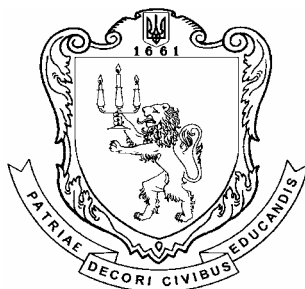


ВІСНИК ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія юридична

Випуск 46



Львів – 2008

Міністерство освіти і науки України
Львівський національний університет імені Івана Франка

Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2008. – Випуск 46. – 250 с.
Visnyk of Lviv University. Law Series. – 2008. – № 46. – 250 p.

У “Віснику” опубліковано статті, що висвітлюють актуальні проблеми теорії та історії держави і права, питання удосконалення інститутів конституційного, цивільного, трудового, кримінального та інших галузей права України. Проаналізовано шляхи поліпшення правового регулювання процесуально-юридичної діяльності в сучасній Україні.

Для викладачів, аспірантів, студентів, працівників органів місцевого самоврядування, державних адміністрацій, суду, правоохоронних органів, правової служби в народному господарстві, адвокатів. Бібліографію подано у кінці статей.

“Visnyk” contains articles on current issues of theory and history of the state and law, the ways of improving institutions of civil, labor, constitutional, criminal and other branches of law. Various legal regulation methods of improving procedural activities in contemporary Ukraine are analyzed in this edition.

Recommended for professors, post-graduate and undergraduate students, employees of local self-government, state administration and law enforcement bodies, national economy officials, judges and lawyers.

Bibliography is attached to each article.

Редакційна колегія:

д-р. юрид. наук, проф. *В.Т. Нор* (відп. ред.);
д-р. юрид. наук, проф. *П.М. Рабінович* (заст. відп. ред.);
канд. юрид. наук, доц. *А.М. Бойко*; д-р юрид. наук, проф. *В.М. Коссак*;
д-р юрид. наук, проф. *В.С. Кульчицький*; д-р юрид. наук, проф. *П.Д. Пилипенко*;
д-р юрид. наук, проф. *З.В. Ромовська*; д-р юрид. наук, проф. *Н.І. Титова*;
канд. юрид. наук, доц. *В.М. Бурдін* (відп. секретар).

Адреса редакційної колегії:

79000 Львів, вул. Січових Стрільців, 14
Університет, юридичний факультет
Тел.: (0322) 74-03-80

Переклад англійською мовою доц. *Л.В. Мисик*, асп. *Г.В. Довгань*
Редагування текстів англійською мовою доц. *Л.В. Мисик*
Відповідальний за випуск доц. *А.М. Бойко*
Редактор *А.М. Габрук*

Друкується за ухвалою Вченої Ради
Львівського національного університету імені Івана Франка.

ПРАВА ЛЮДИНИ

АНТРОПОВІДПОВІДНІСТЬ ПРАВА ЯК УМОВА ПІДТРИМАННЯ ВІДКРИТОСТІ СУСПІЛЬСТВА

О. Макаренко

*Запорізький національний університет,
вул. Жуковського, 66, 69002 Запоріжжя, Україна
тел. (061) 764-55-07, e-mail: almak_83@mail.ru*

„Велике правило... треба розрізняти, а не змішувати, бо зменшення багатоманітності ще не призводить до істини. Нажаль, посередній розум схильний до одноманітності. Одноманітність така зручна! Якщо вона все перекручує, то хоча б сміливо вирішує усі питання”

Огюстен Тьєрі [1, с. 324]

Розглянуто проблему створення відкритого громадянського суспільства в контексті антропології права. Виявлено зміст окремих зв'язків природи людини з природою права. Розкрито вплив цих зв'язків на підвищення ефективності дії права в суспільстві. Встановлено залежність підтримання суспільства в стані відкритості від дієвих правових механізмів, які мають бути закріплені на конституційному рівні. Підкреслено актуальність подальших досліджень проблеми свободи людини і правових гарантій цієї свободи.

Ключові слова: відкритість, відкрите суспільство, право, антропні властивості права.

У процесі демократичної трансформації сучасного українського суспільства в ньому відбувається докорінна зміна ролі права, яке поряд з інструментальним значенням набуває рис основного ціннісного орієнтиру, однієї з фундаментальних суспільних засад [2, с. 3]. Зокрема, гуманістична спрямованість реформування правової системи України, яка відображена у положенні Конституції України про визнання людини найвищою соціальною цінністю, зумовлює необхідність врахування її участі у процесах створення та реалізації права. Право виникає та існує як результат цілеспрямованої діяльності соціальних суб'єктів, врешті замикаючись власними функціями, змістом та структурою на людині, яка є головним суб'єктом права [3, с. 109]. При цьому громадянська активність, що накопичується правовими інститутами і яка реалізується через них, в своїй більшості не завжди сприяє реформуванню суспільства в напрямку його *відкритості*. Тому стає важливим дослідження права з погляду тієї науки, яка вивчає закономірності правового буття людини в об'єктивно існуючій нормативній системі, тобто з позицій антропології. Тож, зважаючи на це, актуальним є дослідження антропних властивостей права, пізнання яких дасть змогу створити належні правові механізми для створення відкритого суспільства та його перманентного підтримання в стані *відкритості*.

Нині проблеми антропології права загалом, як і окремі питання теорії громадянського відкритого суспільства на тлі правової етнології [4, с. 10], продовжують привертати увагу як *вітчизняних* (В. Бабкін, А. Заєць, О. Зайчук, М. Козюбра, С. Максимов, Ю. Оборотов, М. Орзіх, П. Рабінович, В. Селіванов, О. Скакун, С. Сливка, С. Тимченко, М. Цвік, В. Шкода та ін.), так і *зарубіжних* (С. Алексєєв, В. Бачинин, К. Джарві, Ф. Ейдлін, Д. Керімов, А. Ковлер, М. Марченко, В. Нерсєсянц, М. Ноттурно, В. Садовський, Х. Харт, Л. Фуллер, Л. Явич та ін.) вчених. Водночас окремі загальнотеоретичні питання, зокрема, зовнішній вияв людини у праві (співжиття людей у формі громадянського відкритого суспільства тощо) й досі залишаються маловивченими і потребують подальшого дослідження.

Крім того, вітчизняна юридична наука в цілому ще й досі не вимірює людиною свій об'єкт. Тому нині вона залишається або класичною, або модерною, не досягаючи рівня „постнекласичної науки” [5]. „Саме в гуманітарних науках, наука вперше зіткнулась з особливим типом об'єктів, які належать до таких, що саморозвиваються, людиновимірним системам, де людина і його діяльність стають компонентом та системоутворюючим чинником системи” [6, с. 64].

Отже, об'єктом дослідження є право як засіб підтримання суспільства у стані відкритості, а предметом – антроповідповідність права як умова створення відкритого суспільства.

Метою статті є встановлення антропних властивостей права. Серед завдань автор статті вбачає здійснення концептуального аналізу права крізь призму його антропності; встановлення ролі та значення антропних властивостей права для розбудови відкритого суспільства.

Методи дослідження: антропо-юридичний, системно-логічний, діалектичний, концептуалізації, загальнонаукові (аналіз, синтез, порівняння тощо) та ін.

Отже, за К. Поппером, суспільства бувають відкритими і закритими. При цьому, на його думку, для людства має значення лише перший вид, оскільки за умови побудови відкритого суспільства можна говорити про успішний розвиток людської цивілізації, що обумовлюється природою цього суспільства.

Зокрема, його визначальною ознакою є *відкритість* усіх сфер суспільного життя. Як зазначив К. Поппер: „У відкритому суспільстві індивіди змушені ухвалювати особисті рішення” [7, с. 196]. Тобто йдеться про те, щоб розвиток суспільства не був обмежений заздалегідь затвердженими планами, ухваленими на підставі прогнозів та встановлених правил, істинність яких не піддається суспільній критиці та постійно не перевіряється за допомогою відповідних державно-правових чи інших суспільних інститутів.

Попперівська теорія відкритого суспільства ґрунтується на принципі змінюваності навколишнього світу, в тому числі суспільства. Члени останнього мають своєчасно відстежувати зміни природи, адекватно оцінювати їх та, врешті, ухвалювати особисті рішення, які є передумовою динамічного розвитку людської спільноти. Отже, за задумом К. Поппера, суспільство *стає відкритим*, адже його майбутнє відкрите для всіх перспективних рішень, воно не зв'язане непорушними правилами, виконання яких врешті може призвести до загибелі людей чи до гальмування темпів їхнього розвитку.

Це суспільство діє так, як треба діяти, а не так, як це записано у наявних нормах. Члени та інститути відкритого суспільства не відчують себе приреченими до розвитку подій саме у такому порядку, як це визначено в наявних правилах, адже, якщо стає очевидним, що правила вже не діють, то громадяни не заперечують цього факту. Вони сміливо та швидко шукають найоптимальніший спосіб вирішення проблем, змінюючи встановлені правила. Усвідомлюючи відносну сталість правових норм та необхідність їх адекватної зміни, члени відкритого суспільства не ставляться до права магічно. Для них є очевидним той факт, що людська природа являє собою історичний феномен, тобто вона не надана раз і назавжди. Це і покладено в основу юридичних розробок.

Так, скажімо, члени відкритого суспільства не відносяться до правила „*dura lex, sed ita lex*” магічно. Навпаки, вони спершу оцінюють закон з погляду права. Далі, розуміючи той незаперечний факт, що їх суспільство за своєю природою суттєво відрізняється від суспільства Стародавнього Риму (мешканці якого винайшли це правило, як і низку інших табу, до яких ставились магічно, що, врешті, сприяло їхньому занепаду), а тому має врегульовувати відносини між собою за допомогою модифікованих і/або новостворених норм.

Отож, раціональне, наукове і вільне право стає можливим завдяки емансипації індивідів від усіх родинних, територіальних і місцевих зв'язків, від забобонів і вірувань, від успадкованих традиційних форм, звичок і обов'язків [8, с. 212]. Для того, щоб правові норми сприяли *відкритості* та розвитку суспільства, потрібно створити механізми для своєчасного і повного пізнання природи людини та її спільнот. Тобто варто розуміти антропні властивості права, щоб приймати актуальні правові норми, запровадження яких справді потребують нові суспільні відносини, та які ефективно регулюватимуть їх, підтримуючи єдність суспільства і держави та забезпечуючи порядок [9, с. 163].

Можливості побудувати *відкрите громадянське суспільство* на основі права збільшуються тоді, коли право розглядають крізь призму людської природи та сутності. Намагаючись уявити суть людини та досягнути сенс її існування, дослідник наближається до розуміння суті світу права, правової реальності, в якій живе цивілізована людина. Він розуміє, що за своєю структурою та змістом відносини між правом та людиною є для права антропоморфними, а для людини – юридичними.

Краще зрозуміти суть функціонування правової реальності допомагає також вивчення змісту динаміки взаємодії людини із соціальним середовищем. Так, в правовідносинах людина керується, поряд з правосвідомістю, також економічними, політичними, релігійними, етичними та екзистенціальними мотивами. Це означає, що пізнаючи право, варто приділяти увагу всім областям людського життя та знанням про нього. Завдяки міждисциплінарному характеру юридичної антропології стає можливим пізнати усе багатоманіття антропних властивостей права.

В праві є все те, що наявне в людині – раціональне та ірраціональне, соціальне і духовне тощо. Так, в природі людини обов'язково наявні вихідні першофеномени чи архетипи тих нормативно-ціннісних конструкцій, які визначають її морально-правову поведінку. Під час створення чи, навпаки, руйнування правової реальності

людина керується передусім якостями своєї людської природи, спираючись на власні життєві сили. Людина має установки на рівні свідомості та підсвідомості. Саме вони призводять до появи духовних і практичних формоутворень правового характеру, що потрібно брати до уваги під час спроби пояснити певні процеси, що відбуваються у правовій реальності [10, с. 28–29; 11, с. 48].

Наприклад, лише завдяки антропології можна отримати спеціальні знання і навички, щоб допомагати владі підпорядковувати своїй волі місцеві племена чи народи. Зокрема, пізнання природи місцевих стало в пригоді колоніальним державам (Великобританії, Португалії, Іспанії, Голландії, США та іншим), коли необхідно було підкорювати, а потім експлуатувати народи колонізованих країн. Більше того, знання з антропології, а також врахування належною мірою вимог реальної економічної і соціальної обстановки в суспільстві [12, с. 32] перетворювали таке управління на непомітне нав'язування волі метрополії [13, с. 199–200] та робили політичне керівництво підкореними народами дедалі вишуканішим і ефективнішим.

Отже, право опосередковує соціальну волю людини, тобто воно надає міжсуб'єктивним відносинам цивілізованої форми. При цьому основним структурним елементом таких відносин є суперечливості. Між полюсами множинних пар соціальних протилежностей виникають поля енергетичної напруги. Правосвідомість фіксує цю напругу разом з полюсами, що її створюють, та прагне відшукати засоби вирішення суперечливостей і способи визначення нейтральних відносин між протилежностями [10, с. 30]. Воля у праві – це здатність особи до вибору мети діяльності та до внутрішніх зусиль, необхідних для її втілення, унаслідок якої підтверджуються і реалізуються правові цінності, визнані розумом. Воля обмежується розумом, завдяки чому вона отримує орієнтири та не призводить до негативних наслідків [14, с. 8].

Розум та воля як антропологічні основи права мають бути взаємодоповнювальними поняттями. При такому розумінні компенсується обмеженість як розуму, так і волі, яка не дає змоги для повної реалізації цих цінностей у праві у разі ізолюваного їх розгляду. Розум та воля діють у формі здорового глузду, який є початковим рівнем мислення, який оперує вже існуючими поняттями. Він є тією основою, на яку спирається позитивне право [14, с. 9]. Саме орієнтація на здоровий глузд, що призводить до вчасної відмови від застарілих моральних і/або правових норм, сприяє позитивній активності індивідів і *відкритості* суспільства.

Людина постійно прагне розширити межі антропосфери. За своєю природою політична, моральна, юридична і духовна істота, індивід здатний накладати обмеження соціальної нормативності на самого себе, чого немає у світі тварин. Саме внутрішні якості людини змушують її або залишатися в нормативно-правових межах, або порушувати їх. У цьому зв'язку важливим стає визначення тих якостей людської природи, на які спрямована практика правових обмежень його соціальної активності, а також які форми правової нормативності відповідають людській природі (та, відповідно, сприяють відкритості й розвитку суспільства), а які ні та чому [15, с. 9].

Отже, при розбудові правової системи необхідно враховувати таку рису людської природи, як здатність переступати межу звичного та дозволеного, що має як позитивний, так і негативний виміри. З одного боку, це бажання та готовність виходити за межі відомого, відкривати щось принципово нове, створювати дещо корисне, чого людство ще не знало. На цьому шляху виникають найкращі продукти людської творчості, що в цілому сприяють суспільному прогресу. З іншого боку, активність індивіда може спричиняти негативні соціальні наслідки, наприклад, вчинення протиправних діянь тощо.

При цьому, якщо поведінкові реакції індивідів у разі їх виходу за рамки загальноприйнятих стереотипів не притіняють та не принижують інших людей, ми можемо стверджувати, що в праві та правовій регуляції немає потреби. А за необхідності врівноважувати чи блокувати ті форми людської поведінки, що загрожують соціальному порядку, суспільство має створювати ефективні правові норми, підкріплюючи їх дію за допомогою організаційно-управлінських засобів. Отже, норма права по суті є типовою моделлю реагування суспільства на повторювану форму деструктивної активності індивідів [10, с. 31–32; 11, с. 51].

Оскільки завдання права полягає в тому, щоб захищати позитивну діяльність особи та обмежувати негативні форми діяльності, то можна стверджувати, що право виникає як відповідь цивілізації на активність індивіда. Тобто воля до самоствердження, творчості та свободи потребує корегування волею до порядку. Право має обмежувати свободу заради свободи. При цьому цивілізований порядок не уніможлиблює свободу, а передбачає її. Він заперечує лише свавілля та всездозволеність. *Право має оберігати ті необхідні ступені свободи, без яких не можлива ані творчість, ані повноцінна людська життєдіяльність.* Воно повсюдно і завжди має обмежувати свободу, якщо вона переходить у свавілля чи починає загрожувати свободі інших громадян, шкодити основам цивілізованості, державності й соціального порядку [10, с. 32; 7, с. 128–129].

З іншого боку, *людина* для реалізації безумовних цінностей *повинна* осмислено ставитися до процесів у суспільстві та механізмів їх реалізації (у тім числі правових). За цих умов індивід зможе оцінити свої діяння і вникнути в їх сутність, що робить людину самостійною у поглядах на добро та зло, права і обов'язки, її місце в суспільстві та державі. Це дає змогу автономному суб'єктові права зробити свій світогляд повнішим і досконалішим [16, с. 9]; бути здатним до самостійного вольового вибору на підставі пізнаних універсальних цінностей, висування таких ідей, що сприятимуть розвитку суспільства тощо [14, с. 10]. Фактично відбувається процес взаємного визнання, чи то поваги індивіда до права через повагу до іншого, що, врешті, обумовлює довіру між членами суспільства. Зовнішнім вираженням взаємного визнання є права і свободи, за допомогою яких людина отримує змогу визначити межі своєї поведінки, в яких вона може якнайефективніше самореалізуватися. При цьому своє становище у праві людина осмислює як таке, що відповідає її потребам, тому вона і не припускає порушень прав і свобод іншої людини. Тож, сприятливою для відкритого суспільства моделлю поведінки індивіда є автономна модель поведінки, яка орієнтується на власні принципи, що збігаються з універсальними, тобто беруть до уваги інтереси всіх членів суспільства. К. Поппер підкреслює, що особливо гостро потребу у таких індивідах суспільство відчуває в політичній сфері [17, с. 42].

Отже, суперечливість людської природи виявляється у її прагненні одночасно до свободи і до порядку. Спрямованість правової системи є схожою. Адже право, з одного боку, містить низку норм-заборон, а також засоби, що забезпечують дотримання суб'єктами права цих норм, у тім числі такі засоби, які обмежують людську свободу. Водночас людська свобода є однією з умов існування і розвитку самого права, тому воно стосується свободи індивіда як до найважливішої своєї цінності, яку потрібно охороняти від порушень.

При цьому потрібно пам'ятати, що в діяннях особи простежується її залежність від низки обставин (власної ціннісної позиції, існуючих норм, культури, мови, моди, громадської думки, лібідо, сфери підсвідомості, неявних установок тощо), тобто від об'єктивних природних умов та чинників психофізіологічного порядку [18, с. 177]. Тому для утвердження в суспільстві правових цінностей важливо, щоб особа повною мірою усвідомлювала свою залежність від цих чинників і зважала на них. Крім того, людина має використовувати свою волю для розширення сфери своєї свободи за рахунок звільнення від зазначених чинників. І лише за таких умов можемо говорити про можливість індивіда пізнати суспільні відносини, право та інші соціальні явища на мінімально достатньому рівні адекватності сприйняття їх природи [19, с. 8].

Варто також зазначити, що перепоною на шляху до відкритості суспільства є якраз нездатність права допомогти людині здолати власні внутрішні суперечності, знайти оптимальний, соціально схвалюваний шлях, засоби і способи вирішення конфлікту, тобто убезпечити людину від вчинення злочину. До певної міри це можна пояснити тим, що з розвитком цивілізації людина дедалі більше накопичує соціокультурний досвід і збагачує свій внутрішній світ. Останній стає складнішим та багатовимірним, він набуває нових граней, що, відповідно, підвищує вимоги до рівня розвитку права, до його якостей та здатності належно урегульовувати нові суспільні відносини. Тут важливу роль відіграє держава, яка має змінюватись так, щоб її громадяни знаходили можливість вести себе законслухняно з усіма ознаками цивілізованості та культури. А суспільство, своєю чергою, має сприяти індивідові в отриманні ним належних виховання та освіти. Завдяки яким особа зможе розвинути в собі такі якості, що уможливають докладання нею духовних і фізичних зусиль, достатніх для того, щоб знайти і застосувати на практиці саме *правові методи* вирішення суспільних суперечностей.

У цьому зв'язку важливим стає досягнення цивілізацією такого рівня розвитку, де будуть створені умови для появи не лише „людини політичної” (Аристотель), а „людини юридичної” (Ж. Карбоньє). Адже якщо людина соціальна схильна майже рівною мірою як до творення, так і до руйнування, то людина юридична – це той тип цивілізованого індивіда, який здатний самостійно перерозподіляти свою енергію і вводити свої інстинкти в межі права. Тобто *homo juridicus* як достатньо соціалізована (цивілізована) особистість, вміє надавати суперечностям свого внутрішнього (своїм інтересам і потребам) і зовнішнього життя соціально схвальні морально-правові форми, такі, що відповідають соціальним обставинам та вписуються у нормативні рамки природного і позитивного права [10, с. 33–34]. Основними рисами людини юридичної є вміння грати соціальні ролі в контексті цивілізованих правовідносин,

наявність розвиненої правосвідомості і готовності керуватися у власних діях мотивами, які виходять з його сфер. А наявність достатньої кількості таких індивідів у суспільстві має сприяти його *відкритості* та розвитку.

Тут доцільним також буде зауважити, що “в історії руських правових інститутів особа заслонялася сім’єю, громадою, державою і не отримала свого правового визначення” (К. Кавелін); “у нас було визнано, що весь суспільний розвиток залежить від того, яке положення займає особа. Тому навіть зміна суспільних напрямів у нас характеризується заміною однієї формули стосовно особи іншою” (Б. Кістяківський) [4, с. 7] без ґрунтового розроблення ідеї правової особи.

Доцільно також зазначити, що право є волею найвищих світських авторитетів, втіленою у владно-регулятивних приписах та діях, спрямованих на підтримання суспільного порядку. Право має владний характер, сприймаючи соціальну дійсність як дещо змінюване, держава постійно висуває до неї різні вимоги, наполягаючи на їх виконанні, прагнучи підпорядкувати її своїй волі і тримати під постійним контролем найважливіші прояви суспільного життя. Тому задля збереження своєї *відкритості* суспільство має створити таку систему інститутів, яка б давала йому змогу стримувати державу від надмірного втручання у своє життя. В основу такої протидії покладено *волю особистостей*, яка є для них первинним імперативом, що виходить від найвищого морального авторитету, тобто від їхньої *власної совісті*. Врешті, право має бути реститутивним, тобто таким, що самооновлюється, адже суспільство зацікавлене у відновленні соціальної рівноваги, яка порушується внаслідок проявів насилля з боку окремих осіб чи держави [20, с. 35]. Отож, важливо створити і/або розвинути спеціально визначені процедури та умови комунікації, взаємної гри інституціоналізованих дорадчих практик та інститутів громадянського суспільства, оскільки від цього значною мірою залежить успіх відкритої політики [21, с. 39]. При цьому К. Поппер та його послідовник Дж. Сорос наголошують, що важливою гарантією дотримання прав і свобод людини, а відповідно, відкритості суспільства, є також наявність і дієвість *демократичної конституції* [22, с. 241].

Однак навіть за умов повного і безперервного пізнання антропних властивостей права, існування конституційно гарантованого демократичного порядку створення правових норм та високого рівня правової культури у громадян залишається проблема природної схильності людини помилятися. З цього приводу К. Поппер зазначав, що лише нежива природа не робить помилок, а людині, і, зокрема, законодавцям властиво помилятися. Є безліч способів, серед яких та чи інша норма права може схибити з погляду її власних цілей; невдалими можуть виявитися її основна структура, деталі формулювання, концепція фактичних обставин, на які вона розрахована тощо [23, с. 73]. За допомогою розуму (через вплив людського чинника, невпинної змінюваності світу тощо) неможливо сформувати правову систему так, щоб підготувати право до кожного повороту людських справ. А це означає, що, по-перше, неможливо створити ідеальну правильну правову систему, а, по-друге, за умов будь-якої правової системи виникатимуть складні та проміжні випадки, для вирішення яких однаково придатні раціональні та ірраціональні способи [19, с. 52, 138, 140–141]. Тому, це необхідно враховувати під час ухвалення і застосування правових норм.

На підставі вищевикладеного можна зробити висновок про те, що право подібне до людини, воно так само, як і людина, здатне до адаптації чи до утвердження нових новаторських ідей та принципів. Завдяки праву відбувається складний процес пристосування один до одного соціуму та індивіда, держави та громадянина. Право є способом існування соціальних якостей особистості, тому воно забезпечує чи має забезпечувати їй об'єктивно детермінований масштаб свободи, що юридично гарантує можливість її участі у творчому творенні та використанні матеріальних і духовних благ, а також інших соціальних цінностей [24, с. 72]. При цьому нормотворчі зусилля індивіда виходять за межі існуючих правових стереотипів, у *перспективі розвитку соціальності*. Крім того, залежно від того, як створюються та змінюються правові приписи, наскільки вони відповідають природі суспільства та його членів, від знання, розуміння і ставлення останніх до цих норм та до необхідності їх постійної зміни, залежить *відкритість суспільства*.

Отже, ми маємо пізнавати та створювати право крізь призму людської природи, повною мірою усвідомлюючи антропоморфність його природи. А змінюючи правові норми, необхідно досягати належного рівня антроповідповідності права. І лише за цих умов ми отримаємо змогу використати право для забезпечення *відкритості суспільства*, що є визначальною передумовою подальшого успішного розвитку людства.

1. *Гумилёв Л.* Этногенез и биосфера земли / Л. Гумилёв. — М. : Эксмо. — 2007. — 736 с.
2. *Максимов С.* Правова реальність як предмет філософського осмислення : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 / Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. — Х., 2002. — 38 с.
3. *Анохін Ю.* Юридична антропологія : до характеристики її предмета / Ю. Анохін // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2004. — № 7. — С. 100—110.
4. *Бігун В.* Людина в праві : аксіологічний підхід : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 / Нац. акад. внутр. справ України МВС України. — К., 2004. — 21 с.
5. *Стёпин В.* Теоретическое знание / В. Стёпин. — М. : Прогресс-Традиция. — 2000. — 744 с.
6. Гуманитарная наука как предмет философско-методологического анализа / [материалы круглого стола] // Вопросы философии. — 2007. — № 6. — С. 57—82.
7. *Поппер К.* Відкрите суспільство та його вороги. Т. 1. / К. Поппер. — К. : Основи, 1994. — 444 с.
8. *Тьоніс Ф.* Спільнота та суспільство / Ф. Тьоніс; [пер. з нім. Н. Комарова, О. Погорілий]. — К. : Дух і літера, 2005. — 262 с.
9. *Поппер К.* Відкрите суспільство та його вороги. Т. 2. / К. Поппер. — К. : Основи, 1994. — 494 с.
10. *Бачинин В.* Антропосоциологические проблемы права : методология и эмпирия / В. Бачинин // Известия высших учебных заведений. Правоведенье. — 2001. — № 3. — С. 27—39.
11. *Оборотов Ю.* Юридическая антропология — новое измерение права / Ю. Оборотов // Юридический вестник. — 2000. — № 1. — С. 48—52.

12. *Козюбра М.* Демократія і перебудова. / М. Козюбра, С. Бурлай, А. Заєць. — К. : Політвидав України, 1988. — 171 с.
13. *Клак Хон К.* Зеркало для человека. Введение в антропологию / К. Клак Хон; [пер. с англ. под ред. А. Панченко]. — СПб. : Евразия, 1998. — 352 с.
14. *Трофименко В.* Розум та воля як антропологічні основи права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 / Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. — Х., 2004. — 20 с.
15. *Corvi R.* An introduction to the thought of Karl Popper / Translated by Camiller P. — London & New York : Routledge. — 1997. — 224 p.
16. *Рабінович П.* Права людини та їх юридичне забезпечення / П. Рабінович. — К. : НМКВО, 1992. — 100 с.
17. *Поппер К.* Демократия и народоправие / К. Поппер // Новое время. — 1991. — № 8. — С. 41—43.
18. *Лазарев Ф.* Антропная гносеология : содержание и основные презумпции / Ф. Лазарев // Культура народов Причерноморья. — 2002. — № 36. — С. 174—179.
19. *Фуллер Л.* Анатомія права / Л. Фуллер; [пер. с англ. Н. Комарова]. — К. : Сфера, 1999. — 144 с.
20. *Рулан Н.* Юридическая антропология / Н. Рулан; [пер. с фр., под общ. ред. А. Ковлера]. — М. : Норма, 1999. — 310 с.
21. *Річицький В.* Відкритість інформації як універсальна вимога / В. Річицький // Вісник НАН України. — 2003. — № 9. — С. 26—45.
22. *Сорос Дж.* Кризис мирового капитализма. Открытое общество в опасности / Дж. Сорос; [пер. с англ. С. Умрихиной, М. Штергарца]. — М. : ИНФРА-М, 1999. — 262 с.
23. *Эйдлин Ф.* Карл Поппер и теория демократии / Ф. Эйдлин // Философские науки. — 1990. — № 5. — С. 69—80.
24. *Явич Л.* Сущность права / Л. Явич. — Л. : Изд-во Ленинградского ун-та, 1985. — 208 с.

ANTHROPOLOGY LAW CONFORMITY AS CONDITION FOR OPEN SOCIETY MAINTENANCE

O. Makarenkov

*Zaporizhzhya National University,
Zhukovs'kogo Str. 66, UA – 69002 Zaporizhzhya, Ukraine
tel. (061) 764-55-07, e-mail: almak_83@mail.ru*

The author examines the problems of open civil society creation in the context of law anthropology. The content of some relations between the human nature and the nature of law has been revealed.

The author ascertains the dependence of keeping society in the state of openness from the effective legal mechanisms, which shall be fixed at the constitutional level. The actuality of further researches of the problem of human freedom and legal guarantees of this freedom is substantiated in the article.

Key words: openness, open society, law, anthropological quality of law.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

ПРО ПРАВОВЕ РОЗУМІННЯ ЛЕГІТИМНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ

В. Ковальчук

*Національний університет „Острозька академія”,
вул. Семінарська, 2, 35800 Острог, Рівненська обл., Україна
тел. 2-39-30*

На думку автора статті влада легітимна, якщо її дії узгоджуються з уявленнями людей про справедливість, законність та доцільність, а також з іншими загальнолюдськими цінностями, які конститууються на їхній основі.

Ключові слова: легітимність, справедливість, законність, доцільність.

Легітимність – одне з найважливіших і водночас найбільш складних правових понять, яке розкриває сутність державної влади. Поряд з тим, що цей термін широко застосовують у лексиконі вітчизняних юристів, політологів, державних діячів, існують значні труднощі в розумінні того, що власне потрібно вкладати в зміст цього поняття. Цю проблему висвітлює не одне наукове дослідження як зарубіжних [1; 2; 3; 4; 5; 6], так і вітчизняних вчених [7; 8; 9; 10; 11], в котрих на основі різних теоретико-методологічних підходів, розкрито політологічний, психологічний, соціологічний і значно рідше правовий зміст цього поняття. Завданням нашого дослідження є проаналізувати саме правовий аспект легітимності.

З погляду етимології, поняття „легітимність” походить від латинського „legitimus”, що означає законний, узаконений. У Новий час європейської історії до цього поняття зверталися прихильники „легітимної монархії” Бурбонів, які виступали проти „узурпатора” Наполеона. Зокрема „легітиміст” у другому виданні „Глумачного словника” (1881 р.) В. Даля трактується як прихильник законної династії. На початку ХХ ст. завдяки вченню про типи легітимного панування відомого німецького соціолога М. Вебера був запропонований раціонально-легальний тип легітимності, за якого відносини владарювання-підкорення набували винятково формально-юридичного характеру. В дещо іншому контексті легітимність розглядали представники ліберально-правової теорії: Д. Локк, І. Кант, В. Гумбольд, Р. Моль, Ф. Гізо, Б. Констан, які звернулися до змістовного розуміння легітимності, апелюючи до таких загальнолюдських цінностей, як свобода, справедливість, права людини.

Ще більш широкого змісту поняття легітимності набуло після того, як остаточно сформувалася в окрему науку політологія, яка практично „присвоїла” собі дане поняття, проголосивши проблему легітимності сферою інтересів виключно політичної науки. Такий підхід, на нашу думку, є абсолютно неприйнятним, оскільки він суттєво обмежує можливості теоретичного аналізу проблеми легітимності державної влади.

Легітимність є складним і багатограним поняттям, яке повинно бути предметом наукових інтересів щонайменше таких наук, як юриспруденція, політологія, соціологія, психологія. Особливе місце у цьому переліку займають саме юридичні науки, зокрема: філософія права, теорія права та держави, історія правових та політичних вчень, які дають змогу глибше зрозуміти правову сутність державної влади, її буття та цінність, зародження та розвиток ідеї легітимності тощо. Крім цього, легітимність державної влади поступово стає сферою правового регулювання норм конституційного права. Незважаючи на те, що конституційні системи визначають інструменти і процедури для забезпечення конституційності, а не легітимності, ці два поняття тісно пов'язані між собою, оскільки і конституційність, і легітимність слугують з метою встановлення правових меж діяльності державної влади. Відмінність полягає лише в тому, що конституційність свідчить про відповідність законів та політичних рішень чинної влади, „букві” конституції (нормам основного закону), а легітимність – її „духу” (ідеї права).

Важливим завданням вітчизняної юридичної науки є подолання двох крайнощів у питанні легітимності влади, які представлені теорією природного права та юридичного позитивізму. Зокрема з погляду природноправової концепції легітимною є лише та влада, в основу якої покладені невідчужувані, невід’ємні права людини. Натомість нелегітимною є будь-яка влада, побудована на застосуванні насильства. Протилежною за змістом є думка, яка була сформульована одним з основоположників юридичного позитивізму Р. ф. Ієрінгом, згідно з якою будь-яка державна влада, навіть та, що застосовує у своїй діяльності насильство, є легітимною, оскільки сама державна влада встановлює, що є правовим і неправовим. „Право є правильно зрозуміла політика влади” [12, с. 11]. Дискусія між представниками цих двох теорій фактично зводилася до проблеми праворозуміння, і зокрема, до питання про те, різними чи тотожними є поняття „право” та „закон”.

На нашу думку, такі розбіжності у розгляді цієї проблеми значно звужують поле її наукового аналізу. Сучасним дослідникам легітимності влади потрібно відмовитися від односторонності у твердженнях і створити таку модель взаємовідносин між владою та правом, в основу якої було б покладено розуміння того, що право набуває свого загальнообов’язкового нормативного характеру лише завдяки вольовим рішенням влади. Однак і влада стає реальною силою лише за умови, якщо вона знайде визнання всередині суспільства, і її дії будуть кваліфіковані громадськістю як правові, тобто легітимні. Саме такі тенденції простежено у сучасній зарубіжній правовій науці, вони характерні для аналітичного позитивізму (Х. Харта), комунікативної філософії (К.-О. Апеля, Ю. Хабермаса), теорії справедливості (Д. Роулза, О. Хьюффе).

Незважаючи на те, що на різних історичних етапах розвитку цілі державна влада та право часто не збігаються, що зумовлює серйозні суперечності між ними, все ж вони залишаються у тісному взаємозв’язку передусім через спільну природу походження. Виникнення як права, так і влади зумовлене інтересами та потребами людей. Зокрема, джерелом прав людини є сама людина, її потреби (у тому числі духовні) та інтереси, природа її існування та розвитку. Сама людина є носієм прав, які слугують невід’ємною складовою її буття. Але реалізація цих прав стає

можливою лише через суспільні відносини, тобто через їх визнання іншими людьми. У первісному стані таке визнання розглядають як довільне, оскільки право людини зазвичай ототожнюється з „правом на все”. З цього погляду право наділене людським, соціальним походженням, а не державним. Своєю чергою влада, яка є пануванням однієї волі над іншою, також спрямована на забезпечення інтересів однієї особи чи групи осіб, наділених владними повноваженнями за рахунок інших осіб. Зокрема на ранній стадії свого існування право та влада є гарантом інтересів лише незначної частини суспільства, зокрема, правом володіють лише ті члени спільноти, які наділені владою.

Отже, з огляду на своє походження та розвиток як право, так і влада мають єдину об'єктивну логіку. Ця логіка зумовлена об'єктивними потребами та інтересами людей, задовольнити які повинні право та державна влада. Право і влада мають принципово однакове соціальне призначення, яке полягає в упорядкуванні соціальних відносин, вирішенні соціальних конфліктів і, найголовніше, у забезпеченні індивідуальних прав та свобод усіх членів суспільства.

Влади та права стають виразами інтересів усього суспільства лише на вищому рівні розвитку людства, коли людина з простого споживача перетворюється у правову особу, а суспільство – на споживачів у громадянське суспільство. Це стає можливим лише за умови осмисленої, добровільної домовленості (договору) між людьми про мирне співіснування та про спільну державну владу. Внаслідок укладення такого договору влада з „упорядкованого свавілля” перетворюється в легітимне панування, а право з уявного „права на все” у право справедливості. Легітимність влади, тобто правовий характер влади, так само як і правовий характер її законів – це результат компромісу між людьми, який полягає, з одного боку, у відмові всього суспільства і кожного учасника суспільного договору зокрема від „права на все”, і спільного визнання прав, які є невід'ємною, невідчужуваною частиною життя людини. З іншого боку – це добровільна відмова кожної людини зокрема від частини своїх прав і делегування їх представникам всенародно сформованої влади у вигляді повноважень, у тому числі й на застосування сили.

Суспільний договір не потрібно розглядати як історичний договір між людьми, на основі якого виникає держава. Це, швидше, творчий експеримент, який проведено з метою легітимації. Його предметом є не будь-яке суспільство, а лише громадянське. З погляду теорії держави суспільний договір полягає у попередній політичній домовленості про виправдання існування права та держави як таких.

Безумовно, не можна заперечувати можливості виникнення суперечностей між правом та державною владою і на більш зрілому етапі їхнього розвитку. Адже в реальному житті є багато прикладів нелегітимної (неправової) влади. Однак ці приклади в жодному випадку не є доказом того, що цілі державної влади та права протилежні, а це лише свідчення свавільного застосування права в інтересах тих, хто зосередив владу в своїх руках на зразок того, як це було у первісному стані. Саме така державна влада, яка розглядає права не як мету своєї діяльності, а лише як засіб досягнення мети, і приречена бути, відповідно до висловлювання Августина Блаженного, „зграєю розбійників”.

Легітимність – одна з фундаментальних властивостей державної влади, яка визначає її правові межі. Легітимною є лише правова влада. Як слушно зазначає один з дослідників питання легітимності влади, мексиканський професор права Дієго Валадес: „Влада та право йдуть рука в руку. Влада стає легітимною через право, в той час як право стає ефективним через владу” [13, с. 44]. У цьому контексті право потрібно розглядати як невід’ємну частину людського буття (як дійсність), яка набуває свого реального втілення через суспільні відносини і зміст якої полягає у тому, щоб служити правовій цінності, ідеї права. Своєю чергою, ідея права, як слушно зазначав відомий німецький вчений-правознавець Густав Радбрух, не може бути нічим іншим, як справедливістю [14, с. 42]. Можна сказати, що справедливість передре право, вона згідно з вченням римського юриста Ульпіана є: „постійна і незмінна воля наділяти кожного його правом”. Без неї правовий та державний порядок був би не чим іншим, як „зграєю розбійників”.

Легітимність як правова влада має слугувати ідеї права і, зокрема, справедливості. Легітимність є ціннісним критерієм влади, вона, свідчить про те, що державна влада є справедливою або принаймні такою, у якій справедливість переважає. Легітимність неможливо розглядати поза справедливістю, вона є категорією, яка тотожна справедливості. Легітимність як справедливість – ідеальна категорія. Ідеальна легітимність спирається на абсолютну підтримку громадян. Звісна річ, що досягти такого рівня легітимності, за якої жоден нормативний акт, жодне політичне рішення і жоден орган влади не викликали б найменшого сумніву стосовно їх справедливості, практично неможливо. Тому для того, щоб принаймні не вважатися нелегітимною, державна влада має бути максимально справедливою щодо більшості лояльних до влади членів спільноти і якомога менш несправедливою до нелояльної меншості. За такої умови межею, переступивши яку влада перестає бути справедливою, можуть вважатися невід’ємні, невідчужувані права людини.

Справедливість – це вищий принцип спільного життя людей і основа реалізації людської суспільної сутності. Справедливість є свого роду актом визнання. Співіснування людей на основі взаємного визнання передбачає такий порядок їх співіснування, який може бути названий справедливим, або „справедливістю”. Саме справедливість є основою ідеї права, виражає сутність права, а особливий акт визнання конститує як справедливість, так і феномен права загалом. Феномен інтересу, свободи, рівності, особистих прав і суспільного блага виявляються правовими цінностями лише тією мірою, в якій містять у собі момент визнання.

Саме у такому контексті розглядає справедливість відомий німецький філософ права Отфрід Хьоффе. Його теорія справедливості виражає ідею справедливості як обмін. Основним принципом цієї теорії є принцип рівноцінності набутого та втраченого. Обмін трактують не як вузькоекономічне поняття, а як демократичну форму співпраці. В його основу покладено „дистрибутивно-колективну вигоду” (він повинен бути корисним як для кожного зокрема, так і для всіх). Взаємна відмова є умовою можливості вільно діяти. Це розуміння справедливості пояснює права людини як такі, якими люди як суб’єкти права наділяють один одного [3, с. 239]. Воно також легітимізує державну владу як „меч справедливості” і розглядає шляхи поєднання влади та справедливості через „морально-політичний дискурс”.

Одним з основних принципів справедливості є принцип рівної свободи. Він, по суті, є модифікацією кантівського основного закону права і обґрунтовує пріоритетність максимальної індивідуальної свободи порівняно з іншими соціальними цінностями. Таке трактування справедливості знайшло своє обґрунтування в теорії американського дослідника Джона Роулза, автора книги „Теорія справедливості” (1970 р.). Відповідно до його першого принципу справедливості, кожна людина має право на свободу, яка є сумісною зі свободою інших людей [15, с. 66].

Принцип рівної свободи, з одного боку, зобов'язує кожного члена спільноти визнавати універсальні умови вільного співіснування, а з іншого боку, – зобов'язує кожне співтовариство забезпечити їхнє визнання. Кожен член спільноти як суб'єкт права повинен дотримуватися умов, а держава має їх забезпечувати. З погляду окремої правової особи універсальні умови не просто мають значення „громадянських прав”, які визнаються лише за особами з певним громадянством. Швидше, це права людини, на які невід'ємно заслуговує кожен лише тому, що він людина, і які в даному морально-правовому не біологічному сенсі означають вроджені, природні, невідчужувані і недоторканні права.

Права людини – це свого роду потреби, які набувають практичного втілення лише після того, коли кожен із членів співтовариства взаємно визнає їх один перед одним, а державна влада – перед усім суспільством [3, с. 240]. Від цього моменту права переходять з однієї форми існування в іншу. Саме таким чином природні права, які є надпозитивними і належать до сфери моралі та справедливості, набувають статусу основних прав людини, що знаходять своє вираження у позитивному законодавстві.

Поряд зі справедливістю другою складовою ідеї права, яка є неодмінною метою легітимності, є законність (легальність). Саме через позитивне законодавство справедливість відшукує своє формально-юридичне закріплення. Законність забезпечує правову стабільність, вона встановлює мир під час боротьби світоглядів і кладе край „війні всіх супроти всіх” [14, с. 99]. Так, вказуючи на особливе місце законності в житті людини та суспільства, Й. Гете зазначав: „Краще, якщо стосовно до тебе твориться несправедливість, ніж світ залишиться без закону”. Справедливість і законність співвідносяться між собою як зміст і форма. Справедливість вкладає правовий зміст у закони, тоді як закони є тією силою, яка захищає справедливість і такі загальнолюдські цінності, як свобода, рівність, права людини від зовнішнього зазіхання влади та окремих членів спільноти. Справедливість та законність – дві невід'ємні складові легітимності, які взаємодоповнюють одна одну. Однак між ними часто відбувається конфлікт. Зокрема, така ситуація можлива тоді, коли відсутність однієї зі складових легітимності (справедливості чи законності) державна влада намагається компенсувати за рахунок іншої. Зазвичай, це має негативні наслідки для самої влади.

З одного боку, є незадовільним обмежувати легітимність влади лише формально-юридичними ознаками, коли легітимність розуміють лише як законність, коли політичну систему чи режим вважають легітимними, якщо має місце відповідність структур, процесів формування і функціонування влади букві і духу

чинного законодавства. Таке обмеження призводить до ототожнення легітимності та легальності й буває однією з причин кризи легітимності влади. В історії держави та права є багато прикладів того, як достатньо успішна з формально-юридичного погляду, тобто легальна державна влада (яка була сформована і функціонувала відповідно до матеріальних та процесуальних норм Конституції та інших законодавчих актів), втрачала свою легітимність через те, що її рішення та закони мали, на думку громадян, несправедливий характер.

Причиною втрати легітимності влади може бути неправовий характер законів, на які вона спирається. Потрібно погодитися з думкою таких авторитетних теоретиків держави та права, якими є А. Заєць та Р. Лівшиць, котрі вважають, що легітимність закону має щонайменше два боки: формальний і змістовний [16, с. 37; 4, с. 19]. З погляду формального вона означає прийняття закону чи іншого нормативного акта відповідним органом і у відповідному процесуальному порядку. Якщо цих вимог дотримуються, то закон формально легітимний. Однак він може бути нелегітимним за своїм змістом. Досвід нашої країни свідчить, що погані закони як формально легітимні, тобто прийняті відповідними органами і в належному порядку, не отримавши підтримки людей, залишилися фактично нереалізованими, тобто нелегітимними. Саме правозастосування дає відповідь на запитання щодо легітимності закону, воно свідчить про відмінність між легітимністю формальною та фактичною.

З погляду змістовного легітимність закону чи іншого нормативного акта залежить від його змісту. Передусім, зміст закону визначає ставлення до нього людей. Якщо закон люди позитивно сприймають, підтримують, то він втілюється в життя і виявляється фактично легітимним. Розбіжність між формальною легітимністю та змістовною ґрунтується на розрізненні права і закону. Легітимним має бути визнаний лише правовий закон, тобто закон, який фіксує правову ідею, а саме – справедливості, свободи, прав людини [17, с. 65]. З правового погляду змістовна легітимність полягає у відповідності закону до ідеї права.

