфері виробництва, а тому особливість страхування полягає в безпосередній фінансовій вигоді, яка виникає від створення на солідарній основі загального фонду, з метою покриття непередбачених витрат.

Наразі, вчений-фінансист Ю. Крохіна, розглядає страхування в економічному, матеріальному і юридичному аспектах. Як економічна категорія страхування – являє собою відносини щодо формування цільових фінансових фондів за рахунок страхових внесків і їх використання на відшкодування непередбачених збитків. У матеріальному аспекті страхування полягає в наявності грошових фондів, створених за рахунок страхових внесків і призначених для фінансування

непередбачених явищ різного роду. Страхування як юридична категорія – це врегульовані нормами права відносини щодо захисту майнових і пов'язаних з ними немайнових інтересів фізичних і юридичних осіб при настанні певних страхових випадків за рахунок грошових фондів, які формуються із оплачених ними страхових внесків (страхових премій) [7, с. 587].

Варто відзначити, що характер фінансової діяльності буде вимагати перерозподілення (розподілення) засобів акумульованих в окремих медичних страхових фондах. При цьому, обов'язкове медичне страхування буде виконувати важливі функції в державі, звільняючи бюджет від значного фінансового навантаження.

З метою досягнення реальної збалансованості державних гарантій медичного обслуговування з їх фінансовим забезпеченням і скорочення розмірів тіньового ринку в системі охорони здоров'я необхідно внести відповідні зміни в конституційну норму про безоплатне медичне обслуговування для всіх. Згідно ст. 49 Конституції України «в державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безкоштовно; існуюча мережа таких закладів не може бути скорочена» [1]. Однак у відповідності із Законом України «Про державні соціальні стандарти і державні соціальні гарантії» [4] держава гарантує лише мінімальні виплати, які відповідають стандартам і нормативам. Усі витрати, які перевищують ці стандарти, громадяни повинні відшкодувати самостійно.

Безперечно, що впровадження сучасних медичних стандартів у сферу охорони здоров'я є однією із складових інституту обов'язкового медичного страхування, оскільки лише через стандарти можна провести реформи, принципи і механізми нових відносин в системі «пацієнт–страхова медична організація–лікар–держава», де вони будуть не тільки мірилом і критерієм якості доступної медичної допомоги, але й будуть відігравати фундаментальну роль щодо визначення механізму вартості (ціни) наданих медичних послуг, ефективності використання фінансових ресурсів галузі та служити надійним засобом захисту прав пацієнтів.

Впровадження в роботу медичної галузі України інституту обов'язкового медичного страхування має великі перспективи щодо розвитку медичної галузі в перехідній економіці і розширення її можливостей, оскільки страхові методи формування і використання засобів відповідають інтересам як асоційованого, так і індивідуального володільця. До того ж, ці засоби є персоніфікованими і мають виключно цільове використання, що дозволяє перейти на реалізацію потреб людини вищого рівня якості. Безумовними є також переваги методу вирішення соціальних проблем, адже акумульовані ресурси використовуються в якості до-

повнення до державних ресурсів, що зменшує навантаження на державний бюджет.

Виходячи із вищевикладеного, можна зупевненістю констатувати, що інститут ОМС є однією із форм соціальної послуги, яка надається державою в системі соціального захисту населення в умовах становлення ринкових відносин – а це значить, що для більш ефективного впровадження і функціонування ОМС необхідно всебічно використовувати методологічні, методичні і технічні прийоми соціального маркетингу [8, с. 297].

Мета реформування охорони здоров'я – це процес переходу до нової бюджетно-страхової моделі медичної галузі в єдиному медичному, інформаційному просторі та правовому полі держави при дії законів ринкових відносин.

Безперечно, що впровадження у сферу охорони здоров'я України інституту обов'язкового медичного страхування торкнеться не лише зміни змісту існуючих нормативно-правових актів, але й вимагатиме впровадження нових адекватних, відповідно до вимог часу законів, які будуть регламентувати діяльність медичної сфери. Це радикально змінить стереотипи думок та поведінки медичних і фармацевтичних працівників, а головне, змінить правовідносини усіх суб'єктів системи «пацієнт–страхова медична організація–лікар–суспільство–держава», що на думку автора, приведе до покращення доступності рівня якості медичної допомоги мільйонам громадян.

Проблеми правового забезпечення діяльності медичної сфери в умовах дії інституту ОМС та їх вирішення, потребують розробки та впровадження єдиного законодавчого акту – Медичного Кодексу України, який регулюватиме усі аспекти діяльності системи охорони здоров'я держави. Для цього необхідно ввести єдиний медичний та інформаційний простір, як системи організації надання медичної допомоги, яка заснована на єдиній правовій, соціально-економічній, технологічній, матеріально-технічній і інформаційній базах та забезпечує доступність, якість і ефективність кваліфікованої медичної допомоги усім громадянам країни, об'єднуючи всі медичні ресурси загальним управлінням та визначеним механізмом фінансування.

Крім розглянутих вище проблем галузі, постає питання розробки та впровадження нового Закону України «Про лікарське самоврядування», який надасть повноваження новоствореній «Медичній асоціації лікарів України» вирішувати питання ліцензування та акредитації медичних закладів, незалежно від форми власності, а також забезпечувати контроль рівня підвищення кваліфікації медичних працівників, а звідси можливість підвищити рівень та якість надання медичної допомоги більшості населення країни. Паралельно слід створити економічні і юридичні пере-

думови для формування медичних закладів з різними формами ведення господарства – медичні страхові організації, приватні медичні заклади, фонди ОМС, з метою належного їх функціонування, забезпечення надання доступної і якісної медичної допомоги.

Процес успішної реалізації впровадження інституту ОМС залежить також від оснащення медичних закладів України IT-технологіями, яке досить невисоке. Подібний стан галузі вимагає розбудови єдиного інформаційного простору для сфери охорони здоров'я, що потребує введення єдиної медичної інформаційно-аналітичної системи із великою кількістю комп'ютерів і програмними продуктами до них, як для медичних закладів, так і для кожного лікаря. Такі програми вимагають чималих фінансових затрат із постійним забезпеченням роботи системи, що тягне за собою нові штатні посади в медичних закладах із зарплатами, набагато вищими чим у лікаря. Але, без впровадження інформаційних систем, ефективність роботи нової бюджетно-страхової моделі медицини та підвищення якості медичної допомоги викликає сумніви. Безумовно, робота таких систем потребує відповідної підготовки усіх медичних працівників для оволодіння програмами, для чого необхідні чималі кошти і час на їх освоєння. Крім цього, при впровадженні медичних інформаційних систем виникають складності, пов'язані із забезпеченням захисту інформації і виконання вимог закону НІРАА про персональні дані.

Отже, впровадження в медичну практику моделі бюджетно-страхових відносин, побудованих на фундаменті інституту обов'язкового медичного страхування потребує значного підготовчого періоду щодо вирішення багатьох політико-правових, фінансово-економічних, соціальних, організаційних, інформаційних, кадрових і інших аспектів проблем медичної галузі. На жаль, поки що навіть у програмах підготовки начальників організації та управління охорони здоров'я медичних академій післядипломної освіти питанням обов'язкового медичного страхування приділяється мало уваги. Постає питання, наскільки реально українська медицина готова до діяльності інституту ОМС і скільки часу та що потрібно, щоб почати готувати, як систему охорони здоров'я так і кожного окремого медичного працівника до роботи в умовах бюджетно-страхової моделі.

Важливою складовою проблем медичної галузі сьогодні є також низька доступність медичних препаратів, пов'язаної з надзвичайно високою їх вартістю, яка складає більшу частину вартості медичної допомоги, а значить неможливість вирішити питання лікування більшості хвороб пацієнтів. Така ситуація на фармацевтичному ринку України потребує вироблення державної політики в боротьбі із монополією фармацевтичного бізнесу в аптечно-

му сегменті щодо питань оптових продаж лікарських препаратів, що тягне за собою вирішення розвитку малого і середнього бізнесу на ринку ліків. Для прикладу, у Німеччині взагалі немає мереж, оскільки там один власник може мати лише одну аптеку. У Латвії кількість аптек фіксовано державою. Можеш купити ліцензію, попрацювати, скільки хочеш, потім перепродати ліцензію. Просто відкрити нову аптеку там неможливо. Тому, кількість аптек в державі не відповідає ніяким розумним межах, а також захмарним цінам на медичні препарати, які часто дорожчі їх вартості за кордоном.

Провідним фактором реалізації реформ медичної галузі є медичні кадри, оскільки вони забезпечують ефективність діяльності медичної сфери в цілому. Наразі, сьогодні в галузі не вистачає більше 20% кадрового потенціалу лікарів при наявності диспропорції в забезпеченні фахівцями спеціалізованої медичної допомоги (89%) і ланки сімейних лікарів (11%), які відіграють надзвичайну роль у проведенні реформ медичної галузі. Крім того, існує проблема співвідношення лікарі-медсестри, який в Україні на 2007 р. становив 2,2 і продовжує зменшуватися. Так, наприклад, у Великобританії цей показник становить 3,0, у Швеції – 3,6, у Фінляндії – 4,4, у Данії – 5,6, у Норвегії – 6,1, в Ірландії – 6,7. Подібна ситуація потребує збільшення кількості медичних сестер на одного лікаря, хоча би до рівня 4,0, що дасть можливість сімейному лікарю більш якісно надавати медичну допомогу і вирішувати більшість проблем пацієнтів. До того ж, забезпеченість лікарями загальної практики/сімейної медицини (ЗПСМ) на 10 тис. населення, порівняно з іншими державами, – низька (1,79), тоді, як середній показник забезпеченості сімейними лікарями в країнах ЄС – 9,7, [18]. У більшості областей існує значний дисбаланс кадрового забезпечення між міськими і сільськими закладами охорони здоров'я, пов'язаного із недостатньою мотивацією (низька оплата праці), що потребує комплексної перебудови галузі охорони здоров'я і формування відповідних кадрових ресурсів.

Прогрес медичних технологій та підвищенні очікування пацієнтів роблять тему високого кваліфікаційного рівня медичних кадрів надзвичайно важливою. Адже впровадження інституту ОМС потягне за собою збільшення числа судових рішень щодо відшкодування лікувально-профілактичними закладами нанесеної шкоди здоров'ю пацієнта.

Так, із-за медичних помилок у США щорічно помирає 44 тисячі осіб, а збитки, пов'язані з неправильними діями лікарів, складають 17–29 млрд. дол. в рік. У Великій Британії такі збитки оцінюються в 3 млрд. дол. У Канаді лікарські помилки реєструються в кожному 13-му випадку [17, с.32]. В Україні випадки лікарських помилок не реєструються. Тому, при

впровадженні інституту ОМС, потрібно створити «Фонд лікарських помилок», як це вирішено в США, з якого мають виплачуватися збитки потерпілим чи їх родичам, коли буде доведено помилку лікаря. Безумовно, сплачувати кошти в такий «Фонд» зобов'язані лікарі із заробітної плати.

Досить важливу роль і рівень кадрового забезпечення мають відігравати і юристи медичних закладів, функція яких на сьогодні фактично знівельована. Але в процесі впровадження інституту ОМС, питання захисту прав медичних працівників і медичних закладів будуть відігравати надзвичайну роль. Отже, на часі – створення юридичних служб чи відділів у медичних закладах усіх форм власності, відповідно до їх ролі, функцій і місця в нових умовах діяльності на фундаменті страхових відносин. Безумовно, що оплата праці фахівців юридичної служби медичних закладів теж має бути достатньо високою.

На нашу думку, вирішити проблему кадрового дефіциту можна через створення потужних університетських клінік, процес організації яких в Україні досить повільний і складний, пов'язаний із фінансово-економічними, соціально-правовими проблемами та відсутністю політичної волі державних інститутів влади. З цього приводу варто навести вислів Президента США Теодора Рузвельта, який свого часу відзначив: «Америка не тому сильна, що в неї є гроші, а тому, що в неї є потужні університети» – пора українському суспільству готувати медичні кадри (і не тільки), які будуть готові до виклику часу.

Для вирішення існуючих проблем в охороні здоров'я в будь-якій країні, існує поняття стратегічного планування. Виникає сумнів, чи існує воно в державі або регіонах щодо реформ медичної галузі в аспекті впровадження інституту обов'язкового медичного страхування. Проведення реформ галузі силами самого Міністерства охорони здоров'я України без відповідних фінансових інвестицій і підтримки Міністерства фінансів та без проведення реформ в усіх галузях економіки, адміністративно-територіальної реформи та реформ місцевого самоврядування, то є фантазія або ілюзія. Адже, тільки стратегічне планування допомагає знайти, систематизувати і раціонально направити навіть незначні на перший погляд ресурси, при значному покращенні якості роботи управлінської команди, особливістю якої є те, що робота над ним ніколи не закінчується.

За визначенням професора Іллінойського університету (США) Лі Фросткампа, який багато років займається даною проблемою, стратегічне планування – це в значній мірі безперервне вивчення своїх можливостей. Такий процес змінює людей, заставляє їх дієво реагувати на проблеми, але для цього необхідно працювати із суспільством, а не ділити його членів на «своїх», «чужих», «бажаних», «небажа-

них», призначення на посади в Міністерстві охорони здоров'я і на місцях своїх членів за партійними квотами чи партійною приналежністю, це дорога в нікуди.

Важливо те, що концепція теоретичного обґрунтування реформ медицини потребує уміння вислухати будь-яку конструктивну критику опонентів, які пропонують розумну ідею, знайти можливість і бажання впроваджувати нову модель відносин у медичній сфері – інститут обов'язкового медичного страхування з метою подальшого прогресу реформ системи охорони здоров'я України, що вимагає наступних дій від усіх владних інститутів держави, суспільства, та медичної спільноти, а саме :

- розробити і впровадити Закон України «Про обов'язкове медичне страхування» під яким слід розуміти систему соціально-правових, фінансово-економічних, інформаційно-іноваційних та організаційно-кадрових аспектів, які забезпечать отримання громадянами країни медичної допомоги за рахунок страхових внесків в об'ємі та на умовах відповідних програм на основі договірних відносин;

- прийняти Закон України «Про лікарське самоврядування» та нормативний акт «Про медичну асоціацію лікарів України», на які покласти здійснення процесу ліцензування та акредитації медичних закладів із відповідними повноваженнями, як інструменту підвищення рівня підготовки медичних кадрів галузі з метою гарантованого забезпечення доступності і якості надання медичної допомоги населенню;

- розробити і впровадити державну програму щодо політики підготовки медичних кадрів та підвищення їх кваліфікації із врахуванням стратегії розвитку реформ медичної галузі при впровадженні обов'язкового медичного страхування в Україні;

- визначити на державному рівні питання створення юридичних служб, а також їх функції, роль і місце в системі та закладах охорони здоров'я України;

- прийняти Закон України «Про університетські клініки», надавши можливість Медичним університетам готувати лікарські кадри згідно вимог світових стандартів, залишивши за державою контроль якості їх підготовки;

- зробити існуючі медичні заклади самостійними господарюючими суб'єктами для створення передумов функціонування ринку надавачів і споживачів медичних послуг;

- призначення лікарських засобів та їх видачі тільки за рецептом лікаря з метою захисту прав пацієнта і відповідальності лікаря за їх призначення, а застрахованим у системі ОМС компенсувати вартість медичних препаратів за рахунок Фонду обов'язкового медичного страхування, із доплатою з кишені пацієнта тільки у визначених законами випадках;

- вирішити на державному і законодавчому рівні питання оснащення медичних закладів України сучас-

ним медобладнанням і комп'ютерними технологіями, створити структуру Єдиної інформаційної медичної системи, ввести медичний електронний паспорт громадян, підготувати кадри для роботи з інформаційними системами;

– визначитися із питанням страхування професійної (лікарської) помилки, щодо нанесення шкоди здоров'ю пацієнту, не пов'язаної із халатним виконанням ними професійних обов'язків, внісши відповідні зміни в Кримінальний кодекс України;

– запровадити договірні форми регулювання професійних відносин медичних працівників, шляхом укладання угод між органами виконавчої влади всіх рівнів та закладами охорони здоров'я і окремо практикуючими лікарями, що дозволить регулювати правові, економічні і організаційні відносини поміж суб'єктами договірного процесу в системі пацієнт-лікар-страхова медична організація-держава;

– визначитися із тим, що первинний та вторинний рівень медичної допомоги складають основу в секторі загальнодоступної медичної допомоги, де головною дійовою особою та фондотримачем бюджетних коштів має бути лікар сімейної медицини;

– ввести механізми суспільного і державного контролю щодо раціонального і цільового використання іноземних інвестицій (в т.ч. Всесвітнього банку реконструкції і розвитку), благодійних і інших фондів;

– чітко визначити обсяги фінансування медичних послуг за рахунок особистих фінансових коштів пацієнтів;

– опрацювати механізми руху фінансових коштів за пацієнтом і здійснення оплати за надання пацієнтам медичної допомоги згідно із стандартами та залежно від кінцевих результатів обсягів, якості і рівня наданих медичних послуг;

– виробити державну політику боротьби із монополією фармацевтичного бізнесу, особливо в аптечному сегменті і оптових продажах лікарських препаратів та вирішити питання розвитку малого і середнього бізнесу на ринку ліків;

– розробити та впровадити економічно обґрунтований механізм державного регулювання цін на основні лікарські засоби з метою доступності їх для населення;

– вирішити питання закупки лікарських препаратів напряму в компаніях, адже закупка через посередників - це корупція! Функція Держконтролю повинна бути за цінами на ліки, їх якістю і чи закуплені вони в компанії-виробника на відкритому прозорому ринку;

– удосконалити механізм залучення інвестицій у вироблення і випуск більшості медичних препаратів, а також вакцин, на вітчизняних фармацевтичних підприємствах для зменшення цін на лікарські препарати та забезпечення економічної і біологічної безпеки;

– віднайти способи реального гарантування запроваджених державних стандартів та сучасних клінічних протоколів щодо рекомендацій і методів обстеження та лікування пацієнтів при застосуванні обґрунтованої медичної практики на фундаменті «доказової медицини», що дозволить підвищити якість, доступність й економічну ефективність надання медичної допомоги та раціонально використовувати ресурси медичної галузі;

– розробити та впровадити єдину методику фінансування охорони здоров'я в розрахунок на одного мешканця. При цьому в методиці розрахунків необхідно врахувати не тільки фінансові нормативи бюджетної забезпеченості території та такі коригуючі коефіцієнти до них, як кількість мешканців території та індекс відносної податкоспроможності території, але і статево-вікову структуру населення території та особливості стану його здоров'я, що зробить подушне фінансування більш об'єктивним.

**Висновок.** На переконання автора, система інституту обов'язкового медичного страхування забезпечує вищий рівень доступності медичної допомоги всім категоріям населення, що дозволить якісніше і повніше забезпечити різноманітні потреби пацієнтів у наданні медичних послуг. Але найбільш важливим є те, що державне регулювання системи надання медичної допомоги населенню у сфері охорони здоров'я, яка буде побудована за принципом прямого обов'язкового державного медичного страхування, ефективніше, ніж державне фінансування лікувально-профілактичних установ у системі охорони здоров'я. Медицина, що спирається на соціальне медичне страхування, більш пристосована до ринкових умов і вимог, які пред'являє ринок до організації медичного обслуговування населення.

### Список використаної літератури

1. Конституція України : затверджена на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 № 254/96 ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30.
2. Закон України «Основи законодавства України з охорони здоров'я» від 19.12.1992 № 2801–XII (із змінами та доповненнями).
3. Закон України «Про порядок проведення реформування системи охорони здоров'я у Вінницькій, Дніпропетровській, Донецькій областях та місті Києві» від 07.06.2011 р. № 3612–VI.
4. Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії: Закон України від 05.10.00., № 2017–III // Відомості Верховної Ради України, 2000. – № 48. – Ст.409.
5. Ливак П.Е. Правовые, финансово-экономические и социальные проблемы здравоохранения Украины и возможные пути их решения / П.Е. Ливак // Новости медицины и фармации в мире. – 2006. – № 3 (185). – 52 с.
6. Кичко І.І. Макроекономічний механізм фінансування охорони здоров'я / І.І. Кичко // Фінанси України. – 2003. – № 4. – С. 71–76.

7. Крохина Ю.А. Финансовое право России : [учебник] / Ю.А. Крохина ; 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма, 2008. – 68с.
8. Скрипник А.В. Деякі аспекти економічного та правового моніторингу щодо можливостей введення страхової медицини в Україні / А.В. Скрипник, В.С. Дудко, П.Є. Лівак // Науковий вісник Національної академії ДПС України (економіка, право). – 2006. – № 1–2 (33). – С. 286–299.
9. Стігліц Дж.Е. Економіка державного сектору / Дж.Е. Стігліц ; пер. з англ., А. Олійник, Р. Скільський. – К. : Основи, 1998. – С. 347.
10. Худяков А.И. Страхование право / А.И. Худяков. – СПб. : Изд-во Р. Асланова. Юридический центр Пресс, 2004. – 691 с.
11. Цыпкин С.Д. Финансово-правовые институты, их роль в совершенствовании финансовой деятельности государства / С.Д. Цыпкин. – М. : Изд-во МГУ им. М.В. Ломоносова, 1983. – 79 с.
12. Мамедов А.А. Финансовые правоотношения в сфере страхования / А.А. Мамедов // Юрист, 2003. – № 12. – С. 11–16.
13. Макарова Ю. Финансовое право РФ в области страхования / Ю. Макарова // Страхование право, 2000. – № 2. – С. 53–56.
14. Бекерская Д.А. Финансовое право в Украине / Д.А. Бекерская. – Одесса. : Юридическая литература, 2005. – 72 с.
15. Воронова Л.К. Финансовое право Украины : [підручник] / Л.К. Воронова. – К. : Прецедент; Моя книга, 2006. – 325 с.
16. Федорова М.Ю. Медицинское право : [учебное пособие для вузов] / М.Ю. Федорова. – М. : Гуманит. Изд. Центр ВЛАДОС, 2008. – 320 с.
17. Балкизов З.З. Информационные технологии в непрерывном профессиональном развитии медицинских работников/ З.З. Балкизов// Управління закладом охорони здоров'я. – 2012. – № 1. – 112 с.
18. МЕДФАРМКОННЕКТ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://medpharmconnect.com/News/News/9772.htm>.



УДК 347.132.14

## ЗНАЧЕНИЕ ТРЕБОВАНИЙ СПРАВЕДЛИВОСТИ, ДОБРОСОВЕСТНОСТИ И РАЗУМНОСТИ ДЛЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ РАЗМЕРА КОМПЕНСАЦИИ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА

Игорь МАЙСТЕР,  
аспирант

Хмельницкого университета управления и права

### SUMMARY

The article explains the meaning of the demands of justice, fairness and reasonableness to determine the amount of compensation for moral damage. States that such claims courts provide more opportunities to find out the full facts of the case and make a fair decision. The Court, guided by the principle of reasonableness must come from real, not imaginary interests of the victim and the potential opportunities of the subject of responsibility. Affirms the need to combine equity, fairness and reasonableness in a single principle, on the basis of which should be determined by the amount of compensation for moral damage. Concluded that such requirements are the minimum and maximum “outside” in determining compensation for moral damage in each case.

**Key words:** moral hazard, fairness, integrity, intelligence, the principle of compensation for moral damage.

### АННОТАЦИЯ

В статье раскрывается значение требования справедливости, добросовестности и разумности для определения размера компенсации морального вреда. Указывается, что такие требования предоставляют судам больше возможностей выяснять в полном объеме фактические обстоятельства дела и принимать справедливое решение. Суд, руководствуясь принципом разумности, должен исходить из реальных (а не мнимых) интересов потерпевшего и возможностей потенциального субъекта ответственности. Утверждается о необходимости сочетания справедливости, добросовестности и разумности в единый принцип, на основе которого должен определяться размер компенсации морального вреда. Сделан вывод о том, что такие требования выступают минимальными и максимальными «пределами» при определении размера компенсации морального вреда в каждом конкретном случае.

**Ключевые слова:** моральный вред, справедливость, добросовестность, разумность, принцип, компенсация морального вреда.

**Постановка проблемы.** После провозглашения независимости перед Украиной поставлена задача реформирования национального законодательства, приведение его в соответствие с общественными отношениями, возникающими во всех сферах жизни. Так, в Гражданском кодексе Украины (2004) впервые получили законодательное закрепление общие начала гражданского законодательства, в частности принципы справедливости, добросовестности и разумности, на которые возлагается роль способа устранения пробелов в праве (аналогии права).

**Актуальность темы исследования** обусловлена тем, что законодатель не раскрывает понятия «разумность» и «справедливость», а также не раскрывает значение этих принципов для определения размера компенсации морального вреда. Такая ситуация приводит к частому игнорированию национальной судебной системой этих принципов при принятии решений по вопросам компенсации морального вреда и многочисленным обращениям граждан Украины в Европейский суд по правам человека за «справедливой сатисфакцией». Кроме того, не ясной остается позиция законодателя, который не отнес к общим принципам компенсации морального вреда требование о добросовестности.

**Актуальность темы.** В гражданском праве проблемы компенсации морального вреда исследовали в своих трудах С.А. Беляцкий, А.В. Грищук, И.М. Забара, А.М. Эрделевский, Н.С. Малеин, М.Н. Малеина, Т.В. Лиснича, А.В. Крикун, Н.В. Павловская, В.П. Палиук, В.Д. Примак, Р.А. Стефанчук, В.Д. Чернадчук, М.Я. Шиминова, С.И. Шимон и другие. Однако, несмотря на такую научную популярность, институт компенсации морального вреда все еще остается недостаточно изученным, особенно это касается основных принципов определения размера компенсации морального вреда. Научные исследования в основном проводились относительно анализа гражданского законодательства первого десятилетия независимости Украины, когда дефиниция «моральный вред» была новой для нашей правовой системы, или исследовались особенности компенсации морального вреда, причиненного отдельным правам и свободам граждан. Среди последних исследований следует упомянуть монографический труд В.Д. Примака «Возмещение морального вреда на основе справедливости, разумности и добросовестности» [1]. Однако выводы автора имеют больше вопросов, чем ответов на пути решения проблем компенсации морального вреда.

**Целью статьи** является раскрытие значения требований справедливости, добросовестности и разумности для определения размера компенсации морального вреда.

**Изложение основного материала исследования.** Институт морального вреда является единственным гражданско-правовым институтом, где законодатель специально возложил на суд обязанность учесть требования разумности и справедливости при определении размера возмещения (ч. 3 ст. 23 ГК Украины). Об обязанности суда исходить из принципов разумности, взвешенности и справедливости при определении размера возмещения морального вреда отмечается также в п. 9 постановления Пленума Верховного Суда № 4 от 31.03.1995 «О судебной практике по делам о возмещении морального (неимущественного) вреда». В Методических рекомендациях «Возмещение морального вреда», содержащихся в письме Министерства юстиции Украины от 13.05.2004 № 35–13/797, отмечается, что размер возмещения должен быть адекватным нанесенному моральному вреду, то есть он должен ему соответствовать (чем больше нанесенный моральный ущерб – тем больше размер компенсации и наоборот). Условием соблюдения принципа адекватности в таком случае является соблюдение принципов разумности и справедливости в отношении физических и душевных страданий физического лица.

Исходя из принципов справедливости, принимает решения и Европейский суд по правам человека, который раскрывает это понятие при определении размера компенсации морального вреда.

Однако требование разумности и справедливости не является специальным, на основе которого осуществляется только возмещение морального вреда. В ГК Украины такое требование отнесено к общим началам гражданского законодательства (п. 6 ст. 3 ГК Украины). А в соответствии со ст. 8 ГК Украины такие общие принципы гражданского законодательства применяются в качестве аналогии права для регулирования гражданских отношений. На обязательность определения размера компенсации морального вреда на основе общих принципов гражданского права указывает также В. П. Палиюк [2, с. 125]. Таким образом, указание законодателя на обязательность учета требований разумности и справедливости следует рассматривать как указание на необходимость применения в этом случае аналогии права.

Закрепление в законе обязанности суда определять размер возмещения морального вреда разумно и справедливо обусловлено тем обстоятельством, что глубина моральных и физических страданий не поддается точному измерению, в том числе и в денежной форме, поэтому достаточно сложно определить ее денежный эквивалент. Подобное объяснение такого законодательного подхода можно найти в Методических рекомендациях «Возмещение морального вреда», где отмечается, что

«моральный ущерб нельзя возместить в полном объеме, так как нет (и не может быть) точных критериев имущественного выражения душевной боли, спокойствия, чести, достоинства личности» (п. 6.4).

Одновременно требование разумности и справедливости предоставляет суду большее пространство для определения размера возмещения. Именно этим можно объяснить ссылки суда на такое требование при решении дел о компенсации морального вреда. Как отмечает Н.С. Кузнецова, применение таких категорий, как «добрые нравы», «добросовестность», «справедливость» предоставляет судам больше возможностей выяснять в полном объеме фактические обстоятельства дела и, наконец, установить объективную истину [3, с. 16].

Подобные рассуждения высказывает и М.И. Брагинский, считающий, что так создается своего рода «опора», которой суд имеет право воспользоваться в случае пробелов в законе, а также для того, чтобы предоставить больший простор судейскому усмотрению при решении конкретного дела [4, с. 111].

Правовое значение применения требования разумности и справедливости А.М. Эрделевский видит в том, что разумно и справедливо предположить, что большей глубине страданий должен соответствовать больший размер компенсации, и наоборот, то есть размер компенсации должен быть адекватен перенесенным страданиям. Глупо и несправедливо было бы присудить компенсацию лицу, перенесшему страдания в связи с нарушением его личного неимущественного права на неприкосновенность произведения, в размере, равном или большем чем размер компенсации лицу, которое перенесло страдания в связи с нарушением его личного неимущественного права на здоровье, что отразилось на потере зрения или слуха [5, с. 7]. Подобное мнение излагают и другие ученые. Например, С.А. Погребной предлагает считать справедливость не просто моральной оценкой соответствия определенного явления его последствиям, а такой оценкой, которая основана на сравнении с последствиями других явлений [6, с. 134–135].

Таким образом, учитывая вышеизложенное, следует признать специальное законодательное закрепление требования добросовестности и разумности для определения размера денежного возмещения морального вреда важным: большей глубине физических и душевных страданий должен соответствовать больший размер денежного возмещения и наоборот.

Как уже отмечалось, на законодательном уровне отсутствует определение правовых категорий «разумность» и «справедливость». Как отмечает В.В. Витрянский, что ни в кодексе, ни в другом законе определить любые подходы, параметры, понятие добросовестности, справедливости, разумности в принципе невозможно [7, с. 141]. Ученые объясняют такую ситуацию тем, что они являются оценочными понятиями, поэто-

му основываются на нормах этики и морали [8, с. 118]. По мнению А.О. Отрадной, эти понятия получают свое содержательное оформление, исходя из конкретных обстоятельств дела [9, с. 121]. В тоже время, как справедливо предостерегает Р.А. Стефанчук, учитывая определенную оценочность указанных категорий, их применение может привести к субъективизму в правоприменительной деятельности [10, с. 14].

Одновременно в юридической литературе некоторые ученые высказывают свои соображения относительно понятия справедливости и разумности. Так, по мнению Е.О. Харитоновой, принцип справедливости означает определение нормой права объема, предела осуществления и защиты гражданских прав и обязанностей лица адекватно его отношению к требованиям правовых норм; разумность – это взвешенное решение вопросов регулирования гражданских отношений с учетом интересов всех участников, а также интересов общества (публичного интереса) [11, с. 11]. В высказанной позиции ученого поддерживают Н.Ю. Голубева, М.В. Панченко и другие [12, с. 285; 13, с. 148]. Другая группа ученых объясняет категорию «разумность» на примере действия, которое совершил в конкретной ситуации человек, который имеет нормальный, средний уровень интеллекта, знания и жизненный опыт (Ю.В. Винниченко, В. И. Емельянов и другие) [14, с. 115].

Таким образом, суд, руководствуясь принципом разумности, при определении размера возмещения морального вреда должен исходить из реальных, а не мнимых интересов потерпевшего и возможностей потенциального субъекта ответственности. Как отмечает Ю.А. Тобота, указанный аспект влияния разумности имеет исключительно важное значение, поскольку создает необходимые предпосылки для того, чтобы гражданско-правовые нормы не были «мертвыми» (недействующими) и неэффективными [15, с. 54].

В юридической литературе господствующей является позиция относительно объединения трех категорий «справедливости», «добросовестности» и «разумности» в качестве единого принципа. Такую позицию занял и Пленум Верховного Суда Украины в п. 27 постановления № 1 от 27.02.2009 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства физического лица, а также деловой репутации физического и юридического лица». Это обусловлено не только закреплением этого принципа отдельным пунктом в ст. 3 ГК Украины, а и их тесной взаимосвязью.

Как справедливо отмечает С.А. Погребной, разделение указанных требований является искусственным, и они не могут рассматриваться каждая как отдельная общая основа гражданского законодательства [6, с. 134]. По мнению Е.О. Харитоновой, справедливость, добросовестность, разумность практически выражается в установлении равных условий для участия всех лиц, закрепление адекватной защиты нарушенного гражданского

права или интереса, обеспечения реализации гражданского права с уважением прав и интересов других лиц [11, с. 11].

Подобный вывод сделал и В.Д. Примак, рассматривая справедливость как критерий определения размера подлежащей потерпевшему компенсации за нанесенные ему нематериальные потери. Он считает, что только оценка взаимосвязи морально-правовых императивов справедливости, разумности и добросовестности, нарушенного личного неимущественного блага и совершенного правонарушения способна помочь определить:

- 1) степень нарушения упомянутых морально-правовых требований как особых объектов правовой охраны;
- 2) место нарушенного личного неимущественного блага в общественной иерархии ценностей;
- 3) достаточность превентивного воздействия, что обеспечивается определенным размером компенсации [1, с. 70].

Усматривает тесную связь между справедливостью и разумностью также Д. Луспеныйк: «Границей разумности является действие, которое справедливо учитывает интересы обеих сторон: как действующего субъекта, так и того, в чьих интересах, установлено требование разумности» [16].

С изложенными соображениями относительно объединения справедливости, добросовестности и разумности в единый принцип, на основе которого суд обязан определять размер компенсации морального вреда, следует согласиться. Только триада этих правовых категорий позволит достичь намеченную цель их применения – определение размера компенсации морального вреда. Поэтому без учета принципа добросовестности невозможно осуществить эффективную защиту нарушенных неимущественных прав и интересов потерпевшего. Следует вспомнить и римское право, где юристы рассматривали право через справедливость и добросовестность: «право есть искусство добра и справедливости» (Цельс, D. 1.1.1). Как отмечал З.М. Черниловский, не суровое право, связанное с законом («Dura lex sed lex»), а право, основанное на «доброй совести» и «справедливости», то есть нравственных принципах, которые отражали определенный экономический и социальный интерес, предоставило римскому праву его незаменимое значение [17, с. 4].

«Добросовестность означает стремление добросовестно защитить гражданские права и обеспечить выполнение гражданских обязанностей» [11, с. 11; 12, с. 285]. То есть добросовестность, как отмечает В.И. Труба, означает фактическую честность субъектов в их поведении [18, с. 10]. Для того, чтобы быть добросовестным, по мнению С.А. Погребной, правовое регулирование гражданских отношений должно осуществляться таким образом, чтобы оно вызвало одобрительную оценку со стороны общественной морали, в частности в аспекте соответствия средств правового регулирования тем

целям, которые перед ним ставятся [6, с. 136]. Таким образом, в сфере деликтных обязательств, при определении судом размера компенсации морального вреда, добросовестность может выполнять функцию усиления аргументации при обосновании судебного решения [15, с. 25–26].

Следует вспомнить и позицию И.Н. Шарковской, по мнению которой «современный принцип добросовестности является общим морально-правовым принципом (принципом естественного права), а справедливость и разумность в контексте всего содержания ГК Украины – общими требованиями добросовестности» [19, с. 182–183].

**Выводы.** Понятие требования справедливости, добросовестности, разумности конкретизируется в каждом случае, их содержание зависит от обстоятельств наступления конкретного явления (в нашей ситуации – причинения морального вреда). Это дает основание отнести эти правовые категории к оценочным, что не требует законодательного определения их понятий. Вместе с тем, считаем целесообразным дополнить п. 2 ч. 3 ст. 23 ГК Украины словом «добросовестности» и изменить порядок расположения некоторых требований, и изложить пункт второй следующим образом: «При определении размера возмещения учитываются требования справедливости, добросовестности и разумности».

Справедливость, добросовестность и разумность являются общими принципами гражданского законодательства, которыми всегда должен руководствоваться суд при рассмотрении конкретного случая о причинении морального вреда. Именно такие требования позволяют суду в каждом конкретном случае определить минимальные и максимальные пределы размера компенсации морального вреда. То есть требования справедливости, добросовестности и разумности выступают пределами размера компенсации морального вреда.

### Список использованной литературы

1. Примак В.Д. Відшкодування моральної шкоди на засадах справедливості, розумності й добросовісності : [монографія] / В. Д. Примак. – К. : Юрінком Інтер, 2014. – 432 с.
2. Палиюк В.П. Моральный (неимущественный) вред / В.П. Палиюк. – К. : Право, 1999. – 232 с.
3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України в 2 т. / [за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця]. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – Т. 1. – 832 с.

4. Брагинский М.И. Осуществление и защита гражданских прав. Представительство. Доверенность / М.И. Брагинский // Вестник Верховного Суда РФ. – 1995. – № 7. – С. 99–113.

5. Эрделевский А.М. Критерии и метод оценки размеров компенсации морального вреда / А.М. Эрделевский // Государство и право. – 1997. – № 4. – С. 5–12.

6. Погрібний С.О. Справедливість, добросовісність та розумність як загальні засади цивільного законодавства України / С.О. Погрібний // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. – 2004. – № 4. – С. 133–137.

7. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: общие положения : издание дополнительное, стереотипное. – М. : «Статут», 2002. – 848 с.

8. Павленко Д. Добросовісність сторін як принцип господарського процесуального права / Д. Павленко // Юридичний журнал. – 2005. – 5(35). – С. 116–120.

9. Отраднова О.А. Реалізація принципу справедливості у цивільно-правових зобов'язаннях із завдання недовірою шкоди / О.А. Отраднова // Вісник Київ. нац. ун-ту імені Т. Шевченка. – 2007. – № 74–76. – С. 120–123.

10. Цивільне право України : [навчальний посібник] / [Ю. В. Білоусов, А. В. Ваграс, С. Д. Гринько та ін.] ; за ред. Р. О. Стефанчука. – К. : Правова єдність, 2009. – 536 с.

11. Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар / [С.О. Харитонов, І.М. Кучеренко, О.І. Харитонова та ін.] ; за ред. Є. О. Харитонова. – Х. : ТОВ «Одіссей», 2006. – 1200 с.

12. Голубева Н.Ю. Загальна характеристика принципів цивільного права України / Н.Ю. Голубева // Актуальні проблеми держави і права. – 2007. – Вип. 34. – С. 280–286.

13. Панченко М. Добросовісність, розумність і справедливість – правові засади цивільного права України / М. Панченко // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 12. – С. 145–149.

14. Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, злоупотребление гражданскими правами / В.И. Емельянов. – М. : Лекс–Книга, 2002. – 60 с.

15. Тобота Ю.А. Розумність – фундаментальна категорія цивільного права України / Ю.А. Тобота // Проблеми законності. – 2008. – Вип. 93. – С. 24–30.

16. Луспеник Д. Шукаємо справедливість, добросовісність та розумність у цивільно-правових відносинах / Д. Луспеник // Закон і бізнес. – 2004. – № 1–2.

17. Черниловский З.М. Лекции по римскому частному праву / З.М. Черниловский. – М. : Юрид. лит., 1991. – 208 с.

18. Цивільний кодекс України : науково-практ. комент. у 2 ч. / А.Ю. Бабаскін, І.А. Безклубий, Н.В. Безсмертний та ін. ; [за заг. ред. Я. М. Шевченко]. – К. : Ін Юре, 2004. – ч. 1. – 840 с.

19. Шаркова І.М. Принцип добросовісності в римському приватному праві: історія та сучасність : [монографія] / [І.М. Шаркова] ; за наук. ред. В.Ф. Опришка. – К. : КНЕУ, 2011. – 246 с.

УДК 347.454

## СТОРОНИ В ДОГОВОРІ НА ВИГОТОВЛЕННЯ ПРОТЕЗНИХ ВИРОБІВ ТА НА ЇХ СЕРВІСНЕ ОБСЛУГОВУВАННЯ

Анна ТАРАНЕНКО,  
аспірант кафедри цивільного права  
Запорізького національного університету

### SUMMARY

The article studies the subject composition agreement on prosthetics people, including two of its varieties as a contract for the manufacture of prosthetic products and contract for service of such products. We study the question of who can be contracted in those treaties are the requirements for contractors legislation of Ukraine, who is the customer relevant work. The article indicates the shortcomings of the current legislative regulation of the relevant contractual structures on subject composition, as well as ways to improve legislation on prosthetics.

**Key words:** prosthetic ware, rehabilitation equipment, contractor, customer, servicing.

### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено дослідженню суб'єктного складу договору на протезування людини, зокрема таких двох його різновидів, як договір на виготовлення протезних виробів та договір на сервісне обслуговування таких виробів. Досліджуються питання про те, хто може бути підрядником у цих договорах, які вимоги пред'являються до підрядників законодавством України, хто є замовником відповідних робіт. У статті вказуються недоліки чинного законодавчого врегулювання відповідних договірних конструкцій щодо суб'єктного складу та пропонуються шляхи вдосконалення законодавства з питань протезування.

**Ключові слова:** протезний виріб, технічний засіб реабілітації, підрядник, замовник, сервісне обслуговування.

**Постановка проблеми.** У відносинах з протезування має місце, щонайменше, три різновиди цивільно-правових договорів, кожен з яких має свій суб'єктний склад. Перший договір – це договір на виготовлення протезного виробу, який належить до групи договорів про виконання робіт (підрядних договорів). Другий договір – це договір про протезування пацієнта, який належить до групи договорів про надання послуг (медичних послуг). Третій договір пов'язаний із необхідністю «обслуговувати» протезний виріб, ремонтувати його в разі потреби, тобто пов'язаний з наданням відповідних сервісних послуг. Цей договір також належить до групи підрядних договорів.

Враховуючи, що чинне законодавство України з питань протезування не регулює в якомусь одному нормативно-правовому акті питання укладання договорів на виготовлення протезних виробів, їх сервісне обслуговування та договір на проведення протезування як медичної послуги, врегулювання відповідних договірних відносин має відбуватись з урахуванням положень відповідних норм цивільного законодавства та тих нормативно-правових актів зі сфери дії права соціального забезпечення, які присвячені протезуванню інвалідів, дітей-інвалідів, ветеранів, пенсіонерів та деяких інших категорій населення України.

**Метою цієї статті** є аналіз становища сторін договорів на виготовлення протезних виробів та їх сервісне обслуговування для виявлення не врегульованих або недостатньо врегульованих чинним законодавством відносин та формулювання конкретних

пропозицій щодо їх усунення. Обидва договори будемо розглядати у взаємозв'язку, адже за положеннями чинного законодавства розробка, виробництво, реалізація технічних та інших засобів реабілітації, виробів медичного призначення, що компенсують чи відновлюють порушені або втрачені функції організму, а також надання послуг з обслуговування і ремонту зазначеної продукції здійснюється одним і тим самим суб'єктом – протезно-ортопедичним підприємством.

**Виклад основного матеріалу.** Договір на виготовлення протезного виробу, як ми вже довели [1, с. 43], належить до групи договорів про виконання робіт, тобто підрядних договорів, а якщо більш конкретно – до такого різновиду підрядних договорів, як побутовий підряд, врегулюванню якого присвячений § 2 глави 61 ЦК України. Відповідно до дефініції договору побутового підряду, наданій в ч. 1 ст. 865 ЦК України, сторонами в даному різновиді підрядних договорів є підрядник та замовник. Щодо правового статусу підрядника в ЦК України закріплено, що ним у побутовому підряді є суб'єкт підприємницької діяльності. Якщо розглядати одну із значних груп населення, яка потребує протезування, а саме осіб, яким держава гарантує соціальне забезпечення, то й законодавче врегулювання питань протезування цих осіб здійснюється на рівні нормативно-правових актів, що належать до сфери дії права соціального забезпечення. Положення цих нормативно-правових актів щодо підрядника порівняно із положеннями цивільно-правових норм про договір побутового підряду є дуже обмеженими.

Так, у «Порядку забезпечення технічними та іншими засобами реабілітації інвалідів, дітей-інвалідів та інших окремих категорій населення», затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 05.04.2012 № 321 (далі – Порядок), який визначає механізм безоплатного забезпечення окремих категорій населення, які потребують протезування, та безготівкового перерахування коштів підприємствам, що виконали індивідуальні заявки цих категорій населення на виготовлення технічних та інших засобів реабілітації, надання послуг з їх ремонту, встановлено, що технічні та інші засоби реабілітації, призначені для безоплатного забезпечення інвалідів, дітей-інвалідів, інших осіб за рахунок коштів державного бюджету, виготовляються, постачаються і ремонтуються підприємствами, які відповідають кваліфікаційним вимогам, установленим Мінсоцполітики [2]. Більш того, у цьому Порядку вказується, що перелік таких підприємств визначається зазначеним міністерством.

На виконання вказаної Постанови Мінсоцполітики України був виданий Наказ від 18.04.2012 № 215, яким встановлюються кваліфікаційні вимоги до таких підприємств. Слід зазначити, що останні були значно змінені (посилнені) порівняно із тими вимогами, які пред'являлися до вказаних підприємств у раніше чинному законодавстві. Крім тих, які вимагалися й раніше, а саме: наявність установчих документів, сертифіката відповідності на технічні та інші засоби реабілітації, технічного паспорта (інструкції з експлуатації) та гарантійного талона на сервісне обслуговування; підтвердження відсутності заборгованості зі сплати податків та письмове підтвердження умов на постачання запасних частин до технічних засобів реабілітації на весь період їх експлуатації, нині також вимагається наявність приміщень для виробництва технічних та інших засобів реабілітації, надання протезно-ортопедичних послуг та послуг з ремонту таких засобів; наявність спеціального матеріально-технічного оснащення, включно з технологічним обладнанням і спеціальними інструментами, передбаченими технічною та технологічною документацією; наявність стаціонарних відділень первинного та складного протезування підприємства-кандидата, що підтверджується статутом підприємства (або договору про співпрацю зі стаціонарними відділеннями лікувально-профілактичних закладів Міністерства охорони здоров'я України, державними протезно-ортопедичними підприємствами, у складі яких діють стаціонарні відділення первинного та складного протезування). Крім цього, обов'язковою умовою є наявність кваліфікованих фахівців, до яких, у свою чергу, також пред'являється ціла низка вимог.

Якщо раніше вимагалось підтвердження лише відсутності заборгованості щодо сплати податків, то нині вимагається наявність довідок з банківських уста-

нов щодо відсутності заборгованості з повернення кредитів (позик), про відсутність заборгованості з виплати заробітної плати працівникам, про відсутність заборгованості зі сплати податків та зборів, про відсутність заборгованості зі сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, витягу з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, про державну реєстрацію права власності та інших речових прав на нерухоме майно, обтяження таких прав та витягу з Державного реєстру обтяжень рухомого майна про обтяження, зміну обтяження, відступлення прав на предмет обтяження. Встановлено надання цілої низки інших документів. Все вказане свідчить про те, що держава «перестраховується» з метою забезпечення можливості повернення сплачених за виготовлення протезних виробів коштів з державного бюджету на протезування осіб, які належать до числа соціально незахищених верств населення. Натомість все це значно звужує коло можливих потенційних підрядників, які могли б виготовляти, ремонтувати та обслуговувати протезні вироби. Перевірки відповідності кваліфікаційним вимогам здійснюються Експертною комісією Мінсоцполітики України, Положення про яке було затверджене Наказом Мінсоцполітики України від 18.04.2012 № 215 «Деякі питання придбання технічних та інших засобів реабілітації» [3]. Крім вже зазначених вище вимог, Експертною комісією для визначення відповідності підприємств-кандидатів затвердженням кваліфікаційним вимогам перевіряється дотримання вимоги щодо кількості наданих послуг у сфері забезпечення осіб з фізичними вадами технічними та іншими засобами реабілітації, з їх технічного обслуговування та ремонту за два попередні роки; вимоги про надання адресної допомоги особам з фізичними вадами за місцем реєстрації чи фактичного проживання за адміністративно-територіальними одиницями; наявність запасних частин та комплектувальних виробів для сервісного обслуговування (гарантійного та післягарантійного ремонту) технічних та інших засобів реабілітації.

Деякі з вказаних вимог однозначно обмежують допуск на ринок виготовлення протезних виробів нових суб'єктів. Як, наприклад, може з'явитись на «ринку» робіт з виготовлення протезних виробів нова особа, і тим більше виконати умову про підтвердження раніше наданих за два попередні роки послуг у сфері забезпечення осіб з фізичними вадами технічними та іншими засобами реабілітації, з їх технічного обслуговування та ремонту, якщо вона раніше не була на цьому «ринку»?

Виділення коштів на відносини, пов'язані з протезуванням, аж до 2011 р. відбувалось шляхом прийняття Кабінетом Міністрів України кожного року відповідної постанови. Так, відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 07.03.2006 № 253 «Про затвердження Порядку використання у 2006 р.

коштів, передбачених у державному бюджеті для розроблення нових видів протезно-ортопедичних виробів та обслуговування інвалідів у стаціонарах при протезних підприємствах» одержувачами бюджетних коштів стали: промислове об'єднання «Укрпротез» (м. Київ); установи і державні, у тому числі казенні підприємства, зазначені в пп. 1, 2 додатка 3 до розпорядження Кабінету Міністрів України від 28.10.2004 № 808 «Про подальший розвиток вітчизняного виробництва технічних засобів реабілітації для осіб з вадами опорно-рухового апарату», а саме: Євпаторійський протезно-ортопедичний цех Сімферопольського казенного експериментального протезно-ортопедичного підприємства; Черкаський протезно-ортопедичний цех Київського казенного експериментального протезно-ортопедичного підприємства; Херсонський протезно-ортопедичний цех Одеського казенного експериментального протезно-ортопедичного підприємства; медико-технічний корпус Донецького казенного експериментального протезно-ортопедичного підприємства; Хмельницьке державне експериментальне протезно-ортопедичне підприємство; реабілітаційні відділення клініки Українського науково-дослідного інституту протезування, протезобудування та відновлення працездатності; Луганське протезно-ортопедичне підприємство. Дію Постанови було продовжено на 2007 р. згідно з Постановою Кабінету Міністрів України «Питання розвитку виробництва технічних засобів реабілітації» від 01.03.2007 № 304. Згідно із Порядком використання у 2008 р. коштів, передбачених у державному бюджеті для розроблення нових видів протезно-ортопедичних виробів та обслуговування інвалідів у стаціонарах при протезних підприємствах, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 23.04.2008 № 403, одержувачами бюджетних коштів стали: УкрНДПротезування, який був створений ще в лютому 1997 р. з метою забезпечення розроблення науково-обґрунтованих пропозицій щодо формування державної політики у сфері соціального захисту пенсіонерів, інвалідів, інших соціально незахищених верств населення; промислове об'єднання «Укрпротез»; державні, у тому числі казенні експериментальні протезно-ортопедичні підприємства, у складі медичних відділів яких функціонують стаціонари первинного та складного протезування, що здійснюють обслуговування інвалідів у стаціонарах при протезних підприємствах. Дію вказаної Постанови було продовжено на 2009 р. та 2010 р. Окремими Постановами Кабінету Міністрів України оформлювалось виділення коштів на протезування й окремих фізичних осіб [4].

Далі виконавча влада вже перестала закріплювати щорічно перелік таких одержувачів коштів з державного бюджету, та у 2011 р. Кабінет Міністрів України видав загальний нормативно-правовий акт, регулюючий порядок використання таких коштів. Відповідно до «Порядку використання коштів, передбачених у дер-

жавному бюджеті для розроблення нових видів протезно-ортопедичних виробів та обслуговування інвалідів у стаціонарах при протезних підприємствах», затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 16.02.2011 № 120, одержувачами бюджетних коштів відповідно до плану заходів є: УкрНДПротезування; державні, у тому числі казенні експериментальні протезно-ортопедичні підприємства.

Крім у певній мірі «закритого» переліку виробників протезних виробів, питання щодо допуску суб'єктів господарювання на «ринок» виготовлення та сервісного обслуговування протезних виробів ускладнювалось ще одним аспектом – потребою ліцензування такої діяльності виробника (підрядника) чи її відсутністю.

Виникло це питання у зв'язку з тим, що в ст. 26 Закону України «Про реабілітацію інвалідів в Україні» від 06.10.2005 № 2961-IV протезно-ортопедичні підприємства здійснюють свою діяльність на підставі її ліцензування. Обов'язковою умовою ліцензування є відповідність виробничої бази підприємства заявленій номенклатурі технічних та інших засобів реабілітації, виробів медичного призначення, відповідна кваліфікаційна підготовка спеціалістів, наявність повної нормативно-технічної бази, яка регламентує вимоги щодо надійності і технології їх виготовлення, необхідна документація системи контролю якості [5]. При цьому в ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 01.06.2000 № 1775 [6] серед видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, будь-яка діяльність протезно-ортопедичних підприємств не перелічена.

Для усунення цієї неузгодженості між нормативно-правовими актами рівної юридичної сили у 2008 р. (10.10.2008), Кабінетом Міністрів України під керівництвом Ю.В. Тимошенко у Верховну Раду України було подано законопроект за реєстраційним № 3287, у пояснювальній записці до якого пропонувалось розширити перелік видів діяльності, які підлягають ліцензуванню, перелічених у Законі України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» пунктом «розробка, виробництво, реалізація, ремонт технічних та інших засобів реабілітації інвалідів та надання послуг з обслуговування зазначених засобів реабілітації». На нашу думку, узгодження законодавчих актів може здійснюватись як у бік одного закону, так і в бік іншого. Кабінетом Міністрів України тоді було прийнято рішення, що узгодження має проводитись саме шляхом додання відсутнього положення в Законі України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», а не шляхом усунення «зайвого» положення в Законі України «Про реабілітацію інвалідів в Україні». В якості додаткового обґрунтування в пояснювальній записці до Законопроекту вказувалось, що його прийняття дозволить проводити ліцензування протезно-ортопедичних послуг з метою підтвердження

відповідності суб'єктів господарювання основним критеріям та гарантіям високої якості їх продукції. До появи вказаного Законопроекту у 2006 р. також пропонувався дещо схожий Законопроект, яким пропонувався внести зміни до ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» щодо виробництва, торгівлі медичною технікою та виробами медичною призначення, внесеній народними депутатами України А.В. Клименко та Л.Г. Сергієнко.

На зауваження внесеному у 2008 р. Кабінетом Міністрів України законопроекту тогочасний Президент України В. Ющенко у своїх Пропозиціях до Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо ліцензування діяльності з розробки, виробництва, реалізації, ремонту технічних та інших засобів реабілітації інвалідів та надання послуг з обслуговування зазначених засобів реабілітації» зазначив, що запропоновані Законопроектом зміни призведуть до надмірного регуляторного впливу держави на відповідні сфери господарської діяльності, спричинять додаткові витрати суб'єктів господарювання на здійснення таких видів господарської діяльності та неминуче матимуть наслідком підвищення вартості засобів реабілітації інвалідів та послуг з обслуговування таких засобів. Зазначалось також, що прийняття Законопроекту призведе до порушення конституційних прав громадян на охорону здоров'я (ст. 49 Конституції України), не відповідає принципам доцільності, адекватності та збалансованості державної регуляторної політики, визначеним Законом України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», зокрема, обґрунтованій необхідності державного регулювання господарських відносин, забезпеченню в регуляторній діяльності балансу інтересів суб'єктів господарювання, громадян та держави [7].

У Висновках на Пропозиції Президента України до Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо ліцензування діяльності з розробки, виробництва, реалізації, ремонту технічних та інших засобів реабілітації інвалідів та надання послуг з обслуговування зазначених засобів реабілітації» Головного науково-експертного управління від 22.06.2009 на заперечення висловленим Президентом пропозицій було вказано, що само по собі ліцензування діяльності з розробки, виробництва, реалізації, ремонту технічних та інших засобів реабілітації інвалідів та надання послуг з обслуговування зазначених засобів реабілітації не суперечить основним принципам державної політики у сфері ліцензування господарської діяльності, визначеному в ст. 3 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», зокрема, принципу використання ліцензування для захисту прав, законних інтересів, життя та здоров'я громадян. Дискусіям піддавалася також і теза про виникнення додаткових витрат суб'єктів господарювання на ліцензування, що

призведе до підвищення вартості засобів реабілітації інвалідів та послуг з обслуговування таких засобів.

Не зважаючи на всі ці дискусії, питання щодо введення у відповідність двох законодавчих актів так і не вирішено на сьогоднішній день. Законопроект було відхилено та знято з розгляду 17.11.2009, Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» і нині не вміщує відповідного виду діяльності серед видів, які підлягають ліцензуванню, а ст. 26 Закону України «Про реабілітацію інвалідів в Україні» й досі закріплює умову про ліцензування. Ліцензування діяльності протезно-ортопедичних підприємств у межах своїх повноважень здійснюють центральні органи виконавчої влади, що реалізують державну політику у сферах трудових відносин, соціального захисту населення, охорони здоров'я, які також формують переліки продукції, яка підлягає сертифікації.

Хочемо зазначити й на деякі позитивні моменти законопроекту, який аналізувався нами. Зокрема в ньому пропонувався замінити слова «протезно-ортопедичні підприємства» в усіх відмінках словами «суб'єкти господарювання, які здійснюють розробку, виробництво, реалізацію, ремонт технічних та інших засобів реабілітації та надають послуги з обслуговування зазначених засобів реабілітації» у відповідному відмінку. Таке узагальнене формулювання є більш вдалим та юридично грамотним, адже «підприємство» в такому формулюванні взагалі не є суб'єктом цивільного права. У теорії цивільного права це поняття поглинається поняттям «юридична особа». Поняття «підприємство» використовує у своїх положеннях Господарський кодекс України, проте й в ньому воно входить до більш об'ємного поняття – «суб'єкт господарювання». Додамо до вказаного, що для можливості розповсюдження на договір з виготовлення, ремонт та сервісне обслуговування протезних виробів норм ЦК України про побутовий підряд, необхідно, щоб виробником протезних виробів визнавався суб'єкт підприємницької діяльності, що, на наш погляд, більш відповідатиме ринковим договірним відносинам. Незалежно від того, хто сплачуватиме за виготовлення чи ремонт протезного виробу, чи то сама фізична особа, чи компенсація вартості цих робіт буде здійснюватись із коштів державного бюджету, для суб'єкта, який бере на себе обов'язок з виконання відповідних робіт, важливим є в кінцевому рахунку отримання прибутку від своєї діяльності.

Отже, загалом у вказаному питанні з самого початку його нормативного врегулювання спостерігалось суттєве звуження кола осіб, яким дозволялось здійснювати такі роботи. Аналіз нормативно-правових актів з цих питань дозволяє зробити висновок про хоча й поступове розширення кола суб'єктів, яким надавалося право виготовлення протезних виробів, але й про одночасне підвищення переліку кваліфікаційних вимог, що встановлюється щодо цих суб'єктів, який сьогодні є

доволі суворим і таким, що не відповідає своїй назві – «кваліфікаційні», тобто такі, що пов'язані лише з кваліфікацією.

Все викладене стосується питань забезпечення протезними виробами лише окремих категорій населення, а саме: інвалідів, дітей-інвалідів, ветеранів військової служби, ветеранів органів внутрішніх справ, ветеранів державної пожежної охорони, жінок після мастектомії та з вродженими вадами молочних залоз, осіб похилого віку, при цьому не всі різновиди протезів є. Питання ж протезування стосуються не лише цих категорій осіб, що особливо помітно у зв'язку з зубопротезуванням, оскільки зачіпає значну частину населення України, які не є інвалідами, але потребують заміників певних частин організму, зокрема зубів, штучними протезними виробами (імплантатами). А тому чітке врегулювання того, хто може бути підрядником, має важливе значення.

Щодо другої сторони в договорах, що аналізуються, зазначимо, що й тут позиція законодавця також не однозначна. По-перше, це стосується назви відповідної сторони. У раніше чинних нормативно-правових актах вказана сторона називалась замовником, але недоліком всіх цих актів було те, що замовниками називались щонайменше дві особи. По-перше, це управління соціального захисту населення (в типовому договорі, що є додатком до Інструкції про порядок забезпечення населення України протезно-ортопедичними виробами, затвердженою Наказом Міністерства соціального захисту населення України від 15.03.1994 р. № 25); управління соціального захисту населення відповідної обласної (міської) державної адміністрації (в типовому договорі, що є додатком до Інструкції про порядок забезпечення населення України протезно-ортопедичними виробами, затвердженою Наказом Міністерства праці та соціальної політики України від 26.05.1998 № 88). Саме вони і укладали договори з виробниками. По-друге, зі змісту вказаних нормативно-правових актів можна виокремити й інших замовників, яких умовно назвемо «безпосередні замовники». Так, замовлення на виготовлення протезно-ортопедичних виробів підприємствами-виготівниками приймалися на підставі замовлень від громадян, які постійно проживали в зоні обслуговування цих підприємств, а також від осіб, які перебували в будинках-інтернатах для престарілих та інвалідів, дитячих будинках-інтернатах, навчальних та лікувально-профілактичних закладах, розміщених у цій зоні (Інструкція 1994 р.); від інвалідів та інших осіб (незалежно від місця одержання пенсії, роботи, служби, навчання в тому числі від тих, які перебували в будинках-інтернатах для громадян похилого віку, інвалідів та дітей, дитячих будинках і школах-інтернатах, у лікувально-профілактичних закладах (Інструкція 1998 р.).

Якщо є замовлення від конкретних осіб, то ким, як не замовниками є такі особи? Тобто, по-друге, вказані

Інструкції визнавали замовниками також перелічених у них фізичних осіб, які потребували протезування. В Інструкції 1994 р. вказані особи йменувалися по-різному: «особи, які потребують протезно-ортопедичних виробів» (напр., п. 5), «інваліди» (напр., п. 4, п. 9, п. 10, п. 11), «нетранспортабельні інваліди» (напр., п. 4, п. 5), «замовники» (напр., п. 6, п. 7, п. 9). У наступній Інструкції 1998 р. такого розмаїття термінів вже не спостерігалось, у ній йшлося про «інвалідів, пенсіонерів і інших громадян України», «інвалідів і інших громадян», «інвалідів і інших осіб», хоча також ці особи називались й замовниками (напр., п. 11, п. 12, п. 14).

За Інструкцією, затвердженою Наказом Міністерства праці і соціальної політики України від 09.03.2000 № 53 замовлення мали подавати інваліди та інші особи (незалежно від місця одержання пенсії, роботи, служби, навчання), які, як і в попередніх Інструкціях, в окремих пунктах йменувалися замовниками. Натомість договори про виготовлення та поставку протезно-ортопедичних виробів та інших засобів реабілітації інвалідів з підприємствами, майстернями всіх форм власності (враховуючи специфіку виробництва) на підставі поданих замовлень та погоджених обсягів робіт укладало об'єднання «Укрпротез». У Типовому договорі на виготовлення та поставку протезно-ортопедичних виробів, затвердженому вказаною Інструкцією, замовником називалось промислове об'єднання «Укрпротез». Вказані Інструкції втратили свою чинність, а ті, які прийшли їм на заміну, вже не вміщують ані типових, ані примірних договорів, їх норми є нормами права соціального забезпечення і регулюють відносини з питань протезування обмеженого кола осіб.

Нині в Порядку друга сторона договору на виготовлення протезних виробів, яка замовляє виготовлення або ремонт протезних виробів не називається вже ніяк. Виходячи із загальних положень про підрядні договори і, зокрема, про договори про побутовий підряд, дана сторона має називатись все ж таки Замовником. До того ж під сферу дії всіх нормативно-правових актів з питань протезування, що належить до права соціального забезпечення, підпадає досить вузьке коло осіб – замовників (соціально незахищені верстви населення, протезування яких здійснюється за рахунок коштів державного бюджету) [8, с. 56].

Таким чином, щодо усіх інших фізичних осіб, які потребують протезування або імплантування, мають застосовуватись положення цивільного законодавства як в частині вибору підрядника, так і в частині того, хто може бути замовником.

Щодо договорів про сервісне обслуговування, додамо, що, відповідно до Типового положення про сервісний центр із забезпечення інвалідів технічними та іншими засобами реабілітації та технічного обслуговування цих засобів, затвердженого Наказом Мінсоцполітики України від 19.05.2011 № 186, з метою

ефективного індивідуального підходу щодо забезпечення інвалідів технічними та іншими засобами реабілітації і технічного обслуговування цих засобів, передбачається створення відповідних сервісних центрів, який є структурним або відокремленим підрозділом державного, казенного експериментального протезно-ортопедичного підприємства, що підпорядковується Міністерству соціальної політики України та входить до складу ПО «Укрпротез». Створення, ліквідація та реорганізація сервісного центру здійснюється за рішенням керівника підприємства за погодженням Міністерства соціальної політики.

У цих центрах можливим є отримання консультації щодо забезпечення технічними засобами реабілітації, вибору їхньої моделі, щодо правил користування ними, а також післягарантійного обслуговування цих засобів. У переліку видів діяльності, якими можуть займатись вказані сервісні центри, бачимо поєднання як робіт, так і послуг. Натомість для здійснення діяльності, пов'язаної із сервісним обслуговуванням технічних засобів реабілітації, необхідним є укладення низки договорів між підприємством, на базі якого знаходиться сервісний центр, та підприємствами-виробниками технічних засобів реабілітації, і до того ж ці договори обов'язково мають погоджуватись із ПО «Укрпротез». Такий стан речей, на нашу думку, не сприяє збільшенню кількості потенційних сервісних центрів. До того ж сам порядок звернення до вказаних сервісних центрів, на наш погляд, є дещо ускладненим, адже розрахований саме на забезпечення сервісного обслуговування технічних засобів реабілітації тих категорій населення, на соціальне забезпечення яких спрямована державна політика щодо захисту соціально незахищених верств населення.

Виходячи зі змісту вказаного Типового положення, замовником (хоча він так і не називається) є інвалід та/або законний представник інваліда. При цьому замовлення в нього приймається лише після надання останнім направлення органу праці та соціального захисту населення районної, у містах Києві та Севастополі – державної адміністрації, виконавчого комітету міської, районної в місті ради за місцем реєстрації їхнього проживання на забезпечення технічним засобом реабілітації за індивідуальним замовленням. Також йдеться про можливість здійснення гарантійного ремонту, але для цього, знов ж таки, необхідним є наявність належним чином оформлених договірних відносин між підприємством-виробником та підприємством, на базі якого знаходиться сервісний центр.

Сервісний центр виконує роботи невисокої складності з технічного обслуговування технічних засобів реабілітації на базі підприємства, у приміщенні якого він знаходиться, відповідно до укладеного договору або з виїздом до місця проживання інваліда. Виконання робіт з технічного обслуговування технічних

засобів реабілітації в період гарантійного строку та постачання деталей і комплектуючих до сервісного центру здійснюються на підставі укладеного договору між підприємством, на базі якого знаходиться сервісний центр, та підприємством-виробником за погодженням з ПО «Укрпротез».

У випадках необхідності здійснення технічного обслуговування підвищеної складності в період гарантійного строку сервісний центр сам не може звертатись до підприємства-виробника, адже в Типовому положенні закріплено, що таке звернення має бути від підприємства, на базі якого знаходиться сервісний центр. Післягарантійне технічне обслуговування ТЗР забезпечується сервісним центром.

Тобто, сервісний центр не є самостійний суб'єктом, і майже кожен крок має погоджувати із підприємством, яке, у свою чергу, погоджує більшість питань із ПО «Укрпротез».

**Висновки.** Так склалося, що у свідомості більшості частини населення відносини з протезування найчастіше пов'язуються із поняттям «інвалідність». Звичайно, саме інваліди, діти-інваліди найчастіше потребують допомоги з боку держави та його населення у вигляді протезування. Саме через обмеженість функцій в інвалідів, вони найчастіше не можуть самі забезпечувати собі нормальний рівень життєдіяльності, гідний рівень життя, а тому держава, піклуючись про найменш захищені верстви свого населення, бере на себе зобов'язання з соціального забезпечення цих осіб, у тому числі протезними виробами та послугами з протезування. Розробка нових, виробництво розроблених видів протезних виробів потребує значних фінансових ресурсів, джерелом яких є державний бюджет України. Враховуючи, що основними наповнювачами цього бюджету є громадяни України, держава усвідомлює необхідність використовувати кошти державного бюджету найбільш ефективно та найменш витратне. Мабуть цим пояснюється надмірне «перестраховування» держави щодо надання права на виготовлення та сервісне обслуговування протезних виробів тим чи іншим суб'єктам. Саме цим пояснюється й «кидання» в різні крайнощі, маніакальна потреба врегулювати якомога детальніше, чим створюються значні труднощі для суб'єктів, готових взяти на себе функції з виготовлення та сервісного обслуговування протезних виробів, проте їх відлякують надмірні нормативні вимоги. Надмірна зарегульованість створює передумови для вироблення корупційних схем допуску на ринок з виготовлення протезних виробів обмеженого кола суб'єктів, і, навіть, монополізації ринку. Для розвитку нормальних ринкових договірних відносин слід навпаки зменшувати тиск з боку держави на суб'єктів договірних відносин та розширення можливостей допуску на ринок різних суб'єктів господарювання, що надасть можливість конкуренції і вільного вибору підрядника.

Недоліками законодавчого врегулювання цих питань є представлення нормативно-правових актів з цих питань лише тими, що входять до сфери дії права соціального забезпечення, що значно звужує коло потенційних підрядників за цими договорами. Також попри неодноразові спроби впорядкування дії двох законодавчих актів однакової юридичної сили, досі суперечливою залишається норма Закону України «Про реабілітацію інвалідів в Україні», яка передбачає ліцензування відповідної діяльності, та відсутність відповідної норми в Законі України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності». Попередні спроби врегулювання були акцентовані на спробі «дати» відповідну норму в Законі України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», тоді як з метою надання можливості допуску потенційних підрядників, на наш погляд, слід вилучити норму про ліцензування діяльності протезно-ортопедичні підприємства із Закону України «Про реабілітацію інвалідів в Україні» (ч. 16 ст. 26). Дані висновки є попередніми, вони визначають напрямки шляхів подальшого дослідження та розв'язання проблеми.

#### Список використаних джерел

1. Питання найменування виробника (підрядника) в договорі на виготовлення протезних виробів : матеріали міжнарод. наук.-практич. конф. «Юридичні науки: історія, сучасний стан та перспективи досліджень», (Київ, 13–14 червня 2014 р.) / К. : Центр правових наукових досліджень, 2014. – 144 с. – С. 43–45.
2. Про затвердження Порядку забезпечення технічними та іншими засобами реабілітації інвалідів, дітей-інвалідів та інших окремих категорій населення, переліку таких засобів :

Постанова від 05.04.2012 № 321 / Кабінет Міністрів України // Офіційний вісник України від 28.04.2012. – 2012 р. – № 31. – 163 с. – Ст. 1146.

3. Про затвердження Положення про Експертну комісію Мінсоцполітики України щодо встановлення відповідності кваліфікаційним вимогам підприємств-кандидатів усіх форм власності на виготовлення, поставку, ремонт та технічне обслуговування технічних та інших засобів реабілітації, порядок її роботи : Наказ від 18.04.2012 № 215 / Мінсоцполітики України // Офіційний вісник України від 06.07.2012. – 2012 р. – № 49. – 163 с. – Ст. 1933.

4. Про виділення коштів на протезування : Постанова від 06.10.1995 № 788 ; Кабінет Міністрів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/788-95-%D0%BF>.

5. Про реабілітацію інвалідів в Україні: Закон України від 06.10.2005 № 2961-IV / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 2–3. – Ст. 36.

6. Про ліцензування певних видів господарської діяльності: Закон від 01.06.2000 № 1775-III (із змінами) / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 36. – Ст. 299.

7. Офіційний портал Верховної Ради України. Пропозиції Президента до Закону «Про внесення змін до деяких законів України щодо ліцензування діяльності з розробки, виробництва, реалізації, ремонту технічних та інших засобів реабілітації інвалідів та надання послуг з обслуговування зазначених засобів реабілітації» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_2?pf3516=3287&skl=7](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=3287&skl=7).

8. Замовник у договорі на виготовлення протезних виробів: проблемні питання законодавчого врегулювання : матеріали міжнарод. наук.-практич. конф. «Правова держава: напрямки та тенденції її розбудови в Україні», (Одеса, 13–14 червня 2014 р.) / Одеса : ГО «Причорноморська фундація права», 2014. – 140 с. – С. 54–56.

## ЗМІСТ ДОГОВОРУ ПОСТАЧАННЯ ТЕПЛОВОЇ ЕНЕРГІЇ ПОБУТОВОМУ СПОЖИВАЧУ

**Марина ТОПОРКОВА,**  
кандидат юридичних наук,  
Харківський торговельно-економічний інститут  
Київського національного торговельно-економічного університету

### SUMMARY

In this paper the conditions relating to the essential terms of the contract supplying heat to residential consumers, such as the condition of the subject and the quality of heat are defined, and if the property heating systems and equipment essential condition is the condition to ensure the maintenance and security of network pipes. The paper states that to resolve the quality control of heat energy required is to develop and adopt standard quality thermal energy, and the condition of the heating period of the agreement is not essential for these species.

**Key words:** essential terms, contract of supply of thermal energy, quality, content of the contract, conclusion of the contract.

### АНОТАЦІЯ

У статті визначаються умови, що відносяться до істотних умов договору постачання теплової енергії побутовому споживачу, а саме умова про предмет та якість теплової енергії, а за наявності у власності теплових мереж і устаткування істотною умовою є умова щодо забезпечення утримання й безпеки теплових мереж. У роботі зазначається, що для врегулювання контролю якості теплової енергії необхідно розробити й затвердити стандарт якості теплової енергії, а умова про термін дії договору теплостачання не є для таких видів істотною.

**Ключові слова:** істотні умови, договір постачання теплової енергії, якість, зміст договору, укладення договору.

**Постановка проблеми.** У сучасному правовому полі України все більш нагальним завданням для юристів стає визначення з досить чіткими орієнтирами, відповідно до яких слід конструювати зміст конкретних договорів того чи іншого виду.

**Мета та завдання статті** – визначити істотні умови, що складають зміст договору постачання теплової енергії побутовому споживачу та охарактеризувати їх відповідно до цього виду договору та нормативно-правових актів.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до ст. 628 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов’язковими відповідно до актів цивільного законодавства [1]. За своїм юридичним значенням умови договору поділяються на істотні, звичайні й випадкові. Істотними умовами договору визнаються умови, які необхідні й достатні для укладення договору. Договір вважається неукладеним до тих пір, поки залишається неузгодженою хоча б одна з його істотних умов.

Звичайні умови договору не потребують погодження сторін, оскільки передбачені законодавством і вступають в силу автоматично під час укладення договору. Договір зі звичайними умовами виражається в самому факті укладення договору певного виду. Крім того, якщо сторони не бажають укласти договір на звичайних умовах, вони можуть включити в зміст договору пун-

кти, що скасовують або змінюють звичайні умови, якщо вони визначені диспозитивною нормою.

Випадкові умови договору – це умови, що змінюють або доповнюють його звичайні умови. Випадкові умови включаються в текст договору на розсуд сторін. На відміну від звичайних умов, вони набувають юридичної сили лише після включення їх у текст договору. На відміну від істотних умов договору, їх відсутність не впливає на дійсність договору, якщо тільки зацікавлена сторона не доведе, що вона вимагала узгодження цієї умови.

Враховуючи те, що постачання теплової енергії споживачам здійснюється із застосуванням різних видів договорів, слід підкреслити, що єдиної судової практики з питання про кваліфікацію таких договорів немає. В одних випадках такі договори розглядаються як непоіменовані (непередбачені цивільним законодавством), а в інших – як договори поставки.

Оскільки договір постачання тепловою енергією в ЦК України не закріплений, його можна віднести до непоіменованих договорів. Водночас, зважаючи на положення п. 2 ст. 714 ЦК, законодавство відносить цей договір до групи договорів, які опосередковують передачу майнових прав. Такий стан справ пояснюється тим, що згідно зі ст. 714 ЦК цей договір відповідає основним ознакам договору купівлі-продажу, поставки. Так, за договором постачання енергетичними й іншими ресурсами через приєднану мережу одна сторона (постачальник)

зобов'язується надавати іншій стороні (споживачеві, абонентові) енергетичні й інші ресурси, передбачені договором, а споживач (абонент) зобов'язується оплачувати вартість прийнятих ресурсів і дотримуватися передбаченого договором режиму їх використання, а також забезпечити безпечну експлуатацію енергетичного та іншого обладнання.

На сьогоднішній аналіз істотних умов договору постачання теплової енергії ускладнений тим, що, незважаючи на наявність Закону України «Про теплопостачання» [2], цей спеціальний нормативний акт питанню формування договору теплопостачання не присвячує жодного положення. Крім того, проблему формування істотних умов договору посилюють не зовсім узгоджені положення ЦК України та Господарського кодексу України [3], а також неузгодженість цих положень із нормами пізніше прийнятих законодавчих і підзаконних актів.

Примітним є той факт, що зазначені норми ЦК України та Господарського кодексу України вказують на визначеність істотних умов саме законом. При цьому п. 2 ч. 2 ст. 4 ЦК України цілком однозначно вказує, що під законом в цьому разі розуміється лише нормативно-правовий акт із юридичною силою закону України. Аналогічний висновок можна зробити також зі ст. 7 Господарського кодексу України, яка досить різко відмежовує закони України від інших нормативно-правових актів, що регулюють відносини у сфері господарювання.

З аналізу ст. 638 ЦК України слід зробити висновок, що ЦК до істотних умов відносить лише умову про предмет, усі інші повинні бути визначені законом. Таким чином, ті чи інші види договірних умов можуть визначатися лише законами України та актами рівної їм (або вищої) юридичної сили.

У юридичній літературі існує кілька думок із приводу істотних умов договору теплопостачання. Так, Є. О. Суханов до істотних умов відносить «умову про предмет договору, кількість, якість енергії, ціну, строк дії договору, режим споживання» [4]. Іншу позицію із цього питання висловлює В. В. Вітрянський, який до істотних умов договору теплопостачання відносить, крім предмета договору, ще й «кількість і якість енергії, режим споживання, ціну, а також умови щодо забезпечення утримання та безпеки експлуатації мереж, приладів і обладнання» [5]. Господарський кодекс України до істотних умов будь-якого цивільно-правового договору відносить умову про предмет договору.

До цього часу в науці немає єдиного пояснення суті відносин з енергопостачання. Водночас способи захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів учасників договірних відносин і їх зміст зумовлені специфікою, зокрема, предмета договору енергопостачання. Суперечка про предмет договору як істотну умову будь-якого договору донині розділяє авторів на дві групи. Одні під предметом договору розуміють дії продавця з передачі

товару у власність покупця й, відповідно, дії покупця щодо прийняття цього товару та щодо сплати за нього встановленої ціни [4]. Інші дотримуються думки, що предметом договору поставки є характеристика товару (його найменування та кількість), що підлягає передачі покупцю товару [6].

На сьогоднішній в юридичній літературі домінує позиція О. С. Іоффе, який розуміє зміст предмета договору як зміст обох вищевказаних думок. Так, учений зазначає, що «можна говорити про матеріальні об'єкти договору купівлі-продажу, під якими розуміються майно, яке продається та за яке сплачується грошова сума, а також його юридичні об'єкти – дії сторін із передачі майна та сплати грошей, а також вольові об'єкти – індивідуальну волю продавця й покупця в межах, у яких вона підпорядкована регулюючому їхні відносини законодавству» [7].

Відповідно до цього О. М. Шафір вважає, що «предмет договору енергопостачання становлять як дії (наприклад, діяльність енергопостачальної організації з передачі енергії споживачу), так і об'єкт цих дій – енергія» [8]. М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський так само вважають, що предмет договору енергопостачання в цілому включає в себе два об'єкти: дії сторін із подачі енергії через приєднану мережу на енергоприймаючий пристрій абонента, прийняття енергії та оплату за неї, а також власне енергію як специфічний товар, суть якого становить властивість енергії виконувати певну роботу [9].

З аналізу ст. 714 ЦК України постає, що специфічність предмета договору теплопостачання відрізняється від предмета зобов'язання тим, що:

- передача товару побутовому споживачеві (абонентові) здійснюється шляхом подачі енергії через приєднану мережу на його енергоустановку;
- у зв'язку зі специфічністю товару та теплової енергії на абонента покладаються додаткові обов'язки щодо забезпечення технічної справності теплових мереж, які знаходяться в його віданні, і використовуваних ним приладів і обладнання.
- правове регулювання договору теплопостачання через приєднану мережу не вичерпується нормами, що містяться в ЦК України, навпаки, детальне регулювання цих правовідносин забезпечується спеціальними законами, а також іншими нормативно-правовими актами про енергопостачання.

Закон України «Про теплопостачання» закріплює в ст. 1 теплову енергію як товарну продукцію, яка виробляється на об'єктах сфери теплопостачання для опалення, підігріву питної води, інших господарських і технологічних потреб споживачів й призначена для купівлі-продажу. Закон України «Про житлово-комунальні послуги» визначає теплопостачання як комунальну послугу [10].

Так, відповідно до п. 1 ст. 13 Закону України «Про житлово-комунальні послуги» залежно від

функціонального призначення житлово-комунальні послуги поділяються на комунальні послуги, централізоване постачання холодної та гарячої води, водовідведення, газо- та електропостачання, централізоване опалення. У зв'язку із цим на сьогодні чимало дискусій викликають питання про те, що ж таке теплова енергія для споживача – товар чи послуга – і коли тепло як товар трансформується в послугу.

У більшості випадків фахівці дійшли згоди, що теплова енергія – це особливий вид товару. На практиці ж реалізувати такий підхід у договірних відносинах, особливо в житлово-комунальному секторі, виявилось неможливим. Насамперед це сталося через відсутність правових норм і невизначеність цивільно-правових відносин між мешканцями багатоквартирних будинків і теплопостачальних організацій, що виникають за договором теплопостачання.

Теплова енергія передається споживачеві за допомогою теплоносіїв (гарячої води або пари), у зв'язку із чим температура теплоносія, його тиск можуть бути виміряні. У цьому випадку температура теплоносія й тиск є його характеристиками, які встановлені відповідно до ГОСТ, а отже, відносяться до звичайних умов і не потребують узгодження. На практиці температура теплоносія за договором теплопостачання, згідно з тими ж законами України «Про теплопостачання», «Про житлово-комунальні послуги», встановлюються органами місцевого самоврядування залежно від зовнішньої температури повітря. Такий підхід, на наш погляд, вимагає узгодження, тому що істотно впливає на визначення моменту порушення умов дотримання температурного режиму постачання теплової енергії постачальником (виконавцем) споживачам-громадянином.

Товари та послуги на енергетичному ринку взаємопов'язані. «Синтез речі та послуги в енергетиці відбувається в процесі реалізації, тобто поставки енергії до кінцевого споживача. Саме тому відбувається змішання понять товару й послуги на енергетичних ринках. Для споживача не має значення роздільне ціноутворення на енергію (товар) і послугу (доставку). Важливе значення має тільки вартість кінцевого результату, який був отриманий за допомогою одночасного споживання енергії та послуги. Прикладом такого кінцевого результату може бути теплопостачання (опалення)» [11].

О. С. Іоффе зазначав, що «якщо дії, які повинні бути здійснені одним учасником зобов'язання на користь іншого, пов'язані з передачею будь-якого майна, то загальним поняттям предмета виконання охоплюється й це майно» [7]. Дії, що здійснюються сторонами зобов'язання на користь контрагента, розглядалися ним як юридичні об'єкти, а майно – як матеріальний об'єкт.

Специфіка постачання тепловою енергією, так само, як і іншими видами енергії, полягає в нерозривному зв'язку процесу її виробництва й передачі

(поставці) споживачеві для споживання. Це свідчить про те, що предмет договору теплопостачання включає в себе не тільки теплову енергію як товар, а й дії, які здійснюються постачальником (виконавцем) з передачі теплової енергії.

З метою забезпечення збалансованості між виробленням і споживанням теплової енергії в договорах теплопостачання значну роль відіграє визначення кількості теплової енергії, що поставляється (споживається) абонентам. Обсяг виробленої й споживаної теплової енергії залежить від того, для яких цілей використовується теплова енергія й хто є споживачем теплової енергії. Так, кількість енергії, що поставляється (споживається) споживачам, які використовують її для здійснення підприємницької діяльності, відповідно до законів України «Про теплопостачання», «Про житлово-комунальні послуги», узгоджуються в договорі. Якщо споживачем теплової енергії є фізична особа – побутовий споживач, яка використовує теплову енергію лише для потреб опалення приміщень, непов'язаних із підприємницькою діяльністю, вона має право використовувати енергію в необхідній їй кількості.

З урахуванням того, що теплова енергія характеризується температурою й тиском, які суттєво впливають на тепловіддачу теплоносія, у договорі теплопостачання необхідно юридично зафіксувати, що ж купується споживачем в системі централізованого теплопостачання. При цьому споживач (у тому числі й побутовий) повинен мати можливість проконтролювати ці показники. У зв'язку із цим для визначення якісних характеристик теплоносія необхідно мати спеціальні вимірювальні прилади, які дають можливість виміряти температуру, тиск. Це легко вимірюється в будь-якому трубопроводі, що подає теплоносій до теплос'ємних пристроїв побутового споживача. У реальних умовах експлуатації систем центрального теплопостачання в Україні побутовий споживач позбавлений права контролю якості теплоносія, зважаючи на відсутність у теплових вузлах багатоквартирних будинків вимірювальних приладів. Це, на наш погляд, позбавляє можливості побутового споживача – фізичну особу визначити, чи належно виконує взяті на себе зобов'язання за договором теплопостачання теплопостачальна організація. А отже, побутовий споживач – фізична особа в цьому разі позбавляється права захисту порушених його прав.

Так, під час формування умов договору постачання теплової енергії не обговорюється як умова договору питання контролю характеристик теплоносія. Такий стан речей пояснюється передусім тим, що саме законодавство, маючи низку спірних положень, дає таку можливість постачальнику теплової енергії. Крім того, це ще пов'язано з особливостями роботи системи централізованого теплопостачання в Україні. На думку постачальників теплової енергії, зниження якісних характеристик, що призводить до недопос

чання теплової енергії зумовлено насамперед високим ступенем зносу теплових мереж, відсутністю приладів обліку, подорожчанням паливно-енергетичних ресурсів, відсутністю коштів на модернізацію устаткування теплових джерел і систем транспортування теплоти, а також низькою якістю чинного законодавства.

Зниження температури теплоносія та його тиску призводить до недопостачання тепла, що спричиняє порушення температурного режиму опалюваних житлових приміщень, а значить, до порушення якісних характеристик, хоча кожен вид продукції має свої якісні показники. Відповідно до ст. 673 ЦК України продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, якість якого відповідає договору. За відсутності в договорі умов щодо якості товару продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, придатний для цілей, для яких товар такого роду зазвичай використовується.

Згідно зі ст. 678 ЦК України покупець, якому переданий товар неналежної якості, має право, незалежно від можливості використання товару за призначенням, вимагати від продавця за своїм вибором зменшення ціни; а в разі істотного порушення вимог до якості товару – відмовитися від договору й вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми. Таким чином, у випадках порушення теплопостачальною організацією вимог, що висуваються до якості енергії, абонент має право вимагати зниження оплати за отриману енергію, а в разі істотного порушення вимог до якості товару – розірвати договір. Щодо відповідальності теплопостачальної організації в разі подання неякісної теплової енергії існують різні погляди. Так, Н. І. Клейн стверджує, що під час порушення енергопостачальною організацією вимог до якості абонент має право відмовитися від оплати такої енергії або вимагати відповідного зменшення ціни [12]. В. В. Вітряньський не допускає можливості вимагати зниження оплати й наполягає на тому, що абонент має право відмовитися від оплати такої енергії [5].

Відповідно до ст. 678 ЦК України покупець, якому переданий товар неналежної якості, має право вимагати від продавця за своїм вибором пропорційного зменшення ціни, безоплатного усунення недоліків товару в допустимий строк, відшкодування своїх витрат на усунення товару. А в разі істотного порушення вимог, що висуваються до якості товару, відмовитися від товару й вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми, а також заміну неякісного товару на якісний. Як видно з положення ст. 678 ЦК України, законом допускається як вимагати пропорційного зменшення ціни за неякісну теплову енергію, так і відмовитися від оплати й вимагати повернення сплаченої суми. Однак з огляду на властивості теплової енергії, а саме нерозривність процесу виробництва та споживання, не можна уявити усунення недоліків неякісної теплової енергії, так само як і заміну теплової енергії на теплову енергію, яка відповідає договірним умовам. Крім того, слід зазначи-

ти, що законами України «Про теплопостачання», «Про житлово-комунальні послуги» закріплена можливість застосування до відносин постачання теплової енергії норм про правомочність покупця в разі отримання ним товару неналежної якості відмовитися від оплати, тоді як у цьому разі, відповідно до чинного законодавства, споживач теплової енергії має право вимагати лише здійснення перерахунку вартості за період поставки неякісної теплової енергії.

Теплова енергія, що надається споживачу, за якістю повинна відповідати вимогам, установленим державними стандартами та іншими обов'язковими правилами або умовами, передбаченими договором теплопостачання, та забезпечувати придатність до споживання.

Якість теплової енергії характеризується температурою й тиском води як теплоносія й тиском пари. З точки зору споживачів, якісною енергією вважається енергія, яку споживач отримує з теплоносієм, температура якого строго відповідає графіку центрального якісного регулювання, але не нижче встановленої нормами. В іншому випадку споживач, який не має засобів автоматичного регулювання, змушений отримувати й оплачувати за зайве тепло, а під час різкого похолодання – недоотримувати теплову енергію. Для мешканців важливим є наявність тепла, що забезпечує комфортне проживання в квартирі. Система теплопостачання багатоквартирного будинку може працювати дуже справно, але через незбалансованість графіка постачання теплової енергії у відношенні до зовнішньої температури повітря в квартирах може бути або дуже холодно, або дуже тепло. Тож навряд чи може бути визнана гарною робота системи опалення, якщо в квартирах тепло, але це забезпечується за рахунок надлишкового споживання теплової енергії.

У зв'язку із цим для теплопостачальної організації більш прийнятними умовами подачі теплової енергії як товару є підтримка мінімально необхідного, а не жорстко фіксованого рівня температури теплоносія, як це було встановлено в СРСР. За такого постачання теплової енергії споживач сам здійснює відбір необхідної кількості теплової енергії в будь-який період часу, регулюючи її споживання шляхом зміни витрати теплоносія (режим кількісно-якісного регулювання).

Під час падіння температури теплоносія в процесі транспортування в системі централізованого теплопостачання компенсація якості здійснюється побутовими споживачами шляхом підігріву приміщень за допомогою електроенергії, що призводить до перерозподілу витрат на теплопостачання між теплопостачальними організаціями та споживачами.

Теплопостачальні організації, подаючи теплову енергію низької якості, надають до оплати побутовим споживачам рахунки за відпущену теплову енергію без урахування зниженої якості. Такому стану справ сприяє практика диктату постачальника-монополіста під час

укладання договорів: умови, що стосуються якості постачання теплової енергії, зазвичай не включаються в договори. Тому конфлікт інтересів теплопостачальної організації й безлічі споживачів щодо того, які параметри теплоносія необхідно підтримувати на комерційних перерізах, повинен вирішуватися під час підготовки й укладання договорів теплопостачання. Для того, щоб виключити надалі конфлікти між постачальниками й споживачами під час формування умов договору теплопостачання з питань визначення якості теплової енергії, необхідно внести зміни в Закон України «Про теплопостачання», установивши національний стандарт якості теплової енергії. Це сприятиме підвищенню ефективності постачання споживачам теплової енергії, застосуванню як споживачами, так і постачальними організаціями теплотзберігаючих технологій.

Під час поставок теплової енергії теплопостачальна організація, відповідно до Закону України «Про теплопостачання» та положень Правил надання послуг централізованого опалення, постачання холодної, гарячої води і водовідведення [13], повинна забезпечити дотримання параметрів температури й тиску теплоносія умовам укладеного договору. У разі порушення теплопостачальною організацією вимог, що висуваються до якості теплової енергії, споживач (абонент) має право вимагати здійснення перерахунку вартості енергії або взагалі відмовитися від оплати неякісної енергії (ст. 678 ЦК України). Однак з огляду на стан справ у частині обладнання теплових вузлів вимірювальними приладами й приладами обліку енергії перевірити якість теплової енергії, яка постачається, на відповідність нормам майже неможливо.

Споживачі, які мешкають у багатоквартирних будинках, визначити якість теплової енергії практично не можуть, а температура в приміщенні не буде відображати якість теплової енергії з огляду на те, що підігрів приміщення відбувається додатково від усіх електроприладів, наявних у приміщенні. Отже, довести факт зниження температури теплоносія не видається можливим, відповідно, доводиться сплачувати за неякісну або недоотриману теплову енергію. З подібними ситуаціями споживачам доводиться стикатися практично кожен опалювальний сезон. Це насамперед пов'язано з тим, що відсутні належні заходи впливу на теплопостачальні організації: вони практично залишаються безкарними за порушення температурного режиму постачання теплової енергії. Наслідком цього є недотримання нормативної температури теплоносія й дуже низький відсоток плати населення за спожиту теплову енергію, яке виправдовується небажанням платити за неякісний товар.

Теоретично мешканець може звернутися до суду з позовом до теплопостачальної організації з приводу якості теплової енергії, але суд на стадії порушення справи відмовить, бо відсутня доказова база факту по-

рушення прав споживача. Вихід із ситуації – обладнання помешкання поквартирними приладами обліку теплової енергії, які налаштовані таким чином, що відраховують теплову енергію, якщо вона має мінімальну температуру, установлену БНіП – 40 градусів, чого не завжди дотримуються теплопостачальні організації. Під час установки таких приладів обліку мешканець буде оплачувати тільки за спожиту енергію з урахуванням того, що вона буде відповідати мінімально встановленим вимогам щодо якості. У зв'язку із цим установка комерційних приладів обліку теплової енергії в кожній квартирі не схвалюється теплопостачальною організацією, бо вироблену теплову енергію вони ділять між споживачами, включаючи свої втрати під час виробництва та транспортування теплової енергії. Тобто споживач, у тому числі й побутовий, оплачує не тільки невідповідний якісним характеристикам товар (теплову енергію), а й витрати під час виробництва та транспортування теплової енергії. Під час встановлення поквартирних приладів обліку теплової енергії споживачі оплачують тільки спожиту теплову енергію на підставі показань лічильників, що не вигідно теплопостачальній організації, оскільки сума показань усіх поквартирних приладів обліку нижча за показник приладу обліку виробленої теплової енергії у виробника. У результаті постає питання про те, на кого покласти всі витрати та втрати. Сказане дозволяє стверджувати, що встановлення приладів обліку теплової енергії вплине на якісні характеристики теплоносія. У зв'язку із цим бачиться необхідним законодавче врегулювання питання встановлення приладів обліку теплової енергії.

Виходячи з положень ст. 714 ЦК України, істотною умовою для договору постачання тепловою енергією є режим споживання енергії. Режим – це дотримання певного порядку споживання теплової енергії, згідно зі встановленим графіком за годинами, змінами, днями, тижнями і т. д. Дотримання передбаченого договором режиму споживання енергії, відповідно до Закону України «Про теплопостачання» ст. 714 ЦК України, є прямим обов'язком споживача (абонента). Крім того, обов'язком абонента є також дотримання передбачених для нього добових і місячних графіків споживання енергії, узгоджених у договорі теплопостачальною організацією й споживачем (абонентом). Для споживача (абонента) – фізичної особи, яка використовує теплову енергію для побутових потреб, режим споживання не встановлюється. Враховуючи публічність цих відносин, споживач (абонент) – фізична особа споживає теплову енергію в тій кількості, яка йому необхідна відповідно до показань приладів обліку.

З метою забезпечення підтримки необхідного температурного режиму в житлових приміщеннях постачання теплової енергії має здійснюватися безперервно й безперебійно (ст. 16 Закону України «Про житлово-комунальні послуги»). Проте договором може бути

передбачена умова про перерви, припинення або обмеження подачі енергії, за винятком випадків, передбачених Законом України «Про теплопостачання», у разі необхідності усунення або запобігання аварій. Тобто теплопостачальна організація й споживач (абонент) можуть передбачити договором додатково події, за яких можливе зменшення подачі теплової енергії. З врахуванням того, що законами України «Про теплопостачання», «Про житлово-комунальні послуги» постачання теплової енергії до житлових приміщень населення повинно здійснюватися безперервно, такі події можуть бути передбачені договором тільки відносно юридичних осіб, суб'єктів господарювання. У договорі мають бути узгоджені умови щодо максимального терміну припинення подачі теплової енергії побутовим споживачам у разі ремонту теплових мереж під час ремонту аварійних теплопроводів.

Враховуючи той факт, що споживання теплової енергії залежить від цілей використання (виробничі потреби чи інші, не пов'язані з виробництвом), тривалості її використання (тривалість опалювального сезону), зовнішньої температури повітря, можна зробити такі висновки:

- режим споживання теплової енергії є істотною умовою договору поставки теплової енергії, але за умови її споживання для комерційних цілей або іншої господарської мети;

- для керівників організацій (споживач (абонент)), які здійснюють подачу теплової енергії субспоживачу (субабоненту), використовуючи власні внутрішньобудинкові теплові мережі, і які перебувають у договірних відносинах із газопостачальною організацією, режим споживання теплової енергії не є істотною умовою договору;

- для побутового споживача (абонента) – фізичної особи, яка споживає теплову енергію для задоволення власних потреб, не пов'язаних із комерційною або іншою виробничою діяльністю, режим споживання теплової енергії також не є істотною умовою договору.

Крім того, до істотних умов договору, відповідно до Закону України «Про житлово-комунальні послуги» (ст. 26), на думку В. А. Малафєєва, належить умова про ціну й порядок розрахунків за договором енергопостачання [14].

Враховуючи той факт, що постачання споживачів тепловою енергією здійснюється організаціями, які є представником природних монополій, Закон України «Про теплопостачання» (ст. 20) встановлює, що тарифи на теплову енергію, реалізація якої здійснюється суб'єктами господарювання, що займають монополієне становище на ринку, є регульованими. Тариф на теплову енергію для споживача (у тому числі й для побутового споживача) визначається як сума тарифів на виробництво, транспортування та постачання теплової енергії. Регулювання тарифів на теплову енергію, вироблену теплоелектроцентралями, іншими теплогенеруючими організаціями

з комбінованим виробництвом електричної й теплової енергії, здійснюється Національною комісією регулювання електроенергетики України з урахуванням того, що ціни на теплову енергію від теплоелектроцентралей, установок із комбінованим виробництвом електричної та теплової енергії не повинні перевищувати ціни на теплову енергію від інших теплогенеруючих об'єктів на відповідній території. З положення ст. 20 Закону України «Про теплопостачання» постає, що під час поставок побутовому споживачеві – фізичній особі теплової енергії застосовуються державні фіксовані, регульовані ціни.

Основним нормативно-правовим актом у сфері регулювання цін і ціноутворення в Україні є Закон України «Про ціни і ціноутворення» [15]. Відповідно до ст. 2 цього закону його дія поширюється на всі підприємства, установи, організації, незалежно від форм власності, підпорядкованості й методів організації праці та виробництва.

Відповідно до ст. 9 Закону України «Про ціни і ціноутворення» державні фіксовані та регульовані ціни й тарифи встановлюються на ресурси, які визначально впливають на загальний рівень і динаміку цін, на товари та послуги, що мають вирішальне соціальне значення, а також на продукцію, товари й послуги, виробництво яких зосереджене на підприємствах, що займають монополієне (домінуюче) становище на ринку.

Ціни й тарифи на житлово-комунальні послуги (у тому числі на електроенергію й газ для комунально-побутових потреб населення України), послуги громадського транспорту та зв'язку встановлюються Кабінетом Міністрів України за погодженням із Верховною Радою України.

Зі сказаного очевидно є суперечливість норм законів України «Про теплопостачання», «Про ціни і ціноутворення», «Про житлово-комунальні послуги». Так, нормами Закону України «Про теплопостачання» передбачено, що регулювання цін і тарифів на теплову енергію здійснюється Національною комісією з регулювання електроенергетики України, тоді як Закон України «Про ціни і ціноутворення» ст. 20 прямо вказує, що ціни й тарифи на житлово-комунальні послуги встановлюються Кабінетом Міністрів України за погодженням із Верховною Радою України. Поряд із цим положення п. 1 ст. 13 Закону України «Про житлово-комунальні послуги» зараховує постачання теплової енергії до житлово-комунальних послуг і вказує, що ціни й тарифи на теплову енергію як вид комунальних послуг затверджуються спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади. Таким чином, суперечливість норм законів дає можливість постачальникам теплової енергії під час формування цін і тарифів на теплову енергію затверджувати їх тим органом державної влади, який вигідніший їм.

Розрахунок тарифів на теплову енергію для споживачів, що здійснюється постачальниками теплової

енергії та теплогенеруючими компаніями, ґрунтується на повному поверненні теплоносіїв у теплову мережу або до джерела тепла. У разі часткового неповернення теплоносіїв (вода, пара) споживач (абонент), крім оплати вартості теплової енергії, що містилася в неповернутому теплоносії, відшкодовує фактичні витрати теплопостачальної організації на придбання та хімічне очищення води.

Із цього постає, що управляюча компанія в разі неповернення теплоносіїв зобов'язана буде компенсувати не тільки вартість теплової енергії, але й вартість теплоносія, що згодом позначиться на вартості теплової енергії для субспоживача (субабонента), побутового споживача.

Не менш важливою умовою договору постачання теплової енергії є порядок і строки оплати спожитої теплової енергії. Відповідно до ст. 19 Закону України «Про теплопостачання» та ст. 20 Закону України «Про житлово-комунальні послуги», а також Правил надання послуг централізованого опалення, постачання холодної, гарячої води і водовідведення, оплата теплової енергії здійснюється за фактично прийняту споживачем (абонентом) кількість енергії відповідно до даних приладів обліку. Під час розрахунків за теплову енергію побутовий споживач – фізична особа, яка проживає в окремому будинку, що має власні внутрішньобудинкові мережі та прилади обліку теплової енергії, так само, як і побутовий споживач – фізична особа, яка проживає в багатоквартирному житловому будинку, незалежно від того, наявні чи відсутні там прилади обліку теплової енергії, оплачує теплову енергію за тарифом, затвердженим органами місцевого самоврядування за погодженням з Національною комісією регулювання електроенергетики України. У тому випадку, якщо вартість теплової енергії для побутового споживача менше фактичних витрат з її виробництва, то різниця між фактичною вартістю теплової енергії й узгодженої компенсується з місцевого бюджету. Якщо побутовий споживач-фізична особа проживає в житловому приміщенні, що не має приладів обліку теплової енергії, то він сплачує за спожиту гарячу воду за затвердженими нормами витрат на кожну людину, яка проживає в житловому приміщенні. За теплову енергію стягується плата залежно від загальної опалювальної площі та кількості громадян, що проживають на цій площі за встановленими законодавством тарифами.

На думку О. В. Блинкової, до істотних умов договору постачання теплової енергії може бути віднесена умова про строки договору [16]. З позицією дослідниці погодитися можна, але лише щодо юридичних осіб-споживачів, що стосується побутових споживачів – фізичних осіб, то така точка зору видається помилковою.

Відповідно до загальнотеоретичних положень договір постачання теплової енергії укладається на

певний строк, тривалість якого встановлюється сторонами. Найчастіше це один звітний період (рік), після закінчення якого під час продовження споживання побутовим споживачем теплової енергії цей споживач зобов'язаний переукласти договір. У загальнотеоретичному розумінні в тому разі, якщо до закінчення терміну дії договору жодна зі сторін не заявить про свій намір його переукласти на інших умовах, припинити або змінити, то договір вважається продовженим на тих самих умовах і на той самий строк, тобто відбувається пролонгація договору.

На практиці договори постачання теплової енергії побутовому споживачу із самого початку укладаються (відповідно до положень законів України «Про теплопостачання», «Про житлово-комунальні послуги») на один звітний період, тобто рік. Після закінчення терміну, закріпленого в договорі, постачання теплової енергії, як правило, виходять із пасивної поведінки постачальника теплової енергії й активної – з боку побутового споживача. Тобто якщо побутовий споживач продовжує споживати теплову енергію та здійснювати дію з її оплати, а теплопостачальна організація не заявляє жодних заперечень проти цього, то договір можна вважати укладеним на той самий строк і на тих самих умовах. Виходячи з того, що договір постачання теплової енергії за своєю суттю є публічним, під час пролонгації договору побутовий споживач може припинити договір достроково.

**Висновки.** Сказане є підставою для таких висновків:

– із побутовими споживачами договір постачання теплової енергії має укладатися на термін на один рік, у подальшому договір можна укладати без зазначення строку, але за умови, що поведінка сторін свідчить про наміри вважати договір укладеним;

– за побутовим споживачем, відповідно до положення ст. 633 ЦК України, залишається право відмовитися від споживання (отримання) теплової енергії в будь-який час;

– умова про термін дії договору теплопостачання не є для таких договорів істотною;

– до істотних умов договору постачання побутового споживача – фізичної особи теплової енергії відносяться умова про предмет та якість теплової енергії;

– за наявності у власності теплових мереж та устаткування (приватні будинки, володіння) істотною є умова щодо забезпечення утримання й безпеки мереж;

– з метою врегулювання питання контролю якості теплової енергії, що надається, для забезпечення теплового комфорту в приміщенні необхідно розробити й затвердити стандарт якості теплової енергії;

– для забезпечення контролю якості спожитої теплової енергії, більш точного обліку спожитої теплової енергії побутовими споживачами необхідно на рівні законодавства зобов'язати теплопостачальні організації встановити прилади обліку в квартирах багатопверхових будинків.

### Список використаної літератури

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
2. Про теплопостачання : Закон України від 2 червня 2005 р. № 2633-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 28. – Ст. 373.
3. Господарський Кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22. – Ст. 144.
4. Гражданское право : [учебник] : в 2 т. / [О. А. Дюжева, В. С. Ем, И. А. Зенин, Н. И. Коваленко и др.] ; отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : БЕК, 2003. – Т. 1 – 816 с.
5. Витрянский В. В. Договор купли-продажи и его отдельные виды. / В. В. Витрянский. – М. : Статут, 1999. – 640 с.
6. Гражданское право : [учебник] / [Е. Ю. Валявина, Н. П. Василевская, Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев и др.] ; отв. ред. : А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. – М. : Проспект, 1998. – Ч. 2 – 784 с.
7. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – М. : Юрид. лит, 1975. – 880 с.
8. Шафир А. М. О предмете договоров на снабжение электрической, тепловой энергией и газом / А. М. Шафир // Правоведение. – 1984. – № 1. – С. 90–92.
9. Брагинский М. И. Договорное право: договоры о передаче имущества : в 2-х кн. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2000. – Кн. 2 – 800 с.
10. Про житлово-комунальні послуги : Закон України від 26 червня 2004 р. № 1875-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 47. – Ст. 514.
11. Крынин М. А. Проблемы государственного регулирования на розничном (потребительском) рынке энергетики / М. А. Крынин, А. А. Лукьянец, В. И. Назарова // Право и экономика. – М. : Юрид. Дом «Юстицинформ», 2005. – № 5. – С. 13–16.
12. Гражданское право России: обязательственное право : [курс лекций] / [М. И. Брагинский, Н. И. Клейн, Т. Л. Левшина, В. Н. Литовкин, и др.] ; отв. ред. О. Н. Садиков. – М. : БЕК, 1997. – Ч. 2. – 704 с.
13. Про затвердження Правил надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення та типового договору про надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення : Постанова Кабінету Міністрів України від 21 липня 2005 р. № 630 // Урядовий кур'єр. – 2005 – № 186.
14. Малафеев В. А. Что продается в системе теплоснабжения и как правильно это измерить? / В. А. Малафеев // Энергоснабжение. – 2003. – № 5. – С. 23–26.
15. Про ціни і ціноутворення : Закон України від 3 грудня 1990 р. № 507-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – № 52. – Ст. 650.
16. Блинкова Е. В. Гражданско-правовое регулирование снабжения товарами через присоединенную сеть: теоретико-методологические и практические проблемы единства и дифференциации : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Е. В. Блинкова. – Рязань, 2005. – 42 с.

УДК 347.5

## СУДЕБНАЯ ЗАЩИТА АВТОРСКИХ ПРАВ ОТ ПЛАГИАТА

Галина УЛЬЯНОВА,

кандидат юридических наук, доцент,

докторант кафедры права интеллектуальной собственности и корпоративного права  
Национального университета «Одесская юридическая академия»

### SUMMARY

The article discloses methods for copyright protection from plagiarism in court. Plagiarism is violated moral right of authorship. Therefore, the alienation of property rights, the author retains the right to the protection of moral rights, including against plagiarism. The methods of compensation for property damage. Highlight the differences between indemnification and compensation. Author disclosed criteria that must be considered when determining the amount of damages. Revealed base compensation of n compensation of moral damages.

**Key words:** plagiarism, copyright protection, judicial protection, damages, moral damages, property damage, forensics.

### АННОТАЦИЯ

В статье раскрыты способы защиты авторских прав от плагиата в судебном порядке. При плагиате нарушается неимущественное право авторства. Поэтому при отчуждении имущественных прав за автором сохраняется право защиты неимущественных прав, в том числе и от плагиата. Рассмотрены способы возмещения имущественного вреда. Выделены различия между возмещением убытков и выплатой компенсации. Раскрыты критерии, которые должны учитываться при определении размера убытков. Указаны основания возмещения неимущественного (морального вреда).

**Ключевые слова:** плагиат, защита авторских прав, судебная защита, возмещение убытков, моральный вред, имущественный вред, судебная экспертиза.