Забезпечення високого рівня законності в державі ще не дає підстави стверджувати, що влада в такій державі є легітимною, адже жодна законодавча система, навіть найдосконаліша, не захищає суспільство від соціальних конфліктів, політичних криз, юридичних казусів. Жодний юридичний закон не може бути ідеальним, не може бути однаково добрим для всіх часів і народів. Через те, що позитивні закони є витвором доцільної законотворчої діяльності, на всіх стадіях їхнього існування (розробки та прийняття, коментування та тлумачення, застосування та покарання за їх недотримання) є багато можливостей для суб'єктивного втручання, врахування мотивів корпоративної доцільності, тенденційності та упередженості. Закони держави часто змінюються, причому досить кардинально.

З іншого боку, часте нехтування законів на користь справедливості також є шкідливим. Воно може призвести до правового нігілізму та недовіри громадян як до окремих органів державної влади, так і до влади загалом. Престиж законів, як зазначає М. Козюбра, падає разом з престижем влади [18, с. 3]. За будь-яких обставин державна влада повинна бути сильною і залишати за собою монополію на

право застосовувати насильство, а це можливо лише за допомогою чинного законодавства. Навіть у ситуації, коли в державі панує політична нестабільність у вигляді конфлікту політичних програм та ідеологій, потрібна сила, яка б за допомогою вольових рішень, підкріплених авторитетом закону, врегулювала цей конфлікт. Якщо ніхто не може визначити, що є справедливістю, то хтось повинен визначити, що повинно бути справедливістю. Хто здатен впроваджувати право в життя, той доводить, що він покликаний встановлювати право. І навпаки, в кого немає достатньої влади і сили захистити права та свободи людини від посягання інших, в того немає і права наказувати їй [14, с. 97].

Лише за умови, якщо більшість суспільства свідомо того, що політичні рішення та закони чинної державної влади, за допомогою яких вони втілюються в життя, є несправедливими щодо них, ідея справедливості може стати тією силою, яка здатна спричинити зміну політичного режиму, так само, як і зміну Конституції та інших нормативних актів. Однак і в цій ситуації основним завданням будь-якої революційної влади є відродити і підтримати порушений революцією „спокій і порядок”. Це основне завдання, оскільки лише шляхом відтворення „спокою і порядку” революційна влада може досягти власної легітимності.

Ще однією складовою ідеї права, на яку спирається у своїй діяльності будь-яка легітимна влада, – є доцільність. На відміну від справедливості та законності, доцільність за своєю природою не стільки правовий, скільки політичний феномен. Доцільність не є постійною категорією, у ній закладена певна відносність. Вона може змінюватися залежно від політичної ситуації, партійно-політичних переконань, та, врешті-решт, від окремих людей. Такий релятивізм не є характерним для права, яке як регулятор суспільних відносин не може бути поставлене в залежність від розбіжностей поглядів та інтересів окремих людей. Воно повинно бути єдиним порядком для усіх. Доцільним часто є те, що суперечить нормам моралі, оскільки в її основу покладений принцип, згідно з яким „мета виправдовує засоби”.

Доцільність часто конфліктує зі справедливістю та законністю, що може призвести до домінування політики над правом. За такої ситуації право перетворюється у простий засіб досягнення політичних цілей. Це перший крок до побудови тоталітарних та авторитарних режимів. Водночас вона може не порушувати основних принципів легітимності, а навпаки, сприяти їх реалізації. Наприклад, якщо всередині суспільства чи всередині самої влади виявляються конфлікти, які є загрозливими і при цьому правові засоби їх врегулювання себе вичерпали, вирішення проблеми переходить із правової площини в політичну. Однак і за таких обставин політичне рішення повинно бути своєрідною декларацією політичних сил про відмову застосовувати насильство і поважати невід’ємні та невідчужувані права людини і діяти з найменшими порушеннями норм чинного законодавства, тобто хоча б в основних положеннях залишатися справедливим і законним. І за цих умов політика повинна бути правовою [19, с. 126].

Отже, легітимність можна визначити як певний баланс між правом та політикою, між справедливістю, законністю та доцільністю. Монополія одного з цих елементів легітимності є загрозливою для самої легітимності. Вміння уникати крайнощів і знаходити вдалі компроміси між справедливістю, законністю та

доцільністю є ознакою державної влади, яка намагається бути легітимною. Тому легітимність – це властивість державної влади у стабільних демократіях, де розвинуті інститути громадянського суспільства, запроваджена прозора процедура у формуванні органів державної влади та місцевого самоврядування і в прийнятті законів, високий рівень правосвідомості як простих громадян, які за сферою своєї діяльності далекі від політики, так і політичної еліти. Для так званих „транзитних демократій” легітимність часто набуває деформованого вигляду, з переважанням одного з її елементів, зазвичай, справедливості та доцільності.

За будь-якого політичного режиму головним критерієм встановлення легітимності державної влади має стати суспільна підтримка дій такої влади. Лише народ як єдине джерело влади наділений правом визначати, які рішення чинної влади є справедливими, законними та доцільними. Влада легітимна, якщо її дії узгоджуються з уявленнями людей про справедливість, законність та доцільність, а також з іншими загальнолюдськими цінностями, які конститууються на їхній основі. У такому розумінні легітимність потрібно розглядати як адекватність структур, інститутів, норм державної влади, а також конкретних осіб, які є її носіями, уявлення суспільства про справедливість, законність та доцільність.

1. *Габермас Ю.* До легітимності через права людини / Ю. Габермас. — К., 1999. — 62 с.
2. *Вебер М.* Соціологія. Загальноісторичні аналізи. Політика / М. Вебер. — К., 1998. — 534 с.
3. *Хеффе О.* Політика, право, справедливість / О. Хеффе. — М., 1994. — 328 с.
4. *Лившиц Р. С.* О легитимности закона / Р. С. Лившиц // Теория права : новые идеи. — 1995. — Вып. 4. — С. 18—26.
5. *Дабиров А.-Н. З.* Теория политической легитимности : курс лекций / А.-Н. З. Дабиров. — М., 2007. — 272 с.
6. *Шабо Ж.-Л.* Основные типы легитимности / Ж.-Л. Шабо // Полис. — 1993. — № 5. — С. 137—143.
7. *Рябов С. Г.* Легітимація влади як соціально-філософська проблема : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра філос. наук. — К., 1997. — 33 с.
8. *Нечипоренко В. О.* Філософсько-правовий аналіз легітимації правової держави : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. філос. наук. — К., 2003. — 23 с.
9. *Сердюк В.* Легітимність влади як один із її основних атрибутів / В. Сердюк // Юридична Україна. — 2006. — № 11. — С. 10—15.
10. *Шипілов Л.* До юридичного розуміння легітимації влади / Л. Шипілов // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 1. — С. 185—193.
11. *Сиренко В. Ф.* О легальности и легитимности государственной власти / В. Ф. Сиренко. — К., 2006. — 60 с.
12. *Иеринг Р. Ф.* Избранные труды : В 2-х т. / Р. Ф. Иеринг. — СПб., 2006. — Т. 1. — 618 с.
13. *Валадес Д.* Контроль над Властою / Д. Валадес. — М., 2006. — 248 с.
14. *Радбрух Г.* Философия права / Г. Радбрух. — М., 2004. — 240 с.
15. *Ролз Дж.* Теория справедливости / Дж. Ролз. — Новосибирск, 1995. — 536 с.
16. *Засць А.* Правова держава в контексті новітнього українського досвіду / А. Засць. — К., 1999. — 248 с.

17. *Чиркин В.* Легализация и легитимизация государственной власти / В. Чиркин // Государство и право. — 1995. — № 8. — С. 60—67.
18. *Козюбра М.* Конституційний ідеалізм та конституційний нігілізм як прояви дефіциту правової культури / М. Козюбра // Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. — 2006. — Т. 53. — С. 3—7.
19. *Максимов С. И.* Политика должна быть правовой: к проблеме взаимодействия политики и права в транзитивном обществе / С. И. Максимов // Трансформація політики в право: різні традиції та досвід: Матеріали міжнар. наук. конф. / за ред. В.Я. Тація. — Х., 2006. — С. 122—151.

**LEGAL UNDERSTANDING
OF THE STATE POWER LEGITIMACY:
THEORETICO-METHODOLOGICAL ASPECT**

V. Koval'chuk

*National University of Ostroh Academy,
Seminarska Str. 2, UA – 35800 Ostroh, Rivne region, Ukraine
tel. 2-39-30*

The author of the article asserts that power is legitimate if its actions are agreed with people's view on justice, legality and appropriateness, as well as with the other universally recognized values constituted on their basis.

Key words: legitimacy, justice, legality, appropriateness.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ПРАВОВИЙ ВПЛИВ І ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ: КРИТЕРІЇ РОЗМЕЖУВАННЯ

В. Косович

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті досліджено питання співвідношення правового впливу та правового регулювання. Проаналізовано критерії розмежування правового впливу та правового регулювання з одного боку, і пошук їх спільних складових – з іншого. Запропоновано деякі міркування стосовно практичної значимості вивчення цієї проблеми.

Ключові слова: правовий вплив, правове регулювання, механізм правового регулювання.

Політико-правові дискусії, що розгорнулися в українському суспільстві після видання Президентом України низки указів про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України п'ятого скликання і призначення позачергових виборів до українського парламенту, яскраво проілюстрували значимість права як засобу регулювання суспільних відносин та забезпечення соціального компромісу. Практично усі сторони апелювали до Конституції та законодавства України, Конституційного суду та судів загальної юрисдикції. Водночас було простежено нерозмежованість між аксіологічними та правовими установками, з одного боку, та приписами нормативно-правових актів з іншого, тобто було ототожнено правовий вплив та правове регулювання суспільних відносин, що зумовило численні юридичні колізії. Наведене свідчить про необхідність загальнотеоретичного дослідження критеріїв розмежування правового впливу та правового регулювання суспільних відносин.

Такі критерії вже були розглянуті [4, с. 32–33]. Спробуємо їх деталізувати крізь призму наявних наукових напрацювань та юридичної практики.

Розпочнемо із такого критерію, як наявний у сучасній державі, зокрема і в Україні, підхід до праворозуміння. Зарубіжні правознавці концентрують свою увагу та зусилля на розвитку і вдосконаленні теорій права, що виникають на підставі і в межах традиційного природного права, на базі традиційного юридичного позитивізму, а також на основі функціонального аналізу права [5, с. 23]. Відомий російський теоретик С.С. Алексєєв, який присвятив аналізу права низку фундаментальних праць, розглядає право у будь-якому його значенні як обґрунтовану свободу і можливість поведінки, визнаної у суспільстві [2, с. 38]. Право необхідно розглядати як загальносоціальне (таке, що виникає та існує незалежно від держави, має загальносоціальну природу, є загальносоціальним феноменом) та спеціальносоціальне, юридичне (що є наслідком винятково державної діяльності) [8, с. 9–10].

Якщо брати за основу поширену серед теоретиків позицію, що правове регулювання – це здійснюваний державою за допомогою юридичних засобів вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування [8, с. 165], то таке визначення відповідає позитивістському (домінуючому в континентальній правовій системі) трактуванню права.

Постає запитання: а чи може такий підхід до права бути використаний і до правового впливу? Якщо розділити позицію, що правовий вплив – це взятий в єдності та багатоманітності процес впливу права (як спеціальними правовими засобами, так і іншими правовими явищами) на соціальне життя, свідомість і поведінку людини [6, с. 26; 3, с. 380], то так. Юридичні норми попри регулятивні виконують загальносоціальні функції, наприклад, виховну – впливають на формування правової свідомості та правової культури громадян. Отож засоби правового регулювання слугують водночас і засобами правового впливу.

Правовий вплив, керуючись системою його засобів, способів та завдань, пов'язаний із природничими теоріями права (у їхньому релігійному чи світському трактуванні з позиції теології, етики, юриспруденції чи філософії права) [7, с. 30]. Згадаймо наприклад значення релігійної свідомості для забезпечення ефективного правового регулювання у державах, що належать до релігійних правових систем. Не можна не брати до уваги й те, що інколи визначальними чинниками стосовно свідомості та поведінки суб'єктів права є їхні аксіологічні та правові установки. Так, в Україні яскравим прикладом впливу корпоративних потреб та інтересів на соціально-правову практику є радикально протилежні оцінки різних політичних сил у Верховній Раді України щодо указів Президента України про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України п'ятого скликання.

Керуючись наведеним, правовий вплив охоплює розуміння права у двох площинах – як природного, так і юридичного. Правове регулювання – владно-регламентуючий вплив, що відповідає юридичному трактуванню права і його основним функціям.

Наступним критерієм зіставлення правового впливу та правового регулювання є *їх соціальне призначення та функції*. Соціальне призначення правового впливу – забезпечення загальносуспільних цінностей та невід'ємних природних прав людини. Правове регулювання – це регулювання суспільних відносин з метою втілення в життя передусім нормативно закріплених конкретно державою цінностей. Тобто, якщо правовий вплив у своїй основі має загальносуспільні інтереси, то правове регулювання – як загальносоціальні, так і групові (останні інколи можуть домінувати). Наприклад, якщо ідеологи „громадянського суспільства” однією із його засадничих ознак вважали рівність можливостей для усіх членів суспільства, то у багатьох сучасних демократичних, соціальних та правових державах, в яких за твердженням політиків таке суспільство уже сформоване, парламенти як органи представницького народовладдя законодавчо закріплюють депутатську недоторканність, що є порушенням принципу рівності усіх перед законом і свідченням пріоритету власних інтересів над загальносуспільними.

Відмінності у соціальній сутності конкретизуються через відмінності у предметі впливу та регулювання. Предмет правового регулювання є вужчим від предмета правового впливу, оскільки до останнього належать ті економічні, політичні та соціальні відносини, які правом не регулюються, однак на які право поширює свій вплив [6, с. 56]. Наприклад, у ч. 2 ст. 682 Цивільного Кодексу України визначено, що якщо договором купівлі-продажу не встановлено умов щодо комплектності товару, продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, комплектність якого

визначається звичаями ділового обороту або іншими вимогами, що звичайно ставляться. У цьому випадку цивільна норма надає сторонам право реалізувати договірні домовленості самостійно. Однак відсутність безпосередньо юридичної регламентації ще не означає відсутності правового впливу. Адже звичаї ділового обороту базуються як на економічних чинниках, так і на принципах цивільного права України та приписах норм глави 54 „Купівля-продаж” ЦК України (що суд враховуватиме у разі виникнення спору між сторонами).

Соціальна сутність правого впливу і правового регулювання проявляється у їх функціях. Загальновизнано, що функції права – це основні напрями його впливу на людину та суспільство. Наявні у науці підходи до класифікації функцій об’єктивного юридичного права, на нашу думку, можна вважати також загалом і функціями правового впливу й правового регулювання [8, с. 9–10; 1, с. 313]. Якщо група функцій регулятивного статичного характеру (закріплювальна, витіснювальна, стимулювальна, обмежувальна, регламентуюча тощо) властива для правового регулювання, то загальносоціальні динамічні (виховна, інформативна, ціннісно-орієнтаційна, ідеологічна тощо) значною мірою є похідними від правового впливу. Візьмемо наприклад реалізацію права. Уповноважуюча норма надає суб’єктові права можливості певної поведінки. Наприклад, громадяни України мають право обирати і бути обраними до представницьких органів влади. З одного боку, норма закріплює один із основних принципів сучасної виборчої системи; з іншого – формує певну політичну свідомість, установку електорату на участь у здійсненні суспільної влади (а це вже вплив). Юридичний обов’язок окремих категорій громадян декларувати доходи спрямований на регулювання відносин між державою та платниками податків. Водночас ця зобов’язувальна норма дисциплінує, виховує й частково стимулює до належного виконання особою її конституційних обов’язків. Забороняючі норми мають передусім превентивний, попереджувальний характер. Вони близькі до вимог, встановлених іншими соціальними неюридичними нормами – релігійними, моральними тощо (не вбий, не вкради, не ображай тощо). Правове регулювання, на відміну від правового впливу, пов’язане із встановленням конкретних прав та обов’язків суб’єктів права, з прямими приписами про необхідне і можливе. Якщо перше означає реалізацію правових норм через правовідносини – то друге не обов’язково [6, с. 56]. Зокрема, притягнення особи до юридичної відповідальності, що полягає в обов’язку правопорушника зазнати обмеження певних благ, має також попереджувальний та виховний вплив на інших осіб.

Наступна група відмінностей простежується у разі ознайомлення з *елементами механізму правового регулювання та правового впливу*. До елементів механізму правового регулювання науковці найчастіше зачисляють: норми права, правовідносини, нормативно-правові акти, акти реалізації та застосування права. Перелічені складові правового регулювання можуть водночас бути засобами правового впливу. Спектр елементів механізму правового впливу значно ширший, оскільки крім них, він також включає правову свідомість, правову культуру, стан законності тощо, тобто засоби, які більшою мірою є засобами правового впливу, аніж засобами правового регулювання. Є також відмінності між самими засобами правового регулювання та правового впливу залежно від рівня їх легалізації, ступеня використання та праворегламентуючих можливостей.

Візьмемо наприклад деякі загальновизнані форми права, які в юридичній практиці України слугують лише джерелами права. Судовий прецедент формою права, а відповідно – і засобом правового регулювання, у нашій державі не визнано. Однак, як відомо, суди різних рівнів орієнтуються на рішення та керівні роз'яснення вищестоящих судів, тобто судова практика є засобом правового впливу. Правовий звичай використовується лише у випадках, визначених законодавством (див. ст. 11 Сімейного Кодексу України та статті 7, 531, 532, 538 Цивільного Кодексу України). Водночас зміст зазначених норм не конкретизований і значною мірою зумовлений суб'єктивним углядом правозастосовувача та інших суб'єктів правовідносин. Серед джерел права виділяють також принципи права та правову доктрину. Вони знову ж таки слугують передусім засобами правового впливу і лише у виняткових ситуаціях – засобами правового регулювання (наприклад, як у випадках, передбачених ст.ст. 3 та 8 Цивільного Кодексу України). Отож, неюридичні засоби не можуть безпосередньо бути засобами правового регулювання; але як джерела права використовуються для правового впливу на суспільні відносини. Визнані державою форми права є засобом правового регулювання та правового впливу.

Ще один критерій розмежування – *рівень впливу міжнародного права на національне*. Норми міжнародного права можуть використовуватись у внутрішньодержавній практиці як засіб правового регулювання лише за умови їх ратифікації та імплементації у національне право. Однак вони можуть слугувати засобом правового впливу і без надання їм загальнодержавної обов'язковості. Наприклад, рішення Європейського Суду з прав людини, пов'язані із забезпеченням прав людини, закріплених Конвенцією про захист прав людини та основних свобод 1950 р., можуть бути своєрідним орієнтиром для суддів України у разі розгляду аналогічних справ.

Наведені положення дають змогу висловити можливо і дискусійну думку: *правовий вплив і правове регулювання спрямовані на забезпечення системи суспільних цінностей. Співвідносяться вони як загальне і конкретне, як взаємозв'язані та взаємозумовлювальні. Пріоритет того чи іншого визначається конкретно-історичними умовами існування суспільства, особливостями правової системи, категорією суспільних відносин, що регламентуються правом тощо*. Наприклад, у демократичній, соціальній, правовій державі верховенство повинно належати складовим правового впливу; в недемократичній чи перехідній – безпосередньо засобам правового регулювання.

І як висновок щодо сучасної України: в умовах політичної нестабільності, економічної неутвердженості, правового нігілізму головний акцент повинен бути зроблений на засобах та інших складових правового регулювання. Сьогодні на усіх рівнях має панувати літера, а не дух закону.

-
1. *Алексеев С.С.* Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — М., 1999.
 2. *Алексеев С. С.* Государство и право / С. С. Алексеев. — М., 2006.
 3. *Комаров С. А.* Общая теория государства и права / С. А. Комаров. — М., 1998.

4. *Косович В. М.* Правовий вплив і правове регулювання : проблеми визначення понять / В. М. Косович // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні. Матеріали XIII регіональної науково-практичної конференції. — Львів, 2007.
5. *Марченко М. Н.* Источники права : учеб. пособ. / М. Н. Марченко. — М., 2005.
6. *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве / А. В. Малько. — М., 2003.
7. *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства / В. С. Нерсесянц. — М., 1999.
8. *Рабінович П. М.* Основи загальної теорії права та держави / П. М. Рабінович. — Львів, 2007.

LEGAL INFLUENCE AND LEGAL REGULATION: DIFFERENTIATION CRITERIA

V. Kosovych

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

In the article the issues concerning the differentiation of legal influence and legal regulation have been researched. The analysis of the criteria of their differentiation, as well as the search for their common elements are made. Certain considerations concerning the practical importance of this issue's study are presented.

Key words: legal influence, legal regulation, mechanism of legal regulation.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОНОРСТВА В УКРАЇНІ

І. Сенюта

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті охарактеризовано законодавчу базу донорства, проаналізовано міжнародно-правові стандарти у цій галузі та з'ясовано умови законності проведення різних видів донорства за національним законодавством. А також визначено принципи правового регулювання донорства і запропоновано їх класифікацію.

Ключові слова: донорство, трансплантація, штучне запліднення, донор, реципієнт.

Конституційною підвалиною юридичної регламентації донорства в Україні є ст. 29 Основного Закону, яка визначає право на особисту недоторканність в аспекті згоди чи відмови від будь-якого медичного втручання. На деталізацію змісту цієї норми в законодавстві України передбачено право на донорство або окремі його структурні елементи, зокрема, у Цивільному кодексі України від 16.01.2003 р. (ст. 290, п. 7 ст. 281) [1], Основах законодавства України про охорону здоров'я від 19.11.1992 р. (ст. 46, 47, 48) (далі – Основи) [2], Законі України „Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині” від 16.07.1999 р. [2], Законі України „Про донорство крові та її компонентів” від 23.06.1995 р. [2], а також підзаконних нормативно-правових актах, що визначають окремі питання у сфері донорства.

Метою цього дослідження є характеристика законодавчого забезпечення донорства в Україні та визначення підстав законності його проведення. У процесі роботи було чітко окреслено принципи різних видів донорства, запропоновано їхню класифікацію, визначено основні засади донорства відповідно до міжнародно-правових стандартів у цій галузі, а також висвітлено умови законності донорства в Україні.

Сфера дослідження цієї статті була предметом вивчення численних вітчизняних і зарубіжних науковців (О. Афанасьєвої, Ф. Баха, Ф. Дахно, Е. Згреччі, Х. Де Діос Віал Корреа, М. Малєїної, З. Скалецької, О. Старовойтової, С. Стеценка), які розглядали, зокрема питання трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів з погляду загальної теорії права, кримінального права, проводили порівняльно-правову характеристику трансплантології, аналізували проблеми удосконалення чинного законодавства у цій галузі.

Зі згаданих нормативних актів впливають такі умови правомірності проведення різних видів донорства:

1. Крові та її компонентів (*донорство крові та її компонентів* – добровільний акт волевиявлення людини, що полягає у даванні крові або її компонентів для подальшого безпосереднього використання їх для лікування, виготовлення відповідних лікарських препаратів або використання у наукових дослідженнях (ст. 2 Закону України „Про донорство крові та її компонентів”)):

- 1.1. Донором може бути повнолітня дієздатна фізична особа.
- 1.2. Донорство є добровільним актом волевиявлення людини.

1.3. Особа-донор повинна пройти відповідне медичне обстеження і в неї не повинно бути протипоказань, визначених МОЗ України. Особи, хворі на інфекційні хвороби, які можуть передаватися через кров, або інфіковані збудниками таких хвороб, можуть залучатися до виконання донорської функції лише у разі подальшого використання отриманих від них крові та (або) її компонентів винятково для проведення наукових досліджень, виготовлення діагностикумів та інших продуктів, що не призначені для введення реципієнтам.

1.4. Взяття крові та (або) її компонентів у донора дозволено лише за умови, що здоров'ю донора не буде заподіяно шкоди.

2. Органів та інших анатомічних матеріалів (*трансплантація* – спеціальний метод лікування, який полягає у пересадці реципієнтові органа або іншого анатомічного матеріалу, взятих у людини чи у тварини (ст. 1 Закону України „Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині”). У Цивільному кодексі України використовують єдиний термін – *донорство* – як щодо крові та її компонентів, так і щодо органів та інших анатомічних матеріалів. Основи, як і спеціальні закони у цьому аспекті, закріплюють два терміни: 1) *донорство* крові та її компонентів; 2) *трансплантація* органів та інших анатомічних матеріалів.):

2.1. Трансплантацію як метод лікування застосовують винятково за наявності медичних показань, які визначає консилиум лікарів відповідного закладу охорони здоров'я чи наукової установи, і за умови, що використання інших засобів і методів для підтримання життя, відновлення або підтримання здоров'я не дає бажаних результатів.

2.2. Перелік органів та інших анатомічних матеріалів, придатних для трансплантації, затверджується МОЗ України за погодженням з Академією медичних наук України.

2.3. Діяльність, пов'язану із трансплантацією, можуть здійснювати акредитовані в установленому законодавством України порядку державні та комунальні заклади охорони здоров'я і державні наукові установи згідно з переліком, затвердженого Кабінетом Міністрів України.

2.4. На таке медичне втручання необхідна згода об'єктивно інформованого реципієнта чи/та його батьків або інших законних представників. Ця умова не обов'язкова лише у невідкладних випадках, коли існує реальна загроза життю реципієнта.

2.5. Шкода, завдана під час трансплантації донору, має бути меншою, ніж та, що загрожувала реципієнту.

2.6. Донор за своєю згодою може надати лише кістковий мозок за плату для трансплантації.

2.7. Члени сім'ї, близькі родичі донора мають право знати ім'я особи реципієнта у разі імплантації органів та інших анатомічних матеріалів.

Важливо проаналізувати питання взяття гомотрансплантантів у живих донорів та анатомічних матеріалів у померлих осіб. Умови, за яких трансплантація буде правомірною в обох випадках, є такими:

а) донор – жива особа:

– живим донором може бути лише повнолітня дієздатна особа.

- гомотрансплантантом є лише один з парних органів або частина органа, або частина іншого анатомічного матеріалу.
- коло донорів у разі взяття гомотрансплантанта (окрім анатомічних матеріалів, здатних до регенерації) чітко визначене й обмежується перебуванням реципієнта з донором у шлюбі або ступенем спорідненості, а саме – ними є близькі родичі (батько, мати, син, дочка, дід, баба, онук, онука, брат, сестра, дядько, тітка, племінник, племінниця).
- донорами не можуть бути особи: а) які утримуються у місцях відбування покарань; б) страждають на тяжкі психічні розлади; в) мають захворювання, що можуть передатися реципієнту або зашкодити його здоров'ю; г) надали раніше орган або частину органа для трансплантації (за винятком кісткового мозку та інших здатних до регенерації анатомічних матеріалів, які можуть братися повторно).

– донор у формі письмової заяви повинен надати інформовану добровільну згоду на взяття гомотрансплантанта після отримання об'єктивної медичної інформації та відомостей про права з огляду на виконання донорської функції.

б) донор – померла особа:

- повнолітня дієздатна фізична особа може дати письмову згоду на донорство її органів та інших матеріалів на випадок своєї смерті або заборонити його.
- за умови відсутності заявленої згоди чи заборони повнолітньої дієздатної фізичної особи, взяття її анатомічних матеріалів після смерті може бути зроблено за згодою подружжя або родичів, які проживали з нею до смерті.
- якщо донор – померла неповнолітня, недієздатна чи обмежено дієздатна особа, то взяття матеріалу здійснюється за згодою її законного представника.
- за наявності заяви про незгоду бути донором, зробленої за життя особи, взяття матеріалу в померлої людини заборонене.

3. Репродуктивних клітин (сперми, яйцеклітин, ембріонів):

3.1. Штучне запліднення здійснюється виключно в акредитованих для цього закладах охорони здоров'я за дозволеними МОЗ методами.

3.2. Реципієнтом може бути повнолітня дієздатна жінка, вік якої не перевищує 40 років.

3.3. Письмова згода подружжя.

3.4. Використання як сперми чоловіка, так і донора. Сперма донора використовується тільки кріоконсервована і не раніше 3-х місяців після забору і повторного обстеження крові донора на СНІД.

3.5. Донорами сперми можуть бути здорові чоловіки у віці 20–40 років, які відповідають чітко визначеним вимогам, зокрема: 1) пройшли повне обстеження; 2) мають фертильну сперму; 3) не є носіями ВІЛ-інфекції та вірусу гепатиту В; 4) не мали урологічних, венеричних, андрологічних і спадкових захворювань.

3.6. Згода бути донором сперми підтверджується заявою-зобов'язанням.

3.7. Врахування показань (з боку дружини, чоловіка, подружжя) для застосування методів штучного запліднення та імплантації ембріона (ембріонів) та протипоказів на використання цих методів реципієнтові.

За недотримання законодавчо встановлених умов проведення донорства у вітчизняному законодавстві передбачено кримінальну відповідальність за ст. 143 Кримінального кодексу України („Порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини”) чи за ст. 144 Кримінального кодексу України („Насильницьке донорство” – законодавець тлумачить це поняття вузько, лише як донорство крові та її компонентів). За порушення законодавства щодо донорства репродуктивних клітин кримінальна відповідальність чинним Кримінальним кодексом України не передбачена.

Важливими у з’ясуванні питання законодавчого забезпечення сфери донорства є принципи правового регулювання цієї царини. Для більш детального дослідження окресленої проблематики спробуємо класифікувати ці принципи на *загальні*, тобто ті, що характерні для усіх видів донорства, та *спеціальні*, що притаманні його окремим видам. До загальних зачисляємо принципи:

1. Дотримання прав людини та захист людської гідності.
2. Пріоритету інтересів людини порівняно з інтересами суспільства і науки.
3. Добровільності донорства.
4. Урахування рекомендацій ВООЗ та реального стану науки.
5. Імплементатії міжнародно-правових стандартів у цій царині у національне законодавство.

Спеціальними принципами є ті, якими керуються у донорстві крові та її компонентів, донорстві органів та інших анатомічних матеріалів тощо.

Основоположними принципами донорства крові та її компонентів є, зокрема, такі:

- 1) пріоритет інтересів донора;
- 2) врахування бажання щодо платності чи безоплатності давання крові;
- 3) заготівлі та зберігання крові та/або її компонентів як власної, так і отриманої від інших донорів за рахунок особи, яка виявила на це бажання.

Дослідження законодавства у сфері трансплантології дає змогу виокремити такі принципи донорства органів та інших анатомічних матеріалів:

- 1) дотримання балансу інтересів донора та реципієнта;
- 2) колегіальності (наявність у реципієнта медичних показань для застосування трансплантації встановлює консиліум лікарів відповідного закладу охорони здоров’я чи наукової установи);
- 3) презумпції незгоди на взяття анатомічних матеріалів у померлої особи для трансплантації та/або виготовлення біоімплантів (у померлої повнолітньої дієздатної особи, заяви якої щодо донорства немає, а також у неповнолітніх, обмежено дієздатних та недієздатних осіб взяття анатомічних матеріалів не допускається, якщо на це не отримано або неможливо отримати згоди, відповідно, подружжя, родичів, які проживали з нею до смерті чи її законних представників);
- 4) декомерціалізації цього медичного методу;
- 5) рівноцінного обміну в галузі донорства у міжнародній співпраці.

Принципами донорства таких репродуктивних клітин, як сперми, яйцеклітин, ембріонів є:

- 1) збереження медичної таємниці, а саме, забезпечується:

- 1.1. анонімність донора;

- 1.2. конфіденційність інформації щодо проведення самої процедури запліднення.
- 2) інформованості, тобто подружжя має право на інформацію, у тому числі медичну, про результати медико-генетичного обстеження донора, зовнішні його дані, національність (якщо для запліднення використовується сперма донора) тощо.
- 3) добровільності донора і реципієнта, тобто:
 - 3.1. до донорства залучаються чоловіки-добровольці;
 - 3.2. штучне запліднення проводиться на прохання жінки.
- 4) добору сперми для запліднення, а саме:
 - 4.1. враховується побажання подружжя щодо національності донора, основних рис його зовнішності;
 - 4.2. враховується сумісність донора з реципієнткою за групою крові, резус-фактором, основні риси конституції донора.

Міжнародно-правові стандарти у галузі трансплантації визначають свої керівні начала, на яких має ґрунтуватися цей спеціальний метод лікування. На підставі аналізу міжнародних актів (Резолюції про приведення у відповідність законодавства держав-учасниць з питань вилучення, пересадки і трансплантації матеріалів організму людини (1978) [3], Положення про торгівлю живими органами (1985) [2], Декларації щодо трансплантації людських органів (1987) [2]), можемо виокремити такі принципи:

1. Захисту прав донора і реципієнта як основного завдання лікаря.
2. Надання якісної медичної допомоги відповідно до стандартів незалежно від потенційної можливості особи бути донором.
3. Незалежної констатації смерті донора, тобто смерть особи, у якої братимуть орган для трансплантації, повинна встановлюватись лікарями, які не беруть участі у цьому методі лікування.
4. Добровільної інформованої згоди на трансплантацію.
5. Компетентності, тобто трансплантація здійснюється: а) лише лікарем, який набув спеціальні медичні знання і технічні прийоми шляхом спеціального тренінгу, вивчення і практики; б) у медичних закладах, в яких є відповідне обладнання для трансплантації органів.
6. Допустимості й ефективності використання цього методу лікування.
7. Заборони комерціалізації у галузі трансплантології.
8. Анонімності донора і реципієнта, окрім випадків близьких особистих чи родинних стосунків між ними.

Як бачимо, у національному законодавстві практично у повному обсязі втілено міжнародний досвід у цій царині та відображено основні принципи проведення даного методу лікування згідно зі стандартами трансплантології.

Той факт, що трансплантацію з етапу теоретичних та експериментальних досліджень почали застосувати практично зумовив перед суспільством появу низки правових, медичних та морально-етичних проблем, значна кількість яких на сьогодні ще не вирішена. Наприклад, італійські дослідники (Х. Де Діос Віал Корреа, Е. Згречча, Ф. Бах) зазначають, що трансплантація є вискоєфективним методом лікування багатьох хвороб людини, однак його застосування обмежене через нестачу людських органів і тканин [4, с. 5].

Однією найрезонансніших останнім часом у нашій державі є проблема дотримання одного з ключових принципів трансплантації, а саме – платності/безоплатності за здійснення цього методу й криміналізації деяких умов його здійснення. Вважаємо за доцільне наголосити на тому, що всі основні міжнародні документи, які регламентують питання трансплантації органів і тканин, передбачають заборону комерціалізації пересадок. Так, у п. 8 Декларації про трансплантацію органів людини (1987), що прийнята Всесвітньою медичною асамблеєю, проголошено: „Засуджується купівля і продаж людських органів для трансплантації”. У Положенні про торгівлю живими органами (1985) зазначено, що Всесвітня медична асоціація засуджує придбання і продаж людських органів для трансплантації. Конвенція про права людини і біомедицину (1996) містить у ст. 21 положення про те, що тіло людини і його частини не повинні бути джерелом отримання фінансової вигоди. Стаття 18 Закону України „Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині” закріплює положення, згідно з яким укладення угод, які передбачають купівлю-продаж органів або інших анатомічних матеріалів людини, за винятком кісткового мозку, забороняється і слугує гарантією дотримання цього міжнародно-правового стандарту в національному законодавстві.

Такий вид донорства як донорство репродуктивних клітин (яйцеклітини, сперми, яєчників, яєчок чи ембріонів), тобто те, що пов’язане з процесом відтворення людини у законодавстві України не знайшло належної регламентації. Оскільки відповідно до норми ч. 2 ст. 290 Цивільного кодексу України регламентація окресленої проблематики повинна бути здійснена у законі. Необхідність врегулювання відносин у суспільстві з приводу репродуктивного здоров’я населення, відомча нормотворчість у цій царині стали підставою для розробки законопроектів „Про репродуктивні права та гарантії їх здійснення”, „Про охорону репродуктивного здоров’я”.

У ст. 290 ЦК гарантовано право людини на донорство репродуктивних клітин і, зокрема, у п. 7 ст. 281 ЦК визначено право на такий його вид, як штучне запліднення та перенесення зародка в організм жінки. Питання, пов’язані з донорством таких клітин, як сперми, яйцеклітин та ембріонів урегульовано й у ст. 48 Основ з детальнішим висвітленням у Наказі МОЗ України „Про затвердження Умов та порядку застосування штучного запліднення та імплантації ембріона (ембріонів) та методів їх проведення” № 24 від 04.02.1997 р. [2]. У Законі України „Про заборону репродуктивного клонування людини” від 14.12.2004 р. закріплено заборону репродуктивного клонування людини, тобто створення людини, яка генетично ідентична до іншої живої або померлої людини, шляхом перенесення у залишену без ядра жіночу статеву клітину ядра соматичної клітини людини.

Донорство усіх видів пов’язане з правом від початку їх реалізації у медичній практиці. Особливість, яка відрізняє донорство від інших медичних дисциплін, полягає у тому, що пересадка (переливання, перенесення) у будь-якому випадку стосується одночасно двох людей – донора і реципієнта, яка й зумовлює особливий характер правової регламентації. Увагу громадськості привертають питання, пов’язані з морально-етичною проблематикою, фізіологічними наслідками пересадки людям органів і тканин іншої людини, а також потенційною небезпекою

криміналізації трансплантології, моральним правом лікаря на пересадку органів і тканин від людини до людини і від трупа до людини, проблеми „безкровної” медицини тощо.

Питання, пов’язані з донорством органів, крові, сперми та інших матеріалів, що формують людський організм і можуть бути використані у медичній діяльності, проведення абортів, використання тканин плоду в медицині та косметології, повинні бути чітко сформульовані у законодавстві й узгоджені з правниками, медичними і фармацевтичними працівниками, психологами та представниками духовництва. Але потрібно пам’ятати, що збереження життя пацієнта, підвищення якості цього життя та зменшення страждань людини усіма доступними засобами – основне завдання лікаря.

1. Цивільний кодекс України. — К. : Атіка, 2003.
2. Медичне право України : зб. нормативно-правових актів / упоряд. і наук. ред. Н. Б. Болотіна. — К. : Видавничий Дім „Ін Юре”, 2001.
3. Права человека и профессиональная ответственность врача в документах международных организаций. — К. : Издательство „Сфера”, 1999.
4. Перспективи ксенотрансплантації. Наукові аспекти та етичні розмірковування [ред. Х. Де Діос Віал Корреа, Е. Згречча, Ф. Бах та ін.; пер. з англ. М. Д. Луцик, з італ. І. Є. Бойко]. — Львів : Вид-во ЛОБФ „Медицина і право”, 2007.

LEGISLATIVE PROVISION OF DONORSHIP IN UKRAINE

I. Senyuta

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

In the article the characteristic of legislative basis on donorship is outlined, international legal standards in this sphere are analyzed; conditions of legality of different kinds of donorship under the national legislation are elucidated. The principles of legal regulation of donorship are set and their classification is suggested.

Key words: donorship, transplantation, factitious fertilization, donor, recipient.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

„САКСОНСЬКЕ ЗЕРЦАЛО” – РІЗНОВИД ІМПЕРАТОРСЬКО ПРАВА

Г. Гуменюк

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті розкрито взаємозв'язок „Саксонського зерцала” та римського імператорського права. Значну увагу приділено тлумаченню „Саксонського зерцала”, як різновиду римського імператорського права.

Ключові слова: „Саксонське зерцало”, імператорське право, магдебурзьке право.

Потрібно вказати на дещо перебільшене за своєю суттю ототожнення даного збірника звичаєвого права (судебника) з римським (імператорським) правом [1, с. 12]. Більше того, треба звернутися до деяких положень „Саксонського зерцала”, в контексті того, наскільки ці положення співвідносяться з римським, канонічним та середньовічним імператорським правом, та наскільки точно вони відтворюють ці види права. Варто глибше дослідити та оцінити юридичне тлумачення „Саксонського зерцала” як різновиду імператорського права, яке виконав Йоганн фон Бух. Поряд з підведенням підсумків важливо вказати і на ті наукові прогалини, які все ще залишилися після проведення цього дослідження.

Місто Магдебург як столиця Священної Римської Імперії загалом пов'язане з „Саксонським зерцалом” та його автором Етке фон Репповим, який написав цей збірник звичаєвого права між 1220 та 1235 рр. у місцевості поблизу східного передгір'я Гарцу. Вочевидь у магдебурзькій школі Етке здобув духовну освіту, адже тут францисканці проводили свої лекції з основ наук¹. Зокрема, у самому збірнику звичаєвого права навіть відтворена промова архієпископа Магдебурга. Також підтвердженням того, що автор справді знаходився у Магдебурзі, є документальне свідчення 1233 р. про його перебування в Зальбке (частина сьогоденного Магдебурга). Незаперечною в ті часи була провідна роль Магдебурга як резиденції архієпископа і місцезнаходження відомого королівського палацу королівства Оттонів. Процес перетворення каролінгського торгового пункту на Ельбі в середньовічне місто, який розпочався у X ст., було б важко уявити без поєднання королівської влади, духовенства та купецького поселення. Протягом XIII ст. Магдебург став не лише провідним торговим центром, але й головним центром права, який завдяки своєму інституту судових засідателів (шеффенів) здійснював вплив далеко за межі королівства.

Причина, завдяки якій „Саксонське зерцало” змогло поширити свій вплив далеко за межі округу Ельба-Сааль, відома вже давно. А саме, з деякого часу стало

¹ Studium generale – лекції з основ наук, які читали перед вивченням спеціального предмета, або які доповнювали знання зі спеціальності.

зрозуміло, що зберегти єдність можна лише за умови широкого застосування „Саксонського зеркала” як кодексу приватного права, яке було б покладено в основу міського права і було б визнане значною кількістю місцевих князів та сюзеренів.

Беручи до уваги те, що Магдебург був складовою частиною королівства, дослідник Шнайdmюллер акцентує свій погляд на те, якою мірою „Саксонське зеркало” співвідноситься з імперським правом. Його праця та сучасні праці, написані на її основі, дають однозначну відповідь на характер цієї взаємодії та взаємозв'язку, який виглядав досить значним, адже посприяв поширенню упорядкованого збірника звичаєвого права, що спочатку був складений для саксонців Остфалії, на територіях, які розміщені значно далі від ареалу їхнього проживання [12, с. 124–127]. Перш ніж детально зупинитися на розгляді цього питання, варто насамперед звернути увагу на джерела та структуру імператорського (римського) та церковного (канонічного) права.

В час, коли Етке фон Реппов упорядкував „Саксонське зеркало”, вже існувала значна кількість писемних джерел права, які переважно з'явилися на території переживаючої занепад Римської імперії, а протягом Середньовіччя, переважно в Італії, зазнали подальшого розвитку. У своїй основі римське право, яке бере початок у пізній античності, а особливого розвитку набуває протягом I–III ст. н.е., та канонічне право, яке сформувалося в середині XII ст., мають багато спільного.

Римське право середньовічного типу, ґрунтується на упорядкуванні, яке здійснив імператор Східної Римської імперії Юстиніан I (527–565 рр.) у рамках широкомасштабних реформ. Одній зі створених ним комісій він доручив завдання здійснити загальну ревізію римського права з часу останніх дохристиянських століть з метою перевірки його складових на придатність до подальшого використання. Потрібне варто було зберегти, а те, що виявилось застарілим – відкинути. Отож, насамперед, було упорядковано 12 книг, які склалися з приблизно 4 600 імператорських законів. Вони набули чинності за розпорядженням Юстиніана I під назвою „Codex (vetus)” 529 р. і „Codex repetitae praelectionis” 534 р.

Надалі було упорядковано фундаментальніший збірник, обсягом 50 книг, який імператор Юстиніан I увів в дію указом 533 р. під назвою „Digestum” або „Pandectae” (рбндекфзт). До складу цього збірника увійшли думки та трактати провідних римських юристів, а також судові рішення та постанови. У кінцевому підсумку, на основі цих збірників римського права було створено підручник для вивчення права („Institutiones”). У 533 р. імператор затвердив його як підручник для здобувачів юридичної освіти, надавши йому цим самим юридичної сили. Після закінчення роботи над „Codex”, „Digestum” та „Institutiones” були упорядковані та оприлюднені інші закони Юстиніана під назвою „Leges Novellae”, але вже без прямої імператорської промудрації.

В Середні віки існували також лангобардське ленне право („Libri feudorum”), різноманітні поправки та зміни до законів Юстиніана, а також закони німецьких імператорів, зокрема „Authenticae”. Усі вони мали визначати протягом століть характер розвитку права як в Священній Римській імперії, так і в інших частинах Європи, а також аж до сьогодні бути предметом наукового дослідження. В XIII ст. знову вплило на поверхню поняття „Corpus iuris civilis” („Звід цивільних законів”) [4], котре з появою книгодрукування в 1583 р. швидко укорінилося.

Церковне право з часів пізньої античності формувалося спочатку у вигляді рішень численних церковних соборів, папських рішень та розпоряджень, уставів монастирів, послань Отців Церкви і т.д. Цю майже неосяжну та хаотичну різноманітність церковних норм та правил уперше було систематизовано в 1140 р. в „*Decretum Gratiani*” [5]. Таку новаторську роботу здійснив в Болоньї викладач церковного права, монах Граціан. Згодом в 1234 р. за ініціативою Папи Григорія IX з’явилися „*Liber Extra*” – зібрання в п’яти книгах папських рішень (*Dekretalen*), а в 1298 р. – „*Liber Sextus*” – чергове зібрання папських рішень та постанов, яке в 1317 р. було доповнене „*Clementinen*”. У 1580 р. всі вищеперелічені збірники було опубліковано під однією спільною назвою „*Corpus iuris canonici*” („Звід канонічних законів”).