**Постановка проблемы.** Одним из конституционных прав граждан является право на судебную защиту. В соответствии со ст. 55 Конституции Украины права и свободы человека и гражданина защищаются судом. Необходимость судебной власти обуславливается возложением на нее особой функции – защиты прав и законных интересов лиц. Суд в процессе осуществления правосудия должен обеспечить защиту всего комплекса социально-экономических, политических, личных прав и свобод человека. В таком понимании судебная защита представляется как высшая гарантия обеспечения прав и свобод граждан и юридических лиц, поскольку суд занимает определенное конституционными предписаниями положение в системе органов государственной власти [1].

Несмотря на развитие альтернативных способов разрешения споров, в сфере авторского права судебная форма защиты является преобладающей. Не исключением является и защита авторских прав от плагиата, суть которого заключается в присвоении авторства на произведение или его часть лицом, которое его не создавало.

**Цель и задачи статьи.** Актуальность исследования обусловлена большим значением защиты авторских прав от плагиата в судебном порядке, установлением способов защиты авторских прав.

Целью статьи является анализ основных способов защиты авторских прав от плагиата в судебном порядке.

**Изложение основного материала.** В Украине сформировалось несколько видов закрепленных процессу-

альными кодексами процедур осуществления судебной власти (формы судопроизводства), а именно: гражданское, хозяйственное, административное, уголовное и конституционное судопроизводство [2].

В хозяйственный суд согласно установленной подведомственности хозяйственных дел за защитой своих нарушенных или оспариваемых прав и охраняемых законом интересов имеют право обращаться предприятия, учреждения, организации, другие юридические лица (в том числе иностранные), граждане, которые осуществляют предпринимательскую деятельность без создания юридического лица и в установленном порядке получили статус субъекта предпринимательской деятельности, а также государственные и другие органы, граждане, не являющиеся субъектами предпринимательской деятельности, в случаях, предусмотренных законодательными актами Украины (ст. 1 Хозяйственного процессуального кодекса Украины). В сфере права интеллектуальной собственности в хозяйственных судах рассматриваются споры, связанные с использованием в хозяйственном обороте объектов интеллектуальной собственности, включая споры по искам субъектов хозяйствования к органам государственной власти о признании недействительными актов о выдаче документов, удостоверяющих право интеллектуальной собственности, и отказом в регистрации объектов промышленной собственности [3].

Юрисдикция административных судов распространяется на правоотношения, возникающие в связи

с осуществлением субъектом властных полномочий властных управленческих функций (ст. 17 Кодекса административного судопроизводства Украины). В сфере интеллектуальной собственности в порядке административного судопроизводства рассматриваются дела о защите прав субъектов интеллектуальной собственности от их нарушения незаконными решениями, действиями или бездействием органов государственной власти (в частности, обжалование решений Государственной службы интеллектуальной собственности Украины об отказе в выдаче охраняемых документов на объекты права интеллектуальной собственности; обжалование решений Апелляционной палаты Государственной службы интеллектуальной собственности и т. д.).

Задачами уголовного судопроизводства являются охрана прав и законных интересов физических и юридических лиц, принимающих в нем участие, а также быстрое и полное раскрытие преступлений, изобличение виновных и обеспечение правильного применения закона с тем, чтобы каждый, кто совершил преступление, был привлечен к ответственности и ни один невиновный не был наказан [2]. Уголовные преступления в сфере интеллектуальной собственности предусмотрены в Уголовном кодексе Украины, в частности в ст. 176 (Нарушение авторских и смежных прав), в. 177 (Нарушение прав на изобретение, полезную модель, промышленный образец, топографию интегральной микросхемы, сорт растений, рационализаторское предложение). Плагат признается уголовным правонарушением авторских прав при условии, если в результате его совершения причинен материальный ущерб в значительном размере (если его размер в двадцать и более раз превышает налогооблагаемый минимум доходов граждан).

В порядке гражданского судопроизводства суды рассматривают дела о защите неимущественных прав авторов, дела о защите прав интеллектуальной собственности, сторонами которых являются физические лица, а также другие дела в сфере интеллектуальной собственности, если их рассмотрение не должно проводиться по правилам другого судопроизводства.

Учитывая, что в результате плагата в первую очередь нарушается неимущественное право автора – право авторства, дела о защите авторских прав от плагата рассматриваются в порядке гражданского судопроизводства. Как указано в Постановлении Пленума Верховного суда Украины «О применении судами норм законодательства в делах о защите авторского права и смежных прав», при определении юрисдикции судам следует иметь в виду, что в соответствии со ст. 1 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» автором считается физическое лицо, которое своим творческим трудом создало произведение, все споры о признании авторства на произведение принадлежат рассмотрению в порядке гражданского судопроизводства, в том числе в случае приобретения юридическим лицом права субъ-

екта права интеллектуальной собственности на произведение, созданное в связи с выполнением трудового договора или созданное по заказу. Согласно ст. 14 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» личные неимущественные права автора не могут быть переданы (отчуждены) другим лицам, они охраняются бессрочно. В связи с приведенным судам следует учитывать, что автор произведения является надлежащим истцом по иску о запрете действий по использованию произведения, нарушающему его личные неимущественные права, независимо от того, что имущественные права переданы (отчуждены) или передано право на использование произведения другому лицу.

Итак, автор имеет право на защиту своих прав от плагата, независимо от того, кому принадлежат имущественные права на его произведения.

Согласно ч. 2 ст. 52 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» суд вправе вынести решение или определение о возмещении морального (неимущественного) вреда, причиненного нарушением авторского права, с определением размера возмещения; возмещения убытков, причиненных нарушением авторского права; взыскания с нарушителя авторского права дохода, полученного вследствие нарушения; выплате компенсации, которая определяется судом, в размере от 10 до 50 000 минимальных заработных плат, вместо возмещения убытков или взыскания дохода; запрете опубликования произведений, их исполнений или постановок, выпуска экземпляров фонограмм, видеограмм, их оповещения, прекращении их распространения, изъятии (конфискации) контрафактных экземпляров произведений, фонограмм, видеограмм или программ вещания и оборудования и материалов, предназначенных для их изготовления и воспроизведения, публикации в прессе информации о допущенном нарушении и прочее, если в ходе судебного разбирательства будет доказан факт нарушения авторского права и (или) смежных прав или факт наличия действий, создающих угрозу нарушения этих прав.

Учитывая, что в результате плагата автору наносится как имущественный, так и неимущественный вред, следует раскрыть особенности их возмещения в авторском праве.

Следует отметить, что в законодательстве предусмотрено несколько способов возмещения имущественного вреда, причиненного автору или его правопреемникам, а именно: возмещение убытков, выплата компенсации, взыскание дохода, полученного в результате незаконного использования объектов авторского права. Все эти способы являются взаимоисключающими и не могут применяться одновременно.

При возмещении убытков лицо, авторские права которого нарушены, должен доказать как сам факт причинения убытков, так и их размер. При определении размеров убытков, подлежащих возмещению лицу, права

которого нарушены, суд обязан исходить из сути нарушения, имущественного и морального вреда, причиненного лицу, имеющему авторское право, а также из возможного дохода, который могло бы получить это лицо. В размер убытков дополнительно могут быть включены судебные издержки, понесенные этим лицом, а также расходы, связанные с оплатой помощи адвоката.

Н. Ф. Бааджи отмечает, что критерии, предусмотренные Законом Украины «Об авторском праве и смежных правах», учитываемые при определении размеров убытков, подлежащих возмещению лицу, права которого нарушены, имеют общий характер и не позволяют в полном объеме восстановить нарушенные авторские права. В связи с этим сформулированы следующие специальные критерии, обусловленные спецификой авторских прав, которые должны учитываться при определении ущерба, причиненного их неправомерным использованием: срок и способ неправомерного использования объектов авторского права; права, которые нарушены (имущественные и неимущественные); круг лиц, которые получили возможность использовать произведение вследствие его неправомерного распространения; лицо, которому причинен вред (автор, его правопреемники) [4].

Различие между компенсацией и возмещением убытков заключается в том, что компенсация подлежит выплате в случае доказывания факта нарушения имущественных прав субъекта авторского права, а не размера причиненных убытков. Таким образом, для удовлетворения требования о выплате компенсации достаточно наличия доказательств совершения лицом действий, которые признаются нарушением авторского права; минимальный и максимальный размер компенсации установлен в Законе Украины «Об авторском праве и смежных правах» (от 10 до 50 000 минимальных заработных плат).

При определении компенсации, которая должна быть выплачена вместо возмещения убытков или взыскания дохода, суд обязан определить размер компенсации, учитывая объем нарушения и (или) намерения ответчика.

Для определения суммы компенсации, которая является адекватной нарушению, суд должен исследовать факт нарушения имущественных прав и какое именно нарушение допущено; объективные критерии, которые могут свидетельствовать об ориентировочном размере вреда, причиненного неправомерным каждым отдельным использованием объекта авторского права; продолжительность и объем нарушений (однократное или многократное использование спорных объектов); размер дохода, полученный вследствие правонарушения; количество лиц, право которых нарушено; намерения ответчика; возможность восстановления предыдущего состояния и необходимые для этого усилия и т. п. Размер компенсации определяется судом исходя из ис-

ковых требований, однако не может быть меньше 10 и не может превышать 50 000 минимальных заработных плат, установленных законом на момент принятия решения по делу [5]. Соответствующие основания определения размера компенсации должны быть приведены в судебном решении.

Положения Гражданского кодекса Украины и Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» не предусматривают зависимость размера компенсации количества использованных объектов или их составных частей, а лишь устанавливают право взыскания компенсации, исходя из самого факта совершения нарушения авторского права. Другие обстоятельства (относительно систематичности совершения нарушений, их (его) объема, количества неправомерно использованных объектов и т. д.) в свою очередь должны учитываться судом в определении суммы компенсации в каждом конкретном случае, исходя из пределов, установленных ст. 52 закона [6].

Каждый отдельный факт противоправного использования объектов авторского, в том числе неоднократное использование одного и того же объекта, составляет самостоятельное нарушение и может быть основанием для взыскания компенсации.

Учитывая, что в результате плагиата нарушаются неимущественные права автора, автору может быть нанесен и имущественный вред. Общие положения возмещения неимущественного вреда определены в ст. 23 Гражданского кодекса Украины, согласно которой неимущественный вред может заключаться в душевных страданиях, которые физическое лицо испытало в связи с противоправным поведением относительно него самого; в унижении чести и достоинства физического лица, а также деловой его репутации.

Под моральным вредом следует понимать потери неимущественного характера вследствие моральных или физических страданий или других негативных явлений, причиненных физическому или юридическому лицу незаконными действиями или бездействием других лиц.

Размер денежного возмещения морального вреда определяется судом в зависимости от характера правонарушения, глубины физических и душевных страданий, ухудшения способностей пострадавшего или лишения его возможности их реализации, степени вины лица, нанесшего моральный ущерб, если вина является основанием для возмещения, а также с учетом других обстоятельств, которые имеют существенное значение. При определении размера возмещения учитываются требования разумности и справедливости.

В решении споров о возмещении морального (неимущественного) вреда, причиненного вследствие нарушения права интеллектуальной собственности, суд должен установить, чем подтверждается факт причинения истцу потерь неимущественного характера, при каких обстоятельствах или какими действиями они причинены, в какой сумме или в какой материальной форме

истец оценивает причиненный ему ущерб, а также другие обстоятельства, имеющие значение для разрешения спора.

Размер возмещения морального (неимущественного) вреда суд определяет в зависимости от характера и объема страданий (физических, душевных, психических и др.), понесенных истцом, характера неимущественных потерь (их длительности, возможности восстановления и т. п.) и с учетом других обстоятельств. В частности, учитываются состояние здоровья потерпевшего, тяжесть вынужденных изменений в его жизненных и производственных отношениях, степень снижения престижа, деловой репутации, время и усилия, необходимые для восстановления предыдущего состояния.

При этом суд должен исходить из принципов разумности, взвешенности и справедливости [7].

Моральный вред возмещается независимо от имущественного вреда, который подлежит возмещению, и не связан с размером этого возмещения.

Кроме возмещения ущерба, авторы, чьи права нарушены в результате плагиата, довольно часто выбирают такой способ защиты, как опубликование в средствах массовой информации сведений о нарушении права интеллектуальной собственности. В случае принятия судом решения об опубликовании в средствах массовой информации сведений о нарушении права интеллектуальной собственности и содержании судебного решения относительно такого нарушения в резолютивной части решения с учетом содержания удовлетворенных исковых требований необходимо указывать конкретный способ уведомления об установленном факте нарушения права интеллектуальной собственности (путем опубликования в средствах массовой информации, сообщения по телевидению, радио и др.) содержание (в случае необходимости – и объем) сообщение (публикации); срок осуществления такого уведомления (публикации); лицо, на которое возлагается обязанность по передаче соответствующих сведений в СМИ и/или опубликованию содержания судебного решения.

Следует отметить, что согласно пп. «д» ст. 50 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» совершение действий, создающих угрозу нарушения авторского права, отнесены к нарушениям авторского права и (или) смежных прав, что дает основания для судебной защиты. Как указано в Постановлении Высшего хозяйственного суда от 17 октября 2012 г. № 12 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой прав интеллектуальной собственности» [5] с учетом предписания пп. «д» ст. 50 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах», который определяет в качестве основания для судебной защиты совершение действий, создающих угрозу нарушения авторского права и (или) смежных прав, отсутствие вреда не освобождает нарушителя от обязанности прекратить нарушение таких прав.

Особое значение это положение закона приобретает при осуществлении защиты авторских прав от плагиата, поскольку позволяет принимать меры, направленные на его предупреждение, что обуславливается следующим. Исходя из пп. «в» ст. 50 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах», для того чтобы нарушение авторских прав было признано плагиатом, обязательным условием является раскрытие публике неправомочно созданного произведения. Однако это не говорит о том, что использование произведения без указания автора является правомерным. Если автору становится известно о неправомерном использовании произведения, без указания его имени, он имеет право требовать прекращения подготовительных действий к нарушению авторского права.

Автор может требовать, в частности, не использовать (опубликовывать произведение), в котором незаконно использованы принадлежащие ему объекты авторского права без внесения соответствующих изменений; надлежащим образом оформить сноски на использованные объекты авторского права. При этом автор может обратиться непосредственно к нарушителю авторских прав или подать исковое заявление в суд.

На практике авторы довольно часто допускают неточности при формулировке исковых требований и выборе способов защиты. В частности, выбираются способы защиты, не предусмотренные законом. Так, автор обратился в апелляционный суд Черкасской области с иском к редакции городской газеты главного управления МЧС Украины в Черкасской области о запрете использования статьи без ведома автора, опровержения публикации и возмещении морального вреда. Истец указала, что ответчики, не уведомив ее о публикации произведения и опубликовав его под чужим именем, с переработкой, нарушили ее авторское право на это произведение и нанесли ущерб ее деловой репутации. Иск был удовлетворен частично. Как указано в решении апелляционного суда Черкасской области, не подлежат удовлетворению требования истца о запрете использовать любую ее статью или иное произведение без указания ее имени, поскольку такой запрет прямо предусмотрен Законом Украины «Об авторском праве и смежных правах» [8].

Кроме определения способов защиты авторских прав от плагиата, следует также указать, что для установления наличия плагиата большое значение имеет судебная экспертиза. В частности, может быть назначена лингвистическая экспертиза признаков плагиата. Разнообразные методики исследования и подходы к изучению текста позволяют лингвисту-эксперту определить следующие явления при лингвистической экспертизе: выявление дословных совпадений как всего текста, так и его частей на различных уровнях (стилистический, композиционный, содержательный); определение индивидуальных речевых особенностей автора; выявление

фактов переработки других произведений; исследование текста на предмет его оригинальности. Эксперт-лингвист анализирует текст с точки зрения оригинальности, неповторимости, новизны, индивидуальности; подтверждения/опровержения авторства произведения; сходства фонетических, семантических, структурно-композиционных признаков [9].

**Выводы.** Проведенное исследование позволяет сделать следующие выводы. Выбирая способы защиты авторских прав от плагиата, следует определить, является ли неправомерное использование произведения автора без его согласия плагиатом. Если права автора нарушены вследствие плагиата, автор может защищать их способами, предусмотренными в законодательстве.

Если неправомерно созданный объект авторского права не обнародован, такое неправомерное использование произведения не будет признаваться плагиатом. Однако это не свидетельствует о невозможности применения автором мер, направленных на предупреждение плагиата. Если факт использования произведения без указания имени автора обнаружен до его распространения, автор может обратиться с требованием о запрете обнародования и распространения произведения без внесения соответствующих изменений (его указание как автора использованного произведения, изъятие фрагмента принадлежащего ему произведения).

#### Список использованной литературы

1. Сердюк В.В. право на судебный захист у контексті змагальності сторін / В.В. Сердюк // Адвокат. – 2012. – № 9(144). – С. 14–18.

2. Бакірова І.О. Зміст Конституційного права людини і громадянина на судовий захист / І.О. Барікова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/8158>.

3. Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам : Постанова пленуму Вищого господарського суду від 24.10.2011 р. № 10 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.

4. Бааджи Н.П. Відшкодування шкоди, завданої неправомірним використанням авторських прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Н.П. Бааджи. – О., 2010. – 19 с.

5. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності : Постанова Вищого господарського суду від 17.10.2012 р. № 12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12>.

6. Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України) : Оглядовий лист Вищого господарського суду від 04.04.2012 р. № 01-06/417/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v\\_417600-12](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v_417600-12).

7. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з відшкодуванням шкоди : Роз'яснення президії Вищого арбітражного суду України від 01.04.94 р. № 02-5/215 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v\\_215800-94](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_215800-94).

8. Рішення апеляційного суду Черкаської області від 01.10.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26271842>.

9. Лингвистическая экспертиза выявления признаков плагиата [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://sudex.ru/expertises/linguistic/piracy>.

## ЗЕМЕЛЬНОЕ, АГРАРНОЕ, ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

УДК 349.414 (477)

### ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ВРЕМЕННО ЗАНЯТЫХ ЗЕМЕЛЬ В УКРАИНЕ

Дарья ЗОЛОТАРЁВА,

аспирант кафедры земельного и аграрного права  
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

#### SUMMARY

Analyzes the legal framework of land use temporary workers in Ukraine. The peculiarities of the use of temporarily occupied lands in Ukraine. In modern conditions of the land legislation of Ukraine features the temporary use of the land is not sufficiently defined. Therefore, the selection of features to use temporarily occupied land is becoming increasingly important.

**Key words:** temporarily occupied land, land lot, geological studies, exploration work, damages, losses, agreement.

#### АННОТАЦИЯ

Анализируются правовые основы использования временно занятых земель в Украине. Выявляются особенности использования временно занятых земель в Украине. Особенности временного использования земель не достаточно определены в современных условиях развития земельного законодательства Украины. Поэтому выделение особенностей использования временно занятых земель становится все более актуальным.

**Ключевые слова:** временно занятые земли, земельный участок, геологическое изучение недр, разведывательные работы, убытки, потери, соглашение.

**Постановка проблемы.** Действующее законодательство Украины предусматривает особые виды использования земель, которые временно заняты для определенных целей. Речь идет об использовании земель, временно занятых для проведения геологического изучения недр. Геологическое изучение недр, будучи одним из видов недропользования, обязательно связано с необходимостью проведения геологоразведывательных работ, что требует использования соответствующих земельных участков. Такие участки временно занимают для конкретной цели. Данное использование характеризуется рядом особенностей.

**Цель статьи.** Отдельные аспекты соотношения права пользования недрами и соответствующими земельными участками были предметом научного интереса. Они исследовались Н.П. Барабаш, Р.С. Кириным, В.К. Филатовой и другими. Однако проблема, например, возникновения права пользования недрами и соответствующим временно занятым земельным участком требует дополнительного анализа и внимания. Поэтому целью данной статьи является системный анализ правовых основ использования временно занятых земель для проведения геологоразведывательных работ и выделение особенностей использования данных земель в Украине.

**Результаты исследования.** Правовой режим использования земельных участков и участков недр как относительно самостоятельных в юридическом аспекте природных объектов устанавливается соответствующим поресурсовым законодательством. Но с учетом того, что пользование недрами обычно невозможно без

использования конкретного земельного участка, соответствующие правовые предписания должны быть взаимосогласованными и скоординированными.

Действующее законодательство Украины содержит определенные правовые предписания, посвященные решению данной проблемы. Так, в соответствии со ст. 66 Земельного кодекса Украины, которая называется «Земли промышленности», предоставление земельных участков для нужд, связанных с пользованием недрами, проводится после оформления в установленном порядке права пользования недрами и восстановления земель согласно утвержденному проекту рекультивации на ранее оработанных площадях в установленные сроки. Из изложенного следует, что предоставлению земельных участков для нужд, связанных с пользованием недрами, предшествует возникновение права пользования недрами. Это означает, что лицо, претендующее на получение соответствующего земельного участка, должно, прежде всего, иметь статус недропользователя.

Из содержания данной нормы следует, что земельные участки для нужд, связанных с пользованием недрами, предоставляются за счет земель промышленности преимущественно горнодобывающим предприятиям. Целевое назначение этих земель заключается в том, что они предоставляются для размещения и эксплуатации основных, подсобных и вспомогательных зданий и сооружений горнодобывающих предприятий, их подъездных путей, инженерных сетей, других сооружений.

Вместе с тем системный анализ земельного законодательства Украины свидетельствует о возможности

осуществления отдельных видов недропользования на временно занятых (а не предоставляемых в установленном порядке) земельных участках. В частности, ст. 97 Земельного кодекса Украины, которая называется «Обязанности предприятий, учреждений и организаций, проводящих разведывательные работы», определяет условия использования соответствующих земельных участков. Так, предприятия, учреждения и организации, осуществляющие геологические, поисковые, геодезические и другие разведывательные работы, могут проводить такие работы на основании соглашения с собственником земли или по согласованию с землепользователем.

В литературе сделан обоснованный вывод о существовании в данном случае обязательственного права использования земельных участков для проведения разведывательных работ. Это право существенно отличается от других, законодательно признанных видов права землепользования (в том числе от аренды и постоянного землепользования). Анализ практики показывает, что в ряде случаев органы земельных ресурсов требуют от предприятий, осуществляющих разведывательные работы, заключение договоров аренды земли, необходимых для проведения таких работ. С таким подходом согласиться нельзя. Как известно, ч. 2 ст. 97 Земельного кодекса Украины приводит совсем иной перечень существенных условий договора об использовании временно занятого земельного участка. Кроме того, разведывательные работы могут быть проведены и по согласованию с конкретным землепользователем, что вообще исключает аренду земли. Поэтому Р.И. Марусенко и А.Н. Мирошниченко определяют право пользования земельными участками для проведения разведочных работ как обязательственное право неисключительного срочного владения и пользования земельным участком для проведения разведывательных работ [1, с. 263].

Договор на временное занятие земельного участка является основанием возникновения обязательственных отношений. Право на использование временно занятого земельного участка – это обязательственное право, в отличие от сервитута, эфитевзиса и суперфиция.

Следовательно, в данном случае путем заключения договора между субъектом, который выполняет разведывательные работы, и собственником земельного участка, или по согласованию с землепользователем, оформляются отношения по временному занятию соответствующего земельного участка, который используется для геологического изучения недр.

Земельное законодательство не определяет форму соглашения между собственником земельного участка и юридическим лицом, которое будет проводить разведывательные работы. Однако, если учитывать требования ст. 208 Гражданского кодекса Украины, то такие сделки подлежат заключению именно в письменной форме.

Содержание, сущность и правовую природу такого соглашения закон, к сожалению, не устанавливает, под-

черкивая, что такой сделкой определяются лишь сроки и место проведения разведывательных работ. Очевидно, что этого явно недостаточно. Прежде всего следует отметить, что такие условия сделки, как сроки и место проведения разведывательных работ, не могут определяться при заключении договора исключительно по волеизъявлению сторон. Соответствующие параметры по этому поводу обязательно должны быть зафиксированы в специальном разрешении на пользование недрами (ст. 16 Кодекса Украины о недрах). В данном случае речь идет о сроках проведения работ.

Для геологического изучения недр, в том числе для опытно-промышленной разработки месторождений полезных ископаемых общегосударственного значения, недра предоставляются в пользование после получения лицом специального разрешения (лицензии) на геологическое изучение недр (ст. 20 Кодекса Украины о недрах).

Поскольку разрешение на геологическое изучение недр выдается на срок не более пяти лет, то именно в рамках этого срока и должны быть проведены соответствующие разведывательные работы.

Кодексом Украины о недрах (ст. 39) предусмотрено, что работы и исследования, связанные с геологическим изучением недр, подлежат обязательной государственной регистрации и учету с целью обобщения и максимального использования результатов изучения недр, а также предотвращения дублирования указанных работ. Государственную регистрацию и учет разведывательных работ осуществляет Государственная служба геологии и недр Украины.

Во исполнение положений ст. 39 Кодекса Украины о недрах Министерством экологии и природных ресурсов приказом от 14.06.2013 № 263 утвержден Порядок государственной регистрации работ и исследований, связанных с геологическим изучением недр [5]. Работы по геологическому изучению недр подлежат обязательной государственной регистрации до начала их проведения согласно Перечню работ по геологическому изучению недр, которое составляется по форме № 3-гр. Зарегистрированная форма № 3-гр дает право осуществлять разведывательные работы по геологическому изучению недр, в том числе опытно-промышленной разработки месторождений полезных ископаемых общегосударственного значения.

Открытым остается вопрос касательно того, надо ли регистрировать право специализированной организации, которая проводит разведывательные работы, на временное пользование занятым земельным участком.

Подчеркнем, что разведывательные работы требуют от исполнителей определенной квалификации и специальных геологических знаний. Поэтому они обычно выполняются специализированными предприятиями. При этом следует отметить, что законодательство не устанавливает специальных требований к организациям, которые проводят геологическое изучение недр, в виде сертификации или лицензирования их деятельности.

Контроль над проведением геологического изучения недр производится путем проведения мониторинга и научного сопровождения исполнения особых условий пользования недрами. Последнее осуществляется специализированными государственными геологическими предприятиями, учреждениями и организациями.

Мониторинг и научное сопровождение как системное регулярное наблюдение за объектом недропользования и исполнением особых условий, предусмотренных специальным разрешением на геологическое изучение недр, производится в соответствии с Положением, утвержденным приказом Министерства экологии и природных ресурсов Украины от 11.03.2013 № 96 [6].

Анализируя ст. 97 Земельного кодекса Украины, следует отметить, что при использовании временно занятых земельных участков для проведения разведывательных работ, особенно важным является возмещение убытков согласно ч. 4 ст. 97 Земельного кодекса Украины. В ней говорится о том, что предприятия, учреждения и организации, которые проводят разведывательные работы, обязаны возмещать собственникам земли и землепользователям все убытки, в том числе неполученные доходы, а также за свой счет приводить временно занимаемые земельные участки в первоначальное состояние.

В общем, правовые предписания, регулирующие отношения по возмещению убытков собственникам земли и землепользователям, сосредоточены в главе 24 Земельного кодекса Украины. Соответствующие нормы, которые вошли в эту главу, определяют основания и порядок возмещения убытков (ст. 156, 157).

Земельный закон фактически использует определение убытков, которое приведено в ст. 22 Гражданского кодекса Украины, согласно которой убытками считаются:

- 1) потери, понесенные лицом в связи с уничтожением или повреждением вещи, а также расходы, которые лицо понесло или должно понести для восстановления своего нарушенного права (реальные убытки);
- 2) доходы, которые лицо могло бы реально получить при обычных обстоятельствах, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Во исполнение положений ст. 157 Земельного кодекса Украины, которая имеет название «Порядок возмещения убытков собственникам земли и землепользователям», постановлением от 19.04.1993 № 284 Кабинета Министров Украины утвержден Порядок определения и возмещения убытков собственникам земли и землепользователям [3]. Так, собственникам земли и землепользователям возмещаются убытки, причиненные изъятием (выкупом) и временным занятием земельных участков, установлением ограничений по их использованию, ухудшением качества почвенного покрова и других полезных свойств земельных участков или приведением их в непригодное для использования состояние и неполучением доходов в связи с временным неиспользованием земельных участков. В указанном постановле-

нии, наряду с другими вопросами, содержится понятие еще одной такой важной категории, как «неполученный доход». Под неполученным доходом закон подразумевает доход, который мог бы получить владелец земли (землепользователь, в том числе арендатор) с земельного участка, но который он не получил в результате его изъятия (выкупа) или временного занятия, ограничения прав, ухудшения качества земли или приведения его в негодное для использования по целевому назначению состояние в результате негативного воздействия, вызванного деятельностью предприятий, учреждений, организаций и граждан.

Пунктом 6 названного Порядка предусмотрено, что при временном занятии земельных участков для изыскательских работ убытки определяются по соглашению между собственниками земли или землепользователями и предприятиями, учреждениями и организациями – заказчиками таких работ с определением размеров убытков и порядка их возмещения в договоре. При недостижении согласия размеры убытков определяются специальными комиссиями.

Возмещение убытков собственникам земельных участков и землепользователям осуществляется лицами, которые их причинили, добровольно или в судебном порядке.

Наряду с возмещением всех убытков собственникам земельных участков и землепользователям остается открытым вопрос о компенсации потерь сельскохозяйственного производства. Как известно, для проведения разведывательных работ временно занимают земельные участки преимущественно за счет земель сельскохозяйственного назначения.

Для упорядочения отношений по возмещению потерь сельскохозяйственного и лесохозяйственного производства применяются предписания ст. 207–209 Земельного кодекса Украины, которые являются составляющими главы 36 Земельного кодекса Украины, имеющей название «Возмещение потерь сельскохозяйственного и лесохозяйственного производства».

Системный анализ ст. 207 Земельного кодекса Украины свидетельствует, что потери сельскохозяйственного и лесохозяйственного производства включают потери сельскохозяйственных угодий, лесных земель и кустарников, а также потери, причиненные ограничением в землепользовании и ухудшением качества земель.

Закрепленные в Земельном кодексе Украины нормы о возмещении потерь сельскохозяйственного и лесохозяйственного производства направлены на обеспечение рационального использования и охраны особо ценных земель сельскохозяйственного и лесохозяйственного назначения с целью сохранения их количественного и качественного состояния.

Порядок исчисления потерь сельскохозяйственного или лесохозяйственного производства урегулирован специальным нормативным актом – постановлением Каби-

нета Министров Украины от 17.11.1997 № 1279 «О размерах и Порядке определения потерь сельскохозяйственного и лесохозяйственного производства, подлежащих возмещению» [4]. Согласно этому нормативному акту потери возмещаются в размере стоимости освоения равновеликой площади новых земель с учетом проведения на них мероприятий по окультуриванию и повышению плодородия почв до уровня плодородия угодий, изымаемых (по кадастровой оценке) для несельскохозяйственных и лесохозяйственных потребностей.

Нельзя не согласиться с В.В. Носиком, который подчеркивает, что возмещение потерь предусматривает компенсацию обществу негативных последствий социально-экономического, экологического характера, наступающих вследствие перевода особо ценных земель сельскохозяйственного и лесохозяйственного назначения в другие категории земель, а также в случае ограничения землепользования или ухудшения качества земель как национального достояния, которое находится под особой охраной государства [2, с. 69].

Таким образом, в случае временного занятия земельного участка для проведения разведывательных работ, действующее земельное законодательство предусматривает обязательное возмещение убытков. Кроме того, оно должно предусматривать компенсацию потерь сельскохозяйственного и лесохозяйственного производства. Правовая природа указанных убытков, а также потерь требует детального научного исследования, поскольку существуют проблемы отграничения потерь сельскохозяйственного производства от убытков, возмещаемых землевладельцам и землепользователям при изъятии земель сельскохозяйственного назначения для несельскохозяйственных нужд.

Возмещение убытков при временном занятии земельных участков, связанных с ухудшением их качественного состояния, обуславливает необходимость составления акта приема-передачи земельного участка в каждом случае при его временном занятии, с обязательной фиксацией в нем состояния земельного участка, который временно будет занят для проведения разведывательных работ.

Дополнительные требования касаются отдельных категорий земель, которые закреплены в ч. 3 ст. 97 Земельного кодекса Украины, а именно: «Проведение разведывательных работ на землях заповедников, национальных дендрологических, ботанических, мемориальных парков, захоронений и археологических памятников разрешается в исключительных случаях по решению Кабинета Министров Украины». Одновременно на отдельных земельных участках разведывательные работы вообще не могут быть проведены даже по решению Кабинета Министров Украины. Так, полностью запрещено проведение таких работ на землях природных заповедников (ст. 16 Закона Украины «О природно-заповедном фонде Украины»).

Таким образом, можно сделать вывод о том, что законодателем особое внимание при временном занятии земельных участков, используемых для проведения разведывательных работ, уделяется определению срока и места их проведения, особенностям определения размера убытков, а также установлению обязанностей сторон.

Особенности правового статуса специализированной организации, которая проводит разведывательные работы, состоит в том, что она выполняет как общие обязанности недропользователей, так и специальные – устанавливаемые соглашением с носителем земельных прав.

Общие обязанности при геологическом изучении недр касаются всех без исключения недропользователей. Они, в частности, обязаны: рационально и эффективно проводить работы, связанные с геологическим изучением недр; обеспечивать экологически безопасное для жизни и здоровья людей состояние окружающей природной среды и другое.

К специальным относятся следующие обязанности:

- 1) использовать земельный участок только для проведения геологоразведочных работ;
- 2) на территории переданного земельного участка размещать оборудование и сооружения, необходимые для проведения геологоразведочных работ, только временного типа;
- 3) по окончании работ освободить земельный участок от оборудования и сооружений и провести техническую рекультивацию земель;
- 4) возместить землевладельцу (землепользователю) все убытки, в том числе неполученные доходы, причиненные за все время занятия земельных участков;
- 5) после проведения технической рекультивации в объемах и сроках, определенных нормативными документами, вернуть по акту приема-передачи земельный участок и возместить землевладельцу (землепользователю) расходы, связанные с проведением биологической рекультивации.

Обязанности другой стороны договора (землевладельца или землепользователя) заключаются в следующем:

- 1) землевладелец или землепользователь передает стороне, осуществляющей геологоразведочные работы, по акту приема-передачи в надлежащем состоянии и в определенных пределах земельный участок по договору;
- 2) после окончания срока действия соглашения и в соответствии с условиями договора принимает земельный участок;
- 3) средства на биологическую рекультивацию землевладелец или землепользователь использует исключительно по назначению;
- 4) в случае установления факта причинения новых убытков уведомляет другую сторону о необходимости их возмещения.

**Вывод.** С учетом изложенного можно сделать общий вывод о том, что системный анализ действующих предписаний земельного законодательства Украины свидетельствует о ряде положений, которые требуют специального внимания исследователей. Речь идет, в частности, об определении места рассмотренного вида использования временно занятых земель в системе земельных отношений и его характера; сущности соглашения с собственником или согласования с землепользователем; четкого механизма возникновения и прекращения прав на временное занятие земельного участка и другое. Таким образом, временно занятые земельные участки для проведения разведывательных работ характеризуется своей спецификой. Все это обуславливает необходимость дальнейшего детального исследования правового регулирования временно занятых земель в Украине.

#### Список использованной литературы

1. Мірошніченко А.М., Марусенко Р.І. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України, 5-те видання.

Змінене і доповнене / А.М. Мірошніченко, Р.І. Марусенко – К. : Алерта, 2013. – 544 с.

2. Носік В.В. Відшкодування збитків і втрат у земельному праві України / В.В. Носік // Юрид. журн. – 2003. – № 5. – С. 68–72.

3. Про затвердження Порядку визначення та відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам : постанова Кабінету Міністрів України від 19.04.1993 № 284 // Урядовий кур'єр. – 1993. – № 64–65. – Ст. 12.

4. Про затвердження Порядку визначення втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, які підлягають відшкодуванню : постанова Кабінету Міністрів України від 17.11.1997 № 1279 // Офіційний вісник України. – 1997. – № 47. – Ст. 40.

5. Про затвердження Порядку державної реєстрації робіт і досліджень, пов'язаних із геологічним вивченням надр : наказ Міністерства екології та природних ресурсів наказом від 14.06.2013 № 263 // Офіційний вісник України. – 2013. – № 60. – Ст. 2159.

6. Про затвердження Положення про проведення моніторингу та наукового супроводження надрокористування : наказ Міністерства екології та природних ресурсів України від 11.03.2013 № 96 // Офіційний вісник України. – 2013. – № 25. – Ст. 856.

УДК 341

## ПРОБЛЕМЫ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ЧАСТНОПРАВОВЫХ И ПУБЛИЧНОПРАВОВЫХ СПОРОВ В СФЕРЕ ЗЕМЕЛЬНЫХ ОТНОШЕНИЙ

**Виктор ТАТЬКОВ,**  
кандидат юридических наук,  
судья Высшего хозяйственного суда Украины

### SUMMARY

In this article we study the theoretical and practical aspects of the distribution of powers of economic and administrative courts in the resolution of land disputes. Carried out an analysis of the legal literature on the study of the problem of applying the principle of specialization as a criterion of demarcation of jurisdiction of the judiciary. The essence of the discussion on the practical application of the principle of specialization called for the jurisdictions of the judiciary in Ukraine. It is proved that the problem of demarcating the courts when considering land disputes should be resolved not only on paper, taking into account only the legal status of the parties to the dispute in each case should also clearly define the nature of controversial relations, namely, that they belong to the sphere of public or private law and apply appropriate forms of contentious relations proceedings.

**Key words:** commercial litigation, administrative litigation, jurisdiction, issue of law, land dispute, subject of land law, principle of specialization.

### АННОТАЦИЯ

В статье проводится исследование теоретических и практических аспектов разграничения компетенции хозяйственных и административных судов при разрешении земельных споров. Осуществляется анализ юридической литературы по исследованию проблемы применения принципа специализации как критерия разграничения юрисдикций судебных органов. Раскрывается сущность дискуссии по практическому применению названного принципа специализации для разграничения юрисдикций судебных органов в Украине. Обосновано, что проблему разграничения компетенции судов при рассмотрении земельных споров не следует решать сугубо формально, принимая во внимание только правовой статус участников спора, в каждом отдельном случае следует также четко определить характер спорных отношений, а именно – их принадлежность к сфере публичного или частного права, и применять соответствующие таким спорным отношениям формы судопроизводства.

**Ключевые слова:** хозяйственное судопроизводство, административное судопроизводство, подведомственность, подсудность, спор о праве, земельный спор, предмет земельного права, принцип специализации.

**Постановка проблемы.** Проблема подведомственности споров в сфере земельных отношений является одной из самых дискуссионных в сфере правовой доктрины и практики рассмотрения и разрешения споров с участием хозяйствующих субъектов, что актуализирует научные поиски, направленные на выработку наиболее адекватных и соответствующих современным вызовам правовых решений.

**Актуальность темы исследования** указанной проблематики обусловлена разногласиями в научных подходах относительно выделения в системе права частнопроводных и публично-правовых отраслей права, определением в этой системе места комплексных отраслей права, специфика методологии которых предусматривает применение к регулируемым отношениям как диспозитивных, так и императивных методов регламентации. Однако в сфере разрешения земельных споров данная общетеоретическая дискуссия имеет важные практические последствия, в частности, при определении подведомственности споров в отрасли земельных отношений. При рассмотрении таких споров иногда доста-

точно сложно определить характер соответствующих правоотношений, их принадлежность к частной или публичной сфере – то есть, установить, осуществляет ли в конкретных земельных отношениях соответствующий орган государственной власти полномочия от имени собственника-государства или же обеспечивает реализацию своих властных управленческих функций, связанных с охраной земли как национального богатства, которое пребывает под особой опекой государства.

Указанные вопросы были предметом исследования отечественных и зарубежных ученых и юристов-практиков, в том числе, представителей науки земельного права, в частности: В.И. Андрейцева, Л.Я. Гончар, В.М. Ермоленка, В.В. Носика, Н.С. Кузнецовой, П.Ф. Кулинич, А.Н. Мирошниченко, О.М. Пасенюка, В.Д. Сидор, Е.А. Суханова, М.В. Шульги и других ученых. Следует также отметить, что практически все судебные органы в Украине выразили и продолжают выражать свои позиции в определении компетенции судов по рассмотрению и разрешению земельных споров. При этом подходы различных судебных инстанций мо-

гут быть как взаимно противоположными, так и достаточно нейтральными. Исследуя вопрос разграничения частноправовых и публичных споров, вытекающих из земельных отношений, мы попытаемся проанализировать основные аргументы и правовые позиции, как сторонников, так и противников подсудности земельных споров хозяйственным судам и выразить собственное мнение относительно этой дискуссии.

**Целью** статьи является анализ теоретических и практических аспектов разграничения компетенции хозяйственных и административных судов при разрешении земельных споров, в том числе споров о признании действительными правоустанавливающих документов на земельные участки. Новизна работы состоит также в формировании законодательных подходов по решению выше-названной проблемы, разработке соответствующих теоретических обобщений, понятий и конструкций. Объектом данного исследования стали принципы судопроизводства, в частности, принцип специализации судов как основной критерий в разграничении юрисдикции при разрешении земельных споров. Предмет этого исследования составляют международные акты, действующее отечественное законодательство, доктринальные положения, посвященные принципам судопроизводства и критериям разграничения юрисдикции судов. В публикации использовано ряд общенаучных и специальных методов научного познания, в частности, сравнительно-правовой, исторический, логический, диалектический и ряд других.

**Изложение основного материала.** Анализ практики хозяйственных судов по рассмотрению споров в сфере земельных правоотношений за период 2006–2009 гг. [1] свидетельствует о формировании устойчивой тенденции при разрешении вопроса о подсудности земельных споров исходить не только из состава сторон спора, но, прежде всего, учитывать основания иска. Основания иска определяются сущностью спорных правоотношений и определяют правовое положение сторон спора относительно друг друга. Постепенно в рамках деятельности хозяйственных судов наблюдается изменение правовых подходов к определению подсудности земельных споров. Если сначала, в период формирования системы административных судов, хозяйственные суды передавали на их рассмотрение земельные споры, связанные с участием органов государственной власти или местного самоуправления, (то есть, принимался во внимание, прежде всего, субъектный состав спорных отношений), то позже сформировалась практика рассмотрения в порядке хозяйственного судопроизводства земельных споров, связанных с непризнанием, оспариванием или нарушением имущественных прав хозяйствующих субъектов на земельные участки. В частности, если основанием иска являлось нарушение права субъекта хозяйственной деятельности на спорный земельный участок, то спор был подсудным хозяйственным судам.

Указанный подход отразился сначала в рекомендациях Высшего хозяйственного суда Украины (далее – ВХСУ) от 02.02.2010 № 04–06/15 «О практике применения хозяйственными судами земельного законодательства» [2], а затем – в постановлении Пленума ВХСУ от 24.10.2011 № 10 «О некоторых вопросах подсудности и подсудности дел хозяйственным судам» [3]. Согласно п. 3.1. указанного постановления, хозяйственный спор подсудный хозяйственному суду в следующих случаях: участие в споре субъекта хозяйствования и наличие между сторонами, во-первых, хозяйственных отношений, урегулированных Гражданским кодексом Украины, Хозяйственным кодексом Украины, другими актами хозяйственного и гражданского законодательства, и, во-вторых, спора о праве, возникшего из соответствующих отношений.

В постановлении «О некоторых вопросах подсудности и подсудности дел хозяйственным судам» ВХСУ отметил необходимость учета при решении вопроса о подсудности споров не только субъектного состава сторон спора, но и характера спорных отношений. Согласно п. 14 этого постановления, если в законодательном акте подсудность споров определена альтернативно, или указано, что спор решается в судебном порядке, хозяйственному суду следует исходить из субъектного состава участников спора и характера спорных правоотношений.

Этот подход не был воспринят в сфере деятельности административных судов, отдельными судьями и учеными-административистами, которые обосновывают необходимость решения вопроса о подсудности данной категории споров на основании субъектного состава сторон процесса.

Сторонники подхода разрешения земельных споров в порядке административного судопроизводства указывают на положения Кодекса административного судопроизводства, согласно ст. 3 которого дело административной юрисдикции трактуется как переданный на разрешение административного суда публично-правовой спор, в котором хотя бы одной из сторон является орган исполнительной власти, орган местного самоуправления, их должностное или служебное лицо или другой субъект, осуществляющий властные управленческие функции на основе законодательства, в том числе при исполнении делегированных полномочий.

В п. 9 постановлении Пленума Высшего административного суда Украины № 8 от 20.05.2013 «Об отдельных вопросах юрисдикции административных судов» отмечается, что по смыслу ст. 126 Земельного кодекса Украины государственные акты на право собственности или постоянного пользования на земельный участок в случаях, установленных законом, являются основанием для государственной регистрации этих прав. Эти акты издаются специально уполномоченным органом исполнительной власти в сфере земельных ресурсов.

Поскольку порядок выдачи государственных актов на право собственности или постоянного пользования на земельный участок перебивает в плоскости публично-правовых отношений, то споры относительно действий или бездействия субъектов властных полномочий по поводу их выдачи подлежат рассмотрению административными судами [4].

Правоведы, анализируя проблему подведомственности земельных споров, отмечают, что субъект властных полномочий может становиться участником этих правоотношений исключительно как носитель властных полномочий. Поэтому говорить о его равенстве с предпринимателями неуместно [5].

Последняя позиция вызывает определенные замечания, поскольку толкование любой деятельности органа государственной власти или местного самоуправления всегда, как реализация властных полномочий, является существенным преувеличением роли и значения этого органа в правовых отношениях. Согласно ст. 167 Гражданского кодекса Украины (далее – ГК Украины) государство действует в гражданских отношениях на равных правах с другими участниками этих отношений. Ст. 170 ГК Украины определяет порядок действия государства в гражданских отношениях. Оно приобретает и осуществляет гражданские права и обязанности через органы государственной власти в пределах их компетенции, установленной законом. При этом, как верно отмечается в юридической литературе, орган государственной власти не выступает в роли властно-распорядительного субъекта публичного права и не реализует свои властные полномочия в отношении других участников этих отношений, поскольку государство действует в гражданских отношениях на равных правах с другими участниками [6, с. 286].

Исследуя вопрос разграничения частноправовых и публичных аспектов споров в сфере земельных отношений, не можем не рассмотреть позиции и подходы относительно подведомственности этой категории дел, высказанные высшими судебными инстанциями – Конституционным Судом Украины и Верховным Судом Украины.

1 апреля 2010 г. Конституционный Суд Украины принял решение № 10–рп/2010 [7], в котором указал, что положения п. 1 ч. 1 ст. 17 Кодекса административного судопроизводства Украины относительно распространения компетенции административных судов на споры физических или юридических лиц с субъектом властных полномочий относительно обжалования его решений (нормативно-правовых актов или правовых актов индивидуального действия), действий или бездействия следует понимать так: к публично-правовым спорам, на которые распространяется юрисдикция административных судов, относятся и земельные споры физических или юридических лиц с органом местного самоуправления как субъектом властных полномочий,

связанные с обжалованием его решений, действий или бездействия.

Указанное решение Конституционного Суда Украины стало предметом многочисленных дискуссий и обсуждений как в научной сфере научных, так и среди юристов-практиков. Однако не прошло и месяца после его принятия, как Верховный Суд Украины принял решение о закрытии производства по иску общества с ограниченной ответственностью в городской совет о признании действий противоправными и отмене решений о предоставлении разрешения на изготовление технической документации. Верховный Суд сделал вывод, что спор не полагалось рассматривать по правилам Кодекса административного судопроизводства Украины, поскольку городской совет выступил как субъект гражданских правоотношений [8].

Следует отметить, что в Верховный Суд Украины принял постановление Пленума от 19.03.10 № 2 (которым существенно изменено постановление от 16.04.04 № 7 «О практике применения судами земельного законодательства при рассмотрении гражданских дел») [9], в котором также выразил свое мнение относительно вопроса о разграничении компетенции судов.

В частности, в редакции п. 2 Постановления Пленума № 7 указано, что по общему правилу разграничение компетенции судов по рассмотрению земельных и связанных с земельными отношениями имущественных споров осуществляется в зависимости от субъектного состава их участников. Земельные и связанные с земельными отношениями имущественные споры, сторонами которых являются юридические лица, а также граждане, которые осуществляют предпринимательскую деятельность без создания юридического лица и в установленном порядке приобрели статус субъекта предпринимательской деятельности, рассматриваются хозяйственными судами, а все остальные – в порядке гражданского судопроизводства, кроме споров, в частности, относительно обжалования решений, действий или бездействия субъектов властных полномочий при реализации ими управленческих функций в сфере земельных правоотношений, решение которых отнесено к компетенции административных судов. Однако Верховный Суд так и не определил, в каких ситуациях субъект властных полномочий осуществляет управленческие функции в сфере земельных отношений, указав лишь ориентировочный перечень земельных споров, подсудных судам.

Таким образом, следует констатировать наличие разногласий в правовых подходах по определению подведомственности споров, вытекающих из земельных правоотношений. Различные судебные инстанции неоднозначно толкуют и применяют положения действующего законодательства при рассмотрении таких споров. Административные суды и Конституционный Суд Украины при решении вопроса о подведомствен-

ности земельных споров, прежде всего, учитывают формальный признак – состав участников спорных отношений, участие в них органа государственной власти или местного самоуправления. Высший хозяйственный суд Украины в своих обобщениях судебной практики и постановлениях Пленума отмечает необходимость при решении вопроса о подведомственности учитывать два взаимосвязанных критерия – состав участников спора и характер спорных отношений, то есть основание иска, которое определяется сущностью спорных правоотношений, и обуславливает правовое положение сторон спора.

Верховный Суд Украины в этом аспекте занимает более нейтральную позицию – отмечая о разграничении компетенции судов по земельным имущественным спорам зависимости от субъектного состава их участников, он не запрещает учитывать другие дополнительные критерии определения подведомственности споров. При этом в пределах практики рассмотрения споров Верховным Судом в сфере земельных отношений, принимая во внимание характер спорных отношений и состав участников, была выработана стойкая тенденция рассмотрения таких споров по правилам хозяйственно-судопроизводства.

В этом аспекте следует отметить, что проблему определения подведомственности земельных споров нельзя рассматривать в стороне от общетеоретических вопросов о предмете, методологии и объекта регулирования земельного права. При рассмотрении земельных споров иногда достаточно сложно определить характер соответствующих правоотношений, их принадлежность к частной или публичной сфере, и как следствие еще на стадии открытия производства определить форму судопроизводства, на основании которой будет решаться соответствующий спор.

Исходя из положений земельного законодательства, а также подходов, обоснованных в науке земельного права (В.И. Андрейцев [10, с. 14], В.В. Носік [11, с. 37; 12, с. 188], М.В. Шульга [13, с. 29], А.Н.Мирошниченко [14, с. 14–15]), представляется, что в земельном праве понятие «земля» употребляется в значении земной поверхности на высоту и глубину, необходимую для использования земельного участка по целевому назначению, включая почвенный покров в пределах этого пространства. В свою очередь, земельный участок – это часть земли с определенными границами.

Анализ соотношения частноправовых и публичных начал регулирования земельных отношений позволяет сделать вывод, что современные тенденции развития экономики Украины предусматривают трансформацию законодательных подходов от характеристики земли как основного пространственного базиса жизнедеятельности общества, который переживает под особой государственной охраной до ее рассмотрения как объекта частных отношений. Процессы приватизации земельных

участков, внедрение рынка земли увеличивают роль и значение частноправовых механизмов в регламентации земельных отношений. Учитывая современные реалии развития рыночной экономики в Украине, не можем не отметить потребность все большего вовлечения земли в сферу гражданского оборота. В этих условиях, присутствующая еще советскому земельному законодательству роль методов административного (публично-правового) воздействия на регулирование земельных отношений уменьшается, и наоборот, происходит расширение сферы частноправового регулирования земельных отношений. В этих отношениях органы государственной власти и местного самоуправления выступают равноправными участниками вместе с физическими и юридическими лицами.

Учитывая указанное, не можем не отметить необходимость решения вопроса о подведомственности земельных споров в пользу гражданского или хозяйственного судопроизводства, также принимая во внимание современную тенденцию существенного увеличения частноправовых оснований регулирования земельных отношений.

Формирование стабильной судебной практики при рассмотрении земельных споров, толкование отдельных норм законодательства с целью обеспечения их единообразного применения, являются важными факторами повышения эффективности правового регулирования земельных отношений. Поэтому ВХСУ в постановлении пленума от 17.05.2011 № 6 «О некоторых вопросах практики рассмотрения дел по спорам, возникающим из земельных отношений» [15] детализирует критерии разграничения подведомственности земельных споров.

Согласно п. 1.1 постановления вопрос о подведомственности хозяйственному суду дела о споре, возникшем из земельных правоотношений, должен решаться в зависимости от того, какой характер имеют спорные правоотношения, то есть, являются ли они частноправовыми или публично-правовыми, и соответствует ли состав сторон дела ст. 1 Хозяйственного процессуального кодекса Украины. С этой целью хозяйственным судам следует анализировать предмет иска, основания иска и содержание исковых требований.

Одновременно хозяйственным судам не подведомственны дела по спорам, возникающим из публично-правовых отношений, в которых государство и территориальные общины через свои органы участвуют в целях реализации властных полномочий, также дела, связанные с обжалованием правовых актов, направленных на осуществление полномочий управления в земельных отношениях. Такие споры подлежат разрешению в порядке административного судопроизводства. К спорам, которые должны решаться административными судами следует отнести споры, касающиеся установления и изменения границ, зонирования земель, вопросов землеустройства, мониторинга земель, и споры, связанные с

исполнением таких функций государственных органов, задачей которых является обеспечение охраны земель.

Позиция хозяйственных судов относительно определения подведомственности земельных споров была также поддержана Пленумом Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, который принял постановление № 3 от 01.03.2013 «О некоторых вопросах юрисдикции общих судов и определения подсудности гражданских дел» [16]. В п. 6 данного постановления отмечается, что при решении вопросов, связанных с компетенцией судов по спорам, возникающим из земельных отношений суд должен выяснить, является ли спор частноправовым или публично-правовым; возник ли спор из отношений, урегулированных нормами гражданского права, связаны ли эти отношения с осуществлением сторонами гражданских или иных имущественных прав на земельные участки на основе равенства; возник ли спор по обжалованию решений, действий или бездействия субъекта властных полномочий при реализации им управленческих функций в сфере земельных правоотношений. Земельные отношения, субъектами которых являются физические или юридические лица, органы местного самоуправления, органы государственной власти, а объектами – земли в пределах территории Украины, земельные участки и права на них, в том числе на земельные доли (паи), регулируются земельным и гражданским законодательством на принципах обеспечения юридического равенства прав их участников, обеспечение гарантий прав на землю. В соответствии с этим, споры, возникающие из земельных отношений, в которых хотя бы одной из сторон является физическое лицо, несмотря на участие в них субъекта властных полномочий, рассматриваются в порядке гражданского судопроизводства.

**Выводы.** Подытоживая, еще раз подчеркнем, что проблему разграничения компетенции судов при рассмотрении земельных споров не следует решать сугубо формально, принимая во внимание только правовой статус участников спора. Учитывая комплексный характер земельных отношений и использование различных методов их правового регулирования, в каждом отдельном случае следует определить характер спорных отношений, то есть их принадлежность к сфере публичного или частного права, и, как следствие, применить соответствующие таким спорным отношениям формы судопроизводства.

#### Список использованных источников

1. Узагальнення судової практики розгляду господарськими судами справ, пов'язаних із земельними відносинами // Вісник господарського судочинства – 2010 р. – № 1.
2. Рекомендації Вищого господарського суду України від 02.02.10 № 04–06/15 «Про практику застосування господарськими судами земельного законодавства».
3. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України 24.10.2011 № 10 «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам» // Вісник господарського судочинства – 2011 р. – № 6. – 13 с.
4. Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України № 8 від 20.05.2013 «Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0008760>.
5. Гончар Любов. У сфері земельних відносин загальносуспільні інтереси переважають над приватними інтересами окремих власників // Адміністративне право, № 21 (1008) 21.05–27.05.2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zib.com.ua/ua/3250-publiczna\\_dominanta](http://zib.com.ua/ua/3250-publiczna_dominanta).
6. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України у 2 т. / За відповід. ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – Т. I. – 832 с.
7. Рішення Конституційного Суду України № 10–рп/2010 у справі за конституційним поданням Вищого адміністративного суду України щодо офіційного тлумачення положень частини першої ст. 143 Конституції України, пунктів «а», «б», «в», «г» ст. 12 Земельного кодексу України, п. 1 ч. 1 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України // Офіційний вісник України від 23.04.2010 – 2010 р. – № 27. – 31 с.
8. Інертність правової свідомості як причина юрисдикційної колізії. Інтерв'ю Голови Вищого адміністративного суду України Олександра Пасенюка газеті «Правовий тиждень» // «Правовий тиждень» № 18–19 (248–240) 17 травня 2011 року.
9. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 16.04.04 № 7 «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ» із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України від 19 березня 2010 р. № 2 // Вісник Верховного суду України – 2010 р. – № 4. – 4 с.
10. Андрейцев В.І. Об'єкти земельних правовідносин за новим Земельним кодексом України // Науково-практичні коментарі. – 2002. – № 2. – С. 3–19.
11. Носік В.В. Земля як об'єкт права власності // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія Юридичні науки, 2000. – Вип. 38. – С. 33–40.
12. Носік В.В. Право власності на землю Українського народу : [монографія]. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 507 с.
13. Шульга М.В. Актуальні проблеми правового регулювання земельних відносин в сучасних умовах : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.06. – Харків, 1998. – 369 с.
14. Мірошніченко А.М. Земельне право України : [навчальний посібник]. – К. : Інституту законодавства Верховної Ради України, 2007. – 432 с.
15. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17.05.2011 № 6 «Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин» // Вісник господарського судочинства від 2011. – 2011. – № 6. – 13 с.
16. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 3 «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ» від 01.03.2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0003740-13/print1360179012474643>.

## УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

УДК 343.1

### КРИМИНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА НЕПРАВДИВОГО ПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ЗАГРОЗУ ГРОМАДСЬКІЙ БЕЗПЕЦІ

**Олег КИРИЧЕНКО,**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
начальник кафедри оперативного-розшукової діяльності та спеціальної техніки  
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

#### SUMMARY

The objective and subjective criminal and law elements essential to the offence, provided for by the Article 259 of the Criminal Code of Ukraine are analysed. On the basis of the investigation the proposals to improve the Criminal legislation of Ukraine, concerning the sanctions for wittingly inveracious notice about public security endangering are made.

Based on the research of criminal signs a false message about the threat to public safety offered: Section IX of the Criminal Code Ukraine called “crimes against the general public safety”; lower the age of criminal liability for false report of a threat to public safety from 16 to 14 years of age and under Part 2 of Article 22 of the Criminal Code to supplement Ukraine indication of st.259; considered property damage caused in a large scale, if the actual losses represent the amount which a thousand or more times the income tax exemption at the time of the crime. Also, the authorized version of Art. 259 of the Criminal Code of Ukraine.

**Key words:** public security, offence against public security, wittingly inveracious notice, dishonesty, information.

#### АНОТАЦІЯ

У роботі проаналізовано об'єктивні та суб'єктивні кримінально-правові ознаки складу злочину, передбаченого ст. 259 КК України. На підставі отриманих у ході дослідження результатів розроблено пропозиції щодо вдосконалення кримінального законодавства України, що передбачає відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про загрозу громадській безпеці.

На підставі дослідження кримінально-правових ознак неправдивого повідомлення про загрозу громадській безпеці запропоновано: розділ IX Особливої частини КК України назвати «Злочини проти загальної громадської безпеки»; знизити вік кримінальної відповідальності за вчинення неправдивого повідомлення про загрозу громадській безпеці з 16-ти до 14-ти років та відповідно доповнити ч. 2 ст. 22 КК України вказівкою на ст. 259; майновою шкодою вважати заповідяною в особливо великих розмірах, якщо реальні збитки становлять суму, яка в тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент вчинення злочину. Також запропоновано авторський варіант ст. 259 КК України.

**Ключові слова:** громадська безпека, злочини проти громадської безпеки, завідомо неправдиве повідомлення, обман, інформація.

**Постановка проблеми.** Злочини проти громадської безпеки належать до числа найбільш небезпечних та розповсюджених в Україні. Вони створюють загрозу життю і здоров'ю людей, власності, довкіллю, нормальній діяльності підприємств, установ та організацій. Різновидом таких злочинів є неправдиві повідомлення про загрозу громадській безпеці, котрі набули в сучасних умовах характеру своєрідної епідемії. Жодного дня не проходить без повідомлення в засобах масової інформації про евакуацію пасажирів та персоналу аеропортів, метрополітену, вокзалів, учнів шкіл, глядачів кіноконцертних закладів, працівників підприємств, установ та організацій через повідомлення про загрозу вибуху, отруєння тощо. Тому правоохоронні органи вимушені реагувати на таку інформацію, відволікаючи на перевірку цих повідомлень значні людські та матеріальні ресурси,

призупиняючи роботу підприємств, установ, організацій. Це істотно дезорганізує життєдіяльність суспільства, виробничий процес, породжує неправдиві чутки, сіє паніку серед населення, викликає страх і невпевненість у громадян, завдає значної економічної шкоди, тобто суттєво порушує загальну громадську безпеку.

З огляду на такий стан справ у 1993 р. Кримінальний кодекс України (далі – КК України) було доповнено ст. 206 «Завідомо неправдиве повідомлення про загрозу безпеці громадян, знищення або пошкодження об'єктів власності». До введення цієї норми відповідальність за вказані дії наставала за ч. 2 ст. 206 цього Кодексу як за злісне хуліганство, що не в повній мірі відповідало сутності вказаного злочину.

У КК України 2001 р. законодавець зберіг означену заборону (ст. 259), редакційно змінивши назву статті та

характеристику диспозиції відповідної норми, від чого зміст складу злочину суттєвих змін не зазнав [1].

**Актуальність теми дослідження** полягає в тому, що значна поширеність завідомо неправдивих повідомлень про загрозу громадській безпеці, недостатня теоретична розробленість проблеми протидії цьому явищу кримінально-правовими засобами, а також неефективне застосування ст. 259 КК України вимагає удосконалення зазначеної кримінально-правової норми.

Проблеми кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 259 КК України, у тій чи іншій мірі розглядалися в публікаціях В.П. Ємельянова, О.В. Кириченка, В.С. Комісарова, В.М. Куца, В.А. Ліпкана, П.С. Матишевського, В.О. Навроцького, В.П. Тихого, О.М. Храмцова, В.М. Шевчука. Разом з тим, на сьогодні існує недосконалість законодавчої регламентації кримінальної відповідальності за вказаний злочин.

**Метою та завданнями цієї статті** є аналіз об'єктивних і суб'єктивних кримінально-правових ознак складу злочину, передбаченого ст. 259 КК України, та внесення пропозицій щодо удосконалення зазначеної кримінально-правової норми.

**Виклад основного матеріалу.** Ст. 259 КК України передбачає кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про загрозу безпеці громадян, знищення чи пошкодження об'єктів власності, тобто за завідомо неправдиве повідомлення про підготовку вибуху, підпалу або інших дій, які загрожують загибеллю людей чи іншими тяжкими наслідками.

Родовим об'єктом злочинів проти громадської безпеки є громадська безпека як значна цінність, тобто стан захищеності життєво важливих інтересів особистості, суспільства і держави від негативних наслідків явищ соціального, природного або техногенного характеру, а також підтримка достатнього рівня такої захищеності для нормального їх функціонування. Громадська безпека як родовий об'єкт кримінально-правової охорони розподілена сьогодні в кримінальному законодавстві України на три самостійні види: загальна, виробнича та транспортна, котрі є видовими об'єктами кримінально-правової охорони [2, с. 189]. Тому видовим об'єктом злочину, передбаченого ст. 259 КК, є загальна громадська безпека.

Безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 259 КК, є загальна безпека, яка розглядається як цінність, що потерпає тільки від одного злочину – неправдивого повідомлення про небезпеку. Термінологічно назва безпосереднього об'єкта цього злочину співпадає з назвою його видового об'єкта, але за обсягом, змістом, сутністю вони не тотожні, оскільки загальна безпека як видовий об'єкт – це цінність, що потерпає не від одного злочину, а від цілого виду злочинів, перерахованих у розділі IX Особливої частини КК.

Злочин, передбачений ст. 259 КК, окрім громадської безпеки, завдає шкоди або ставить під загрозу настан-

ня такої шкоди й інші цінності, котрі є додатковими безпосередніми його об'єктами. Сюди можна віднести такі з них, як життя та здоров'я громадян, власність. Однак життя та здоров'я громадян будуть додатковими об'єктами цього злочину тільки в тому випадку, коли в діях суб'єкта буде відсутній умисел на позбавлення життя та заподіяння шкоди здоров'ю громадян. Додатковий об'єкт злочину, що розглядається, є факультативним, оскільки цінності, які його утворюють, зазнають шкоди не в усіх випадках його вчинення.

Чітка визначеність видів громадської безпеки та ієрархії об'єктів кримінально-правової охорони породжує сумнів у правильності назви розділу IX та ст. 259 КК, а також її відповідності їх змісту. Назва цього розділу стосується змісту родового об'єкта кримінально-правової охорони, тоді як розділ IX присвячено охороні видового об'єкта – загальної громадської безпеки, тому, на нашу думку, цей розділ Особливої частини КК слід назвати «Злочини проти загальної громадської безпеки», а назву ст. 259 КК скоротити та привести у відповідність до назви цього розділу. Громіздка і не досить точна назва статті гальмує швидке сприйняття її змісту під час теоретичного вивчення та практичного застосування.

Злочин, передбачений ст. 259 КК, відносять до так званих предметних. Предмет злочину зазвичай прямо вказується в диспозиції кримінально-правової норми. У багатьох випадках предмет злочину в законі не називається, тому відомості про нього здобуваються шляхом тлумачення змісту правової норми. Останнє стосується і складу злочину, передбаченого ст. 259 КК. На перший погляд здається, що предметом цього злочину є неправдиві відомості про небезпеку, про які йдеться в цій статті, але насправді предмет цього злочину в тексті закону не вказано. Зі змісту ст. 259 випливає, що ним є інформація про відсутність загрози громадській безпеці. Саме вона нерозривно пов'язана з об'єктом цього злочину – загальною громадською безпекою.

Неправдива ж інформація, яка названа в цій статті, є не чим іншим, як засобом вчинення злочину. Підмінюючи в процесі його вчинення правдиву інформацію про відсутність громадської небезпеки неправдивою, суб'єкт використовує останню саме як засіб вчинення злочину, тобто засіб трансформації громадської безпеки в стан небезпеки.

З огляду на сказане, предметом неправдивого повідомлення про небезпеку є інформація, котра містить відомості про відсутність небезпеки як необхідного компонента громадської безпеки. Впливаючи на неї шляхом перекручення її змісту (тобто перетворюючи правдиву інформацію на неправдиву), суб'єкт вчинює злочин, передбачений ст. 259 КК.

Суспільна небезпечність злочину, передбаченого ст. 259 КК, полягає в тому, що неправдиве повідомлення про небезпеку порушує нормальний ритм життя суспільства і держави, вносить елементи дезорганізації

в діяльність установ, організацій і підприємств, порушує роботу транспорту, породжує неправдиві чутки, сіє паніку серед населення, завдає значної економічної шкоди державі.

Зазначене діяння має такі ознаки:

1) містить вигадані відомості про підготовку вибуху, підпалу або інших дій, які загрожують загибеллю людей чи іншими тяжкими наслідками, про стихійне чи інше загальне лихо (землетрус, викид радіоактивних речовин, наявність отруйних речовин у громадських місцях, які ставлять під загрозу життя та здоров'я громадян, епідемія тощо);

2) характеризується правдоподібністю і може сприйматися тими, кому воно адресовано, як реальна загроза безпеці;

3) заявникові заздалегідь відомо про відсутність загрози безпеці в дійсності.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони будь-якого злочину є діяння у формі дії або бездіяльності. У складі злочину, передбаченого ст. 259 КК, воно проявляється лише у своїй активній формі, тобто як дія, оскільки повідомити про щось шляхом бездіяльності практично неможливо.

З точки зору об'єктивної сторони законодавець надає поняттю «повідомлення» значення дії. Саме здійснення повідомлення суб'єкт злочину, що розглядається, приносить певному споживачу інформацію про ніби існуючу загрозу громадській безпеці. При цьому інформація сама по собі ще не є причиною якихось змін у зовнішньому світі. Вона виступає лише компонентом процесу, що активізує породження чогось, сигналом, катализатором, що ініціює цей процес, тобто носієм причини. Одержання людиною певної інформації створює сприятливу обстановку для певної її реакції, виступає фактором, який зумовлює відповідну поведінку. Передача інформації, яка викликає зміни в психіці людини, може породжувати шкідливі зміни зовнішнього світу. Для того, щоб інформація вплинула, вона повинна бути «розкодованою». Людина повинна не просто побачити чи почути щось, а неодмінно усвідомити зміст того, що вона сприймає органами почуттів. Ніяка інформація не матиме впливу, якщо вона містить у собі незрозумілі слова або викладена мовою, яка незрозуміла для людини-приймача інформації.

Важливе значення для характеристики злочинної дії має спосіб вчинення злочину, тобто сукупність (система) прийомів і методів, які використовуються при вчиненні злочину [3, с. 108]. Сутність способу вчинення злочину полягає в тому, що він являє собою внутрішню властиву йому операційну, динамічну своєрідність виконання дії [4, с. 34]. Своєрідність повідомленню про неіснуючу загрозу громадській безпеці надає, на наш погляд, обман, який, таким чином, і є способом вчинення цього злочину. Спосіб дії, який безпосередньо належить їй, «прихований» в ній, є найважливішою характеристикою дії, яка свідчить про

якісну її своєрідність. Причому взаємозв'язок способу вчинення злочину і дії може бути настільки тісним, що спосіб іноді по суті збігається з дією. Саме це спостерігається при повідомленні про неіснуючу загрозу громадській безпеці. Проте це зовсім не означає, що дія тотожна способу, поглинає його, або, навпаки, спосіб заміняє дію і тим самим виключає його [5, с. 34].

Повідомляти про неіснуючу загрозу означає обманювати. Отже обман і є прихованою в діянні його своєрідністю, характерною саме для способу вчинення діяння. Зовні його «не видно» і в цьому специфіка обману як інформаційного, а не фізичного способу вчинення злочину. Обман впливає не на тіло потерпілого, а на його свідомість, що породжує викривлення уяви про щось, а за тим деформує і волю потерпілого.

Способи обману можна поділити на вербальні (словесні) і невербальні. Вербальний обман може бути двох форм: усний та письмовий, і виражається в судженнях про речі, явища, їх властивості тощо. До невербального обману відносять обмірювання, обважування, використання форменого одягу та інші подібні дії. Вони або заміняють слова, або підкріплюють їх [6, с. 154]. Для неправдивого повідомлення про небезпеку характерна вербальна форма обману.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 259 КК, є також засіб вчинення цього злочину, під яким слід розуміти ті предмети, за допомогою яких суб'єкт вчинює злочин.

Засоби вчинення злочину не в усіх випадках відображені в кримінальному законі, а можуть впливати з його тлумачення. Для кримінально-правової норми, передбаченої ст. 259 КК, це не характерно, оскільки неправдиве повідомлення прямо вказане в тексті цієї статті, але постає питання, що ж у складі цього злочину є неправдивим – діяння чи засіб вчинення злочину, або іншими словами, що означають слова «неправдиве повідомлення» в назві та тексті ст. 259 КК – діяння чи засоби його вчинення? На нашу думку, неправдивою є сама інформація, тобто повідомлення як засіб вчинення злочину. Діяння ж у складі цього злочину, якщо його розглядати у відриві від вказаного засобу вчинення, є цілком правдивим, тобто реально існуючим, таким, що відбувається чи відбулося, як є правдивим заволодіння чужим майном шляхом обману в складі шахрайства чи переміщення шляхом обману цінностей через митний кордон у складі контрабанди. Тому назву ст. 259 КК та текст диспозиції необхідно змінити. Більш точним їх визначенням було б, на наш погляд, наступне: «Повідомлення неправдивих відомостей про загрозу громадській безпеці». У такому контексті термін «повідомлення» однозначно сприймався б як такий, що описує дію, а не засіб вчинення злочину. Засобом вчинення вказаного злочину в цьому випадку виступили б неправдиві відомості, тобто інформація про неіснуючу для громадської безпеки загрозу.

Поширення неправдивих відомостей стає небезпечним для особистості, суспільства і держави тоді, коли містить інформацію про загрозу життя громадян, знищення чи пошкодження об'єктів власності. У деяких випадках така неправда може стати причиною непоправної помилки. Природно, що закон не може залишатись байдужим до поширення таких відомостей і тому передбачає систему засобів протидії та його попередження, у тому числі й кримінальну відповідальність за вчинення цих дій.

Отже, у складі злочину, передбаченого ст. 259 КК, відомості є неправдивими. Неправду як особливу психологічну реалію розглядають у двох аспектах: як результат і як процес. Результатом у цьому випадку є сприйняття людиною, якій повідомляють неправду (невідповідної дійсності інформації). Процес же полягає в тій динаміці душевного стану, що відбувається в зазначеній особі [7, с. 11].

Повідомлення про неіснуючу небезпеку може бути відкритим або таємним (анонімним), що частіше трапляється в повсякденному житті. Анонімним визнається повідомлення, під час якого виконавець приховує своє ім'я. Воно може здійснюватись у формі листа без підпису чи за підписом іншої особи, яка насправді існує, але не причетна до цього листа, телефонного дзвінка тощо [8, с. 114].

Повідомлення про загрозу громадській безпеці здійснюються усно, письмово, через засоби масової інформації, з використанням телефону, радіо чи інших технічних засобів. Одним з найпоширеніших його видів є повідомлення з використанням телефону. У засобах масової інформації це явище навіть отримало назву – «телефонний тероризм», що з юридичної точки зору не зовсім адекватно відображає його сутність. Застосування цього виду передачі інформації дає можливість злочинцеві тривалий час або й зовсім не бути встановленим і притягнутим до кримінальної відповідальності.

Адресатом неправдивого повідомлення можуть виступати органи державної влади та управління, правоохоронні органи, службові особи установ, організацій і підприємств, а також фізичні і юридичні особи, котрі зобов'язані або змушені на цю інформацію реагувати. Якщо повідомлення, що надійшло, стосується інтересів приватних осіб, то і вони можуть виступати адресатом неправдивого повідомлення про небезпеку (мешканці будинку, пасажери літака тощо).

Склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 259 КК, належить до формальних не усічених. Законодавець штучно «урізав» його, зробивши формальним, щоб посилити дію закону. Цей злочин вважається закінченим з моменту доведення неправдивих відомостей про вказану загрозу до відома адресата. При цьому «доведення» слід розглядати не як процес дії, а як її результат. Тому лише факт усвідомлення адресатом характеру загроз, що містяться в цьому повідомленні, може свідчити про закінчення

вчинення злочину. Отримані, але не усвідомлені щодо їх характеру відомості є засобом вчинення лише замаху на вчинення цього злочину. Дії особи, припинені на стадії відправки відомостей про неіснуючу загрозу громадській безпеці, утворюють лише замах на зазначений злочин.

Якщо особа умисно створює умови для здійснення повідомлення про неіснуючу небезпеку, але ще не починає виконувати його об'єктивну сторону, її дії є готуванням до злочину. Готування до повідомлення відомостей про неіснуючу загрозу громадській безпеці не є кримінально караним діянням через його невисоку суспільну небезпечність. При цьому готування до злочину необхідно відмежовувати від прояву умислу, який слід розглядати як прояв особою тим чи іншим способом (усно, письмово, іншим шляхом) наміру вчинити певний злочин.

Таким чином, об'єктивна сторона основного складу злочину, який розглядається, включає в себе суспільно небезпечне діяння – «повідомлення»; засіб вчинення злочину – «неправдиві відомості про загрозу громадській безпеці», які об'єднуються в способі його вчинення – обмані.

Об'єктивними кваліфікуючими ознаками цього злочину є спричинення тяжких наслідків та повторність.

Питання про сутність поняття «тяжкі наслідки» не знайшло однозначної відповіді в правничій літературі. Тяжкі наслідки – це оцінне поняття, яке не має чітких меж тлумачення. Незважаючи на це, український законодавець, вказавши в ч. 2 ст. 259 КК України на настання тяжких наслідків (у ст. 206 КК 1960 р. така обставина була відсутня), зробив вірно, оскільки в багатьох випадках від неправдивих повідомлень про небезпеку настають тяжкі суспільно небезпечні наслідки, а санкція частини першої цієї статті не відповідає ступеню суспільної небезпечності вчиненого. Це характерно, наприклад, для випадку, коли при проведенні складної хірургічної операції надходить анонімне повідомлення про мінування лікарні, у результаті чого під час евакуації хворий помирає; або коли надходить повідомлення про закладену вибухівку на залізничному вокзалі, що спричиняє порушення графіку руху потягів та інші збитки тощо.

Для правильної кваліфікації злочину, на нашу думку, у самому законі слід розшифрувати поняття «тяжкі наслідки». Визначення цього поняття доцільно зробити в такій редакції: «Діяння, якщо воно призвело до загибелі людей, заподіяння тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження, або завдало майнової шкоди в особливо великих розмірах».

На нашу думку, за аналогією з іншими злочинами проти громадської безпеки, під майновою шкодою в особливо великих розмірах слід вважати реальні збитки на суму, яка в тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Пропонуючи саме

такі параметри тяжких наслідків за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 259 КК ми виходили з наступного:

1) єдиних критеріїв точного визначення розміру майнових збитків стосовно всіх складів злочинів не існує і не може існувати через суттєві відмінності їх об'єктивних і суб'єктивних ознак;

2) при визначенні такого розміру ми виходили з конкретних об'єктивних ознак саме цього злочину.

Ознаками повторності при вчиненні неправдивого повідомлення про небезпеку є такі дії, коли кожна з них має самостійний характер, а не є повторенням того самого повідомлення одному й тому ж адресатові кілька разів підряд. У деяких випадках повторністю слід вважати неодноразове повідомлення про загрозу громадській безпеці одному й тому ж адресатові, однак за умови, що на перше повідомлення відреагували відповідні органи влади і між першим та другим повідомленням пройшов певний час.

Склад цього злочину, не зважаючи на те, що він є кваліфікованим, залишається формальним, оскільки настання суспільно небезпечних наслідків не є необхідною ознакою його об'єктивної сторони. Він вважається закінченим з моменту вчинення дій, передбачених ч. 1 ст. 259 КК, повторно.

Для правильної кваліфікації неправдивого повідомлення про небезпеку необхідно відмежовувати продовжуваний злочин від повторності. Продовжуваним цей злочин слід визнавати тоді, коли неодноразові повідомлення адресатові вигаданих відомостей тотожного характеру, які мають загальну мету порушення громадської безпеки і охоплюються єдиним умислом, становлять у своїй сукупності один злочин.

Суб'єкт завідомо неправдивого повідомлення про загрозу громадській безпеці є загальним. Це фізична, осудна особа, котра вчинила злочин, передбачений ст. 259 КК, у віці не молодше 16-ти років. Ми пропонуємо зниження мінімальної вікової межі кримінальної відповідальності особам, які вчинили передбачений цією статтею злочин, з 16-ти до 14-ти років у зв'язку з поширенням цього виду злочину серед неповнолітніх (близько 50% таких злочинів вчиняються особами цієї категорії), усвідомленням фактичного характеру та суспільної небезпеки своєї поведінки, керування своїми діями в момент вчинення злочину. На думку провідних психологів і юристів, неповнолітні в 14 років здатні:

1) у повному обсязі сприймати, запам'ятовувати та осмислювати інформацію;

2) усвідомлювати та оцінювати мотив та мету своїх дій;

3) простежувати можливі варіанти їх співвідношення з цінностями суспільства;

4) регулювати свою поведінку в кримінально значимих ситуаціях;

5) прогнозувати і враховувати можливі наслідки своїх дій для інших осіб.

Слід зазначити й про існування такого явища, як акселерація – прискорений фізичний розвиток

неповнолітніх, що не відповідає соціальному та етичному формуванню особистості. Відповідальність за означений злочин за кримінальним законодавством деяких країн СНД (наприклад, Російської Федерації та Казахстану) настає з 14-ти років.

Суб'єктивна сторона злочинів з формальними складами характеризується тільки прямим умислом. До того ж у диспозиції норми, передбаченої ст. 259 КК, є вказівка на завідомість неправдивого повідомлення. «Усвідомлювати», стосовно прямого умислу тотожне поняття «знати», діяти явно, будучи впевненим у характері і властивостях, що визначають суспільну небезпеку діяння. Якщо такого усвідомлення немає, а має місце лише ймовірність щодо фактичних властивостей діяння, тобто неясне уявлення про його суспільно небезпечний характер (сумнів, припущення, невпевненість в існуванні ознак забороненого кримінальним законом діяння), то виключається навмисний характер цього діяння. Ймовірне припущення про наявність суспільної небезпеки діяння характерне для необережності, а не для умислу.

Отже, суб'єктивна сторона неправдивого повідомлення про загрозу громадській безпеці характеризується тільки прямим умислом, тобто винний усвідомлює, що повідомляє про неіснуючу небезпеку і бажає цього. Непрямий умисел при вчиненні цього злочину виключається, оскільки він можливий лише в злочинах з матеріальним складом.

Особливістю складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 259 КК, є те, що він допускає наявність складної вини, тобто умислу до злочинного діяння і необережного ставлення до його можливих тяжких наслідків – заподіяння смерті, тяжкого або середньої тяжкості тілесних ушкоджень, завдання майнової шкоди у великих розмірах, які повністю охоплюються ч. 2 ст. 259 КК і додаткової кваліфікації за ст. ст. 115, 121, 122, 194 КК не потребують.

З цього приводу може виникнути питання, а якщо особа умисно ставиться як до діяння, так і до його наслідків (заподіяння смерті, тілесних ушкоджень, завдання майнової шкоди)? У нашому випадку це є умисним злочином проти життя, здоров'я, власності. Але слід уточнити, що в цьому випадку має місце ідеальна сукупність злочинів, оскільки, по-перше, вчинене спричиняє шкоду не лише «кінцевим» цінностям, а наперед громадській безпеці; по-друге, цього вимагає ч. 1 ст. 33 КК, в якій зазначено, що сукупністю злочинів визнається вчинення особою двох або більше злочинів, передбачених різними статтями або різними частинами однієї статті Особливої частини КК, за жоден з яких її не було засуджено.

У багатьох випадках неправдиві повідомлення про загрозу громадській безпеці вчиняються за наявності умислу, який виник раптово. При умислі, що виник раптово, злочин вчиняється особою відразу з моменту виникнення умислу. Умисел, який виник рапто-

во, формується в ситуації вчинення злочину в умовах конфлікту, у стані алкогольного або наркотичного сп'яніння, в інших обставинах, що сприяють вчиненню злочину [9, с. 39].

Важливу роль у характеристиці суб'єктивної сторони відіграють також мотив і мета злочину.

При застосуванні ст. 259 КК на практиці слід мати на увазі, що обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони цього злочину є первинна мета його вчинення – довести неправдиву інформацію до відома її отримувача. Вторинна, віддалена мета такого діяння на кваліфікацію не впливає, але враховується при індивідуалізації відповідальності.

Як свідчить практика, суб'єкт неправдивого повідомлення може мати за мету викликати неспокій людей, паніку або їх розгубленість. Це може бути бажання розважитись або помститися за нанесену образу чи відмову в його проханні з боку приватного, колективного чи державного об'єднання або з боку органів влади. Крім того, неправдиве повідомлення про загрозу громадській безпеці може бути здійснене злочинцями з метою забезпечення вчинення в іншому місці інших злочинів, скажімо реальних терористичних актів або розбійних нападів в момент, коли основні сили правоохоронних органів спрямовані на пошук неіснуючої вибухівки. У цьому випадку, матиме місце ідеальна сукупність неправдивого повідомлення про небезпеку та пособництва в другому злочині, оскільки таке повідомлення буде сприянням у вчиненні іншого злочину. Неправдиве повідомлення про небезпеку може ставити за мету й вивчення оперативних можливостей правоохоронних органів для використання цієї інформації під час вчинення інших злочинів, тобто своєрідним створенням умов для вчинення іншого злочину в майбутньому. У цьому випадку матиме місце ідеальна сукупність неправдивого повідомлення та готування до іншого злочину.

Отже, мета злочину, передбаченого ст. 259 КК, може бути різною. Тому в кожному конкретному випадку вона повинна з'ясуватися судом для правильної кваліфікації вчиненого та індивідуалізації заходів кримінально-правового впливу на суб'єкта злочинного вчинку.

Мотиви вчинення неправдивого повідомлення про загрозу громадській безпеці також можуть бути різними: хуліганські спонукання, помста, ревності, заздрість, ненависть, користь тощо. Як свідчить практика, найбільш розповсюдженим є перший з вказаних мотивів. В основі хуліганських спонукань зазвичай лежить егоїзм, почуття озлобленості та незадоволеності, що виявляється в прагненні демонстративно проявити себе, висловити нарочито-показову зневагу до людей, суспільства, законів. Встановлення мотиву злочину не впливає на кримінальну відповідальність винного, проте має важливе значення для вирішення питання про визначення йому виду та міри покарання.

**Висновки.** Таким чином, проведено дослідження кримінально-правових ознак неправдивого повідомлення

про загрозу громадській безпеці дозволяє сформулювати наступні висновки.

По-перше, розділ IX Особливої частини КК України пропонується назвати «Злочини проти загальної громадської безпеки».

По-друге, пропонується знизити вік кримінальної відповідальності за вчинення неправдивого повідомлення про загрозу громадській безпеці з 16-ти до 14-ти років та відповідно доповнити ч. 2 ст. 22 КК вказівкою на ст. 259.

По-третє, пропонується викласти ст. 259 КК у такій редакції:

«Повідомлення неправдивих відомостей про загрозу громадській безпеці.

1. Умисне повідомлення неправдивих відомостей про підготовку вибуху, підпалу або інших дій, які загрожують загибеллю людей чи іншими тяжкими наслідками, – карається позбавленням волі на строк ...

2. Те саме діяння, якщо воно призвело до загибелі людей, заподіяння тяжкого або середньої тяжкості тілесних ушкоджень, або завдало майнової шкоди в особливо великих розмірах, або вчинене повторно – карається позбавленням волі на строк ...

Примітка. Майнова шкода вважається заподіяною в особливо великих розмірах, якщо реальні збитки становлять суму, яка в тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент вчинення злочину».

### Список використаної літератури

1. Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.
2. Кириченко О.В. Громадська безпека як об'єкт кримінально-правової охорони / О.В. Кириченко // Право і суспільство. – 2012. – № 3. – С. 185–190.
3. Кримінальне право України : загальна частина : [підручник] / [М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.] ; за ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Х. : Юрінком Інтер – Право, 2001. – 416 с.
4. Панов М. Безпека як фундаментальна категорія в методології правознавства (до постановки проблеми) / М. Панов, В. Тихий // Вісник Академії правових наук України. – 2000. – № 3 (22). – С. 10–16.
5. Панов Н.И. Способ совершения преступления и уголовная ответственность / Н.И. Панов. – Х. : Вища школа, Изд-во при Харьковском университете, 1982. – 161 с.
6. Кригер Г.А. Квалификация хищений социалистического имущества / Г.А. Кригер. – М. : Юридическая литература, 1974. – 358 с.
7. Симоненко С.И. Психологические основания оценки ложных и правдивых сообщений / С.И. Симоненко : дис... канд. психол. Наук : спец. 19.00.05 «Социальная психология» – М., 1998. – 114 с.
8. Юридична енциклопедія в 6 т. / під ред. Ю. С. Шемшученко та інших. – Т. 1 : А-Г. – К., 1998. – 672 с.
9. Лунеев В.В. Субъективное вменение / В.В. Лунеев. – М. : Спарк, 2000. – 70 с.

УДК 343.2/7

## КЛЕВЕТА И ОСКОРБЛЕНИЕ: ГЕНЕЗИС ОТВЕТСТВЕННОСТИ И ПРОБЛЕМЫ СОВРЕМЕННОЙ КРИМИНАЛИЗАЦИИ – ДЕКРИМИНАЛИЗАЦИИ

Михаил КОЛОС,  
кандидат юридических наук, доцент,  
заслуженный юрист Украины

### SUMMARY

On the basis of the analysis of the provisions of the Old Testament, Justinian's Digests or Pandect's, Russ' Pravda, Statute of the Grand Principality of Lithuania, the Regulations by which the Malorussian nation is judged, the criminal codes of the Soviet Ukraine of the 1922, 1927, 1960, the Criminal Code of Ukraine of 2001, the major European and international legal acts and other sources the author reveals the essence of the concept of liability for the infringement on the honour and dignity of an individual through slander and abuse, as well as the process of their emergence and development is traced. At the same time an indication is made on the invalidity of the actual decriminalization in Ukraine in 2001 of liability for slander and abuse in the penal legal order.

**Key words:** human honour and dignity, slander, abuse, criminal liability.

### АННОТАЦИЯ

На основании анализа положений Ветхого Завета; Дигестов, или Пандектов, Юстиниана; Руськой Правды; Статута Великого княжества Литовского; Прав, по которым судится малороссийский народ; уголовных кодексов советской Украины 1922, 1927, 1960 годов; Уголовного кодекса Украины 2001 года; основных европейских и международных правовых актов и иных источников в статье раскрывается сущность понятия ответственности за посягательство на честь и достоинство человека способами клеветы и оскорбления, прослеживается процесс их возникновения и развития. Одновременно указывается на необоснованность фактической декриминализации в Украине в 2001 году ответственности за клевету и оскорбление в уголовно-правовом порядке.

**Ключевые слова:** честь и достоинство человека, клевета, оскорбление, уголовная ответственность.

**Постановка проблемы.** Честь и достоинство – категории, которые возникли в процессе развития человека и общества. Это было обусловлено тем, что человеку, как биолого-социальному существу, присуща система физических, генетических, психических и прочих качеств, позволяющих называть его разумным и сознательным. Профессор Г. Жегунов обоснованно подтвердил, что только человек обладает знаниями, которые дают ему возможность оказывать глобальное воздействие на природу, познавая, заметно изменяя и используя ее в своих целях. К тому же лишь он «обладает колоссальной социальной памятью, постоянно учится и обучает других, хорошо знает свой организм, контролирует инстинкты, понимает и рассчитывает свои поступки, которые совершает не только по биологическим, но и по социальным мотивам» [1, с. 296–297]. Указанные природно-социальные данные дали человеку возможность развить в себе такую форму переживания отношения к окружающему миру, как чувства, предмет которых – явления, события, имеющие важное для него значение и существенно воздействующие на его социальное положение.

Известно, что к таковым чувствам принадлежат также чувства чести, то есть отношения человека к самому себе и своему общественному значению (положению), и достоинства, в котором отображается оценка обще-

ством значения конкретного человека в обеспечении организации и качества функционирования определенных общественных отношений. Глубокое осознание человеком значения чести и достоинства, а также соблюдение их правил в процессе жизнедеятельности на разных этапах развития общества и государства не только поощрялись, но и довольно строго охранялись от нарушений.

Уже в Ветхом Завете обращается внимание на проблемы сохранения чести и достоинства человека в обществе, члены которого разделяются на «семья почтенное», то есть достойное и «семья бесчестное» – преступающее заповеди (недостойное, нечестное) [2, с. 699]. Указывал на эти проблемы и древнегреческий философ Платон (428–427 до н. э. – 348–347 до н. э.): «Относительно злословия пусть будет один закон для всех, а именно: пусть никто не злословит». Он полагал, что из злословия, взаимных поношений «вырастает действительная ненависть и самая тяжкая вражда». Злословие, с точки зрения Платона, недопустимо в священных местах, при общенародных жертвоприношениях, на состязаниях, на торговой площади, в суде, на общих собраниях и тому подобных. Виновные должны быть наказаны за содеянное [3, с. 400]. На государственном уровне честь и достоинство начали охранять в правовом порядке от оскорбления и клеветы со времен Древнего Рима, что усматривается из положений Дигестов Юстиниана, уло-

женных в 530–533 годах н. э. на основании предыдущей судебной и прочей правоприменительной практики, описанной такими известными авторами, как Ульпиан, Лабен, Павел, Офилий и другие. Например, в десятом титуле 47-й книги Дигестов было сформулировано понятие оскорбления. Составители этого акта утверждали, что ответственности за оскорбление должны подлежать лица, нанесшие его «действием – когда применяют силу, а словами – когда силу не применяют, но бранят». Посредством оскорбления можно посягать на тело, достоинство или репутацию человека, в том числе покойного. Уже в те времена юристы классифицировали оскорбление по объекту посягательства, ситуации совершения и тяжести последствий на обычное и жестокое. В частности, Лабен указывал, что оскорбление должно признаваться жестоким, если оно нанесено: родителям или патрону; в общественных местах; в зависимости от тяжести телесных повреждений и тому подобное. Лица, виновные в совершении оскорбления, согласно положениям пятой книги «Извлечений из права», написанной Гермогенианом, в зависимости от обстоятельств правонарушения и общественного положения, могли быть приговорены в экстраординарном порядке к битью плетями (рабы), битью палками (свободные люди из низшего сословия), временному изгнанию или запрету на какую-либо деятельность (остальные) [4, с. 33–45].

Клевету римляне понимали как обвинение иного лица в несовершенных им преступлениях. Это деяние, с точки зрения Марциана, автора книги «Комментарии к Турпиллиеву сенатусконсульту», описанной в шестнадцатом титуле 48-й книги Дигестов, клеветники совершали следующими способами: обвинением в ложном преступлении; лицемерием – утаиванием подлинно совершенных преступлений; увиливанием – полным отказом от обвинения. Виновные в клевете также должны были наказываться в экстраординарном порядке [5, с. 37–41].

Приведенные данные подтверждают глубокие правовые корни обеспечения охраны чести и достоинства человека, в первооснове которых относительно высокий уровень юридической грамотности общества, опирающегося на экономические, политические и организационные возможности государства, а также на теологическое учение, способствующей его функционированию религиозной организации.

**Актуальность темы** подтверждается отсутствием в Украине современных комплексных фундаментальных исследований генезиса и развития уголовно-правовой охраны чести и достоинства человека от посягательства на них способами клеветы и оскорбления.

**Актуальность темы.** Различные аспекты проблем уголовно-правовой охраны чести и достоинства человека от посягательства способами клеветы или оскорбления рассматривали в своих трудах А. Арабатский, Л. Багрий-Шахматов, Т. Денисова, А. Кистяковский, Р. Кузьмин, Я. Лизогуб, Р. Томенко и другие ученые.

Их достижения могут служить достаточным основанием для дальнейшего исследования данного вопроса и обоснования потребности в криминализации клеветы и оскорбления как составов преступлений, предусматривающих ответственность за посягательство на честь и достоинство человека. Отдельным аспектам исследуемой проблемы посвятил свои труды автор этой статьи.

**Целью статьи** является распространение в среде заинтересованных лиц результатов углубленного научного исследования вопросов генезиса и развития, а также проблем криминализации, декриминализации клеветы и оскорбления в уголовно-правовом законодательстве Украины.

**Изложение основного материала.** Основопологающим национальным актом, в котором впервые были закреплены положения направленные на правовую охрану чести и достоинства человека, в том числе от противоправного посягательства на них способами клеветы, оскорбления, была Руськая Правда Великого князя Руського Ярослава Владимировича (978–1054), а также иные акты, вошедшие в ее состав. Это усматривается из содержания статьи 4 Руськой Правды (краткая редакция по Академическому списку) и статей 23, 24, 67 этого же акта, но в расширенной редакции – по Троицкому списку [6, с. 36; 42, 49]. Означенные ценности охранялись также положениями статьи 22 Устава князя Ярослава Владимировича (восточноруськая редакция, краткая группа), в которой указывалось: «Если кто оговорил, словесно унижил чужую жену великих бояр, то за срам ее ей платить 5 гривен золота, и епископу 5 гривен золота, а князю – казнить; а (если) будет (она) меньших бояр, то за срам (платить) 3 гривны золота, и епископу 3 гривны золота; а (если) будет она из городских людей, то за срам ей платить 3 гривны серебра, и епископу 3 гривны серебра; а (если) будет она (из) сельских людей, (то) за срам платить гривну серебра, и епископу гривну серебра» [7, с. 60].

Строго наказывалось посягательство на честь и достоинство человека законодательством Великого княжества Литовского (далее – ВКЛ), в состав которого входили украинские земли (XIII–XVI столетия). Это государство приняло право нашего народа, что усматривается из содержания преамбулы к Статуту ВКЛ в редакции 1529 года, где Великий князь Литовский Сигизмунд подтвердил права, вольности (свободы) и привилегии всех постоянных жителей региональных княжеств, в частности литовского, руського, прусского и иных, независимо от их сословия, происхождения и вероисповедования (католического или православного) [8, с. 207].

Кроме того, в части второй статьи 1 раздела 1 названного Статута указано: «Если кто-то клеветнически обвинил кого-то, и тот, кого обвинил, должен был понести наказание в виде бесчестия или смертной казни, или конфискации имущества (маетка), или иного наказания, тогда тот, кто оклеветал иного, но не подал

доказательств, сам должен понести такое наказание» [9, с. 208]. Аналогичные составы преступлений отмечены в редакциях Статута ВКЛ 1566 и 1588 годов.

Ответственность за клевету и оскорбление предусматривалась также в артикуле 59 «О клеветниках, и поносителях, и о пасквильнтах или о составляющих подметные письма» главы 20 «Прав, по которым судится малороссийский народ» 1743 года, уложенных кодификационной комиссией, состоящей из представителей украинского духовенства (21 чел.), казацкой войсковой и судебной элиты (43 чел.), городских общин Киева, Чернигова, Нежина (6 чел.) [10, с. 396].

Более того, даже в период советского, так называемого тоталитарного режима, когда не только честь и достоинство человека, но и его жизнь мало значили для государства и его коммунистического аппарата, в уголовно-правовом законодательстве Украинской советской социалистической республики (далее УССР) была предусмотрена ответственность за посягательство на честь и достоинство человека, независимо от его социального происхождения и должностного положения, способами клеветы и оскорбления.

Это подтверждается содержанием части первой статьи 172 УК УССР 1922 года, в которой указывалось, что оскорбление, нанесенное кому-либо действием, словесно или «на письме», каралось принудительными работами на срок до шести месяцев либо штрафом до 500 рублей золотом. Допускалось также применение этих двух наказаний к преступнику одновременно. В то же время в статье 173 УК предусматривалось лишение свободы на срок до одного года, если виновный нанес потерпевшему оскорбление «в распространенных или публично выставленных» произведениях печати или изображениях.

В уголовно-правовом порядке каралась также клевета, то есть оглашение заведомо ложного и позорящего другое лицо обстоятельства, которая наказывалась лишением свободы или принудительными работами на срок до шести месяцев (статья 174 УК). Однако клевета, совершенная в печатном виде или иным образом «размноженном произведении» каралась лишением свободы на срок до одного года (статья 175 УК) [11, с. 27].

Аналогичные составы рассматриваемых преступлений и виды наказаний за них предусмотрены советским законодателем в УК УССР 1927 года (оскорбление – статья 167, 168; клевета – статья 169). Разница заключалась лишь в том, что за оскорбление, предусмотренное статьей 167 УК 1927 года, мог быть назначен штраф в размере до 500 рублей. О том, что они должны быть «золотыми», уже не упоминалось. В то же время, в части второй статьи 169 УК, предусматривающей уголовно-правовую ответственность за распространение клеветы в печатном или иным способом, «размноженном произведении», кроме лишения свободы на срок до одного года, устанавливалось альтернативное наказание в

виде принудительного труда. Пределы и возможный срок исполнения этого наказания законодатель не указал. Однако из содержания статьи 28 УК усматривается, что принудительный труд без лишения свободы мог назначаться судом на срок от одного дня до одного года [12, с. 13, 53].

Не стал исключением в отношении охраны государством чести и достоинства человека Уголовный кодекс УССР, утвержденный Верховным Советом УССР 28 декабря 1960 года и введенный в действие с 1 апреля 1961 года. В содержании его главы третьей «Преступления против жизни, здоровья, свободы и достоинства» были статьи 125 «Клевета» и 126 «Оскорбление» [13, с. 51–52].

В части первой статьи 125 УК законодатель не только закрепил состав преступления, но и дал определение понятию клеветы как действия, распространяющего в какой-либо форме заведомо ложные измышления, позорящие другое лицо. Виновный в клевете мог быть приговорен к уголовно-правовому наказанию в виде лишения свободы на срок до одного года или исправительных работ на тот же срок. Более того, в части второй этой же статьи законодатель закрепил следующие квалифицированные формы данного правонарушения: клевета, совершенная лицом, которое ранее было судимо за клевету; клевета, соединенная с обвинением в особо опасном «государственном» преступлении, или ином тяжком преступлении, за которое согласно закону может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок «восемь лет и более» или смертной казни. За совершение указанных форм клеветы преступник мог быть приговорен к лишению свободы на срок до трех лет.

Оскорбление, то есть умышленное унижение чести и достоинства личности, выраженное в неприличной форме, наказывалось исправительными работами на срок до трех месяцев или штрафом в размере до тридцати рублей, либо общественным порицанием (статья 126 УК).

По истечении времени положения этих законов частично изменялись, а практика их применения судами совершенствовалась, что обеспечивало более качественную защиту правовых отношений уголовно-правовыми средствами.

Изложенное дает основание утверждать, что категории чести и достоинство человека имеют тысячелетние традиции. Они сформировались тогда, когда индивидуум осознал себя составляющей человеческого сообщества, единство которого базируется на фундаментальных биологических, социальных и этических основах. Необходимо отметить, что сущность понятий «честь» и «достоинство» не является постоянной величиной, а перманентно изменяется по мере преобразования общества. Люди выработали базовые объективные и субъективные характерные признаки, позволяющие им отличать честь от бесчестия, достоинство от порока, а также определили подходы к их правовой оценке и из-

бранию видов реагирования на их проявление в разные исторические периоды своего бытия в зависимости от конкретных ситуаций. Составы преступлений «клевета» и «оскорбление» являются одними из самых древних, в том числе в Украине, в сфере уголовно-правовой охраны чести и достоинства человека.

На современном этапе развития общества многие государства мира, в том числе расположенные в Европе, осуществляют уголовно-правовую охрану чести и достоинства человека от противоправного посягательства способами клеветы и оскорбления. Это подтверждается, например, положениями уголовных кодексов Республики Беларусь (статья 188 «Клевета», статья 189 «Оскорбление», статья 367 «Клевета в отношении Президента Республики Беларусь», статья 369 «Оскорбление представителя власти», статья 391 «Оскорбление судьи или народного заседателя», статья 444 «Оскорбление подчиненным начальника или начальником подчиненного») [14, с. 135–189, 253–254, 266, 296]; Федеративной Республики Германия (§185 «Оскорбление», §186 «Злословие», §187 «Клевета», §188 «Клевета и злословие в отношении политического деятеля») [15]; Республики Польша (статьи 212, 214, 216, относящиеся к главе XXVII «Преступления против чести и телесной неприкосновенности») [16] и другие. Положения этих уголовно-правовых актов обусловлены социальной потребностью в охране чести и достоинства человека в указанных государствах. Такая потребность имеется и в иных странах, поэтому положения европейских и международных политико-правовых актов предусматривают возможность ее реализации. Например, в статье 3 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, принятой 4 ноября 1950 года в Риме, отмечено, что никто не должен подвергаться унижающему его достоинство обращению [17]. В соответствии со статьей 17 Международного пакта о гражданских и политических правах, принятого Генеральной Ассамблеей ООН 16 декабря 1966 года, каждый человек имеет право на защиту законом от посягательства на его честь и репутацию [18, с. 59].

У граждан Украины также имеется потребность в уголовно-правовой охране и судебной защите чести и достоинства, на которые осуществляются посягательства способами клеветы и оскорбления. Однако население Украины не может реализовать это общепризнанное право на современном этапе развития национального уголовного права, поскольку УК Украины, принятый Верховной Радой Украины 5 апреля 2001 года, не содержит базовых норм, устанавливающих ответственность за клевету и оскорбление в классическом понимании наших предков [19, с. 71–74].

Базовые нормы, предусматривающие уголовно-правовую ответственность за клевету и оскорбление, не были включены в УК Украины 2001 года вследствие требований Парламентской Ассамблеи Совета Европы

(Резолюция 1239 (2001) «Свобода выражения взглядов, убеждений и функционирование парламентской демократии в Украине» [20], что подтверждено этим же органом в Рекомендации 1513 (2001) «Исполнение обязанностей и обязательств, взятых Украиной при вступлении в организацию» [21].

Таким пассивным способом фактически была осуществлена «декриминализация» очень важных уголовно-правовых положений, которые правомерно применялись и могут использоваться ныне для охраны чести и достоинства человека.

Наблюдения за действиями, высказываниями народных депутатов Украины, в том числе зафиксированными в соответствующих стенограммах и на электронных носителях информации, а также опрос граждан и анализ поведения некоторых из них в общественных местах не дают достаточных оснований утверждать, что на современном этапе развития Украинской государственности публичная клевета, оскорбление стали менее опасны для членов общества, по сравнению с тем, как это было, например, с периодом 1960–2000 годов, когда в Украине действовали статьи 125, 126 УК УССР 1960 года. Клевета и оскорбление по-прежнему осуждаются в украинском обществе.

Опрошенные нами граждане утверждали, что отказ законодателя от уголовно-правовой охраны чести и достоинства человека был преждевременным. Они подтвердили, что клевета и оскорбления особенно массово проявляются в обществе в периоды избирательных кампаний. Во время выборов депутатов в парламент и органы местного самоуправления, некоторые кандидаты и их команды умышленно распространяют не только недостоверную, но и оскорбительную информацию о своих оппонентах. Как правило, для этого используются листовки, периодические средства массовой информации, телевидение, интернет-ресурсы и прочее. Такие действия направлены против главной социальной ценности – человека, его здоровья, чести и достоинства.

Следует обратить внимание, что клевета, оскорбление в процессе избирательных кампаний распространены не только в Украине. Они имеют место и в других странах, что усматривается, например, в сообщениях научно-практических конференций, посвященных проблемам избирательного права [22, с. 32].

Следует отметить, что Резолюция Парламентской Ассамблеи Совета Европы 1239 (2001) «Свобода выражения взглядов, убеждений и функционирование парламентской демократии в Украине» и Рекомендация 1503 (2001) «Исполнение обязанностей и обязательств, взятых Украиной при вступлении в организацию» не в полной мере соответствуют сущности Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Международного пакта о гражданских и политических правах, поскольку положения этих базовых международных правовых актов не запрещают в уголовно-правовом порядке охра-

нять честь и достоинство человека, в том числе нарушаемых способами клеветы и оскорбления.

Более того, в Конституции Украины закреплено несколько правовых положений, которые указывают на необходимость охраны чести и достоинства человека, признанных в Украине «наивысшей социальной ценностью», в уголовно-правовом порядке, а именно:

– честь и достоинство человека являются одноуровневыми правовыми категориями, равноценными с жизнью и здоровьем, неприкосновенностью и безопасностью (часть первая статьи 3);

– каждый человек, независимо от расы, цвета кожи, политических, религиозных и иных убеждений, пола, этнического и социального происхождения, имущественного положения, места жительства, языковых или иных признаков, имеет право на уважение его достоинства (часть вторая статьи 24, часть первая статьи 28);

– народные депутаты Украины, имея иммунитет от всех видов юридической ответственности за высказывания в парламенте и его органах, все-таки подлежат ответственности (уголовно-правовая – не запрещена) за клевету или оскорбление (часть первая, вторая статьи 80).

Однако, если жизнь и здоровье, неприкосновенность и безопасность человека по прежнему сурово охраняются нормами УК Украины 2001 года (статьи 115–145; 152–156, 255–275), то честь и достоинство человека могут быть защищены лишь в случаях, предусмотренных его статьями 150-1, 151, 161, 365, 387.

Представляется, что законодатель, не включив в УК Украины нормы, призванные охранять честь и достоинство обычного человека от посягательства способами клеветы и оскорбления, как это имело место в украинском обществе с древних времен, допустил ограничение содержания и объема существовавших прав и свобод потерпевших на защиту от названных противоправных действий в уголовно-правовом порядке, чем нарушил конституционные гарантии, закрепленные в части третьей статьи 22 Основного Закона Украины.

Выводы. Изложенное выше дает достаточные основания утверждать:

1) идеи охраны чести и достоинства человека в обществе возникли в дохристианские времена, были зафиксированы в письменной форме и использовались с целью позитивного развития общества, государства и права;

2) клевета, оскорбление – формы противоправного, недостойного поведения людей, направленные на унижение чести, достоинства человека и осуждаемые обществом;

3) в христианскую эпоху первая известная государственная криминализация клеветы и оскорбления была осуществлена в Восточной Римской империи в

530–533 годах н. э. Ее основанием послужили судебные акты, правовые теологические и философские трактаты римских, в том числе греческих, интеллектуалов, положения которых изложены в Дигестах, или Пандек-

тах, Юстиниана в форме правовых прецедентов;

4) появление охраны чести и достоинства человека, в том числе от посягательства на них способами клеветы и оскорбления, в украинском обществе началось со времени формирования русскими славянами (с VII столетия) своей государственной общности;

5) интенсификация в X столетии экономических, политических, правовых связей между Русью и Византией, а также принятие русским народом христианской веры от Константинопольской патриархии способствовали проникновению более развитых правовых идей Восточной Римской империи в Русское княжеское государство. Тогда же Великий князь Русский Владимир Святославович впервые отдал дела по оскорблению человека под юрисдикцию христианской церкви;

6) первая известная криминализация клеветы и оскорбления в Руси была осуществлена Великим Русским князем Ярославом Владимировичем в начале XI столетия в акте, получившем название Русская Правда;

7) уголовно-правовая ответственность за посягательство на честь и достоинство человека способами клеветы и оскорбления была установлена:

– в Великом княжестве Литовском, принявшем русское право (Литовский статут в редакциях 1529, 1566, 1588 годов);

– в Войске Запорожском (Гетманская Украина) в XVI – XVIII столетиях;

– в советской Украине (уголовные кодексы республики в редакциях 1922, 1927, 1960 годов);

8) невключение в УК Украины 2001 года составов преступлений, предусматривающих уголовно-правовую ответственность за клевету и оскорбление, сузило содержание и объем существовавших прежде прав и свобод обычных граждан на защиту от посягательства на их честь и достоинство способами клеветы и оскорбления.