Спорідненість саксонського та імператорського права можна простежити саме в „Саксонському зерцалі”. У передмові автор сповіщає про своє авторство у його написанні. В тексті прологу йдеться про те, що це право бере свій початок від християнських „королів” Костянтина і Карла, де маються на увазі римський імператор Костянтин Великий (306–337 роки) та імператор франків Карл Великий (768–814 роки): „[...] *unde ok kerstene koninge gesat hebben: Constantin unde Karl, an den Sassen lantnoch sines rechten tut*” (*Textus prologi*). Як земське, так і ленне право, згідно з Етке, походять від короля: „*Dar umme so hevet al lantrecht unde lehnrecht begin an eme [...]*”. Але в кінці прологу зазначено, що єдиним творцем права є Бог, адже право наявне в самій Божій природі, а тому Бог любить право і закон: „*Got is selve recht, dar umme is em recht lef*” (*Prologus*). Також у пролозі автор звертається з проханням до Святого Духа, щоб Той допоміг йому у спланованій роботі: „*Des hiligen geistes mine, diu sterke mine sinne [...]*” (*Prologus*). Акцент на імператорському та Божому походженні правових норм „Саксонського зерцала”, який простежено на початку документа, не є випадковістю, а швидше закономірністю тієї епохи [9, с. 11].

Починаючи з XII ст., по всій Європі розпочався процес глибокого аналізу та обробки римського і канонічного права. А відтак створення „Саксонського зерцала” як різновиду писаного права, що ґрунтується на довголітніх традиціях звичаєвого права, відбувалося у тісній взаємодії як з римським (імператорським), так і з канонічним (церковним) правом. Шлях до такої взаємодії та співіснування полягав у тому, що в тексті цього збірника права для того, щоб посилити його сприйняття та зробити більш цілісним, були зроблені посилання про походження від імператорів Костянтина та Карла Великого. Особливу роль у цьому відіграло місто Магдебург, яке завдяки своїй тісній прив’язаності до Священної Римської імперії та її імператорів змогло запропонувати хороші історичні та інтелектуальні можливості. Імператор Оттон I Великий (936–973 рр.) вважався наступником та спадкоємцем Костянтина Великого. Такий титул він отримав від Папи Римського Івана XIII (965–972 рр.) згідно з рішенням Синоду від 20 квітня 967 р. [2, с. 149–151]. Оттона I проголосили третім імператором після Костянтина, який по-особливому возвеличений Римською Церквою: „*Ideo, quia nostersepe iam nominatus Otto, omnium augustorum augustissimus imperator tercius post Constantinum maxime Romanam ecclesiam exaltavit [...]*” Свідченням цього, стало те, що Оттон I повинен був отримати від свого батька священний спис, спис Костянтина. Як в Хроніках

архієпископа Магдебурга¹, так і в Літописі Магдебурга² Оттона I сприймають як нового Костянтина. У римованих королівських хроніках XII ст. закони Костянтина займають помітне місце. Об'єктом особливої уваги, зокрема, став „*Constitutum Constantini*”, згідно з яким імператор повинен підпорядкувати свою владу (*regnum*) Папі Римському (т. зв. Костянтинів дар).

Насправді, як відомо, історія Саксонії не мала нічого спільного з Костянтином. Чого аж ніяк не можна сказати про Карла Великого, який посприяв формуванню самосвідомості саксонців в часи Середньовіччя. Як споконвічний ворог саксонців, Карл Великий перетворився на глибоко шанованого та визнаного верховного законодавця Саксонії. Слава та авторитет Карла, які виявлялися в його законодавстві та місіонерській діяльності серед поган, послужили своєрідним зв'язком поміж самим імператором франків та саксонським королем Оттоном I.

У кінці XIII ст. уявлення про те, що Костянтин Великий і Карл Великий є верховними законодавцями, значно посилюється, так що в новоутворених міських правових нормах Магдебурга, особливо в „Вайхбільді”, було наявне посилання на це. Також не було жодного сумніву щодо цього і в написаному приблизно в 1265 р. в Аугзбурзі „Німецькому Зерцалі”, – створеному за зразком взятого з Магдебурга „Саксонського зеркала”. Десь з 1265–1270 рр. „Саксонське зеркало” почали вважати актом імператорського права. Насамперед в „Вайхбільдрехті” йшлося про двох імператорів – Костянтина і Карла: „[...] *unde satzten dem lande solch recht, also noch Sachzinlant hat von Constantino unde Karolo*”. Згодом згадується лише Карл Великий як той, хто затвердив і надав саксонцям їхні права. Далі повідомляється, що Оттон I підтверджує ті права, які надав Карл Великий. А на завершення йдеться вже про Оттона II (973–983), котрий надав мешканцям міста Магдебурга міське право „Вейхбільдрехт”, причому згідно з „правом короля Карла”. „Вайхбільдрехт” містить окремі тексти з фальшивими грамотами, якими Оттон I нібито підтверджував права, надані жителям Магдебурга імператорами Костянтином та Карлом. У цьому контексті спосіб побудови земського, ленного та магдебурзького міського права на основі імператорського права був швидше символічним та штучним. Поєднання правових норм „Саксонського зеркала” з імператорським³ правом бере свій початок в римському та канонічному праві, відродження та становлення яких започатковане юридичною наукою протягом XI ст. в Болоньї, а в XII ст. – „столітті права”, знайшло своє практичне застосування по той бік Альп.

„Саксонське зеркало” охоплює передусім сільське звичаєве право (земське право), яке в численній кількості правових норм визначає взаємовідносини та співжиття князів, дворян, вільних селян, які зобов'язані платити податок та залежних селян. Територіально це звичаєве право діяло на землях проживання давніх саксонських племен. Але свідчення про правовий статус Папи Римського, імператора, короля і князів, згадані в ленному праві „*Lehnrecht*” [10], яке є другою важливою частиною „Саксонського зеркала”, чітко вказує на те, що правові

¹ *Gesta archiepiscoporum Magdeburgensis*.

² *Annales Magdeburgenses*.

³ „*Kaiserrecht*” – імператорське право. Під цим поняттям в XIII–XVI ст. розуміли все право, законодавцем якого був або вважався імператор. До нього належали імперські закони (*Reichsgesetze*), римське право Священної Римської імперії, а також інші правові документи, які посилалися на авторитет імператора.

увлення і знання права, якими володів Етке фон Реппов, виходили далеко за межі винятково саксонського звичаєвого права: „*alle lude, luden algemene, iewelk, gut man, de lude gemene*”. Потреба автора записати тогочасні правові погляди та правові норми є очевидним свідченням його високої правової свідомості.

Загалом немає жодних достовірних даних щодо історії джерельної бази „Саксонського зеркала”. Хоча зовсім не важко помітити, що принаймні деякі правові норми „Саксонського зеркала” впорядковані на основі римського чи канонічного права або ж, відповідно, за імператорським або/і середньовічним імперським правом¹. Походження ж більшості правових інститутів та правових норм „Саксонського зеркала” не є таким очевидним, а подекуди і зовсім невідомим, що, з огляду на умови, в яких вони були створені, не є дивним. Відповідь на питання, чи знав Етке фон Реппов відповідні правові норми римського, канонічного або імперського (позитивного) права, а якщо знав, то звідки, не має істотного значення для нижченаведених роздумів та спостережень, які зосереджуються винятково на внутрішній відповідності та схожості цих норм з нормами „Саксонського зеркала” [3, с. 56].

Прикладом наявності в „Саксонському зерцалі” правових норм римського, канонічного, а також середньовічного імперського права може слугувати так зване вчення про два мечі. На самому початку „Саксонського зеркала” це вчення трактують, як своєрідну модель для пояснення роздвоєння світової та християнської влад: „*Zwei swert let Got in ertrike to bescermene de kristenheit. Deme paves is gesat dat geistleke, deme keisere dat werltleke*” [9, Ldr. I 1]. Вже у римському праві з’являється *ius gladii* і *potestas gladii*, як *imperium merum* [6, Digesten 2, 1, 3]. Папа Римський Галаціус I (492–498 рр.) писав в 494 р. імператору Східної Римської імперії Анастасію (491–518 рр.), що світом повинні правити дві влади – духовна та світська (імператорська) (*auctoritas sacrata pontificum et regalis potestas*). Звідси цей принцип бере свій початок в „*Decretum Gratiani*” [5, D. 96 c. 10]. Вчення про два мечі містилося також в імператорській привілегії для християнських князів (*confoederatio cum principibus ecclesiasticis*), виданій 26 квітня 1220 р. незадовго до складення „Саксонського зеркала”: „*Et quia gladius materialis constitutes est in subsidium gladii spritualis, excommunicationen [...]*”. Етке фон Реппов у своїй праці добре постарався для того, щоб створити гармонію та єдність двох універсальних видів влади. Ці два види влади, папська та імператорська, за своєю суттю є рівними і повинні носити меч як символ істинної влади від Бога. Імператорський меч відповідає за судову та законодавчу владу, має повноваження, як законодавець, підтверджувати існуючі звичаї, надаючи їм рангу імператорського права. Уявлення про те, що імператор встановлює закони, бере свій початок в римському праві [6, Digesten 1, 4, 1]. Законотворча сила Папи Римського в „Саксонському зерцалі” визнається, але водночас і обмежується: „*went de paves ne macht nen recht setten, dar he unse lantrecht oder lehnrecht mede ergere*” [9, Ldr. I 3, 3]. В „Саксонському зерцалі” наявне посилення на своєрідний ритуал², який містився в канонічному праві, згідно з яким імператор, в знак покори перед Папою Римським, повинен вести за вуздечку

¹ „Reichsrecht” – імперське право. Виникло в часи Імперії Франків і розглядалося винятково як право німецьких імператорів, обов’язкове до застосування по всій імперії.

² Stratordienst.

його коня, а згодом впасти до його ніг („*Deme paves is ok gesat to ridene to bescedener tit op eneme blanken perde unde de keiser scal eme den stegerep halden [...]*” [9, Ldr. I 1]). В „Саксонському зерцалі” йдеться про жести люб’язності, послужливості, пошани, а також про вираження взаємної допомоги поміж Папою та імператором: „*swat deme pavese wedersta, dat he mit geistlekeme rechte nicht dvingen ne mach, dat it de keiser mit werltlekeme rechte dvinge deme pavese horsam to wesene. So scal ok diu geistleke walt helpen deme weltlekeme gerichte, of it is bedarf*” [9, Ldr. I 1]. Це є свідченням внутрішньої суті „зерцала”, яке не лише письмово відтворює наявне право, але намагається також орієнтуватися на певний ідеал.

Що стосується „*Constitutum Constantini*” („Костянтинового дару”), поняття якого описане в канонічному праві, то простежено доволі своєрідне (через значне перекручення) його трактування у виконанні Етке фон Реппова. Згідно з цим трактуванням, імператор Костянтин передав (подарував) Папі Сильвестру (314–335 pp.) своє земне майно (*Straffgeld*) у розмірі 60 шиллінгів [9, Ldr. III 63, 1].

З канонічного права походить положення Ldr. III 59, 2 про утвердження в сані єпископів та аббатів, які протягом шести тижнів не були обрані. Після закінчення цього часу імператор має право вирішувати, кого він наділить саном. Це положення відповідає Папській декреталії Григорія IX.

Правові наслідки перелюбу з заміжною жінкою, а також підрахунок ступеня родинної спорідненості мають також свої відповідники в церковному праві [5, D. 31, q. 1, c. 3; C. 35 q. 5, c. 1–2].

В одній з частин „Саксонського зерцала” Етке фон Реппов досить виразно посилається на „право сірих монахів” (*grawer moneke recht*), що дає нам змогу ближче ознайомитися з правилами ордену цистеріанців (носили сірі рясни). Такі тісні відносини Етке з цистеріанцями стали відомими завдяки документально підтвердженому факту його публічного виступу з огляду на пожертвування на благо цистеріанського монастиря. Детальніше засвідчити про ці відносини навряд чи можливо. Хоча найновіші дослідження припускають ймовірність того, що Етке користувався бібліотекою цистеріанського монастиря Альтцелле біля Мейсона [3, с. 96].

Норми „Саксонського зерцала”, згідно з якими жінкам для виступу в суді потрібен уповноважений представник, пов’язані з римським правом. Етке фон Реппов добре знав античну історію, яку переказували у Середньовіччі аж до його днів, про одну жінку на ім’я Калпурнія (Калфурнія), яка через свою непристойну поведінку перед судом втратила назавжди право для всіх жінок самим представляти себе на судовому засіданні: „*It ne mach nen wif vorspreke sin noch ane vormunde klagen; dat verlos en allen Calcfurnia, de vor deme rike missebarde vor torne, do er wille ane vorsprekene nicht ne muste vordgan*” (Ldr. II 63, 1). Ця норма міститься також в Дигестах: „*[...] dum feminas prohibet pro aliis postulare*” [6, Digesten 3, 1, 1, 5]. Але, очевидно, цього тексту з Дигестів, Етке не мав у своєму розпорядженні.

Той порядок обрання короля, який описаний в „Саксонському зерцалі”, ґрунтується на правових нормах імперського права (*Reichsrecht*). За умови перечислення курфюрстів у певній визначеній послідовності (архієпископи Трієру, Майнца, Кельна, пфальцграф Рейнський, герцог Саксонії, маркграф Магдебурга) до уваги брали рішення папського третейського суду, згідно з яким законно обраним

королем ставав той, хто зуміє отримати голоси чотирьох рейнських курфюрств (перші чотири у списку). Згідно з „Саксонським зерцалом” король Богемії не мав права голосу. Ландау звертає нашу увагу на те, що на автора „Саксонського зерцала” Етке фон Реппова в місцях, в яких згадано про вибір короля, очевидно мали вплив норми канонічного права, де йдеться про вибір Папи Римського. Аналогічним вважаємо, з огляду на канонічне деволуційне право та за зразком канонічного правового інституту делегованої юрисдикції (підсудності), також присвоєння королем собі абсолютної законодавчої та судової влади.

В імперському праві (Reichsrecht) наявне також визначення, що абсолютно ніхто, навіть Папа Римський не має права відсторонити імператора від влади. Це положення, яке має римське правове коріння, дуже близьке до принципу „*princeps legibus solutus est*” („імператор знаходиться поза законом”). Але щодо цього, то в „Саксонському зерцалі” містяться три можливі зауваження: по-перше, імператор може сумніватися в істинності правдивої віри, по-друге, він може зраджувати своїй законній дружині, і по-третє, він може руйнувати церкву: „*Den keiser ne mut de paves noch neman bannen seder der tit dat he gewiet is, ane umme dre sake: of he an deme rechten geloven twevelet, oder sin echte wiflet, oder Goddes hus tostoret*” [9, Ldr. III 57, 1].

У кінці „Саксонського зерцала” подано правові норми, пов’язані з гарантією громадського порядку, які за своєю суттю були інструментами імперського/імператорського права задля збереження миру. Ці норми права в імперських правових документах і в правових документах окремих земель через їхню ідентичність та схожість переходять одні в одні. Так встановлено, що всі вбивці, ті хто вкрадуть плуг, обкрадуть млин чи пограбують могили на цвинтарі, а також всі зрадники та вбивці-підпалювачі і ті, хто зловживає своїми повноваженнями, мають бути засуджені до смертної кари через колесування: „*Alle mordere unde den pluch roven oder molen oder kerken oder kerkhof unde vorredere unde mordbernerne, jder de er bodescap werven [to erme vromen], de scal men alle radebreken*” [9, Ldr. II 13, 4]. Це правило „Саксонського зерцала” ґрунтується на „саксонському мирі” 1224 р., на так званому *treuga Hefijnrici* і на „*Constitutio contra incendiarios*” імператора Фрідріха I Барбаросси (1152–1190 рр.) від 29 грудня 1186 р. Норми права, пов’язані з громадським порядком, хоча і беруть своє коріння у римському, а особливо в канонічному праві, все ж таки є оригінальним творивом середньовічних німецьких королів та імператорів. Хорошим прикладом для їхнього створення була також збірка церковних правових норм під назвою „Божий мир”. Були підтверджені паралелі між „Саксонським зерцалом” та імперським правом про громадський порядок („*Constitutio de pace tenendo*”) Фрідріха I Барбаросси. Отож, можна констатувати принаймні часткову співзвучність норм „Саксонського зерцала”, в яких йдеться про громадський порядок та відповідні правові норми імперії.

Захист осіб в конкретно визначений день навпаки належав до компетенції канонічного права. Так існувало правило, згідно з яким кожен, хто в дні, коли заборонено ворожечу (міжусобиці), порушував мир, не мав права звертатися за допомогою. Це стосувалося також осіб, які здійснювали насильницький злочин у церкві або на цвинтарі: „*Swe den vrede brikt binnen gebundenen dagen, den ne bescermet de gebundenen dage nicht; also ne dut de kerke noch de kerkhof an der dat, de he dar inne dut*” [9, Ldr. II 10, 4]. Ці положення містяться і в папських декреталіях Григорія IX.

Якісно новим етапом у сприйнятті „Саксонського зеркала” як різновиду імперського права стало тлумачення успадкованих текстів. Ціль цього завдання полягала у визначенні тісного внутрішнього зв'язку між „Саксонським зерцалом” і двома універсальними (загальними) видами права. Церква, зважаючи на свою зростаючу роль, з часу раннього Середньовіччя почала створювати сітку власних судів, які діяли поряд зі світськими. Ці суди, завдяки новій організації своєї роботи і новим методам, зокрема таким, як використання письмово зафіксованих та уніфікованих правових норм церковного права, користувалися більшою популярністю, аніж світські суди. Якщо ж в конкретних випадках у писаному церковному праві виявлялися прогалини, суддя і зацікавлені сторони могли звернутися до римського права. З часів пізньої античності діяв принцип *ecclesia vivit lege Romana* (Церква існує на основі римського права). Законодавцями римського права вважалися імператор Юстиніан та його попередники. Імператорське право (*Keiserrecht*) також використовували у церковних судах. Пряме звернення до написаного в приватних умовах звичаєвого права, як це було у випадку з „Саксонським зерцалом” та іншими збірниками звичаєвого права, в ті часи було майже неможливим. Теорія походження та правові джерела римського і канонічного права виглядають по-іншому, аніж у „Саксонського зеркала”, правові норми якого мають звичаєве походження. Останні могли лише за певних умов набути рівної значущості з нормами писаного права (римського і канонічного). Правові норми, які користувалися авторитетом імператора або Папи Римського, отримували безсумнівне застосування та визнану юридичну силу.

На основі цього в Німеччині розпочався процес обробки старовинних місцевих правових звичаїв з метою уніфікації їх відповідно до римського і канонічного права. У вигляді більш чи менш обширних заміток, виконували роботу з тлумачення тих чи інших правових понять і паралельно вказувалися посилання на відповідні джерела в римському та канонічному праві. Форми цих обробок отримали назву „*глосів*”. *Глоси* створювали на основі методів, за допомогою яких висококваліфіковані юристи північної Італії займалися, починаючи з XI ст., обробкою пізньоантичних правових текстів. *Глоса*, передусім, означає роз'яснення, визначення поняття та коментування [7]. Їх могли розміщати збоку від тексту, між рядками, або в іншому місці, де це можливо. Методи цієї роботи були розроблені в університетах Північної Італії, звідки бере свій початок європейська правнича наука. Фахівці з права робили збоку від текстів посилання на паралельні місця, звертали увагу на деякі висловлювання, давали визначення поняттям, зазначали зв'язок з іншими правовими документами, зокрема з правовими джерелами канонічного права. Саме тому представників першого етапу розвитку європейської правничої науки можна назвати глосаторами (тлумачами). Студенти з багатьох європейських країн, які навчалися в Італії, під час вивчення римського та канонічного права ґрунтовно ознайолювалися також з методами створення глос. З отриманням такого роду науково-методологічних знань, вже в себе на батьківщині вони зверталися до старовинних місцевих правових текстів. Процес засвоєння (рецепції) римського та церковного права, який відбувався в XII ст., призвів до класифікації та кодифікації збірників звичаєвого права, зокрема „Саксонського зеркала” та збірників магдебурзького права, до яких увійшла значна кількість норм римсько-канонічної правової системи. В 1325 р. земське право „Саксонського зеркала” було доповнене системою глос. Втілення цього великого наукового досягнення

пов'язане з діяльністю відомого вченого-правника і маркграфсько-магдебурзького придворного судді родом з Альтмарку Йоганна фон Буха (прибл. 1290–1356 рр.). Передусім, йому це вдалося завдяки юридичній освіті, яку він отримав у Болоньї, найавторитетнішому на той час правовому центрі Європи (Імматрикуляція 1305 р.)¹.

Йоган фон Бух сприймав „Саксонське зеркало”, як збірник імператорських привілеїв, що цілком відповідало традиції кінця XIII ст. Глосатор керувався тими поглядами, які панували починаючи від 1260 р., згідно з якою „Саксонське зеркало” є різновидом імператорського права. Він значно поглибив таке розуміння приписавши конкретні частини „зеркала” конкретним імператорам. Зокрема, він приписує велику частину тексту в латинській версії (*versio vulgata*) від Ldr. I до Ldr. III 82, 1 Карлу Великому, який, за версією Йоганна фон Буха – надав саксонцям ці привілеї: „*Dit privilegiumder Sassen is gegeuen tho Sassenborch van koninge Karle na godes bort teyn yar vnde achtehundert yar, in deme seuenden yare synes keyserrykes, in deme teynden dage des horninges*” [7, Тлумачення глосатора Ldr. III 82, 1]. Наступні положення від Ldr. III 82, 2 до Ldr. III 84 він приписує наступнику Карла Великого – імператору Оттону I. („*Vnde tho einer sterkinghe des suluen rechtes vnde privilegij hefft keyser Otto de grote dar tho gesat de naschreuen negesten dre artikele [...]*”), а положення Ldr. III 85–86 – Оттону II. („*[...] vnde de anderen twe, de denne dar negest volgen, hefft gesatt ketser Otto de rode, des keyser Otten sone*”). Решту „Саксонського зеркала” Йоган фон Бух вважав законодавством імператора Фрідріха I Барбаросси („*Auer alle de andere artikelle wente an dem ende des ergenanten privilegij hefft vorbat dar tho gesat keyser Frederick van Stouffe [...]*”). Така структура частково збігається з аргументацією, наведеною в „Саксонському Вайхбільдрехті”. Отож цілком імовірним є звернення Йогана фон Буха до магдебурзьких правових джерел.

У пролозі Йоган фон Бух дає пояснення щодо мети своєї праці. З одного боку, йшлося про те, щоб уніфікувати норми „Саксонського зеркала” з нормами імператорського (тобто римського) та канонічного права, унаслідок чого стало б можливим використання саксонського права у церковних судах, а також у разі апеляцій до Папи Римського. А з іншого боку, йшлося про необхідність коректування текстів „Саксонського зеркала” з метою усунення наявних помилок.

Глоси охоплюють велику кількість посилань на „*Corpus iuris civilis*” („Звід цивільних законів”) та „*Corpus iuris canonici*” („Звід канонічних законів”). В сукупності глоси до земського права вміщують близько 5 200 таких посилань. Йоган фон Бух виступав за трактування „Саксонського зеркала” як різновиду імператорського права, не скільки з формальної точки зору (як це вже було раніше), але швидше – за його реальну гармонізацію з римським та церковним правом, про що він і повідомив у пролозі. Глоси до частини „Саксонського зеркала”, яка пов'язана з ленним правом, з'явилися трохи згодом, а ім'я їхнього автора є невідомим.

Йогану фон Буху належить велика заслуга як тому, хто першим здійснив синтез між вченим (*gelehrte*) правом, тобто римсько-канонічним (імперським та церковним), та традиційним звичаєвим правом. Це був надзвичайно важливий крок на шляху до подальшого застосування „Саксонського зеркала”.

¹ Імматрикуляція – приймання, зачислення до вищого навчального закладу

Тому не дивно, що ті міста і країни Центральної і Східної Європи, які запозичили „Саксонське зеркало” і магдебурзьке право, бачили в ньому „*ius Saxonium*”, „*ius Teutonicum*” або „*ius Maideburgense*” і так його називали. Щоправда, достовірно відомо, що під ними не малося на увазі партикулярне [приватне] право міста Магдебурга та його околиць, яке незважаючи на спільність походження, відрізняється за своїм юридичним змістом.

Сучасні дослідження свідчать, що „Саксонське зеркало” вже на час свого написання вважали різновидом імперського права. Намагання пов’язати його появу з імператорами Костянтином і Карлом, посприяло надалі залученню до нього норм універсального (вченого) права, законодавцями якого були або імператор, або Папа Римський. У цьому процесі тлумачення „Саксонського зеркала” особливу роль відіграв Магдебург. Зокрема в магдебурзьких книгах міського права вже було розуміння того, що „Саксонське зеркало” належить до імперського права. Йшлося не лише і не стільки про просте позначення цього „зеркала” як імперського права, а швидше про те, що окремі його положення і норми засвідчують часткову схожість і відповідність до норм і положень імперського (римського) або церковного (канонічного) права. До цього треба додати також ще й безпосередню наявність у тексті „Саксонського зеркала” тогочасного імперського права (*Reichsrecht*) пізнього Середньовіччя [8, с. 121].

Уперше переконання про те, що „Саксонське зеркало” належить до імператорського права, з’явилося задовго до часу появи впорядкованих Йоганом фон Бухом „глос” (У 1325 р.). Таке переконання було вже чітко вираженим у 1265–1270 рр. Але тлумачення (глосування) „Саксонського зеркала” виявило глибокий внутрішньо-змістовий зв’язок між ним та двома видами універсального (загального) права (римським та канонічним). Те розуміння, яке насамперед, є у сучасних дослідженнях, згідно з яким „Саксонське зеркало” вважається „імператорським правом Карла Великого”, вже довело свою користь.

Варто переглянути глибоко вкорінену в літературі постановку питання, яка пов’язана з історією поширення та впливу „Саксонського зеркала” і вирішальним впливом на цей процес Етке фон Реппова. Безперечним фактом є те, що „Саксонське зеркало” разом з магдебурзьким міським правом було значною мірою запозичене країнами Центральної і Східної Європи. Але навряд чи був би можливим такий великий його успіх у просторовому і часовому вимірі, без того значного досягнення, яке здійснив Йоганн фон Бух у вигляді написання „глос”, в яких він науково і професійно поєднав універсальне (вчене) і звичаєве право. Цей успіх „Саксонського зеркала” не може затьмарити навіть його значне скорочення, яке мало місце в ельбостфальському звичаєвому праві. У перспективі варто замислитися над можливістю кваліфікувати „Саксонське зеркало” як збірник „приватного” права.

1. Аксенюк Г. А. „Саксонское зеркало” и его автор в свете новых исследований / Г. А. Аксенюк, В. А. Кикоть // Саксонское зеркало. Памятник. Комментарии. Исследования. — М., 1985.
2. Тищик Б. Й. Історія держави і права зарубіжних країн (Середні віки та ранній новий час) / Б. Й. Тищик. — Львів : Світ, 2006.
3. Capelle T. Die Sachsen des frühen Mittelalters. — Theiss, Stuttgart, 1998.

4. Corpus Iuris Civilis. Editio stereotypa octava. Volumen Primum. Institutiones recognovit Pauls Krueger. Digesta recognovit Theodor Mommsen — Berlin 1899.
5. Decretum Gratiani = Decretum Magistri Gratiani. Editio Lipsiensis secunda post Aemilii Ludouici Richteri. — Graz, 1995.
6. Digesten — Iustiani Digesta recognovit Theodorus Mommsen (= Corpus Iuris Civilis. Editio stereotypa octava I : Institutiones recognovit Paulus Krueger Digesta recognovit Theodorus Mommsen). — Berlin, 1899.
7. Glossen zum Sachsenspiegel — Landrecht. Buchsche Glosse. — Hannover : Frank-Michael Kaufmann, 2003.
8. *Львк H.* Їбер den Sachsenspiegel. Entstehung, Inhalt und Wirkung des Rechtsbuches, 2. Auflage, Janos Stekovics. — ДуЯел (Saalkreis), 2005.
9. Sachsenspiegel. Landrecht. — Hannover : Karl August Eckhart, 1995.
10. Sachsenspiegel. Lehnrecht. — Hannover : Karl August Eckhart, 1989.
11. *Schott C.* Eike von Repgow. Der Sachsenspiegel. 3. Aufl., Manesse Bibliothek der Weltliteratur. — Зьрих : Manesse Verlag, 1996.
12. *Schneidmueller B.* Magdeburg und das getreumete Reich des Mittelalters. — Dresden, 2006.

„SAXONIAN MIRROR” – VARIANT OF EMPEROR’S LAW

H. Humenyuk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine,*

The article is devoted to the correlation of „Saxonian Mirror” and Roman emperor’s law. Special attention is paid to the „Saxonian Mirror” interpretation as the kind of Roman emperor’s law.

Key words: „Saxonian mirror”, emperor’s law, Magdeburg law.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

НОВОМАРКТСЬКЕ (ШРЕДСЬКЕ) ПРАВО

М. Кобилецький

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті досліджено походження новомаркського права та його поширення на територію Польщі та України. Розглянуто структуру та компетенцію органів місцевого самоврядування за новомаркським правом. Значну увагу приділено діяльності голів міських та сільських судів. З'ясовано відмінності між новомаркським та магдебурзьким правом.

Ключові слова: новомаркське право, магдебурзьке право, земський суд, спадковий вїйт.

Як кульменський привілей 1233 р. став основою для утворення кульменського права, так привілей (правове роз'яснення) м. Галле 1235 р. для м. Новомаркта заклав правову основу для утворення іншого різновиду магдебурзького права – новомаркського або, у польському варіанті, шредського права. Місто Новомаркт, нинішня Шрода, знаходиться у Сілезії (Польща). Основна кількість локацій на новомаркському праві відбулася протягом 1223–1229 рр. під час князювання сілезького князя Генріха Бородатого та його конфлікту з Магдебургом [1, с. 15]. Князь Генріх Бородатий, бажаючи прийняття більш досконалих правових норм з метою врегулювання нових торговельних економічних відносин, що будувались на основі фламандського права, звернувся разом із міськими мешканцями до шефенів міста Галле та отримав вищезазначений документ 1235 р. У цьому роз'ясненні немає даних щодо встановлення у місті міської ради та радників, але згадується про спадкового вїйта (erbvogtei), який підпорядковується власнику міста. Після ліквідації у XVI ст. інституту спадкового вїйтіства діяльність шредського (новомаркського) права фактично припиняється.

У процентному відношенні близько 50 відсотків локацій на основі новомаркського права припадало на населені пункти, що були власністю католицької церкви, 21,6% – монастирів, 20% – приватних власників (шляхти) і 8,45 – держави [1, с. 58]. Причому на Сілезію припадало лише 9,26% усіх населених пунктів, що володіли новомаркським правом.

Поряд з нормами магдебурзького права новомаркське право включало фламандське (голландське) право. Цим правом володіло понад сто міст. Зокрема, за даними відомого польського дослідника новомаркського і хелмінського права професора З. Здройковського ця кількість становила 132 міста та близько однієї тисячі сіл [1, с. 76]. Територіально дані населені пункти були розміщені на території Сілезії, Малої і Великої Польщі та Галичини. Новомаркське право проіснувало більше 250 р. протягом XIII–XV ст. З 1234 р. воно почало поширюватись на польські землі і спочатку було надане населеним пунктам, створеним німецькими колоністами. З 1328 р. новомаркське право було поширене вже у польських та українських містах і селах [2, с. 194].

Серед найвідоміших міст новомарктського права потрібно назвати Костенблют (рік надання новомарктського права – 1214), Уєест (1223 р.), Требніц – (1250 р.), Ополе – (1327 р.) та ін. [2, с. 195]. На сьогодні також відомо 25 населених пунктів Галичини, які одержали новомарктське право, а в архівах є 12 привілеїв цих міст [1, с. 76]. Цікаво, що один з примірників новомарктського права знаходився у міжвоєнний період у бібліотеці м. Львова (Наукова бібліотека НАН ім. Василя Стефаника), згодом його було передано бібліотеці Оссолінських у місті Вроцлаві (Польща) [3, с. 7–8]. Окрім того, низка українських населених пунктів, що на Лемківщині, Холмщині і Підляшші також володіли новомарктським правом. Серед найвідоміших українських міст новомарктського права можна вказати Стару Сіль (Львівська обл.), Скалу Подільську (Тернопільська обл.).

Найвідоміший дослідник магдебурзького права в Україні А. Яковлів поміж населених пунктів України, що здійснювали самоуправління за новомарктським правом, згадував також Вербіж, Винники, Малехів, Острів, Бродки, Бужів у Галичині та Сокіл на Підляшші [14, с. 18].

На практиці траплялися випадки кількаразової локації міст на новомарктському праві і перехід їх на магдебурзьке право. Такі випадки мали місце у Чіхові, Обачно, Радомі, Войничях (Республіка Польща) протягом 1349–1365 рр. [1, с. 63]. Першим формальним привілеєм про надання новомарктського права стало присвоєння його м. Брзег у 1250 р., а останнім містом, докованим на цьому праві, було Самполно у 1477 р. Остання локація села Липниці на новомарктському праві була проведена у 1511 р. гнєзненським архієпископом Яном Ласкім. Особливістю новомарктського права є його багаторазове надання з метою врегулювання правовідносин, про що свідчить вищезазначена статистика. При цьому села отримували спершу фламандське право, а згодом його доповнювали нормами магдебурзького права [4, с. 16].

Правове роз'яснення шефенів міста Галле для Новомаркта виходили друком у збірнику джерел магдебурзького права Густава Адольфа Тшоппеге і Густава Адольфа Штенцна, Пауля Лябанда [6, с. 7–13] та Густава Кароля Гомейєра [7, с. 223–266].

Новомарктське право висвітлене у численних збірниках джерел магдебурзького права пізніших дослідників, серед яких потрібно особливо виокремити праці Отто Меінардуса [8, с. 93–203], який зібрав більше 318 привілеїв про надання містам і селам новомарктського права, а також вількири, статuti, міські книги та ін.

На сьогодні у німецькій та польській історико-правовій літературі залишається дискусійним питання визначення точної дати видання правового роз'яснення шефенів міста Галле для Новомаркта. Німецькі науковці О. Меінардус та Г. Гомейєр дотримувались поглядів про те, що місто Новомаркт отримало двічі правове роз'яснення від Галле у 1181 і 1235 рр. Наукові позиції цих авторів підтримував ще один відомий дослідник новомарктського права Е. Сандов. Більшість дослідників критикували цю точку зору, оскільки, на їхню думку, магдебурзьке право ввів архієпископ Віхман у 1188 р. і, відповідно, роз'яснення лавників Галле не могло з'явитись у 1181 р. Такого погляду зору дотримувались Л. Шульте, К. Цеймер, Р. Котшке, З. Рітшл та ін. Цікаву думку висловив А. Шаубе, який писав також про два правові роз'яснення лавників Галле для Новомаркта, але перше, як вважає вчений, датується не 1181 р., а близько 1210 р. [9, с. 142–149]. На його думку, це

правове роз'яснення мало урядовий характер і приблизно 1214 р. було доставлено до Новомаркта. Хоча воно також не збереглося, про його існування свідчив документ-фальсифікат, за яким новомарктське право було надане місту Костомлотому і низці сіл [9, с. 149–159]. Вчений також стверджував, що екземпляр з м. Свидниці датується не 1181 р., а лише 1231 р. і в цьому він суперечив поглядам О. Меінардуса і Е. Сандова, але підтримував точку зору Е. Гауппа. [9, с. 155–167]. А. Шаубе писав, що ця редакція є відповіддю новомарктських лавників для села Лубічен, яке згодом набуло статусу міста та отримало назву Мюнхенберг. Новомарктські лавники, на думку автора, опирались на привілей 1214 р., основою якого було правове роз'яснення лавників м. Галле для Новомаркта приблизно 1210 р. Зміст цього документа новомарктські лавники надавали не тільки вищезазначеному м. Костомлотому, а й усім населеним пунктом аж до 1233 р., які прийняли новомарктське право.

Більшість німецьких дослідників новомарктського права Рудольф Котшке, Теодор Гьорліц, Генріх Лоеш, Горст Оскар Свінтек та інші дотримувались поглядів про існування лише одного роз'яснення, яке було направлено лавниками Галле для Новомаркта у 1235 р. і що усі інші редакції є його переробкою. Важливу роль у підтвердженні даної теорії відіграв Т. Гьорліц. Проаналізувавши спадкове право м. Глогове щодо спадкування вдів, яке ґрунтувалось на основі франконського права (а більшість мешканців цього міста і його околиць становили франконці) довів, що даний документ, який інші дослідники датували 1181 р., міг бути датованим лише початком XIII ст. [10, с. 378–380]. Свої аргументи Гьорліц висвітлив низці інших праць. Цей погляд підтримує сучасний німецький науковець Берн Кановський [11, с. 60–90].

Новомаркт (Шрода) з XII ст. існує як торговельне польське місто, що було під юрисдикцією сілезьких князів. У місті знаходився важливий ярмарок продажу солі з м. Галле. Регулювання торгівлі сіллю відбулося за князя Генріха I Бородатого у 1201 р. і цим питанням займались фламандські (голландські) колоністи, які також становили значну кількість мешканців Галле та його околиць [12 с. 56]. Появу фламандських колоністів у Шроді пов'язують з початком XII ст. Саме фламандські колоністи у XIII ст. за панування князя Генріха Бородатого сприяли встановленню у місті вільної торгівлі близько 1223 р.

З новим статусом Шроди як центру торгівлі сіллю пов'язують іншу назву міста в офіційних документах латинською мовою „Novum Fogum”, що стосувалось його торговельної діяльності, і перехід з польського на фламандське торговельне право. Німецькі автори пов'язували першу назву міста із днем тижня – середию, коли відбувались ярмарки [13, с. 52], а польські – з його розташуванням на середині шляху між Вроцлавом і Легніцією [12, с. 57]. Німецька назва Новомаркт уперше згадується у 1275 р. [12, с. 57]. У 1223 р. на єпископських землях відбулось заснування сіл на основі права локаторів. Села отримували правові пільги як і міста. Головно це були села, заселені німецькими колоністами поблизу Новомаркта [8, с. 28].

Поступово це право було надане селам, що були власністю князів та держави. Згідно з даними земельної книги Карла IV 1350 р. новомарктським правом у Сілезії володіли 42 села, що належали герцогу, 17 монастирям і лише трьом єпископам. У

селах використовувався Вайхбільд, написаний латинською мовою [8, с. 28–29]. Магдебурзьке право на зразок магдебурзько-бреславського права 1352 р. отримало і місто Новомаркт, але воно не змінило діяльності вищого суду, який діяв до 1698 р. [14, с. 24]. Тут вїйт займає вже місце колишнього крайового вїйта, який був найшвидше княжим службовцем [12, с. 61]. Своєю чергою, солтис мав ширші повноваження у галузі судочинства.

Перші згадки про радників у Новомаркті містяться у документах 1323 р., а про міську раду – з 1325 р. Згідно з новомарктським правом, вона складалася з бургомїстра (*magister civium, proconsul*) і чотирьох радників (*consules*) [5, с. 222–227].

Фактично аж до викупу спадкового вїйтівства, який відбувся 1370 р., главою міста був спадковий вїйт.

Особливістю новомарктського права, порівняно з магдебурзьким, було те, що з першої половини XIV ст. на місці старого каштелянського судового округу, було утворено нову міську юрисдикцію під назвою Вейхбільд, яка налічувала 89 населених пунктів [13, с. 55–56]. Після смерті останнього вроцлавського князя Генріха VI у 1335 р. та входження цього князівства до Чеського королівства, у Вроцлаві [12, с. 73] і в Новомаркті були впроваджені земські суди німецького права (*Hof und land gericht*). Перші згадки про цей суд містяться у джерелах з 1353 р. Особливістю формування новомарктського права було також і те, що як вже було зазначено його основою стало роз'яснення лавників міста Галле 1235 р., коли ще у Магдебурзі та Галле не існувало такого органу як міська рада, а запровадження у містах новомарктського права посад бургомїстра і радників відбувалося паралельно з існуванням посади спадкового вїйта. Спочатку новомарктське право було чинне протягом 1223–1235 рр. як фламандське і воно зазвичай стосувалося структури органів управління міста, його околиць і сіл, спадкового права та майнових прав подружжя. Ці елементи фламандського права зберігались у новомарктському праві до 1335 р., коли створено міську книгу Новомаркта [12, с. 63]. Політику Генріха Бородатого щодо поширення новомарктського права продовжували його наступники Генріх Побожний (1239–1241) і Генріх III Білий (1247–1266). Генріх III після 1254 р. утворив нову новомарктську каштелянію. Цю традицію підтримували і великопольські князі: Болеслав Побожний (1253–1279) і його брат Пшемисло II (1279–1296). Активну роль у поширенні новомарктського права відіграла католицька церква, особливо Плезненське архієпископство [12, с. 64]. Відмінності між новомарктським та магдебурзьким правом стосувалися насамперед спадкового права і майнових прав подружжя, які будувались із урахуванням норм фламандського права. Наприклад, жінки за новомарктським правом отримували рівні спадкові права разом із чоловіками. Під час одруження все майно подружжя визнавали спільним і у випадку смерті одного з них усе майно переходило на користь іншого подружжя.

Спадкові вїйти і солтиси новомарктського права мали широкі повноваження у галузі кримінального судочинства, окрім справ, що стосувалися згвалтування, розбоїв, озброєних нападів на будинки. Ці справи були у компетенції земських судів у Сілезії німецького права, а у Польщі та Україні – польського права. На відміну від магдебурзького права, яке переважно отримували міста, особливістю новомарктського права стало його поширення у селах. Так з 1005 відомих на

сьогодні привілеїв новомарктського права, лише близько 132 належало містам, а інші – селам [12, с. 62]. Відповідно це право містило більше правових норм, що регулювали правовідносини на селі. Надання новомарктського права зобов'язувало осадників мешканців села сплачувати визначену кількість грошей та с центнери (гетунки) різного зерна (жита, пшениці, вівса). У XV–XVI ст. у селах, що належали католицькій церкві, поступово збільшувалась кількість натуральних податків та встановлювався виробіток, що призводило до панщини. У Галичині ці процеси були пов'язані зі скупівлею спадкових війтівств (солтиств). У селах, локованих на новомарктському праві, використовували як міру площі франконський лан (16,8 га) [15, с. 9], який отримав назву шредського або новомарктського лану. Великий лан, який ще називали фламандським, становив 24,19 га [15, с. 10]. У деяких дипломатичних польських середньовічних документах малий лан називався шредським ланом (*lanus, mansus sredensis*), а для вимірювання площі застосовували шредську міру ланів (*mensura sredensis*) [1, с. 65].

Важливе значення при аналізі використання новомарктського права мали правові відносини міських мешканців та власників міста, якими могла бути держава в особі короля або князів, католицька церква (єпископи або монастир) та шляхта. З їхньої згоди та під їхнім контролем виконавча влада в місті належала спадковому війту. Він у своїй діяльності враховував як свої інтереси, так і інтереси власника міста. До його головних обов'язків належала військова служба на користь пана. У містах, що використовували новомарктське право, не було такої інституції, як міська рада [16, с. 215]. Ця міська структура була утворена під впливом широких міських кіл (міського патриціату, дрібних купців та ремісників). Новомарктське право зберігалось до часу існування у містах спадкових війтів та підпорядкування їм міського судочинства [16, с. 225]. Утворенням такої демократичної міської структури, як міська рада, зменшення ролі спадкового війта та ліквідація його посади зазвичай через викуп або дарування спричинювало перехід міст на магдебурзьке право. Це могло відбутися, коли власник вносив зміну в попередній привілей і надавав місту магдебурзьке право. Такі випадки мали місце, зокрема, у містах Войніч (1349 р.), Счіхов (1355 р.), Радос (близько 1364 р.) [16, с. 216]. В інших випадках містам були надані нові привілеї на магдебурзьке право, без урахування новомарктського права, яким місто володіло до видання привілею. Протягом XIV ст. у низці міст відбувався перехід із новомарктського права на магдебурзьке право. Зокрема, такі випадки мали місце 1324 р. у м. Гродкове, 1327 р. – м. Брзег, 1355 р. – м. Счіхов, 1363 р. – м. Свідниця, 1364 р. – м. Радом та 1365 р. – Опосчне [17, с. 193]. У Гродкові, Войнічу і Опосчні перехід на магдебурзьке право відбувся на прохання війта та міщан. З подібним проханням звертались також міщани м. Велічки. У документі 1361 р. для Велічки було зазначено, що місто до цього не мало жодного права: “*quia ciuitatem nostram Wieliczkam, que alias retractis temporibus nullum ius habebat, quo secure et firmiter a sua lakatione vteretur, prout civitates habere consuequo temporibus perpetuis gaudere valeat et potiri pro sua et incolarum suarum consolacione speciali*” [17, с. 193].

У привілеї Великого князя Литовського Вітовта 1424 р. для підляського міста Соколів йшлося про те, що всі справи має розглядати війт за новомарктським (шредським) правом. Місто переводили з руського (українського) права на шредське але було зазначено, що русини (українці) могли використовувати своє право. У

привілеї короля Владислава Ягайла для Старої Солі 1422 р. було передбачено перехід з польського на шредське право “*civitas predicta... ipsam cum suburbia de juro polonico et quovis allo in ius theotunicum quod Sredense dicitur transfenimus...*”.

Важливе значення для формування новомарктського права мала діяльність вищих апеляційних судів цього права (Обергофи). Обергофи новомарктського права були утворені та діяли у Новомаркті, Калішу, Шлупсу. Вищий суд Новомаркта було утворено близько 1275 р. і найактивніший період його діяльності припадав на 1275–1365 рр. [12, с. 60]. У 1283 і 1289 рр. у Новомаркті було встановлено посаду міського писаря (*skriptor*), а з 1323 р. місто вело власні міські книги [8, с. 224]. Діяльність вищого суду Новомаркта пов'язана зі створенням у 1335 р. Новомарктської правової книги (*Neumanhten Rechtsbuch*), яка була переробкою Саксонського Зерцала з урахуванням правового роз'яснення Галле для Новомаркта 1235 р. та роз'яснення Новомаркта для Ополя 1327 р., видане найшвидше вищим судом Новомаркта з врахуванням норм фламандського права, які впливали на формування правових норм міста до 1621 р. [12, с. 61]. Новомарктська правова книга була одним із джерел магдебурзького права, вона мала широке застосування в Сілезії, Польщі та Україні [3, с. 149]. Друга Новомарктська міська книга була створена у період з 1519 по 1563 рр. [14, с. 21–22].