Принимая во внимание социально-правовую потребность в охране чести и достоинства каждого человека, полагаем необходимым осуществление в Украине криминализации клеветы и оскорбления, совершаемых умышленно, в публичной форме и унижающих честь и достоинство потерпевших. Таким образом, государство создаст реальный механизм охраны человека, его чести и достоинства от противоправного посягательства как наивысших социальных ценностей, закрепленных в Конституции Украины.

#### Список использованной литературы

1. Жегунов Г.Ф. Законы биологии. Природа жизни / Г.Ф. Жегунов. – Харьков : Консум, 2006. – 304 с.
2. Книга премудрости Исуса, сына Сирахового // Біблія, Книги священного писання Старого та Нового Завіту. – К. : Київська патріархія УПЦ КП, 2007. – 1415 с.
3. Платон. Законы. – М. : Мысль, 1999. – 832 с.

4. Дигесты, или Пандекты, Юстиниана. – Книга со-рок седьмая. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://digestaiust.narod.ru/47.html>.
5. Дигесты, или Пандекты, Юстиниана. – Книга со-рок восьмая. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://digestaiust.narod.ru/48.html>.
6. Руська Правда: коротка редакція, за Академічним списком; Руська Правда : поширена редакція, за Троїцьким списком // Гуз А.М. Історія держави і права України. Джерела періоду Київської Русі / А.М. Гуз. – К. : КНТ, 2007. – 72 с.
7. Устав князя Ярослава Володимировича: Східно-руська редакція. Коротка група // Гуз А.М. Історія держави і права України. Джерела періоду Київської Русі / А.М. Гуз. – К. : КНТ, 2007. – 72 с.
8. Статути Великого князівства Литовського у 3 т. / [за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова]. – О. : Юридична література, 2002. Т. 1. – Статут Великого князівства Литовського 1529 р. – 464 с.
9. Статути Великого князівства Литовського у 3 т. / [за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова]. – О. : Юридична література, 2002. Т. 1. – Статут Великого князівства Литовського 1529 р. – 464 с.
10. Права, за якими судиться малоросійський народ, 1743 : Наук. вид. – К. : АТ «Книга», 1997. – 547 с.
11. Уголовный кодекс УССР, принятый Постановлением Всеукраинского Центрального исполнительного комитета от 23 августа 1922 г. «О введении в действие Уголовного кодекса УССР». – Х. : Издание Наркомюста УССР, 1922. – 50 с.
12. Кримінальний кодекс УСРР, прийнятий Постановою Всеукраїнського центрального виконавчого комітету від 8 червня 1927 р. «Про надання чинності Кримінальному кодексові УСРР у редакції 1927 р.». – Х. : Юридичне видавництво Наркомюсту УСРР. – 112 с.
13. Кримінальний кодекс Української РСР. – К. : Державне видавництво політичної літератури УРСР, 1961. – 133 с.
14. Уголовный кодекс Республики Беларусь от 9 июля У–26 1999 г. № 275–3 : текст по состоянию на 12 февраля 2010 г. – Минск : Амалфея, 2010. – 352 с.
15. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (Gegeben Berlin, den 15 Mai 1871) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://de.wikisource.org/wiki/Strafgesetzbuch\\_f%C3%BCr\\_das\\_Deutsche\\_Reich\\_%281871%29#.C2.A7.185](http://de.wikisource.org/wiki/Strafgesetzbuch_f%C3%BCr_das_Deutsche_Reich_%281871%29#.C2.A7.185).
16. Kodeks karny Rzeczypospolitej Polskiej, ustawa z dnia 6 czerwca 1997 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://kodeks-karny.ovh.org/kodeks-karny-czesc-szczegolna/rozdzial-XXVII-przestepstwa-przeciwno-czci-i-nietykalnosci.html>.
17. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. / Офіційний переклад затверджено Міністерством закордонних справ України 27 січня 2006 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 32. – Ст. 2371.
18. Международные акты о правах человека : сборник документов. – М. : НОРМА, 2000. – 784 с.
19. Кримінальний кодекс України. // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – № 6. – 240 с.
20. Парламентська Асамблея Ради Європи: Резолюція 1239 (2001) «Свобода вираження поглядів та переконань і функціонування парламентської демократії в Україні» [Електронний ресурс]. – Режим доступа : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994\\_601](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_601).
21. Парламентська Асамблея Ради Європи: Рекомендація 1513 (2001) «Виконання обов'язків і зобов'язань, взятих Україною при вступі до Організації» [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://www.coe.kiev.ua/uk/dogovory>.
22. Мена Родрігес Марко Антоніо. Про виборчий процес 2006 року в Мексиці / Родрігес Марко Антоніо Мена // Вибори – 2006: Досвід. Проблеми. Перспективи : зб. матер. міжнар. наук.–практ. конф. (м. Київ, 31 жовт. – 1 листоп. 2006 р.) – К. : Атіка, 2007. – 552 с.



УДК 347.962.6

## ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРИТЯГНЕННЯ СУДДІВ В УКРАЇНІ ДО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

**Вікторія ПАРИШКУРА,**

здобувач кафедри організації судових та правоохоронних органів  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,  
головний спеціаліст відділу з питань правосуддя

Департаменту антикорупційного законодавства та законодавства про правосуддя Міністерства юстиції України

### SUMMARY

The article deals with some practical aspects of judges' criminal legal and civil legal liability. To solve the practical problems on the grounds of bringing judges to these types of legal liability the author offers, in particular, to limit the volume of judges' inviolability. Moreover the necessity of using to the judge, through his fault material and moral damage to the physical or legal persons was caused; personal civil liability by making by the state regress requirements was proved. The statistics of bringing judges to criminal legal liability, including corruption crimes and crimes for awarding unjust court decisions were analyzed and corresponding conclusions on that occasion were done.

**Key words:** judges' criminal legal liability, judges' civil legal liability, judges' inviolability, material damage, regress requirements, corruption crimes, awarding by judge unjust court decisions.

### АНОТАЦІЯ

У представленій статті розглянуто деякі практичні аспекти кримінально-правової та цивільно-правової відповідальності суддів. З метою вирішення проблем, що виникають на практиці у зв'язку з притягненням суддів до цих видів юридичної відповідальності, автором запропоновано, зокрема, обмежити обсяг суддівської недоторканності, обґрунтовано необхідність застосування до судді, з вини якого було заподіяно матеріальну та моральну шкоду фізичним або юридичним особам, особистої цивільно-правової відповідальності шляхом пред'явлення державою регресних вимог. Проаналізовано статистичні дані притягнення суддів до кримінальної відповідальності, у тому числі за вчинення суддею корупційних злочинів та злочинів за постановлення неправосудного судового рішення, і зроблено з цього приводу відповідні висновки.

**Ключові слова:** кримінально-правова відповідальність суддів, цивільно-правова відповідальність суддів, суддівська недоторканність, майнова шкода, регресні вимоги, корупційні злочини, постановлення суддею неправосудного судового рішення.

**Вступ.** Відповідно до положень статті 55 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», вступаючи на посаду, суддя присягає, що не буде вчиняти дій, які порочать звання судді та принижують авторитет судової влади. Однак життя не завжди узгоджується з присягами. На жаль, судді, хоч і в рідкісних випадках, незважаючи на присягу, національні та міжнародні заборони, час від часу здійснюють вчинки [15, с. 84], за які може настати кримінальна відповідальність, а також необхідність відшкодування за рахунок держави матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю суддів.

**Метою статті** є аналіз застосування до суддів кримінально-правової та цивільно-правової відповідальності та винайдення оптимальних шляхів вирішення проблем, що виникають на практиці у зв'язку з притягненням суддів до цих видів юридичної відповідальності.

**Виклад основного матеріалу.** В Україні судді несуть кримінальну відповідальність на загальних підставах. Кримінальним кодексом України поряд зі

службовими злочинами передбачено також злочини, які можуть бути вчинені суддями як посадовими особами, що здійснюють правосуддя. Склади таких злочинів і покарання за них визначаються розділом XVIII «Злочини проти правосуддя» цього Кодексу. Зокрема, лише суддя може бути вчинений такий злочин, як постановлення завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови [17, с. 987].

Законодавством України встановлено особливий порядок притягнення суддів до кримінальної відповідальності з метою забезпечення їх незалежності та недоторканності [9, с. 84], що гарантовано положеннями статті 126 Конституції України. У розвиток цієї норми в статті 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачено, що суддя є недоторканий в більш широкому плані. Зокрема, згідно з цим Законом суддя без згоди Верховної Ради України не може бути затриманий чи заарештований до винесення судом обвинувального вироку. А затриманий за підозрою у вчиненні діяння, за яке встановлена, у тому числі, кримінальна відповідальність, повинен бути негайно

звільнений після з'ясування його особи. Згідно зі вказаним Законом суддя не може бути підданий приводу чи примусово доставлений до будь-якого органу чи установи, крім суду. Тобто до судді до постановлення щодо нього обвинувального вироку суду без згоди Верховної Ради України не можуть бути застосовані будь-які заходи примусового характеру, крім як приведення до суду. Зазначеною статтею передбачено і низку інших гарантій недоторканності та незалежності суддів, які забезпечують їх від незаконного переслідування в кримінальному порядку [15, с. 86, 87].

Встановлення додаткових, порівняно з недоторканністю пересічної особи, гарантій недоторканності для суддів має на меті створення належних умов для виконання покладених на них державою обов'язків та захист від незаконного втручання в їх діяльність [18, с. 7].

Водночас однією з проблем, що виникає на практиці у зв'язку з існуванням суддівської недоторканності, Р. Кузьмін називає довготривалість розслідування кримінальних справ щодо суддів, обґрунтовуючи це тим, що судді, користуючись неможливістю швидкого застосування щодо них заходів процесуального примусу (привід, затримання, арешт), просто уникають зустрічей зі слідчими, перешкоджаючи таким чином слідству [14, с. 5, 6]. Тому притягти суддю до кримінальної відповідальності дуже важко, про що свідчить незначна кількість суддів, які понесли відповідальність за вчинені злочини.

Так, стаття 375 Кримінального кодексу України передбачає відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови. Відповідно до статистичних даних Державної судової адміністрації України, за цією статтею у 2008 році притягалась до кримінальної відповідальності 1 особа; у

2009 році – 3 особи; у 2010 році – 4 особи; у 2011 та 2012 роках таких осіб було 5, а у 2013 році – 3 особи.

Згідно з даними щорічних звітів Міністерства юстиції України про результати проведення заходів щодо запобігання і протидії корупції у 2011 році до кримінальної відповідальності за корупційні злочини було притягнуто 34 судді; у 2012 році таких суддів було 15, з них 10 – за хабарництво; у 2013 році – 7 суддів (усі за одержання неправомірної вигоди) [25].

Якщо поррахувати кількість притягнутих суддів до кримінальної відповідальності, наприклад, за корупційні злочини, враховуючи при цьому штатну чисельність суддів в судах України за період із 2011 по 2013 роки (де у 2013 році нараховується 9071 суддя; у 2012 році – 9062 судді; 2011 році – 9039 суддів), то кількість таких суддів виявляється меншою ніж 1%.

Однак, як свідчать дані соціологічних досліджень, суспільна довіра громадян до вітчизняного суду є наразі критично низькою (лише 3% повністю довіряють судам) [23], оскільки відповідно до тих же

даних соціологічних досліджень, зокрема «Барометра Світової Корупції» (Global Corruption Barometer) від Transparency International та Gallup International Association, найкорумпованішою сферою українці визнають судову владу (66%) [21]. Подібні результати продемонстрували дослідження, проведені соціологічною службою Центру Разумкова, відповідно до яких, на думку українців, судова влада є найбільш корумпованою інституцією в державі: понад 83% опитаних вважають, що корупція досить поширена або охоплює все судівництво [22]. Згідно із судовим індексом, який визначається Європейською бізнес-асоціацією, судова влада дискредитувала себе також в очах бізнес-середовища: за всіма складовими індексу оцінки судочинства в Україні є негативними [24]. Таким чином, з наведеного вбачається, що в судах наявний високий рівень корупції. Разом з тим лише незначна кількість суддів притягається до кримінальної відповідальності за корупційні злочини, а отже, можна зробити висновок, що більшості з них вдається ухилитися від такої відповідальності. Це свідчить про недосконалість чинного кримінального, кримінально-процесуального і законодавства про правосуддя, а також про необхідність удосконалення правового механізму притягнення суддів до відповідальності, зокрема кримінальної [18, с. 7], що зумовлено потребою в підтриманні авторитету правосуддя і довіри до судів [15, с. 85].

Варто зазначити, що однією з рекомендацій, наданих Україні Організацією економічного розвитку та співробітництва (ОЕСР) в рамках Стамбульського антикорупційного плану дій, є необхідність обмеження певною мірою недоторканності суддів, наприклад, запровадивши функціональний імунітет та дозволивши затримання на місці вчинення злочину [11]. Однак на сьогодні такі рекомендації ще не реалізовані в національному законодавстві.

Разом з тим зменшення обсягу суддівського імунітету та надання судді лише функціонального імунітету (імунітету від звинувачення за дії, вчинені в процесі виконання суддівських функцій) визначено одним із заходів державної антикорупційної політики в Україні на 2014–2017 роки, передбачених проектом Закону України «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на

2014–2017 роки», підготовленим експертами міжнародної недержавної організації по боротьбі з корупцією «Трансперенсі Інтернешнл Україна» (Transparency International Ukraine) в партнерстві з Комітетом Верховної Ради України з питань боротьби з організованою злочинністю та корупцією, а також Міністерством юстиції України з метою визначення комплексу першочергових заходів, спрямованих на зменшення рівня корупції в Україні та формування бази для подальших антикорупційних реформ [20].

Також слід звернути увагу, що згідно з Висновками

Венеціанської комісії неправильним є те, що парламент відіграє будь-яку роль у позбавленні суддівського імунітету. Конституція має передбачати зняття суддівського імунітету не Верховною Радою, а дійсно незалежним судовим органом [7; 8].

На реалізацію вказаних пропозицій Венеціанської комісії положеннями проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України щодо посилення гарантій незалежності суддів» (реєстр № 2522а від 04.07.2013), що знаходиться на розгляді Верховної Ради України, передбачено, серед іншого, зміну існуючого порядку зняття суддівської недоторканності, що полягає у наділенні Вищої ради юстиції повноваженнями вирішувати питання про надання згоди на затримання чи арешт судді [19].

Такий порядок, на думку експертів, має забезпечити належний розгляд питання про зняття суддівської недоторканності органом, спеціально утвореним для вирішення питань суддівської кар'єри. З одного боку, він має сприяти проведенню кримінального провадження стосовно судді, у затриманні чи арешті якого є обґрунтована потреба, з іншого – захистити суддю від безпідставного застосування до нього вказаних примусових процесуальних заходів. Але це можливо лише за умови, що Вища рада юстиції буде функціонувати на засадах незалежності та об'єктивності. В іншому випадку ситуація з вирішенням вказаних питань може погіршитися, оскільки процес притягнення судді до кримінальної відповідальності може бути ще більш закритим та ангажованим [1].

Слушною також видається пропозиція А.В. Маляренка щодо наділення Вищої ради юстиції повноваженнями вирішувати питання про відсторонення судді від посади у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності. У цьому питанні, вважає автор, законодавець проявив непослідовність, наділивши цими повноваженнями Вищу кваліфікаційну комісію суддів України. Як відомо, питання про звільнення судді з посади у зв'язку з набранням законної сили обвинувальним вироком суду здійснює відповідний орган влади на підставі рішення Вищої ради юстиції. Звільнення судді з посади за іншими підставами також покладено на Вищу раду юстиції. За законом вирішення питання про дисциплінарну відповідальність суддів Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів України покладено лише на Вищу раду юстиції. У той же час відповідно до статті 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» відсторонення будь-якого судді, тобто й Верховного Суду України, і вищих спеціалізованих судів від посади у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності віднесено до обов'язків Вищої кваліфікаційної комісії суддів України [15, с. 92, 93].

Цивільно-правова відповідальність є ще одним видом юридичної відповідальності судді. Конституція України визначає право кожного на відшкодування за

рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень (стаття 56 Конституції України).

Ця норма Основного Закону частково реалізована у положеннях

статті 1176 Цивільного кодексу України (далі – ЦК), частини сьомої статті 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», статті 2 Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду». Вказані норми законодавства передбачають вичерпний перелік підстав, за яких держава несе відповідальність за шкоду, завдану фізичній особі незаконними діями, зокрема суду при відправленні правосуддя виключно у кримінальних та адміністративних справах. Така відповідальність держави відшкодовується потерпілому у повному обсязі незалежно від вини посадових і службових осіб судових органів.

Дещо по-іншому регулюється питання відшкодування збитків, завданих особі незаконними діями суду в цивільній справі. Так, згідно з положеннями частини п'ятої

статті 1176 ЦК шкода, завдана фізичній або юридичній особі внаслідок постановлення судом незаконного рішення в цивільній справі, відшкодовується державою в повному обсязі в разі встановлення в діях судді (суддів), які вплинули на постановлення незаконного рішення, складу злочину за обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили.

Із вказаного вбачається, що законодавство України обумовлює настання цивільної відповідальності держави притягненням судді до кримінальної відповідальності [6, с. 83].

Як зазначалося вище, випадки притягнення суддів до кримінальної

відповідальності – одиничні, що спричинено складністю вирішення питання про імунітет та незалежність суддів, що у свою чергу унеможлиблює відшкодування шкоди, заподіяної незаконними діями суду при розгляді цивільних справ.

Варто також зазначити, що незаконні дії суддів, які можуть спричинити шкоду, не завжди мають злочинний характер, тобто пов'язані з конкретними складами злочину. Крім того, шкода може бути заподіяна суддею не тільки постановленням незаконного рішення, а й при вчиненні ним процесуальних дій, наприклад, накладення судом арешту на майно, порушення розумних строків розгляду справи, невчасне вручення особі процесуальних документів, що стало причиною пропуску строків на оскарження. Але законодавець не визначає

відповідальність держави за вказані дії суддів, що можуть спричинити шкоду.

Л.Є. Виноградова припускає, що навряд чи було б можливим покласти на сучасну державу відшкодування заподіяної шкоди в повному обсязі (за будь-які випадки заподіяння шкоди суддями – В.П.), враховуючи рівень судових помилок при розгляді справ [5, с. 141–142], тому в законодавстві України і закладено принцип обмеженої відповідальності держави.

У такому випадку особи, чії права порушено можуть лише звернутися до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України або Вищої ради юстиції з метою «покарання судді» (притягнення до дисциплінарної відповідальності у вигляді догани або звільнення судді за порушення присяги).

Разом з тим, як зазначають С.Ф. Афанасьєв та В.В. Казанцев, громадянам, чії права і законні інтереси порушено, заподіяно матеріальну, а інколи й моральну шкоду, «легше від цього не стає» [2, с. 121; 12, с. 12, 13], адже за допомогою дисциплінарної відповідальності не можна відновити порушені права громадянина та відшкодувати ту шкоду, яка була йому заподіяна незаконними діями органу влади [13, с. 481].

У контексті вказаного слід зазначити, що положеннями процесуального законодавства України (пункт 21 частини другої статті 361 Цивільного процесуального кодексу, пункт 3 частини другої статті 245 Кодексу адміністративного судочинства,

пункт 3 частини другої статті 112 Господарського процесуального кодексу) передбачено перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами з підстав, зокрема, встановлення вироком суду, що набрав законної сили, вини судді у вчиненні злочину, внаслідок чого було ухвалено незаконне або необгрунтоване рішення.

Однак, ураховуючи те, що на сьогодні законодавством України закріплено складний механізм притягнення суддів до кримінальної відповідальності, на нашу думку, підставами для перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами може бути також встановлення рішеннями Вищої кваліфікаційної комісії суддів України або Вищої ради юстиції вчинення суддями дисциплінарного проступку чи порушення присяги.

Необхідним є також вирішення питання процедури відшкодування шкоди при здійсненні правосуддя в цивільній справі, оскільки законодавством не визначено порядок такого відшкодування. Натомість такий порядок, а також органи, на які покладається вчинення дій із забезпечення відшкодування шкоди при відправленні правосуддя в кримінальних та адміністративних справах, визначено положеннями Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду», на виконання якого видано Поло-

ження від 04.03.1996 № 6/5/3/41, затверджене спільним наказом Міністерства юстиції, Генеральної прокуратури та Міністерства фінансів.

Отже, як правильно робить висновок Л.Є. Виноградова, частина п'ята

статті 1176 ЦК України фактично позбавляє постраждалих можливості одержати компенсацію шляхом подання позову до суддів. Тим самим не тільки істотно обмежується конституційний принцип відповідальності держави, але й порушується конституційний принцип доступу до засобів правового захисту [6, с. 83], що для України як демократичної правової держави є неприпустимим.

Деякі вчені звертають увагу на те, що в жодній сучасній демократичній державі немає такої жорсткої умови для притягнення держави до відповідальності, як винесення обвинувального вироку стосовно судді [5, с. 133]. Тому доречним вважають закріплення в законодавстві положення про відповідальність судді в порядку регресу перед державою за шкоду, заподіяну при здійсненні правосуддя [4, с. 76; 16, с. 141, 142; 5, с. 141, 142], що узгоджується з пунктом 5.2 Європейської хартії про закон «Про статус суддів», прийнятої Радою Європи в 1998 році [10], згідно з яким компенсація за шкоду, понесена неправомірно в результаті рішення або поведінки судді при виконанні ним своїх обов'язків, гарантується державою. У Законі може бути передбачено право держави вимагати від судді у судовому порядку відшкодування таких витрат у разі грубого і навмисного порушення процедур, що регулюють виконання суддівських обов'язків. Разом з тим пред'явлення позову до відповідного суду допускається за умови узгодження з органом, в якому не менше половини, що беруть участь у засіданні, є суддями, вибраними такими ж суддями.

З цього приводу С.Ф. Афанасьєв та М.М. Зарубіна припускають, що Рада Європи при цьому виходить з того, що правосуддя розпочинається все-таки з конкретного судді, тобто тільки його відповідальність може врешті-решт гарантувати надалі дотримання ним же права на справедливий судовий розгляд при розгляді іншої цивільної справи, і тому роблять висновок, що регресний порядок відшкодування шкоди до винного судді – це єдиний варіант відновити справедливість не лише для постраждалої особи, а й для самої держави [3, с. 41].

Висновки. Як вбачається з наведеного, питання притягнення суддів до кримінально-правової та цивільно-правової відповідальності є однією з недостатньо врегульованих проблем, що обумовлено недосконалістю правових конструкцій, які не завжди дають змогу, а в більшості випадків роблять неможливим або дуже складним притягнення суддів до цих видів юридичної відповідальності. У зв'язку з цим щодо цивільно-правової відповідальності необхідно чітко визначити

межі, підстави й умови такої відповідальності держави і суддів, а також порядок притягнення до неї. У цілому, на наш погляд, цивільна відповідальність судді повинна наставати тільки у виняткових випадках серйозного порушення обов'язків, очевидних зловживань і грубої недбалості з боку судді [4, с. 76]. Такі дії судді, на нашу думку, можуть встановлюватися не лише на підставі вироку суду відносно судді, що набрав законної сили, а й на підставі рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України або Вищої ради юстиції щодо притягнення судді до дисциплінарної відповідальності або звільнення за порушення присяги. Такі рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та Вищої ради юстиції можуть бути також підставами для звернення до суду з метою перегляду справи у зв'язку з нововиявленими обставинами. Крім того, застосування до судді, з вини якого було заподіяно матеріальну та моральну шкоду фізичним або юридичним особам, особистої цивільно-правової відповідальності шляхом пред'явлення державою регресних вимог є доцільним. На наше переконання, такий правовий інструмент буде дієвим засобом у забезпеченні та стимулюванні відправлення правосуддя належним чином. Слушним є також внесення відповідних змін до законодавства із запровадженням при цьому обмеженої недоторканності суддів, тобто поширення суддівського імунітету лише під час здійснення судочинства, а також наділення Вищої ради юстиції повноваженнями вирішувати питання про надання згоди на затримання чи арешт судді та відсторонення судді від посади у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності.

### Список використаних джерел

1. Аналіз проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України щодо посилення гарантій незалежності суддів», зроблений Центром Разумкова в межах етапу проекту «Судова реформа в Україні: стан, проблеми, перспективи» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.razumkov.org.ua/upload/1381419715\\_file.pdf](http://www.razumkov.org.ua/upload/1381419715_file.pdf).
2. Афанасьев С.Ф. О гражданско-правовой ответственности судей / С.Ф. Афанасьев // Российский юридический журнал. – 2009. – №6. – С. 118–125.
3. Афанасьев С.Ф. К постановке проблемы привлечения суда (судьи) к деликтной ответственности в контексте права на справедливое судебное разбирательство / С.Ф. Афанасьев, М.Н. Зарубина // Российский судья. – М. : Издательская группа «Юрист», 2009. – № 11. – С. 38–41.
4. Вершинина Д.В. О гражданско-правовой ответственности судей за причинение вреда при отправлении правосудия в Российской Федерации / Д.В. Вершинина // Вестник Омского университета. Серия «Право». – 2010. – № 1 (22). – С. 73–76.
5. Виноградова Л.Є. Юридична відповідальність суддів загальних судів України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / Л.Є. Виноградова. – О., 2004. – 187 с.
6. Виноградова Л.Є. Про вдосконалення порядку притягнення суддів до цивільно-правової, кримінально-правової,

адміністративної відповідальності / Л.Є. Виноградова // Юридична Україна. – 2005. – № 4. – С. 82–88.

7. Висновок Венеціанської комісії щодо законопроекту про судоустрій та законопроекту про статус суддів CDL-AD(2007)003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/dCDLAD\(2007\)003-ukr](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/dCDLAD(2007)003-ukr).

8. Висновок Венеціанської комісії щодо проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів України» та інших законодавчих актів України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)033-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)033-e).

9. Гончаренко О.В. Актуальні питання притягнення суддів до відповідальності (частина перша) / О.В. Гончаренко // Вісник Вищої ради юстиції. – 2011. – №1 (5). – С. 77–92.

10. Европейская хартия о законе «О статусе судей», Лиссабон, 10 июля 1998 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_236](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_236).

11. Звіт про другий раунд моніторингу, проведений в рамках реалізації Стамбульського плану дій по боротьбі з корупцією Мережі боротьби проти корупції для країн Східної Європи і Центральної Азії Організації економічного співробітництва та розвитку (08 грудня 2010 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.oecd.org/corruption/acn/istanbulactionplan/46832415.pdf>.

12. Казанцев В. Гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный действиями судьи / В. Казанцев // Российская юстиция. – 2002. – №2. – С. 11–13.

13. Клеандров М.И. Ответственность судьи: монография / М.И. Клеандров. – М. : Норма: ИНФРА – М, 2011. – 576 с.

14. Кузьмін Р. Ще раз про суддівську недоторканність / Р. Кузьмін // Вісник прокуратури. – 2010. – № 5 (107). – С. 3–9.

15. Маляренко А.В. Підстави юридичної відповідальності суддів загальної юрисдикції України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / А.В. Маляренко. – О., 2013. – 244 с.

16. Марочкін І.Є. Статус суддів : [навч. посіб.] / І.Є. Марочкін, Ю.І. Крючко,

Л.М. Москвич та ін. – Х. : Право, 2009. – 120 с.

17. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 4-е вид., доп. і перероб. / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К. : Юридична думка, 2007. – 1184 с.

18. Овчаренко О.М. Деякі процедурні аспекти притягнення суддів до кримінальної відповідальності / О.М. Овчаренко // Вісник Вищої ради юстиції. – 2012. – № 4 (12). – С. 7–21.

19. Проект Закону про внесення змін до Конституції України щодо посилення гарантій незалежності суддів (реєстр. №2522авід04.07.2013)[Електронний ресурс].–Режимдоступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=47765](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47765).

20. Проект Закону України «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://ti-ukraine.org/system/files/docs/news/zasadi\\_ap\\_2014\\_1.pdf](http://ti-ukraine.org/system/files/docs/news/zasadi_ap_2014_1.pdf).

21. Результати дослідження «Барометр Світової Корупції» (Global Corruption Barometer), яке проводив Міжнародний дослідницький центр Gallup International Association з літа 2012 року до зими 2013 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ti-ukraine.org/news/2815.html>.

22. Соціологічне дослідження Центру Разумкова на тему: «Якою мірою поширена корупція в кожній з наведених сфер?», проведене з 30 вересня по 08 жовтня 2013 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [razumkov.org.ua/ukr/poll.php?poll\\_id=903](http://razumkov.org.ua/ukr/poll.php?poll_id=903).

23. Судова реформа в Україні: поточні результати та найближчі перспективи (інформаційно-аналітичні матеріали до Фахової дискусії на тему: «Судова реформа

2010 р.: чи наближає вона правосуддя в Україні до європейських норм і стандартів?», Київ, 4 квітня 2013р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.razumkov.org.ua/upload/Sudova\\_reforma\\_2013.pdf](http://www.razumkov.org.ua/upload/Sudova_reforma_2013.pdf).

24. Судовий індекс Європейської бізнес-асоціації, що визначає рівень довіри представників бізнесу до сучасної системи правосуддя в Україні, підготовлений за аналітичної підтримки дослідницької компанії In Mind (жовтень 2013 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.eba.com.ua/uk/about-eba/indices/court-index>.

25. Щорічні звіти Міністерства юстиції України про результати проведення заходів щодо запобігання і протидії корупції у 2011 – 2013 роках [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://minjust.gov.ua/47777>.



УДК 343.1

## НАСИЛИЕ КАК КАТЕГОРИЯ ОБЩЕЙ ЧАСТИ УГОЛОВНОГО ПРАВА УКРАИНЫ

**Александр ХРАМЦОВ,**

кандидат юридических наук, доцент,  
доцент кафедры уголовно-правовых дисциплин  
Харьковского национального университета имени В. Н. Каразина

### SUMMARY

Violence as a category of the General Part of criminal legislation of Ukraine is researched in the article. It is important for such institutions of the General Part, as stages of committing a crime, complicity in the crime, circumstances excluding degree of crime. It is noted that specific manifestations of both physical and mental violence are examined in the General Part. They include coercion, compulsion, particular cruelty of a crime, etc. Objective and subjective features of these violent acts are analyzed. Author's recommendations for improving the relevant criminal law norms are presented. They make possible to use the relevant norms of the General Part of the Criminal Code more effective.

**Key words:** physical violence, mental violence, coercion, compulsion, particular cruelty, threat of harm, threat to commit a crime, subjective features, objective features.

### АННОТАЦИЯ

В статье рассматривается насилие как категория Общей части уголовного законодательства Украины. Оно имеет значение для таких институтов Общей части, как стадии совершения преступления, соучастие в преступлении, обстоятельства, исключающие преступность деяния. Указывается, что в Общей части рассматриваются конкретные проявления как физического, так и психического насилия. К ним относятся принуждение, понуждение, особая жестокость преступления и так далее. Анализируются объективные и субъективные признаки этих насильственных действий. Даются авторские рекомендации по усовершенствованию соответствующих уголовно-правовых норм. Они позволяют более эффективно применять соответствующие нормы Общей части Уголовного кодекса Украины.

**Ключевые слова:** физическое насилие, психическое насилие, принуждение, понуждение, особая жестокость, угроза причинения вреда, угроза обстановкой совершения преступления, субъективные признаки, объективные признаки.

**Постановка проблемы.** Насилие является категорией не только Особенной части, но и Общей части законодательства Украины об уголовной ответственности. Конкретные его проявления имеют значение для таких институтов Общей части Уголовного кодекса (далее – УК) Украины, как стадии совершения преступления, соучастие в преступлении, обстоятельства, исключающие преступность деяния, и другие.

**Целью статьи** является осуществление анализа физического и психического насилия как категорий Общей части уголовного права и законодательства, а также подача соответствующих авторских рекомендаций по внесению изменений в законодательство с целью повышения его эффективности.

**Изложение основного материала.** Угроза как конкретное проявление психического насилия имеет уголовно-правовое значение не только в нормах Особенной части, но и в нормах Общей части законодательства Украины об уголовной ответственности. При соучастии в преступлении угроза выступает способом подстрекательства к совершению преступления. При подстрекательстве виновное лицо угрожает другому лицу нанесением физического, имущественного, морального или другого вреда в случае несовершения последним

преступления [1, с. 95]. В этом случае, в соответствии с п. 6 ч. 1 ст. 66 УК Украины, совершение лицом под воздействием угрозы является обстоятельством, которое смягчает наказание.

Имеет значение угроза и для такого обстоятельства, исключающего преступность деяния, как необходимая оборона. Одним из важнейших признаков необходимой обороны является реальный характер общественно опасного посягательства. В этих случаях право на необходимую оборону возникает у лица при наличии реальной угрозы со стороны нападавшего совершить посягательство. Лицо имеет право защищаться по правилам необходимой обороны уже тогда, когда в обстановке, которая сложилась, понятно, что посягательство сейчас должно совершиться, то есть тогда, когда правоохранительные интересы поставлены под непосредственную угрозу [2, с. 332]. Это положение конкретизировано в Постановлении Пленума Верховного Суда Украины № 1 от 26.04.2002 года «О судебной практике по делам о необходимой обороне», в котором указывается, что следует иметь в виду, что состояние необходимой обороны возникает не только в момент совершения общественно опасного посягательства, но и возникновения реальной угрозы нанесения вреда. При установлении

наличия такой угрозы необходимо учитывать поведение нападавшего, а именно направленность умысла, интенсивность и характер его действий, которые дают лицу, которое защищается, основания воспринимать угрозу как реальную. Переход использованных при нападении орудий преступления или иных предметов от нападавшего к лицу, которое защищается, не всегда свидетельствует об окончании посягательства [3, с. 8]. Так, например, при разбойном нападении о возникновении угрозы нанесения вреда может свидетельствовать сам факт демонстрации оружия. В этом случае речь идет об угрозе обстановкой совершения общественно опасного деяния.

Угроза имеет существенное значение и при правовой оценке такого обстоятельства, которое исключает преступность деяния, как задержание лица, которое совершило преступление. Такое задержание является правомерным, если оно соответствует общественной опасности посягательства и обстановке задержания. Именно эти обстоятельства могут нести реальную угрозу жизни и здоровью лица, которое задерживает преступника. Кроме того, преступник, который находится на свободе, несет угрозу для жизни и здоровья других лиц. В этих случаях преступнику может быть нанесен существенный вред, вплоть до причинения смерти, что является правомерным при задержании.

Имеет значение для уголовной ответственности и наказания угроза в таком обстоятельстве, как физическое или психическое принуждение. Средством воздействия на психику лица с целью принудить его вопреки своей воле совершить или удержаться от совершения определенных противоправных действий является физическое либо психическое насилие. Последнее совершается в виде угроз, к которым относятся такие: угроза применения физического насилия, в том числе и при помощи оружия; угроза применения насилия в отношении родных, близких, иных лиц, судьба которых важна для лица, от которого требуют выполнения определенного действия или бездействия; угроза разглашения сведений, которые лицо желает сберечь в тайне. Все эти угрозы должны соответствовать обязательным признакам уголовно наказуемой угрозы (действительность, наличие, реальность и информационность).

Сложными общественно опасными действиями, в которые входит физическое и психическое насилие, является принуждение. Понятие принуждения в уголовном праве употребляется в двух значениях. Под принуждением, которое употребляется как существительное, понимается обусловленная кем-то или чем-то необходимостью действовать определенным образом, независимо от желания. В свою очередь под термином «принуждать» понимается требование от кого-нибудь исполнения чего-то, независимо от его воли, желания; требовать чего-нибудь, применяя силу [4, с. 940].

Таким образом, под принуждением следует понимать:

1) общественно опасное действие или бездействие лица, которое обусловлено воздействием на него иных лиц в различной форме. В отдельных случаях такое поведение относится к обстоятельствам, исключающим преступность деяния;

2) определенные сложные действия, которые характеризуют общественно опасное деяние как признак объективной стороны преступления.

Следует поддержать позицию В.В. Дубинца, который указывает, что под принуждением нужно понимать воздействие на другое лицо с целью добиться от него определенного поведения в форме действия или бездействия, при этом это воздействие может осуществляться способом давления на волю (через сознание) или через воздействие на физическую сторону лица. Принуждение и насилие – это часто взаимосвязанные явления. Но не любое принуждение – насилие [5, с. 92]. Следует также поддержать позицию В.О. Симонова и В.С. Шумихина, которые считают, что понятие принуждения является более широким по объему, чем понятие насилия. Принуждение осуществляется и через имущественную, организационную сферу, насилие же – всегда через лицо, его биологическую подструктуру [6, с. 8–9]. Действительно, понятие насилия является более узким, чем понятие принуждения. Насилие (физическое и психическое) включается в качестве действия в более сложное, которое характеризует общественно опасное деяние.

Принуждение является способом склонения исполнителя со стороны подстрекателя к совершению преступления. Вместе с принуждением законодатель предусматривает и иные виды влияния: уговоры, подкуп, угроза и так далее. В этом случае принуждение – требование от иного лица совершить преступление путем нанесения телесных повреждений либо применения иного насилия, повреждения имущества, которое принадлежит лицу или его близким, распространения информации о лице и так далее. При помощи принуждения подстрекатель порождает у других соучастников, в первую очередь у исполнителя, желание совершить преступление. При этом воля соучастников не парализуется, окончательное решение о совершении преступления они принимают самостоятельно. В отличие от угрозы, при принуждении виновный применяет также насилие физическое. В отдельных случаях такие действия подстрекателя образуют самостоятельный состав преступления, например, ч. 1 ст. 303 УК Украины «Сутенерство или вовлечение в занятие проституцией».

Принуждение в уголовном законодательстве Украины признается обстоятельством, исключающим преступность деяния. Часть 1 ст. 40 УК Украины определяет, что не является преступлением действие или бездействие, которое причинило вред правоохранительным интересам, совершенное под непосредственным воздействием физического принуждения, вследствие которого лицо не могло руководить своими поступка-

ми. Часть 2 ст. 40 УК Украины указывает на второй вид принуждения – психическое. В науке под физическим и психическим принуждением понимается воздействие на лицо, соответственно, физическими и психическими средствами с целью добиться от него необходимого для виновного поведения [7, с. 154]. Э.Ф. Побегайло рассматривает принуждение как применение по отношению к тому, кого принуждают, методов физического или психического воздействия [8, с. 85]. В.В. Иванова рассматривает принуждение как воздействие на лицо извне или вопреки его воле. Принуждение – это воздействие на лицо против его воли, которое ограничивает свободу выбора поведения, которое имеет цель принудить действовать в соответствии с волей того, кто принуждает [9, с. 49].

Физическое принуждение выражается в побоях, телесных повреждениях, незаконном лишении свободы. Этот вид принуждения, по мнению большинства ученых, направлен на биологическую подструктуру личности. Фактически под физическим принуждением понимаются насильственные действия или физическое насилие.

Однако в литературе существует точка зрения о том, что к этому виду принуждения относится также уничтожение имущества лица [10, с. 122]. Автор не согласен с такой позицией, так как уничтожение имущества при принуждении осуществляет посягательство не на физическую неприкосновенность лица, а воздействует на психику и волю последнего.

Под психическим принуждением как обстоятельством, которое исключает преступность деяния, понимается воздействие на психику лица с целью принудить его вопреки воле совершить или воздержаться от совершения определенных противоправных действий. К нему относятся такие виды воздействия: а) угроза применения физического насилия, в том числе с применением огнестрельного или холодного оружия; б) применение или угроза применения насилия в отношении родных, близких, иных лиц, судьба которых важна для лица, которое принуждают; в) уничтожение или угроза уничтожения имущества, которое принадлежит потерпевшему, его родным, близким, иным лицам, судьба которых важна для лица, которое принуждают; г) воздействие на психику при помощи гипноза либо иных подобных средств.

В науке уголовного права выделяют такие критерии наличия состояния физического принуждения, которое полностью лишает лицо, которое принуждают, возможности руководить своими действиями: направленность принуждения, наличность, действительность, непреодолимый характер принуждения [11, с. 49–50]. Эти же признаки характеризуют и психическое принуждение, с той лишь разницей, что решение вопроса об уголовной ответственности решается в этом случае по правилам крайней необходимости.

В.Ф. Иванов указывает, что понуждение и принуждение характеризуются насильственным воздействием на волю лица с целью заставить его определенным способом действовать или бездействовать. Они выступают в качестве особого воздействия психического насилия, которое не преследует цели нанесения физической или психической травмы (хотя объективно они могут иметь место), а направлено на лишение либо ограничение свободы волеизъявления потерпевшего при одновременном стимулировании необходимого насильственного поведения [11, с. 8–9].

Несмотря на значительную разработку понятия принуждения и его видов, вызывает вопросы разграничение принуждения на физическое и психическое. Автор поддерживает позицию тех ученых, которые не признают наличия физического принуждения. Так, Н.Н. Ярмыш считает, что не существует не только «непреодолимого физического принуждения», но и «физического принуждения». Это не физическое принуждение, а насилие [12, с. 52–53]. Оно выступает дополнительным средством (хотя очень существенным) воздействия на психику лица, которое принуждают к определенному поступку. Принуждение – это именно психическое насилие. Но для большей эффективности оно может сопровождаться насилием физическим. По мнению ученого, воздействуя на тело человека, его ни к чему нельзя принудить. Можно только самому совершить определенное деяние. Принуждением признается только такое воздействие, при котором лицо в состоянии совершать определенные поступки, которые от него требуют, проявлять волю [12, с. 53]. Такую же позицию поддерживает М.С. Таганцев, который считает, что физическое насилие устраняет любую возможность участия сознания и воли того, кто ему подвергается [13, с. 52].

Мы также считаем, что принуждение может быть только психическим. Оно может подкрепляться физическим насилием. Поэтому, на наш взгляд, ст. 40 УК Украины должна иметь название «Психическое принуждение как обстоятельство, которое исключает преступность деяния» и излагаться в такой редакции: «1. Не является преступлением действие или бездействие лица, которое причинило вред правоохраняемым интересам, совершенное под непосредственным воздействием психического принуждения, вследствие которого лицо не могло руководить своими действиями. 2. Вопрос об уголовной ответственности лица, которое нанесло вред правоохраняемым интересам, в случае, если лицо подверглось психическому принуждению, вследствие которого оно сохраняло возможность руководить своими действиями, решается в соответствии с положениями ст. 39 настоящего Кодекса».

Также должна быть изменена редакция п. 6 ч. 1 ст. 66 УК Украины. Под обстоятельством, которое смягчает уголовное наказание, должно признаваться не совершение преступления под воздействием угрозы, при-

нуждения, а совершение преступления под воздействием физического или психического насилия.

Давая правовую оценку действий лица под психическим принуждением, следует учитывать психологический подход к этому вопросу. Это позволит индивидуализировать ответственность лиц. Принуждение с психологических позиций – это воздействие на волю другого лица при помощи физического и психического насилия, превращение последнего в орудие совершения преступления. Эксперты-психологи смогут оценить степень принуждения (является оно преодолимым или непреодолимым). Для этого следует учитывать не только объективные характеристики того, кто принуждает, но и восприятие их лицом, которое принуждают, с учетом его психологических особенностей. К ним относятся возраст, жизненный опыт, психологическое состояние и так далее.

Важное значение для теории и практики имеет разграничение понятий принуждения и понуждения. Они являются самостоятельными способами воздействия на психику другого лица с целью изменения его поведения. На наш взгляд, эти понятия не являются тождественными. Поэтому нельзя согласиться с В.Ф. Ивановым в том, что понуждение и принуждение представляют собой вид насилия, который направлен на исключение либо ограничение воли потерпевшего при одновременном стимулировании необходимого поведения. Однако он справедливо указывает, что способы насильственного воздействия при принуждении отличаются большей интенсивностью и опасностью, которые ставят потерпевшего в безвыходное положение, то есть в такие условия, при которых он только путем совершения определенных действий может предотвратить нанесение вреда своим правоохранительным интересам. Для лица, которое действует под принуждением, характерно осознание того, что вред, который угрожает, является неотвратимым фактором выполнения условий лица, которое принуждает, по мнению потерпевшего, единственно возможным в этой ситуации выходом из создавшегося принуждением положения, которое похоже на состояние крайней необходимости, или действием непреодолимой силы [11, с. 10–11]. Н.Н. Ярмыш считает, что понуждение и принуждение являются двумя самостоятельными видами навязывания одним человеком своей воли другому. Они представляют собой ограничения свободы выбора вариантов поведения лицом, которые преступник использует для реализации собственных целей. При принуждении «третьего не дается». В других случаях – это понуждение. Воля лица, которое принуждают, значительно ограничивается. У него есть только один из двух вариантов: исполнить то, что требуют, или пострадать от того, чем ему угрожают. Именно крайняя ограниченность, по мнению ученых, является критерием разграничения принуждения и понуждения [12, с. 55–56]. Действительно, при понуждении вариантов поведения у потерпевшего больше, чем при принуждении.

Проблемным в науке уголовного права является признание волевого характера действия (бездействия) потерпевшего при принуждении. Вопрос состоит в возможности сохранить волю потерпевшим при принуждении. Этот вопрос решается на практике таким образом: действие или бездействие – это волевые поступки человека, которые представляют собой психофизическое единство внешней (физической) и внутренней (психической) стороны его поведения. При этом воля лица может быть либо непосредственно выражена в его личных конкретных действиях (физических или информационных), либо опосредована в его поступках с применением различных механизмов, средств, либо проявляться в деятельности иных лиц, которые не достигли возраста уголовной ответственности, психически больных и подобных. Однако случаются ситуации, когда в совершенном лицом действии или бездействии воля не проявляется. К таким обстоятельствам относятся непреодолимая сила, непреодолимое физическое принуждение (насилие), психическое принуждение, которое соответствует требованиям крайней необходимости.

Физическое и психическое насилие характеризуют такое обстоятельство, которое отягчает уголовное наказание, как совершение преступления с особой жестокостью (п. 10 ч. 1 ст. 67 УК Украины). В свою очередь п. 4 ч. 2 ст. 115 УК Украины предусматривает особую жестокость как квалифицирующее обстоятельство убийства. На наш взгляд, признаки особой жестокости требуют определенного уточнения. Пункт 8 Постановления Пленума Верховного Суда Украины «О судебной практике по делам о преступлениях против жизни и здоровья лица» определяет, что умышленное убийство признается совершенным с особой жестокостью, если виновный, лишая потерпевшего жизни, осознавал, что причиняет ему особые физические (путем нанесения большого количества телесных повреждений, пыток, истязания, мучения, в том числе с использованием огня, тока, кислоты, радиоактивных веществ, яда, которое причиняет нестерпимую боль и так далее), психические или моральные (путем унижения чести, унижения достоинства, причинения сильных душевных переживаний, издевательства и так далее) страдания, а также если оно соединено с глумлением над трупом или совершалось в присутствии близких потерпевшему лиц, и виновный осознавал, что такими действиями причиняет последним особые психические или моральные страдания [14, с. 89].

Особая жестокость присуща в первую очередь насильственным преступлениям. Она имеет значение для оценки общественной опасности таких преступлений не только и не столько в случаях, когда потерпевшему причиняются особые физические или психические страдания, а тогда, когда соответствующие признаки способа совершения преступления выступают проявлением устойчивого личностного качества. В этих случа-

ях особая жестокость всегда осознана и мотивирована, выступает способом достижения цели или самой целью преступления. Поэтому абсолютно правильно в указанном выше постановлении Пленума Верховного Суда Украины указывается, что виновный должен осознавать то, что причиняет потерпевшему особые физические или моральные страдания. Однако вызывает определенные замечания позиция Л.А. Андреевой, которая считает, что движущей силой особой жестокости является жестокий мотив [15, с. 195]. Непонятно, что имеется в виду. В основе мотива, как правило, лежит определенная потребность. Это может быть также потребность удовлетворить свои садистские наклонности. Поэтому особо жестоким может быть лишь способ удовлетворения такой потребности.

Специальные психологические исследования выявили наиболее значимые личностные характеристики, которые присущи лицам, совершающим насильственные преступления с особой жестокостью. К ним относятся ярко выраженная агрессивность, низкий морально-этический уровень, неспособность к сочувствию, конфликтность и тому подобное. Анализ убийств и тяжких телесных повреждений, которые совершаются с особой жестокостью, позволяет выделить такие виды жестокости:

1) импульсивная жестокость (вызвана реакцией субъекта на ситуацию и повышенной эмоциональностью);

2) инструментальная жестокость (используется для достижения иной, не связанной с жестокостью, цели);

3) «вынужденная жестокость» (выступает результатом угроз и требованием со стороны лидера преступной группы);

4) жестокость как результат групповой солидарности (реализуется желание лица сохранить или повысить авторитет в группе, выступает разновидностью «инструментальной» жестокости);

5) жестокость как основной мотив преступного деяния (в ней проявляются такие личностные качества лица, как агрессивность, садизм, пренебрежение другими и так далее).

Указанные типы особой жестокости должны иметь значение для дифференциации и индивидуализации уголовной ответственности лиц и применения к ним средств исправления и ресоциализации.

**Выводы.** Таким образом, особая жестокость характеризуется объективными и субъективными признаками. К объективным относится способ причинения особых физических и психических страданий. Субъективным признаком особой жестокости выступает способность субъекта в момент совершения преступления понимать, что его действия причиняют потерпевшему особые физические или психические страдания.

Подводя итог, следует сказать, что насилие (физическое и психическое) является важнейшим понятием не

только Особенной части, но и Общей части законодательства Украины об уголовной ответственности. Установление его вида и всех необходимых признаков позволяет более эффективно применять соответствующие нормы.

### Список использованной литературы

1. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К. : Каннон ; А.С.К., 2001. – 1104 с.

2. Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть : [курс лекций] / А.В. Наумов. – М. : БЕК, 1996. – 560 с.

3. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26.04.2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону» // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України та постанов Верховного Суду України у справах кримінальної юрисдикції. – Х. : Одісей, 2012. – 432 с.

4. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. – 1440 с.

5. Дубинець В.В. Визначення видів примусу до вживання наркотиків / В.В. Дубинець // Право України. – 2006. – № 8. – С. 91–95.

6. Симонов В.О. Преступное насилие. Понятие, характеристика и квалификация насильственных посягательств на собственность : [учеб. пособие] / В.О. Симонов, В.С. Шумихин. – Пермь : Изд-во Пермского ун-та, 1992. – 120 с.

7. Ветров Н.И. Уголовное право. Общая часть : [учеб. пособие] / Н.И. Ветров. – М. : Норма, 1998. – 278 с.

8. Комментарий к Уголовному Кодексу Российской Федерации / под ред. Э.Ф. Побегайло. – М. : Норма, 1998. – 670 с.

9. Иванова В.В. Преступное насилие : [монография] / В.В. Иванова. – М. : ЮИ МВД РФ ; Книжный мир, 2002. – 83 с.

10. Комментарий к Уголовному Кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.И. Скуратова, В.М. Лебедева. – М. : Норма – Инфра-М, 1998. – 832 с.

11. Иванов В.Ф. Уголовно-правовая оценка понуждения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / В.Ф. Иванов ; Саратовский гос. ун-т. – Саратов, 1986. – 19 с.

12. Ярмыш Н.Н. Действие как признак объективной стороны преступления (проблемы психологической характеристики) : [монография] / Н.Н. Ярмыш. – Х. : Основа, 1999. – 84 с.

13. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 года / отв. ред. Н.Н. Таганцев. – СПб. : Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 1909. – 360 с.

14. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 2 від 07.02.2003 року «Про судову практику у справах про злочини проти життя та здоров'я особи» // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України та постанов Верховного Суду України у справах кримінальної юрисдикції. – Х. : Одісей, 2012. – 432 с.

15. Андреева Л.А. Влияние жестокости преступного поведения на уголовную ответственность : [монография] / Л.А. Андреева, П.Ю. Константинов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2002. – 210 с.

## КРИМИНОЛОГИЯ; УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА

УДК 343.98

### ІНФОРМАЦІЙНІ ТЕХНОЛОГІЇ – ІННОВАЦІЙНИЙ ЗАСІБ РОЗРОБЛЕННЯ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЗЛОЧИНІВ

**Василь БЛОУС,**

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри криміналістики  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

#### SUMMARY

The article is dedicated to the research of the current problems of the development of crimes criminalistic characteristic and search for innovative ways of their solution. The role of the separate criminalistic methods as the most required criminalistic products and relevance of the crimes criminalistic characteristic as the foundation for their formation is analyzed. Introduction of IT solutions is proposed as one of the most efficient ways of creating, maintaining the up-to-date condition and automatic processing of information base of crimes criminalistic characteristic, determination of the correlation dependence between its separate elements, rational programming and algorithmization of activity of criminal justice bodies of prejudicial and judicial inquiry of criminal proceedings under conditions of the information society rise.

**Key words:** information technologies, cognitive technologies, artificial intelligence, Unified Register for Pre-Trial Inquiry, forensic characteristic, forensic methodology.

#### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено дослідженню сучасних проблем розроблення криміналістичної характеристики злочинів і пошуку інноваційних шляхів їх вирішення. Аналізується роль окремих криміналістичних методик, як найбільш вичислюваних продуктів криміналістики, і значущість криміналістичної характеристики злочинів, як підґрунтя для їх формування. Пропонується впровадження інформаційних технологій як одного з найбільш ефективних засобів створення, підтримання в актуальному стані та автоматизованого опрацювання інформаційної бази криміналістичної характеристики злочинів, визначення кореляційних залежностей між окремими її елементами, раціонального програмування та алгоритмізації діяльності органів кримінальної юстиції з досудового розслідування та судового розгляду кримінальних проваджень в умовах становлення інформаційного суспільства.

**Ключові слова:** інформаційні технології, когнітивні технології, штучний інтелект, Єдиний реєстр досудових розслідувань, криміналістична характеристика, криміналістична методика.

**Постановка проблеми.** Актуальність розбудови потужного підґрунтя для ефективної протидії злочинності у глобальному світі інформаційної доби зумовлює позитивну оцінку взяття Україною та Європейським Союзом і його державами-членами взаємних зобов'язань щодо посилення двостороннього, регіонального та міжнародного співробітництва у сфері боротьби зі злочинністю та корупцією, розвитку співробітництва, зокрема стосовно обміну найкращими практиками, в тому числі щодо методик розслідування та криміналістичних досліджень (п. «а» ч. 3 ст. 22 Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом). Наочним доказом підтримки євроінтеграційних устремлінь нашої держави з боку вітчизняної і зарубіжної наукової спільноти стало ініціювання Міжнародним Конгресом Криміналістів єдиної європейської програми розвитку криміналістики до 2025 р. «Криміналістика – 2025», що знайшло своє закріплення у меморандумі, який було прийнято членами Конгресу 27 червня 2014 р. у

м. Ужгороді (Україна) синхронно з підписанням Президентом України і лідерами усіх країн-членів ЄС у м. Брюсселі (Бельгія) заключної частини Угоди про асоціацію між Україною та ЄС.

При визначенні напрямків наукового пошуку в сфері криміналістичної методики вченим необхідно, у першу чергу, виходити з потреб судово-слідчої практики, прогностичного бачення ймовірних шляхів розвитку і структурних змін злочинних проявів, міжнародного досвіду боротьби з ними [1, с. 187]. На думку С.В. Веліканова, розробка криміналістичних рекомендацій з розслідування злочинів, що відповідають сучасним запитам правоохоронних органів і вимогам п. «а» ч. 3 ст. 22 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, передбачає подальше удосконалення криміналістичної характеристики злочинів як інформаційної основи криміналістичної методики розслідування злочинів [2, с. 215].

**Стан дослідження.** Загальновідомо, що криміналістична характеристика злочинів належить до числа

фундаментальних категорій криміналістики. Однак, на протязі майже півстоліття з моменту її запровадження у науковий обіг О.Н. Колесніченком, безсумнівна, на наше переконання, значущість цієї категорії періодично постає об'єктом бурхливих дискусій і навіть категоричних заперечень [3, с. 220–223]. А шляхи вдосконалення криміналістичної характеристики злочинів і унаочнення її значущості (практичної ролі) в умовах інформаційної епохи взагалі залишаються поза увагою широкого наукового загалу. Тому **метою даної статті** є дослідження найбільш вразливих для критики місць криміналістичної характеристики злочинів і пропонування інноваційних засобів її розроблення з орієнтацією на потреби сучасної судово-слідчої практики.

**Вклад основного матеріалу.** Розробка окремих криміналістичних методик, тобто наукових положень і заснованих на них рекомендацій з розкриття і розслідування злочинів окремих видів і груп, є одним із найбільш значущих та цікавих у науковому плані напрямків у криміналістиці [4, с. 283]. Типові криміналістичні методики, як науковий продукт, розробляються на базі результатів узагальнення судово-слідчої практики, а отже, вважаються найбільш оптимальними, дієвими (наприклад, розробка підвидової криміналістичної характеристики з детальним аналізом її елементів). Саме підвидові криміналістичні методики найбільше наближені до потреб практики, тому що саме на такому рівні можливі формулювання конкретних завдань розслідування й побудова відповідних програм та алгоритмів їх розв'язання. Саме ці типові програми розслідування та алгоритмічні схеми дій слідчого становлять основу відповідної криміналістичної методики [5, с. 351]. Підвидові криміналістичні методики належать до розряду найбільш оптимальних і дієвих у розпорядженні слідчого, так як вони тісно наближені до потреб практики і містять рекомендації прямої дії [1, с. 194].

Слід пам'ятати: «Те, що претендує на конкретну методику, неодмінно виродиться в мертву схоластику, якщо не ґрунтується на пізнаних закономірностях злочинної діяльності» [6, с. 55]. Зазначене підвищує цінність підвидових криміналістичних методик (мікрометодик), тобто методик розслідування, виокремлених з одного виду злочинів за криміналістично значущими ознаками, котрі як науковий продукт розробляються на базі значного емпіричного матеріалу, що дозволяє детально проаналізувати криміналістичну характеристику, визначити ймовірно-статистичні та кореляційні зв'язки між її елементами, виокремити слідчі ситуації певних етапів розслідування і відповідно до них сформулювати конкретні завдання і побудувати програми їх вирішення [1, с. 194].

За справедливим твердженням О.Н. Колесніченка, «успішна методика розслідування злочинів може здійснюватися тільки на основі їх криміналістичних

характеристик» [7, с. 25]. Як відзначає В.Д. Берназ, криміналістична характеристика створює належні умови орієнтації в слідах злочинної діяльності: визначення змісту і характеру слідчих ситуацій та відповідного алгоритму (послідовності) проведення слідчих дій, оперативно-розшукових та інших організаційних заходів, визначення тактики проведення окремих слідчих дій та в цілому прийняття та реалізації рішень слідчих [8, с. 65–72].

Криміналістична характеристика злочину, як вихідний пункт для створення відповідної криміналістичної методики, є результатом наукового аналізу та узагальнення типових ознак певного виду або роду злочинів; системою відомостей про криміналістично значущі ознаки злочинів певного виду, що відображає закономірні зв'язки між ними і слугує побудові та перевірці слідчих версій у розслідуванні злочинів. Метою криміналістичної характеристики злочину є оптимізація процесу розкриття і розслідування злочину, а призначення полягає в тому, що вона сприяє:

- 1) розробленню окремих методик розслідування;
- 2) побудові типових програм і моделей розслідування злочинів;
- 3) визначенню напрямку розслідування конкретного злочину.

Ця характеристика слугує слідчому своєрідною інформаційною базою, набором відомостей про певний вид злочинів. Її структура передбачає наявність певних елементів. Основними елементами криміналістичної характеристики є сукупності ознак, що визначають:

- 1) спосіб злочину;
- 2) місце та обстановку;
- 3) час учинення злочину;
- 4) знаряддя і засоби;
- 5) предмет злочинного посягання;
- 6) особу потерпілого (жертви);
- 7) особу злочинця;
- 8) типові сліди злочину [9, с. 182].

Значимість (практична роль) криміналістичної характеристики полягає в тому, що її елементи взаємозалежні між собою, мають кореляційні зв'язки (ймовірнісні залежності). За наявності одних ознак слідчий може припустити наявність інших (наприклад, за слідами, залишеними на місці події, можливо припустити професійні навички злочинця, його вік, стать, наявність аномалій психіки тощо). При цьому, кожен елемент криміналістичної характеристики злочинів має різний рівень залежностей з іншими елементами. Так, елемент характеристик «особа злочинця» може мати такі закономірні зв'язки: «потерпілий – злочинець», «сліди злочину – спосіб його вчинення – злочинець», «місце та обстановка злочину – злочинець», «час учинення злочину – злочинець» тощо. Не всі елементи працюють однаково в різних видах злочинів. Одні набувають першочергового значення, інші, навпаки, відходять

на другий план або навіть відсутні (наприклад, існують злочини, що не мають певного місця їх вчинення, в яких відсутня особа потерпілого) [9, с. 183].

Розробку методичних рекомендацій на основі криміналістичного аналізу злочинів і створення їх інформаційно-пізнавальних моделей – криміналістичних характеристик відповідних груп, видів і підвидів злочинів В.В. Тищенко пропонує віднести до загальних принципів наукового формування окремих методик розслідування [10, с. 248–249]. В.А. Журавель переконаний в тому, що саме криміналістична характеристика злочинів є теоретичною основою побудови методик їх розслідування, оскільки не дослідивши минулого – не можливо пізнати теперішній час. Іншими словами, не дослідивши злочин як подію минулого, не виділивши системи його криміналістично значущих ознак, не можна сформулювати рекомендації з його розкриття, розслідування і попередження [1, с. 191].

У методиках розслідування криміналістична характеристика відображає основні ознаки того чи іншого виду злочинів, а ймовірно-статистичні та кореляційні зв'язки між її елементами дозволяють сформулювати типові версії і, у першу чергу, відносно особи злочинців, що вчиняли аналогічні злочини в минулому [1, с. 201; 11, с. 279–280]. У свою чергу, як слушно зауважує В.А. Журавель, відсутність такого роду наукових розробок постає підставою для невтішних висновків відносно перспектив самої криміналістичної характеристики і віднесення її Р.С. Белкіним до розряду так званих криміналістичних фантомів [11, с. 282]. Це відбувається через те, що комплекс відомостей про злочин, який становить зміст криміналістичної характеристики, набуває практичного значення тільки в тих випадках, коли між його складовими встановлені кореляційні зв'язки і залежності, які мають закономірний характер. Тоді і тільки тоді слідчий отримує обґрунтований орієнтир для висування слідчих версій. В іншому випадку криміналістична характеристика втрачає будь-який сенс, так як зводиться до повторення загальновідомих істин [12, с. 56–58].

З огляду на викладене, заслуговує на цілковиту підтримку позиція Г.Ю. Жирного, згідно з якою криміналістична характеристика злочину як категорія науки криміналістики не є ілюзією, проте для того, щоб зробити її справжнім робочим інструментом розслідування, має бути чітко продумана структура й досліджені закономірні зв'язки між її елементами. Увагу слід зосереджувати не на опису зазначених елементів (так як всі вони висвітлюються як обставини, що підлягають установленню), а на цифрових показниках, що відображають кореляційні залежності між ними. Насамперед ці дані зумовлюють практичне призначення криміналістичної характеристики, вони враховуються під час розробки методичних рекомендацій із розслідування будь-яких злочинів.

Однак на статистичному рівні кореляційні залежності між елементами криміналістичної характеристики цих злочинів на теперішній час установити складно у зв'язку з відсутністю достатнього обсягу даних практики. Тому доречно у видових і підвидових окремих методиках використовувати цифрові показники у відсотках або терміни «найчастіше», «ймовірніше за все», які можна отримати шляхом узагальнення наявних кримінальних проваджень про злочини зазначеної категорії і які будуть коригуватися по мірі накопичення емпіричного матеріалу [13, с. 184–185], адже виявлення стійких кореляційних залежностей між елементами криміналістичної характеристики можливо тільки на базі значного емпіричного матеріалу.

Традиційно зміст елементів криміналістичної характеристики злочинів встановлюється на основі:

1) аналітичних процедур виведення висновків з вимог законодавства;

2) емпіричних досліджень, що складаються з анкетування справ кримінального провадження щодо злочинів певної категорії та інтерв'ювання слідчих, які мають досвід розслідування злочинів такої категорії [2, с. 214].

Відтак, щоб сформувати нову конкретну методику розслідування, необхідно розгорнути не тільки теоретичне дослідження, але й отримати нові емпіричні знання. Проте, через трудомісткість такі емпіричні дослідження зазвичай проводяться поверхнево [6, с. 38], а відомості, відображені в криміналістичних характеристиках, мають низький рівень репрезентативності [14, с. 121], адже у більшості дисертаційних робіт емпіричні дані обмежуються вивченням помірної кількості кримінальних проваджень [15, с. 301].

«Фундаменталізація» криміналістики і «наукоподібність» криміналістичних знань, на думку В.Ю. Шепітька, призводять до неможливості використання деяких їх рекомендацій в практичних цілях. Специфічною тенденцією криміналістики є її надмірна теоретизація, виконання наукових досліджень, які не знаходять належного емпіричного підтвердження і ефективного впровадження в практику [16, с. 42]. Як справедливо зауважує В.С. Батиргарєєва, нехтування емпіричними дослідженнями на користь зайвого теоретизування тих чи інших питань сприяло тому, що логіка міркувань і дослідницький інструментарій, за допомогою якого обґрунтовувалися висновки у вітчизняній науці, довгий час характеризувалися однолінійністю та вузькістю [17, с. 75]. Функції ж фактологічного (емпіричного) знання, за обґрунтованим твердженням В.М. Сирих, реалізуються лише за умови, що дослідник використовує не який-небудь відокремлений факт, а сукупність фактів, здатних дати повне, всебічне і достовірне описання досліджуваного явища чи процесу [18, с. 85]. Відтак, однією з головних умов проведення наукових досліджень на високому рівні є належне інформаційне забезпечення [19, с. 10], у тому числі й

за рахунок вивчення репрезентативної емпіричної бази, значення якої складно переоцінити.

Так, у 70-х роках ХХ ст. на основі узагальнення матеріалів приблизно однієї тисячі кримінальних справ Л.Г. Відонов виявив залежності між деякими елементами криміналістичної характеристики навмиєних вбивств, отримавши цінні дані, що стосувалися як умовно-однозначних, так і ймовірно-статистичних закономірних зв'язків. Проте протягом наступних десятиліть наслідувати цей приклад не наважився ніхто. «Легше описувати елементи характеристики, та ще й за власною схемою, ніж займатися вельми копітким процесом виявлення кореляційних залежностей між ними», – резюмував із цього приводу Р.С. Белкін [20, с. 221]. Із цього приводу В.П. Бахін запропонував розширювати на базі науки вирішення практичних проблем правоохоронної діяльності шляхом:

- 1) об'єднання досліджень практиків і вчених;
- 2) розширення колективних розробок;
- 3) перетворення кандидатських дисертацій у дослідження практичної діяльності на основі глибоких емпіричних даних [15, с. 306].

Такі рекомендації подекуди вже втілені в життя. Наприклад, протягом 1996–1997 рр. наукові працівники лабораторії «Використання сучасних досягнень науки і техніки у боротьбі зі злочинністю» НДІВПЗ ім. академіка В.В. Сташиса НАПрН України під час дослідження проблем, пов'язаних з використанням досягнень науки і техніки в боротьбі з окремими видами тяжких злочинів проти особи і, насамперед, убивствами на замовлення, розбійними нападами, злочинами терористичної спрямованості, викраденням людей, у тому числі дітей, розробили концепцію та структуру науково-прикладної програми досліджень, здійснили узагальнення слідчої та судової практики (75 кримінальних справ) та сформували спеціалізований банк даних. Це дозволило виявити залежності між окремими елементами криміналістичної характеристики неочевидних убивств і розробити інформаційно-аналітичну систему «СПРА-ВА», яка дозволяє на підставі первинної інформації з місця виявлення трупа будувати найбільш ймовірні версії щодо обставин події злочину. А узагальнення матеріалів 100 кримінальних справ про нерозкриті вбивства, під час якого було вивчено та проаналізовано протоколи слідчих дій, рапорти працівників оперативно-розшукових органів, постанови про призначення судових експертів та висновки експертів, обвинувальні висновки та інші процесуальні документи, дозволило виокремити різні типові помилки слідчих. Як то: невикористання, неправильне використання або використання не в повному обсязі інформації, що міститься в криміналістичних обліках, та інформації, що міститься в аналогічних за способом вчинення розкритих і нерозкритих справах; не достатньо повне використання під час досудового розслідування злочинів науково-

технічних засобів і сучасних комп'ютерних технологій; неякісне планування розслідування злочинів та проведення окремих слідчих дій тощо [21, с. 3–4, 11].

Є очевидним, що такі дослідження повинні здійснюватися безперервно, адже одна з найбільш нагальних проблем сьогодення полягає в тому, що діяльність органів кримінальної юстиції в епоху інформаційного суспільства характеризується високою інформаційною ємністю, постійною необхідністю в отриманні й обробленні великих обсягів даних і підтриманні раніше отриманих відомостей в актуальному стані [22, с. 204–205]. А криміналістична характеристика злочинів має властивість динамічності, яка виявляється в тому, що її зміст може змінюватися щодо тих або інших видів (родів) злочинів, поповнюватися новими відомостями у результаті узагальнень слідчої практики [9, с. 183]. Тому лише при вірному методологічному підході та з використанням відповідного інструментарію із лавиноподібних потоків неструктурованої інформації можна в режимі реального часу не тільки виокремлювати важливі тенденції, а й встановлювати актуальні закономірності досліджуваних процесів і явищ. Цим пояснюється як загальне зростання попиту на спеціальні дослідження у сфері аналізу великих обсягів інформації («Big Data») і розбудови на їх теоретичній основі прикладної системи збирання важливих даних і управління інформаційними ресурсами [23], так і актуальність таких досліджень для криміналістики – науки «про закономірності злочинної діяльності та її відображення в джерелах інформації» [16, с. 34].

Для ХХІ ст. аналіз даних обіцяє набути такого ж значення, як парові двигуни для ХVІІІ-го, електроенергія для ХІХ-го і нафта для ХХ-го [24]. Життєдіяльність сучасного людства відбувається в умовах «Третньої індустріальної революції» (Third Industrial Revolution) [25], здатної докорінно змінити життя менше ніж за п'ять найближчих років [26]. В оприлюдненому компанією «ІВМ» прогнозі «П'ять інновацій, що повернуть світ протягом п'яти років» йдеться про те, що найближче п'ятиліття проходитиме під егідою нової ери пізнавальних систем, які дозволять машинам навчатися, робити умовиводи і бути залученими до повсякденного життя кожної людини. Паралельно з тим, як комп'ютери вчать думати аналогічно мозку людини, генеровані людьми і машинами відомості поступово переміщуються в обчислювальні хмари, які дозволяють навіть невеликим користувачам використовувати гігантські бази знань, запроваджувати інновації і автоматизувати свою діяльність на основі найкращого світового досвіду. Із часом комп'ютери ставатимуть розумнішими і гнучкішими, вони ширше взаємодіятимуть з даними, іншими пристроями і людьми, допомагаючи приймати раціональні рішення на основі всієї інформації, що нас оточує. Протягом п'яти найближчих років може змінитися навіть сама парадигма роботи з даними в

професійному й особистому житті кожного [27]. Цьому сприятимуть інформаційні технології в галузі планування і прогнозування, дослідження та інтеграції даних, предикативної [28] і контентної аналітики, когнітивних обчислень, управління даними, контентом і прийняттям рішень, розбудови сховищ даних, «Cloud Computing» тощо [24]. Наприклад, компанія «Vicarious» (США) розробляє передові технології штучного інтелекту, ставлячи за мету створення цифрової моделі неокортексу, або нової кори головного мозку, яка розташовується у верхньому шарі півкуль головного мозку та відповідає за вищі нервові функції – сенсорне сприйняття, виконання моторних команд, усвідомлене мислення й мову. Створення штучного неокортексу призведе до появи комп'ютерів, здатних мислити, як людина, без втоми і витрат часу та матеріальних ресурсів на відновлення працездатності [29]. У дослідженні «McKinsey Global Institute» «Проривні технології: досягнення, які змінять життя, бізнес і світову економіку» акцентується увага на перспективах нових методів автоматизації розумової праці і наголошується на тому, що комп'ютери вже сьогодні здатні аналізувати величезні обсяги неструктурованої інформації, інтерпретувати людську мову і розуміти команди, сприймати дії і навіть наміри людей. Це невдовзі дозволить перекласти на обчислювальні пристрої частину службових обов'язків, а в деяких випадках – призвести до повної заміни людей комп'ютерами [35] або посилити можливості людини за допомогою Бодінету (натільного Інтернету) [26].

Перелічене забезпечує можливість якісного криміналістичного аналізу величезних масивів розслідуваних і розглянутих кримінальних проваджень з метою узагальнення статистично обґрунтованих результатів успішного чи невдалого розслідування злочинів шляхом застосування зцією метою спеціалізованих комп'ютерних пошукових і аналітичних програм [31, с. 381]. Серед напрямків поліпшення характеристик техніко-криміналістичних засобів слідчі різних органів досудового розслідування виокремили забезпечення можливості комп'ютерної обробки інформації [21, с. 16–17]. Важливими є автоматизація та алгоритмізація аналітичної і пошукової роботи [32, с. 181]. Автоматизація постає сьогодні невід'ємною складовою технологічних умов праці, як чинник, що входить до предмета наукової організації діяльності слідчого та впливає на ефективність діяльності слідчого з розкриття, розслідування і попередження злочинів [33, с. 14].

Вище описане є вкрай важливим з огляду на те, що, як справедливо зауважує Ю.П. Гармаєв, більшість «продуктів» всіх наук антикримінального циклу сильно відстають від сучасних досягнень науково-технічного прогресу в контексті форм викладення, засобів і методів доведення, доставки знань до «кінцевого споживача», вимушено констатуючи вже не просто тривожне, а близьке до катастрофічного відставання науки від практики

і сучасних досягнень НТП. Що ж до шляху подолання негативних тенденцій, то цей вчений зазначає: «Усі науки антикримінального циклу повинні самі просуватися назустріч своєму «кінцевому споживачеві», розробляючи і впроваджуючи «продукцію» в різних варіантах залежно не від усталених внутрішніх традицій, а від тенденцій «споживання», характеристики типового, умовно кажучи, кінцевого споживача. «Нетрадиційний» тип останнього, формулювання рекомендацій для нього, переважно в інтерактивній, мультимедійній, стаціонарній плюс мобільній формі з міждисциплінарним змістом, повинно стати пріоритетним напрямом прикладних розробок названих наук [34, с. 79, 82, 83].

В процесі діяльності з розробки нових інформаційних технологій у боротьбі зі злочинністю науковий колектив лабораторії «Використання сучасних досягнень науки і техніки у боротьбі зі злочинністю» НДІВПЗ ім. академіка В.В. Сташиса НАПрН України дійшов висновку, що інформаційне забезпечення правоохоронних органів повинно здійснюватися за такими напрямками:

- 1) інформаційний (добір криміналістично значущої інформації);
- 2) технічний (комплектація комп'ютерною технікою і периферійним обладнанням, кваліфіковане обслуговування тощо);
- 3) програмний (створення програмно-технічних комплексів, автоматизованих робочих місць);
- 4) організаційний (надання можливості використання інформаційних технологій) [21, с. 11].

А ініційована Міжнародним Конгресом Криміналістів єдина європейська програма розвитку криміналістики до 2025 р. «Криміналістика – 2025», за задумом фундаторів, повинна охоплювати підготовку й упровадження новітніх криміналістичних науково-технічних засобів та інформаційних технологій.

При розробленні криміналістичної характеристики основним виступає індуктивний метод пізнання, коли дослідник переходить у розвитку знання від окремих, одиничних фактів до узагальнень, від окремих спостережень до загальних висновків. Індуктивна модель наукового знання склалася в межах філософії емпіризму, згідно з якою єдиним джерелом достовірності знання про світ слугує наш досвід. За переконанням Ф. Бекона, індукція, тобто рух від конкретних випадків, щодо яких ми маємо досвід, через абстрагування до узагальнень – єдиний можливий спосіб отримання наукового знання. В якості емпіричної бази (для застосування цього методу з метою побудови криміналістичної характеристики окремих видів і груп злочинів) О.С. Харлов пропонує використовувати електронні бази даних інформаційних центрів органів МВС [35, с. 125–130]. Нами в якості основної платформи для емпіричних досліджень пропонується використовувати вже запроваджений Єдиний реєстр досудових розслідувань [36, с. 173–187], упорядкування відомостей якого у

сенсі забезпечення їх придатності для автоматизованої обробки на основі розгорнутої криміналістичної характеристики кожного виду злочинів слугуватиме не лише якісній криміналістичній діагностиці, а й прогнозуванню та плануванню. Якщо криміналістична діагностика дозволяє встановити певні факти і зв'язки тих подій, що вже відбулися, то за допомогою прогнозування за наявною інформацією можна визначити найбільш реальні варіанти розвитку виявлених процесів, які характеризують розслідуваний злочин [37, с. 71]. Вказане має вагомий значення не тільки для криміналістики, адже в науках антикримінального циклу, крім криміналістичної, досліджуються й тісно пов'язані з нею кримінально-правова, кримінологічна, оперативно-розшукова та кримінально-процесуальна характеристики злочинів.

Привертає увагу той факт, що тільки в І півріччі 2014 р. Генеральною прокуратурою України обліковувалося 305 656 кримінальних правопорушень [38]. Очевидно, що класичне індивідуальне накопичення емпіричного матеріалу для дисертаційних досліджень, яке було характерним для європейських учених кінця ХХ ст. [39, с. 45], у такому випадку є малопродуктивним, так як жодному дослідникові не вдасться охопити домінуючу частину цього інформаційного масиву для визначення загальних закономірностей традиційними методами і знаряддями праці. Проте навіть повна індукція, як перерахування всіх об'єктів певного класу з виявленням спільних для них властивостей, може стати реальністю, якщо збирання, систематизація й узагальнення криміналістично значущих відомостей про злочин, що формують електронну базу даних Реєстру, будуть здійснюватися автоматично в режимі реального часу засобами комп'ютерної техніки. Упровадження подібних розробок вже забезпечує досягнення позитивних результатів у різних галузях життєдіяльності інформаційного суспільства. Наприклад, використання найбільшою інформаційною агенцією США і найбільшим виробником контенту у світі «Associated Press» технології компанії «Automated Insights» дозволило автоматизувати створення фінансових оглядів компаній за допомогою штучного інтелекту, істотно заощадивши час та інші ресурси, необхідні для подальшої аналітичної обробки узагальнених показників за допомогою людського інтелекту [40].

**Висновки.** З того часу, як стало можливим об'єднання ЕОМ в комп'ютерні мережі, набуло актуальності вирішення проблем проектування і розгортання розподілених комп'ютерних систем. Все більша кількість досліджень протягом останніх років виконується в галузі широкомасштабних (глобальних) обчислень. Групи вчених розробляють проміжне програмне забезпечення (middleware), бібліотеки та інструментальні засоби, які дозволяють спільно використовувати територіально розподілені, а не об'єднані ресурси, як єдину потужну платформу для виконання паралельних і розподілених додатків. Такий підхід до

обчислень раніше був відомий під декількома назвами, такими як метакомп'ютинг, обчислення, що масштабуються, або глобальні обчислення, а останнім часом – обчислення Grid. Самі Grid-системи визначаються як «гнучке, безпечне, скоординоване спільне використання ресурсів динамічними утвореннями із особистостей, установ і ресурсів» [41]. Відтак сучасний стан комп'ютерних розробок дозволяє виявляти кореляційні залежності між елементами криміналістичної характеристики певної категорії злочинів не наочним шляхом, як це здійснювалося раніше, а із застосуванням математичної обробки репрезентативної вибірки кримінальних проваджень. З огляду на викладене, заслуговує на цілковиту підтримку позиція В.А. Журавля про те, що саме комп'ютерні програми автоматизованої обробки емпіричних даних дозволяють установити найбільшу кількість кореляційних залежностей між елементами криміналістичної характеристики розглядуваної категорії злочинів, перенести отримані дані в кореляційні таблиці, а в подальшому на їх підставі побудувати систему типових версій щодо особи злочинця, мотиву та способу вчинення злочину. При цьому опрацювання даних, відображених у кореляційних таблицях, також має здійснюватися комп'ютерними засобами, з тим щоб максимально сприяти нівелюванню взаємовпливу різноманітних перемінних і хитливих даних, що можуть впливати на перекидання тенденцій [14, с. 224]. Таким чином, сучасні інформаційні технології можуть слугувати одним з найбільш ефективних засобів створення, підтримання в актуальному стані та автоматизованого опрацювання інформаційної бази криміналістичних характеристик злочинів усіх видів, інструментом для раціонального програмування та алгоритмізації діяльності органів кримінальної юстиції з досудового розслідування та судового розгляду кримінальних проваджень в умовах становлення інформаційного суспільства.

### Список використаної літератури

1. Журавель В.А. Концептуальные подходы к модернизации криминалистических методик / В.А. Журавель // Современное состояние и развитие криминалистики : сб. науч. тр. / [под ред. Н.П. Яблокова и В.Ю. Шепитько]. – Х. : Апостіль, 2012. – С. 186–203.
2. Великанов С.В. О природе взаимосвязей элементов криминалистической характеристики / С.В. Великанов // Криминалистика та судова експертиза: наука, навчання, практика : зб. наук. пр. у 2-х т. – Х. : «Апостіль», 2014. – Т. 1. – С. 214–225.
3. Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики / Р.С. Белкин. – М. : НОРМА–ИНФРА–М, 2001. – 240 с.
4. Мухин Г.Н. Особенности структуры и содержания методики расследования преступлений, связанных с посягательством на информационные ресурсы / Г.Н. Мухин, Д.В. Исютин-Федотков // Библиотека криминалиста. Научный журнал. – 2013, – № 5. – С. 280–286.
5. Косарев С.Ю. История и теория криминалистических методик расследования преступлений / [С.Ю. Косарев] ; под ред. В.И. Рохлина. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. – 495 с. (цит. :

Журавель В.А. Криміналістичні методики: сучасні наукові концепції : монографія / В.А. Журавель. – Х. : Апостіль, 2012. – 304 с).

6. Гармаев Ю.П. Проблемы создания криминалистических методик расследования преступлений: теория и практика / Ю.П. Гармаев, А.Ф. Лубин. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2006. – 303 с.

7. Колесниченко А.Н. Научные и правовые основы расследования отдельных видов преступлений : автореф. дис. ... док. юрид. наук / А.Н. Колесниченко. – Харьков, 1967. – 42 с.

8. Берназ В.Д. Понятие следственной деятельности: криминалистические и психологические аспекты / В.Д. Берназ // Вісн. Нац. ун-ту внутр. справ. – Х., 2003. – Вип. 21, ч. 1. – С. 65–72.

9. Настільна книга слідчого / М.І. Панов, В.Ю. Шепітько, В.О. Коновалова та ін. – 3-тє вид., переробл. і доповн. – К. : Ін Юре, 2011. – 736 с.

10. Тищенко В.В. О современных направлениях развития криминалистической методики расследования преступлений / В.В. Тищенко // Современное состояние и развитие криминалистики : сб. науч. трудов / под ред. Н.П. Яблокова и В.Ю. Шепітько. – Х. : Апостіль, 2012. – С. 237–250.

11. Журавель В.А. Трансформация криминалистической методики в современных условиях / В.А. Журавель // Криміналістика та судова експертиза: наука, навчання, практика : зб. наук. пр. у 2-х т. – Х. : «Апостіль», 2014. – Т. 1. – С. 273–284.

12. Белкин Р.С. Модное увлечение или новое слово в науке? / Р.С. Белкин, И.Е. Быховский, А.В. Дулов // Соц. законность. – М. : Известия, 1987, № 9. – С. 56–58.

13. Жирний Г.Ю. Щодо вдосконалення окремих криміналістичних методик розслідування злочинів у сфері господарської діяльності / Г.Ю. Жирний // Відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності : матеріали наук.-практ. конф. / под ред. В.В. Сташиса та ін. – Х. : Кроссруд, 2006. – С. 184–185.

14. Журавель В.А. Криміналістичні методики: сучасні наукові концепції : [монографія] / В.А. Журавель. – Х. : Апостіль, 2012. – 304 с.

15. Бахин В.П. Диссертационные исследования уже не дают повода для изобретения пороха и бумаги / В.П. Бахин // Уч. зап. Таврич. нац. ун-та им. В.И. Вернадского. – Т. 20 (59) – № 2. – 2007. – С. 300–306.

16. Шепітько В.Ю. Предмет, система и задачи криминалистики в XXI веке / В.Ю. Шепітько // Криминалистика и судебная экспертиза: наука, обучение, практика IX : сб. науч. статей в 2-х ч. – Vilnius : Charkovas, 2013. – Ч. 2. – С. 32–44.

17. Батиргареева В.С. Влияние процессов глобализации мира на развитие криминологической науки в Украине / В.С. Батиргареева // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. / [под ред. В.І. Борисова та ін.] – Х. : Право, 2013. – Вип. 26. – С. 73–86.

18. Сырых В.М. Подготовка диссертаций по юридическим наукам: настольная книга соискателя / В.М. Сырых. – М. : РАП, 2012. – 499 с.

19. Литвак О. Наукове забезпечення діяльності прокуратури / О. Литвак, С. Подкопаев // Вісник прокуратури. – 2013. – № 1. – С. 7–12.

20. Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики / Р.С. Белкин. – М. : НОРМА–ИНФРА–М, 2001. – 240 с.

21. Шепітько В.Ю. Наукові здобутки та перспективи діяльності лабораторії «Використання сучасних досягнень науки і техніки у боротьбі зі злочинністю» / В.Ю. Шепітько, Г.К. Авдеева // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. / [под ред. В.І. Борисова та ін.] – Х. : Право, 2013. – Вип. 26. – С. 3–28.

22. Криминалистика : [учеб. пособие] / [под ред. С.М. Колотушкина]. – М. : Дашков и К ; Ростов н/Д : Наука-Спектр, 2012. – 463 с.

23. Технологии, способные изменить экономику всего мира [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://ubr.ua/leisure/its-interesting/289270>.

24. IBM видит своё будущее в «больших данных» [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://internetua.com>.

25. Rifkin J. The Third Industrial Revolution: How Lateral Power is Transforming Energy, the Economy, and the World. – New York : Palgrave Macmillan.

26. Технологии 21-го века: на пороге фантастических перемен [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://ubr.ua/ukraine-and-world/events/277557>.

27. 5IT-прогнозов наближайшие 5 лет [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://focus.ua/tech/292963/>.

28. Парамонов О. Как автоматический анализ данных упрощает работу юриста [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://novostey.com/internet/news579154.html>.

29. Марк Цукерберг и Элон Маск инвестируют в разработку искусственного интеллекта [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://comments.ua/ht/459529.html>.

30. Названы 12 технологий, которые лишат миллионы людей рабочих мест [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://ubr.ua/labor-market/ukrainian-labor-market/229676>.

31. Коломацкий В.Г. Актуальные проблемы развития уголовно-процессуального права и криминалистики / В.Г. Коломацкий // Перспективы развития уголовно-процессуального права и криминалистики : материалы 2-й междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 11–12 апреля 2012 г.). – М. : Юриспруденция, 2012. – С. 379–382.

32. Александров И.В. Налоговые преступления: некоторые современные проблемы и тенденции их выявления в России / И.В. Александров // Современное состояние и развитие криминалистики. Сборник научных трудов / [под ред. Н.П. Яблокова и В.Ю. Шепітько]. – Х. : Апостіль, 2012. – С. 174–186..

33. Можаяева И.П. Теоретические аспекты научной организации деятельности следователя / И.П. Можаяева, В.В. Степанов // Вест. криминалистики. – 2010. – № 3. – С. 6–15.

34. Гармаев Ю.П. Трансформация форм представления результатов криминалистических исследований в современных условиях // Криміналістика та судова експертиза: наука, навчання, практика : зб. наук. пр. у 2-х т. – Х. : Апостіль, 2014. – Т. 1. – С. 77–84.

35. Харлов А.С. Использование статистических сведений информационных центров МВД России при разработке криминалистической характеристике отдельных видов и групп преступлений / А.С. Харлов // Вест. криминалистики. – 2010. – № 1. – С. 125–130.

36. Білоус В.В. Технологізація кримінального провадження: стан і перспективи / В.В. Білоус // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. / [под ред. В.І. Борисова та ін.] – Х. : Право, 2013. – Вип. 26. – С. 173–187.

37. Вольнский А.Ф. Роль криминалистической диагностики в расследовании экономических преступлений / А.Ф. Вольнский, В.А. Прорвич // Криміналіст першодрукований. – 2013. – № 6. – С. 67–75.

38. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення за січень–червень 2014 р. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.gp.gov.ua/ua/stst2011>.

39. Малевски Г.В. поисках собственной модели обучения – метаморфозы криминалистической дидактики в Литве // Модели преподавания криминалистики: история и современность : сб. науч. тр. / [под ред. Н. П. Яблокова и В. Ю. Шепітько]. – Х. : Апостіль, 2014. – С. 21–63.

40. В крупнейшем информагентстве США журналистов заменят роботы [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.segodnya.ua/science/532964.html>.

41. Системы GRID-вычислений – перспектива для научных исследований [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/1351/02>.

УДК 343.344 (477)

## КРИМІНОЛОГІЧНІ ОСОБЛИВОСТІ ГРАБЕЖІВ ТА РОЗБОЇВ, ЯКІ ВЧИНЯЮТЬСЯ НЕПОВНОЛІТНІМИ

Катерина ДРАЧОВА,  
здобувач

Харківського національного університету внутрішніх справ

### SUMMARY

Features of modern crime situation concerning the commission of robberies and plunders on the territory of Ukraine by minors are researched in the article on the basis of statistical analysis, legal literature and analysis of criminal cases and criminal proceedings. The author stressed on the constant increase of minors committing robberies and plunders, which is associated with an increase in the number of crimes committed by minors under alcohol or drug abuse. A significant number of minors is from problem and one-parent families.

The major part of minors is integrated into groups to commit plunders and robberies. The motivation is primarily obtaining benefit and one can not ignore the pleasure of power over people.

**Key words:** robberies, plunders, minors, alcoholism, drug addiction.

### АНОТАЦІЯ

У статті, на основі аналізу статистичних даних, юридичної літератури та аналізу кримінальних справ та кримінальних проваджень, розглянуто особливості сучасної криміногенної обстановки у частині вчинення грабежів та розбоїв неповнолітніми на території України. Наголошено на постійному зростанні кількості неповнолітніх, які скоюють грабежі та розбої, що пов'язано зі збільшенням кількості вчинених злочинів неповнолітніми в стані алкогольного чи наркотичного сп'яніння, при цьому значна кількість неповнолітніх є вихідцями з неблагополучних та неповних сімей.

Значна частина неповнолітніх об'єднується в групи з метою вчинення грабежів та розбоїв. Мотивація цих злочинів у першу чергу – корислива, та не можна не враховувати задоволення владою над людьми.

**Ключові слова:** розбої, грабежі, неповнолітні, алкоголізм, наркоманія.

**Постановка проблеми.** Істотною проблемою у світовій спільноті є злочинність серед неповнолітніх. Україна – не виключення. Ситуація, що склалася в суспільстві, серйозні труднощі, пов'язані з глибокою кризою в усіх сферах соціального життя, диктують нагальну потребу в активізації попередження злочинів серед неповнолітніх, протиправна поведінка яких щоденно якісно змінюється, а саме – стає дедалі більш зухвалою і цинічною.

Злочинність неповнолітніх, у порівнянні зі злочинністю дорослих, відрізняється високим ступенем активності та динамічністю. Люди, які стали на шлях вчинення злочинів у юному віці, важко піддаються виправленню та перевихованню і є резервом для дорослої злочинності. Злочини, вчинювані неповнолітніми – це, насамперед, такі правопорушення, як розбої, крадіжки, грабежі, вбивства, зґвалтування, вимагання, хуліганство.

Стан злочинності неповнолітніх в Україні викликає обґрунтовану тривогу в суспільстві. Зростання соціальної напруженості та поглиблення кризи в країні в першу чергу позначилися на дітях і підлітках. Відзначається суттєва активізація кримінальної діяльності неповнолітніх. Це відноситься як до кількісної, так і до якісної характеристики підліткової злочинності.

Характерною рисою злочинів неповнолітніх стають насильство і жорстокість. При цьому неповнолітні ча-

сто переступають ту межу насильства і жорстокості, що в конкретній ситуації була б цілком достатньою для досягнення мети. Підлітки в процесі вчинення злочинів, за невеликого для них збігу обставин, здійснюють такі злочинні діяння, як вбивства, тяжкі тілесні ушкодження, розбійні напади, грабежі.

В умовах сьогодення все гостріше постають питання вчинення неповнолітніми корисливо-насильницьких злочинів, найбільш зухвалими з яких є грабежі та розбої.

**Методи дослідження.** Методологічним фундаментом дослідження є діалектико-матеріалістичний метод наукового пізнання соціально-правових явищ, оснований на ньому загальнонаукові, філософські та конкретнонаукові методи.

**Актуальність теми дослідження.** У різні часи питання злочинності неповнолітніх досліджували у своїх працях такі вчені, як Р.М. Абізов, Г.А. Аванесов, А.І. Алексеев, М.М. Бабаєв, О.М. Бандурка, В.В. Голіна, Л.М. Давиденко, О.М. Джуца, А.І. Долгова, І.М. Даньшин, А.Ф. Зелінський, А.П. Закалюк, Т.Л. Кальченко, Г.М. Мінковський, І.О. Топольскова, В.М. Трубников, А.П. Тузов, В.І. Шакун, О.О. Черепенко та інші. Дослідження мотивації протиправної поведінки неповнолітніх було проведено в роботах С.А. Белічева, В.І. Ветрова, А.П. Закалюка, А.Й. Міллера, К.С. Ігошева, А.П. Тузова, І.К. Туркевича та інших.

У своїх дослідженнях розглядали негативний вплив мікросередовища на формування злочинної поведінки неповнолітніх такі науковці, як А.П. Зелінський, В.М. Оржеховська, В.М. Кудрявцев, В.І. Шакун, М.Д. Шаргородський та інші. Але вони недостатньо приділили уваги аналізу особливостей вчинення грабежів та розбоїв неповнолітніми, вивченню яких буде присвячена стаття.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** За останні десять років в Україні щорічно, в середньому, реєструється 465 770 тисяч злочинів, з яких 16% складають злочини, вчинені неповнолітніми. Як свідчить статистика, більше третини зареєстрованих злочинів належать до тяжких, а більше половини (56%) вчинено з корисливою спрямованістю (крадіжки, пограбування, розбійні напади, шахрайство тощо) [1].

Кількість неповнолітніх, які вчинили злочини у стані алкогольного сп'яніння, у 2000 р. становила 2 243, у 2004 р. – 2 358 осіб, 2005 р. – 1 986, 2006 р. – 2 276, 2007 р. – 2 724, 2008 р. – 2 450, 2009 р. – 2 341, 2010 р. – 2 249, 2011 р. – 2 012, 2012 р. – 1 878 [1]. Зменшення кількості злочинів не є позитивною тенденцією за умови зменшення кількості неповнолітніх в Україні.

Незважаючи на скорочення загальної кількості злочинів, що вчиняються дітьми, на 17,5% кримінальний потенціал даної категорії осіб залишається значним. За даними аналізу злочинності, найвищий її рівень серед неповнолітніх та молоді в період з 2005 по 2012 роки зафіксований у Донецькій, Луганській, Дніпропетровській, Запорізькій, Одеській областях. Найменші показники мають АР Крим, Херсонська, Кіровоградська, Житомирська, Полтавська, Київська області [1].

Дитяча злочинність стає більш цинічною й жорстокішою. У минулі роки найбільш розповсюдженим злочином серед неповнолітніх була крадіжка. Останнім же часом різко підвищилася кількість насильницьких злочинів – розбоїв та грабежів. [2, с. 72].

За умов сьогодення суттєво змінилася мотивація вчинення злочинів неповнолітніми. Вона набула виразної корисливої спрямованості. Якщо раніше лише 35–40% розбоїв та грабежів були вчинені тільки з корисливих мотивів, а в інших мали переважно мотиви солідарності та бажання самоствердитися, то сьогодні корислива мотивація переважає. Предметами посягання стають різні види техніки, цінні папери, золото, зброя, наркотики [2, с. 70]. Часто крадіжки, вчинені групою неповнолітніх, переростають у грабїж чи розбійний напад. Предметом усіх видів корисливо-насильницьких злочинів проти приватної власності, як правило, є товари підвищеного попиту, що досить легко реалізуються, гроші та коштовності, мобільні телефони та інше.

Аналіз архівних кримінальних справ та проваджень стосовно розбоїв та грабежів, вчинених неповнолітніми, показав, що кожний другий зловживає спиртними на-

поями, кожний п'ятий не медикаментозно вживає наркотичні засоби, кожний п'ятий – раніше вже вчиняв злочини або адміністративні правопорушення. Україна утримує першість у молодіжному алкоголізмі, у тому числі й серед дітей шкільного віку. Всесвітня організація охорони здоров'я (ВООЗ) заявила, що в Україні найвищий рівень дитячого алкоголізму. Наші школярі випередили всіх ровесників із 14-ти країн світу, в яких проводились спеціальні дослідження. Вже давно українські наркологи б'ють на сполох: молодша «обличчя» вітчизняного алкоголізму, 16-річні пацієнти наркодиспансерів уже давно нікого не дивують. Однією з причин загрозливого становища для здоров'я нації медики називають поширення серед молоді, підлітків і навіть дітей слабоалкогольних коктейлів та пива [3, с. 5]. Наведені дані свідчать про неблагополучну тенденцію в підлітковому середовищі.

Зазначене вказує на збільшення рівня криміногенності в середовищі неповнолітніх та вимагає ґрунтовного аналізу основних характеристик протиправних діянь серед неповнолітніх з метою більш ефективнішого застосування профілактичних заходів.

Розглядаючи розбої та грабежі, вчинювані неповнолітніми, необхідно зазначити наступне: у середовищі неповнолітніх найбільш поширеним об'єктом є те, що викликає певний інтерес у дітей (аудіо- та відеоапаратура, мобільні телефони, мотоцикли, спиртні напої, цигарки тощо). Для неповнолітніх характерна інтенсивність участі в здійсненні злочинів на об'єктах, що не охороняються, обладнані слабкими замикальними пристроями, не мають охоронної сигналізації (кіоски, торгівельні павільйони, школи тощо). Так, 66% складають розбої та грабежі з дитячих дошкільних установ; 41,0% – з училищ та шкіл; 39,0% – з автомашин; 34,0% – із сараїв, гаражів; 28,0% – з кіосків, наметів [4, с. 83].

Необхідно зазначити, що в останні роки відбувається «омолодження» злочинності. Так, 1/5 злочинів вчиняються особами, які не досягли 14-річного віку, тобто не є суб'єктами злочинів. Кількість дітей, які перебували на обліку в підрозділах кримінальної міліції в справах дітей органів внутрішніх справ України у віці 11–14 років, становила: 2000 р. – 9 726, 2001 р. – 8 363, 2002 р. – 7 093, 2003 р. – 8 999, 2004 р. – 1 702, 2005 р. – 1 544 [13, с. 8], 2006 р. – 1 437, 2007 р. – 1 329, 2008 р. – 1 295, 2009 р. – 1 1319 [1].

Кількість дітей, які вчиняють злочини у віці 14–15 років, виглядає наступним чином: 2004 р. – 9 873, 2005 р. – 8 899, 2006 р. – 8 921, 2007 р. – 8 161, 2008 р. – 6 719, 2009 р. – 6 209, 2010 р. – 5 987, 2011 р. – 5 673, 2012 р. – 4 988 [1]. Це свідчить про те, що в багатьох підлітків у процесі розвитку особистості формується агресивний стереотип поведінки, пробуджується підвищений інтерес до задоволення матеріальних і фізіологічних потреб протиправним шляхом, що негативно впливає

на розвиток їхньої духовності та моралі. Це обумовлено не тільки соціальними факторами, але й тим, що діти раніше дорослішають і, майже з 11 років, як правило, усвідомлюють суспільну небезпеку своїх дій.

Якщо говорити про особливості злочинності неповнолітніх, то слід спочатку звернути увагу на те, як до цього явища відносяться самі підлітки. Відповідно до анонімного анкетування, проведеного серед учнів загальноосвітніх шкіл, абсолютна більшість неповнолітніх (66%) вважають, що кримінальна відповідальність за тяжкі злочини (розбій, грабїж, зґвалтування та інші) настає лише з 16 чи навіть з 18 років [5, 11–12].

Найчастіше неповнолітні вчинюють розбої та грабежі у вільний від навчання час (з 15.00 до 24.00 години). Цікаво зазначити, що «пік» злочинних проявів припадає на 19.00–23.00 години. Основними причинами цього стали низька трудова зайнятість неповнолітніх старшої вікової групи, недоступність для них різних форм молодіжного дозвілля у зв'язку з різким скороченням кількості клубів, спортивних секцій, кружків. До 7% злочинів вчиняються у навчальний час, коли діти повинні бути на заняттях; до 10% – у період виробничої практики тощо. При цьому до 30% злочинів вчиняються у вихідні та святкові дні. Протягом року пік злочинних проявів припадає на канікули, а також з початком теплої пори року і закінченням занять у навчальних закладах, появою вільного часу, послабленням контролю з боку педагогічних колективів і батьків [6, с. 25].

Вчиненню неповнолітніми розбійних нападів притаманна групова ознака правопорушень. В останні роки стійкий і організований характер злочинної діяльності неповнолітніх приймає загрозливого характеру. перебування в таких групах підвищує сумарну активність, упевненість у власних силах, породжує почуття безкарності [75, с. 71]. У складі групи неповнолітні щорічно вчиняються більше 50% протиправних діянь. Так, у 2012 році більше 51 % від загальної кількості злочинців скоїли злочини в складі групи. Рівень групової злочинності в Україні залишається досить високим: 2004 р. – 18 281, 2005 р. – 14 900, 2006 р. – 15 354, 2007 р. – 13 843, 2008 р. – 11 323, 2009 р. – 11 221, 2010 р. – 11 331, 2011 р. – 11 018, 2012 р. – 10 321 [1]. Проте групова ознака не є стійкою. Зазвичай більшість з них складаються на не тривалий час та мають ситуативне утворення. Найчастіше групові злочини вчиняються без попередньої змови.

Рівень освіти осіб, які входять до кримінальних груп молоді, досить високий. За результатами досліджень 78,8% з них мають загальну середню освіту, 15,6% – середню професійну освіту. Лише поодинокі особи закінчили вісім класів. Водночас 56,0% взагалі не працювали і не навчалися більше трьох місяців [7, с. 16].

Аналіз архівних кримінальних справ та проваджень щодо вчинення розбоїв та грабежів, вчинених

неповнолітніми, надав можливість з'ясувати, що групова ознака злочинів зустрічається у 43% справ, у тому числі, за участі дорослих – у 21%. Із загальної кількості групових злочинів: скоєні ситуативно – 38%, за попередньою змовою – 34%, що значно перевищує статистичні показники. Окремо слід наголосити, що в кожній другій-третьій організованій злочинній групі приймають участь особи, які мають судимість і є лідерами та «натхненниками». Зазначене свідчить про схильність групової злочинності неповнолітніх до її організованості й професіоналізму та, зокрема, у частині скоєння грабежів та розбоїв.

Активно йде процес підпорядкування неформальних підліткових об'єднань («груп ризику») організованій злочинності. Соціальну базу для цього створюють безпритульність, безробіття, різке розшарування за життєвим рівнем та інші недоліки. У злочинних угрупованнях неповнолітніх усе частіше виявляється кримінальна спеціалізація окремих напрямків їхньої протиправної діяльності: одні займаються «розвідкою» об'єктів злочинних зазіхань, інші реалізують злочинний задум, треті здійснюють збут краденого і т.д. [8, с. 4]. Усе це в сукупності підвищує суспільну небезпеку групових злочинів, що вчинювалися неповнолітніми, ускладнює їх виявлення і розкриття.

Загальновідомим фактом є те, що джерелом злочинності неповнолітніх є сімейне неблагополуччя. Опитування слідчих та оперативних працівників показало, що серед неповнолітніх осіб, які вчинили розбої та грабежі, 47% – вихідці з неблагополучних сімей, 43% росли в неповних сім'ях. Все це вони прагнуть компенсувати вільною поведінкою «на вулиці», у середовищі таких самих покинутих однолітків. Це пов'язано з їх психофізіологічними властивостями. Підліток, особливо соціально-неблагополучний, завжди відчуває потяг до сили, а об'єднання в групи це почуття посилює. Значну роль тут відіграють так звані «тусовки», де гуртуються кримінальні групи. В останні роки «тусовки» переродилися у своєрідні «клуби за кримінальними інтересами», школи з підвищення «кримінальної майстерності». Якщо раніше для «тусовок» обирали безлюдні місця (підвали, горища, під'їзди, нежитлові будівлі), то зараз молодь гуляє на дискотеках, в кафе, нічних клубах, ресторанах. Показовий склад «тусовщиків»: кожний третій не має батька або не мешкає з сім'єю, у кожного десятого немає матері, кожний третій поставлений на облік у кримінальній міліції у справах дітей [9, с. 58].

За результатами вивчення матеріалів кримінальних справ стосовно вчинення неповнолітніми розбоїв та грабежів виділяються наступні способи підготовки, вчинення злочинів, а саме:

- вивчення жертви злочину, її поведінки та вчинків – 12%;
- підготовка знарядь і засобів злочину – 25%;
- обговорення з виконавцями плану злочинних дій – 11%;
- розподіл ролей виконавців і організаторів – 9,0%;

– у справі такі зведення відсутні – 43%.

Під час вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 186 та ст. 187, неповнолітніми стосовно потерпілих застосовувалися психічні і фізичні погрози – 78%; погрози застосування зброї – 34%; застосування підручних і технічних засобів – 32%

Наукова класифікація і пошукові ознаки розглянутих способів вчинення злочинів дітьми дозволяє використовувати їх як для ідентифікації їхніх дій при розкритті конкретних кримінальних діянь, так і для обґрунтування застосування оперативно-розшукової методики їхнього розкриття і розслідування за типовими ознаками способів вчинення і приховування.

**Висновки.** На підставі проведеної роботи можна дійти висновку, що неповнолітніх, які вчиняють злочини, передбачені ст.ст. 186, 187 Кримінального кодексу України, можна охарактеризувати наступним чином:

- кількість зазначених злочинів неухильно зростає;
- спостерігається збільшення кількості вчинених злочинів неповнолітніми в стані алкогольного чи наркотичного сп'яніння;
- значна кількість неповнолітніх є вихідцями з неблагополучних та неповних сімей;
- відзначається, що з метою вчинення розбоїв та грабежів значна кількість неповнолітніх злочинців об'єднується у групи. Досить стабільною є участь дорослих в групах неповнолітніх;
- мотивація, в першу чергу, корислива, але не можна не враховувати задоволення владою над людьми.

## Список використаної літератури

1. Дані Департаменту інформаційних технологій МВС України за 2000–2012 рр.
2. Семаков Г.С. Криминология / Г.С.Семаков. – К. : МАУП, 1999 р.
3. Німак Л. Дитячий алкоголізм – одна з найбільших проблем українського суспільства / Л. Німак. – 2009.
4. Фильченков Г.И. Предупреждение и раскрытие групповых преступлений несовершеннолетних: [учеб. пособие] / Г.И. Фильченков. – М., 1997.
5. Пашенко В.М. Особливості злочинності неповнолітніх // Проблеми протидії злочинності неповнолітніх : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (20–21 квітня 2006 року) / [заред. В.П. Петкова, М.М. Цимбалюка]. – Кіровоград : Кіровоградський юридичний інститут ХНУВС, 2006.
6. Державна доповідь про становище дітей в Україні за підсумками 2005 року. – К. : Державн. ін-т сім'ї та молоді, 2006.
7. Гайдар А.І. Оперативно-розшукові заходи органів внутрішніх справ в боротьбі з груповою злочинністю неповнолітніх : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 21.07.04 «Оперативно-розшукова діяльність» / А.І. Гайдар. – Х. : ХНУВС, 2005.
8. Шестаков С.В. Криминологическая характеристика и предупреждение преступлений участников молодежных группировок по месту жительства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / С.В. Шестаков. – М., 1996.
9. Черепенко О.О. Попередження злочинності неповнолітніх (оперативно-розшуковий аспект): дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / О.О. Черепенко. – С., 2011.

УДК 343.9.022-027.543(477)

## ПРОБЛЕМЫ И ПРИЧИНЫ ТРАНСНАЦИОНАЛИЗАЦИИ ОРГАНИЗОВАННОЙ ПРЕСТУПНОСТИ В УКРАИНЕ

Галина ЖАРОВСКАЯ,

доцент кафедры криминального права и криминалистики юридического факультета  
Черновицкого национального университета имени Юрия Федьковича

### SUMMARY

The article defined the range of the problems connected with the transnational crime in Ukraine. The author of the article provides an analysis of the causes leading to the internationalization of organized crime, evaluate its current state. The article indicated that main factors of contributing to the development of transnational segment crime on the territory of Ukraine is its geopolitical situation and the peculiarities of economic development of the country. The author concludes that the location of the country on the border between West and East, the development of national economy under the oligarchic model, create conditions for the active development of transnational crime on the territory of Ukraine.

**Key words:** transnational crime, Ukraine, factors, geopolitics, position, border, economy, oligarchic model, corruption.

### АННОТАЦИЯ

В предлагаемой статье определен круг проблем, связанных с транснационализацией организованной преступности в Украине. Проводится анализ некоторых причин, ведущих к транснационализации организованной преступности, дается оценка ее современного состояния. В статье указано, что основными факторами, способствующими развитию транснационального сегмента преступности на территории Украины, являются ее геополитическое положение и особенности экономического развития страны. Делается вывод, что расположение страны на границе между Западом и Востоком, развитие национального хозяйства в рамках олигархической модели создают предпосылки для активного развития транснациональной преступности на территории Украины.

**Ключевые слова:** транснациональная преступность, Украина, факторы, геополитика, положение, граница, экономика, олигархическая модель, коррупция.

**Постановка проблемы.** Процесс интенсивной криминализации всех сторон общественной жизни и всех регионов мира является признаком настоящего времени, объективной реальностью, возникшей вследствие глобализации. Современная преступность обретает новое качество, выходит за рамки национальных границ, фактически становится глобальной транснациональной преступной корпорацией. Учитывая важность данной проблемы, в Украине ведутся криминологические исследования, в центре которых стоит проблема транснационализации организованной преступности.