На думку Т. Гьорліца юрисдикція вищого суду Новомаркта поширювалась на міста Мстов (1278) та Ополе на річці Одер (1327 р.), а після підпорядкування вищого суду Новомаркта Вроцлаву вона стосувалась лише Ополя та навколишніх сіл [14, с. 20–24].

Проте З. Здройковський стверджував, що новомарктський вищий суд володів юрисдикцією відносно сіл цього права, які знаходились у Малопольщі: Ібрамовичі (отримало новомарктське право у 1275 р.), Мстов (1278 р.) та містечка Брежниця Нова (1287 р.) [12, с. 59]. Також до вищого суду Новомаркта зверталися і міста Польщі на рішення вищих судів у Калішу та Шлупсу до 1365 р., коли було видано відповідну заборону короля Казимира Великого [1, с. 271]. Новомарктське право для Калішу було надане великопольським князем Пшемислом у 1282 р., в якому йшлося про підтвердження попереднього привілею Болеслава Побожного, який міг бути наданий приблизно у 1253–1260 рр. Інші дослідники стверджували, що цей привілей міг бути виданий ще Генріхом Бородатим у 1234–1235 рр. [18, с. 187]. На основі привілею 1282 р. було утворено суд “*iudicium provinciale*” у Калішу, до юрисдикції якого входили навколишні села Добржес, Коконін, Малкув, Руссов, Руссовек, Тлоніше і Тунес. У наступному 1283 р. юрисдикція цього суду поширилась на 11 міст Болеславець, Данків, Керно, Канін, Нове місто та інші, що були розміщені на згаданій території [3, с. 188–189]. У 1289 р. утворено міську раду Каліша, а у 1360 р. міська громада викупила спадкове вйтівство. Про діяльність іншого вищого суду новомарктського права у місті Слунцу є лише незначні дані [19, с. 173].

Склад обергофу в Новомаркті охоплював п'ятеро радників разом із бургомістром і 11 старійшинами (лавниками) [14, с. 22]. Серед лавників було семеро міських лавників і чотири обрані радники або лавники з інших міст. За свою роботу вони отримували 36 грошей та могли претендувати на *s* марки. У 1550 р. вйті і шефени з Ополя у справах, що розглядалися у їхньому суді отримували половину

марки (24 грошей), а писар – 12 грошей [14, с. 23]. Вищий суд Ополя було утворено у 1327 р. за відповідним рішенням вищого суду Новомаркта. Він продовжував свою діяльність до другої половини XVII ст., а його рішення могли бути оскаржені у вищому суді Новомаркта. У так званій головній книзі шефенського стола Бреслау (Вроцлава), що була створена з 1598 по 1660 рр. міститься шість цивільних і кримінальних справ, які бургомістри, радники і лавники Новомаркта розглядали і передавали через лавничий стіл Бреслау на рішення і вироки вищого суду Ополя [14, с. 23]. Своєю чергою бургомістр, радники і судовий вїйт Ополя належали і до юрисдикції вищого суду Бреслау.

У 1600 р. шефенський стіл Бреслау дав роз'яснення шефенському столу Ополя щодо застосування привілею 1327 р., який був наданий Новомарктом для Ополя на прохання герцога Болка II відносно спадкування вдівців після смерті їхніх жінок. Бреславський синдик Андреас Ассіг у своїй праці *Singularia Wretislavensia* (1653–1676) зазначав, що суд Ополе звертався з апеляцією до Новомаркта, оскільки новомарктські радники і лавники часто вирішували аналогічні справи, які розглядались також в апеляційному суді Бреслау [14, с. 24].

Новомарктське право поряд з кульменським слугувало різновидом магдебурзького права. Можна сказати, що воно було пристосованим до місцевих умов магдебурзьким правом із використанням елементів фламандського права (*ius sredense*). У новомарктському праві рівною мірою були наявні елементи самоврядування міської та сільської громади. Влада у містах і селах новомарктського права належала спадковому вїйту і лавникам, проте там не існувало такого органу самоврядування, як міська рада. У деяких містах міська рада була створена, але вона мала обмежені повноваження і була цілком підпорядкована спадковому вїйту. Посада спадкового вїйта у містах новомарктського права існувала до їх переходу на магдебурзьке право. Поселенці (осадники) сплачували належні податки і збори грошима, а також у натуральному вигляді чи у формі відробітку. У галузі судочинства мешканці міст і сіл новомарктського права підлягали суду під головуванням бурграбія (вїйта) або підвїйта. Крім того, існувало так зване спільне майно подружжя. Становлення демократичних інститутів міського самоврядування, міської ради сприяло переходу з новомарктського на магдебурзьке право. На українських землях новомарктське право діяло переважно у селах Галичини.

1. *Zdrojkowski Z.* Stan badan nad problematyka prawa sredskiego. Studium na 750-lecie pouczenia miasta Halle dla Srody Slaskiej (1235—1985). *Czasopismo Prawno Historyczno* T. XXXV // *Zeszyt* 2. — 1985.
2. *Schubart-Fikentscher G.* Die Ver braitang der Deutschen stadrechte in Osteuropa. — Wemar, 1942.
3. *Sadow E.* Das Halle-Neumarkter Recht. — Stuttgart, 1992.
4. *Jakowliw A.* Das
5. *Gaupp E. T.* Das alte Magdeburgische und Hallische Recht. — Breslau, 1826.
6. *Laband P.* Magdedeburger Rechtsquellen. — Kunigsberg, 1869.

7. *Homeyer C. G.* Die Extravaganten des Sachsenspiegels. Abhandlungen der Küniglichen Akademie die wissenschaften Berlin. Philologisch-historische. — Abteilung, 1861.
8. *Meinardus O.* Das Neumarkter Rechtsbuch und andere Neumarhter Rechtsquellen. — Breslau, 1906.
9. *Schaube A.* Die Beiden Hallensen Schuffenbriefe für Neumarkt und ihre Bearbeitung daselbst. Ein Beitrag zur dltesten geschichte der Deutschen kolonisation in Schlesien. Zeitschrift des Vereins für Geschichte Schlesiens. Band 65. 1931.
10. *Goerlitz T.* Zum Jahr 1181 der Hallischen rechtmitteilung an Neumarkt // Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung. 1936. N 36.
11. *Kannowski B., Dusil S.* Der Hallensische Schuffen brif für Neumarkt von 1235 und das Sachsenspiegel // Zeitschraft der Savigny- stiftung für Rechtsgesehichte. Germanistische abteilung. 2003. N 120.
12. *Zdrojkowski Z.* Geneza prawa sredskiego i jego rola dziejawa // Studia z dziejow Srody Slaskiej, regiony i prawa Sredskiego. Historia LXX. — Wroclaw, 1990.
13. *Loesch H.* Aus der Geschichte des Kreises Neumarkt im Mittelater / Kreis-Kalendar Neumarkt für das Jahr, 1927.
14. *Goerlitz T.* Die Oberhufe in Schlesien. — Wemar, 1938.
15. *Loesch von Feinrich.* Beitrldge zur Schlesischen Rechts und Verfassungsgeschichte. — Stuttgart, 1964.
16. *Zdrojkowski Z.* Lokacje osad Targowych, Klasztorowych I miast na prawie sredzkim (1233—1477) // Studia z dziejow srody Slaskiej, Regiony I prawa Sredzkiego. — Wroclaw, 1990.
17. *Kaminska K.* Lokacje miast na prawie magdeburskim na riemiach polskich do 1370 r. (Studium historycznoprawne). — Torun, 1990.
18. *Wyrozumski J.* Pouczeni Kalisza dla Wielunia o administracji miasta z 1502 r. // Czasopismo Prawno-Historyczne XXII. Zeszyt 1. — 1970.
19. *Goerlitz T.* Magdeburger schuffensprÿche für die Hansestadt Posen und andere stldtde des Warthelandes. — Berlin, 1944.

NOVOMARKT LAW

M. Kobyletskyi

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article is devoted to the origin of Novomarkt law and its expansion on the territory of Poland and Ukraine. The structure and competence of local self-government bodies under Novomarkt law have been elucidated. Special attention is paid to the activity of presidents of city and rural courts. Differences between Novomarkt law and Magdeburg law are defined.

Key words: Novomarkt law, Magdeburg law, zemskyi court, inheritance viyt.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТОК ПОСАДИ ІНСТИГАТОРА (ПРОКУРОРА) НА ТЕРИТОРІЇ ПРАВОБЕРЕЖНОЇ УКРАЇНИ ЗА ЧАСІВ РЕЧІ ПОСПОЛИТОЇ

Р. Савуляк

*Червоноградський міський суд Львівської області
вул. Св. Володимира, 15, 80102 Червоноград, Львівська обл., Україна*

Висвітлено питання діяльності інстигаторів періоду другої половини XVI–кінця XVIII століття на території Правобережної України. Розкрито основні функціональні обов'язки „коронного” та „литовського” інстигаторів. Проаналізовано діяльність судових інстигаторів цього періоду.

Ключові слова: коронний інстигатор, інстигатор литовський, судовий інстигатор, дялятор.

Перші відомості про зародження прокуратури на території України знаходимо у книзі, яку видав у Варшаві Володимир Свєрбигуз „Старосвітське панство” [1, с. 12, 16–18, 57]. Йдеться про те, що 1578 р. на Сеймі Речі Посполитої створено особливий для України трибунал – Луцький. Це був вищий суд для України. Його дія поширювалася на Київське, Волинське та Брацлавське воєводства, офіційною мовою стала українська. Наступного 1579 р. у м. Батурині було створено український трибунал у вигляді міністерства. Він складався з семи департаментів. Важливим для нас є те, що на початку діяльності трибуналу його депутати щорічно обирали прокурора (інстигатора).

Назва „instigator” походить від „instigare”, що означає спонукати, підбурювати. Латинський вираз *pars instigans* слугував у правових джерелах для окреслення позивача у процесі.

Про обвинувальну сторону згадує конституція¹ польської держави 1565 р. у випадку, коли слуга права – вїт позивав возного, або підвойський – бургомистра з приводу невиконання „законів”, виданих воєводою.

Конституція 1775 р. вживала вираз *pars instigans* для окреслення приватного, популярного обвинувача і донощика [2, с. 68].

Відповідно до польського процесуального права цього періоду вищезазначені особи мали обов'язок утримувати підозрюваного під час його перебування під арештом під час слідства.

У релігійних процесах цього періоду інстигатором був лат. *officiū episcopatus* (офіційний єпископ).

Якщо інстигатор виступав позивачем, який представляв державний інтерес, тоді він отримував відповідний додаток для того, щоб його відрізнити від звичайного *pars instigans*. Надалі для скорочення було відкинуто цей характерний додаток, а інстигатором почали називати особу, яка виступала у публічному інтересі.

¹ Тут і надалі: конституції або сеймові закони в Речі Посполитій поділялися на постійні (*constitutiones perpetuae*) і тимчасові (*constitutiones temporales*).

Серед публічних функціонерів, які носили назву інстигатора, у давньому польському праві були королівські та коронні інстигатори.

Королівський інстигатор завжди позивався через королівський (надвірний) суд, коли йшлося про доходи, що належали королеві.

Зовсім інші обов'язки були у королівського інстигатора, якщо він хотів позиватися не про доходи короля, а про визнання права власності короля на певне майно чи виступати із віндикаційною скаргою. Тоді він мав вносити скаргу до сеймового суду: „І якщо б ми якими достатніми документами хотіли добиватися майна, тоді про такі добра Інстигатор наш, або хтось, кому б ми на це право дали, не повинен цього добиватися, а ні позиватися, а лише у сеймі. А оскільки Київське, Волинське, Брацлавське воєводства інші права мають і під коронне право судів не підпадають, тому Інстигатор наш сам або з донощиками, якщо б кого про добра шляхетські, земські, розуміючи їх як такі, що повинні бути нашими, позивав, тоді не зможе позивати двір, а лише сейм” [3, с. 268].

Перед сеймовим судом повинен позиватися також інстигатор у справі повернення коронних клейнодів, які були довірені державним особам на час війни, за неоплату шляхтою кварти (нова шляхта, яку не призначали на війни мала з кожного лану заплатити гроші у сумі 10 від 100 злотих), за розтрату податку на воду.

Коронний інстигатор, засідав у фінансовому трибуналі, що був розміщений у м. Радомі. Він брав участь у справах з приводу стягнення заборгованостей з орендної плати, повернення позик та кварти. Відповідачами у справах зазвичай були ключники, збирачі податків, орендарі доходів Речі Посполитої, ротмістри, які не відзвітувалися перед польовим писарем за гроші, одержані на спорядження роти.

У випадку смерті відповідачів до справи залучалися спадкоємці їхнього майна.

Таку саму роль виконував інстигатор перед казначейським трибуналом Великого князівства Литовського.

При подачі позову інстигатор був звільнений від сплати судових витрат. У Конституції 1590 р. з цього приводу було зазначено: „де наш Інстигатор повинен бути присутній і справами тими згідно зі своїм обов'язком займатися, судову оплату від Інстигатора, а ні трибунальський суд, а ні писар не повинні брати”[3, с. 269].

У Конституції 1590 р. було передбачено штрафи (карного характеру) у випадку, якщо претензія корони до шляхтича виявилася необґрунтованою.

Звичайно, що невластивим і невідповідним до принципу звільнення інстигатора від судових оплат був би факт оплати такого штрафу самим інстигатором або королівською казною. Польське право для такого випадку мало іншу інституцію – делятора (донощика).

Делятор – це приватна особа, яка повідомляла про безпідставність позову (кримінального або цивільного) водночас він відповідав за всі наслідки безпідставного донесення (особливо у кримінальних справах).

У справі про повернення майна делятор сплачував штраф: „А якщо б інстигатор за доносом будь-якого шляхтича про такі спадкові маєтності насмілився позивати... тоді делятор виною у тисячу гривень трибунальським судом має бути покараний...” [3, с. 269].

З тих самих причин конституція того ж 1598 р. для Князівства Литовського давала для королівської канцелярії такі рекомендації: „чого наші печатники і писарі мають дотримуватися, так це того, щоб надвірних позовів на шляхтича не видавали, і щоб делятор показав, що це є наші добра, або добра, які потрапили у наше розпорядження. Та ім'я делятора у позові мають вказати, а без делятора позовів не повинні давати” [3, с. 271].

Це були застереження, які стосувалися повернення майна. Натомість немає таких застережень у справах про доходи королівського майна. Тому вищезгадувана конституція давала змогу позиватися у таких справах без делятора.

Конституція 1580 р. встановлювала сувору відповідальність інстигатора за неналежне виконання своїх обов'язків. Зокрема, за шкоду, завдану казні, інстигатор, зазвичай, відповідав своїм майном.

Крім того, він міг бути притягнутий до відповідальності за неявку до судового засідання внаслідок чого могло бути винесено заочне рішення не на користь казни (*contumacia instigatoris*) [3, с. 273].

Королівський інстигатор виступав також у кримінальних справах як сторона у справах, де об'єктом замаху була держава. До певної міри сфера кримінальних повноважень інстигатора поєднувалася з його функцією представника казни держави та інтересів короля.

Це було представлено у конституції 1588 р.: „Величківські і бохенські соляні копальні мають бути у доброму управлінні... І, щоб з часом до знищення пожитків не дійшло через копачів солі вибиранням фундаментів і до шкоди при розчищенні проходів, будемо посилати комісарів, які мають доглядати, щоб у соляних копальнях шкода і руїна не була. Також стовпи у копальнях солі, щоб були описані: і їх, щоб жоден орендар копалень не смів зменшувати і нищити” [3, с. 274].

Інстигатор був також обвинувачем у злочинах, спрямованих безпосередньо проти держави, про вбивства, які ще називали „головна зрада”, а також про порушення спокою та недоторканості судів, сеймів, офіційних осіб чи королівських послів, фальшування монет, викрадення і зґвалтування жінки і, крім того, низку військових злочинів таких, наприклад, як дезертирство, зрада тощо.

В міру зменшення предметної компетентності сеймових судів у кримінальних справах було розширено компетенцію міських судів, зменшено також сферу впливу коронного інстигатора.

Коронний інстигатор у кримінальних справах не виступав, як зазвичай, з власної ініціативи, а лише за дорученням короля чи сейму.

У будь-якому випадку роль коронного інстигатора під час розгляду справ була пасивною, оскільки докази здобував делятор, а досліджував їх міський суд.

Інстигатор лише мав порушувати справу та подавати „пропозиції” щодо покарання.

Коронний інстигатор також фігурував у справах дисциплінарного характеру проти державних функціонерів у ролі обвинувача перед сеймом. В такій ролі він виступав проти воевод та інших дрібних чиновників. У Конституції 1560 р. йшлося: „воеводам Корони і держав наших наказуємо... щоб у своєму воеводстві жодному євреєві жодних соляних копалень, мит і наймів держати не допускали... під виною ста гривень... про яку інстигатор чинити буде, або депутати будуть відтерміновувати” [3, с. 276].

Поряд з коронним інстигатором у Речі Посполитій діяв також інстигатор для великого князя литовського, і обидва вони мали назву інстигаторів обох народів.

Інстигатори (як „коронні” так і „литовські”) виконували свої обов’язки на довіреній їм території по шість місяців. Коронний інстигатор міг виконувати обов’язки на території литовського інстигатора і навпаки. У Конституції Речі Посполитої 1775 р. з цього приводу зазначено: „що стосується виконання обов’язків, описаних законом для інстигаторів, які слугують обом народам, то виконуватимуть їх будуть по шість місяців Коронний і Литовський”.

Доходи коронного та литовського інстигатора становили по 6000 злотих. Окрему плату, близько 1500 злотих, отримували інстигатори за участь у казначейському трибуналі.

Окреме положення у давньопольському праві займали судові інстигатори (*instigator iudicii*), при кожному суді. Зокрема і в судах, де стороною виступав інстигатор коронний або литовський.

Завданням судового інстигатора було стежити за дотриманням судового порядку (охорона засідання), а також, щоби сторони своєчасно вносили оплату судових послуг, штрафів та інших платежів.

У судовому засіданні судовий інстигатор мав право виступати перед цим судом з обвинуваченням про невідповідний захист даної особи, а суд на місці призначав дисциплінарне покарання.

Відносно стягнення мита та грошових штрафів судовий інстигатор був зобов’язаний на місці проводити виконавче провадження.

Судові інстигатори діяли при кожному суді (міському, земському, підкоморському, воєводському), а також при Головному Трибуналі казначейському.

При Головному Трибуналі діяли два інстигатори:

а) Інстигатори безпеки (*securitatis*).

Їхні функції описано у конституції 1726 р. в розділі „Про трибунал великого Князівська Литовського”: „Агенти не повинні за рамки виходити... також самі сторони непотрібними дискурсами, з яких створюється галас і незручність для суду, забавляться не мають. Інстигатор, трибунальської піхоти поручник й інші чиновники повинні дотримуватися того ж” [3, с. 285].

Інстигатор безпеки звертався до суду з вимогою призначення дисциплінарного покарання до осіб, які неналежно поводитися в суді. Інстигатор повинен розумно підбурювачів галасу викривати, усувати цього підбурювача, дії якого відбиваються інших особах [3, с. 285].

б) Скриньові інстигатори.

Особливу увагу надають польські конституції врегулюванню функцій інстигаторів скриньових. Вони мали приймати лише те, що сторона була зобов’язана заплатити на підставі доручення суду, або згідно з тарифом. Інстигатор скриньовий вів реєстр судових штрафів. „Восьмий реєстр який самими тільки скриньовими інстигаторами ведеться, в суботу після обіду кожного тижня, в який лише записи про штрафи не віддаються і належать до суду або стороні цим же судом засудженій, мають міститися в тому ж реєстрі, записані інстигатором і маршалком підписані... і повинні бути виголошені і відсуджені” [3, с. 286].

Судові інстигатори були підпорядковані земському писареві. Земський писар мав право вимагати звіту скринькових інстигаторів про кошти, які надійшли від сплат штрафів.

Конституція 1792 р. принципів змін у положенні інстигаторів при так званому трибунальському суді (колишньому головному трибуналі) не внесла. Є згадка про обов'язок інстигаторів щодо виконання нагляду за в'язнями і в'язницями від імені відповідного суду. Це було розширенням обов'язків у дотриманні порядку і безпеки судового засідання в будинку, призначеному для виконання покарання (охорона в'язниці). Безперечно йшлося про пункти нагляду і арешту, які знаходилися в приміщенні суду.

Офіційна та ієрархічна ситуація інстигаторів при трибунальському суді також не змінилася.

Інстигатор при міському суді носив назву старостинського або офіційного (міського управління). Міський інстигатор був таким органом старости, як інстигатор коронний органом короля, згодом сейму.

Кількість інстигаторів при міському суді залежала від думки старости, який призначав їх залежно від потреби.

Функції міського інстигатора були зведені до стягнення судових оплат (скринька) і нагляду над безпекою і порядком в суді.

Міський інстигатор мав ще й інші обов'язки, зокрема він виступав як субсидіарний оскаржувач у кримінальних справах.

Зазвичай обвинувачення у кримінальних справах про вбивства, грабежі, розбої та крадіжки у Речі Посполитій підтримували потерпілі. Однак часто з боязні помсти вони відмовлялися підтримувати обвинувачення в суді. Тоді з обвинувальною скаргою до суду звертався інстигатор.

Подібна ситуація простежена у випадку, коли когось затримали на місці вчинення злочину, наприклад, вбивства чи підпалу. Скарги від потерпілого зазвичай не було, а підозрюваного звільнити також було неможливо. Тоді обов'язок про проведення кримінального провадження був покладений на інстигатора.

Така ж ситуація виникала у випадках, коли засуджений відшкодував шкоду потерпілому, і той переставав займатися цією справою. Порушення справи в такому випадку також покладалося на інстигатора.

Міський інстигатор міг брати участь як обвинувач у розгляді дрібних фінансових справ, що не належали до компетенції фінансового трибуналу. Згідно з конституцією 1629 р. він міг також викликати до суду міських чиновників, які не сплатили штрафи чи інші судові стягнення та звертатись із вимогою до суду про призначення штрафу від 200 до 500 злотих.

Конституція 1792 р. скасувала міські та земські суди і запровадила на їх місце суд землевласницький. Інстигатора цього суду призначав сам суд на підставі голосування його членів.

Про його обов'язок свідчить ст. VII конституції 1792 р.: „Кожний землевласницький суд буде мати інстигатора. Обов'язком інстигатора буде діяти від імені і за наказом суду в справах безпеки суду і в справах кримінальних, хоч би обвинувача не було, і то все доповнювати, що йому той суд в обов'язок запише” [3, с. 291].

Ця інструкція підкреслювала відому нам сферу діяльності інстигаторів у кримінальних справах – самостійне процесуальне становище поряд з обвинувачем та загальне виконання всіх судових наказів.

Залежність від суду і підпорядкування судові підкреслює текст присяги інстигатора: „судові у всіх наказах по відношенні до мене слухатись буду, також накази і резолюції судові доповню і втілю”.

Отже судовий інстигатор завжди був важливою фігурою у службовій ієрархії судочинства Речі Посполитої. Однак оплата їхньої роботи відповідно до їх дій була незначною.

Цікаві з цього погляду цифри подавав проект бюджетного кошторису Великого князівства Литовського 1775 р. У заголовку „департамент військовий” було записано: для судового інстигатора і возного 1100 зл., тоді коли писар Комісії військової має одержувати 12 000 злотих, а це означає, що інстигатор разом з возним одержує одинадцятую частину оплати писаря. Як і фінансовий департамент призначає для судового інстигатора і возного разом вісімсот злотих, а для касира – чотири тисячі злотих.

Аналізуючи діяльність інстигаторів у давньопольському праві, можна дійти до таких висновків.

У Речій Посполитій, до складу якої входила значна частина земель Правобережної України, не було єдиної організації управління інстигаторів типу державної прокуратури, як управління громадського обвинувачення. Інстигатори, яких призначали при різних судах, були взаємно незалежними. Натомість вони залежали від того, хто їх призначив, а отже, міський інстигатор – від старости, трибунальський – від маршалка, який його призначив, землевласницький – від суддів тощо.

Завданням судових інстигаторів, які функціонували при кожному суді було передусім дотримання порядку під час судового засідання, охорона осіб, що входять до складу суду, окрім того, переслідування та екзекуція судових оплат і накладених судом штрафів.

Судовий інстигатор не був обмеженим для виступу як обвинувач лише перед тим судом, при якому був приставлений. Королівський інстигатор, який діяв перед королівським судом, виступав іноді також перед сеймовими судами, перед головним і фінансовим трибуналами. Інстигатори міського суду виступали не лише перед своїм судом, але також перед головним трибуналом.

Загалом функції як коронного, так і судового інстигатора мали характер або фіскальний (як коронного інстигатора), або переважно адміністративний (як судовий інстигатор). Участь його в кримінальних справах була швидше епізодичною, що пояснюють характером польського кримінального процесу, який залишав переслідування злочинів переважно приватним та громадським скаргам. Випадки громадської скарги були обмежені до мінімуму. Важлива роль інстигаторів у цьому доповнюється субсидійною скаргою судового інстигатора.

Кримінально-процесуальна роль інстигатора була обмежена позовом за дорученням суду, від імені і з наказу суду або інших чинників.

Зазвичай інстигатор під час судового засідання міг подавати пропозицію щодо покарання. Однак участь у судовому процесі його була мінімальною. Зібранням доказового матеріалу займався міський суд, інстигатор міг функціонувати як орган, що допомагає судові під час комісійних слідств.

Інстигатори більше ста років слугували важливою ланкою у судовому переслідуванні злочинних діянь у Правобережній Україні.

Посади інстигаторів на українських землях ліквідувала Катерина II в кін. XVII ст. через поширення на них російського судоустрою.

-
1. *Свербигуз В.* Старосвітське панство / В. Свербигуз. — Варшава, 1999.
 2. *Makarewicz J.* Polskie prawo karne.
 3. *Makarewicz J.* Instigator w prawie polskiem.

FORMATION AND EVOLUTION OF PROSECUTOR'S OFFICE IN RIGHT-BANK UKRAINE UNDER REECH POSPOLYTA

R. Savulyak

Chervonohrad city court of L'viv region

St. Volodymyr Str. 2, UA – 80102 Chervonohrad, Lviv region, Ukraine

In the article the prosecutor's activity during the second half of the XVIth and the end of the XVIIIth centuries on the territory of the Right – Bank Ukraine has been studied. The main functional duties of the „crown's” and „Lithuanian” prosecutors are revealed.

Key words: crown's prosecutor, Lithuanian prosecutor, court prosecutor, informant.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

СУДЕБНИК 1468 РОКУ, ЙОГО СТРУКТУРА, ЗМІСТ ТА ЗНАЧЕННЯ

Ю. Сеньків

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті детально проаналізовано перший збірник права Литовсько-Руської держави – Судебник Казимира. Охарактеризовано причини його прийняття, зміст, значення. Проведено порівняльний аналіз положень Судебника із положеннями Руської Правди та Литовського статуту. Показано, що із прийняттям Судебника Казимира 1468 р. було започатковано новий етап у правовій теорії та практиці, завершений виданням трьох Статутів Великого князівства Литовського.

Ключові слова: кримінальне право, Судебник Казимира, Литовсько-Руська держава, Руська Правда, Литовські статuti, злочин, покарання.

Потреба боротьби зі злочинністю покладена в основу особливої уваги вчених (юристів, істориків, філософів, соціологів, психологів та ін.) до проблеми злочину і покарання, яка має дуже давнє походження. У міру становлення держав різних типів і форм у вирішенні цієї проблеми у різних народів з'явилися свої відмінні риси: характер й інтенсивність застосовуваних мір покарання суттєво змінювалися залежно від загальної культури народу, епохи, способу життя людей, їхніх звичаїв тощо.

Історичний аналіз проблеми злочину і покарання передусім необхідний, щоб використовувати накопичений предками досвід для розстановки правильних акцентів у законодавчій політиці, спрямованій на боротьбу зі злочинністю, а також для правильної і ефективної побудови системи каральних органів тощо. Вивчення першоджерела XV ст. допоможе пізнати внутрішні закономірності еволюції права, побачити процес переходу від простих правових форм до більш складних і розвинутих, опанувати державно-правову лексику, юридичну термінологію, відшукати витоки національного права і певною мірою використовувати історичний досвід у сучасному законотворенні.

Загальним питанням (короткій характеристиці окремих положень) Судебника 1468 р. приділяли увагу у своїх працях зокрема: С. Бершадський, Р. Лащенко, М. Чубатий, М. Владимірський-Буданов, І. Данилович, І. Старостіна, Ф. Леонтович, В. Кульчицький, М. Максимейко, С. Лазутка.

Процес утворення Великого князівства Литовського починається з кінця XIII ст., його територія була виокреслена у кінці XIV ст. Вона займала величезний простір – від Балтійського до Чорного морів і від Західного Бугу до Оки. Крім власне Литовського князівства, що займало приблизно 1/10 всієї території, до його складу входили Полоцька, Мінська, Вітебська, Смоленська, Турово-Пінська, Чернігово-Сіверська, Київська, Волинська, Подільська землі. Литовсько-руська держава охопила собою найбільш корінну і давню Русь, територію зародження і розвитку всіх правових інститутів Давньої Русі, зафіксованих передусім у Руській Правді [1, с. 178].

Після того, як частина українських земель стала складовою цієї нової держави – Литовсько-Руської (ця назва не є випадковою, оскільки вплив культури Руської

держави (Київської Русі), в тому числі й правової, на культуру Литви був досить сильним чинником розвитку державності і права, надав імпульсу розвитку національних правових систем українського, литовського і білоруського народів) або як її ще називають Великого князівства Литовського, Литовської держави, регламентування суспільних відносин в основному не змінилося. Як раніше діє апробоване віками звичаєве право, Руська Правда, з'являються привілеї земські, обласні тощо. Єдиного офіційного нормативного акта новоствореної держави, який би регулював наявні суспільні відносини, не було тривалий час (аж до прийняття Литовського Статуту 1529 р.). Проте реалії життя потребували появи загальнообов'язкового акта, який би по-новому, враховуючи попередній досвід, врегулював суспільні відносини, особливо з таких важливих питань, як відповідальність за посягання на чужу власність, порядок звернення до суду, відповідальність родичів за діяння злочинця тощо. Відсутність єдиного законодавства сприяла застосуванню різних норм в аналогічних ситуаціях при розгляді судових справ в межах однієї держави. А це своєю чергою обумовлювало і захоплювало свавілля суддів. Не було проведено чіткого розподілу компетенції судів.

У середині XV ст. відбувається масове передання земель феодалам, що супроводжувалося з одного боку закріпаченням вільних селян, а з іншої – звільненням цих земель і селян, які проживали на них від державних повинностей і великокняжого суду.

Головно визріла потреба у виданні правового акта, який би врегулював в основному питання кримінального права та процесу (хоча говорити про кримінальне право у XV ст. можна умовно, адже право цього періоду не мало поділу на цивільне та кримінальне).

Першою спробою однакового регулювання деяких суспільних відносин (кримінальних, цивільних, процесуальних) став Судебник 1468 р., або як його ще називають Статут Казимира. В історико-правовій літературі висловлювали різні думки щодо його назви. В оригіналі він мав загальноприйнятту для тогочасних правових пам'яток (грамот, привілеїв) назву „Лист”. „Судебником” у ті часи називали підручники з права, якими користувалися в судах при розгляді справ. Окрім того відомим є застосування правових актів із назвою *судебник* і в інших державах, зокрема, у Руській державі – „Судебник Ярослава”, у Московській державі – Судебник 1497, Судебник 1550, Судебник царя Федора Івановича 1589, Зведений *судебник* 1606-1607 рр. У першій публікації 1826 р. І. Данилович назвав його „Статут Казимира” [2]. М. Владимирський-Буданов був другим, хто опублікував 1901 р. текст цієї пам'ятки права [3, с. 32–42].

Прізвищ авторів чи автора цієї пам'ятки права нам не відомо, але беззаперечним є те, що його було складено правниками великокняжої канцелярії, направлено на розгляд і прийняття Пани-Ради і великого князя Казимира IV Ягеллончика, затверджено на сеймі 29 лютого 1468 р. у Вільнюсі.

Є плюралізм поглядів вчених щодо того, якою мовою було написано Судебник. Білоруські вчені вважають, що його було написано білоруською (старобілоруською) мовою [4, с. 101], українські – литовсько-руською, яка „являється зразком актової мови” [5]. У Судебнику вжито також чеські терміни. Ґрунтовному дослідженню

впливів чеської правничої термінології на українське право литовської доби присвятив свою працю А. Яковлів. На нашу думку, Судебник написаний українсько-білоруською мовою, оскільки ядром Київської держави були українські землі, тому і мовою, якою спілкувалося населення, яке тут мешкало, була українська в її давньоруському варіанті. Ця мова – давньоруська, спільна для білоруського, українського, російського народів – була державною для Київської держави і саме цю мову визнано як урядову у Великому князівстві Литовському. Хоча такі видатні науковці, як А. Антоновичус, С. Ламутка, стверджують, що мовою діловодства і законів у Великому князівстві Литовському була старобілоруська [6, с. 15–21]. Українська і білоруська писемні мови XIV–XVI ст. представлені головню юридичними документами. Їхня мова – це діловий стиль літератури Київської Русі, збагачений місцевими словами і формами, а також запозиченнями з інших мов. Тому у цьому випадку справедливо говорити про ділову українсько-білоруську писемну мову, розквіт якої припадає на XV–XVI ст. [7, с. 11].

Деякі науковці, зокрема, М. Чубатий, зазначають, що текст Судебника було поділено на 28 артикулів, інші – Р. Лашенко, Я. Юхо – на 25. Рукописний текст Судебника взагалі не був поділений на артикули, проте при публікації у „Хрестоматии по истории русского права”, М. Владимирський-Буданов поділив його текст на 25 артикулів. Такого поділу будемо дотримуватися й ми. Оригінал не зберігся, є лише його списки кінця XV–XVI ст. Судебник містить норми кримінального, кримінально-процесуального, цивільного, адміністративного права. „Татьбі” (злочину) відведено в Судебнику 16 артикулів. Він відрізняє крадіжку „велику” або „конську” від „малої”, „татьбу с лицом” і „без лица”. Статті цієї пам’ятки права про „татьбу” майже повністю були перенесені у розділ 13 Статуту 1529 р. [8, с. 161]. Доказом безпосереднього зв’язку Судебника із Руською Правдою, крім положень про крадіжку, можна ще назвати положення про „вину” і „муку”, про умови відповідальності дітей і дружини за вчинки дітей і чоловіка. Водночас є й положення, які можна назвати прогресивними – якщо повнолітні діти та дружина „відали” про злочинство батька та чоловіка, то вони відповідають своїм майном за його дії; „малі діти нижче семи годів” за вчинок батька не відповідають взагалі (навіть коли б і знали). Презюмуємо, що в епоху Судебника вчення про індивідуальну відповідальність за злочин почало утверджуватися. Також у Судебнику підкреслюється, що дружина та діти „зłodія” не несуть відповідальності за його вчинки, якщо він був затриманий „на горячому”, з „лицем”, але вкраденого додому не приніс і, відповідно, дружина та діти вкрадених речей „не поживали”: „зłodій терьпи, а жона і діти і дом їх невинен” (Арт. 4). Для Судебника є характерною ідея рівності представників усіх суспільних верств перед законом у кримінальних справах. Зокрема, якщо злочин відбувся з відома пана або сам пан брав участь у ньому і все це було доведено, то пан ніс відповідальність на рівні з виконавцем „а тот так терьпи, как которий зłodій” (Арт. 6). В артикулі 7 міститься „презумпція причетності бродячого елементу” („лезних”, „лежних”) до дій злочинця: коли б хто держав у своєму домі таємно „лежня” і в цей час трапилася б у когось крадіжка, то той, хто держав „лежня” мусів поручитися за представлення цього „лежня” до суду [9, с. 215]. Новим було й визначення злочину як

протиправного діяння, настання відповідальності лише за наявності вини, відповідність покарання до виду тяжкості вчиненого злочину, заборона самосуду. Був визначений новий принцип звільнення від кримінальної відповідальності дітей, які не досягли семирічного віку. Зокрема, було введено правову норму, яка забороняла передавати потерпілому дітей, які не досягли семи років. У Судебнику можемо помітити виникнення нового погляду на мету покарання. Так, у ньому вперше було законодавчо закріплено ідею „усунення злочинця”, як одну із цілей покарання, хоча й повністю не відкидалася ідея майнового відшкодування. Заборонялося звільнення злочинця від покарання, у той час як згідно із нормами звичаєвого права у злочинця, засудженого до смертної кари, була можливість відкупитися і бути переданим у рабство потерпілому або його близьким родичам.

Розвиток і оформлення судового імунітету у Великому князівстві Литовському з кінця XIV ст. відбувалися у тісному зв'язку з ростом великої феодалної земельної власності. Судовий імунітет, наявний спочатку у церковних володіннях і помістях великих феодалів, був закріплений за всіма феодалами у загальноземському привілеї 1447 р. (надалі – Привілей). У ст. 12 Привілею визначено загальний порядок звернення до суду у справах залежного населення. Спочатку слід було просити правосуддя у власника обвинувачуваного і лише у випадку відмови великий князь або його урядники направляли децького, кримінальний штраф у всіх випадках надходив господарю засудженого. Закріпивши за феодалами право суду над своїми підданими у ст. 12 не було встановлено ні обсягу вотчинної юрисдикції, ні деталей порядку звернення до суду.

У Судебнику Казимира детальніше, порівняно з привілеєм 1447 р., визначено порядок вирішення конфліктів між підданими різних власників. Це питання висвітлено у трьох артикулах (9–11). У всіх випадках, зазначених у цих артикулах, спочатку потрібно звернутися за правосуддям до влади, в підпорядкуванні якої перебував обвинувачуваний: „осподарю” (господаря) – арт. 11 та арт. 9 (цього терміна у арт. 9 немає, але за змістом передбачено, що намісники і тівуни повіту, в якому живе обвинувач, „обсилають” власника обвинуваченого); намісників і тивунів (арт. 10). За побажанням сторін конфлікт міг вирішити „обчий” (напевно, третейський) суд (арт. 9, 11). У разі відмови у правосудді великий князь або воєводи посилали децького. Про надходження господарю засудженого кримінального штрафу зазначено в арт. 3 Судебника, який відобразив такий самий принцип, що й відповідне положення ст. 12 Привілею, проте значно відмінне від нього і за формулами, і за змістом.

На відміну від Руської Правди, Судебник встановлює смертну кару за крадіжку з „лицом”, за „конську татьбу”, коли „зłodія з лицом приведуть” та в інших випадках (Арт. 12, 15, 17, 18, 22).

Багато вчених, починаючи з І. Даниловича, зазначали схожість між положеннями Судебника та Литовського Статуту 1529 р. Наприклад, арт. 19 Судебника та арт. 1 розділу 13 Статуту, арт. 5 Судебника та арт. 12 розділу 13 Статуту та ін. [10, с. 121–123]. Наприклад, порівняємо: про крадіжку „паробків” зазначено в арт. 19 Судебника й арт. 1 розділу XIII Статуту. Ці статті схожі, проте між ними є відмінності. Згідно з Судебником у разі відсутності у „паробка-зłodія” майна („бонди”) для відшкодування

завданої шкоди, збитки потерпілому повертав господар „паробка”. У Статуті про відповідальність господаря взагалі не згадується. У випадку неплатоспроможності „паробка” потерпілому повертають вкрадене („лицо”), а „паробок” піддається тілесному покаранню. За Судебником смертю карали „паробків” за крадіжку на суму півкопи грошей, а за Статутом – полтина грошей. За Статутом тяжчим було покарання за рецидив. Відповідно до Судебника „паробка-злочинця” вішали, якщо він буде „часто красти после того”, за Статутом повторна крадіжка на суму менше 10 грошей передбачала повішання. Строге покарання за рецидив пояснюють напевно низьким соціальним статусом „паробків”. Стаття Статуту, порівняно із Судебником, відобразила зміни у статусі „паробків”, які набували більше прав.

Арт. 5 Судебника Казимира відповідає арт. 12 розділу XIII Статуту. Цей артикул Судебника належить до комплексу положень, які регулюють обмеження сімейної відповідальності у разі злочинів. Внесення таких норм до Судебника відповідало інтересам феодалів і могло бути пов’язане із збільшенням феодалної власності й збільшенням кількості залежних селян. Цей факт свідчить і про вияв суспільної правової тенденції обмеження колективної відповідальності. У Литві цей принцип був зафіксований у загальноземському привілеї 1447 р., а потім був внесений в обласні привілеї і Статут. Дуже близькими за змістом є арт. 5 Судебника і арт. 12 розділу XIII Статуту, які розглядають питання про покарання злодія, спійманого на місці злочину. Обидва артикули передбачають звільнення від відповідальності членів сім’ї злочинця, але викладені вони по-різному; крім того, у Статуті йдеться не лише про дружину і дітей злодія, але і про його челядь. У Статуті питанню про обмеження сімейної відповідальності при злочинах приділено менше уваги, ніж у Судебнику, який проте не був забутий. Через декілька років після видання Статуту в Слуцькому списку з’явилось положення, яке за змістом нагадувало арт. арт. 1 і 4 Судебника. Але викладено цей артикул по іншому, ніж положення Судебника.

Порівняння Судебника зі Статутом засвідчило, що на час видання I Статуту норми, зафіксовані в Судебнику, потребували уточнення, розширення, акцентування уваги на інших положеннях. Деякі норми Судебника, хоча і не відображені у Статуті, продовжували діяти, інші були трансформовані і пристосовані до умов, які зазнали змін. Судебник не був всебічною кодифікацією кримінального права, а головно систематизовував лише ті положення, які були спрямовані на охорону майна, тому не зміг надовго задовольнити потребу в регулюванні нових суспільних відносин.

Отже, із прийняттям Судебника Казимира 1468 р. було започатковано розвитку новий етап у правовій теорії, практиці законодавчої діяльності державних органів, нових принципів систематизації і кодифікації феодалного права, який був завершений виданням трьох Статутів Великого князівства Литовського.

1. Правовий звичай як джерело українського права IX-XIX ст. / [за ред. І. Усенка]. — К. : Наук. думка, 2006.
2. *Danilowicz I.* Statut Kazimierza Jagiellonczyka. — Wilna, 1826.
3. *Владимирский-Буданов М. Ф.* Хрестоматия по истории русского права : в 2 т. / М. Ф. Владимирский-Буданов — К., 1901.

4. *Вишнеускі А.* Гісторыя дзяржавы і права Беларусі у дакументах і матэрыялах / А. Вишнеускі, Я. Юхо. — Минск, 2003.
5. *Яковлів А.* Впливи старочеського права на право українське литовської доби XV—XVI в. / А. Яковлів. — Прага, 1929.
6. *Lazutka S.* Lietuvos statutai, jų kurejai ir epocha. — Kaunas, 1994.
7. *Ківалов С.* Передмова. Статути Великого князівства Литовського : у 3 т. / С. Ківалов, П. Музиченко, А. Паньков. — Т. 2 : Статут Великого князівства Литовського 1566 року; [за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова]. — Одеса : Юрид. літ., 2003.
8. *Леонтович Ф.* Русская Правда и Литовский Статут : Антологія української юридичної думки : в 6 т. / Ф. Леонтович — К., 2002. — Т. 2.
9. *Лащенко Р.* Лекції по історії українського права. / Р. Лащенко — К., 1998.
10. *Старостина И.* К вопросу об эволюции права Великого княжества Литовского в конце XV — начале XVI века (на примере сопоставления Судебника Казимира 1468 г. и I Литовского Статута) / И. Старостина // Первій Литовский Статут 1529 года. Матеріалы республіканской научной конференции, посвященной 450-летию Первого Статута. — Вільнюс, 1982.

THE 1468 SUDEBNYK, ITS STRUCTURE, CONTENTS AND SIGNIFICANCE

J. Sen'kiv

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

In the article the author makes a detailed analysis of Kazymyr Sudebnyk of 1468, which proves to be the first compilation of laws in the Lithuanian-Ruthenian state. The reasons for its adoption, as well as contents and significant role have been characterized. The comparative analysis of the provisions of Kazymyr Sudebnyk with the provisions of Rus'ka Pravda and Lithuanian statute is made. The author comes to the conclusion that the adoption of this code of law stipulated the beginning of a new stage of legal theory and practice development, which resulted in the adoption of the three Statutes of the Great Lithuanian Principality.

Key words: criminal law, Kazymyr Sudebnyk, Lithuanian-Ruthenian state, Rus'ka Pravda, Lithuanian statutes, crime, punishment.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008
Прийнята до друку 01.06.2008

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

ТЕРИТОРІАЛЬНА ОСНОВА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ: СТАНДАРТИ ІСНУВАННЯ

І. Софінська

*Львівський державний університет внутрішніх справ
вул. Городоцька, 26, 79007 Львів, Україна
тел.: (032) 278-25-12, e-mail: sofinska@gmail.com*

Стандарти існування територіальної основи місцевого самоврядування України є результатом впливу історичних, геополітичних, економічних та соціальних, етнічних та демографічних особливостей на розвиток держави.

Беручи до уваги положення Європейської хартії місцевого самоврядування та їх імплементацію в національне законодавство України, дослідження територіальної основи місцевого самоврядування є актуальним і потребує окремого розгляду.

Автор вважає, що проведення конституційної та адміністративно-територіальної реформ в Україні засвідчує потребу реальної імплементації європейських стандартів місцевого самоврядування, аналізу їх переваг та недоліків, а також доцільності їхнього використання в Україні з метою забезпечення виконання органами місцевого самоврядування своїх повноважень в умовах наявного адміністративно-територіального поділу України.

Ключові слова: Органи місцевого самоврядування, територіальна основа місцевого самоврядування, державний розвиток, адміністративно-територіальний поділ.

Територіальну основу місцевого самоврядування в Україні становлять визначені Конституцією (ст. 132, 133, 140)¹ та іншими законами елементи системи територіального устрою держави, у межах якої існує місцеве самоврядування.