В последние десятилетия в научной литературе появилось большое количество работ, авторы которых изучают правовые аспекты глобализации. В Украине анализом данной проблемы занимались А. Бойко [1], М. Вербенский [2], А. Дорошенко [5], Н. Зелинская [9], Т. Мельничук [13].

Ученые указывают, что современные проблемы распространения транснациональной преступности в Украине теснейшим образом связаны с проблемами национальной безопасности. В то же время, как указывает М. Погорецкий, организованная преступность не только представляет опасность для национальных интересов отдельных государств, но и несет прямую угрозу международной безопасности, приобретая транснациональный характер. Особую опасность организованная преступность создает для стран с нестабильной соци-

ально-политической и экономической обстановкой, что находятся в состоянии экономической и политической трансформации, к которым относится и Украина [15].

Исходя из вышесказанного, целью данной статьи является определение круга проблем, связанных с транснационализацией организованной преступности в Украине, выделение специфики и тенденций ее развития в процессе трансформации общества.

**Изложение основного материала.** В начале XXI века угроза национальной безопасности Украины имеет преимущественно внутренний характер и сосредоточена во внутривнутриполитической, экономической, социальной, продовольственной, экологической, информационной, духовной и культурной сферах жизнедеятельности. Автор данной статьи разделяет мнение Т. Хабриевой о существовании «других главных угроз», таких как распад страны или отторжение от нее территорий; депопуляция; потеря полноценной международной и внутренней суверенности; «моральный кризис», под которым понимается бюрократизация, неэффективность управления и коррумпированность [20, с. 71–72].

Такие угрожающие тенденции осознаются украинской властью, о чем свидетельствует хотя бы тот факт, что в Законе Украины «Об основах национальной безопасности Украины» определено, что угрозу национальной безопасности представляют собой имеющиеся и потенциально возможные явления и факторы, создающие

опасность жизненно важным национальным интересам Украины. Одной из таких опасностей Закон определяет распространение коррупции в органах государственной власти, сращивание бизнеса и политики, организованной преступной деятельности. Этому способствуют проявления моральной и духовной деградации общества; легальная миграция; «тенизация» национальной экономики; преобладание в деятельности управленческих структур личных, корпоративных, региональных интересов над общенациональными; компьютерная преступность и компьютерный терроризм.

Экскурс в историю изучения данной проблемы свидетельствует о неоднократных попытках научно-

го сообщества оценить масштабы транснациональной преступности на основе стандартных правоохранительных служб. Однако несопоставимость этих данных (в силу разницы систем уголовного законодательства и судопроизводства, порядка учета и регистрации преступлений) и естественная латентность не позволяют говорить об объективности таких оценок [7, с. 4].

Вследствие отсутствия обоснованной методики расчетов вызывают сомнения и количественные оценки отдельных проявлений организованной преступности, между тем даже приблизительные данные статистики не могут не настораживать (таблица 1).

Таблица 1

**Статистика организованной преступности, место транснациональной преступности в общей структуре преступных организаций (сост. авт. по данным [14])**

Показатели		2009	2010	Динамика %	2011	Динамика %	2012	Динамика %
Выявлено организованных групп и преступных организаций		379	397	4,7	395	-0,5	258	-34,2
1	с коррумпированными связями	27	29	7,4	38	31,0	37	2,8
2	с международными связями	18	40	2,2	28	-30,0	28	0,0
3	сформированные на этнической основе	8	16	2	26	62,5	19	-26,9

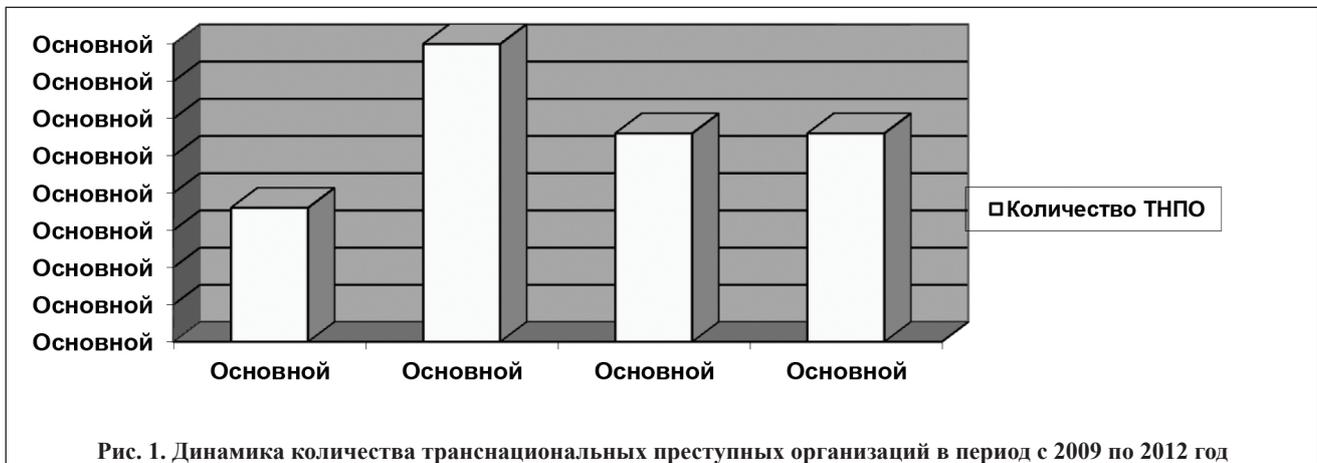


Рис. 1. Динамика количества транснациональных преступных организаций в период с 2009 по 2012 год

Как видим, на территории Украины по данным официальной статистики в настоящее время действует 28 транснациональных преступных группировок, при этом их количество по сравнению с 2009 годом увеличилось на 55%, а по сравнению с 2010 годом уменьшилось на 42,8%.

В то же время, если принять во внимание, что, например, в 2011 году на территории СНГ была пресечена деятельность 312 транснациональных организованных групп, то в общей структуре транснациональной преступности на постсоветском пространстве наша страна занимает уголовную нишу в 10,0–12,0% [7, с. 8].

Отдельные российские ученые [3; 16; 21] обращали внимание на связь геополитических факторов и пре-

ступности, в то же время геополитическое положение Украины как фактор транснационализации преступности до настоящего времени не исследовался отечественным научным сообществом.

Анализируя геополитическое положение Украины, следует отметить, что традиционно наше государство рассматривается как бирегionalное, а специфика геополитического положения Украины заключается в ее принадлежности одновременно к двум регионам – Европе и Евразии, причем в обеих Украине принадлежит периферийное положение [18, с. 78]. Государство является пограничной территорией, которая в геополитическом плане граничит со странами Азии,

Центральной, Восточной, Западной Европы, значительное влияние на развитие транснационализации отечественной преступности в Украине создает криминогенный фактор общей преступности в странах СНГ. Наличие геополитической составляющей теснейшим образом связано с проблемами государственных границ, которые должны и могут ограничивать распространение преступности.

Обращаясь к этим проблемам, ученые отмечают, что границы одной и той же страны могут быть одновременно «мягкими» и «жесткими»: они могут быть открытыми для одного соседа и «жесткими» по отношению к другому [4]. Для «жестких границ» характерными являются существенные административно-правовые, таможенные ограничения (наличие жесткого визового режима и контроля над перемещением людей и товаров), которые связаны с передвижением через границу, четко отмечены линии, которые разделяют территории.

В свою очередь «мягкие границы» – это «открытые границы», которые рассматриваются как формальные, «соединительные мосты» [19, с. 396], когда пересечение границ не затруднено значительными формальностями, и представляют собой свободный транзит товаров и людей. Большинство западных соседей Украины (Польша, Словакия, Венгрия, Румыния) являются членами Евросоюза, и эти границы следует считать «жесткими», хотя до недавнего времени восточные границы Украины были фактически прозрачными, поэтому страна становится базовым географическим регионом для транснациональной преступности, территория государства становится опорным центром для постепенной уголовной экспансии на запад. Данный фактор является глобальным, он будет определять состояние и тенденции распространения транснациональной преступности в Украине в ближайшие годы, чему способствуют объективные условия.

Во-первых, западная цивилизация в экономическом плане способна потребить почти весь объем товаров, продуктов и услуг, которые способна предложить восточная транснациональная преступность (наркотики, оружие, рабочую силу, сексуальных рабов, человеческие органы и прочее).

Во-вторых, в морально-этическом плане европейское сообщество также склонно к употреблению этих продуктов транснациональной преступности, поскольку преступные организации предлагают товары и услуги криминального характера, эксплуатируя различные пороки западного человека.

В-третьих, европейские потребители способны предложить транснациональным преступным организациям самую высокую цену за те услуги и товары, которые окажутся на европейском черном рынке.

В-четвертых, правовая защита от вторжения в частную жизнь почти полностью исключает контроль над той сферой жизни людей, в которой сложились условия для поступков на грани преступности, а также преступлений, при этом преступники, которые их совершают, остаются безнаказанными [10].

Таким образом, первой проблемой, с которой нужно считаться, исследуя проблемы транснациональной преступности в Украине, является ее геополитическое положение, которое определяет и будет определять существование транснациональных преступных организаций в будущем.

Другим фактором, который определяет факт существования транснациональной преступности на территории государства (наряду с геополитическим положением и наличием влияния иностранных криминальных авторитетов), следует считать состояние украинской экономики, или, точнее, те возможности, которые украинская экономика предоставляет транснациональным преступным организациям. Как отмечает А. Дроздов, уязвимой перед последствиями организованной преступности является сфера экономики Украины. Экономическая преступность, имея коррупционную подпитку, реально угрожает национальной безопасности Украины, влияет практически на все сферы общественной жизни – социальную, правовую, политическую и другие [6].

Можно с уверенностью говорить о том, что в Украине нет ни одной «незапятнанной» госструктуры – будь то правительство, министерства, аппарат губернатора или мэрия. По данным экспертного исследования [12] составлен уровень распространенности взяточничества среди должностных лиц учреждения наивысшего ранга (табл. 2).

Таблица 2

**Уровень распространенности взяточничества среди должностных лиц учреждений и организаций**

Место	Учреждение	Индекс распространенности взяточничества
Довольно распространено взяточничество		
1	Верховный Совет Украины	0,6
2	Областные советы народных депутатов	0,6
3	Государственные областные администрации	0,6
4	Областные, городские, районные суды	0,6
5	Правоохранительные органы (милиция, прокуратура, налоговая полиция)	0,6
6	Частное предпринимательство	0,6

Взятничество распространено в каждом втором случае		
7	Администрация и учителя средних школ, училищ, техникумов	0,5
8	Администрация и преподаватели высших учебных заведений	0,5
9	Администрация и сотрудники поликлиник и больниц	0,5
10	Администрация и сотрудники служб социального обеспечения, служб занятости, других социальных учреждений	0,5
11	Высшие суды (Конституционный, Верховный и Высший хозяйственный суды Украины)	0,5
12	Средства массовой информации	0,5
13	Государственные предприятия	0,5
14	Секретариат Президента Украины	0,5
15	Кабинет Министров Украины	0,5
16	Политические партии	0,5
Существует определенная вероятность фактов взятничества:		
17	Армия	0,4
18	СБУ	0,4

Учитывая скрытый характер коррупции, достаточно сложной является задача провести четкую оценку масштабов распространенности этого феномена. По оценкам некоторых криминалистов, правоохранительные органы действительно выявляют лишь около 1% коррупционных нарушений [8].

Таким образом, по нашему мнению, эти и другие социально-экономические параметры являются индикаторами привлекательности Украины для транснациональной преступной деятельности как со стороны украинского, так и международного организованного криминалитета.

Следовательно, как отмечает М. Погорецкий, пользуясь коррупционными связями, современная организованная преступность в экономической сфере имеет транснациональный характер преступной организации, создает транснациональные компании, которые заняты преступным бизнесом в различных отраслях экономики. Будучи связанными с незаконными операциями по перемещению через государственные границы товаров, людских и природных ресурсов, финансов, используя благоприятную рыночную конъюнктуру и значительные различия в системах уголовного правосудия разных стран, современные коммуникационные технологии и банковские системы электронных расчетов транснациональные преступные организации проникают в легальную экономику других стран, используя при этом коррупцию и насилие. При этом наибольшую заинтересованность у этих организаций вызывает топливно-энергетический комплекс [15, с. 103], являющийся наиболее доходным и наиболее закрытым.

В результате такого положения вещей в Украине сейчас сформировалась олигархическая модель экономики, которая имеет в своих определенных сферах уголовную составляющую, ориентированную на внешние рынки и

создающую условия для развития сложных преступных схем выведения из страны финансовых ресурсов, контрабанды, торговли контрафактной продукцией и так далее.

Большинство современных исследователей справедливо отмечают наличие тесной взаимосвязи между финансово-промышленными группами и преступностью. Ряд ученых связывает формирование криминогенного транснационального характера отечественных финансово-промышленных групп, прежде всего, со структурными деформациями в отношении собственности, сформировавшихся в процессе приватизации [11, с. 326–334]. Доминирование неформальной, теневой приватизации превратило первичное разгосударствление фактически в перераспределение собственности, которая переходила к частным лицам. С тех пор сформировался принцип, который действует и до сих пор: нелегальная собственность создала возможность быстрого личного обогащения без адекватной ответственности за ее эффективное использование [11, с. 329].

По мнению экспертов 170 семей сегодня владеют 75% национального богатства Украины, соответственно большая часть экономики обеспечивает потребности ограниченного количества населения, и только 25% экономического потенциала государства работает на создание национального богатства, которое должно быть распределено между государством и обществом. В то же время, компании украинских миллиардеров ежегодно обеспечивают всего 25% внутреннего валового продукта Украины [17].

По данным издания «Фокус» в Украине количество миллиардеров составляет 21 человек, общее состояние которых оценивается почти в 58 млрд. долл. Для сравнения, расходная часть госбюджета Украины в последние годы колеблется в пределах 40 млрд. долл.

Таким образом, можно констатировать, что за годы независимости в Украине состоялось нелегальное перераспределение национальных богатств и народной собственности в пользу отдельных групп/кланов, при этом большинство украинских граждан оказались отчуждены от собственности на средства производства, а по коэффициенту олигархичности Украина вышла на третье место в мире.

Специалисты утверждают, что олигархическая модель экономики сама по себе способствует возникновению транснациональных преступных организаций, активному распространению непрозрачных, преступных финансово-экономических схем. Они считают, что сейчас возникает принципиально новый вид преступности – глобальная олигархическая преступность, которую можно определить как совокупность различного рода преступлений, совершенных представителями высшей власти или крупного бизнеса, либо совместно теми и другими в глобальном общемировом масштабе.

Подводя итоги, следует отметить, что современной украинской транснациональной преступности присущи некоторые специфические особенности и тенденции развития. К наиболее значимым относятся следующие.

1. Сращивание преступности и власти. Именно огромный уровень коррупционных связей образует почти идеальные условия для существования на территории Украины преступных организаций транснационального масштаба.

2. Высокий уровень латентности экономических преступлений. Уровень латентности увеличивается или, по крайней мере, не уменьшается, раскрытие преступлений и выявление правонарушений не растет.

3. Быстрое совершенствование способов преступных посягательств. Наблюдается вытеснение из сферы экономики примитивной преступности и замещение ее уточненной, интеллектуальной. Преступники быстро приспосабливаются к новым видам, формам и методам предпринимательской деятельности. Они активно используют в преступных целях сложную рыночную конъюнктуру, информационные технологии.

4. Активное участие в совершении преступлений организованных преступных групп. Преступления, совершаемые с их участием, отличаются более эффективной подготовкой, совершением и сокрытием краж. Они осуществляют постоянный поиск новых источников приобретения и путей сбыта похищенного, возможностей расширения преступной деятельности.

5. Усиление межрегионального и транснационального характера экономической преступности. Эта тенденция проявляется в том, что, во-первых, внешнеэкономические связи используются для легализации незаконных доходов, во-вторых – преступники используют инфраструктуру мировых финансовых рынков для осуществления преступных посягательств. Как пример

можно отметить мошеннические операции в сети Интернет, незаконную оффшорную деятельность.

6. Создание эффективной системы легализации доходов, полученных от преступной деятельности. Отмытые средства вводятся в экономический оборот, инвестируются в легальный бизнес, нелегально вывозятся за границу.

**Выводы.** Таким образом, геополитический фактор является объективной предпосылкой для развития транснациональной преступности в Украине. Вместе с тем, современная криминальная ситуация в Украине – закономерный результат действия комплекса факторов, связанных с переходным периодом развития украинского государства, ошибками и просчетами в решении стратегических и тактических задач реформирования общественной жизни. Непродуманные экономические реформы, приватизация, перевод огромных государственных средств и собственности в частное владение сыграли решающую роль в развитии украинской организованной преступности, которая вышла на качественно новый уровень. Многократно повысилась доходность от преступлений, совершаемых не только в традиционном криминальном бизнесе, но и в новых отраслях и сферах легальной экономики – нефтебизнесе, кредитно-финансовой сфере, торговле оружием, наркотиками и других.

#### Список использованной литературы

1. Бойко А.М. Детерминация экономической преступности в Украине в условиях перехода к рыночной экономике : [монография] / А.М. Бойко. – Львов, 2008. – 380 с.
2. Вербенский М.Г. Тенденции транснациональной организованной преступности в Украине / М.Г. Вербенский // Право и общество. – 2010. – № 2. – С. 101–106.
3. Воронцов С.А. Организованная преступность в Южном федеральном округе как геополитический фактор, стимулирующий сепаратизм // Современные проблемы геополитики Кавказа. Ростов н/Д : СКНЦ ВШ, 2001. Вып. 5. – С. 162–173.
4. Гвоздецька Б.Г. Кордон в уявленнях мешканців пограниччя Карпатського регіону [Електронний ресурс]. – Режим доступа : [http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc\\_gum/](http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/).
5. Дорошенко А.Д. Фактор транснациональной преступности в современных международных отношениях : автореф. дис. ... канд. полит. наук : спец. 23.00.04 «Политические проблемы международных отношений, глобального и регионального развития» / А.Д. Дорошенко. – НАН Украины. Ин-т мир. экономики и междунар. ин. – К., 2003. – 24 с.
6. Дроздов А.В. Истоки формирования теневой экономики на Украине / А. В. Дроздов // Ученые записки Таврического национального университета. – Вып. 12 (51). – № 1.
7. Жерновой М.В. Российская организованная преступность: транснациональные аспекты / М.В. Жерновой, А.Н. Сухаренко. – М. : ФГКУ «ВНИИ МВД России», 2012. – 34 с.
8. Звіт Інституту прикладних гуманітарних досліджень про результати реалізації спільного антикорупційного проекту Міністерства юстиції Канади та Міністерства юстиції України

КОРУПЦІЯ В УКРАЇНІ 2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.iahr.com.ua/files/works\\_docs/134.pdf](http://www.iahr.com.ua/files/works_docs/134.pdf).

9. Зелинская Н.А. Международно-правовой механизм интернационализации уголовного права / Н.А. Зелинская // Актуальные проблемы политики : сб. научных трудов / [Рук. авт. кол. С.В. Кивалов] ; отв. за вып. Л.И. Кормич. – Одесса : «Феникс», 2009. – Вып. 37. – С. 3–9.

10. Зиновьев А. Запад. Феномен западнизма / А. Зиновьев. – М. : Эксмо. – 2003 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.plam.ru/polit/zapad\\_fenomen\\_zapadnizma/p159.php](http://www.plam.ru/polit/zapad_fenomen_zapadnizma/p159.php).

11. Институциональная архитектура и динамика экономических преобразований / под ред. А.А. Гриценко. – Х. : Форт, 2008. – 928 с.

12. Кору́пція та її масштаби в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://kpk.org.ua/bibl/8\\_6.pdf](http://kpk.org.ua/bibl/8_6.pdf)

13. Мельничук Т.В. Организованные формы преступной деятельности во внешнеэкономической сфере: криминологическое исследование: дис. ... канд. юрид. наук / 12.00.08 / Т. В. Мельничук. – Одесса, 2009. – 232 с.

14. Офіційний сайт Міністерства внутрішніх справ України. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/813157>.

15. Погорецький М.А. Організована злочинність в Україні: тенденції розвитку та заходи протидії / М.А. Погорецький // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією. – К., 2007. – № 16. – С. 99–111.

16. Рамазанов Т.Б. Проблемы преступности в Республике Дагестан : дис. ... док. юрид. наук / Т.Б. Рамазанов. – Махачкала, 2001. – 265 с.

17. Соскін О. Становлення національної буржуазії та середнього класу в Україні / О. Соскін [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://kibit.com.ua/en/scientific-centre/articles/?view=259>.

18. Толстов С. Україна в євроатлантичних відносинах: досвід пристосування / С. Толстов // Політична думка. – 1999. – № 3. – С. 73–86.

19. Филиппова О.А. «Граница» и «Пограничье» в контексте политики идентичности / О.А. Филиппова // Методологія, теорія та практика соціологічного аналізу сучасного суспільства : зб. наук. праць. Вип. 16. – Х. : Видав. центр Харків. нац. ун-ту імені В.Н. Каразіна, 2010. – С. 394–401.

20. Хабриева Т.Я. Национальные интересы и российское законодательство / Т.Я. Хабриева // Право и безопасность. – 2005. – № 4 (17). – С. 71–79

21. Чебан В.В. Геополитические причины преступности в России / В.В. Чебан // Евразийский вестник. – 2001. – С. 229–235.



УДК 343.97

## ІНДИВІДУАЛЬНЕ ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИНАМ ОРГАНАМИ ВНУТРІШНІХ СПРАВ У СИСТЕМІ ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ: СУЧАСНИЙ СТАН ПРОБЛЕМИ

**Антон МАРІЄНКО,**

здобувач кафедри кримінального права та кримінології  
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

### SUMMARY

The article deals with the nature of individual crime prevention by law enforcement agencies found its place in combating crime by major contemporary problems of individual crime prevention bodies of internal affairs system in combating crime. It was determined that the major contemporary problems of individual crime prevention bodies of internal affairs include: inadequate legal regulation on individual crime prevention; inefficient organization of the internal affairs of all individual crime prevention; insufficient level of information and analytical support of the internal affairs of all individual crime prevention; inefficient use of tactics on individual crime prevention; lack of criteria for assessing the activity of the Interior to prevent crimes; lack of recent comprehensive studies of individual seats on crime prevention bodies of internal affairs system in combating crime.

**Key words:** crime, crime combating, preventing, individual crime, police, unlawful behavior.

### АНОТАЦІЯ

У статті розглянуто сутність індивідуального запобігання злочинам органами внутрішніх справ, з'ясовано її місце в системі протидії злочинності, визначені основні сучасні проблеми індивідуального запобігання злочинам органами внутрішніх справ у системі протидії злочинності. Визначено, що до основних сучасних проблем індивідуального запобігання злочинам органами внутрішніх справ відносяться: недосконалість нормативно-правового регулювання щодо індивідуального запобігання злочинам; неефективна організація діяльності органів внутрішніх справ щодо індивідуального запобігання злочинам; недостатній рівень організації інформаційного та аналітичного забезпечення діяльності органів внутрішніх справ щодо індивідуального запобігання злочинам; неефективне використання тактичних прийомів щодо індивідуального запобігання злочинам; відсутність критеріїв оцінки діяльності органів внутрішніх справ щодо запобігання злочинам; відсутність сучасних комплексних досліджень щодо місця індивідуального запобігання злочинам органами внутрішніх справ у системі протидії злочинності.

**Ключові слова:** злочинність, злочин, протидія, запобігання, індивідуальне запобігання злочинам, органи внутрішніх справ, протиправна поведінка.

**Постановка проблеми.** Соціально-економічна та політична криза в Україні охопила усі важливі сфери життєдіяльності суспільства, загострила соціальні протиріччя. У цих умовах суттєвим чином актуалізувалась проблема посилення протидії протиправним злочинним проявам, здійснення контролю над кримінальною ситуацією в країні з метою зниження темпів росту злочинності.

Головним соціальним призначенням правоохоронних органів, пріоритетним напрямом їх багатофункціональної діяльності є запобігання злочинам. Практично усі провідні спеціалісти в галузі кримінології схильні до загальної думки в тому, що позитивних результатів у стримуванні злочинності можна досягти не тільки за допомогою раціональної соціальної політики, але й за допомогою впливу на особу правопорушника. Тому особливого значення під час протидії злочинності набуває індивідуальне запобігання злочинам.

**Актуальність теми дослідження** полягає в тому, що з метою ефективної протидії злочинності необхідно дослідити актуальні проблеми теорії та практики індивідуального запобігання злочинам з урахуванням

сучасних змін теоретичних підходів щодо визначення протидії злочинності, реформування правоохоронної системи країни, реформування кримінального процесуального та оперативного-розшукового законодавства України.

**Стан дослідження.** Проблема індивідуального запобігання злочинам органами внутрішніх справ у системі протидії злочинності займалися Г.А. Аванесов, Ю.М. Антонян, О.М. Бандурка, Л.Д. Гаухман, В.О. Глушков, С.С. Галахов, В.В. Голіна, Л.М. Давиденко, І.М. Даньшин, О.М. Джуца, А.І. Долгова, А.Е. Жалінський, А.П. Закалюк, А.Ф. Зелінський, О.Г. Кальман, І.І. Карпець, І.П. Козаченко, Я.Ю. Кондратьєв, О.М. Костенко, Н.Ф. Кузнєцова, О.М. Литвак, О.М. Литвинов, А.Г. Лекарь, П.П. Михайленко, В.С. Овчинський, С.С. Овчинський, В.П. Філонов, О.М. Яковлев та інші кримінологи.

**Метою та завданням статті** є дослідження сутності індивідуального запобігання злочинам органами внутрішніх справ, з'ясування місця індивідуального запобігання злочинам органами внутрішніх справ у системі протидії злочинності, встановлення сучасних

проблем щодо здійснення такої діяльності. Новизна роботи полягає в тому, що у статті визначені основні сучасні проблеми індивідуального запобігання злочинами органами внутрішніх справ у системі протидії злочинності.

**Виклад основного матеріалу.** Проблема протидії злочинності – проблема сьогодення, вирішальним місцем якої є запобігання їй на початкових стадіях, виявлення осіб, які схильні до протиправних дій, вдосконалення, а за можливістю – прийняття найсучаснішого законодавства, яке зможе врегулювати питання протидії злочинності.

Протидія злочинності є різновидом правоохоронної діяльності, яка спрямована на мінімізацію вчинення злочинів на території країни.

Як зазначив С.Г. Міщенко, протидія злочинності за своїм характером є правоохоронною діяльністю, яка розглядається як багатофункціональне й різноаспектне поняття, що охоплює собою практично усі сфери державної діяльності. Вона здійснюється на загальносоціальному та спеціальному рівнях. Загальносоціальна протидія злочинності є основою спеціальної протидії. Спеціальна протидія здійснюється шляхом правового реагування на вчинення злочину та спеціально-кримінологічного запобігання новим злочинам. Процес реагування на вчинений злочин утворює самостійну систему заходів, які застосовуються в певній послідовності. Перший комплекс таких заходів найчастіше визначають терміном «виявлення» злочину. Виявленням доцільно охоплювати й так зване розкриття злочину, тобто встановлення суб'єкта його вчинення. Виявленню підлягає не лише вчинений злочин, а й каране готування до нього, замах на його вчинення. Наступним комплексом заходів реагування на вчинення злочину є притягнення до кримінальної відповідальності. При цьому «притягнення» є не чим іншим, як процесом збору доказів винуватості суб'єкта у вчиненні злочину [1, с. 10].

Завданнями протидії злочинності є:

- 1) виявлення причин вчинення злочинів і умов, що їм сприяють;
- 2) застосування заходів з усунення встановлених причин і умов або їх нейтралізації (блокування);
- 3) виявлення осіб із протиправною поведінкою, що має тенденцію переростання у вчинення злочинів;
- 4) корегуючий вплив на цих осіб з метою недопущення вчинення ними злочинів шляхом застосування індивідуально-профілактичних заходів;
- 5) застосування заходів, направлених на зниження серед громадян ризику стати жертвами злочинних посягань;
- 6) обмеження дії негативних явищ і процесів, супутніх злочинності;
- 7) мобілізація всіх позитивних сил суспільства на створення атмосфери нетерпимості до будь-яких форм злочинної поведінки;

8) усунення недоліків у діяльності суб'єктів протидії злочинності;

9) підвищення ефективності діяльності з протидії злочинності [2, с. 73].

Одним з основних напрямів протидії злочинності є її запобігання. Значення запобігання злочинам визначається тим, що воно є найбільш гуманним та ефективним засобом підтримки правопорядку, забезпечення безпеки суспільства тощо.

На сьогодні в кримінології існують різні точки зору щодо визначення діяльності по недопущенню вчинення злочинів: боротьба, соціальний контроль, запобігання, попередження, припинення, профілактика тощо. Ми є прихильниками тієї точки зору, що такий вид діяльності слід іменувати як запобігання, яке складається з наступних елементів: профілактика, попередження, припинення. Так, В.М. Куц та О.В. Кириченко зазначили, що більш вдалою в якості об'єднувальної категорії є «запобігання злочину». Вона повинна об'єднувати поняття профілактики, попередження й припинення злочину, при чому саме в такій послідовності, яка характеризує, окрім іншого, і ступінь наближення діяння до його безпосереднього вчинення злочину. Після вчинення злочину розпочинається дія другого напрямку протидії злочинності – застосування кримінально-правових засобів впливу на неї, основним з яких залишається кримінальне покарання [3, с. 150–151].

Як зазначає А.П. Закалюк, запобігання злочинності в буквальному розумінні означає діяльність, що перешкоджає вчиненню злочинів. Це коротке визначення відображає основну мету запобіжної діяльності – перешкодити вчиненню злочинів, скоротити їхню кількість і тим самим зменшити розміри злочинності. Запобігання злочинам має пряме значення щодо існуючої злочинності. По-перше, запобіжна діяльність щодо злочинності безпосередньо спрямовується не проти неї в тому вигляді (обсязі), в якому вона існує на теперішній час, а стосовно чинників, що її зумовлюють. Ця діяльність здійснюється, насамперед, з метою перервати дію останніх і тим самим перешкодити подальшому вчиненню злочинів, існуванню злочинності в сучасних параметрах та їхньому збільшенню. По-друге, злочинність дійсно є соціальним феноменом, що виявляється в кримінальній активності частини членів суспільства, на високому загальному рівні обумовлений певними об'єктивними соціальними явищами та передумовами, станом суспільних відносин, дії яких неможливо запобігти безпосередніми упереджувальними заходами [4, с. 318–319].

Таким чином, запобігання злочинності – це сукупність заходів, спрямованих на окремі групи та конкретних осіб, які виконують злочинні наміри, замислюють вчинення злочинів і позитивно сприймають злочинний спосіб життя, з метою дискредитування злочинної поведінки, відмови від злочинної мотивації та наміру або продовження злочинної діяльності.

Складовими запобігання злочинності є:

1) профілактика – сукупність цілеспрямованих заходів щодо завчасного виявлення та усунення негативних явищ, які виникають чи можуть виникати й детермінувати злочинність або окремі її види, а також виявлення осіб, схильних до вчинення злочинів, та застосування до них заходів щодо подальшої їх відмови від злочинних намірів;

2) попередження – сукупність заходів, спрямованих на окремі групи та конкретних осіб, які виношують злочинні наміри, замислюють вчинення злочинів і позитивно сприймають злочинний спосіб життя, з метою дискредитування злочинної поведінки, відмови від злочинної мотивації та наміру або продовження злочинної діяльності;

3) припинення – сукупність заходів, спрямованих на недопущення завершення розпочатого злочину.

Злочинність зумовлюється комплексом негативних явищ та процесів різного походження, котрі й є так званими об'єктами запобіжного впливу. Тому велике значення для запобігання злочинам має правильний вибір об'єкта впливу. Кримінологія переважно спирається на соціологічну парадигму й виділяє суспільні відносини, вважаючи тільки їх об'єктами злочинів, об'єктами визначаються різного роду недоліки у функціонуванні суспільних відносин [5, с. 85].

Отже, об'єктами запобігання злочинності є негативні явища та процеси реальної дійсності матеріального чи духовного характеру, які призводять до виникнення причин і умов, що сприяють вчиненню злочинів. До них належать:

– уражені недоліками суспільні відносини в системі формування людини;

– сукупність конкретних негативних явищ, процесів, недоліків у різних сферах життя, які детермінують злочинну поведінку й вчинення конкретного злочину;

– соціальні негативні традиції, стереотипи поведінки, найбільш поширені негативні звички людей;

– окремі негативні особистісні властивості людини, які провокують злочин або сприяють його вчиненню;

– окремі особи, групи й контингенти осіб, які схильні до протиправної поведінки.

Для об'єкта характерні такі властивості:

1) криміногенність (криміногенність здатна формувати антисуспільну спрямованість особи, яка знаходиться в безпосередньому з нею контакті, а також провокувати скоєння нею протиправних дій);

2) динамічність (зумовлює постійну мінливість його кількісно-якісних показників);

3) потенційність (характеризує об'єкт тим, що окремі явища можуть швидко досягти високого ступеня криміногенності);

4) латентність (криміногенність, яка прихована від спостерігача-дослідника) [6, с. 102–104].

Під час запобігання злочинам індивідуальне запобігання злочинам має особливе значення.

Індивідуальне запобігання злочинам – це різновид запобігання злочинності щодо конкретної особи. В основі такої діяльності лежать обґрунтоване припущення, прогноз і правова підстава, що та чи інша особа потенційно може вчинити злочин. Метою індивідуального запобігання злочинам є безпосередній вплив на свідомість особи, а через цей вплив – зміна поведінки за рахунок свідомих спонукань самого об'єкта індивідуального запобігання злочинам.

Індивідуальне запобігання злочинам починається з того моменту, коли стають відомі відомості щодо особи, поведінка якої свідчить про наявність підстав для індивідуального запобігання злочинам. Встановити таку особу та визначити в кожному конкретному випадку підстави для індивідуального запобігання злочинам, як показує практика ОВС, є складною справою. Проблема полягає у виявленні осіб з поведінкою правопорушників (в залежності від характеру поведінки такої особи та її можливостей вчинити певний злочин: перебування в складі організованої групи, зайняття певним видом господарської діяльності, постійне спілкування з маргіналами тощо) та постановці їх на відповідний профілактичний облік. У цьому плані відчувається дефіцит інформаційної бази, відсутність оперативного обміну інформацією між суб'єктами індивідуального запобігання злочинам тощо.

Основним суб'єктом індивідуального запобігання злочинам є органи внутрішніх справ (далі – ОВС), зокрема підрозділи та служби кримінальної міліції, міліції громадської безпеки та інші. Слід зазначити, що ОВС займають особливе місце серед суб'єктів запобігання злочинності, метою запобіжної діяльності яких є: організація реалізації державної стратегії запобігання правопорушенням, у тому числі й злочинам; створення правової основи, організаційних, тактичних, матеріально-технічних та інших умов здійснення запобігання правопорушенням; виявлення, усунення або нейтралізація криміногенних факторів; виявлення, попередження, припинення та розслідування злочинів; забезпечення відшкодування збитків, завданих злочинами фізичним і юридичним особам та державі; розшук і затримання осіб, які вчинили злочини та інші правопорушення; запобігання налагодженню корупційних зв'язків та втягуванню державних службовців у стосунки з криміналітетом; удосконалення правової бази запобігання злочинності; всебічне, повне та своєчасне інформування громадськості про результати запобіжної діяльності.

Індивідуальне запобігання злочинам ОВС є різновидом діяльності служб та підрозділів ОВС, яке спрямоване на недопущення скоєння злочину з боку конкретної особи, від якої з великою ймовірністю слід очікувати вчинення злочину.

Об'єктом індивідуального запобігання злочину ОВС є:

1) поведінка та спосіб життя осіб з високою ймовірністю вчинення злочину;

2) соціальні елементи, їх особистості, які відображають антисуспільну спрямованість;

3) деякі соціально значущі при формуванні й реалізації умислу психофізичні особливості індивідів;

4) несприятливі умови оточуючого таку особу середовища та життєвого укладу;

5) інші довготривалі діючі обставини, які визначають криміногенну ситуацію й полегшують вчинення злочину.

На наш погляд, вивчення особи злочинця в ряді випадків проводиться формально та односторонньо. Серед основних причин незадовільного вивчення об'єктів індивідуального запобігання злочинам є наступні: відсутність формалізованого обліку даних про правопорушників; недостатність часу на профілактичну роботу; неясне уявлення про те, які сторони особистості необхідно вивчити для обрання правильної тактики індивідуального запобігання злочинам та інші причини.

Вивчення особи, щодо якої застосовуються заходи індивідуального запобігання злочинам, її характеристик є основою для обрання заходів запобігання злочинам. Обґрунтованість такого вибору підвищиться, на нашу думку, якщо при цьому будуть враховуватися перспективні зміни в об'єкті індивідуального запобігання злочинів. Для цього потрібно здійснювати прогнозування індивідуальної злочинної поведінки, що стосується оцінки ймовірності вчинення особою злочину вперше, або повторного (рецидивного) злочину.

Важливу роль у запобіганні злочинам відіграє виявлення й перевірка осіб з антигромадськими поглядами, способом життя й протиправною поведінкою. Угрупування таких осіб утворюють криміногенне середовище, що впливає на оперативну обстановку певної території обслуговування.

До кола осіб, щодо яких необхідно вживати індивідуально-запобіжні заходи, належать:

1) раніше засуджені за вчинені злочини, які на шлях виправлення не стали, про що свідчать факти їх антигромадської поведінки під час відбування покарання або після звільнення;

2) особи, які вчинили адміністративні проступки, та існує можливість вчинення ними в майбутньому злочинних діянь;

3) особи, які не притягувалися в минулому до кримінальної або адміністративної відповідальності, але їх поведінка свідчить про стійкі антигромадські погляди, наявність зв'язків із кримінальними елементами;

4) особи, які зловживають спиртними напоями, наркомани, сімейні бешкетники, утримувачі будинків розпусти, неповнолітні, які вчиняють адміністративні проступки;

5) особи, відносно яких є оперативна інформація щодо наявності наміру вчинити ними злочин або про наявність підготовчих дій до вчинення злочину.

Основним джерелом отримання інформації про криміногенну особу – особу злочинця – виступають

особисті бесіди. Документальні джерела, наприклад, особисті справи, характеристики, використовуються надзвичайно рідко. Як правило, при такому вивченні увага звертається переважно на колишню антигромадську діяльність. Дуже рідко з'ясовується, як правопорушник проводить свій вільний час, з якою компанією спілкується, яка обстановка в нього в родині.

Характерною рисою індивідуального рівня вивчення особи злочинця є те, що поряд із соціальними властивостями підлягають узагальненню й психофізіологічні риси.

Основу антигромадської спрямованості особі злочинця складають індивідуалістичні орієнтації особи, що характеризують її як внутрішньо цілісний тип злочинця з властивим йому певним типом мотивованої антигромадської поведінки. Слід мати на увазі, що антигромадська направленість мотивів не може існувати поза загальною негативною спрямованістю особи. Більш того, зміст спрямованості особи є результат відносної постійності домінуючих мотивів, прагнень і відносин індивіда.

Антигромадська спрямованість особі злочинця знаходить свій безпосередній вираз в єдності його негативних рис і якостей, що визначають специфічний ракурс сприйняття зовнішніх впливів і мотивацію злочинної поведінки.

Розкрити сутність індивідуального запобігання злочинам не можливо без з'ясування його механізму. Механізм індивідуального запобігання злочинам представляє собою комплекс взаємозалежних функцій правоохоронної спрямованості, змістом яких є відповідні засоби й методи впливу на злочинність.

Механізм індивідуального запобігання злочинам ОВС можна розглядати з внутрішньої сторони, тоді його сутність полягає у впливі на особу потенційного злочинця відповідними заходами впливу. Такий вплив, як відзначається в психології, є можливим тільки через мотиваційну систему цієї особистості [7, с. 120]. З її зовнішньої сторони варто виділити ряд таких етапів:

- виявлення осіб, які підлягають запобіжному впливу;
- вивчення особи та умов її соціального середовища;
- прогнозування антисуспільної поведінки особи та планування запобіжних заходів;
- реалізація запобіжних заходів та контроль за отриманими результатами;
- фіксація досягнення цілей індивідуального запобігання злочинів та зняття особи з профілактичного обліку в ОВС.

Процес індивідуального запобігання злочинам умовно можна поділити на наступні етапи:

1) виявлення й постановка на облік осіб, від яких через їх антигромадські погляди й поведінку можна очікувати вчинення злочинів;

2) організація спостереження й отримання оперативної інформації про поведінку, погляди взятих на облік осіб;

3) організація й здійснення комплексу оперативно-розшукових, профілактичних та інших заходів з метою недопущення вчинення потенційними правопорушниками злочинів;

4) організація належного аналізу ефективності профілактичних заходів, своєчасне внесення змін у розміщення сил, тактику застосування оперативно-профілактичних засобів і методів щодо осіб, які підлягають профілактичному впливу.

Кримінологи виділяють наступні напрями індивідуального запобігання злочинам:

– заходи переконання – процес логічного обґрунтування особі думки про відмову від криміногенної поведінки, злочинних намірів, антисуспільних установок;

– заходи соціальної допомоги – працевлаштування, поліпшення побутових умов, зміна способу життя шляхом підвищення соціального статусу, освіти, отримання престижної спеціальності, лікування, встановлення корисних контактів, вибору життєвих перспектив тощо;

– обмеження – профілактичний контроль за місцем проживання або навчання особи з боку правоохоронних органів чи громадськості;

– примус – адміністративний арешт і адміністративне затримання, штраф, адміністративний нагляд, улаштування в приймальники-розподільники для дорослих і неповнолітніх, припинення бродяжництва й жебрацтва та інше.

Критерієм результативності індивідуально-запобіжної роботи виступає, як показує практика, відсутність рецидиву злочинів та недопущення вчинення злочинів, що готувалися. Ці показники в ряді випадків не можуть відобразити якісні зміни в особі, відносно якої здійснювалися запобіжні заходи, тобто зміни в його свідомості та діяльності в основних сферах. Тому на перший план висуваються зміни в самій особистості, в її способі життя, у ту або іншу сторону. Індикаторами таких змін, що дозволяють встановити якісні соціально-схвалювані зміни в свідомості та вчинках цієї особи, можуть виступати ставлення до праці, суспільні інтереси, рівень морально-культурних цінностей тощо.

На сьогодні реальний стан оцінки діяльності ОВС щодо індивідуального запобігання злочинам потребує вдосконалення. Вироблення критеріїв оцінки діяльності ОВС за цим напрямом роботи, особливо в сучасних умовах реформування ОВС, є доволі складною проблемою, яка може бути вирішена протягом певного часу.

Досягнуті в процесі індивідуального запобігання злочинам позитивні результати потрібно закріплювати, щоб усунути повернення особи до її негативного минулого. Це досягається в тому випадку, якщо запобіжна робота триває доти, поки об'єкт індивідуального запобігання злочинам не діагностується як законослухняна особа.

Ефективно здійснювати індивідуальне запобігання злочинам ОВС можливо за умови удосконаленої нормативно-правової регламентації.

Головні положення, які визначають основні принципи та спрямованість запобіжної діяльності, закріплені в міжнародно-правових актах, які визнані Україною (Загальна декларація прав людини; Міжнародний пакт про громадянські та політичні права; Керівні принципи в галузі попередження злочинності та кримінального правосуддя; Резолюція IX Конгресу ООН з попередження злочинності й поводження з правопорушниками; конвенції ООН та європейські конвенції, спрямовані на протидію міжнародним злочинам та злочинам міжнародного характеру; міжнародно-правові акти про стандарти у сфері кримінального правосуддя та виконання кримінальних покарань та інші).

До актів загального характеру належать кодифіковані та інші нормативно-правові акти, що забезпечують функціонування соціально-правового механізму протидії злочинності: Кримінальний кодекс України, Кримінальний процесуальний кодекс України, Кримінально-виконавчий кодекс України, Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність».

Правовою основою запобіжної діяльності ОВС є законодавчі та інші нормативно-правові акти, що комплексно регулюють статус, завдання, функції, повноваження, обов'язки й права ОВС, для яких запобігання злочинності є одним з головних завдань, зокрема це Закон України «Про міліцію» [8], а також законодавчі акти, що спрямовані на запобігання окремим злочинним проявам (наприклад, закони України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю», «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними», «Про засади запобігання й протидії корупції» та інші).

На сьогодні відсутній окремий законодавчий акт, який би регулював суспільні відносини щодо запобіжної діяльності в галузі протидії злочинності. Існування такого нормативно-правового акту сприяло б в Україні закріпленню загальних положень щодо запобігання злочинності взагалі та індивідуальному запобіганню злочинності зокрема.

**Висновки.** На нашу думку, основними сучасними проблемами діяльності ОВС щодо індивідуального запобігання злочинам є:

1) недосконалість нормативно-правового регулювання щодо індивідуального запобігання злочинам;

2) неефективна організація діяльності органів внутрішніх справ щодо індивідуального запобігання злочинам;

3) недостатній рівень організації інформаційного та аналітичного забезпечення діяльності органів внутрішніх справ щодо індивідуального запобігання злочинам;

4) неефективне використання тактичних прийомів щодо індивідуального запобігання злочинам;

5) відсутність критеріїв оцінки діяльності органів внутрішніх справ щодо запобігання злочинам;

6) відсутність сучасних комплексних досліджень щодо місця індивідуального запобігання злочинам органами внутрішніх справ у системі протидії злочинності.

#### Список використаної літератури

1. Міщенко С.Г. Роль кримінальної юстиції в протидії злочинності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / С.Г. Міщенко. – К., 2011. – 19 с.

2. Бандурка О.М. Протидія злочинності та профілактика злочинів : [монографія] / О.М. Бандурка, О.М. Литвинов. – Х. : Харківський національний університет внутрішніх справ, 2011. – 308 с.

3. Куц В.М. Неправдиве повідомлення про загрозу громадській безпеці (кримінально-правова характеристика та заходи протидії) : [монографія] / В.М. Куц, О.В. Кириченко. – К. – Х. : Харків юридичний, 2006. – 212 с.

4. Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології : теорія і практика : у 3 кн. Кн. 1 : Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки / А.П. Закалюк. – К. : «Ін Юре», 2007. – 424 с.

5. Долгова А.И. Организация предупреждения преступности с учетом детерминации / А.И. Долгова // Вопросы борьбы с преступностью. – М. : Юрид. лит., 1988. – Вып. 47. – С. 85.

6. Кримінологія : Загальна та Особлива частини [підручник] / [І.М. Даньшин, В.В. Голіна, О.Г. Кальман, О.В. Лисодед] ; за ред. І.М. Даньшина. – Х. : Право, 2003. – 352 с.

7. Бобнева М.И. Социальные нормы и регуляция поведения / М.И. Бобнева. – М. : Наука, 1978. – 312 с.

8. Закон України від 20.12.1990 р. «Про міліцію» // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 4. – Ст. 20.

## МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

УДК 341.21

### ЗАСТОСУВАННЯ СТАНДАРТУ «DUE DILIGENCE» В МІЖНАРОДНІЙ СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

Світлана АНДРЕЙЧЕНКО,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права та міжнародних відносин  
Національного університету «Одеська юридична академія»

#### SUMMARY

The article is devoted to the issue of international responsibility of the State in the case of breach of due diligence standard based on a study of arbitral decisions, decisions of the ICJ, the European Court of Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights, diplomatic correspondence. In the article determine that due diligence principle is especially important under international law, it can be applied to varied areas: law of international responsibility, law of humans rights, international criminal law, international environment law, international economic law etc.

**Key words:** international responsibility, state fault, due diligence standard, internationally wrongful act.

#### АНОТАЦІЯ

В статті досліджується на підставі вивчення арбітражних рішень, рішень Міжнародного суду ООН, Європейського суду з прав людини, Міжамериканського суду з прав людини питання міжнародної відповідальності держави у випадках недотримання нею стандарту належної обачності (due diligence). Встановлено, що принцип due diligence відіграє важливу роль в міжнародному праві, він може бути застосований у різних його сферах – праві міжнародної відповідальності, міжнародному праві прав людини, міжнародному кримінальному праві, міжнародному екологічному праві, міжнародному економічному праві та інших.

**Ключові слова:** міжнародна відповідальність, вина держави, стандарт due diligence, міжнародно-протиправне діяння.

**Постановка проблеми.** У Проекті статей про відповідальність держав (далі – Проект статей) сформульована чітка позиція стосовно того, що міжнародно-протиправним діянням є дія або бездіяльність, які пов'язані з державою і є порушенням міжнародних зобов'язань цієї держави. З одного боку, Проект статей не вирішує питання необхідності додаткового елементу вини або відсутності старанності (diligence) для того, щоб визнати первинну норму порушеною. З іншого боку, Проект статей не охоплює ситуації, в яких традиційно застосовується due diligence, а саме порушення міжнародного права приватними особами. Згідно з главою II «Присвоєння поведінки державі», приватна поведінка не може бути присвоєна державі. Коментар до цієї глави роз'яснює, що в деяких випадках це все ж можливо: «... і держава може нести відповідальність за наслідки поведінки приватних суб'єктів, якщо вона не прийняла необхідних заходів для запобігання таких наслідків. Наприклад, приймаюча держава не несе відповідальності за дії приватних осіб щодо захоплення посольства, але вона несе відповідальність за неприйняття всіх необхідних заходів із захисту посольства від захоплення або відновлення контролю над ним» [1, с. 39]. Так, враховуючи порушення принципу due diligence, Сирія була визнана відповідальною за міжнародно-протиправне

діяння внаслідок руйнувань бунтівниками датського і норвезького посольств в Дамаску в лютому 2006 р. [2, с. 64]. У зв'язку з цим на практиці постає питання про відповідальність держав при порушенні зобов'язання due diligence. Незважаючи на притаманну даному питанню актуальність, воно є все ще недостатньо вивченим в доктрині міжнародного права.

Зобов'язання держав виявляти належну розпорядливість (due diligence) у міжнародному праві розглядали у своїх працях такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як Г. Амадор, Дж. Анайя, Д. Анцілотті, Р. Барнідж, Ж. Бурк-Мартіньоні, Я. Броунлі, Н. Дрьоміна-Волок, П. Дюпюї, Т. Койвурова, І. Лукашук, К. Чинкін та інші. Разом з тим в авторитетних дослідженнях вчених, що є значним внеском у теорію та практику міжнародного права, не приділяється достатньої уваги питанню визначення вини та міжнародної відповідальності держави при покладанні на неї зобов'язання дотримуватися стандарту due diligence.

**Мета статті** полягає у дослідженні на підставі вивчення арбітражних рішень, рішень Міжнародного суду ООН, Європейського суду з прав людини, Міжамериканського суду з прав людини проблеми міжнародної відповідальності держави у випадках недотримання нею стандарту належної обачності (due diligence).

**Виклад основного матеріалу.** У міжнародному праві склалося правило, відповідно до якого у випадку вчинення суб'єктами (діяння яких не може бути приписано державі) певних дій, що утворюють порушення міжнародного зобов'язання, вина держави полягає в тому, що вона не застосувала необхідних заходів з метою дотримання відповідного міжнародного зобов'язання. Дане правило отримало назву стандарту «належної обачності» («due diligence» standard).

Д. Анцилотті вказував, що «вельми часто міжнародне зобов'язання держави полягає не в перешкоджанні здійсненню будь-яких дій, посягання на яке було б неможливим і абсурдним, але в проведенні певного спостереження і в прийнятті певних заходів, спрямованих до недопущення тих чи інших дій. Зобов'язання виявляється порушеним, і відповідальність виникає не тому, що дія вчинена, але тому, що відбувся недогляд у проведенні належного спостереження або прийнятті необхідних у даному випадку заходів» [3, с. 419]. За висловлюванням професора П. Дюпюї, «належна обачність – це обачність, очікувана від добропорядного уряду, тобто від уряду, що приймає до уваги свої міжнародні зобов'язання» [4, с. 369–370].

Найважливішою особливістю принципу належної обачності є те, що він не вимагає присвоєння (attributability) державі поведінки недержавного актора [5, с. 214]. Притому що бездіяльність або дії недержавних суб'єктів, вчинені поза зв'язком з державою, їй не присвоюються, ця держава не звільняється від свого обов'язку виявляти належну розпорядливість [6, с. 119].

Принцип due diligence відіграв значну роль в першій фазі кодифікації правил про відповідальність держав, в період, який тривав до 1963 р. Вирішальне значення в даному випадку мала робота неурядових експертних органів і Комітету експертів Ліги націй з Прогресивної кодифікації міжнародного права між двома світовими війнами, які підготували матеріали з кодифікації міжнародного права для Гаазької конференції 1930 р. Увага була зосереджена на питанні міжнародної відповідальності держав, зокрема відповідальності держави за шкоду, заподіяну іноземцям приватними особами в мирний час і під час внутрішніх заворушень. Незважаючи на те, що Гаазька конференція з кодифікації не змогла завершити процес кодифікації, визнавалося, що держава може нести відповідальність, якщо це було проявом явної недбалості (negligent), тобто якщо держава не проявила належної обачності (due diligence) в запобіганні, відшкодуванні або покаранні у випадку заподіяння шкоди іноземцю [7, с. 1].

Варто відзначити, що положення due diligence спочатку було однією з центральних проблем у спробах кодифікувати норми про відповідальність держав. Коли КМП зобов'язалася кодифікувати загальні норми відповідальності держав, принцип due diligence поступово виключили з Проекту статей про відповідальність дер-

жав, але він відіграє важливу роль в спеціалізованих проєктах КМП, пов'язаних із заподіянням транскордонної шкоди. Причина цієї зміни була зрозумілою: КМП необхідно було знайти ті аспекти відповідальності держав, які повсюдно визнавалися, а концепції due diligence або вини не були такими. Іншими словами, ця зміна була викликана гострою необхідністю кодифікації, однак в той же час Проєкт статей про відповідальність держав не оспорював вплив due diligence в рамках змісту різних первинних норм [7, с. 6].

Необхідно зазначити, що спочатку принцип due diligence в міжнародному праві інтерпретувався як принцип відповідальності суверена за заподіяння шкоди іноземним підданам. Він передбачав певний стандарт пильності, яка повинна бути проявлена державою, щоб запобігти заподіяння шкоди іноземцям та їх майну в результаті насильства, вчиненого приватними особами. З часом значимість поняття належної обачності істотно зросла і вийшла за межі заподіяння шкоди іноземцям на території держави. На даний час due diligence standard застосовується в багатьох областях міжнародного права до різних фактів та обставин. У контексті сучасного тероризму, наприклад, цей принцип може бути застосований для визнання держав відповідальними за свої дії або бездіяльність, коли терористичні акти вчинені недержавними особами [8, с. 106–110].

Як вказує Н. Дрьоміна-Волок, в останні роки стандарт due diligence все частіше застосовується при рішенні різних питань прав людини – від торгівлі людьми до зобов'язань транснаціональних корпорацій [6, с. 120]. У контексті міжнародного права прав людини принцип due diligence зменшив розрив між видами публічної і приватної діяльності, що досі були відокремлені, і визначили наявність чи відсутність відповідальності держави [9, с. 387].

Для більш глибокого розуміння суті принципу due diligence необхідне вивчення практики застосування і тлумачення даного стандарту міжнародними судовими органами, зокрема міжнародними арбітражами, Міжнародним судом ООН, Європейським судом з прав людини, Міжамериканським судом з прав людини.

Першим явним застосуванням принципу due diligence було відоме рішення женевського арбітражу у справі корабля «Алабама» (спір між Сполученими Штатами Америки і Великобританією за порушення США про порушення Англією нейтралітету під час громадянської війни в США). Як підставу для відповідальності було визнано відсутність належних зусиль [10, с. 50–53]. «Алабама» – крейсер конфедератів під час міжособної війни в Північній Америці. Це було дерев'яне гвинтове судно, побудоване в Англії, що мало досить швидкий хід. Впродовж 2-х років (1862–1864 рр.) користувалося гучною популярністю завдяки тій шкоді, яку завдавало комерційному флоту північних штатів. 19-го червня 1864 р. «Алабама» була потоплена.

Після закінчення громадянської війни спір, пов'язаний з дотриманням Великобританією обов'язків, що впливають із статусу нейтральної держави, був переданий до арбітражного суду, що складався з п'яти арбітрів (від США, Великобританії, Італії, Швейцарії та Бразилії). У рішенні від 14 вересня 1872 р. арбітражний суд ухвалив стягнути з Великобританії 15,5 млн. дол. на користь постраждалих громадян США.

Перше з трьох «Вашингтонських правил», з якими повинні були рахуватися судді при вирішенні справи, свідчить, що «нейтральна держава зобов'язана застосовувати належну обачність (*due diligence*), щоб перешкодити в межах своєї юрисдикції спорядженню, озброєнню або екіпіровці суден, які, як можна логічно встановити, призначені крейсувати або вести війну проти держави...» [3, с. 419].

За свідченням Ч. Хайда, «... арбітри заявили, що факти, які стосуються будівництва судна (у той час позначеного під номером «290») в Ліверпулі і його устаткуванню і озброєнню поблизу острова Терсейра за допомогою кораблів, які вийшли з Великобританії з цією метою, явно свідчать, що англійський уряд не виявив належного старання у виконанні своїх зобов'язань як нейтрального, і особливо, що уряд, незважаючи на попередження і офіційні подання, зроблені під час будівництва судна дипломатичними представниками Сполучених Штатів, знехтував своєчасним прийняттям якихось дієвих запобіжних заходів; розпорядження, які були ним, нарешті, віддані для затримання судна, запізнилися настільки, що їх виконання виявилось практично неможливим» [11, с. 541].

Класичні приклади арбітражних рішень із посиланням на стандарт *due diligence* на початку ХХ ст. були пов'язані з правом дипломатичного захисту і діями або бездіяльністю держави у випадках заподіяння шкоди іноземцям [2, с. 17].

На початку 1920-х років ХХ ст. була створена Генеральна Комісія з розгляду взаємних претензій між США і Мексикою, яка розглянула ряд справ, пов'язаних із застосуванням правила, відповідно до якого держава повинна діяти з належним старанням у виконанні її обов'язків щодо захисту, затримання і покарання у випадках заподіяння шкоди іноземним громадянам недержавними акторами.

Справа «*Janes*» (США проти Мексики) (1926 р.) [12] «може розглядатися як прототип більше сорока справ такого роду, представлених в комісію, які ґрунтуються на нездійсненні владою Мексики ефективного переслідування, затримання, засудження чи покарання за вчинення вбивств громадян Америки у Мексиці [13, с. 159].

Р. Барнідж зазначає, що у цьому арбітражному рішенні Генеральна Комісія з розгляду претензій торкнулася питання зобов'язань держав відповідно до міжнародного права затримувати осіб, які завдали шкоди іноземним

громадянам, і надала теоретичне роз'яснення стосовно відмінності між шкодою, заподіяною недержавними суб'єктами, і шкодою, заподіяною державою [2, с. 19].

У даній справі громадянин США Джейнс, управляючий гірничодобувною компанією в Мексиці, в літку 1918 р. був застрелений мексиканцем П. Карбаджалом, який працював на ту ж компанію. Місцева поліція, хоча і була повідомлена про стрілянину протягом декількох хвилин, затрималася приблизно на пів години, поки розпочала пошук Карбаджала, який втік до каньйону. Пошук не дав результатів, як і аналогічний пошук на наступний день. Згідно з доказами Карбаджал ховався в сусідньому ранчо протягом тижня, і повертався в Ель Тігре, місто стрілянини, два рази протягом того ж тижня. Мексиканська влада не прийняла до уваги інформацію, що Карбаджал знаходився за сімдесят п'ять миль від Ель Тігре, поки гірничодобувна компанія не запропонувала нагороду за захоплення Карбаджала. Коли нарешті почали шукати Карбаджала, то не змогли знайти [12, с. 83–85].

Генеральна Комісія по розгляду претензій зазначила, що «явна відмова зі сторони мексиканської влади здійснити швидкі та ефективні дії по затриманню убивці дають підстави присудити відшкодування» [12, с. 85]. Таким чином, було встановлено, що Мексика порушила свої зобов'язання по затриманню осіб, які заподіяли шкоду іноземним громадянам. Комісія встановила, що підставою для відповідальності Мексики стала її відмова «вжити належні заходи по затриманню і покаранню вбивці». Поняття «належні заходи» вживалося як еквівалент зобов'язанню проявляти належну обачність (*due diligence*). Кроуфорд і Оллесон приводили у приклад справу «*Janes*» як свідчення того, що «звичайно дії приватних осіб не будуть спричиняти відповідальність держави, хоча держава може за певних обставин нести відповідальність за нездатність запобігти цим актам, або вжити заходи, щоб покарати відповідальних осіб» [2, с. 20].

У справі «*Youmans*» (1926 р.) Генеральна Комісія по розгляду претензій торкнулася питання про відповідальність держави при невчиненні дій з належною старанністю (*due diligence*) у випадку повстання натовпу проти іноземних громадян в Мексиці. Інцидент виник внаслідок трудового спору між американцем Дж. Коннеллі, керуючим інженером будівництва тунелю Сан Іларіо в Мексиці, і місцевим робітником С. Медіна. С. Медіна, незадоволений вирішенням спору, кидав каміння в Коннеллі і погрожував мачете. Коннеллі відповів Медіна попереджувальним пострілом і потім прострелив йому ноги. Невдовзі тисячний натовп оточив будинок Коннеллі, де перебувало ще два американця, Г. Юманс і Дж. Арнольд. Місцевий мер спробував відновити порядок, але не зміг, і коли мексиканські солдати прибули розрядити ситуацію, вони стріляли в будинок і вбили Арнольда. Згодом солдати і натовп

вбили Коннеллі і Юманса. «Центральним питанням, яке поставила Генеральна комісія полягало у тому, що уряд Мексики не проявив належного старання (*due diligence*), щоб захистити [...] Юманса] від люти натовпу, і не був здатним вжити належні заходи для затримання та покарання осіб, причетних до злочину» [14, с. 110–117].

Ще одним прикладом недотримання державою стандарту *due diligence* стала справа «Мессі» (1927 р.). У даній справі мексиканець Х. Саенс стріляв шість разів у свого боса – американця В. Мессі, що спричинило його смерть. Мексиканська влада ув'язнила Саенса, однак з дозволу охоронця Саенс втік [15, с. 160–161]. Мексика була визнана відповідальною за нездатність старанно переслідувати і покарати Саенса.

Підводячи підсумки щодо дослідження застосування принципу *due diligence* у контексті обов'язків держави запобігати спричиненню шкоди іноземним громадянам недержавними суб'єктами і здійснювати покарання винуватих за заподіяння шкоди, можна зробити певні висновки. На думку П. Маззескі, перше зобов'язання щодо запобігання заподіяння шкоди іноземним громадянам складається з двох частин, а саме: обов'язку постійно мати «законний та адміністративний апарат, що буде здатний гарантувати дотримання міжнародних норм щодо запобігання» і обов'язку використовувати цей державний апарат «з ретельністю, як того вимагають обставини». Тільки друга частина цього зобов'язання регулюється правилом *due diligence* [2, с. 25]. Міжамериканський суд з прав людини у справі «Веласкес проти Родригеса» (1988 р.), розглядаючи дане зобов'язання, зазначив, що воно повинно визначатися не просто неефективним, а визнаватися державою як самостійний правовий обов'язок [16, п. 177].

У практиці міжнародних судових органів стандарт *due diligence* досить часто застосовується при розгляді питання про спричинення транскордонної шкоди. Так, наприклад, в арбітражному процесі по справі «Озеро Лану» (1957 р.) (Франція проти Іспанії), який стосувався планів Франції щодо будівництва гідроелектростанції, арбітражна палата вказала на те, що в ході реалізації свого проекту Франція не може ігнорувати інтереси Іспанії і повинна проявити належну повагу до прав та інтересів держави, яка знаходиться нижче за течією [17].

Хоча арбітраж більшу частину свого аналізу присвятив аргументу Іспанії, що французький план буде порушувати договірне право або, як альтернатива, що договірне право вимагає іспанської згоди на французький план, арбітраж торкнувся дискурсу щодо розуміння принципу *due diligence*, особливо в контексті можливої транскордонної екологічної шкоди. План Франції, згідно з рішенням арбітражу, не спричиняє надзвичайного ризику в сусідських відносинах або використанні води; надані гарантії були настільки задовільними, наскільки це можливо, і певний ризик зменшення води у річці можна розглядати як тимчасовий [2, с. 43].

У практиці Міжнародного Суду ООН також можна зустріти посилення на принцип *due diligence*. Зокрема в першій частині справи «Дипломатичний та консульський персонал» (United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (Hostages) case) (1980 р.) вказувалося, що незважаючи на те, що первинні дії за вторгнення до посольства США не могли бути приписані Ірану, ця держава була визнана Судом відповідальною за те, що не змогла виконати своє зобов'язання по забезпеченню недоторканості дипломатичного представництва, передбаченого Віденською конвенцією про дипломатичні зносини 1961 р. [18].

Іншим прикладом є справа про воєнні дії на території Конго (Armed Activities on the Territory of the Congo) (Конго проти Уганди) (2005 р.). Відмітимо, що в даній справі МС ООН визнав винуватими у недотриманні принципу *due diligence* обидві сторони.

3 червня 1999 р. Демократична Республіка Конго представила заяву про порушення провадження проти Уганди в зв'язку з «актами збройної агресії, що представляють собою кричущі порушення Статуту Організації Об'єднаних Націй та Хартії Організації африканської єдності». У своїй заяві Демократична Республіка Конго стверджувала, що «така озброєна агресія ... була пов'язана, зокрема, з порушенням суверенітету і територіальної цілісності, порушеннями міжнародного гуманітарного права і масовими порушеннями прав людини» [19, п. 104].

У своєму контрмеморандумі Уганда пред'явила три зустрічних вимоги. Перша стосувалася передбачуваних актів агресії проти Уганди з боку Демократичної Республіки Конго. Друга – нападів на дипломатичні приміщення і персонал Уганди в Кіншасі і на угандійських громадян; як стверджувалося, за них несе відповідальність Демократична Республіка Конго. А третя – передбачуване порушення Демократичною Республікою Конго Лусакетської угоди [19, п. 110].

У своєму рішенні, винесеному 19 грудня 2005 р. МС ООН визначив, що Уганда, вчиняючи дії воєнного характеру, спрямовані проти Демократичної Республіки Конго на її території, шляхом окупації Ітурі і активного надання підтримки нерегулярним формуванням, які діяли на території Демократичної Республіки Конго, порушила свої зобов'язання з міжнародного права в результаті дій по розграбуванню, заволодінню та експлуатації конголезьких природних ресурсів, скоєних військовослужбовцями її збройних сил на території Демократичної Республіки Конго, і в результаті того, що вона не запобігла таким діям як держава, що окупувала округ Ітурі [19, п. 113]. Таким чином, МС ООН продемонстрував, що принцип *due diligence* за міжнародним правом розповсюджується також на окупуючих держав у випадку експлуатації природних ресурсів.

Що стосується другої зустрічної вимоги, пред'явленою Угандою, то, відхиливши першу зустрічну

вимогу, Суд визначив, що Демократична Республіка Конго, зі свого боку, порушила зобов'язання перед Республікою Угандою за Віденською конвенцією про дипломатичні зносини 1961 р. внаслідок неправильно поведження або незабезпечення захисту осіб і майна, що знаходяться під захистом згідно вказаної Конвенції. У зв'язку з цим Суд визначив, що сторони несуть один перед одним зобов'язання здійснити відшкодування заподіяної шкоди [19, п. 114–115].

Європейський суд з прав людини також вказує на існування у держави позитивних зобов'язань, при невиконанні яких вона несе відповідальність. Так, у справі «Осман проти Сполученого Королівства» (1998 р.) Суд зазначив, що перше речення ст. 2 (1) зобов'язує державу не лише утримуватися від умисного та незаконного позбавлення життя, а й уживати відповідних заходів для захисту життя тих, хто перебуває під її юрисдикцією. Сторони погоджуються з тим, що зобов'язання держави у цьому відношенні виходить за межі її основного обов'язку із захисту права на життя, що забезпечується запровадженням ефективних кримінально-правових норм, які стримують від вчинення правопорушень проти особи за допомогою правоохоронного механізму, призначеного для запобігання порушенню таких норм, припинення цих порушень та покарання за них. Таким чином, присутні в Суді погодилися з тим, що зі ст. 2 Конвенції, за певних чітко визначених обставин, може також слідувати позитивне зобов'язання органів влади вживати превентивні оперативні заходи із захисту людини, життю якої загрожують кримінальні дії з боку іншої особи. Межі такого зобов'язання є предметом спору між сторонами [20, п. 115].

Проте, ступінь «позитивного зобов'язання» було визначено Судом в досить вузьких рамках. Так, у справі «Осман проти Сполученого Королівства» Суд мав розглянути, чи повинна була лондонська поліція вжити превентивні заходи, щоб врятувати життя А. Осману, який був застрелений П. Педжет-Льюїсом – вчителем його сина Ахмета, який також був поранений в ході перестрілки. У своєму рішенні від 1998 р. Суд зробив наступні зауваження про ступінь позитивних зобов'язань влади: «На думку Суду, якщо зважати на труднощі, з якими пов'язані поліційні заходи з охорони правопорядку в сучасному суспільстві, на непередбачуваність людської поведінки та на оперативність вибору, який має бути зроблений стосовно пріоритетів і ресурсів, тлумачення зазначеного зобов'язання має бути таким, що не покладає нездійснений і непропорційний тягар на органи влади. Отже, не кожний стверджуваний ризик для життя може означати конвенційну вимогу для органів влади вжити оперативні заходи з недопущення матеріалізації такого ризику. Доречно також зазначити необхідність дбати про те, щоб поліція здійснювала свої повноваження з контролю та запобігання злочинності у спосіб, який повністю відповідає належній правовій

процедурі та іншим гарантіям, які встановлюють законні межі стосовно їхніх дій з розслідування злочинів і притягнення правопорушників до суду...» [20, п. 116].

Міжамериканський суд з прав людини в 1988 р. у справі «Веласкес проти Родригеса» встановив, що, протиправне діяння, що порушує права людини і спочатку не було вчинене з вини держави (наприклад, тому що це діяння приватної особи або тому, що відповідальну особу не було визначено), може привести до міжнародної відповідальності держави, але не внаслідок самого діяння, а через відсутність належного старання (due diligence) по запобіганню порушення або реакції на нього відповідно до вимог американської Конвенції з прав людини [16, п. 172].

Пізніше принцип обачності був чітко сформульований Межамериканським судом з прав людини в рішенні у справі «Гонсалес та інші проти Мексики» в 2009 р. При розгляді цієї справи, що стосувалася викрадення, вбивства двох неповнолітніх дівчат і молодої жінки і сексуального насильства над ними, що були вчинені приватними особами в 2003 р., суд розширювально витлумачив зобов'язання держави виявляти належну розпорядливість щодо запобігання, розслідування насильства щодо жінок та призначення покарання за нього. Суд ухвалив, що держава «повинна вжити необхідні заходи, щоб запобігти порушенням прав людини і використовувати наявні в її розпорядженні засоби, щоб здійснити належне розслідування порушень, вчинених в межах її юрисдикції, встановити осіб, як їх вчинили, накласти відповідне покарання і гарантувати жертві відповідну компенсацію» [6, с. 118].

**Висновки.** Принцип due diligence відіграє важливу роль в міжнародному праві, він може бути застосований у різних його сферах – міжнародному праві прав людини, міжнародному кримінальному праві, міжнародному екологічному праві, міжнародному економічному праві. Стандарт due diligence є також одним із принципів міжнародної відповідальності. Проаналізувавши рішення міжнародних арбітражів та судових органів, які торкалися порушення державами зобов'язання due diligence, можна констатувати, що принцип due diligence продовжує демонструвати свою значимість як правової підстави для оцінки поведінки держави і вирішення питання про притягнення її до міжнародної відповідальності. Водночас варто зазначити, що застосування принципу окреслюється певними межами і у значній мірі залежить від політичної волі держав.

#### Список використаних джерел

1. Commentaries to the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001) // Yearbook of the International Law Commission. – 2001. – Vol. II. – Part Two. Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session. – P. 31–143.

2. Barnidge R.P. The Due Diligence Principle Under International Law / R.P. Barnidge. – P. 1–65 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.academia.edu/430200/>.
3. Анцилотти Д. Курс международного права : введение – общая часть. / Д. Анцилотти. – пер. с итал. ; [под ред. Д.Б. Левина] ; пер. А.Л. Сакетти, Э.М. Фабриков. – М. : Инostr. лит., 1961. – Т. 1. – 447 с.
4. Dupuy P. Due Diligence in the International Law of Liability / P. Dupuy // Legal Aspects of Transfrontier Pollution / Organisation for Economic Co-operation and Development. – Paris, 1977. – P. 369–370.
5. Nystuen G. Human Rights, Corporate Complicity and Disinvestment / G. Nystuen, A. Follesdal, O. Mestad. – Cambridge : Cambridge Univ. Press, 2011. – 290 p.
6. Дрёмина-Волок Н.В. Стандарт должной осмотрительности («due diligence standard») в международном антидискриминационном праве / Н.В. Дрёмина-Волок // Актуальні проблеми держави та права : збірник наукових праць. – Вип. 63. – Одеса : Юридична література, 2012. – С. 117–125.
7. Koivurova T. Due Diligence / T. Koivurova // Max Planck Encyclopedia of Public International Law. – 2008. – 9 p.
8. Barnidge R.P. States' Due Diligence Obligations with Regard to International Non-State Terrorist Organizations Post-11 September 2001: The Heavy Burden That States Must Bear / R.P. Barnidge // Irish Studies in International Affairs. – 2005. – Vol. 16. – P. 103–125.
9. Chinkin C. A Critique of the Public : private dimension / C. Chinkin // European Journal of International Law. – 1999. – Vol. 10 (2). – P. 387–395.
10. Косоруков К.А. Дело «Алабамы». Ответственность государства за действия третьих лиц в решении Женевского арбитража 1871–72 / К.А. Косоруков // Международное публичное и частное право. – 2007. – № 1. – С. 50–53.
11. Толстых В.Л. Курс международного права : [учебник] / В.Л. Толстых. – М. : Волтерс Клувер, 2010. – 1056 с.
12. Laura M.B. Janes et al. (U.S.A.) v. United Mexican States (1926) // Reports of International Arbitral Awards. – Vol. IV. – P. 82–98.
13. Beus J.G. de. The jurisprudence of the General claims commission, United States and Mexico under the convention of september 8, 1923 : Thesis/dissertation / J.G. de Beus. – M. : Nijhoff, 1938. – 342 p.
14. Thomas H. Youmans (U.S.A.) v. United Mexican States (1926) // Reports of International Arbitral Awards. – Vol. IV. – P. 110–117.
15. Gertrude Parker Massey (U.S.A.) v. United Mexican States Massey (U.S. v. Mex.) (1927) // Reports of International Arbitral Awards. – Vol. IV. – P. 155–164.
16. Velasquez Rodriguez v. Honduras (1988) / Inter-American Court of Human Rights. – Ser. – № 4.
17. Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain) (1957) // Reports of International Arbitral Awards. – Vol. XII. – P. 281–317.
18. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (Hostages) (U.S. v. Iran) (1980) // International Court of Justice [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=64&p3=90>.
19. Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v. Uganda) (2005) // Report of the International Court of Justice 1 August 2007 – 31 July 2008 / General Assembly Official Records Sixty-third Session Supplement. – No. 4. – Paras 103–115. – P. 20–23.
20. Osman v. the United Kingdom. European Court of Human Rights. Judgment of 28 October 1998 // EHRR. – Vol. 29. – P. 245.

УДК 341.231.14

## ПРАВО НА СТРАЙК В ОСНОВНИХ ДОКУМЕНТАХ ООН В ГАЛУЗІ ПРАВ ЛЮДИНИ

Сергій МИГАЛЬ,

кандидат політичних наук, пошукач кафедри теорії права і держави  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### SUMMARY

The article highlights the issue of recognition and protection of the right to strike, the scope of its regulation and limitation in the major UN documents on human rights - the Universal Declaration of Human Rights (1948), International Covenant on Civil and Political Rights (1966) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966). On the basis of these documents proved that at the United Nations the right to strike was announced only after the separation of the second generation of human rights, especially socio-economic rights, and the inclusion of their labor and trade union rights. However, the article argues that the declaration of the right to strike would not be possible without prior universal recognition of human rights in general and the subsequent separation of them first-generation rights, including civil and political rights, which became a legal prerequisite for recognizing an integral part of human rights in the world today.

**Key words:** right to strike, the right to trade unions, human rights declarations, treaties, UNO.

### АНОТАЦІЯ

В статті висвітлюються питання визнання і захисту права на страйк, сфера його регулювання і обмеження в основних документах ООН у галузі прав людини – Загальній декларації прав людини (1948), Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (1966) та Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права (1966). На підставі аналізу вказаних документів доводиться, що на рівні ООН право на страйк було проголошене тільки після виокремлення прав людини другого покоління, насамперед соціально-економічних прав, і включення до них трудових і профспілкових прав. Разом з тим, у статті стверджується, що проголошення права на страйк було б неможливим і без попереднього загального визнання прав людини в цілому та наступного виокремлення серед них прав першого покоління, зокрема громадянських і політичних прав, які стали юридичною передумовою для визнання його складовою частиною системи прав людини в сучасному світі.

**Ключові слова:** право на страйк, право на профспілки, права людини, декларація, пакт, ООН.

**Постановка проблеми.** Міжнародне визнання права на страйк істотно впливає на його визнання на національному рівні. У першу чергу воно залежить від того, як право на страйк закріплюється, регулюється, обмежується і захищається в документах ООН у галузі прав людини.

Вступ України в Асоціацію з Європейським Союзом спонукає її до адаптації вітчизняного законодавства до законодавства ЄС. Не в останню чергу це стосується і страйкового законодавства, яке останнім часом демонструє значне відхилення від стандартів МОП. У контексті цієї проблеми істотно зростає попит на звернення до первинних документів ООН у галузі прав людини і з'ясування місця і ролі, яке відводиться ними праву на страйк в системі прав людини.

Попри значимість міжнародного визнання і захисту права на страйк на рівні ООН для закріплення і регулювання його в національному законодавстві, вивченню цього питання в науковій літературі досі не приділялося належної уваги. Так, у працях західних вчених Т. Новіц, Х. Олссон, В. Олоффсон, А. Пінда деякі аспекти цієї проблематики доводиться збирати по крихтам серед досліджень, присвячених проголошенню в документах ООН права на профспілки. З найбільш відомих авторів

радянської доби право на страйк у документах ООН найгрунтовніше дослідив Жарков Б.Н., який розглядав його під кутом належності до прав людини. Але в його працях не висвітлювалися аспекти регулювання і обмеження цього права, процедура і механізм контролю за його здійсненням. Сучасні російські (А.М. Лушніков, М.В. Лушнікова) та вітчизняні (А.В. Жулінський) вчені виходять із загальної констатації факту закріплення права на страйк у документах ООН. При цьому в усіх, без винятку, дослідженнях аналіз зосереджується на місці і ролі цього права в Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права, тоді як значення для його проголошення двох інших документів – Загальної Декларації про права людини і Міжнародного пакту про громадянські і політичні права – залишається поза увагою.

Метою і завданням даної роботи є дослідження формули закріплення і механізму захисту права на страйк, сфери його регулювання і обмеження в основних документах ООН у галузі прав людини.

Викладення основного матеріалу. Найвищим рівнем міжнародного визнання права на страйк є його юридичне закріплення в документах ООН, членами якої на сьогоднішній день є 193 держави світу. Воно відбулося не

відразу по створенні ООН 1945 р., а лише через 20 років після її започаткування. У галузі прав людини ООН було розроблено і ухвалено три основні документи: Загальну Декларацію прав людини (1948), Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (1966) та Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (1966). Але тільки в останньому акті право на страйк нарешті зайняло своє законне місце. Цьому існує кілька пояснень.

Загальна декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р., була першим глобальним визначенням прав, якими володіють усі люди. Вона узагальнювала всі існуючі на той час права, визнані в переважній більшості країн світу. У ній не було ані поділу прав на їх види, ані диференціації їх за поколіннями. В основному вона перераховувала вже загальнознані громадянські і політичні права. 20 з 29 статей Декларації були спрямовані на їх забезпечення. Поруч з цими правами проголошувалися і деякі соціально-економічні права, необхідні для захисту людини від експлуатації. Серед них були і окремі трудові права, але право на страйк не значилося.

Такий переки між видами і поколіннями прав у Декларації був викликаний протиборством держав-членів ООН, які представляли дві різні за ідеологічною орієнтацією суспільні системи здобувач кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

соціалізму і капіталізму – і мали різне бачення прав людини, що в подальшому і стало предметом холодної війни між ними. Західні держави виходили з найвищої цінності громадянських і політичних прав, які, на їх думку, надані людині від народження і не залежать від соціально-економічних прав. Держави радянського блоку віддавали пріоритет соціально-економічним правам людини, вважаючи їх матеріальною передумовою повноцінного здійснення громадянських і політичних прав [1, с. 11].

Для пом'якшення протиріч між протилежними позиціями сторін і вироблення спільного документу розробники Декларації вдалися до максимального узагальнення проголошуваних у ній прав. В її основу було покладено відомі історичні документи в цій галузі, ухвалені в провідних державах світу переважно на зорі природного права: англійська Велика хартія вольностей (1215), французька Декларація прав людини і громадянина (1789) та американський Білль про права (1789). Викладені в них права сформульовані гранично абстрактно і витіювано, а право на страйк взагалі не згадується як таке, оскільки на час ухвалення цих документів його ще не було дозволено законом.

При розробці Декларації до уваги бралися також всі діючі на той час конституції держав світу. У кожній з них містився різний перелік прав людини, але основною тенденцією була відсутність права на страйк у

переважній більшості основних законів. Серед розвинутих держав траплялися лише поодинокі випадки його конституційного закріплення в Західній Європі (Франція, Італія) та й то не усталені, оскільки свій конституційний статус право на страйк здобуло тут лише в перші роки після другої світової війни. Законодавцем же мод у конституційному закріпленні права на страйк були латиноамериканські держави, в основних законах яких право на страйк не тільки було вперше проголошене (Мексика), а й отримало масове поширення ще до другої світової війни (Еквадор, Болівія, Колумбія, Уругвай). Активно до латиноамериканських конституцій воно впроваджувалося під час війни (Куба, Коста-Ріка, Панама) і відразу після неї (Бразилія). Щоправда, право на страйк у латиноамериканських конституціях приживалося важко і нерідко вилучалося на певний час після чергових військових переворотів.

Однак конституційний досвід закріплення права на страйк розробниками Декларації з різних причин враховано не було. Точка зору латиноамериканських країн, як і всіх держав третього світу, на міжнародній арені тоді була слабо представлена, оскільки ще зберігалася колоніальна система капіталізму і колоніальний вплив метрополій. Поодинокий досвід конституційного закріплення права на страйк у розвинутих країнах було відкинуто як вимушену поступку лівим силам, яких допустили до участі в повоєнних урядах за заслуги в русі опору фашизму. У цілому ж представники західних держав не сприймали закріплення цього права в Декларації, побоюючись створення юридичної можливості для активізації страйкового руху проти системи капіталізму на ґрунті перемоги СРСР у другій світовій війні.

В результаті складних перемовин і компромісів між державами-учасницями Загальну декларацію було підтримано 48 країнами при утриманні 8-х членів ООН, 6 з яких представляли соціалістичний світ: СРСР, Українська РСР, Білоруська РСР, Чехословаччина, Польща, Югославія. Незважаючи на те, що Декларація не містила в собі будь-якого натяку щодо права на страйк, окрім непрямого визнання в преамбулі близького до нього права на повстання, вона відіграла важливу роль у підготовці юридичних умов для міжнародного визнання права на страйк на рівні ООН завдяки закріпленню в ній права на свободу асоціацій (ст. 20.1) і «права кожної людини створювати професійні спілки і входити до професійних спілок для захисту своїх інтересів» (ст. 23.4) [2, с. 1].

Останнє право було конкретизацію проголошеною спеціалізованою установою ООН – Міжнародною організацією праці – за кілька місяців до прийняття Декларації 9 липня 1948 р. у Конвенції № 87 «Про свободу асоціації і захист права на організацію» «права працівників на створення організацій» (ст. 2), які «мають право вільно організовувати свою діяльність та формулювати свою програму дій» (ст. 3) «для забезпечення та

захисту їхніх інтересів» (ст. 10) [3, с. 1]. Враховуючи, що, починаючи з 1950-х років, прецедентним правом контрольних органів МОП, Комітету зі свободи об'єднання (з 1952 р.) та Комітету експертів (з 1959 р.), з цього права виводиться право на страйк як «основоположне право працівників та їх організацій» [4, с. 8]. Проголошення права на профспілки в Загальній декларації відкривало шлях до його визнання в наступних документах ООН у галузі прав людини. Тим більше, що право на створення профспілок і вступ до них, на відміну від права на свободу асоціацій, закріплене в ній лише в позитивній формі. Адже якщо п. 1 ст. 20 Декларації зазначалося, що «кожна людина має право на свободу асоціацій», то другим пунктом цієї ж статті застерігалось, що «ніхто не може бути примушений до вступу до будь-якої асоціації», що фактично означає захист негативного права на свободу асоціації [2, с. 1].

На права, проголошені в ст. 20.1 і ст. 23.4 Загальної декларації, поширюються обмеження, передбачені нею стосовно всіх інших закріплених у ній прав. Згідно ст. 29.2 цього документу, вони мають бути «встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві» [2, с. 1]. Отже, існує 5 законних підстав для обмеження права на свободу асоціацій і права на створення і вступ до профспілок: загроза іншим правам і свободам, громадському порядку, демократичному суспільству, моралі і загальному добробуту. Розповсюдження на обидва згадані права наведених вище обмежень означає, що в перспективі вони можуть бути застосовані і по відношенню щодо прав, які з них виводяться, у тому числі й на права на страйк.

Загальна декларація прав людини не передбачає механізму захисту проголошених у ній прав. Для держав-членів ООН вона носить виключно рекомендаційний характер. Єдиною пересторогою від порушення задекларованих у ній прав є ст. 30, в якій зазначається, що «ніщо в Декларації не може витлумачуватись як надання будь-якій державі, групі осіб чи окремим особам права займатися якоюсь діяльністю або здійснювати дії, спрямовані на знищення викладених у ній прав і свобод» [2, с. 1]. Тим не менш, Декларація стала правовим актом, на основі якого Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1966 р. було ухвалено два нових документи в галузі прав людини, які отримали обов'язкову юридичну силу для всіх держав-учасниць: Міжнародний пакт про громадянські і політичні права та Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права.

Поштовхом до їх прийняття стали дві події світового значення, які відбулися в середині ХХ століття: розпад колоніальної системи світу, що знаходилась під контролем провідних західних держав, та утворення світової системи соціалізму на чолі з СРСР. Завдяки цим подіям значно зросла вага соціально-економічних прав і суттєво

розширився перелік громадянських і політичних прав, які потребували нової документальної фіксації для свого міжнародного визнання. Поява обох пактів і була відображенням цього запиту, який через протилежність згаданих вище позицій держав західного і радянського блоків було реалізовано в двох різних документах, через що вказані пакти мають неоднакове значення для міжнародного визнання права на страйк.

В Міжнародному пакті про громадянські і політичні права в силу його функціонального призначення для захисту прав громадянина юридичне закріплення права на страйк відсутнє. Проте, не маючи безпосереднього стосунку до трудових і профспілкових прав, цей пакт значно зміцнює юридичну основу для проголошення права на страйк, закладену в Загальній Декларації прав людини.

По-перше, цим пактом забороняється «примусова або обов'язкова праця», без усунення якої не можлива реалізація права на страйк. У ст. 4 Декларації говориться лише про заборону рабства і работоргівлі в усіх їх видах, а також про недопущення утримання людей в підневільному стані. Статтею 8.3-а згаданого пакту додається, що «нікого не можуть приневолювати до примусової чи обов'язкової праці» [5, с. 1]. Заборона примусової або обов'язкової праці для визнання права на страйк важлива тим, що вона дає людям можливість відмовитись працювати. Поневолені люди не можуть цього зробити. Здатність виводити свою працю від роботодавців лежить у самій основі страйків, втрата її автоматично призводить до неможливості страйкувати.

По-друге, цим пактом зводяться в одну статтю розкидані по різних статтях Загальної Декларації право на свободу асоціації і право на створення і вступ до профспілок, забезпечуючи позитивні умови здійснення права на страйк. У п. 1 ст. 22 згаданого пакту говориться, що «кожна людина має право на свободу асоціації з іншими, включаючи право створювати профспілки і вступати до них для захисту своїх інтересів» [5, с. 1]. Цим підкреслюється, що право на профспілки є частиною більш широкого права на свободу асоціації і тісно пов'язане з ним. Обидва права в даному випадку носять характер єдиного, виключно позитивного права, з якого може бути виведене тільки позитивне право на страйк.

Порівняно з Декларацією, обмеження права на свободу асоціації, включаючи право на створення і вступ до профспілок, суттєво змінилися і за своїм змістом, і за своїм призначенням. Із обмежень, загальних для всіх прав, проголошених у Декларації, у згаданому пакті вони перетворилися на обмеження для окремої групи прав, у тому числі проголошеного в п. 1 ст. 22 права. У другому пункті цієї ж статті говориться, що «користування цим правом не підлягає ніяким обмеженням, крім тих, які передбачаються законом і які є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах державної чи громадської безпеки, громадського порядку, охорони здоров'я і моральності населення або захисту прав та свобод інших осіб» [5, с. 1].

З тексту цього положення випливає, що обмеження права на свободу асоціації, включаючи право на створення і вступ до профспілок, повинні не тільки «передбачатися законом», а й бути «необхідними в демократичному суспільстві». Помітно зростає кількість законних підстав для обмеження вказаних прав. Попри вилучення з їх переліку обмеження вимогами «загального добробуту», з'явилася низка нових обмежень – «в інтересах державної чи громадської безпеки» та «охорони здоров'я». Деякі вимоги було посилено, зокрема, вимогу «визнання і поваги до прав і свобод інших» було перекаліфіковано на вимогу їх «захисту».

Крім наведених вище обмежень, п. 2 ст. 22 припускаються також спеціальні обмеження права на свободу асоціації, включаючи право на створення і вступ до профспілок, для осіб, які входять до складу збройних сил і поліції. Нарешті, крім обмежень, передбачених п. 2 ст. 22, на дане право поширюються запроваджені п. 1 ст. 4 пакту до низки прав, проголошених у ньому, загальні тимчасові обмеження, які можуть бути запроваджені «під час надзвичайного становища в державі, при якому життя нації перебуває під загрозою і про наявність якого офіційно оголошується» [5, с. 1]. Таким чином, сфера обмеження права на свободу асоціації, включаючи право на створення і вступ до профспілок, встановлена в Міжнародному пакті про громадянські і політичні права, значно розширилася порівняно із Загальною Декларацією прав людини.

Згаданим пактом передбачаються певні гарантії для здійснення даного права при прийнятті або застосуванні державами внутрішнього законодавства. У п. 3 ст. 22 говориться, що «ніщо в цій статті не дає права державам, які беруть участь у Конвенції Міжнародної організації праці 1948 року щодо свободи асоціації і захисту прав на організацію, приймати законодавчі акти на шкоду гарантіям, передбаченим у зазначеній Конвенції, або застосувати закон так, щоб завдавалося шкоди цим гарантіям» [5, с. 1]. Тим самим, держави-учасниці пакту попереджаються про неприпустимість використання закону для обмеження права на свободу асоціації, включаючи право на створення і вступ до профспілок, у порушення гарантії вказаної Конвенції.

Для контролю за дотриманням державами-учасницями прав, проголошених у згаданому пакті, а, отже, і права на захист від примусової і обов'язкової праці та права на свободу асоціації, включаючи право на створення і вступ до профспілок, було створено спеціальний орган – Комітет по правах людини (ст. 28). Згідно ст. 40 цього пакту, він має здійснювати розгляд доповідей держав-учасниць про здійснені ними заходи для втілення в життя визнаних у ньому прав та досягнутий в їх використанні прогрес, які вони зобов'язані подавати Генеральному секретарю ООН (п. 1), котрий в свою чергу надсилає їх на розгляд Комітету (п. 2) [5, с. 1].

За підсумками їх розгляду Комітет готує власні доповіді та зауваження загального порядку, які надсилаються державам-учасницям, а в разі потреби –

Економічній і соціальній раді (п. 4). Комітет також уповноважений розглядати повідомлення держав-учасниць про невиконання іншою державою-учасницею своїх зобов'язань за пактом (ст. 41.1) і в разі невирішення цього питання призначати спеціальну Погоджувальну комісію (ст. 42.1). Щорічно через Економічну і соціальну раду Комітет подає Генеральній Асамблеї ООН доповідь про свою роботу (ст. 45) [5, с. 1].

На відміну від попереднього пакту, у Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права наводиться широкий перелік трудових прав людини, серед яких виокремлюється група профспілкових прав, до яких як самостійне право включене і право на страйк. В п. 1 ст. 8 пакту називається 4 профспілкових права, 3 з яких виступають безпосередніми правовими підвалинами для здійснення права на страйк. Деякі з цих профспілкових прав достатньо деталізовані. Мова йде, насамперед, про класичне профспілкове право, сформульоване в Загальній Декларації прав людини і Міжнародному пакті про громадянські і політичні права.

Стосовно права на створення і вступ до профспілок, також проголошеного в новому пакті, конкретизується мета і встановлюються умови його здійснення, які вказують на зорієнтованість даного права на соціально-економічні інтереси працівників та дотримання при вступі до профспілок принципу добровільності і правил їх діяльності. Зокрема, у ст. 8.1-а цього пакту держави-учасниці зобов'язуються забезпечити «право кожної людини створювати для здійснення і захисту своїх економічних та соціальних інтересів професійні спілки і вступати до них на свій вибір при єдиній умові додержання правил відповідної організації» [6, с. 1].

Обмеження даного права, прописані в цій же статті, порівняно з обмеженнями аналогічного права в іншому пакті, помітно скорочені. Так, з їх переліку зникли ті, що стосувалися інтересів «громадської безпеки», «охорони здоров'я» і «моральності населення». Відтепер, згідно п. а) ст. 8.1, вони мають бути «передбачені законом і бути необхідними в демократичному суспільстві в інтересах державної безпеки чи громадського порядку або для захисту прав і свобод інших» [6, с. 1].

Крім визнання права на створення і вступ до профспілок, іншими пунктами ст. 8.1 профспілкам надається «право утворювати національні федерації чи конфедерації з правом останніх засновувати міжнародні професійні організації або приєднуватися до них» (п. б) та «право функціонувати безперешкодно без будь-яких обмежень, крім вище зазначених» (п. с) [6, с. 1]. Перше з них вказує на те, що процес створення профспілками федерацій чи конфедерацій є непідконтрольним державі, друге – що функціонування профспілок вміщує в себе не тільки різні види профспілкової діяльності, наприклад, ведення колективних переговорів і укладання колективних договорів, а й захист профспілок від розпуску та припинення їх діяльності.

Аналізуючи формулу юридичного закріплення права на страйк у пакті про економічні, соціальні і культурні права, відзначимо, що вона є доволі лаконічною і традиційною для конституцій багатьох країн, у тому числі й західних. З неї відомо лише одне, що правове регулювання даного права віддається на відкуп національному законодавству. У ст. 8.1-d згаданого пакту відзначається, що держави-учасниці зобов'язуються забезпечити «право на страйки при умові його здійснення відповідно до законів кожної країни» [6, с. 1]. Тим самим, даною формулою в регулюванні і обмеженні права на страйк для держав створюється більше свободи, ніж у регулюванні і обмеженні інших профспілкових прав, проголошених цим пактом.

В згаданому пакті не конкретизується сфера можливо регулювання права на страйк у внутрішньодержавному законодавстві, але з урахуванням пов'язаності даного права з іншими профспілковими правами вимальовуються принаймні три вихідних положення. По-перше, що суб'єктом права на страйк є тільки профспілки, з чого випливає законність лише офіційних страйків, організованих і санкціонованих профспілками. По-друге, що правом на страйк можуть володіти не тільки профспілкові організації, а й федерації і конфедерації, з чого випливає законність страйків різних масштабів, у тому числі загальнонаціональних. Відносно законності міжнародних страйків існують певні побоювання, що вона буде проблематичною через поборювання права профспілок на створення або входження до міжнародних профспілкових організацій вимогою здійснення страйків відповідно до національного законодавства. По-третє, що правом на страйк можна скористатись лише «для захисту своїх економічних та соціальних інтересів», з чого випливає законність тільки неполітичних і неюридичних страйків. Вказівка на захист саме «своїх» інтересів залишає проблематичним відстоювання шляхом страйків інтересів інших і ставить під питання законність страйків солідарності.

Говорячи про сферу можливих обмежень права на страйк слід відзначити, що в пакті існують як явні, так і неявні обмеження цього права. Так, обмеження, встановлені п.1-а і п.1-с ст. 8 щодо двох профспілкових прав як такі, що «передбачені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах державної безпеки чи громадського порядку або для захисту прав і свобод інших», відносно права на страйк у пакті прямо не прописані. Але вони цілком можуть бути застосовані до нього на підставі його зв'язку з іншими профспілковими правами. Нагомість на право на страйк прямо поширюються спеціальні обмеження, передбачені п. 2 ст. 8 по відношенню до всіх перерахованих у п. 1 цієї статті профспілкових прав, при користуванні ними особами зі складу збройних сил, поліції або адміністрації держави, що свідчить про розширення подібних обмежень порівняно з пактом про громадянські і політичні права,

який не розповсюджує їх на осіб з адміністрації держави [6, с. 1].

На право на страйк також прямо поширюються загальні обмеження, встановлені ст. 4 відносно всіх проголошених у пакті прав, за виключенням тих, що «зачіпають матеріальне існування або фізичне виживання індивіда, а також недоторканість особистості» [7, с. 1]. Згідно з нею, держава може запроваджувати обмеження, які «визначаються законом, і лише остільки, оскільки це є сумісним з природою зазначених прав, і виключно з метою сприяти загальному добробуту в демократичному суспільстві» [6, с. 1]. Як бачимо, частково – це обмеження, повернуті з Декларації, але відсутні в пакті про громадянські і політичні права (в частині обмеження вимогами «загального добробуту в демократичному суспільстві»), частково – нові (в частині «сумісності обмежень з природою прав»).

Використовуючи перераховані вище підстави для запровадження обмежень права на страйк, держави-учасниці, тим не менш, не повинні тлумачити їх занадто широко. Щоб упередити це, у «Лімбузьких принципах здійснення Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права» (1986) наводяться приклади тлумачення деяких вимог з цих обмежень. Так, вказівка на «визначення» (ст. 4) або «передбачення» (ст. 8) обмежень законом, згідно п. 48, означає, що вони «не можуть вводитись інакше, ніж у відповідності з національним законом загального застосування, який не суперечить пакту і діє на час введення обмеження» [7, с. 1]. Закони, які запроваджують обмеження, не повинні бути довільними, нерозумними або дискримінаційними. Правові норми, які обмежують користування правами, повинні бути чіткими і зрозумілими усім. Крім того, законом мають передбачатися відповідні гарантії і ефективні засоби правового захисту від незаконного або неправомірного введення або застосування обмежень прав (п. 49–51).

Обмеження «з метою сприяння загальному добробуту в демократичному суспільстві» (ст. 4), мають тлумачитись «у смислі сприяння добробуту народу в цілому» (п. 52) «в суспільстві, яке визнає і поважає права людини, проголошені в Статуті ООН і Загальній декларації прав людини» (п. 55). Вони «не повинні перешкоджати демократичному функціонуванню суспільства» (п. 54). Використання терміну «демократичне суспільство» вказує, що саме на державу покладається доведення того, що запроваджувані нею обмеження не перешкоджають функціонуванню суспільства на принципах демократії. А от вказівка на обмеження, «необхідні в демократичному суспільстві» (ст. 8), передбачає для держави більш жорсткі умови обмеження прав профспілок. Згідно п. 60, «термін «необхідно» означає, що таке обмеження: а) відповідає насущній потребі держави чи суспільства; в) переслідує законну мету; с) співрозмірно цій меті» [7, с. 1]. При цьому оцінка необхідності обмеження має ґрунтуватись на об'єктивних чинниках (п. 61).

Обмеження «в інтересах державної безпеки» (ст. 8) можливі, згідно п. 62, тільки «у випадку захисту існування держави, її територіальної цілісності або політичної незалежності від застосування сили або загрози її застосування» [7, с. 1]. На них можна посилатись лише при наявності адекватних гарантій і ефективних засобів правового захисту від правопорушень. На інтереси державної безпеки не можна посилатись у якості підстави для введення обмежень з метою запобігання лише локальній або відносно ізольованій загрози правопорядку. Вони не можуть бути приводом для введення невизначених або довільних обмежень. Навпаки, істинну державну безпеку підриває систематичне порушення прав (п.63–65). «Держава, яка несе відповідальність за таке порушення, зазначається у п. 65, не повинна посилатись на інтереси державної безпеки для виправдання заходів, спрямованих на придушення опору такому порушенню або проведення політики репресій стосовно свого населення» [7, с. 1].

Обмеження «в інтересах громадського порядку» (ст. 8) має тлумачитись, згідно п. 66, виходячи з розуміння «громадського порядку» як «сукупності норм, які забезпечують функціонування суспільства, або як низки основоположних принципів побудови суспільства» [7, с. 1]. Повага до прав, проголошених пактом, розглядається як складова частина громадського порядку, який слід тлумачити в контексті конкретних прав цього пакту, які обмежуються на цій підставі. Здійснення державними органами і представниками, відповідальними за підтримання громадського порядку, своїх повноважень підлягає контролю з боку парламенту, судових органів та інших компетентних незалежних структур (п. 67–68).

Нарешті, про умови обмежень, пов'язаних з дотриманням інших прав. Умова, яка вимагає «сумісності обмежень з природою вказаних прав» (ст. 4), згідно п. 56, означає, що «обмеження не можна тлумачити і застосовувати, ставлячи під загрозу сутність відповідного права» [7, с. 1]. А от обмеження «для захищення прав і свобод інших» (ст. 8) вказує, згідно ст. 69, на те, що «сфера охоплення прав і свобод інших осіб, які можуть слугувати підставою для обмеження проголошених у пакті прав, виходить за межі прав і свобод, які пактом визнаються» [7, с. 1]. Отже, Лібурзькими принципами наголошується, що держави-учасниці, які намагаються використовувати вищеперераховані підстави для відступів від положень пакту, повинні тлумачити їх в дуже вузькому смислі.

Як і в попередньому пакті, у Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права зберігаються гарантії для прав, передбачених Конвенцією МОП 1948 р. щодо свободи асоціацій і захисту права на організацію, які захищають їх від зловживань держав при прийнятті або застосуванні внутрішнього законодавства. Ст. 8.3 нового пакту «не дає права державам, які беруть участь у даній Конвенції, приймати законодавчі акти на шкоду гарантіям, передбаченим нею, або застосовувати закон

так, щоб завдавалося шкоди цим гарантіям» [6, с. 1]. Проблема, однак, полягає в тому, що в цій Конвенції згадуються лише 3 з 4-х профспілкових прав, перерахованих у пакті, до яких не входить право на страйк. А, отже, дане положення пакту не створює надійних гарантій для здійснення права на страйк.

Міжнародним пактом про економічні, соціальні і культурні права встановлюється спеціальна процедура контролю за дотриманням визнаних у ньому прав, у тому числі і права на страйк (ст. 16). П. а § 2 цієї статті держави-учасниці зобов'язуються надавати Генеральному секретарю ООН доповіді про вжиті ними заходи і прогрес на шляху до досягнення дотримання визнаних у пакті прав, які спрямовуються ним на розгляд до Економічної і Соціальної Ради та інших спеціалізованих установ [6, с. 1]. Безпосереднє спостереження за дотриманням державами-учасницями своїх зобов'язань за згаданим пактом та рівнем здійснення відповідних прав і обов'язків покладається на створений в 1985 р. Комітет з економічних, соціальних і культурних прав, заснований, на відміну від Комітету по правам людини, який контролює виконання Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, не на основі положень цього пакту, а рішенням Економічної і Соціальної Ради.

Починаючи з 1987 р., два рази на рік він розглядає доповіді держав-учасниць про здійснення ними пакту, які надходять до Економічної і Соціальної Ради. Щоб полегшити державам-учасницям виконання своїх зобов'язань з представлення доповідей і забезпечення більш чіткого тлумачення цілей, смислу і змісту пакту, з 1988 р. Комітет приступив до підготовки «загальних зауважень» до закріплених у пакті прав і положень. Окрім доповідей держав-учасниць, у своїй діяльності Комітет спирається також на свідчення спеціалізованих установ ООН, у тому числі МОП, та неурядових і громадських організацій. По завершенню аналізу доповідей і після заслуховування представників держав-учасниць Комітет підбиває підсумки розгляду доповідей і складає «заключні зауваження» у вигляді рішень про становище справ зі здійсненням пакту в конкретній державі-учасниці. З юридичної точки зору «заключні зауваження» Комітету, зокрема його пропозиції і рекомендації, не мають обов'язкового статусу, але відбивають думку єдиного експертного органу, правомочного і здатного виносити такі постанови. Тому їх ігнорування чи недотримання державами-учасницями свідчитиме про недобросовісне виконання ними своїх зобов'язань за пактом [8, с. 36–37].

Тим не менш, незважаючи на здатність Комітету з економічних, соціальних і культурних прав сприяти здійсненню пакту, ступінь ефективності його діяльності в остаточному підсумку залежить від прийнятих урядами практичних заходів з реалізації своїх міжнародних юридичних зобов'язань. Винятково важливого значення серед них Комітет надає прийняттю державами належних законодавчих актів і забезпеченню індивідів засобами

судового захисту. У цьому зв'язку Комітет зазначає, що деякі із вміщених до пакту статей, включаючи ст. 8, яка закріплює право на страйк, можуть бути здійснені негайно. Це підтверджується і п. 8 Лібмургських принципів, згідно з яким застосування деяких прав може стати предметом захисту в судовому порядку негайно [7, с. 1].

З різних обставин Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права вступив у законну силу лише через 10 років після свого проголошення – 23 березня 1976 р., коли його було ратифіковано 35-ма державами, а, отже, повноцінне міжнародне визнання права на страйк у документах ООН у галузі прав людини сталося майже через 30 років після заснування цієї організації. СРСР підписав цей пакт 18 березня 1968 р., а ратифікував Указом Президії Верховної Ради СРСР від 18 вересня 1973 р. Українська РСР ратифікувала його Указом Президії Верховної Ради УРСР від 19 жовтня 1973 р. Для СРСР цей пакт вступив у силу 3 січня 1976 р., але безпосередньо право на страйк у радянському законодавстві було закріплене лише за 2 роки до припинення існування союзної держави, коли 9 жовтня 1989 р. було прийнято Закон СРСР «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)», на ґрунті якого 3 березня 1998 р. Верховною Радою України було ухвалено аналогічний вітчизняний закон.

**Висновки.** Таким чином, з 3-х основних документів ООН у галузі прав людини в прямій і явній формі право на страйк проголошується лише в Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права. Значення цього факту важко переоцінити, незважаючи на те, що в інших двох документах – Загальній Декларації прав людини і Міжнародному пакті про громадянські і політичні права – проголошується право на свободу асоціації і створення профспілок, з якого контрольні органи МОП ще задовго до прийняття цього пакту почали виводити право на страйк у своєму прецедентному праві. Адже, на думку контрольного органу за виконанням пакту про громадянські і політичні права – Комітету з прав людини – для визнання права на страйк цього права недостатньо. Відповідаючи на питання в справі *Alberta Union vs. Canada* № 118/1982, чи може індивід, посиляючись на пакт про громадянські і політичні права, наполягати на своєму праві на страйк на тій підставі, що обидва пакти передбачають право індивіда на створення і вступ до профспілок, Комітет з прав людини зазначив, що спеціальна згадка про право на страйк у пакті про економічні, соціальні і культурні права означає, що такого права в еквівалентному пакті не існує [9, с. 1].

Віднесення права на страйк пактом про соціальні, економічні і культурні права до профспілкових прав, а останніх до трудових прав автоматично призвело до визнання страйкового права у якості невід'ємного права людини. Це підтверджується, принаймні трьома обставинами. По-перше, право на страйк, як і будь-яке право людини, в основному становить собою право окремих осіб,

у даному випадку найманих працівників-індивідуумів, які навіть у межах профспілки самостійно визначаються щодо міри своєї участі в страйках і несуть персональну юридичну відповідальність за незаконні страйки. По-друге, право на страйк має однорідність з іншими правами, яка виявляється в їх неподільності, взаємозалежності, взаємопов'язаності і рівній значимості для людської гідності. По-третє, на міжнародному рівні право на страйк користується рівним захистом з іншими правами, на нього поширюються всі передбачені міжнародними документами механізми контролю за їх застосуванням.

### Список використаних джерел

1. Джонсон Г. Разработка Всеобщей декларации прав человека (1946–1948 гг.) / Г. Джонсон // Развитие личности. – 2003. – № 4. – С. 10–20 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://rl-online.ru/articles/4-03/224.html>.
2. Загальна декларація прав людини. Прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015).
3. Конвенція МОП № 87 «Про свободу асоціації та захист права на організацію». Прийнята Генеральною конференцією Міжнародної організації праці 9 липня 1948 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993\\_125](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_125).
4. ILO. Principles concerning the right to strike / Gernigon B., Odero A., Guido H. – Geneva: International Labour Office, 2000. – 64 s. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed\\_norm/-normes/documents/publication/wcms\\_087987.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_087987.pdf).
5. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. Прийнято Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1966 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_043).
6. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права. Прийнято Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1966 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_042](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_042).
7. Лимбургские принципы осуществления Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах. Приняты 2–6 июня 1986 г. в Маастрихте [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hro-uz.narod.ru/limburg.html>.
8. Права человека. Комитет по экономическим, социальным и культурным правам. Изложение фактов № 16 (Rev.1). Приняты Всемирной конференцией по правам человека, Вена, 25 июня 1993 г. (A/CONF.157/24) – 69 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1ru.pdf>.
9. Гусейнов Л. Особенности толкования международных договоров о правах человека / Л. Гусейнов // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 1999. – № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://evolutio.info/content/view/284/50>.