Держава як головний інститут політичної системи суспільства володіє такою ознакою, як територіальність, що виявляється у тому, що: по-перше, територія є матеріальною базою існування держави, по-друге, влада держави поширюється на певну територію, визначену її кордонами (на цій території може існувати лише одна держава).

Територіальна основа є важливим чинником існування місцевого самоврядування, вона може сприяти або гальмувати розвиток усього законодавства та ефективність самого місцевого самоврядування зокрема.

Територіальна основа місцевого самоврядування будь-якої держави виникає унаслідок історичних передумов її розвитку і закріплена в її національному законодавстві. На підставі цього робимо висновок, що основними принципами територіальної основи місцевого самоврядування є принципи територіальності та повсюдності.

¹ Прийнята 28 червня 1996 р. зі змінами, внесеними згідно із Законом N 2222-IV від 08.12.2004.

Принцип територіальності свідчить про те, що юрисдикція територіальної громади поширюється на всю територію відповідної адміністративно-територіальної одиниці і здійснюється на тих територіях, які відмежовані одна від одної, а також на всій території держави без будь-яких обмежень [1, ст. 369]. У межах території однієї адміністративно-територіальної одиниці не повинно існувати кілька територіальних громад, які можуть бути самостійними суб'єктами права на місцеве самоврядування.

Принцип повсюдності належить до базових європейських стандартів місцевого самоврядування і означає те, що місцеве самоврядування має поширюватися на всю територію держави (у межах її кордонів). Тобто, немає тієї території, на яку б не поширювалася юрисдикція територіальної громади як суб'єкта місцевого самоврядування первинного рівня.

Як вважає Т. Смирнова, оптимальна для організації та функціонування місцевого самоврядування система адміністративно-територіального устрою повинна відповідати таким критеріям як:

- **локалізація** (реалізація інтересів територіальної громади, яка повинна існувати лише в межах одного населеного пункту);
- **підконтрольність органів та посадових осіб місцевого самоврядування населенню** – мешканцям територіальної громади (йдеться про максимальне обмеження території, на якій діяльність органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб зокрема виявляється найбільш чітко, і де населення здатне оперативно реагувати на дії місцевої влади);
- **доступність органів місцевого самоврядування для громадян-мешканців відповідної територіальної громади у будь-який час, зважаючи на їх територіальну приналежність** (оскільки значну частину послуг населенню мають надавати органи місцевого самоврядування за місцем їх перебування) [2, с. 63].

Територіальна громада як суб'єкт місцевого самоврядування первинного рівня за своєю суттю є мікродержавою, повинна відповідати всім вимогам її існування і бути максимально наближеною та доступною для її громадян (незалежно від місця їхнього проживання) [3, с. 1]. Особливі сподівання щодо максимального наближення взаємовідносин між органами місцевого самоврядування та мешканцями територіальної громади виявляються у дотриманні таких визначальних принципів як:

1. просторове наближення: характеризується найефективнішим адміністративно-територіальним поділом держави залежно від її географічних розмірів та густоти населення, а також від виділення територіальних громад як суб'єктів місцевого самоврядування первинного рівня;

2. фактичне наближення: відображене в особистих взаємовідносинах територіальної громади та її мешканців, особливо щодо надання соціально-побутових послуг;

3. соціальне і політично-особове наближення: свідчить про створення та наявність достатньої і розвинутої мережі для реалізації соціальних та політичних прав і задоволення потреб мешканців конкретної територіальної громади;

4. емоційне наближення: йдеться про ідентифікацію громадянина як мешканця конкретної територіальної громади, а взаємовідносини між ними залежать від багатьох зовнішніх чинників [4, с. 54].

Існуючий адміністративно-територіальний устрій можна охарактеризувати за допомогою таких ключових ознак, як [5, с. 2]:

1) **пропорційність** – кількість адміністративно-територіальних одиниць кожного рангу ієрархії має вписуватися в “межі оптимальності”.

Пропорційність характеризується наявністю диспропорцій у регіонах щодо території, густоти населення, соціально-економічного та наукового потенціалу, ступеня промислового, культурного та туристичного розвитку, а також щодо показника кількості населених пунктів різного типу та підпорядкування. Однак, регіональні диспропорції щодо території, густоти та кількості населення, соціально-економічному чи промислового потенціалу не повинні бути надто великими.

Певною особливістю адміністративно-територіального устрою України є регіональні відмінності щодо критеріїв його виникнення та існування. Ці відмінності пов’язані передусім з тим фактом, що окремі регіони були протягом недавньої історії включені до адміністративних систем різних країн і мали різні назви (**землі (удільні князівства) – волості** в часи Київської Русі, **воєводства – повіти** в часи Великого князівства Литовського, **цинути – околи** в Буковині, **жупи (комітати) – домінії** на Закарпатті, **провінції (коронні краї)** – **округи** в Галичині та на Волині [6, с.131], **губернії – доли** з 1710 р., **провінції** з 1719 р. у Російській імперії [7, т. 1 с. 164], **області – райони** в період УРСР та й дотепер). Також існували відмінні засади створення, функціонування та повноваження відповідних органів місцевого самоврядування та їхніх посадових осіб тих часів.

2) **компактність** – адміністративно-територіальні одиниці повинні бути компактними щодо території, без анклавів (територія певного підпорядкування у межах іншої адміністративно-територіальної одиниці) та віддалених відступів (територія певного підпорядкування поза межами своєї адміністративно-територіальної одиниці).

Насамперед, необхідно звернути увагу на існування напівштучних анклавів, зумовлених фізико-географічними особливостями певної території (річка чи озеро), що інколи ускладнює доступність по лінії периферія–центр.

Найраціональнішою схемою адміністративно-територіального устрою потрібно вважати таку, за якої населені пункти у межах свого ієрархічного рівня розміщені рівномірно і для одного з них (а власне йдеться про столицю регіону) бажано центральне розміщення.

Найбільшою компактністю і водночас найбільшим неспівпадінням реального та геометричного центрів характеризуються такі області України, як Волинська, Харківська, Запорізька.

До критеріїв, що впливають на позитивне дотримання принципу компактності належать, такі як:

- **ступінь доступності** (зокрема територіальна доступність) від периферії до регіонального центру і навпаки – у разі здійснення адміністративних повноважень та надання різноманітних послуг;
- **збіг реального та геометричного регіонального центрів** – це досягається унаслідок історичної та географічної зумовленості окремо взятої адміністративно-територіальної одиниці;

- **рівновіддаленість від регіонального центру** (несприятливою обставиною для функціонування адміністративних районів є їхня віддаленість від регіонального центру на відстань понад 100 км);
- враховуючи те, що масове розпаювання земель характеризується паєм у 3–4 гектари, особливого значення набуває вирішення питання про комплексне і точне розмежування адміністративно-територіальних одиниць із складенням відповідних точних карт.

3) **спадкосмість** – межі адміністративно-територіального поділу за змогою повинні зберігати наявні межі інфраструктур та комунікацій і не бути перерваними.

Наявний адміністративно-територіальний поділ держави з урахуванням встановлених раніше матеріально-фінансових зв'язків і прогнозів щодо перспективи їх існування передбачає наявність можливостей взаємозв'язку регіону з центром у визначенні пріоритетів його промислового розвитку та узгодженні з національними програмами.

Органи місцевого самоврядування мають забезпечити промисловий та соціально-економічний, інвестиційний розвиток регіону як єдиного цілого, беручи до уваги його територію та позбувшись передусім територіальних анклавів як утворень, наявність яких вважається негативною ознакою адміністративно-територіального устрою. Крім того, залежно від соціально-економічних чинників, до яких належать промисловий потенціал, інвестиційна привабливість, демографічна ситуація, насиченість природними ресурсами, наявність транспортних комунікацій та соціально-побутової інфраструктури регіону, територіальні межі місцевого самоврядування не завжди збігаються із межами адміністративно-територіальних одиниць [8, с. 110].

4) **необхідність “критичної маси”** – йдеться про наявність достатньої фінансово-економічної бази адміністративно-територіальних одиниць для забезпечення існування органів місцевого самоврядування та його населення відповідними послугами.

Ця ознака адміністративно-територіального устрою характеризує фінансово-матеріальну самостійність органів місцевого самоврядування, яка досягається за допомогою визначення загальнодержавних податків на єдиному для всіх адміністративно-територіальних одиниць рівні як стимул для розвитку кожного регіону.

Зазвичай, методика їх обчислення повинна бути обґрунтована реальним рівнем економічного розвитку кожного регіону. Тоді забезпечення кожної ланки адміністративно-територіального поділу власною фінансовою та матеріальною базою стає реальним (це відбувається за рахунок встановлення місцевих податків та зборів, як способів наповнення місцевих бюджетів). Завдяки цьому регіони можуть самостійно (за рахунок власних коштів) забезпечити загальнообов'язкову освіту, медичне обслуговування, витрати на комунальні потреби тощо.

5) **взаємодоповнювання** – в адміністративно-територіальних одиницях (особливо це стосується вищих ієрархічних рангів) повинні дотримуватися пропорції між багатими та бідними районами, вузькоспеціалізованими населеними пунктами та територіями з диверсифікаційними функціями.

Цей принцип сприяє забезпеченню територіальної справедливості та наданню більш однакового доступу мешканцям адміністративно-територіальних одиниць до

соціальних послуг за рахунок дотацій, субсидій, кредитів та грантів з боку держави, а також інвестицій з боку інших суб'єктів, зацікавлених у сталому розвитку регіону.

6) *гнучкість та адаптивність* – адміністративно-територіальний устрій держави має бути легко та адекватно пристосований до будь-яких змін у суспільстві (технологічних, економічних, а також тих, що стосуються розселення та споживання), основною метою яких є самодостатність адміністративно-територіальних одиниць;

З метою дотримання цього принципу бажано межі адміністративно-територіальних одиниць встановити так, щоб на окремо взятих територіях були сконцентровані природні ресурси, відповідний демографічний потенціал з урахуванням тенденцій їх регіонального розвитку тощо.

7) *саморегулювання* – будь-які адміністративно-територіальні реформи найефективніші тоді, коли вони запроваджуються демократичним шляхом з урахуванням історичних традицій розвитку держави і культурних відмінностей її регіонів.

Цього можна досягнути за допомогою забезпечення економічної (матеріально-фінансової) та адміністративної самостійності територіальних громад, як суб'єктів місцевого самоврядування первинного рівня. Разом із цим центральні органи державної влади дістають можливість зосередити зусилля на вирішенні політичних та економічних проблем у масштабі усієї держави.

8) *перспективність* – усвідомлення потенційних змін у процесі соціально-економічного розвитку територій з урахуванням "...їх історичних, економічних, екологічних, географічних та демографічних особливостей, етнічних і культурних традицій..."¹.

Важливою характерною ознакою сучасної держави можна вважати існування територій з окремим спеціальним статусом, відповідно до передумов якого передбачено наявність спеціальних органів місцевого самоврядування. Найчастіше у таких випадках йдеться про автономію, в класичному значенні – це адміністративно-територіальна одиниця, яка отримала специфічний статус з огляду на особливий етнічний склад населення цієї території або завдяки її географічній ізольованості.

Однак можливим є виникнення територій зі спеціальним статусом, які не є класичними автономіями через їх виняткове економічне, географічне чи воєнно-політичне значення. Автономізація такої території залежить від багатьох характерних ознак, серед них насамперед виділимо такі:

- рівень економічного розвитку;
- геостратегічне значення;
- розвиток політико-культурної ідентичності.

Досягнення позитивного результату щодо автономізації держави, беручи до уваги вищезазначені чинники, виявляється у повній узгодженості між рівнем розвитку держави та місцевого самоврядування. Зокрема це стосується і України [9, с. 34].

Визначення територіальної основи місцевого самоврядування як наслідок проведення муніципальних та адміністративно-територіальних реформ вважаємо конструктивним засобом використання потенціалу держави з метою забезпечення потреб її населення у демократії, верховенстві права та дотриманні основних прав людини.

¹ Ст. 132 Конституції України.

Необхідність суттєвого удосконалення законодавства про місцеве самоврядування в Україні, а саме того, яке стосується територіальної основи є очевидною та важливо для перспективи позитивного розвитку як держави, так і місцевого самоврядування [10, с. 5].

Наголосимо на тому, що питання адміністративно-територіальної реформи ще не є до кінця зреалізоване, оскільки і серед політиків, і серед науковців немає одностайності у вирішенні питання щодо можливого адміністративно-територіального поділу України і не існує єдиної думки щодо напрямів змін. До цього часу у наукових і громадських колах дискутується декілька проектів щодо можливого поділу України [11, с. 10].

На сьогодні реальна імплементація європейських стандартів місцевого самоврядування у національне законодавство України безпосередньо залежить від усвідомлення, аналізу їх переваг та недоліків, а також доцільності їхнього використання в Україні з метою забезпечення виконання органами місцевого самоврядування своїх повноважень в умовах існуючого адміністративно-територіального устрою України.

1. Рекомендації парламентських слухань про законодавчі аспекти регіональної політики та місцевого самоврядування, схвалені Постановою Верховної Ради України від 5.06.2003 року № 939-IV// Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2003. — № 46. — Ст. 369.
2. *Смирнова Т.* Правове регулювання місцевого самоврядування в Україні: навч. посібн / Т. Смирнова. — К.: Видавничий дім „КМ Академія”, 2001. — С. 63.
3. *Заєць А.* Законодавче забезпечення реформи місцевого самоврядування і адміністративно-територіального устрою в Україні [Електронний ресурс] // Реформа для людини: зб. матеріалів про шляхи реалізації адміністративно-територіальної реформи / А. Заєць. — Київ, 2005. С. 1. — режим доступу до журн.: <http://www.kharkivoda.gov.ua/show.php?page=444>
4. *Andersen Uwe / Wichard Woyke (Hg.)* Handwörterbuch des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland. 5, aktual. Aufl. Opladen: Leske +Budrich. 2003, Lizenzausgabe Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2003. S. 54.
5. *Карпінський Ю.* Аналіз проблем сучасного стану адміністративно-територіального устрою України [Електронний ресурс] // Реформа для людини: зб. матеріалів про шляхи реалізації адміністративно-територіальної реформи / Ю. Карпінський. — Київ, 2005. С. 2. — режим доступу до журн.: <http://www.kharkivoda.gov.ua/show.php?page=444>
6. *Верменич Я.* Еволюція адміністративно-територіального устрою в Україні: проблеми концептуалізації / Я. Верменич // Київ: Український історичний журнал. — 2005. — № 4. — С. 114—145
7. *Підкова І.* Довідник з історії України: вид. в 3 т. / І. Підкова, Р. Шуст — Т. 1. — К.: Генеза, 1993. — С. 164; Т. 2. — Київ: Генеза, 1995. — С. 92.
8. *Григорьев В.* Эволюция местного самоуправления. Отечественная и зарубежная практика: монография / В. Григорьев. — Киев: Истина, 2005. — С. 110.
9. *Kneteyer F.-L.* Kommunale Selbstverwaltung in Ost und West // Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. S. 34.

10. *Артеменко В.* Сім разів відмір і один раз відріж / В. Артеменко // Аналітико-дослідницькі матеріали експертів Інституту громадянського суспільства в контексті зарубіжного досвіду : територіальна реформа та місцеве самоврядування. — Київ, 2006. С. 5.
11. *Телешун С.* Окремі аспекти реформування адміністративно- територіального устрою в контексті останніх урядових пропозицій / С. Телешун // Київ : Право України. — 2003. — № 1. — С. 8—11.

TERRITORIAL BASIS OF LOCAL SELF-GOVERNMENT IN UKRAINE: TYPICAL STANDARDS

I. Sofinska

*L'viv State University of Internal Affairs
Horodotska Str. 26, UA – 79007 L'viv, Ukraine
tel.: (032) 278-25-12, e-mail: sofinska@gmail.com*

Standards of territorial basis of local self-government of Ukraine existence are the result of historical, geopolitical, economic and social, ethnic and demographic features influence on state development. Research of local self-government territorial basis is up-to-date needs separate consideration according to the European charter of local self-government provisions and their implementation into the national legislation of Ukraine.

The author asserts that constitutional and administrative-territorial reforms in Ukraine certify the necessity of the European standards of local self-government implementation, analysis of their advantages and disadvantages, expedience of their application in Ukraine in order to provide local self-government bodies' execution of their powers under the current administrative-territorial division of Ukraine.

Key words: bodies of local self-government, territorial basis of local self-government, state development, administrative-territorial division.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008
Прийнята до друку 01.06.2008

АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО

ПРОБЛЕМИ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

З. Гладун

*Тернопільський національний економічний університет,
вул. Микулинецька, 46 а, 46006 Тернопіль, Україна
тел. (0352) 43-09-41, e-mail: z_hladyn@ukr.net*

Досліджено проблемні питання законодавства, що регулює адміністративно-правову відповідальність у сфері охорони здоров'я. Показано історичний шлях розвитку адміністративно-правового регулювання у сфері охорони здоров'я, зокрема в Російській імперії та в СРСР. Досліджуються види, підстави та елементи складу адміністративних проступків, що можуть бути скоєні у сфері охорони здоров'я. Наводяться статистичні дані щодо виявлення, розслідування та притягнення винних до відповідальності за вчинені адміністративні правопорушення.

Ключові слова: законодавство про охорону здоров'я, адміністративна відповідальність, склад адміністративного правопорушення, проект Кодексу про адміністративні проступки.

Проблеми правового регулювання адміністративної відповідальності сьогодні є одними із злободенних і найактуальніших у сучасній юридичній науці та літературі. Переважна більшість українських дослідників (В.Б. Авер'янов, С.Г. Стеценко, Ю.П. Битяк, В.В. Зуй, В.М. Парашук, В.К. Шкарупа, Р.А. Каложний, І.П. Голосніченко, Т.О. Коломощ, Г.Ю. Гулевська та ін.) вказують на архаїчність та закостенілість структури, некодифікованість норм, що регулюють адміністративну відповідальність, а загалом – на відсутність системного підходу в правовому регулюванні цього інституту, на еkleктичність системи адміністративно-деліктних норм, яка швидше нагадує діряве решето, ніж чинний закон. З цим важко не погодитись.

За весь час існування адміністративної відповідальності як окремого виду юридичної відповідальності адміністративно-правові заходи використовували з репресивно-каральною метою, і вони практично не піддавались реформуванню. Досі цей інститут залишається в тих формах, в яких він був запроваджений у 20–30-х роках ХХ ст. і виконує репресивно-каральну роль щодо громадян. Про жодне запобігання вчиненню адміністративних правопорушень у цьому випадку не може бути й мови, окрім декількох статей Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі КУпАП), які містять суто декларативні положення щодо необхідності запобігання скоєнню адміністративних правопорушень.

Нині чинний КУпАП був прийнятий ще в радянські роки (1984 р.) [1]. Відтоді в нього було внесено величезну кількість змін, які не мають системного характеру, відзначаються надмірною деталізацією і необґрунтовано перетворюють адміністративне деліктне законодавство у зібрання казуальних правил [2]. Очевидно, що якщо керуватися головною метою цього кодексу, а нею в сучасних

умовах відповідно до новітньої доктрини адміністративного права є захист та охорона прав та інтересів громадян [3], то спрямованість його норм свідчить про переважно адміністративно-репресивний характер.

Лише після здобуття Україною державної незалежності відповідно до ідеї наближення українських правових норм до норм права Європейського Союзу і виникла потреба у їх реформуванні. Відповідно до цієї потреби сформовано сучасну Доктрину українського адміністративного права [4, с. 20] і започатковано процес імплементації норм права ЄС у законодавство України.

Охорона здоров'я населення – надзвичайно широка сфера суспільних відносин. Вона охоплює не лише діяльність медичних закладів і працівників охорони здоров'я щодо лікування пацієнтів, тобто надання медичної допомоги, а й виробничу діяльність підприємств медичної, мікробіологічної та біологічної промисловості, виробництво лікарських засобів, санітарний контроль за умовами праці в усіх сферах економіки, протиепідемічний нагляд органів державної санітарно-епідеміологічної служби за всією територією країни, а також за її окремими об'єктами тощо.

Історія адміністративно-правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я населення в сучасному розумінні налічує вже не одне століття. Шлях цей не був легким і рівним у різних країнах, траплялися певні досягнення і прорахунки. Дев'ятнадцяте століття стало епохою розквіту санітарного законодавства у передових країнах Європи – Великій Британії, Пруссії, Франції. Важливою віхою на цьому шляху було прийняття у 1857 р. Лікарського статуту („Уставъ врачебный”) Російської імперії, який, як на той час, запроваджуючи інститут „санітарної поліції”, досить досконало регулював ці відносини, встановлюючи і заходи адміністративного запобігання, припинення й адміністративної відповідальності у цій сфері.

Після жовтневого перевороту в Росії в 1917 р. норми медичного й санітарного законодавства були відкинуті, однак з часом їх відновили в актах радянського законодавства. Після прийняття у 1981 р. Основ законодавства Союзу РСР і союзних республік про адміністративні правопорушення, в тодішній Українській РСР у 1983 р. прийнято Кодекс про адміністративні правопорушення. Він містив лише п'ять статей, що встановлювали адміністративну відповідальність за правопорушення у сфері охорони здоров'я населення. Першою, за своїм суспільним значенням, була норма ст. 42 щодо відповідальності за порушення санітарно-гігієнічних і санітарно-протиепідемічних правил і норм. Зазначені правила і норми, а згідно із Законом України „Про забезпечення санітарно-гігієнічного благополуччя” їх розробляє і затверджує Міністерство охорони здоров'я України, є специфічними нормативно-правовими актами – юридичну силу їм надає саме затвердження наказом міністерства і відповідна реєстрація в Міністерстві юстиції України. Саме тому вони набувають надгалузевого характеру, оскільки поширюють свою дію не лише в межах однієї системи охорони здоров'я, але й діють у всіх інших сферах життя – у промисловості, у сільському господарстві, у сферах культури, освіти, науки, у сферах адміністративно-політичної діяльності держави. У ст. 43 цього кодексу визначено заходи адміністративної відповідальності за порушення цих правил на транспорті. Крім того, відповідними нормами (ст. ст. 44, 45, 46) встановлювалась адміністративна відповідальність за вживання

наркотичних речовин без призначення лікаря; ухилення від обстеження і профілактичного лікування осіб, хворих на венеричну хворобу; умисне приховування джерела зараження венеричною хворобою.

Об'єктивний процес спеціалізації і конкретизації як медичної, так і правозастосовної діяльності, призвів до того, що в процесі застосування цих норм виявлялись їх окремі прогалини, які потребували правового регулювання. Цей процес зумовив запровадження певних правових норм, із заходами адміністративної відповідальності за окремі більш “вузькі” за своїм змістом правопорушення (наприклад, за розповсюдження радіоактивно забруднених продуктів харчування чи іншої продукції).

Вважається, що адміністративна відповідальність є формою реагування держави на адміністративні правопорушення, яка виявляється в застосуванні повноважними державними органами, посадовими особами адміністративних санкцій щодо винної особи у межах і порядку, встановлених законодавством. Вона є складним багатогранним явищем, що охоплює адміністративно-правові відносини, адміністративно-правові норми, до яких належать норми, що містять адміністративні санкції, правопорушення з його статичними елементами (об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона), діяльність правозастосовних органів та їх посадових осіб тощо. Адміністративна відповідальність, як зазначають сучасні підручники з адміністративного права, полягає у застосуванні до осіб, що вчинили адміністративні проступки, особливих санкцій – адміністративних стягнень [4, с. 222]. Хоча аналізований вид відповідальності реалізується в обов'язку порушника зазнати певних обмежень, чи інших несприятливих наслідків, що визначені санкцією порушеної статті закону, зводити поняття адміністративної відповідальності до поняття адміністративного стягнення буде неправильним, бо адміністративна відповідальність охоплює такі елементи, як державний осуд діяння (дії чи бездіяльності) і особи, яка його вчинила та застосування до порушника заходів, визначених санкцією порушеної статті закону [5].

Водночас ще й досі у чинному законодавстві України про адміністративні правопорушення немає систематизації норм у рамках одного законодавчого акта, що призводить до конкуренції норм, їх двозначного тлумачення. Так, поряд з Кодексом України про адміністративні правопорушення – основним законодавчим актом, що встановлює адміністративну відповідальність (є нормативною підставою її настання) діють також інші закони прямої дії, що містять норми, які встановлюють адміністративну відповідальність, наприклад, такі кодекси як Митний [6], Повітряний [7], Торговельного мореплавства [8], закони України: „Про боротьбу з корупцією” [9], „Про захист від недобросовісної конкуренції” [10], „Про відповідальність підприємств, установ і організацій за порушення законодавства про ветеринарну медицину” [11], „Про рекламу” [12], „Про державну податкову службу в Україні” [13] та ін.

До речі, законодавчі акти, що діють у сфері охорони здоров'я, зокрема Основи законодавства України про охорону здоров'я, Закон України „Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення”, також містять норми, які вказують на адміністративну відповідальність у цій сфері, однак вони є бланкетними.

Фактичною підставою притягнення до адміністративної відповідальності є скоєння винною особою адміністративного проступку. У Главі 5 Розділу II Особливої частини Кодексу України про адміністративні правопорушення „Адміністративні правопорушення в галузі охорони праці і здоров'я населення” встановлено адміністративну відповідальність за такі адміністративні правопорушення: порушення санітарно-гігієнічних і санітарно-протиепідемічних правил і норм (ст. 42); виробництво, заготівля, реалізація сільськогосподарської продукції, що містить хімічні препарати понад гранично-допустимі рівні концентрації (ст. 42-1); заготівля, переробка або збут радіоактивно забруднених продуктів харчування чи іншої продукції (ст. 42-2); виробництво, зберігання, транспортування або реалізація продуктів харчування чи продовольчої сировини, забруднених мікроорганізмами та іншими біологічними агентами понад гранично-допустимі рівні (ст. 42-3); незаконні виробництво, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів або психотропних речовин без мети збуту в невеликих розмірах (ст. 44); ухилення від медичного огляду чи медичного обстеження (ст. 44-1); ухилення від обстеження і профілактичного лікування осіб, хворих на венеричну хворобу (ст. 45); порушення встановленого порядку взяття, переробки, зберігання, реалізації і застосування донорської крові та (або) її компонентів і препаратів (ст. 45-1); умисне приховування джерела зараження венеричною хворобою (ст. 46); порушення вимог режиму радіаційної безпеки в місцевостях, що зазнали радіоактивного забруднення (ст. 46-1).

Також у сфері охорони здоров'я можуть вчинятися й інші адміністративні правопорушення, наприклад щодо якості виробництва лікарських засобів, які своєю чергою, передбачені главою 13 КУпАП „Адміністративні правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології та сертифікації”: випуск і реалізація продукції, яка не відповідає вимогам стандартів (ст. 167); випуск у продаж нестандартної продукції (ст. 168); виконання робіт, надання послуг громадянам-споживачам, що не відповідають вимогам стандартів, норм і правил (ст. 168-1); передача замовнику або у виробництво документації, яка не відповідає вимогам стандартів (ст. 169); недотримання стандартів під час транспортування, зберігання і використання продукції (ст. 170) та ін.

Крім того, глава 15 КУпАП „Адміністративні правопорушення, що посягають на встановлений порядок управління” містить опис таких адміністративних проступків як: невиконання законних вимог посадових осіб органів державного контролю якості лікарських засобів (ст. 188-10 КУпАП); невиконання постанов, розпоряджень, приписів, висновків, а також інших законних вимог посадових осіб органів, установ і закладів державної санітарно-епідеміологічної служби (ст. 188-11 КУпАП).

Одним з центральних елементів механізму правового регулювання і водночас складу адміністративного правопорушення є **об'єкт** проступку. Його точне визначення і закріплення в нормах закону (кодексу) дає змогу більш конкретно проводити як профілактичну роботу, так і правозастосовну діяльність відповідних державних органів.

Зазначимо, що загальним (родовим) об'єктом досліджуваних правопорушень є **здоров'я** людини або групи людей чи навіть усього суспільства. Тому потрібно розрізняти, що в окремих складах проступків загальним об'єктом виступає здоров'я

окремої людини (ст. 44 „Ухилення від медичного огляду чи медичного обстеження”) або здоров’я групи осіб чи навіть здоров’я всього суспільства (ст. 42 „Порушення санітарно-гігієнічних і санітарно-протиепідемічних правил і норм”), а також певні правила поведінки, вимоги та норми, постанови, розпорядження, приписи, висновки та інші законні вимоги посадових осіб (наприклад, вимоги стандартів, сертифікатів відповідності; правила поводження на радіоактивно забрудненій території, порядок зберігання крові донорів; норми, правила і зразки (еталони) щодо якості; санітарні норми), обов’язковість дотримання яких пояснюють збереженням на належному рівні здоров’я будь-якої людини та недопущення його погіршення чи втрати.

Ще одним елементом складу зазначених правопорушень слугує їх **об’єктивна сторона**. Оскільки всі вони є проступками з формальним складом, тобто достатня обов’язкова ознака – сам факт вчинення протиправного діяння, то можемо зробити висновок, що кожне з перелічених діянь буде вважатися адміністративним правопорушенням відразу ж після його вчинення, незважаючи на те, чи настав протиправний результат від вчинення того чи іншого правопорушення, не шукаючи причинного зв’язку між діянням та цим результатом. Наприклад, порушення певних правил і норм; заготівля, переробка чи збут радіоактивно забруднених продуктів харчування; виробництво, зберігання, транспортування або реалізація продуктів харчування чи продовольчої сировини, забруднених мікроорганізмами; незаконні виробництво, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів або психотропних речовин без мети збуту в невеликих розмірах; ухилення від медичного огляду чи медичного обстеження та інше вважаються адміністративними проступками відразу ж в момент їх вчинення і відповідно караються.

Одним із обов’язкових елементів складу кожного з перелічених вище адміністративних правопорушень є їх **суб’єкт**, тобто особа, яка здійснила проступок і до якої може бути застосоване адміністративне стягнення. Загальними ознаками суб’єкта аналізованих адміністративних проступків і адміністративної відповідальності за них слугує те, що суб’єктом обов’язково є фізична особа – людина, яка досягла 16-річного віку і котра є осудною на момент вчинення правопорушення, тобто розуміє (усвідомлює) протиправність своїх діянь і може керувати ними. Водночас низка вищезазначених статей КУпАП передбачають наявність і спеціального суб’єкта з притаманними лише йому ознаками. Йдеться передусім про посадових осіб підприємств, установ, організацій, власників підприємств чи уповноважених ними осіб, громадян, які займаються підприємницькою діяльністю, які підлягають адміністративній відповідальності за адміністративні правопорушення, пов’язані з недотриманням установлених правил у сфері охорони здоров’я населення, забезпечити виконання яких входить до їхніх службових обов’язків.

Іншими спеціальними суб’єктами можуть бути особи, хворі на наркоманію; особи, щодо яких є достатні дані про те, що вони хворі на венеричну хворобу; особи, які були у контакті з хворими на венеричну хворобу та хворі на венеричну хворобу.

Останнім елементом складу розглянутих адміністративних правопорушень є їх **суб’єктивна сторона**, тобто вина – психічне ставлення суб’єкта до вчиненого ним правопорушення і до шкідливих наслідків, які настали чи могли б настати. Вина є

необхідною умовою відповідальності. Якщо в діяннях особи вину не встановлено, а шкідливі наслідки стали результатом випадкових обставин – немає суб'єктивної сторони, немає адміністративного проступку, немає адміністративної відповідальності. Більшість з перелічених вище проступків можуть бути вчинені як умисно, так і з необережності, однак є низка проступків, які можуть бути вчинені лише умисно, наприклад, ст. 46 КУпАП „Умисне приховування джерела зараження венеричною хворобою”; ч. 3 ст. 46-1 „Умисне придбання і використання для виробничих потреб зазначених у цій статті будівельних матеріалів, устаткування, транспортних засобів, які винесено або вивезено з території, що зазнала радіоактивного забруднення”.

За вчинення цих адміністративних правопорушень чинний кодекс передбачає вживання заходів адміністративної відповідальності, що проявляються в таких санкціях як попередження, накладення штрафу, конфіскація недоброякісної продукції.

Крім нормативної та фактичної підстав адміністративної відповідальності наявна ще одна обов'язкова підстава настання адміністративної відповідальності – процесуальна, суть якої полягає в тому, що для притягнення до відповідальності необхідний акт компетентного органу про накладення конкретного адміністративного стягнення за вчинення конкретного адміністративного проступку.

Питання розгляду справ про адміністративні правопорушення і накладення на винних осіб адміністративних стягнень визначені у нормах Кодексу України про адміністративні правопорушення. Відповідно до ст. ст. 213, 214 і 235, розгляд справ про вчинення адміністративних правопорушень, об'єктом посягання яких є здоров'я людини і населення, встановлений порядок управління, покладено, зокрема, на суди, органи, установи і заклади Державної санітарно-епідеміологічної служби України, органи внутрішніх справ тощо.

Одне з непростих питань, яке ми намагалися дослідити, полягало у з'ясуванні абсолютних і відносних (у %) показників застосування адміністративних стягнень за вказані правопорушення. Однак, з'ясувалось, що державна статистика не дає відповіді на такі запитання. Статистичний щорічник України, який видає Державний комітет статистики, у розділі правопорушення фіксує кількість правопорушень відповідно до назв певних глав КУпАП, об'єднуючи правопорушення у галузі охорони праці та здоров'я населення. Так, у 2005 р. таких правопорушень було скоєно 267,5 тис., що порівняно з 2000 р. свідчить про їх ріст на 32%, а відповідно до загальної кількості вчинених в 2005 р. і облікованих органами статистики правопорушень (7013,7 тис.) становить 3,8% [17]. Однак ці дані є далеко не повні. Тому, характеризуючи частоту застосування адміністративних стягнень за правопорушення, що скоєні у сфері охорони здоров'я, можемо навести більш-менш точні дані застосування адміністративних стягнень органами державної санітарно-епідеміологічної служби.

За даними Міністерства охорони здоров'я протягом 2004 р. в Україні за виявлені порушення санітарного законодавства на об'єктах підвищеного епідеміологічного ризику на посадових осіб накладено 131,5 тис. штрафів на суму 8 млн 39 тис. грн. (за аналогічний період минулого року – 128,3 тис. штрафів на

суму 7 млн 53 тис. грн.), у тому числі в Донецькій області – 14 749 штрафів на суму 814,4 тис. грн., Дніпропетровській – 7 614 на суму 681,2 тис. грн., Вінницькій – 7 546 на суму 306,1 тис. грн., Закарпатській – 2 487 на суму 135,6 тис. грн., Тернопільській – 1 657 на суму 117,7 тис. грн., м. Севастополі – 1 884 на суму 244,2 тис. грн. На жаль, зазначений відомчий статистичний звіт, з якого взято ці дані, не містить інформації щодо кількості і суми сплачених штрафів.

З метою усунення порушень було припинено експлуатацію 46,6 тис. об'єктів підвищеного епідеміологічного ризику (у 2003 р. – 46,3 тис.), з них у Донецькій області – 4 987, Автономній Республіці Крим – 3 805, Дніпропетровській – 2 878 та Волинській – 613, Тернопільській – 463, м. Севастополі – 456. [16, с. 110]

Ці та деякі інші хоч і неповні дані свідчать, з одного боку, про значне поширення адміністративних правопорушень у сфері охорони здоров'я, а з іншого – про велику кількість адміністративних стягнень, які накладаються на винних осіб за вчинені правопорушення. Однак зіставлення цих цифр навіює думку про недостатню ефективність заходів адміністративної відповідальності, адже центральною метою їх застосування є запобігання вчиненню таких правопорушень. Тож сучасні суспільно-економічні умови життя українського суспільства примушують по-новому поглянути на якість адміністративно-правових норм і практику їх застосування. Видається, що ця сфера правоустановної і правозастосовної практик потребує ґрунтовного реформування. Не можна не погодитись із більшістю дослідників питань адміністративної відповідальності, що реформування має відбутися шляхом розробки і прийняття нового Кодексу про адміністративні проступки.

У проекті Кодексу України про адміністративні проступки, підготовленого групою науковців відповідно до проекту ОБСЄ (Підтримка розвитку адміністративного права і адміністративної юстиції в Україні) [15], адміністративні проступки у сфері охорони здоров'я, включені до першого розділу, з якого починається Особлива частина кодексу, що є абсолютно доречним і свідчить про їх значимість у системі адміністративних деліктів. Зазначимо, що автори цього проекту кодексу поділили проступки, об'єктом яких є здоров'я людини чи громадське здоров'я на дві глави – главу 1 („Адміністративні проступки проти здоров'я осіб”) і главу 2 („Адміністративні проступки проти порядку обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, інших одурманюючих речовин”).

Вони розміщені, починаючи від ст. 47 („Порушення порядку взяття, переробки, зберігання, реалізації та застосування донорської крові, її компонентів і препаратів”) і до ст. 60 („Порушення вимог щодо реалізації і обігу тютюнових виробів”), і містять 14 складів проступків.

Очевидно, що процес визначення і встановлення заходів адміністративної відповідальності за правопорушення проти здоров'я населення поки не завершений. Сьогодні він нагадує собою стару строкату ковдру, до якої законодавець щоразу „пришиває” нові латки. Тому головним недоліком встановлення адміністративної відповідальності за такі правопорушення (до речі, як і в інших сферах життя!) є відсутність саме системи у вирішенні питань забезпечення правопорядку.

На сучасному етапі розвитку державності України роль і значення адміністративної відповідальності як необхідного інструменту здійснення державної політики у сфері охорони здоров'я населення суттєво зростає. Адже правові заходи цього виду відповідальності спрямовані головню на забезпечення законності і правопорядку в сфері адміністративно-правового регулювання суспільних відносин.

Сфера охорони здоров'я в сучасних умовах значно розширилася – відповідно й розширилася сфера правового регулювання цих відносин, свідченням чого є суттєве збільшення кількості актів законодавства, складів злочинів, передбачених у Кримінальному кодексі України 2001 р., а також значне збільшення складів адміністративних правопорушень, включених до чинного КУпАП шляхом внесення відповідних доповнень.

Сучасні умови провадження активної соціальної політики держави, зокрема ефективне забезпечення реалізації прав громадян у сфері охорони здоров'я, настійливо потребують критичного перегляду наявного стану справ у цій сфері відносин і докорінного реформування на принципових засадах питань адміністративної відповідальності. Це можливо через докорінний перегляд переліку адміністративних деліктів, зміну підходів до запровадження і підстав притягнення до адміністративної відповідальності і, зокрема, підготовки й прийняття нового Кодексу України про адміністративні проступки.

Отже, підводячи підсумок, варто зазначити щодо необхідності урахування ролі інституту адміністративної відповідальності в механізмі правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я, а відтак і щодо вдосконалення, оптимізації заходів адміністративного примусу, що мають на меті забезпечити охорону відносин зазначеної сфери.

-
1. Відомості Верховної Ради УРСР. — 1984. — Додаток до № 51. — Ст. 1122.
 2. Адміністративне право України. Академічний курс : підруч. : У 2 т. : Т. 1. Загальна частина / [ред. колегія : В.Б. Авер'янов (голова)]. — К. : Юридична думка, 2004.
 3. *Авер'янов В. Б.* Нова доктрина українського адміністративного права : концептуальні позиції / В. Б. Авер'янов // *Право України.* — 2006. — № 5. — С. 11—17.
 4. *Авер'янов В. Б.* Адміністративна реформа і правова наука / В. Б. Авер'янов // *Право України.* — 2002. — № 3. — С. 20.
 5. *Агапон А. Б.* Административная ответственность / А. Б. Агапон. — М. : Статут. — 2004. — С. 18—20 (351 с.).
 6. Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 38—39. — Ст. 288.
 7. Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 25. — Ст. 274.
 8. Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № № 47, 48, 49, 50, 51, 52. — Ст. 349.
 9. Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 34. — Ст. 266.
 10. Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 36. — Ст. 164.
 11. Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 7. — Ст. 58.
 12. Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 39. — Ст. 181.
 13. Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 15. — Ст. 84; — 1995. — № 1. — Ст. 3. — № 30. — Ст. 229.

14. *Стеценко С. Г.* Адміністративне право України : навч. посібн / С. Г. Стеценко. — К. : Атіка, 2007. — С. 222.
15. Проект концепції реформування інституту адміністративної відповідальності в Україні та відповідні законопроекти / Проект „Підтримка розвитку адміністративного права і адміністративної юстиції в Україні” здійснюється за сприяння Координатора проектів ОБСЄ в Україні. — Київ, 22 грудня 2006 р.
16. Результати діяльності галузі охорони здоров'я України у 2003—2004 роках. — К., МОЗ України, 2005. — С. 110.
17. Статистичний щорічник України за 2005 рік / Державний комітет статистики України / [за ред. О. Г. Осауленка]. — К. : Консультант, 2006. — С. 534.

**PROBLEMS OF ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY
IN THE SPHERE OF HEALTH PROTECTION
AND WAYS OF THEIR SOLUTION**

Z. Hladun

*Ternopil National Economic University
Mikulynets'ka Str. 46a, UA – 46006 Ternopil', Ukraine
tel. (0352) 43-09-41, e-mail: z_hladyn@ukr.net*

The article deals with the issues of domestic legislation that regulates administrative responsibility in the sphere of health protection. The history of the administrative and legal regulation development in the sphere of health protection, in particular in the Russian Empire and in the USSR, has been elucidated. Kinds, grounds and components of administrative misconducts accomplished in the sphere of health protection, are examined. Statistical information about the exposure, investigation and bringing the guilty persons to responsibility for administrative offences is presented.

Key words: legislation on health protection, administrative responsibility, components of administrative offence, draft Code of administrative misconducts.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

І. Личенко

*Львівський державний університет внутрішніх справ
вул. Городоцька, 26, 79007 Львів, Україна*

Висвітлено суть системи адміністративно-правового регулювання відносин у сфері захисту права власності та її складові.

Ключові слова: адміністративно–правове регулювання відносин, адміністративно-правові норми, застосування норм адміністративного права.

Необхідність наукового дослідження з приводу адміністративно-правового регулювання відносин у сфері захисту права власності зумовлено тим, що система адміністративно-правового регулювання цих відносин дає змогу зрозуміти логіку і пізнати адміністративно-правовий вплив на ці суспільні відносини, визначити головні елементи організаційно-правового впливу і регулювання відносин у сфері захисту права власності. Відсутність комплексних досліджень запропонованої теми негативно позначається на механізмі захисту права власності загалом та законних інтересах власників зокрема.

Проблемі захисту права власності присвятили низку публікацій вчені радянської доби – Т.К. Зарубицька, В.Д. Резвих та інші та незначне коло вчених новітнього часу – В.В. Галуцько, О.І. Никитенко, О.І. Остапенко та ін. Зважаючи на актуальність теми та необхідність розробки теоретичних засад функціонування ефективного правового механізму захисту права власності, доцільним є глибше дослідити запропоновану тему.

У науковій літературі сукупність юридичних засобів, за допомогою яких забезпечується правовий вплив на суспільні відносини, в тому числі у сфері захисту права власності, визначають поняттям „механізм правового регулювання” [1, с. 40] або „система адміністративно-правового регулювання” [2, с. 397]. Зважаючи певною мірою на „технічність” термінології першого варіанту, доцільніше вживати поняття „система адміністративно-правового регулювання”.

Система адміністративно-правового регулювання у сфері захисту права власності охоплює такі елементи: адміністративно-правові норми, застосування норм адміністративного права суб'єктами права, адміністративно-правові відносини.

Перелічені елементи цієї системи нерозривно пов'язані. Ігнорування одного з них призводить до негативних результатів дії інших.

І. Адміністративно-правові норми є первинними елементами адміністративного регулювання суспільних відносин у сфері захисту права власності. В системі адміністративно-правового регулювання правовим нормам відведене центральне місце, оскільки їх відсутність негайно призводить до бездіяльності всієї системи функціонування адміністративного права.

Більшість норм адміністративного права, що регулюють відносини у сфері захисту права власності містяться в Кодексі України про адміністративні правопорушення. Даючи визначення адміністративному правопорушенню,

законодавець визнає його як протиправну, винну дію чи бездіяльність, яка посягає в тому числі на власність, і за яку законом передбачено адміністративну відповідальність.

Стаття 40 КУпАП зобов'язує винних відшкодувати майнову шкоду потерпілим, заподіяну правопорушенням. У гл. 6 Особливої частини КУпАП висвітлено питання регулювання правового режиму власності – „Адміністративні правопорушення, що посягають на власність”.

Велика кількість адміністративно-правових норм у сфері захисту права власності зосереджена в інших розділах КУпАП. Наприклад, у статті 53-3 розділу сьомого КУпАП встановлено відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки, в гл. 9 КУпАП регулюються відносини у сфері охорони ліній і споруд зв'язку та ін.

За допомогою адміністративно-правових норм:

- обумовлюється законослухняна поведінка суб'єктів адміністративно-юрисдикційної діяльності щодо захисту права власності;
- здійснюється орієнтація на задоволення та відновлення інтересів прав власників шляхом прямого застосування адміністративних санкцій за правопорушення, що посягають на власність;
- визначається варіант адміністративної процедури провадження у справах про адміністративне правопорушення, з урахуванням підвідомчості його розгляду, дотриманням законності [3, с. 23].

Адміністративно-правові норми, які забезпечують охорону права власності, можна розподілити залежно від призначення, шляхів впливу на суспільні відносини у сфері власності на норми регулятивного спрямування, попереджувальні норми і норми, що містять в собі функції охорони.

Норми регулятивного спрямування визначають порядок виникнення, здійснення, припинення відносин у сфері власності та порядок їх охорони.

Окремі адміністративно-правові акти містять регулятивні норми, що визначають порядок обліку, зберігання, використання та правила реалізації майна державних підприємств, організацій та установ, діяльності державних органів з приводу здійснення контролю і нагляду в сфері забезпечення збереження державного майна [4, с. 43], та ін.

Попереджувальні норми виконують запобіжні функції, скеровані на недопущення протиправних посягань на власність. Ці функції реалізуються шляхом визначення повноважень органів державної влади і управління щодо контролю за господарською діяльністю юридичних і фізичних осіб з приводу дотримання ними порядку обліку, зберігання, витрачання матеріальних цінностей, грошових коштів, а також шляхом регламентації порядку зовнішньої і внутрішньої безпосередньої охорони державної, комунальної і приватної власності з одночасним встановленням повноважень для окремих органів державної влади і управління щодо здійснення нагляду за дотриманням адміністративно-правового режиму, в частині охорони відносин у сфері власності.

Охоронні функції адміністративно-правових норм, за своїм призначенням відрізняються від регулятивних і попереджувальних. Їхня відмінність полягає в тому, що вони скеровані на боротьбу з конкретними адміністративними

правопорушеннями у сфері власності. Адміністративно-правові норми, на які покладені охоронні функції, визначають перелік протиправних діянь та встановлюють конкретний вид покарання, передбачають заходи відновлення порушеного права власності, засоби припинення дій, що порушують існуючий адміністративно-правовий режим охорони відносин у сфері власності, заходи адміністративного забезпечення щодо недопущення в майбутньому адміністративних правопорушень у сфері власності тощо [3, с. 31–32].

2. Застосування норм адміністративного права суб'єктами права. Це теж одна з найважливіших ланок, оскільки від якості і правильності їх застосування залежить кінцевий результат адміністративно-правового впливу. Суб'єкт застосування права повинен мати відповідні юрисдикційні повноваження, володіти високою управлінською культурою, необхідними знаннями у сфері права та інших галузях наукових знань.

У процесі застосування норм адміністративного права щодо захисту права власності виникають складнощі, неясності, колізії, що стосуються захисту права власності. Суб'єкти, наділені відповідними юрисдикційними повноваженнями, здійснюють не лише адміністративне провадження, але й пояснюють юридичний зміст норм адміністративного права у сфері захисту права власності. Необхідність їх тлумачення виникає у випадку розбіжностей у поглядах суб'єктів правозастосування, сумнівів у правильності чи конституційності самої адміністративно-правової норми. В останньому випадку на допомогу приходить Конституційний Суд України. Унаслідок застосування норм адміністративного права і їх тлумачення уповноважені суб'єкти приймають відповідні рішення (правозастосовчі акти, судові рішення).

3. Адміністративно-правові відносини, що створюються в результаті дії і застосування норм адміністративного права.

Правові відносини у сфері захисту права власності завершують формування системи адміністративно-правового регулювання щодо захисту права власності, а визначення законних управлінських (адміністративних) відносин є, за своєю суттю, головною метою процесу адміністративно-правового регулювання у цій сфері. Цьому слугують як створені правові норми, так і практичне застосування їх до конкретних суспільних відносин.

Адміністративно-правові відносини слугують головним засобом, за допомогою якого вимоги адміністративно-правових норм щодо захисту права власності реалізуються під час адміністративно-юрисдикційної діяльності її суб'єктів. У системі адміністративно-правового регулювання правові відносини виконують, зазвичай, охоронні функції, їх сутність виявляється у:

- а) адміністративно-правові відносини закріплюють коло осіб, на яких під час захисту (відновлення) права власності поширюється дія адміністративних норм відповідно до правового статусу цих осіб, їх правосуб'єктністю;
- б) адміністративно-правові відносини закріплюють конкретну поведінку учасників відносин щодо захисту права власності відповідно до наявних у них прав і обов'язків;
- г) адміністративно-правові відносини надають змогу для уведення в дію додаткових спеціальних охоронних засобів, за допомогою яких захищається право

власності (наприклад, у разі відновлення права на об'єкт права інтелектуальної власності, крім накладення штрафу та конфіскації можуть бути застосовані до порушника адміністративно-запобіжні заходи) [3, с. 23].

Складовими адміністративно-правових відносин традиційно вважаються суб'єкти, об'єкти та юридичні факти.

Керуючись положеннями чинного законодавства України, до суб'єктів адміністративно-правових відносин у сфері власності зачисляють органи державної влади (в тому числі і судової), посадових осіб державних органів, власника (представника, уповноваженого власника), об'єднання громадян, кооперативи, органи самоврядування, громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства.

Передумовою вступу цих суб'єктів у конкретні адміністративно-правові відносини є наявність в них право- та дієздатності.

Державні органи, що здійснюють виконавчо-розпорядчу діяльність, мають конкретні владні повноваження, які за своїм характером залежать від обсягу компетенції цього органу.

Вважають, що основною особливістю у цих відносинах є їх правова нерівність, оскільки суб'єкт владних повноважень має пріоритет своєї волі перед волею всіх інших суб'єктів.

Такі відносини зазвичай виявляються у простій юридичній формі суб'єктивного зв'язку (власник – суб'єкт владних повноважень). Однак, коли адміністративно-правові відносини у сфері захисту права власності виникають з ініціативи недержавного суб'єкта (власника), саме він реалізує своє юридичне право, проявляючи свою волю, хоча і не владну, а адміністративний орган виступати з владними повноваженнями в цьому випадку не має права та діє як зобов'язаний по відношенню до цього суб'єкта (власника).

У наступному елементі цих відносин звернено увагу на їх побудову. Ця побудова виявляє себе у тому, що суб'єкт владних повноважень, юридично владний по відношенню до другого суб'єкта (особи, яка посягає на право на чужу власність), відповідно до своїх владних повноважень здійснює свою компетенцію із забезпечення виконання своїх обов'язків (зобов'язує суб'єкта відмовитися від протиправного посягання на чужу власність). Це приклад класичної юридичної нерівності, яка виражена у праві суб'єкта владних повноважень забезпечити охорону одного та зобов'язати іншого суб'єкта нести відповідальність.

Отож суб'єкт, діяльність якого стала об'єктом адміністративного впливу, відповідальний перед власником майна і перед суб'єктом владних повноважень [5, с. 233–234].

Ця формальна система цікава у теоретичному та практичному плані саме положенням суб'єкта владних повноважень. Він є посередником у ланцюгу між двома іншими сторонами відносин адміністративно-правового захисту, перша з яких є правомочним суб'єктом, друга – зобов'язаною. У його юридичному положенні як адміністративного органу поєднані дві різні юридичні властивості і у відношенні двох різних учасників. З одного боку, він зобов'язаний суб'єкт по відношенню до того, хто вимагає захисту, з іншого боку – він правомочний суб'єкт щодо того, хто порушує право першого суб'єкта та зобов'язує його. Крім того, він додатково

правомочний по відношенню і до першого суб'єкта (власника) у питанні виконання ним нормативно визначених вимог, які регулюють тягар утримання майна. В цьому полягає специфіка регулювання як охорони права власності. Саме в такму випадку суб'єкт владних повноважень є юридично владним як щодо власника майна, так і до другої особи, що посягає на чужу власність.

Якщо ж розглядати безпосередньо право відношення першого суб'єкта (власника) з другим (порушником прав власності), то така двохелементна структура не є владно-правовою. Останній – просто зобов'язаний, а перший – обмежений у вираженні своєї волі як можливості, визначеної нормою закону, але несанкціонованою в державно-владній компетенції для її реалізації. Посередник між ними – суб'єкт владних повноважень пов'язує цю систему як єдине ціле.

Отже, є всі підстави характеризувати ці відносини як юридично владні у дослідженні будь-яких її елементарних сегментів. Реальний стан відносин адміністративно-правового захисту права власності залежить, передусім саме від того, як суб'єкт владних повноважень практично реалізує їх між двома ішими сторонами цих відносин [5, с. 237–238].

Адміністративна правоздатність державних органів як суб'єктів адміністративно-правових відносин у сфері захисту права власності виникає від часу видання правового акта про їх створення та припиняється з їх ліквідацією чи організацією. Адміністративна правоздатність (повна чи обмежена) громадян виникає з народженням та припиняється зі смертю. Адміністративна правоздатність є основою адміністративної дієздатності.

Адміністративна дієздатність полягає у здатності набувати та реалізовувати права та обов'язки у сфері захисту права власності.

Особливістю адміністративної правоздатності та дієздатності є те, що вони дають можливість бути суб'єктом адміністративно-правових відносин в сфері захисту права власності [6, с. 45].

В адміністративно-правовій літературі ще немає одностайної думки щодо об'єкта адміністративно-правових відносин. Таким об'єктом вважають поведінку людей, унаслідок якої виникають відносини. Під це поняття підпадає також і правовий статус громадянина, особливо в частині забезпечення та реалізації його прав і свобод. В ситуації, пов'язаній з регулюванням адміністративно-правових відносин у сфері власності, перевагу потрібно надавати визначенню та оцінці дій (поведінки) людей, які мають право здійснювати адміністративно-юрисдикційні повноваження щодо захисту права власності [3, с. 23].

Підставою виникнення, зміни чи припинення адміністративно-правових відносин є юридичні факти, тобто дії та події.

Під діями трактують факти, що виникають з волі людини. Вони можуть бути правомірними, тобто такими, що відповідають вимогам адміністративно-правових норм, та неправомірними.

Прикладом виникнення адміністративно-правових відносин у сфері захисту права власності на основі правомірних дій є звернення власника до суб'єкта наділеного владними повноваженнями щодо захисту права власності. Юридичним фактом може бути також бездіяльність. Наприклад, така бездіяльність може

виявлятися у невиконанні законних вимог стосовно забезпечення утримання майна, невиконанні законних вимог органів державної влади щодо забезпечення захисту чужого права власності.

Неправомірні дії – це правопорушення, проступки, що тягнуть застосування заходів примусового впливу. Глава шоста Кодексу України про адміністративні правопорушення визначає основні види неправомірних дій у сфері власності та визначає адміністративну відповідальність за них.

Адміністративно-правові відносини виникають не лише унаслідок діяльності суб'єктів, але й в результаті виникнення подій. Події – це явища, що не залежать від волі людей, але спричиняють визначені правові наслідки [6, с. 46]. До подій, що тягнуть за собою необхідність захисту права власності, відносяться стихійні лиха (повені, землетруси, пожежі, епідемії, епізоотії тощо).

Розглянувши адміністративно-правові відносини у сфері захисту права власності, потрібно наголосити, що вони характеризуються низкою ознак:

1. обов'язковим суб'єктом таких відносин є орган державної влади чи інший суб'єкт, наділений владними повноваженнями;

2. адміністративно-правові відносини у сфері захисту права власності – це особливий зв'язок між суб'єктами, коли один з суб'єктів має право вимагати здійснення таких дій, які передбачені адміністративно-правовою нормою;

3. адміністративно-правові відносини у сфері захисту права власності виникають з ініціативи будь-якого з суб'єктів і без згоди іншого;

4. невиконання своїх обов'язків у сфері власності тягне відповідальність не перед іншою стороною, а перед державою в особі її компетентних органів;

5. спори, що виникають між сторонами адміністративно-правових відносин у сфері захисту права власності, вирішуються як в адміністративному, так і в судовому порядку.

Отже, в узагальнюючому вигляді адміністративно-правове регулювання відносин у сфері захисту права власності потрібно розуміти як процес впливу держави через спеціальні юридичні механізми на забезпечення і належну реалізацію права власності [3, с. 23].

-
1. *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве / С. С. Алексеев. — 1966. — С. 30.
 2. *Старилов Ю. Н.* Курс общего административного права : В 3 т. / Ю. Н. Старилов — Т. 1 История. Наука. Предмет. Нормы. Субъекты. — М. : Издательство Норма (Из-я группа НОРМА-ИНФРА М), 2002. — 728 с.
 3. *Остапенко О. І.* Адміністративно-правове забезпечення захисту права власності в Україні : навч. посібн. / О. І. Остапенко, Л. О. Остапенко — Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2007. — 149 с.
 4. *Зарубицкая Т. К.* Административно-правовая охрана социалистической собственности в механизме правового регулирования общественных отношений / Т. К. Зарубицкая // Административные правонарушения, посягающие на социалистическую собственность, и борьба с ними : сб. науч. трудов. — Горький : Горьковская высшая школа МВД СССР, 1983. — 191 с.

5. *Галуцько В. В.* Адміністративно-правова охорона суб'єктів права власності в Україні : монографія / В. В. Галуцько. — Херсон : ВАТ ХМД, 2006. — 356 с.
6. Адміністративне право України : підруч. / за ред. Ю. П. Битяка. — Харків : Право, 2003. — 576 с.
7. Кодекс України про адміністративні правопорушення з постатейними матеріалами : Станом на 1 січня 2001 р. / відп. ред. Є. Ф. Демський. — К. : Юрінком Інтер, 2001.

ADMINISTRATIVE AND LEGAL REGULATION OF RELATIONS IN THE SPHERE OF PROPERTY RIGHT PROTECTION

I. Lychenko

*L'viv State University of Internal Affairs
Horodotska Str. 26, UA – 79007 L'viv, Ukraine*

In the article the essence of the system of administrative and legal regulation of relations in the sphere of property right protection, as well as its components has been elucidated.

Key words: administrative and legal regulation of relations, administrative and legal norms, enforcement of administrative law norms.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАКРІПЛЕННЯ БЕЗПЕКИ ІНФОРМАЦІЙНИХ ВІДНОСИН У ГАЛУЗІ РЕКЛАМИ

І. Тацішин

*Львівський державний університет внутрішніх справ
вул. Городоцька, 26, 79007 Львів, Україна*

Розглянено наслідки стрімкого зростання ролі рекламної інформації в суспільних відносинах, зокрема специфіку побудови і формування безпеки інформаційних відносин у галузі реклами з одночасним поданням проблематики.

Ключові слова: інформація, інформаційна безпека, інформаційні відносини, реклама, рекламна діяльність.

Інформаційна революція змінює життя людей та спосіб розвитку сучасного світу. В Україні останніми роками простежується масова пропаганда способу життя західної цивілізації. Відомі випадки, що через мережу Інтернет розповсюджуються інструкції з виготовлення вибухівки в домашніх умовах, поширення порнографічної та іншої шкідливої інформації. Така інформація досить сильно впливає на молодь, котра формує свою особистість та світогляд саме у цьому інформаційному просторі. Підрастає покоління агресивних молодих людей, що цілком поділятимуть стереотипи, вибудовані ними під впливом спожитої інформації. Йдеться саме про соціальні, правові аспекти інформаційної безпеки країни. В Україні є необхідність у державному контролі та захисті інформаційної сфери. Рекламна діяльність і реклама як складові частини інформаційних відносин потребують надійної інформаційної безпеки.

Вивчення специфіки і правових засад формування інформаційної безпеки в галузі реклами потребує ще ретельного дослідження. Над вирішенням цієї проблематики працює Б.А. Кормич (дисертаційне дослідження: „Організаційно-правові основи політики інформаційної безпеки України”).

Всі громадяни України, юридичні особи і державні органи мають право на інформацію, що передбачає можливість вільного одержання, використання, поширення та зберігання відомостей, необхідних їм для реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів, здійснення завдань і функцій [1, ст. 9].

Одним з головних пріоритетів побудови України є побудова орієнтованого на інтереси людей безпечного інформаційного суспільства, мета котрого – створення і накопичення інформації та знань, вільний доступ, користування і обмін ними. На сьогодні посилюється негативний зовнішній вплив на інформаційний простір України, що загрожує розмиванням суспільних цінностей і національної ідентичності; недостатніми залишаються обсяги виготовлення конкурентоспроможного національного інформаційного продукту, в тому числі реклами, наближається до критичного стан безпеки інформаційно-комп’ютерних систем у галузі державного управління, фінансової і банківської сфери, енергетики, транспорту, внутрішніх та міжнародних комунікацій [4, п. 2.8].

Під інформацією розуміють документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому

природному середовищі [1, ст. 1]. Для того, щоб перетворитися на об'єкт суспільних відносин, відомості повинні бути організовані в такій формі та задокументовані або передані так, що можуть бути сприйняті іншими особами.

Складовою частиною інформації як категорії, котра є багатоаспектною, є реклама – інформація про особу чи товар, розповсюджена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформуванню або підтримати обізнаність споживачів реклами та їхній інтерес щодо таких особи чи товару.

Рекламна інформація – головним продуктом і основою функціонування рекламної індустрії.

Інформаційна безпека – це стан захищеності життєво важливих інтересів людини, суспільства і держави, за якого запобігається нанесення шкоди через: неповноту, невчасність та невірогідність інформації, що використовується; негативний інформаційний вплив; негативні наслідки застосування інформаційних технологій; несанкціоноване розповсюдження, використання і порушення цілісності, конфіденційності та доступності інформації [2, 13].

Відповідно до ч. 1 ст. 7 Конституції України інформаційна безпека становить окрему функцію держави, що підтверджує пріоритетність цього напрямку державної діяльності.

Захист інформаційної безпеки повинен здійснюватися передусім завдяки проведенню виваженої і збалансованої політики держави в інформаційній сфері, яка має три головні вектори: захист інформаційних прав і свобод людини, захист державної безпеки в інформаційній сфері та захист національного інформаційного ринку, економічних інтересів держави в інформаційній сфері, національних виробників інформаційної продукції [9, ст. 146].

Безпека інформаційних відносин в галузі реклами має ґрунтуватися на основі таких спеціальних принципів: пріоритетності прав і свобод людини й громадянина; верховенстві права; своєчасності заходів захисту національних інтересів реальним і потенційним загрозам; чіткого розмежування повноважень та взаємодії органів державної влади у забезпеченні безпеки інформаційних відносин в галузі реклами; використання в інтересах України міждержавних систем та механізмів міжнародної колективної інформаційної безпеки.

Державна політика щодо безпеки інформаційних відносин в галузі реклами реалізується через діяльність уповноважених державних органів влади, зокрема: Президент України, Верховна Рада України, Рада національної безпеки і оборони України, Служба Безпеки України, міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування та ін.

У правовому змісті правовідносини безпеки інформаційних відносин в галузі реклами полягають в організації нормального (безпечного) функціонування рекламної діяльності і його учасників (рекламодавця, виробника реклами, розповсюджувача реклами, споживача реклами).

Об'єктом безпеки інформаційних відносин в галузі реклами є рекламна інформація і рекламна діяльність в інформаційному просторі України, котра має бути реалізована на засадах непорушності прав та свобод людини і громадянина (право на

достовірну інформацію); духовних, морально-етичних, культурних, історичних, інтелектуальних та матеріальних цінностей суспільства; конституційного ладу, суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності держави.

Суспільні відносини, які виникають унаслідок забезпечення безпеки інформаційних відносин в галузі реклами, є багатоаспектними і стосуються різних галузей знань, зокрема: соціальних, технічних, політичних, правничих та ін.

Вважаємо, існує специфіка інформаційних відносин в галузі реклами як об'єкта безпеки. Вона виявляється у:

- нематеріальному характері рекламної інформації (цінність інформації полягає в її суті);
- суб'єктивному характері інформаційних відносин в галузі реклами (рекламна інформація виникає унаслідок діяльності суб'єктів рекламної діяльності);
- необхідності об'єктивації інформаційних відносин в галузі реклами перед включенням її у правовий обіг;
- неспоживності, можливості багаторазового використання рекламної інформації;
- здатності до відтворення, копіювання, збереження і накопичення рекламної інформації.

Водночас у правовому врегулюванні безпеки інформаційних відносин в галузі реклами наявна низка проблем, які потребують вирішення. До них можна зачислити:

- недосконалість правового визначення понятійних категорій „безпека інформаційних відносин в галузі реклами”;
- неповну правову регламентацію компетенції державних органів у забезпеченні безпеки інформаційних відносин в галузі реклами;
- необхідність розробки та прийняття нормативного правового акта, який врегулював би питання інформаційної безпеки та безпеки в рекламній галузі зокрема.

У сфері безпеки інформаційних відносин, нормотворення в Україні відбувається не комплексно, а через вирішення окремих проблем за допомогою окремих законів. Значна сукупність норм щодо безпеки інформаційних відносин потребують свого закріплення. У п. 13 Закону України „Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки” від 09.01.2007 р. № 537-V зазначено, що вирішення проблеми інформаційної безпеки має відбуватися шляхом: створення повнофункціональної інформаційної інфраструктури держави та забезпечення захисту її критичних елементів; підвищення рівня координації діяльності державних органів щодо виявлення, оцінки і прогнозування загроз інформаційній безпеці, запобігання таким загрозам та забезпечення ліквідації їх наслідків, здійснення міжнародного співробітництва з цих питань; вдосконалення нормативно-правової бази щодо забезпечення інформаційної безпеки, зокрема захисту інформаційних ресурсів, протидії комп'ютерній злочинності, захисту персональних даних, а також правоохоронної діяльності в інформаційній сфері; розгортання та розвитку Національної системи конфіденційного зв'язку як сучасної захищеної транспортної основи, здатної інтегрувати територіально розподілені інформаційні системи, в яких обробляється конфіденційна інформація.

Розвиток безпечного інформаційного суспільства в Україні визначається одним з пріоритетних напрямів державної політики. Правовідносини безпеки інформаційних відносин у галузі реклами мають специфічну природу. Вона зумовлена, зокрема, специфічним об'єктом – реклама та рекламна діяльність. Забезпечення безпеки інформаційних відносин в галузі реклами перебуває на етапі свого становлення і потребує визначення основоположних понять та принципів з відшукуванням шляхів побудови та формування державної політики в цій галузі.

1. Закон України „Про інформацію” від 02.10.1992 р. № 2657-XII // Відомості Верховної Ради України від 01.12.1992 — 1992 р. — № 48. Ст. 650.
2. Закон України „Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007-2015 роки” від 09.01.2007 р. № 537-V // Відомості Верховної Ради України від 23.03.2007 — 2007 р. — № 12. С. 511. — Ст. 102.
3. Закон України „Про основи національної безпеки України” від 19.06.2003 р. № 964-IV // Відомості Верховної Ради України від 26.09.2003 — 2003 р. — № 39. — Ст. 351.
4. Указ Президента України „Про Стратегію національної безпеки України” від 12.02.2007 р. № 105/2007 // Урядовий кур'єр від 07.03.2007. — № 43.
5. Піскорська Г. А. Інформаційна безпека та стратегії інформаційного суспільства / Г. А. Піскорська // Інформаційне Суспільство. Шлях України. 2004 р.
6. Макаренко Є. М. Проблеми безпеки в інформаційному суспільстві / Є. М. Макаренко // Інформаційне Суспільство. Шлях України. 2004.
7. Демкова М. Інформація як основа інформаційного суспільства : визначення поняття та правове регулювання” / М. Демкова, М. Фігель // Інформаційне Суспільство. Шлях України. 2004.
8. Кузнєцова З. В. Реклама і рекламна діяльність як об'єкт управління / З. В. Кузнєцова // наук. вісн. Юридичної академії МВС України. — 2003. — № 2. — С. 253—260.
9. Кормич Б. А. Організаційно-правові основи політики інформаційної безпеки України : монографія. / Б. А. Кормич — Харків, 2004 — Бібліогр. : арк. 397—427.

ADMINISTRATIVE AND LEGAL FIXATION OF INFORMATION RELATIONS SAFETY IN THE SPHERE OF ADVERTISING

I. Tatsyshyn

*L'viv State University of Internal Affairs
Horodotska Str. 26, UA – 79007 L'viv, Ukraine*

The consequences of impetuous increase of the role of advertising information in public relations have been examined. Special attention is paid to the peculiarities of structure and formation of information relations safety in the sphere of advertising.

Key words: information, information safety, information relations, advertisement, advertising.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008
Прийнята до друку 01.06.2008

ВІДОМЧА МЕДИЦИНА МВС УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ СТРАХУВАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ МЕДИЧНИХ ПРАЦІВНИКІВ

Т. Тихомирова

*Кримський юридичний інститут
Харківського національного університету внутрішніх справ
вул. Стевена, 14, 95093 Сімферополь, Україна*

Досліджено актуальні проблеми запровадження страхування професійної відповідальності медичних працівників у системі Міністерства внутрішніх справ України. Визначено ключові завдання, вирішення яких стане можливим за умови впровадження такого виду страхування. Наведено перелік обставин, що страховик не розглядає як страхові випадки і вони не підлягають задоволенню вимоги про відшкодування шкоди.

Ключові слова: відомча медицина, страхування, професійна відповідальність.

Україна останніми роками знаходиться у стані соціально-економічних та політичних перетворень. Це потребує пошуку шляхів, з одного боку, удосконалення механізмів державного управління у тій чи іншій сфері суспільного життя, з іншого – забезпечення та захисту прав, свобод та законних інтересів пересічних громадян. Сказане має пряме відношення до системи Міністерства внутрішніх справ України, оскільки саме працівники міліції забезпечують захист громадян від протиправних посягань, а також сприяють реалізації низки законодавчо визначених прав.

Потрібно зазначити, що органи внутрішніх справ водночас з деякими іншими міністерствами та відомствами (Служба безпеки, Міністерство оборони, Міністерство з питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи, Міністерство транспорту та зв'язку України та деякі інші) мають так звану відомчу медицину. Вона слугує для надання у разі необхідності медичної допомоги працівникам органів внутрішніх справ та членам їхніх сімей. Проблеми, що простежені у вітчизняній охороні здоров'я, значною мірою впливають на стан в тому числі й відомчої медицини.

Одним із невирішених завдань у системі діяльності відомчої медицини Міністерства внутрішніх справ України є запровадження страхування професійної відповідальності медичних працівників. Йдеться про те, що на сьогодні необхідно вести мову про захист прав не лише пацієнтів, але й лікарів. Тенденції до розробки концепції, проведення наукових досліджень, що сприяють розробці напрямів загальної системи захисту прав пацієнтів, без сумніву важливі й необхідні. Проте, як вся світова спільнота прагне до багатополярності як еквівалента стабільності, так і в справі юридичної регламентації надання медичної допомоги необхідно розробляти теоретико-правові основи впровадження системи захисту прав медичних працівників. Одним з ключових напрямів захисту прав лікарів є їх страхування на випадок вчинення професійних помилок, в більш загальному вигляді – страхування юридичної відповідальності медичних працівників під час виконання професійних обов'язків. Актуальність цієї проблематики підтверджується внесенням її як

складової частини навчального курсу з медичного права, про що робимо висновок, проаналізувавши підручник з медичного права, підготовленого С.Г. Стеценком [1].

Відомо, що далеко не всі медичні втручання завершуються позитивно. Це зумовлює необхідність передбачення можливості цивілізованого вирішення спірних ситуацій у разі надання медичної допомоги. Оскільки реальних юридичних механізмів, що передбачають можливість для лікарів страхувати свою професійну відповідальність, сьогодні немає, доцільно на теоретико-правовому та адміністративно-правовому рівні визначити основи цього виду страхування та його можливість запровадження для відомчої медицини МВС України.

Як видається, цей вид страхування, ґрунтується у тому числі й на стандартизації медичної допомоги, повинен стати на захист як лікаря, так і пацієнта. Страхування професійної відповідальності в системі відомчої охорони здоров'я дасть змогу вирішити декілька найважливіших завдань, а саме:

- по-перше, забезпечити можливість постраждалому пацієнтові отримати матеріальне відшкодування за збиток здоров'ю у разі дефекту надання медичної допомоги;
- по-друге, страхування професійної відповідальності захистить лікаря від матеріальної відповідальності за завдану шкоду здоров'ю пацієнта, що дуже важливо, оскільки відповідно до вимог цивільного законодавства має йтися про необхідність відшкодування особою, що надала послугу (виконавцем);
- по-третє, цей вид страхування захищає фінансову базу охорони здоров'я в умовах дефіциту коштів, оскільки фінансові витрати на відшкодування шкоди здоров'ю пацієнта забезпечуються страховими організаціями, і не залучаються кошти, призначені для лікування інших хворих.

Важливо констатувати, що загальнодержавне страхування усіх працівників органів внутрішніх справ – це один бік медалі, а страхування професійної відповідальності медичних працівників системи відомчої медицини МВС – інший, оскільки вони спрямовані на забезпечення різних потреб. Медичні працівники повинні мати право здійснювати виконання своїх професійних обов'язків без очікування судових переслідувань з боку пацієнтів – цим у разі потреби займатиметься страхова компанія.

В організаційно-правовому відношенні потрібно зазначити, що як страхувальник виступає лікар або організація, в якій він працює, а як страховик – страхова організація. Передусім важливо зробити якісне визначення, яке дасть змогу однозначно сприймати правову природу цього виду страхування. Ми вважаємо, що під страхуванням юридичної відповідальності медичних працівників відомчої системи Міністерства внутрішніх справ України під час виконання професійних обов'язків потрібно розуміти особливий вид страхування, за якого об'єктом страхування є ризик відповідальності медика перед пацієнтом. В основу страхування покладено договірну форму, при цьому правовідносини виникають між медичним працівником (відомча лікувально-профілактична установа), що називається страхувальником і страховою організацією, котра є страховиком. За цим договором у разі настання несприятливих наслідків медичного втручання всі складнощі, пов'язані як з судовими процесами, так і з необхідними виплатами,

покладено на страховика. Тому медична професія набуває необхідного їй через свої особливості права на професійний ризик. Завдяки впровадженню принципів страхування професійної відповідальності лікарі отримують змогу прямо займатися своєю основною роботою – допомагати людям у лікуванні захворювань.

Міжнародна медико-правова практика свідчить, що в провідних світових країнах знайдені прийнятні шляхи страхування лікарів через особливості їхньої професії. Є. Жилиєва та Є. Жилінська зазначають, що перший закон про введення системи страхування на випадок нанесення збитку пацієнтові був прийнятий у Фінляндії 25 липня 1986 р. У ньому зазначено, що будь-який збиток, нанесений пацієнтові з огляду на надання йому медико-санітарної допомоги або з його участю в медичних дослідженнях, підлягають компенсації. Причому для отримання компенсації не потрібно пошуків конкретної винної особи, що часто буває вельми складно для пацієнта [2, с. 76]. Цікава система страхування в США – країні з одним із найпрогресивніших рівнів медицини і достатньо розвинутою сферою медичного права. У кінці 80-х років ХХ ст. там було простежене різке підвищення позовних заяв громадян, незадоволених якістю надання їм медичної допомоги. У відповідь на це і на збільшення сум виплат, американські лікарі збільшили витрати на страхування своєї професійної відповідальності. Середня сума страхування одного лікаря становила більше 8 тис. доларів на рік, а найбільше грошових коштів (у % від річного доходу) на таке страхування витрачали акушери-гінекологи (10,3%), анестезіологи (8,3%) і загальні хірурги (6,9%) [3, с. 33]. Незважаючи на значні витрати зі страхування своєї професійної відповідальності, вигідніше зробити це, ніж надалі сплачувати компенсацію шкоди і відшкодовувати збиток, заподіяний невдалим лікуванням.

Чи всі проблеми, котрі можуть виникнути у практичній діяльності медика, що працює у відомчій лікувально-профілактичній установі Міністерства внутрішніх справ України, може „унезбезпечити” страхування від страхової компанії? Відповідь на це питання має бути однозначна – ні. Це пов’язано з цілою низкою чинників. Їх аналіз дає змогу пропонувати складання переліку випадків, коли страхування професійної відповідальності медичного працівника системи МВС України не є ефективним захистом. Важливо пам’ятати, що, зазвичай, не розглядаються страховиком як страхові випадки і не підлягають задоволенню вимоги про відшкодування шкоди:

1. Заподіяної страхувальником (лікар чи установа охорони здоров’я), якщо медичні послуги реально здійснювали працівники, які не мають спеціалізації відповідного профілю, належної, легально підтвердженої кваліфікації.

2. У разі відмови пацієнта від медичного втручання, оформленого записом в медичній документації, і підписаного ним чи його законним представником і медичним працівником, а також у разі невиконання особою, що постраждала, плану лікування і розпоряджень лікаря, що здійснює лікування.

3. Шкоди, заподіяної унаслідок:

а) умисного або необережного порушення страхувальником адміністративного, трудового, цивільного і кримінального законодавства, що призвело до порушення стану здоров’я пацієнта;

б) невиконання страхувальником або його працівником розпоряджень, виданих відповідними органами нагляду, з усунення порушень порядку організації лікувального процесу, зберігання лікарських препаратів, експлуатації медичного устаткування, будівель, споруд та інженерних комунікацій;

в) порушення страхувальником або його працівником вимог і умов ліцензування діяльності, пов'язаної з наданням медичної допомоги, виготовленням і продажем лікарських препаратів;

г) порушень страхувальником або його працівником нормативно-правових актів, правил техніки безпеки, інструкцій з переливання крові і її компонентів, призначенню фармакологічних препаратів та інших документів, що регулюють діяльність медичних і фармацевтичних установ, котрі призвели до порушення стану здоров'я пацієнта (захворювання, травми, опіки й ускладнення);

д) передчасного припинення лікування, що спричинило до погіршення стану пацієнта, розвитку ускладнення, загострення, ускладнює процес захворювання;

е) клінічних випробувань фармакологічних препаратів і медичного устаткування, а також застосування фармакологічних препаратів та експлуатації медичного устаткування, не дозволених Міністерством охорони здоров'я України до клінічного застосування.

4. У разі надання медичної допомоги в екстремальних умовах:

- під час громадянських заворушень і страйків, незаконних актів третіх осіб, незаконних дій і розпоряджень мілітаризованих або цивільних представників влади;
- ядерного вибуху, радіації, радіоактивного зараження, дії іонізуючого випромінювання від якого-небудь джерела, окрім джерел, використовуваних у визначеному порядку в лікувальному процесі;
- відключення електроенергії, теплопостачання тощо.

Ми повинні розуміти, що перелічені, а також інші схожі випадки є такими, за яких виплата страхових сум була б зумовлена не об'єктивними чинниками, а зовнішніми чинниками, чи прямими порушеннями з боку лікарів, що суттєво змінює природу визначення шкоди пацієнтові та ролі у цьому процесі медичного працівника.

В Україні на сьогодні є всі умови для поступового впровадження системи страхування професійної відповідальності медиків відомчої системи МВС України. Без сумніву, на перших етапах важливо проаналізувати самі принципи страхування, визначити ті медичні професії, які найбільше потребують такого страхування, скоректувати страхові внески (які розрізнятимуться залежно від потенційної можливості настання страхового випадку). Відносно медичних працівників відомчих лікувально-профілактичних установ як страхувальник може виступати Міністерство внутрішніх справ України та його Головні управління (управління) в областях, АРК та м. Києві за рахунок коштів державного бюджету. Сьогодні, як видається, важко розраховувати, що більшість лікувальних установ відомчої медицини приймуть рішення застрахувати своїх працівників. Причин тут декілька, проте основні, на думку автора, – це низький рівень правової культури керівників установ охорони здоров'я і фінансові труднощі держави загалом. Надалі, на думку

автора, у міру розуміння суті й основ медико-правових знань, а також поліпшення фінансування МВС України, цей варіант захисту прав медичних працівників буде дедалі більше користуватися попитом.

Розробка та впровадження такого виду страхування, що через об'єктивні причини не має історичного досвіду, але широко розповсюджене у всіх розвинених країнах світу, необхідні для підвищення рівня правового та соціального захисту лікарів [4, с. 68]. Ми вважаємо, що загальними принципами правового забезпечення страхування юридичної відповідальності медичних працівників відомчих закладів охорони здоров'я МВС України повинні стати:

- створення правової бази, у тім числі внесення змін до законодавства про охорону здоров'я громадян;
- договірна форма оформлення страхування;
- розробка критеріїв оцінювання шкоди здоров'ю пацієнту і розміру страхових виплат;
- створення компенсаційних фондів на випадок відшкодування збитку;
- видача застрахованим медичним працівникам страхових полісів;
- диференційований підхід до страхування залежно від спеціальності й досвіду лікаря, характеристики самої лікувальної установи;
- напрям частини коштів на підвищення кваліфікації лікарів і підвищення рівня їх правових знань.

Завершуючи, потрібно наголосити, що впровадження страхування професійної відповідальності медичних працівників у системі МВС України – важливий крок до захисту прав пацієнтів, лікарів – працівників органів внутрішніх справ і, як наслідок, – до поліпшення стану відомчої медицини у цілому.

-
1. *Стеценко С. Г.* Медицинское право : учебн. / С. Г. Стеценко — СПб : Юридический центр Пресс, 2004. — 572 с.
 2. *Жиляева Е. П.* Защита прав пациентов в странах Европы / Е. П. Жиляева, Е. В. Жилинская // Бюллетень НИИ социальной гигиены, экономики и управления здравоохранением им. Н.А. Семашко. — 1994. — Вып. 4. — С. 74—79.
 3. Судебные иски американцев против врачей (Обзор литературы) // Качество медицинской помощи. — 1999. — № 1. — С. 32—34.
 4. *Коротких Р. В.* Страхование профессиональной ответственности медицинских работников в системе частного здравоохранения : постановка проблемы / Р. В. Коротких, Л. С. Мельникова, К. К. Касимовский // Актуальные проблемы правового регулирования медицинской деятельности : материалы 1-й Всероссийской научно-практической конференции. 16 мая 2003 г. [под общ. ред. д-ра. юрид. наук С.Г. Стеценко]. — М. : Издательская группа „Юрист”, 2003. — С. 68—70.

**DEPARTMENTAL MEDICINE
OF THE MINISTRY OF INTERNAL AFFAIRS OF UKRAINE:
PROBLEMS OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY INSURANCE
OF MEDICAL WORKERS**

T. Tychomyrova

*Law Institute of Crimea
Kharkiv National University of Internal Affairs
Stevena Str. 14, UA – 05093, Simferopol, Ukraine*

The article is devoted to the actual problems of introduction of insurance of professional responsibility of medical workers in the system of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine. There have been determined the key-tasks resolving of which is possible if such an insurance is introduced. A list of circumstances that are not considered by an insurer as insurance occasions which can't be subjected to indemnification is defined.

Key words: departmental medicine, insurance, professional responsibility.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ОБОВ'ЯЗКОВЕ МЕДИЧНЕ СТРАХУВАННЯ В УКРАЇНІ: ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

Я. Шатковський

*Інститут правового консалтингу
вул. Бориспільська, 9, 02099 Київ, Україна*

У статті висвітлено правові проблеми обов'язкового медичного страхування в Україні та перспективи їх вирішення. Наведено чинники, котрі свідчать про актуальність вирішення питань юридичного забезпечення медичної діяльності. Стверджується, що кардинальним кроком, котрий здатен значною мірою змінити ситуацію на краще, є запровадження у нашій державі обов'язкового медичного страхування. Зазначені основні етапи історії законотворчості стосовно обов'язкового медичного страхування в Україні. Визначені переваги та недоліки створення єдиного державного Фонду медичного страхування.

Ключові слова: медичне страхування, правові проблеми, Фонд медичного страхування.

До питань юридичного забезпечення медичної діяльності в Україні останнім часом простежується підвищена увага. Причиною цього є багато різних чинників, ключовими з яких вважаємо такі:

- значимість такого соціального та особистого блага, яким є здоров'я, для кожної людини та суспільства в цілому;
- недостатня правова урегульованість великої кількості важливих питань сучасної медицини, коли проблемні ситуації одноособово вирішують медичні чиновники;
- соціально-економічні перетворення, що тривають в Україні останні 12-15 років, результатом яких стало збільшення кількості соціально незахищених, малозабезпечених верств населення;
- практика, що вже стає „звичною”, платного надання медичної допомоги у державних та комунальних медичних установах, котра офіційно не є легітимізованою, вельми поширена;
- потреби захисту прав, свобод та законних інтересів медичних та фармацевтичних працівників, низька заробітна плата яких здатна „гальмувати” будь-які локальні чи системні перетворення медичної галузі в Україні.

Ці та багато інших чинників зумовлюють необхідність пошуку шляхів удосконалення ситуації в українській охороні здоров'я. На наше глибоке переконання за допомогою паліативних засобів ми не зможемо суттєво просунутись вперед у вирішенні державних медичних проблем. До таких кроків належать:

- 1) підвищення заробітної плати медичним працівникам;
- 2) відкриття нових медичних центрів, навіть оснащених найсучаснішим медичним обладнанням;
- 3) намагання забезпечити „прозорість” процесів ліцензування та акредитації медичних установ;
- 4) налаштованість з боку держави домінантно регулювати ціноутворення на медичні препарати.

Усі ці заходи є тією чи іншою мірою суспільно корисними, однак на нашу думку, вони суттєво не здатні поліпшити стан справ в українській охороні здоров'я. Чому? Тому що це „латання дір”, це боротьба з наслідками, а не з причинами.

Кардинальним кроком, котрий здатен значною мірою змінити ситуацію на краще, є запровадження у нашій державі обов'язкового медичного страхування. Саме обов'язкового, поряд з уже існуючим добровільним. Причому, як видається, адекватної альтернативи такому крокові фактично немає. Досвід провідних держав світу засвідчує, що саме обов'язкове медичне страхування є тим засобом, за допомогою якого є змога забезпечити реалізацію прав громадян на безперешкодне отримання якісної медичної допомоги. Абсолютно слушно стверджує С.Г. Стеценко, що медичне страхування є частиною соціального страхування та полягає у гарантуванні з боку держави рівних можливостей для громадян стосовно отримання медичної та фармацевтичної допомоги [1, с. 294].

Станом на сьогодні якісна медична допомога обходиться досить дорого для гаманців більшості українських громадян. Оскільки пересічний український громадянин – не олігарх, то і дозволити собі витратити значну частину сімейного бюджету на медицину більшість українців об'єктивно не у змозі. Норма ст. 49 Конституції України, відповідно до якої держава створює умови для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування, не виконується. Та й фактично вона за цих умов не може бути дотримана, і це не вина, а біда вітчизняної охорони здоров'я та медичних працівників.

Сама проблематика медичного страхування є не є зовсім новою навіть у сучасній Україні. З початку 90-х років ХХ ст. у нашій державі почали виникати певні форми добровільного медичного страхування. Велика кількість загальнострахових компаній почала займатися медичним страхуванням у різних обсягах. Останніми роками почало стихійно з'являтися добровільне страхування у некомерційній формі – так звані лікарняні каси. Але за відносно незначного поширення добровільного медичного страхування комерційна форма і тут превалує. Інакше кажучи, певні кроки уже зроблені.

У методологічному плані необхідно зазначити, що „наукове поле” вивчення проблем правового забезпечення охорони здоров'я та медичного страхування в Україні вже розробляється. Серед науковців, котрі активно займаються проблемами правового регулювання обов'язкового медичного страхування, потрібно акцентувати на працях таких дослідників, як О. Голяченко, котрий є одним із фундаторів нового наукового напрямку – „економіка охорони здоров'я”, де розглядаються і проблеми медичного страхування; В. Рудий, дослідження якого торкаються проблем фінансових та економічних відносин у системі охорони здоров'я України; С. Стеценко, у наукових працях якого висвітлено адміністративно-правові проблеми вітчизняної охорони здоров'я. Водночас збільшується кількість наукових статей у фахових журналах та збірках матеріалів науково-практичних конференцій як юридичного, так і медичного спрямувань.

Невирішеними проблемами, що дискутуються в науковому середовищі стосовно обов'язкового медичного страхування, є такі:

- медичне страхування як шлях до забезпечення передусім доступності медичної допомоги громадянам незалежно від їх матеріального статусу;

- медичне страхування як державна гарантія;
- багатоджерельність фінансування медицини, що дасть змогу медичним працівникам отримувати заробітну плату не лише із державного бюджету, а й за рахунок виплат по обов'язковому медичному страхуванню;
- характер та форма участі страхових компаній у системі обов'язкового медичного страхування;
- розробка та запровадження медико-правових стандартів надання медичної допомоги зatih чи інших варіантів захворювань;
- роль держави у функціонуванні всієї системи медичного страхування в Україні тощо.

Що ж стосується практичної, зокрема правотворчої діяльності, то потрібно зазначити що останніми роками запропоновано декілька варіантів законопроектів стосовно обов'язкового медичного страхування. Вони відрізняються іноді досить кардинально, один від одного. Одні пропонують залучати до процесу обов'язкового медичного страхування комерційні установи – страхові медичні організації, інші вважають, що ці повноваження доцільно делегувати державі.

Історія законотворчості стосовно обов'язкового медичного страхування в Україні має кілька етапів:

1. Проект Закону “Про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування” № 4505 від 12.12.2003 р. (Подання І. Франчука).

2. Проект Закону про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування № 4505-1 від 06.02.2004 р. (Подання І. Шурми).

3. Проект Закону „Про фінансування охорони здоров'я та медичне страхування” № № 3370 від 08.10.2003 р. (Подання М. Поліщука, Р. Богатирьової).

4. Проект Закону „Про загальнообов'язкове медичне страхування” № 3370-1 від 27.01.2004 р. (Подання М. Добкіна, О. Морозова).

5. Проект Закону „Про обов'язкове медичне страхування” № 5655 від 16.06.2004 р. (Подання М. Добкіна, О. Морозова, В. Хомутинікі).

Серед останніх ініціатив можна вказати приклади 2006 р., коли були запропоновані законопроекти з однаковою назвою („Про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування”), положення яких присвячені проблемам запровадження та правового регулювання обов'язкового медичного страхування. Йдеться про:

а) проект, який внесли Я.М. Сухий, Л.Л. Денисова, С.В. Шевчук, М.В. Мельничук;

б) проект, який внесли С.С. Бульба, Л.С. Григорович, В.Г. Карпук, Л.В. Стасів).

Незважаючи на однакову назву зазначених проектів, вони багато в чому є відмінними, іноді на суттєвих підставах. Зазначимо, що саме ці проекти, на думку фахівців, є найбільш реальними з погляду потенційного прийняття закону про обов'язкове медичне страхування. Чи є вони найоптимальнішими з наявних? Не думаю, оскільки передусім виникає запитання, чи доцільно в руках держави (за рахунок акумулювання коштів обов'язкового медичного страхування в державному фонді) утримувати „всі важелі” управління охороною здоров'я в державі? Коли це здійснюється ефективно, тоді це обґрунтовано. Але в сьгоднішніх умовах, коли

Міністерство охорони здоров'я України та його територіальні управління (відділи) в областях та районах об'єктивно не справляються з поставленими завданнями, така постановка питання не є оптимальною.

Відповідно до названих проектів окремим суб'єктом правовідносин у сфері обов'язкового медичного страхування є Фонд загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування України. З правового погляду цей фонд – це фінансово-кредитна організація, що має специфічні функції збору і акумуляції фінансових коштів для подальшого фінансування організації та надання медичної допомоги, а також контролю за використанням фінансів. Фактично фонд є суб'єктом медичних правовідносин у сфері медичного страхування, але його функції специфічні, на відміну від інших суб'єктів (громадяни, роботодавці, медичні установи). Формування монополістичного державного фонду з обов'язкового медичного страхування не буде ефективним, оскільки він не дасть змоги вирішити існуючі проблеми, а навпаки, посилить їх негативні наслідки. Перш ніж запроваджувати обов'язкове медичне страхування, необхідно зробити попередні розрахунки щодо витрат, пов'язаних зі втіленням цієї системи. Тоді стане зрозумілим, чи може бути задіяна комерційна складова (акумулявання коштів обов'язкового медичного страхування у страхових медичних компаніях) у вирішенні загальнодержавного завдання.

Загалом же, аналізуючи переваги та недоліки створення єдиного державного Фонду медичного страхування, який би наповнювався за рахунок страхових внесків, потрібно зазначити таке. До переваг можна зачислити:

- простота управління таким органом, адже він буде єдиним для всієї України;
- можливість оперативного коригування ситуації шляхом перерозподілу коштів та їх виділення для конкретних потреб.

Говорячи про недоліки такого державного фонду, варто наголосити на такому:

- відсутність ринкових механізмів та економічних стимулів для діяльності фонду;
- дублювання вітчизняної адміністративно-командної системи управління охороною здоров'я.

Крім іншого, важливою складовою функціонування системи обов'язкового медичного страхування є експертиза якості надання медичної допомоги. Адже „хто платить гроші, той і замовляє музику” – цей вислів має безпосереднє відношення до обов'язкового медичного страхування та надання медичної допомоги в його умовах. Одним з основних процесів цього спрямування є експертиза обсягів і якості медичної допомоги, що надається громадянам. Як засвідчує практика, позавідомчий контроль, котрий будуть здійснювати фахівці, вільні від контролю з боку Міністерства охорони здоров'я України – це могутній стимул для медичних установ до безперервного поліпшення якості послуг, що вони надають. Адже поміж іншим цим досягається позавідомчість – ключовий фактор об'єктивності. Керуючись цим, пропонуємо вжити таких заходів у напрямі вдосконалення стану справ з експертизою якості медичної допомоги в умовах потенційного запровадження обов'язкового медичного страхування:

1. Створення загальнодержавного реєстру лікарів, котрі залучаються до проведення цього виду експертиз.

2. Внесення змін до номенклатури медичних спеціальностей, передбачивши наявність експертів якості надання медичної допомоги.

Підводячи підсумки потрібно наголосити, що ми погоджуємося з поглядами В. Рудого та М. Поліщука, котрі стверджують, що „запровадження обов’язкового медичного страхування є набагато складнішим завданням, ніж запровадження інших, уже діючих в Україні видів соціального страхування. Адже воно пов’язане не просто із забезпеченням грошових виплат, як скажімо, страхування на випадок безробіття чи у зв’язку з тимчасовою непрацездатністю, а із забезпеченням надання відповідних соціальних, точніше, медичних послуг у натуральному вигляді, з фактичною закупівлею цих послуг у відповідних виробників та наданням цих послуг застрахованому населенню” [2].

Отож, обов’язкове медичне страхування явно не безхмарно завойовує свої позиції в умах дослідників, на шпальтах преси, сторінках книг, в ефірі телепередач і, найголовніше, в законопроектній діяльності депутатів Верховної Ради України. Водночас ми повинні усвідомити, що адекватної альтернативи такому крокові, враховуючи об’єктивні потреби українського суспільства у поліпшенні сатну охорони здоров’я, фактично не існує. Повинні бути об’єднані зусилля всіх зацікавлених сторін задля отримання позитивного результату – запровадження обов’язкового медичного страхування у нашій державі.

1. *Стеценко С. Г.* Медицинское право : учебн. / С. Г. Стеценко. — СПб : Юридический центр Пресс, 2004. — 572 с.
2. *Рудий В. М.* Медичне страхування — не панацея / В. М. Рудий, М. Поліщук // Дзеркало тижня. — 2002. — № 48.

COMPULSORY MEDICAL INSURANCE IN UKRAINE: LEGAL ISSUES AND TERMS OF THEIR REALIZATION

J. Shatkovskyj

*Institute of Legal Consulting
Boryspilska Str. 9, UA – 02099 Kyiv, Ukraine*

The article is devoted to the compulsory medical insurance in Ukraine issues and the terms of their realization. The factors which show the actuality of solving the issues of legal maintenance of medical activity are enumerated. It's stated that the main step which can improve the situation is the introduction of the compulsory medical insurance in our state. The main stages of the lawmaking history in the sphere of compulsory medical insurance in Ukraine are singled out. The advantages and disadvantages of creating the unified state Fund of medical insurance are defined.

Key words: medical insurance, legal issues, Fund of medical insurance.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ЦИВІЛЬНЕ, ГОСПОДАРСЬКЕ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ ТА ІНШИХ ОРГАНІВ НА СТАДІЇ ПРИМУСОВОГО ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ НІМЕЧЧИНИ

О. Верба

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел.: (032) 296-47-60, e-mail: vvlviv@rambler.ru*

У статті розглянено компетенцію суду та інших органів на стадії виконавчого провадження у правовому регулюванні Німеччини.

Комплексно проаналізовано законодавство і правову доктрину ФРН. Класифіковано повноваження суду. Автор запропонував внести зміни до нормативно-правових актів України, які б зміцнили гарантії учасників процесу щодо реального захисту (поновлення) їхніх прав.

Ключові слова: органи примусового виконання рішень, суд, судовий захист, виконавче провадження.

У процесі створення правової держави важлива роль у зміцненні правопорядку та законності належить правосуддю. Держава зобов'язана нести відповідальність не лише за прийняті судами рішення, у яких лише констатовано, чи були порушені, не визнані або оспорені права, свободи чи інтереси, за захистом яких особа зверталася, та зазначено висновок суду щодо способу захисту, а й за реальне поновлення прав осіб шляхом гарантування примусового виконання ухвалених рішень.

Для цього кожна держава створює свій механізм примусового виконання рішень судів та інших юрисдикційних органів, постійно його вдосконалюючи відповідно до змін життєвих реалій.

Правова, економічна, культурна співпраці України та інших держав, зокрема Німеччини, яка має багатий історичний, законодавчий, практичний досвід виконання судових рішень, зумовлюють необхідність взаємного вивчення законодавства, практики його застосування та правової доктрини. Академічний рівень дослідження правового регулювання компетенції суду на стадії виконавчого провадження у Німеччині сприятиме розвитку науки цивільного процесуального права України, пошуку нових засобів і методів удосконалення відповідного національного правового інституту.

Цивільний процес Німеччини, як зазначають В. Бергманн та М. Гутброд, складається із судового розгляду цивільної справи та виконавчого провадження. Судовий розгляд справи (власне цивільний процес) спрямований на застосування права, тобто, на пошук правової норми, яка відповідає обставинам справи, і охоплює процедури: від подання позову – до набуття чинності рішення. На стадії

виконавчого провадження у примусовому порядку реалізується рішення, ухвалене унаслідок судового розгляду [3, с. IX]. Виконання рішень у цивільних справах пов'язане із застосуванням публічно-правового примусу до боржників з метою задоволення вимог стягувачів і належить винятково до повноважень державних органів ФРН, які володіють монопольним становищем у цій сфері [6].

Правовому регулюванню виконавчого провадження у Німеччині присвячена Книга 8 „Виконавче провадження” (*Zwangsvollstreckung*) (§§ 704–945) Цивільного процесуального кодексу Німеччини від 30.01.1887 р. [8].

Оскільки українська модель виконавчого провадження закріпила роль суду в процесі виконання рішень юрисдикційних органів як засіб попереднього та наступного захисту, в такому ж аспекті розглянемо компетенцію суду у виконавчому провадженні Німеччини [2, с. 189–190].

Особливістю, властивою німецькому виконавчому провадженню, є те, що воно ґрунтується на принципі децентралізації. Система примусового виконання рішень функціонує з допомогою таких органів (*Vollstreckungsorgan*): суди, судові виконавці, служби земельного кадастру. Оскільки і суд, і судовий виконавець, і служба земельного кадастру наділені компетенцією у виконавчому провадженні, то їхню сферу повноважень розмежовують, застосовуючи правила „функціональної підсудності”, або „підсудності за справами” (*Zuständigkeit nach Geschäften / die funktionelle Zuständigkeit*) [4, с. 93–94]. Функціональна підсудність за ч. 2 § 40 ЦПК ФРН є виключною і не може бути змінена за угодою сторін.

Наприклад, виконання рішення залежить від стягувача. До суду він може звернутися, якщо разом з підставою для порушення виконавчого провадження заявляє, що у боржника є кошти на банківських рахунках. Якщо ж стягувач хоче звернути стягнення на нерухоме майно боржника, то йому потрібно звертатися до відомства земельного кадастру. А до судового виконавця стягувач може звернутися з вимогою про звернення стягнення на рухоме майно боржника, включно із виявленням цього майна за вказаною адресою. Стягувач має право у будь-який момент звернутися до одного з перелічених органів із вимогою задовольнити його вимоги визначеним ним способом, але з урахуванням правил так званої „функціональної підсудності”.

Зазначимо, що у ФРН будь-який процес, зокрема і виконавче провадження, пов'язаний із ризиком несення значних витрат (§ 788 ЦПК ФРН). Якщо виконання винесеного проти відповідача рішення не буде успішним або виявиться безнадійним, то позивач несе відповідальність перед державою щонайменше за відшкодування судових платежів. Сторони зазвичай відповідають за відшкодування судових витрат усім своїм майном [3, с. XV]. Оскільки на стягувача покладено обов'язок покриття витрат на примусове виконання рішення (§ 751 ЦПК ФРН), тобто він несе ризик витрат, якщо виконавче провадження закінчиться безрезультатно, то для того, щоб його звернення до „виконавчого органу” було ефективним, йому потрібно перед цим самому вчинити дії, спрямовані на виявлення майна боржника. Стягувач може звернутися по допомогу до довідкової та інформаційної служби Німеччини, до приватних довідкових агентств, до інкасаторських та детективних бюро, які збирають і систематизують відомості про

боржників з метою забезпечення повернення кредитів, перевірити судовий реєстр боржників (Schuldnerverzeichnis), записи до торгового реєстру та до земельних книг. На практиці внесення відомостей про боржника до реєстру боржників (Schuldnerverzeichnis) при дільничному суді (§ 915 ЦПК ФРН) є суворим покаранням. Від цього моменту особу вважають некредитоздатною. Ця інформація передається фінансовим органам, які ведуть облік боржників, об'єднанням кредиторів з метою забезпечення повернення кредитів та іншим організаціям. Банки продовжують обслуговувати рахунки боржників лише під заставу майна, вільних кредитів їм більше не видають, або розривають відносини з такими клієнтами. Роботодавці в більшості випадків у трудових договорах передбачають умову про те, що пред'явлення за місцем роботи вимог про стягнення є підставою для негайного припинення трудових відносин. Підприємці укладають договори лише з платоспроможними особами, тому боржник вже не може фактично укласти більшість повсякденних правочинів. В Україні ще немає правової бази, яка б регулювала порядок створення, функціонування таких органів, підстави та порядок звернення до них суб'єктів.

За законодавством Німеччини суд (Amtsgericht) (дільничних судів у ФРН 551) [9, с. 47] у виконавчому провадженні наділений повноваженнями різної правової природи: щодо здійснення попереднього судового захисту, наступного судового захисту, а також щодо здійснення виконавчих дій.

Якщо керуватися змістом ч. 1 § 753 ЦПК ФРН, то у разі якщо примусове виконання не покладено на суди, його здійснюють судові виконавці за дорученням стягувача. Тобто, оригінальністю німецької моделі примусового виконання рішень є повноваження судів безпосередньо виконувати рішення у певних передбачених законом категоріях справ.

Зокрема, до компетенції дільничного суду, в окрузі якого має здійснюватися або здійснювалося виконавче провадження, як суду виконавчого провадження належить вирішення питань щодо виконавчих дій шляхом прийняття ухвал та участь у цих виконавчих діях (§ 764 ЦПК ФРН). Суд виконавчого провадження згідно з § 828 ЦПК ФРН вчиняє судові дії, предметом яких є звернення стягнення на права вимоги та інші майнові права, зокрема:

- може звернути до виконання мирову угоду (§ 796 b ЦПК ФРН). Відповідно до законодавства України суд наділений повноваженням лише щодо розгляду питання щодо затвердження мирової угоди в процесі виконання (ст. 37, 11¹, Закону України „Про виконавче провадження” від 21 квітня 1999 р., ст. 372 ЦПК України від 18.03.2004 р.);
- якщо стягнення має бути звернене на грошову вимогу, повинен заборонити третій зобов'язаній особі проведення боржникові платежів. Водночас суд має зобов'язати боржника утриматися від будь-якого розпорядження вимогою, у тому числі від стягнення за нею (§ 796 b ЦПК ФРН);
- у разі обчислення трудового доходу, на який звертається стягнення, за клопотанням може підсумувати трудові доходи кількох видів (§ 850 e ЦПК ФРН);
- може залишити боржникові за його клопотанням за певних умов частку від частини його трудового доходу, на яку звертається стягнення (§ 850f ЦПК ФРН);

- зобов'язаний залишити боржникові частину нерегулярної винагороди за особисто виконані ним роботи чи послуги, яка необхідна для утримання боржника та інших осіб (§ 850 і ЦПК ФРН);
- повинен за клопотанням боржника скасувати звернення стягнення на вимоги, які належать боржникові, що займається сільським господарством, на підставі продажу сільськогосподарської продукції, оскільки відповідні доходи необхідні для утримання боржника, його сім'ї і його робітників або для належного ведення господарства (§ 851 а ЦПК ФРН);
- повинен за клопотанням боржника скасувати звернення стягнення на орендну плату, оскільки ці доходи потрібні боржникові для підтримання земельної ділянки, виконання необхідних ремонтних робіт (§ 851 б ЦПК ФРН).

На нашу думку, до попереднього захисту (суд дає санкцію (дозвіл) на вчинення процесуальної дії) потрібно зачислити такі повноваження суду у виконавчому провадженні:

- за клопотанням може постановити ухвалу про призупинення виконавчого провадження (ч. 1 § 707 ЦПК ФРН). Схоже правило міститься в українському законодавстві (ст. 33 Закону України „Про виконавче провадження”, ст. 373 ЦПК України);
- на захист боржника за його клопотанням, у випадку, якщо виконання рішення може заподіяти боржникові непоправної шкоди, може постановити ухвалу про запобігання виконавчому провадженню, якщо боржник надасть забезпечення або здійснить депонування (§§ 711–712 ЦПК ФРН). Українська модель виконавчого провадження такого додаткового способу захисту інтересів стягувача не містить. Це – свого роду забезпечення реального стягнення вже у процесі виконання рішення;
- якщо ухвалене рішення про звільнення житлового приміщення, суд за клопотанням зацікавлених осіб або з власної ініціативи може надати розумний строк для звільнення приміщення, продовжити або скоротити цей строк, призупинити примусове виконання рішення щодо звільнення приміщення (§ 721 ЦПК ФРН);
- обшук у помешканні боржника без його згоди, а також здійснення виконання у неробочий час може бути проведено на підставі постанови дільничного суду, в окрузі якого це відбувається (чч. 1, 4 § 758 а ЦПК ФРН). Згідно зі ст. 376 ЦПК України та ч. 3 ст. 5 Закону України „Про виконавче провадження”, суд вирішує питання про примусове проникнення до житла чи іншого володіння особи;
- за клопотанням боржника на його захист може повністю або частково скасувати, заборонити або призупинити застосування заходів примусового виконання (§ 765 а ЦПК ФРН);
- розглядає клопотання, заперечення і зауваження щодо виду та способу примусового виконання або порядку, якого під час виконання повинен дотриматися судовий виконавець (ч. 1 § 766 ЦПК ФРН);
- за клопотанням кредитора дає змогу звернути стягнення на тварин, які мають високу вартість (ч. 2 § 811 с ЦПК ФРН);

- за клопотанням кредитора або боржника може розпорядитися щодо проведення оцінки експертом (ч. 1 § 813 ЦПК ФРН);
- компетентний дільничний суд вирішує питання про розрахунок розподілу коштів, які підлягають стягненню (§ 873–882 ЦПК ФРН);
- суд першої інстанції, який веде провадження у справі, якщо дія не може бути вчинена третьою особою і залежить винятково від волі боржника, повинен за клопотанням постановити ухвалу про застосування заходу примусу до боржника у вигляді штрафу (не більше 25 000 євро), а у випадку, коли штраф не може бути стягнуто, – затримання під вартою з метою спонукати боржника до вчинення дії (§ 888 ЦПК ФРН);
- суд, що розглядає справу по суті, або дільничний суд, в окрузі якого розміщено предмет, на який накладається арешт, або особа, свобода якої має бути обмежена, можуть прийняти постанову про застосування арешту (§ 919 ЦПК ФРН);
- до компетенції суду, який розглядає справу по суті, належить винесення забезпечувальних розпоряджень, які можуть передбачати як судовий секвестр (передання третій особі майна на тимчасове зберігання), так і покладення на протилежну сторону обов'язку вчинити певну дію або утриматися від неї, зокрема, заборона відчуження, обтяження або передання у заставу земельної ділянки, зареєстрованого судна або судна, яке будують (§ 937–938 ЦПК ФРН).

Механізм забезпечувальних розпоряджень суду щодо реального збереження майна чи коштів, за якими вже розпочате виконавче провадження, невідомий українському законодавству. Такий спосіб забезпечення реального поновлення прав стягувачів на стадії примусового виконання рішень діє століттями у Європі. Вважаємо за необхідне запровадити цей механізм і у вітчизняне законодавство, оскільки вони сприятимуть ефективності виконавчого провадження в Україні.

Подальший судовий захист полягає у здійсненні судом нагляду відносно вже вчиненої виконавчої дії і виражається, зазвичай, у розгляді судом скарг на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця та інших органів. Наприклад, ревізійний суд у випадку подання ревізійної скарги на рішення, яке підлягає попередньому виконанню, призупиняє примусове виконання, якщо воно може заподіяти боржникові непоправної шкоди і протилежний інтерес кредитора не переважає (ч. 2 § 719 ЦПК ФРН). Суд виконавчого провадження розглядає скарги з приводу розпорядження судовим виконавцем коштами виконавчого провадження (ч. 2 § 766 ЦПК ФРН). Вирішення питання щодо оскарження боржником покладеного на нього обов'язку надати запевнення, яке прирівнюють до присяги, про склад його майна належить до повноважень суду, який постановляє ухвалу з цього приводу (ч. 4 § 900 ЦПК ФРН). У своєму остаточному рішенні, ухваленому за результатами оскарження ухвали про накладення арешту, суд може повністю або частково залишити арешт у силі, змінити або скасувати його, а також обумовити залишення арешту в силі, його зміну чи скасування наданням забезпечення (§ 925 ЦПК ФРН).

До органів, які здійснюють примусове виконання рішень судів та інших органів належить і судовий виконавець (*der Gerichtsvollzieher*), що є державним службовцем системи органів юстиції і перебуває під службовим наглядом суду. Правовий статус судового виконавця регулюється ЦПК ФРН (§ 168 (2), 753–763, 806 a, 806 b, 808,

813 а, 815, 827, 831, 845, 854, 883, 885, 900, 902, 909, 910 та ін.), а також Законом ФРН „Про судовустрій” (§ 154) [5]. Судовий виконавець має право за рахунок частини стягнених у процесі виконавчого провадження коштів, які залишаються у його розпорядженні, фінансувати діяльність свого офісу (забезпечувати своє бюро технічними та іншими засобами, оплачувати роботу найманих працівників). За даними А. Цеделя, зараз у Німеччині налічують 4216 судових виконавців, на одного виконавця припадає близько 20 000 громадян [7, с. 89–90]. Основними завданнями судового виконавця є: примусове виконання судових рішень, зокрема, звернення стягнення на рухоме майно боржника, вручення сторонам судових документів; виконання рішень про видання певних предметів, наприклад, „видання нерухомого майна” – виселення, виконання рішень про відібрання дітей; накладення арешту на боржника, наприклад, щоб отримати запевнення, що прирівнюється до присяги, про склад майна боржника; доставка до суду свідків; арешт майна боржника, що знаходиться у третіх осіб, наприклад, накладення арешту на банківські рахунки, здійснення протесту векселів і чеків, арешт спірного майна і управління ним та ін.

Відповідно до нових норм, введених законодавцем Німеччини 01.01.1999 р. судові виконавці наділені компетенцією приймати від боржників запевнення щодо наявного у них майна, які прирівнюються до заяв, зроблених під присягою. Цей інститут відіграє важливу роль для ефективності примусового виконання рішень, бо надає змогу отримати інформацію про всі цінності, вимоги і права, що належать боржникові у межах ФРН і за кордоном, тобто вичерпу інформацію про майнове становище боржника. На практиці ці новели діють так. Стягувач звертається до судового виконавця з вимогою звернути стягнення на рухоме майно боржника, а у випадку, якщо цього не вдасться зробити, то вимагати від боржника надання запевнення про його майно, яке прирівнюють до заяви, даної під присягою. Якщо судовий виконавець унаслідок огляду всіх приміщень боржника не виявить речей, на які можна звернути стягнення, він може вимагати від боржника або від однієї з осіб, які проживають разом з боржником, повідомити виконавцеві про всі грошові вимоги, які належать боржникові від третіх осіб, наприклад, від роботодавця, а також про всі інші цінності, яких немає на цей час у помешканні боржника. Ці показання вважаються даними добровільно і не тягнуть на цьому етапі санкцій, якщо виявиться, що вони не відповідають дійсності. Якщо спроба звернути стягнення на рухоме майно боржника і опитування боржника щодо наявного у нього майна не дають результату, то судовий виконавець має право невідкладно (негайно) вимагати від боржника надання ним запевнення про його майно, яке є рівнозначним до заяви, даної під присягою. У випадку відмови боржника від негайного надання такого запевнення, судовий виконавець вручає боржникові повістку про явку до дільничного суду із зазначенням строку, який не може перевищувати двох тижнів з часу вручення повістки.

Боржник зобов'язаний скласти повний список належного йому майна і в присутності судового виконавця, який призначив дату вчинення цієї дії, дає запевнення про правильність і повноту відомостей щодо свого майна, внесеного до опису. На цій стадії для боржника за подання завідомо неправдивих показань передбачено кримінальну відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк до двох років. Після цього у дільничному суді відомості про боржника заносять до реєстру боржників.

Обов'язок боржника надати запевнення, яке прирівнюється до присяги, виникає і внаслідок відмови боржника допустити судового виконавця для проведення огляду його житла, а також унаслідок того, що виконавцеві, незважаючи на неодноразові повідомлення, не вдається застати боржника за місцем його проживання.

Якщо боржник не з'являється на судові засідання для надання запевнення, то відповідно до § 901 ЦПК ФРН суд за клопотанням стягувача виносить ордер на арешт боржника і тримання його під вартою на строк до шести місяців (§ 913 ЦПК ФРН) [1]. Після звільнення з-під варти боржник не звільняється від обов'язку погасити борг, і відразу ж його знову викликають для надання запевнення, яке прирівнюється до присяги, про своє майно. Якщо боржник повторно не з'явиться, його знову можуть заарештувати на строк до шести місяців. На практиці вже після першого тижня перебування у тюрмі боржник заявляє про своє майно, оскільки саме у цьому і полягають зміст та мета інституту арешту боржника.

Погашення запису щодо реєстрації боржника в реєстрі боржників (Schuldnerverzeichnis) відбувається за рішенням суду після задоволення вимог кредитора або автоматично після того як минуло три роки від року надання боржником запевнення, яке прирівнюється до присяги, про свій майновий стан (§ 915 а ЦПК ФРН).

Ще одним органом, який здійснює примусове виконання рішень, є служба земельного кадастру (Grundbuchamt) (або відомство з реєстрації земельних правовідносин). До компетенції цього органу належить виконання рішень щодо нерухомого майна (§§ 864–871 ЦПК ФРН), яке починається зі встановлення примусової іпотеки (Zwangshypothek) (примусова іпотека – це забезпечувальна іпотека, яку реєструють у земельній книзі за клопотанням кредитора в порядку примусового виконання на суму не менше 750 євро) і завершується, залежно від обставин, примусовим продажем з аукціону ділянки, обтяженої боргами.

Отже, керуючись наведеним вище аналізом системи примусового виконання рішень у Німеччині робимо висновок, що як і в ФРН, так і в Україні, монополією щодо повноважень у виконавчому провадженні наділені державні органи. Проте у Німеччині ефективність виконавчого провадження значно вища, ніж в Україні, оскільки передусім суд наділений вагомими контрольними повноваженнями щодо судового виконавця (як процесуальними, так і адміністративними), а також безпосередньо здійснює виконавчі дії у передбачених ЦПК ФРН категоріях справ. А за українським законодавством суд та державний виконавець відокремлені та належать до різних гілок влади, суд не здійснює безпосереднього нагляду за діяльністю державного виконавця. По-друге, німецька система примусового виконання рішень безперервно функціонує протягом століть, а Україна перебуває на шляху створення національної системи виконавчого провадження та накопичення практики, запозичення позитивного досвіду інших держав.

На підставі зазначеного ми можемо зробити коротке узагальнення. Ускладнення системи органів влади, які безпосередньо чи опосередковано причетні до виконання рішень, що, на перший погляд, може спричинити таке явище, як бюрократизм, у цьому випадку лише сприяє чіткому застосуванню принципів і норм права (як матеріального, так і процесуального) і, як наслідок, більш повне дотримання прав і виконання обов'язків учасниками процесу.

Виконання судами функцій (на перший погляд суто адміністративних), що безпосередньо мають стосунок до примусового виконання рішень, на нашу думку, лише підвищує рівень процесуальної відповідальності органу, а це враховуючи роль людського чинника, не можна не визнати актуальним, особливо в українських реаліях. Також потрібно звернути увагу на високу відповідальність, у тому числі і моральну, учасників процесу (про це свідчить наявність таких інститутів, як: заява, яку прирівнюють до наданої під присягою, про наявність майна у боржника; покладення на стягувача фінансових ризиків невдалого виконання та ін.). Певною мірою простежено порівняно високу вагу диспозитивного чинника, так зване „процесуальне верховенство” стягувача.

Загалом компетенцію суду щодо примусового виконання потрібно розглядати у тісному взаємозв'язку з іншими компонентами системи виконання. І в такому локальному аспекті наявність розподілу компетенцій залежно від об'єкта виконання лише врівноважує систему і зменшує тенденції невизначеності та нерегульованості у правовому полі.

-
1. *Wollersheim S.* Irish And German Law On Enforcement Of Judgements [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.duncangrehan.com/pages/english/debt3.html>.
 2. *Верба О.* Поняття правосуб'єктності суду у виконавчому провадженні / О. Верба // Вісн. Львів. ун-ту. Сер. юрид. — 2007. — Вип. 44. — С. 183—191.
 3. Гражданское процессуальное уложение Германии = Deutsche Zivilprozessordnung mit Einföhrungsgesetz : ввод. закон к Гражд. процессуальному уложению : пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — 472 с.
 4. *Давтян А. Г.* Гражданское процессуальное право Германии / А. Г. Давтян. — М. : Городец-издат, 2000. — 320 с.
 5. Закон ФРН „Про судоустрій” від 12.09.1950 р. (Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.juris.de.
 6. Сайт Європейської Комісії // Wykonywanie orzeczec — Niemcy [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://ec.europa.eu/civiljustice/enforce_judgement/enforce_judgement_ger_pl.htm.
 7. *Цедель А.* Система исполнения судебных решений в Германии // Проблемы исполнительного производства : сборник статей / А. Цедель; [отв. за выпуск С. П. Гришин]. — Н. Новгород : Нижегородская правовая академия, 2000. — Вып. 2. — 139 с.
 8. Цивільний процесуальний кодекс Німеччини від 30.01.1877 р. в редакції від 12.09.1950 р. із подальшими змінами та доповненнями (Zivilprozessordnung) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.juris.de. Далі — ЦПК ФРН. В юридичній теорії для назви цього закону застосовують також термін „уложення”.
 9. *Шишкін В.* Організаційна структура судової системи Німеччини / В. Шишкін // Право України. — 1996. — № 1. — С. 47—52.

**POWERS OF THE COURT AND OTHER BODIES
AT THE ENFORCEMENT PROCEEDINGS STAGE
UNDER THE GERMAN LEGISLATION**

O. Verba

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The competence of the court and other bodies at the enforcement proceedings stage under German legal regulation is considered in the article.

Comprehensive analysis of German legislation and legal doctrine has been made. The classification of the court's powers in the Federal Republic of Germany is accomplished. The author suggests introducing amendments to legal enactments of Ukraine, which would strengthen guarantees for the participants of civil process in practicable protection of their rights.

Key words: enforcement bodies, court, judicial defense, final process.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ КОМЕРЦІЙНОГО (ФІРМОВОГО) НАЙМЕНУВАННЯ: ТЕРМІНОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ

С. Іщук

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Розкрито окремий аспект сутності комерційного (фірмового) найменування як об'єкта права інтелектуальної власності. Питання сутності розглянуто через дослідження термінів, яким позначається цей засіб індивідуалізації. Проаналізовано зміст та можливість використання термінів фірма, фірмове найменування, комерційне найменування. Також з'ясовано співвідношення понять комерційне найменування та комерційне позначення.

Ключові слова: фірма, комерційне найменування, індивідуалізація, комерційне позначення.

У сучасній доктрині цивільного права безпосередньо проаналізувати поняття комерційного (фірмового) найменування та його правового механізму неможливо без узгодження термінології, яку використовують для позначення цього об'єкта права інтелектуальної власності. Першочерговий розгляд термінів і можливостей їх використання надасть змогу більш осмислено зрозуміти саму суть досліджуваного явища.

Як чинне законодавство, так і цивілістична наука для позначення найменування учасника цивільного обороту застосовують різні юридичні терміни: „фірма”, „фірмове найменування”, „комерційне найменування”. Єдиний підхід до розуміння термінів у нашому випадку є особливо важливим як для здійснення комплексного дослідження інституту комерційного (фірмового) найменування, так і для визначення чітких меж застосування кожного юридичного терміна оскільки точне співвідношення слова і об'єкта, яке воно позначає, і є суттю юридичного терміна.

Термін „фірма” в процесі становлення інституту комерційного (фірмового) найменування було вжито у двох значеннях: як позначення самого суб'єкта господарювання, певної колективної організації; як словесне позначення учасника цивільного обороту – чи то власника підприємства, чи самого підприємства.

Розуміння фірми як позначення самого колективного суб'єкта господарювання було пов'язане із судовою практикою в дореволюційний період і в перші роки існування СРСР, оскільки суди часто вживали поняття фірми на позначення суб'єкта господарювання або правління останнього [1, с. 56–57]. Тогочасні дослідники торгового права прийшли до однозначного висновку, який дотепер є загальноприйнятим, що таке розуміння фірми є абсолютно неприйнятним, оскільки підміняє одне поняття двома різними термінами і вносить лише додаткові складнощі для правозастосування [1, с. 56–57; 2, с. 448]. У побуті і сьогодні термін „фірма” вживають у значенні суб'єкта господарювання, коли чуємо „товар цієї фірми є якісним”, або „фірма добросовісно виконує свої зобов'язання”. Водночас, непоодинокими є випадки вживання визначеного терміна у професійній сфері [3, с. 10; 4, с. 12], що є неприпустимим для правильного застосування інституту фірмового найменування.

Друге розуміння терміна „фірма” увело Німецьке торгове уложення 1861 р. і в надалі він був застосований у Положенні про фірму 1927 р. Саме сприйняття фірми як певного словесного позначення суб'єкта господарювання є загальноприйнятим і донині.

Термін „фірмове найменування” набув свого поширення у світовій практиці з прийняттям Німецького торгового уложення 1897 р., яке в ст. 17 містило цей термін і пояснювало його найменуванням комерсанта, під яким він здійснює свої справи та ставить підпис [5, с. 20].

Керуючись однаковим змістовним навантаженням термінів „фірмове найменування” і „фірма” у другому його значенні, доцільно сприймати ці терміни як рівнозначні.

Поступово в законодавстві пострадянських держав (Російська Федерація, Білорусь, Казахстан, Вірменія) термін „фірмове найменування” витісняє „фірму”. Саме тому варто погодитися із думкою російського дослідника фірмових найменувань В.В. Голофаєва про доцільність поступової відмови у використанні терміна „фірма” в цивільному обороті й заміни його на синонім [6, с. 28]. Стосовно українського законодавства, навіть зважаючи на часткове застосування Положення про фірму 1927 р., яке вживає саме термін „фірма”, це поняття є застарілим і не використовується в сучасному цивільному законодавстві. Тому, вважаємо, що у новому законі про фірмові найменування неможливо використовувати поняття „фірма”, залишивши його лише в науковому, доктринальному правовому лексиконі.

Нові Цивільний та Господарський кодекси України ввели досі невідомий для української правової доктрини термін для позначення засобу індивідуалізації учасників господарської діяльності – „комерційне найменування” (Глава 43 ЦК України, ст. 159 ГК України).

Логіку законодавця у цьому випадку пояснюють передусім бажанням максимально зблизити основні правові засади охорони інституту фірмового найменування до міжнародних стандартів, оскільки таке позначення відображає термінологію, яка міститься у Паризькій конвенції про охорону промислової власності. У французькому варіанті зазначеного міжнародного договору вжито термін „*le nom commercial*”, що в перекладі з французької означає „комерційне або торгове найменування”. Також причина вибору слова „комерційне” полягає у бажанні відобразити в терміні суть об'єкта, що за задумом законодавця має позначати суб'єктів, які займаються комерційною діяльністю, тобто діяльністю, спрямованою на отримання прибутку. Наприклад, у законодавстві Великобританії фірмове найменування в оригіналі позначають терміном „*business name*” [7, с. 92], що само собою підтверджує попередню нашу думку.

Однак, запровадження до чинного законодавства України терміна „комерційне найменування” зумовило неоднозначні погляди фахівців на питання співвідношення його із терміном „фірмове найменування”. Проблема пов'язана з тим, що чинне законодавство в різних нормах вживає різні терміни. Дослідники засобів індивідуалізації М.В. Паладій [8, с. 371], Т.М. Шевелева [9, с. 12] вважають, що принциповою відмінністю комерційного найменування від фірмового є те, що останнє можуть використовувати лише юридичні особи, тоді як учасниками

комерційної діяльності можуть бути, скажімо, і приватні підприємці без статусу юридичної особи. Тому, на думку дослідників, поняття „комерційне найменування” за змістом, викладеним у ЦК України та ГК України, ширше ніж правова категорія „фірмове найменування”, оскільки суб’єктами права на комерційне найменування можуть бути як юридичні особи, так і фізичні особи-підприємці.

Друга група дослідників (А.О. Кодинець [10, с. 32], Ю.Л. Бошицький [11, с. 8], О.О. Козлова [12, с. 370]) вважає поняття „фірмове” і „комерційне” найменування тотожними і вживає їх як синоніми.

У цьому дослідженні вважаємо за необхідне використовувати терміни „комерційне” та „фірмове” найменування як рівнозначні, що зумовлено потребою існування єдиної термінології і пояснюється низкою досить вагомих аргументів.

По-перше, керуючись суттю норм законодавства, в яких вживаються два поняття – „комерційне” і „фірмове” найменування – одразу стає очевидним факт використання їх як синонімів.

Справді, в окремих нормах Цивільного (Глава 43) і Господарського кодексу (ст. 159) самостійно вжито термін комерційне найменування. Однак у ст. 90 Цивільного кодексу України, яка передбачає право особи на комерційне (фірмове) найменування, вжито їх як рівнозначні, оскільки у цій статті слово фірмове вживається в дужках після комерційне. Водночас у нормах законодавства (ст. 229 Кримінального кодексу України, ст. 6 Закону України „Про охорону прав на знаки для товарів і послуг”, ст. 4 Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”), прийнятих до 1 січня 2004 р. досі вживається термін „фірмове найменування”.

По-друге, аргументом на користь висловленої нами позиції про рівнозначне розуміння термінів комерційне і фірмове найменування є судова практика застосування законодавства про комерційне (фірмове) найменування. Наприклад, у п. 54 Рекомендацій Президії Вищого господарського суду України „Про деякі питання практики вирішення спорів, пов’язаних із захистом прав інтелектуальної власності” [13], у п. 3.3 Рекомендацій Президії Вищого господарського суду України „Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов’язаних із захистом інтелектуальної власності” [14], в Оглядовому листі Вищого господарського суду „Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист права власності на комерційне найменування” [15] означені терміни вжито як взаємозамінні.

Наведені міркування свідчать про те, що законодавець увів термін комерційне найменування як ідентичне фірмовому. Наявність двох рівнозначних термінів свідчить про вплив на український інститут комерційного (фірмового) найменування як французької, так і німецької моделі фірми.

Також для дослідження сутності комерційного (фірмового) найменування особливо важливо визначити співвідношення цього поняття із терміном „комерційне позначення”, оскільки цей термін досить часто вживається у сфері засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту.

Появу комерційного позначення серед засобів індивідуалізації на міжнародному рівні пов’язують із прийняттям Стокгольмської конвенції про заснування ВОІВ 1967 р., ст. 2 якої зачислила цей засіб індивідуалізації до об’єктів права

інтелектуальної власності [16]. Зазначений акт був ратифікований Україною. Однак чинне законодавство не містить норм, які б передбачали правове регулювання цього засобу індивідуалізації.

Така обставина сприяла виникненню різних ідей в юридичній літературі щодо розуміння комерційного найменування. З огляду на це спробуємо проаналізувати наявні погляди теоретиків на вказане правове явище. Також вартими уваги є погляди сучасних російських цивілістів на правову природу комерційного позначення, оскільки в Російській Федерації комерційне позначення отримало комплексне правове регулювання лише наприкінці 2006 р. із прийняттям Ч. 4 Цивільного кодексу Російської Федерації, яка набула чинності з 1 січня 2008 р. [17].

Теоретична ідея особливого позначення в торговому обороті існувала ще в ХІХ ст. Зокрема П.П. Цитович у своїй праці поряд із фірмою аналізує поняття „вивіска” – назву приміщення чи закладу в якому здійснюється торгівля, зазначаючи що основне його призначення відрізнити один заклад від іншого [18, с. 44]. Такі погляди вченого передусім пояснюють тим, що обстоюючи суть фірми як позначення власника торгівлі, автор констатує існування окремого засобу індивідуалізації для самої торгівлі в широкому значенні цього слова, тобто для підприємства, закладу, приміщення. Наявність вивіски у торговому обороті доводить неможливість у цій ситуації позначати фірмою торгівлю (підприємство) як об’єкт прав. П.П. Цитович вважає, що вивіска, на відміну від фірми, не дає повної інформації про власника закладу, оскільки при її виборі власник торгівлі на власний розсуд може включити до її складу фірму, або обрати будь-яке інше позначення, що символізує суть самої торгівлі.

У сучасній доктрині цивільного права є багато поглядів на правову природу комерційного позначення, серед яких можливо виділити дві явно домінуючі позиції.

Дослідники Ю.Л. Бошицький [19, с. 33], В.А. Дмитрієв [20, с. 6], А.Г. Красовська [21, с. 470], А.В. Міндрул [22, с. 181] розглядають комерційне позначення як збірне поняття, яке охоплює всі види позначень, що використовуються у разі здійснення підприємницької діяльності (торговельні марки, комерційні (фірмові) найменування, географічні зазначення).

Друга група авторів, серед яких А.О. Козинець [10, с. 60–61], В.В. Голофаєв [6, с. 92], Д.А. Белова [23, с. 79–96], В. Старженецький [24, с. 61–62], доходять висновку, що комерційне позначення має бути розглянене як певне позначення для ідентифікації підприємства як цілісного майнового комплексу або іншого майна суб’єкта господарювання, за допомогою якого здійснюється підприємницька діяльність. Так, В.В. Голофаєв вважає комерційне позначення самостійним засобом індивідуалізації, який слугує для додаткового вирізнення суб’єкта господарювання шляхом індивідуалізації його майна (наприклад магазину чи підприємства). Інша російська дослідниця Д.А. Белова пропонує власну модель комерційного позначення, вважаючи його словесним позначенням насамперед підприємства як цілісного майнового комплексу, яке може містити елементи зображувального характеру. Також автор пропонує запровадити структуру комерційного позначення, а в його правовий механізм увести принципи істинності, виключності та стабільності за аналогією із фірмовим найменуванням.

Поряд із двома основними поглядами на природу комерційного позначення в юридичній літературі наявні одиничні концепції зазначеного поняття. Наприклад, на думку В.О. Калятіна комерційне позначення – позначення, яке юридична особа зазвичай використовує у відносинах із контрагентами та в рекламі тощо [25, с. 336]; М.І. Брагінський та В.В. Вітрянський не визначаючи комерційне позначення, вважають, що оскільки останнє не реєструється патентним відомством, то на право володільця комерційного позначення може претендувати лише іноземний підприємець [26, с. 975].

Вважаємо, що поняття комерційне позначення може використовуватись як у першому, так і другому його розуміннях. Однак таке застосування пов'язане з тим, що сам термін „комерційне позначення”, є полісемічним поняттям. Тому можливе його застосування в широкому розумінні як збірного поняття всіх засобів індивідуалізації. Однак, у співвідношенні із комерційним (фірмовим) найменуванням, комерційне позначення, варто розглядати передусім як позначення підприємства як об'єкта права (цілісного майнового комплексу), або закладів, в яких здійснюється підприємницька діяльність суб'єкта господарювання.

Саме в такому розумінні комерційне позначення вживається в законодавствах окремих країн. Наприклад, у п. 2 ст. 5 Закону Німеччини „Про охорону товарних знаків і інших відрізняльних знаків” від 1994 р. передбачено, що відрізняльним знаком підприємства може бути особливе найменування комерційного або промислового підприємства, яке використовують з метою ідентифікації різних підприємств [27, с. 45].

Комплексне правове регулювання комерційного позначення на сьогодні здійснено в законодавстві Російської Федерації і отримало схвальні відгуки авторитетних практикуючих юристів [28, с. 2]. Цей правовий інститут віднесено до об'єктів права інтелектуальної власності, регулювання якого міститься в окремому параграфі Гл. 4 Цивільного кодексу РФ (ст. ст. 1538–1541). Цивільний кодекс РФ надає юридичним особам, які займаються підприємницькою діяльністю (в тому числі некомерційним організаціям), а також приватним підприємцям використовувати комерційне позначення для ідентифікації належних їм торгових, промислових та інших підприємств [17]. При цьому одне підприємство може бути позначене тільки одним комерційним позначенням. Закон визначає виняткове право на комерційне позначення, межі та строк його дії, а також його співвідношення із фірмовим найменуванням. Ст. 1541 ЦК РФ містить норму про те, що виключні права на комерційне позначення існують незалежно від прав на фірмове найменування і торгову марку. І останнє, на що варто звернути увагу при розгляді Російського законодавчого досвіду – з огляду на введення комерційного позначення в цивільний оборот і включення його до групи засобів індивідуалізації, вказана група об'єктів права інтелектуальної власності (фірмове найменування, торгова марка, географічне зазначення і комерційне позначення) отримала назву „Засоби індивідуалізації юридичних осіб, товарів, робіт, послуг і підприємств”.

Українське законодавство, як вже було зазначено, не містить прямих норм щодо охорони комерційного позначення. Оскільки останнє не міститься у національному переліку охоронюваних об'єктів права інтелектуальної власності, в жодному нормативному акті України зазначений термін не вжито. У цій ситуації варто

погодитися із російським дослідником О.А. Городовим, що правило ст. 2 Конвенції про заснування ВОІВ 1967 р., яке містить комерційне позначення до об'єктів права інтелектуальної власності, не може розглядатися як норма прямої дії, що автоматично вводить правовий режим виняткових прав на цей об'єкт в конкретній країні [29, с. 91].

Водночас законодавство України містить низку норм, зміст яких дає підстави вказувати на правове підґрунтя інституту комерційного позначення. Серед них, передусім, ст. 191 ЦК України, яка до складу підприємства як майнового комплексу поряд з торговельною маркою зачислює „інше позначення”. У п. 3 ст. 1126, ст. 1128, ст. 1129 ЦК України, що визначають правовий режим договору комерційної концесії, йдеться про права праволодільця на торговельну марку та „інше позначення”. Правова охорона комерційних позначень відбувається також на підставі законодавства про недобросовісну конкуренцію. Зокрема, відповідно до ст. 4 Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції” неправомірним є використання без дозволу уповноваженої особи чужого імені, фірмового найменування, знаків для товарів і послуг та інших позначень. Саме під групу об'єктів, що охоплені категорією „інше позначення”, про які йдеться у цих статтях, підпадають комерційні позначення.

Підсумовуючи ідеї щодо термінологічних особливостей в сфері засобів індивідуалізації учасників майнового обороту, потрібно зазначити, що терміни комерційне і фірмове найменування мають вживатися як рівнозначні. Однак така ситуація у разі застосування чинних нормативно-правових актів, на нашу думку, можлива лише тимчасово, поки у законодавстві не уніфікують термінологічне поняття „комерційне найменування” і не внесуть змін до тих законів, які вживають термін „фірмове” найменування. Стосовно співвідношення термінів комерційне найменування та комерційне позначення, варто розділяти ці поняття залежно від того, що ж повинно позначати кожне із них. На наш погляд, комерційне найменування слугує для індивідуалізації суб'єкта цивільного обороту, а комерційне позначення – певного цілісного майнового комплексу, який використовує такий суб'єкт.

1. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник торгового права / Г. Ф. Шершеневич. — [7-е изд.]. — М. : Издание Бр. Башмаковых, 1914. — 335 с.
2. *Бахчисарайцев Хр.* О фирме предприятия / Хр. Бахчисарайцев // Еженедельник советской юстиции. — 1924. — № 19—20. — С. 447—449.
3. *Сержантова Т.* Фірмові фірми в Україні / Т. Сержантова // Правовий тиждень. — 2006. — № 19. — С. 10.
4. *Викторова Н.* Бросаем фирму добровольно / Н. Викторова // Практическая бухгалтерия. — 2004. — № 10. — С. 12.
5. Федеральная республика Германия. Законы / [сост. В. Бергман, пер. с нем. Е.А. Дубовицкая]. — М. : Волтерс Клувер, 2005. — 624 с.
6. *Голофаев В. В.* Фирменное наименование коммерческих организаций : дисс. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 1999. — 192 с.
7. *Кибенко Е. Р.* Корпоративное право Великобритании. Законодательство. Прецеденты. Комментарии / Е. Р. Кибенко. — К. : Юстиниан, 2003. — 368 с.

8. *Паладій М. В.* Право інтелектуальної власності на комерційне найменування / М. В. Паладій / *Правова охорона комерційних позначень в Україні : проблеми теорії і практики* : [збірн. / Ю. С. Шемшученко, Ю. Л. Бошицький; Інститут держави і права ім. Корецького НАН України]. — К. : Юрид. думка, 2006. — С. 369—385.
9. *Шевелева Т.* Комерційне найменування — проблеми правової охорони в Україні / Т. Шевелева // *Інтелектуальна власність*. — № 7. — 2005. — С. 11—16.
10. *Кодинець А. О.* Засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг у цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2006. — 219 с.
11. *Бошицький Ю.* Аспекти правової охорони комерційних найменувань в Україні / Ю. Бошицький, О. Козлова // *Інтелектуальна власність*. — № 9. — 2005. — С. 8—12.
12. *Козлова О. О.* Деякі проблеми визначення комерційного (фірмового) найменування в Україні / О. О. Козлова // *Держава і право. Юридичні і політичні науки : збірн. наук. праць*. — 2004. — Вип. 26. — С. 370—375.
13. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності : Рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 10.06.2004 р. № 04-5/1107 // Офіційний сайт Вищого господарського суду України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : — <http://www.arbitr.gov.ua>.
14. Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом інтелектуальної власності : Рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 29.03.2005 р. № 04-5/76 // Офіційний сайт Вищого господарського суду України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : — <http://www.arbitr.gov.ua>.
15. Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист права власності на комерційне найменування : Оглядовий Лист Вищого господарського суду України від 17.04.2006 р. № 01-8/845 // *Вісник господарського судочинства*. — 2006. — № 3.
16. Конвенция об учреждении Всемирной организации интеллектуальной собственности от 14.07.1967 г. // *Интеллектуальная собственность в Украине : правовые основы и практика*. [науч.-практ. изд. : в 4 т. — Т. 1 / под общ. ред. А. Д. Святоцкого]. — К. : Ин Юре, 1999. — С. 488.
17. Гражданский кодекс Российской Федерации от 08.12.2006 г. № 230-ФЗ — Ч. 4 // *Собрание законодательства РФ*. — 2006. — № 52 (Ч. 1). — С. 5496.
18. *Цитович П. П.* Очерк основных понятий торгового права / П. П. Цитович. — К. : Типография И.Н. Кушнерева, 1886. — 248 с.
19. *Бошицький Ю. Л.* Роль права в охороні комерційних позначень та інших об'єктів інтелектуальної власності / Ю. Л. Бошицький // *Судова апеляція*. — 2006. — № 4. — С. 32—38.
20. *Дмитриев В.А.* Гражданско-правовая индивидуализация юридических лиц и результатов их деятельности : автореф. дисс. на соиск. научн. степени канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2003. — 27 с.
21. *Красовська А. Г.* Законодавчі основи прав на комерційні найменування в Україні. Реальність і перспектива / А. Г. Красовська // *Правова охорона комерційних позначень в Україні : проблеми теорії і практики* : [збірн. / Ю. С. Шемшученко, Ю. Л. Бошицький; Інститут держави і права ім. Корецького НАН України]. — К. : Юрид. думка, 2006. — С. 460—483.

22. *Міндрул А. В.* Актуальні питання правової охорони комерційних позначень в Україні / А. В. Міндрул // *Правова охорона комерційних позначень в Україні : проблеми теорії і практики : [збірн. / Ю. С. Шемшученко, Ю. Л. Бошицький; Інститут держави і права ім. Корецького НАН України]*. — К. : Юрид. думка, 2006. — С. 180—199.
23. *Белова Д. А.* / Д. А. Белова *Правовая охрана фирменных наименований и коммерческих обозначений в Российской Федерации : дисс. ... канд. юрид. наук.* — М., 2004. — 184 с.
24. *Старженецкий В.* Защита коммерческих обозначений в арбитражных судах Российской Федерации / В. Старженецкий // *Интеллектуальная собственность.* — 2002. — № 11. — С. 60—65.
25. *Калятин В. О.* Интеллектуальная собственность (Исключительные права) / В. О. Калятин. — М. : НОРМА, 2000. — 480 с.
26. *Брагинский М. И.* Договорное право. Книга третья : Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 2002. — 1038 с.
27. *Правовая охрана товарных знаков, фирменных наименований и географических указаний в Германии* / [пер., ред. и коммент. Г. А. Андрощук, А. П. Пахаренко]. — К. : Таксон, 1997. — 112 с.
28. *Мещеряков В. А.* Часть четвертая Гражданского кодекса РФ : каково состояние и что делать / В. А. Мещеряков // *Информационный бюллетень фирмы „Городисский и партнеры”.* — 2006. — № 8 (41). — С. 1—3.
29. *Городов О. А.* Право на средства индивидуализации : товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения / О. А. Городов. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — 448 с.

**THE ESSENCE OF THE TRADE NAME DEFINITION:
TERMINOLOGICAL ASPECT**

S. Ishchuk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article is devoted to the study of a separate aspect of the trade name essence as subject of the law of intellectual property. The issue of the essence is scrutinized through the analysis of different terms, which are used to denote this particular means of individualization. The author analyses the essence and the possibility of the usage of such terms, as: “trade name”, “firm name” and “firm”. The correlation of the notions “trade name” and “trade designation” is elucidated.

Key words: firm, trade name, individualization, trade designation.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ОСОБЛИВОСТІ ПОСЛУГ КОМЕРЦІЙНОГО ПРЕДСТАВНИКА

І. Климівська

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті досліджено сутність комерційного представництва. Охарактеризовано професійну специфіку діяльності представника при здійсненні ним комерційного представництва, а також особливості послуг які він надає.

Ключові слова: комерційний представник, представництво, послуга

Дослідження особливостей послуг, які надає комерційний представник, неможливе без з'ясування поняття послуги як об'єкта цивільних правовідносин. Визначення послуги у Цивільному кодексі України [1] як об'єкта цивільних прав (ст. 177) та вказівка на те, що послуга споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності (ч. 1 ст. 901), є недостатнім для чіткого розуміння поняття послуги в цивільному праві. Видається доцільним окреслення послуги як об'єкта цивільних правовідносин через діяльність, яка триває у часі, здійснюється на замовлення сторони і не має уречевленого результату або результат є невіддільним від самої діяльності [6, с. 166]. Д.І. Степанов визначає послугу також шляхом вказівки на її специфічну поведінкову характеристику: це операція (низка послідовно вчинюваних дій, об'єднаних єдиною метою) або діяльність, що характеризується ознаками неохопності, труднощами визначеності (в часі і просторі) і невіддільністю від джерела, синхронністю надання і отримання, небережністю, миттєвою споживаністю [10, с. 17].

Керуючись цим, специфіка послуги як об'єкта правовідношення комерційного представництва виявляється в особливостях діяльності комерційного представника у разі здійснення ним представництва від імені особи, яку представляє. З огляду на це, важливо з'ясувати наступні моменти, що стосуються діяльності комерційного представника:

1. Характер дій, які має право вчиняти представник у випадку здійснення ним комерційного представництва. Позиція законодавця та судова практика з цього питання є неоднозначною і навіть суперечливою.

У законодавстві України можна простежити вживання різних термінів для окреслення діяльності комерційного представника.

Згідно з ч. 1 ст. 243 ЦК України комерційним представником є особа, яка постійно та самостійно є представником підприємців у разі укладення ними договорів у сфері підприємницької діяльності. Зазначимо, що дії представника у разі укладення договорів у сфері підприємницької діяльності можна розуміти як дії фактичного (підготовчого) характеру або як дії, що полягають у безпосередньому укладенні договорів. Ця норма потребує уточнень.

У ч. 1 ст. 237 ЦК України визначено загальноцивільстичне представництво як правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. Отже, загальноцивільстичний представник вправі вчиняти не лише договори, а й односторонні правочини.

Визначаючи предмет договору доручення, який згідно з ЦК України є підставою виникнення правовідносин комерційного представництва, законодавець вказує на можливість вчинення представником юридичних дій (ч. 1 ст. 1000 ЦК України).

Законодавство, яке встановлює особливості комерційного представництва в окремих сферах підприємницької діяльності, також є неоднозначним у визначенні характеру діяльності комерційних представників. Наприклад, відповідно до Правил здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами, затвердженими Рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 12 грудня 2006 р. [2], брокерська діяльність полягає в укладенні торговцем цивільно-правових договорів щодо цінних паперів (п.1 розд. 2 Правил). Водночас договір доручення, який є підставою здійснення брокерської діяльності, визначають як договір, за яким одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити щодо цінних паперів від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії (п. 1 розд.2 Правил). Цими правилами закріплений також договір на брокерське обслуговування, договір, укладений між торговцем та клієнтом, в якому передбачено надання послуг клієнтові щодо укладення правочинів з цінними паперами (п. 1 розд. 2 Правил).

Вищезазначене зумовлює необхідність з'ясування, який із вживаних законодавцем термінів (договір, правочин, юридичні дії) найдоцільніше використовувати для окреслення діяльності представника, у разі здійснення ним комерційного представництва. Видається, що зведення діяльності комерційного представника до укладення ним договорів безпідставно обмежує його можливості порівняно із загальноцивільстичним представником. Тому комерційний представник має право вчиняти окрім дво- чи багатосторонніх правочинів (договорів) також односторонні. Наприклад, до односторонніх правочинів, які може вчиняти комерційний представник, потрібно зачислити залік, оферту, акцепт. Окрім цього, необхідним є закріплення можливості для комерційного представника вчиняти правочини, спрямовані не лише на виникнення цивільних прав і обов'язків, а також на їх зміну чи припинення. Правочин, спрямований на зміну або припинення цивільних прав і обов'язків, під кутом зору волевиявлення сторін, такий самий, яким він був під час виникнення правовідносин, з тією лише відмінністю, що є „залежним” від уже наявного правовідношення. На завершення, категорія „юридичні дії” значно ширша, ніж „правочин” і „договори”. Законодавець не визначає зміст категорії „юридичні дії”. Приналежність їх до дій, які спричинюють юридичні наслідки, такі як виникнення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків, не зовсім вдале у зв'язку із формулюванням категорії правочину. Однак законодавець чітко розмежовує „юридичні дії” і „правочини”. Категорія „юридичні дії” охоплює, поряд із правочинами, інші дії, які не є правочинами в розумінні ч.1 ст.202 ЦК України, але для сторін можуть мати юридичне значення. Прикладом є процесуальні дії представника у випадку судового представництва; дії, які сприяють реалізації наявних прав та обов'язків. Вивчаючи різновиди юридичних дій, можна зробити висновок, що окремі з них, наприклад ті, які спрямовані на реалізацію прав або виконання обов'язків, можуть вчинятись представником у разі здійснення ним комерційного представництва. Проте є й такі (наприклад, процесуальні дії), вчинення яких не відповідатиме природі комерційного представництва. Щоправда, у юридичній

літературі висловлюються думки протилежні. Зокрема, М.І. Брагінський підкреслював, що представництво не може бути зведене до правочинів тому, що його використання не обмежується межами цивільного права. Як приклад, можна назвати судове представництво [3, с. 285].

Специфіка комерційного представництва полягає у тому, що власне здійснення представництва від імені підприємців у разі вчинення ними юридичних дій у сфері підприємницької діяльності є лише кінцевим, завершальним етапом у діяльності комерційного представника, оскільки попередньо йому необхідно з'ясувати з ким і на яких умовах потрібно вступати у правовідносини, тобто перед тим, як вчинити від імені і в інтересах довірителя юридичні дії, комерційний представник надає йому комплекс фактичних послуг, що сприяють вчиненню юридичних дій.

Доцільним є також визначення співвідношення фактичних та посередницьких дій у діяльності комерційного представника. Видається, що поняття „посередницькі дії” є вужчим, ніж „фактичні дії”. Історичний розвиток терміна „посередництво” був пов'язаний лише з визначенням правовідносин між двома особами, до останнього часу не було розуміння посередника, як особи, яка сприяє реалізації прав суб'єкта вже наявного правовідношення. Тому фактичні дії, які сприяють зміні або припиненню правовідносин не охоплюються поняттям посередницьких. Доцільно також підкреслити, що посередництвом можна назвати діяльність, в процесі якої особа, яка виступає у чужих інтересах (виконавець послуги) входить в контакт з третьою особою і впливає на формування волі останньої з метою, щоб вона вступила у правовідносини із замовником послуг посередника. Тому важливою ознакою категорії посередництва є можливість використання посередницьких послуг тільки у разі укладення двостороннього або багатостороннього правочину, тобто договору. Дії, які сприяють вчиненню односторонніх правочинів поняттям посередницьких не охоплюються. Також А.В. Майфат наголошує, що дії посередника не спричиняють правових наслідків для сторін майбутнього правочину, але і не є просто допоміжними, технічними, до яких, наприклад, автор відніс рекламні послуги. Реклама звернена до невизначеного кола осіб, посередницька послуга завжди вчиняється на користь конкретних осіб [5, с. 14]. Окрім цього, посередник озвучує пропозицію про вчинення конкретних правочинів. Тому посередницькі дії не можуть полягати лише у наданні технічного сприяння під час укладення договору.

Отже, фактичне посередництво полягає у сприянні під час укладення конкретного договору чітко визначеними сторонами, зокрема, здійснення підготовки укладення договору, залишаючи для зацікавленої особи тільки необхідність вчинення цілеспрямованого волевиявлення. Фактичні дії, які має право вчиняти комерційний посередник, потрібно розглядати ширше. Це можуть бути будь-які дії, які сприяють вчиненню комерційним представником правочинів та інших юридичних дій, спрямованих на здійснення прав особи, яку представляє, або виконання її обов'язків. Вони завжди мають допоміжний характер, тому діяльність комерційного представника не може полягати лише у вчиненні фактичних дій.

Практика укладення договорів, на підставі яких виникає комерційне представництво, свідчить про вчинення комерційним представником правочинів, юридичних дій, спрямованих на здійснення вже наявних прав та обов'язків, а також

фактичних дій. Можна навести такі приклади, в яких у різних комбінаціях поєднані вищезазначені дії. Згідно з договором доручення № 6341/04, укладеного між ВАТ „Дніпрометиз” (довіритель) та ТОВ „Промтрейд плюс” (повірений), довіритель доручає, а повірений бере на себе зобов’язання здійснювати від імені та за рахунок довірителя вивчення ринку виробників катанки в Україні; належне виконання укладеного довірителем з ВАТ КГМК „Криворіжсталь” договору купівлі-продажу катанки [7]. У цьому випадку комерційний представник вчиняє фактичні дії та юридичні дії, спрямовані на здійснення вже наявних прав та обов’язків від імені особи, яку представляє. Згідно з договором доручення № 10-08/2001, укладеного між НАК „Надра України” (повірений) та ДП НАК „Надра України „Полтавнафтогазгеологія” (довіритель), довіритель доручає, а повірений бере на себе зобов’язання від імені та за рахунок довірителя вчиняти такі дії: укладати договори оренди майна; вносити зміни та доповнення до договорів оренди майна; у випадках, передбачених чинним законодавством та договорами оренди майна, вчиняти дії щодо припинення чинності таких договорів [8]. Це приклад укладення комерційним представником договорів та вчинення правочинів, спрямованих на зміну та припинення прав і обов’язків від імені особи, яку представляє. Зауважимо, що для здійснення комерційного представництва не достатньо вчинення фактичних дій. Наприклад, між ТОВ „Юагротранзитсервіс” (довіритель) та фізичною особою – суб’єктом підприємницької діяльності (повірений) було укладено договір, згідно з умовами якого повірений зобов’язався надати послуги, пов’язані із пошуком контрагентів та проведення з ними переговорів щодо укладення між ними та ТОВ „Юагротранзитсервіс” господарських договорів, за для чого повіреному було видано відповідну довіреність [9]. У цьому випадку можна говорити лише про виникнення відносин комерційного посередництва.

Специфіка юридичних та фактичних дій, які вчиняє представник у разі здійснення ним комерційного представництва, також полягає в тому, що вони обов’язково пов’язані зі сферою підприємницької діяльності особи, яку комерційний представник представляє.

2. Обсяг визначеності особою, яку представляють, дій, що їх має право вчиняти комерційний представник.

Згідно зі ст. 1003 ЦК України, яка поширюється на відносини комерційного представництва, у договорі доручення або виданій на підставі договору довіреності мають бути чітко визначені юридичні дії, які належить вчинити повіреному. Такі дії мають бути правомірними, конкретними та здійсненими. При цьому повірений може відступати від змісту доручення лише якщо цього вимагають інтереси довірителя і повірений не міг попередньо запитати довірителя або не одержав у розумний строк відповіді на свій запит (ч. 1 ст. 1004 ЦК України). Враховуючи специфіку комерційного представництва, законодавець в ч. 2 ст. 1004 ЦК України визначає, що повіреному, який діє як комерційний представник, довірителем може бути надано право відступати в інтересах довірителя від змісту доручення без попереднього запиту про це.

Неможливість врахування на момент укладення договору про комерційне представництво чи видачі довіреності необхідного обсягу дій, які необхідні для належного здійснення представником комерційного представництва, особливо коли представництво має тривалий характер, а також відсутність професійних знань в особі, від

імені якої комерційний представник уповноважений вчиняти визначені нею дії, зумовлюють недоцільність збереження вимоги щодо конкретності у визначенні даних дій.

З огляду на дослідження нашого питання цікавим є його врегулювання в Німецькому торговому уложенні, зокрема закріплення інституту прокури та торгової довіреності. Прокуристи на підставі закону мають право вчиняти правові дії, які характерні для торгового обороту, а також займатись судовими і позасудовими справами, причому будь-яке обмеження повноважень прокуриста не має значення для третіх осіб. Довіреність на ведення справ без видачі прокури, наділяє представника можливістю або здійснювати відповідний промисел від імені особи, яку представляє, або в його рамках вчиняти певний вид правочинів чи конкретні правочини [3, с. 285]. У багатьох країнах передбачена можливість вказівки лише на загальний характер повноважень представника без обов'язкової їх конкретизації, і це означає можливість вчинення правочинів звичайних лише для даного виду діяльності, а не для всього торгового обороту. Отож, більшість законодавств містить аналогії німецького інституту торгових уповноважених. Наприклад, відповідно до ЦК Російської Федерації повноваження агента можуть бути визначені договором конкретно, шляхом переліку доручених йому дій, або загалом, наданням агенту загальних повноважень на вчинення правочинів від імені принципала (ч. 2 ст. 1007) [4, с. 592].

Беручи до уваги професійний характер діяльності комерційних представників, видається доцільним відступити від загальної норми ЦК України, яка закріплює обов'язкову конкретність у визначенні дій, котрі вправі вчиняти повірений у разі здійснення ним представництва. Достатньо у договорі про комерційне представництво чи довіреності закріпити головну ціль представництва або сферу, в якій воно має бути реалізоване.

3. Спрямованість юридичних дій комерційного представника. Представництво у цивільному праві характеризується повним заміщенням особи, яку представляють, представником в процесі виконання тих чи інших юридичних дій. Ефект представництва полягає у безпосередньому перенесенні на особу, яку представляють, правових наслідків юридичних дій, які вчиняє представник. Це можливо лише за умови, що комерційний представник вчиняє дії в межах наданих йому повноважень. Отже, з огляду на вчинення представником правочину чи інших юридичних дій, суб'єктом прав та обов'язків стає особа, яку він представляє.

Враховуючи наведену характеристику діяльності представника під час здійснення ним комерційного представництва, надання послуги комерційним представником можна визначити як вчинення останнім правочинів та інших юридичних дій, спрямованих на здійснення вже існуючих прав та виконання зобов'язань, а також вчинення необхідних при цьому фактичних дій, правові наслідки яких безпосередньо виникають в особи, яку представляють. Обсяг вчинюваних дій комерційний представник може визначати самостійно, керуючись визначеною особою, яку представляють, основною ціллю комерційного представництва або сферою його здійснення.

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відом. Верх. Ради України. — 2003. — № 40—44. — Ст. 356.
2. Про затвердження Правил (умов) здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами : брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами : Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 12.12.2006 р. № 52/13319 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : // rada.gov.ua.
3. *Брагинский М. И.* Договорное право. Книга третья : Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 2007. — 1055 с.
4. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). / [рук. авт. кол. и отв. ред. О. Н. Садиков]. — М. : Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА, 1998. — 799 с.
5. *Майфат А. В.* Понятие и организационно-правовые формы посредничества в гражданском праве : дисс. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 1992. — 20 с.
6. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / [за ред. В. М. Коссака]. — К. : Істина, 2004. — 976 с.
7. Справа № 27/280 // Господарський Суд Дніпропетровської області [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.court.gov.ua.
8. Справа № 52/234-07 // Господарський суд Харківської області [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.court.gov.ua
9. Справа № 22-8/313-06-10356 // Господарський суд Одеської області [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.court.gov.ua
10. *Степанов Д. И.* Услуги как объект гражданских прав : автореф. дисс. на соиск. наук степени д-ра. юрид. наук. — М., 2004. — 25 с.

PECULIARITIES OF COMMERCIAL AGENT'S SERVICES

I. Klymova

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The author examines the activity of a commercial agent, in particular the essence of actions which agent is empowered to perform, the scope of such actions, direction of legal actions of the agent. Peculiarities of legal and factual actions of the commercial agent are considered.

Key words: commercial agent, legal actions, services.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ДОГОВОРОМ СУБПІДРЯДУ У КАПІТАЛЬНОМУ БУДІВНИЦТВІ

С. Сенік

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті висвітлено питання, пов'язані з виконанням договору субпідряду у капітальному будівництві. Зокрема, значну увагу приділено з'ясуванню співвідношення понять „належного” та „реального” виконання зобов'язань, що виникають із договору субпідряду у капітальному будівництві.

Ключові слова: належне виконання, реальне виконання, якість, прострочення.

Під виконанням зобов'язання розуміють вчинення кредитором і боржником дій зі здійснення прав та виконання обов'язків, що ґрунтуються на зобов'язанні [1, с. 643]. Як зазначає Т.В. Боднар, саме при виконанні зобов'язання найповніше розкривається його зміст, оцінюється сукупність дій (бездіяльність) боржника щодо виконання покладених на нього обов'язків з погляду відповідності їх до вимог закону, умов договору, звичаїв, а отже, з точки зору визнання виконання належним [2, с. 19–20].

Вагоме значення мають загальні засади виконання цивільних зобов'язань, виражені у формі їхніх принципів. Варто погодитись із думкою В.В. Луця, що для учасників зобов'язальних правовідносин завжди важливим є те, чи реалізовано головну мету зобов'язання. Але саме досягнення цієї мети пов'язане не лише з виконанням певних дій, а й з необхідністю відповідати іншим „якісним” показникам, які загалом можна об'єднати поняттям належного виконання [1, с. 643].

У правовій літературі немає єдиної позиції щодо співвідношення принципів „належного” та „реального” виконання зобов'язання.

Зокрема на думку М.І. Краснова, „реальне виконання – складова належного виконання. Належне виконання є поняттям більш загальним, а реальне виконання – одна з окремих вимог, яка входить до змісту належного виконання” [3, с. 16].

Окрему позицію займав О.С. Йоффе. Він надавав принципу реального виконання значення загального. Відповідно було звернуто увагу на те, що „на етапі нормального розвитку зобов'язання реальне виконання передбачає і належне виконання, а після порушення боржником зобов'язання – виконання в натурі” [4, с. 64].

На думку М.І. Брагінського, реальне та належне виконання – це різноплосинні явища. У першому виявляється суть виконання як вчинення певної дії, у другому – якісна характеристика дії (або утримання від дії). У разі перевірки, чи виконав боржник зобов'язання, вирішуються два самостійні за значенням питання: чи вчинила особа дію, яка є об'єктом відповідних правовідносин (тобто чи дотримана вимога реального виконання), а також як ця дія вчинена (чи дотримана вимога належного виконання) [5, с. 336].

У контексті цього питання найбільш прийнятною є остання позиція. Обидва принципи мають самостійне значення, і жоден з них не є домінуючим над іншим. Швидше за все можна говорити про їх взаємозумовленість. Варто погодитися, що неможливо уявити собі належне виконання зобов'язання, якщо воно не виконано в

натурі. Своєю чергою, реальне виконання не може бути неналежним, оскільки поки зобов'язання розвивається нормально, без порушень, реальне виконання передбачає і його належне виконання [6, с. 518].

Обидва принципи є диспозитивними, оскільки норми, в яких вони відображені, надають сторонам право сформулювати правила інші, ніж за законом. Як зазначає М.В. Кротов, роль загальних принципів виконання зобов'язання виявляється у тих випадках, коли сторони не встановлюють спеціальних правил виконання, які, звичайно, вказаним принципам не мають суперечити [6, с. 518].

Найдетальніше юридична природа реального виконання зобов'язань дослідив С.М. Братусь. Він висловлював думку, що посиленням механізму правової відповідальності, який слугує з метою забезпечення реального виконання зобов'язання, є застосування примусу через відповідний юрисдикційний орган до виконання зобов'язання у натурі [7, с. 119]. Проте така пропозиція не може знайти застосування у сфері капітального будівництва. Швидше така міра може використовуватись лише у зобов'язаннях, у яких йдеться про передачу у натурі наявної речі. У договорі субпідряду у капітальному будівництві, вбачається, контрагента, який порушив умови договору, можна примусити здійснити певну дію, можливо, лише під погрозою сплати санкцій. Саме сплата певної суми у вигляді неустойки і відшкодування збитків може змусити боржника виконати зобов'язання у натурі навіть тоді, коли він цього не зробив у встановлений строк.

Розвиток ринкового господарства зробив вільними мінові операції учасників обороту з приводу робіт, товарів і послуг. Відповідно основний принцип договорів – „ніякі грошові виплати не здатні замінити реального виконання” – втратив певною мірою своє значення [5, с. 419].

Врешті-решт варто погодитись із думкою М. Сибільова, що „...з розвитком ринкових засад в економіці принцип реального виконання зобов'язання, який набував особливого значення для господарських договорів, певною мірою втратив своє первісне значення. Це пов'язано з тим, що сплата кредиторів збитків, які виникли через невиконання зобов'язання в натурі боржником, в умовах ринкової економіки і може задовольнити інтерес у повному обсязі. За таких обставин новий ЦК України виходить з того, що в умовах ринкової економіки його роль поступово зменшуватиметься” [8, с. 72].

Проте це аж ніяк не означає, що реальне виконання перестало взагалі відігравати яку-небудь роль. Потрібно пам'ятати, що виконання робіт чи надання послуг, заміна товару чим-небудь іншим все ж таки далеко не завжди здатна задовольнити порушений інтерес потерпілої сторони.

Відповідно до ч. 2 ст. 883 ЦК за невиконання обов'язків за договором субпідряду у капітальному будівництві субпідрядник сплачує неустойку, встановлену договором або законом, та відшкодовує збитки у повному обсязі. Водночас, ця норма наводить на висновок, що сторони у договорі можуть, крім вищезазначених санкцій, передбачити і зобов'язання субпідрядника виконати субпідрядні роботи. Таке право генпідрядника і, відповідно, обов'язок субпідрядника виникатимуть на підставі ч. 1 ст. 622 ЦК, в якій передбачено, що боржник, який сплатив неустойку і відшкодував збитки, завдані порушенням зобов'язання, не звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі, якщо інше не встановлено договором або законом.

Можна стверджувати, що невиконання зобов'язання виконати певну роботу передбачає для кредитора як право на вимогу про виконання його у натурі, так і право на сплату грошової компенсації за невиконання роботи. Проте, у контексті цього питання, слушною є думка, що неможливо зобов'язати боржника примусово здійснити яку-небудь дію, якщо він не бажає цього робити. Єдине, що може змусити до здійснення певної дії, – це майнова санкція, тобто фактично заміна виконання зобов'язання у натурі грошовою компенсацією [6, с. 518].

Проаналізувавши загальнотеоретичні підходи до з'ясування суті „належного” та „реального” виконання стосовно субпідрядних правовідносин у капітальному будівництві з приводу виконання робіт, можемо говорити, що належне виконання визначає „як робити”, а реальне – „що робити”.

Для досягнення цієї мети необхідними є наявність певних чинників. Передусім здійснення генпідрядником обумовлених дій, які будуть забезпечуватимуть своєчасне виконання субпідрядних робіт у капітальному будівництві. До таких дій потрібно зачислити координацію генпідрядником роботи усіх субпідрядників, які беруть участь у будівництві, забезпечення до початку робіт субпідрядника будівельної готовності об'єкта, тобто надання будівельного майданчика (фронту робіт), конструкцій чи окремих видів робіт.

Надання будівельного майданчика пов'язано з певними діями генпідрядника (звільнення будівельної площадки від матеріалів, конструкцій, закінчення робіт, які технологічно передують роботам субпідрядника та ін.). Якщо ж субпідрядник розпочав здійснення субпідрядних робіт, незважаючи на неліквідовані перепони, то це не дає підстави для припинення зобов'язання генпідрядника із забезпечення будівельної готовності об'єкта.

Своєю чергою субпідрядник повинен правильно організувати діяльність, пов'язану із проведенням робіт, забезпечити готовність спеціальних будівельних робіт і створити умови для здійснення подальших робіт.

До обов'язків генпідрядника входить і передання субпідрядникові дозволів відповідних органів на здійснення субпідрядних робіт у капітальному будівництві. Пунктом 40 Положення про субпідрядні договори передбачено обов'язок генпідрядника передати субпідрядникові до початку виконання робіт технічну документацію на геодезичну розбивну основу для будівництва і закріплені на території будівництва пункти і знаки цієї основи з оглядом їх у натурі. Склад і обсяги геодезичної розбивочної основи мають відповідати вимогам нормативних документів із будівництва. Виконання генпідрядником таких обов'язків дає змогу субпідрядникові завчасно ознайомитися з необхідними документами і належно підготуватися до виконання робіт.

Поряд з цим, у Положенні про субпідрядні договори у п. п. 35, 36 наведений перелік робіт, які виконує генпідрядник та субпідрядник щоб забезпечити виконання монтажних і спеціальних робіт. Крім цього, у п. 34 Положення про субпідрядні договори зазначено, що строки виконання взаємних зобов'язань щодо надання будівельної готовності об'єктів, конструкцій і окремих видів робіт, забезпечення готовності монтажних і спеціальних будівельних робіт сторонами визначені у договорі субпідряду.

Один із основних обов'язків субпідрядника – забезпечення належної якості субпідрядних робіт у капітальному будівництві. Тому якісно виконані роботи свідчать про належне виконання договору субпідряду у капітальному будівництві. Хоча, не зважаючи на зусилля, які приймаються, якість капітального будівництва деколи залишає бажати кращого.

У п. 42 Положення про субпідрядні договори вказується на обов'язок субпідрядника систематично у процесі виконання робіт, а після завершення робіт – остаточно, прибирати робочі місця від залишків матеріалів і відходів, що утворилися у процесі виконання субпідрядних робіт на об'єкті.

Крім цього, належному виконанню субпідрядником його договірних обов'язків сприяють численні послуги, які надає генпідрядник. Якщо вони обумовлені у договорі субпідряду у капітальному будівництві, то стають обов'язковими для виконання. Наприклад, за згодою сторін генпідрядник зобов'язується до прибуття на будівництво персоналу субпідрядника приймати адресовані йому вантажі, складаючи при цьому відповідний акт, який потім передає субпідрядникові.

Зазначмо, що у п. 4.13.8. Положення про підрядні контракти йдеться про те, що головним документом, який стежить за ходом будівництва від початку виконання робіт до їх закінчення, є журнал виконання робіт. Сторони домовляються про форму, зміст та порядок ведення журналу, контроль за його заповненням з боку замовника (генпідрядника). Відповідно до цього Пункту особу, на яку покладається відповідальність за ведення цього документа, повинен призначати субпідрядник.

Можна стверджувати, що належне виконання генпідрядником обов'язків з надання послуг субпідрядникові сприяє належній реалізації договору субпідряду у капітальному будівництві.

Отож, належне виконання договору субпідряду у капітальному будівництві охоплює дотримання комплексу вимог, які визначають, де і яким способом повинно здійснюватись виконання робіт. Виконання зобов'язання за субпідрядним договором у капітальному будівництві як такого, тобто реальне виконання чи виконання у натурі, означає для субпідрядника виконати та передати субпідрядні роботи, а для генпідрядника – прийняти та оплатити закінчені належним виконанням субпідрядні роботи.

У ст. 610 ЦК, говорячи про відповідальність за порушення зобов'язання, законодавець розмежує неналежне виконання і невиконання зобов'язання. Крім цього, важливі вимоги, які ставляться до виконання зобов'язань, передбачені ст. ст. 526, 530 ЦК. Перша з них зобов'язує виконувати зобов'язання належним чином відповідно до умов договору та вимог Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться. Друга – встановлює обов'язок виконувати зобов'язання у строк, передбачений договором або законом. Наведені норми закріплюють принцип належного та реального виконання, через який сторони зобов'язані виконувати зобов'язання відповідно до його умов.

Належним визнається виконання зобов'язання у чіткій відповідності з його змістом. Крім цього, належне виконання охоплює низку елементів.

По-перше, зобов'язання має бути виконане належною особою (ч. 2 ст. 527 ЦК). Передача виконання третій особі розглядається як належне виконання, якщо з умов договору, вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання боржник не повинен виконати зобов'язання особисто (ч. 1 ст. 528 ЦК). У цьому разі кредитор повинен прийняти виконання, запропоноване за боржника третьою особою.

Отже, субпідрядні роботи у капітальному будівництві мають бути виконані субпідрядником, який є стороною договору субпідряду у капітальному будівництві. Субпідрядник, якщо інше не передбачено договором субпідряду або якщо на це є згода генпідрядника, має право передоручити виконання робіт іншому субпідрядникові. Проте у разі невиконання або неналежного виконання зобов'язання субпідрядником цей обов'язок боржник (*1-й субпідрядник*) повинен виконати сам (ч. 2 ст. 528 ЦК). Крім цього, у цьому випадку будуть діяти і положення ч. 2 ст. 838 ЦК.

По-друге, зобов'язання має бути виконане належній особі (ч. 2 ст. 527 ЦК). Положенням ч. 2 ст. 527 ЦК передбачене право обох сторін вимагати пред'явлення доказів того, що обов'язок виконується належним боржником або виконання приймається належним кредитором чи уповноваженою на це особою. Із цього робимо висновок, що у разі виникнення з цього приводу спору тягар доказування факту виконання обов'язку належним боржником і передання виконання належному кредиторіві чи уповноваженій ним особі покладене відповідно на кредитора і боржника.

Отже, субпідрядник повинен виконати передбачені договором роботи і передати їх генпідрядникові, який є стороною договору субпідряду у капітальному будівництві. Обов'язок щодо передання виконаних за субпідрядним договором у капітальному будівництві робіт безпосередньо замовникові може бути передбачений генеральним договором підряду на капітальне будівництво.

По-третє, зобов'язання виконується певним способом. Слушною з приводу цього є думка В.В. Луця, що спосіб виконання зобов'язання прямо залежить від предмета виконання [1, с. 649]. Стосовно субпідряду у капітальному будівництві це означає, передусім, що роботи повинні бути виконані субпідрядником одноразово. Проте, керуючись змістом ч. 1 ст. 882 ЦК, договором субпідряду може бути передбачено і поетапне виконання субпідрядних робіт у капітальному будівництві.

Крім цього, вимога про спосіб виконання означає, що предмет виконання договору – робота, послуга, річ, яку у силу зобов'язання боржник повинен виконати, надати, передати кредиторіві – за усіма своїми параметрами, якісними і кількісними, повинен відповідати вимогам, які закріплені у законі, інших нормативних актах, у договорі [9, с. 472]. Зокрема, субпідрядник повинен виконати зобов'язання, передбачені договором субпідрядні роботи на підставі затверджені проектної документації, будівельних норм і правил, технічних умов і інших нормативних документів з будівництва. Великого значення з огляду на це набуває здійснення генпідрядником обов'язку зі своєчасного надання субпідрядникові проектної документації (якщо це передбачено договором) або передання затверджені проектної документації, якщо забезпечення такою документацією покладено на субпідрядника. Затримання передання необхідних матеріалів ускладнює реалізацію у капітальному

будівництві вимог принципу належного виконання. Як вище було зазначено, виконання субпідрядником субпідрядних робіт у капітальному будівництві відповідно до проектної документації не унеможливує деякі відступи від проекту. З огляду на це слушним є зауваження С.С. Занковського, що специфіка капітального будівництва є такою, що у проектних рішеннях не завжди можна передбачити усі особливості і відступи, які виникають у разі його здійснення [10, с. 56]. Проте такі відступи мають відповідати двом вимогам: не змінювати принципів прийнятих рішень і не впливати на міцність деталей чи споруд.

У процесі виконання договору субпідряду до переданої генпідрядникові замовником проектної документації можуть бути внесені зміни у визначеному порядку. Додаткові зобов'язання, які виникають у генпідрядника (з передачі зміненої документації, відшкодуванню збитків тощо) передбачені ст. ст. 877, 878 ЦК. У цих випадках належне виконання субпідрядником своїх обов'язків передбачає виконання ним робіт відповідно до зміненою документації. У низці випадків інтереси капітального будівництва потребують внесення змін в обсяг субпідрядних робіт у капітальному будівництві, які виконуються субпідрядником на основі відповідного договору. Такі зміни можуть проводитися лише у межах загальної вартості монтажних та деяких спеціальних робіт, якщо інше не передбачено договором субпідряду у капітальному будівництві.

Під час виконання субпідрядних робіт у капітальному будівництві субпідрядник може виявити, що певні роботи не були визначені проектною документацією, і з цієї причини потрібно провести додаткові роботи (наприклад, через виявлення підземних течій).

Господарським судом Закарпатської області розглядалася справа за позовом субпідрядника „Т” (позивач) до генпідрядника „М” (відповідач) про оплату виконаних додаткових субпідрядних будівельних робіт на суму 57,242 грн. При розгляді справи судом з'ясовано, що субпідрядник виконав не передбачені проектно-кошторисною документацією субпідрядні роботи, не повідомивши про це генпідрядника. Судом також встановлено, що ці роботи були включені до акту приймання-передачі, підписаного представником генпідрядника та представником субпідрядника. Дослідивши усі докази у справі та з'ясувавши обставини справи, суд задовольнив позовні вимоги позивача, зазначивши у рішенні, оскільки результат виконаних додаткових робіт був включений до акта приймання-передачі, який генпідрядник підписав, то це означає, що він взяв на себе зобов'язання із розрахунків і за роботи, які були включені до проектно-кошторисної документації, і за виконані додаткові субпідрядні роботи [11].

Вбачається, що у випадку виникнення необхідності проведення додаткових робіт, не врахованих проектною документацією, і збільшення у зв'язку з цим кошторису, керуючись суттю ч.3 ст. 877 ЦК, субпідрядник зобов'язаний був своєчасно повідомити про це генпідрядника та зупинити виконання робіт. Крім цього, субпідрядник повинен довести, що виникла необхідність у проведенні додаткових робіт, виконання яких призведе до збільшення ціни договору. У випадках, коли субпідрядник не виконає цих вимог – попередити генпідрядника про наявні обставини та зупинити виконання робіт – він позбавляється права вимагати

від генпідрядника плату за виконані додаткові роботи і права на відшкодування завданих цим збитків. У такому випадку, субпідрядник, який не зупинив виконання роботи, бере на себе ризик продовження робіт.

Якщо субпідрядник все ж таки виконав додаткові роботи, він набуває права вимагати їх оплати тільки за умови, „якщо доведе, що його негайні дії були необхідними в інтересах генпідрядника, зокрема у зв'язку з тим, що зупинення роботи могло призвести до знищення або пошкодження об'єкта будівництва” (ч. 4 ст. 877 ЦК).

Зазначимо, що генпідрядникові належить широке коло прав з контролю і нагляду за діями субпідрядника (ст. 849 ЦК). А саме: генпідрядник має право у будь-який час перевірити хід і якість роботи, у тім числі дотримання строків її виконання. Проте під час перевірки він не має права втручатись у діяльність субпідрядника. Відповідно до ч. 3 ст. 881 ЦК генпідрядник має право з метою здійснення контролю та нагляду за виконанням будівельних робіт і прийняття від свого імені відповідних рішень укласти договір про надання такого виду послуг зі спеціалізованою організацією або спеціалістом.

Складність об'єктів будівництва буває різною. Іноді якість виконання деяких видів робіт неможливо перевірити після здачі об'єкта без порушення, скажімо, елементів оздоблення. Наприклад, прокладення труб у моноліті бетону. Такі приховані обсяги робіт звичайно передаються за окремим актом у той момент, коли технологічно це ще можливо зробити. Тому, можливо, відповідно до особливостей об'єкта будівництва, у договорі субпідряду в капітальному будівництві потрібно було б розписувати умови про контроль і нагляд самого генпідрядника або його представника за виконанням робіт.

Зі змісту п. 2 ч. 1 ст. 847 ЦК робимо висновок, що генпідрядник має право давати певні вказівки субпідрядникові про спосіб виконання роботи. Проте такі вказівки не повинні суперечити умовам договору, а отже, являти собою втручання в оперативно-господарську діяльність субпідрядника. Крім цього, якщо такі вказівки загрожують якості або придатності результату роботи, субпідрядник повинен своєчасно повідомити про це генпідрядника (п. 2 ч. 1 ст. 847 ЦК); якщо ж генпідрядник у відповідний строк не змінить даних ним вказівок, субпідрядник має право відмовитись від договору субпідряду та право на відшкодування збитків (ч. 1 ст. 848 ЦК). Щодо відповідного строку, то, на нашу думку, якщо такий строк не зазначений у договорі чи законі, генпідрядник повинен дати відповідь у розумний строк.

По-четверте, виконання у належний строк (ст.ст.530, 531 ЦК). Порушенням цієї вимоги може бути як прострочення виконання, так і дострокове виконання. Тобто субпідрядник повинен виконати роботи у строк, передбачений договором субпідряду у капітальному будівництві. Щодо дострокового виконання субпідрядних робіт за договором субпідряду у капітальному будівництві, як ми уже зазначали, відповідно до абз.1 п.18 Загальних умов, воно можливе лише за згодою генпідрядника.

Поряд із нормами щодо прострочення боржника, є відповідні правила, встановлені на випадок прострочення кредитора. Кредитор визнається таким, що прострочив виконання, якщо він відмовився прийняти надане боржником належне виконання зобов'язання. Так, згідно із ч. 1 ст. 882 ЦК генпідрядник, який одержав повідомлення субпідрядника про готовність до передання робіт (етапу робіт),

зобов'язаний негайно розпочати їх прийняття. Якщо ж генпідрядник не розпочне виконання цього обов'язку негайно (на нашу думку, правове поняття „негайно” повинно тлумачитись як „на наступний день після одержання повідомлення”), то його вважають таким, що прострочив виконання зобов'язання.

Крім цього, кредитор визнається таким, що прострочив виконання, якщо він не вчинив відповідних дій, без яких боржник не може виконати своїх обов'язків. Так, для того, щоб субпідрядник розпочав виконання своїх обов'язків, генпідрядник повинен надати будівельний майданчик (фронт робіт), передати затверджену проектно-кошторисну документацію (ч. 1 ст. 875 ЦК).

По-п'яте, виконання зобов'язання у належному місці (ст. 532 ЦК). Можна погодитися із твердженням В.В. Луця, що виявлення з необхідною точністю місця, в якому має бути виконане зобов'язання, істотне саме тому, що від цього нерідко залежить вирішення інших, дуже важливих практичних питань [1, с. 649]. За загальним правилом (ч. 1 ст. 532 ЦК) місце виконання зобов'язання визначене у договорі. Проте якщо у договорі субпідряду у капітальному будівництві не зазначатиметься місце виконання зобов'язання, то у такому разі буде застосовуватись спеціальна норма. А саме, керуючись ч. 1 ст. 875 ЦК, для того, щоб субпідрядник міг розпочати виконання робіт, генпідрядник зобов'язаний передати йому будівельний майданчик (фронт робіт). Тобто, усі субпідрядні роботи, які виконуватимуться, будуть нерозривно пов'язані із будівельним майданчиком (земельною ділянкою або об'єктами, що на ній розміщені). Отже, на підставі ст. 181 ЦК об'єкти, розташовані на земельній ділянці, належать до нерухомих речей. У цьому випадку набуває чинності положення п. 1 ч. 1 абз. 2 ст. 532 ЦК, згідно з яким „якщо місце виконання зобов'язання не встановлено у договорі, виконання провадиться за зобов'язаннями про передання нерухомого майна – за місцезнаходженням цього майна”.

Немає необхідності у договорі субпідряду у капітальному будівництві спеціально зазначати місце виконання та передання субпідрядних робіт, оскільки вони не можуть бути проведені та передані поза місцем знаходження будівельного майданчика. Отже, місцем виконання договору субпідряду у капітальному будівництві буде місцезнаходження будівельного майданчика (фронту робіт). Щодо виконання зобов'язання з оплати виконаних будівельних робіт за договором субпідряду у капітальному будівництві, то вважаємо, що місцем його виконання відповідно до п. 4 абз. 2 ч. 1 ст. 532 ЦК України буде місцезнаходження субпідрядника.

По-шосте, зобов'язання має бути виконане належно. Йдеться про положення ст. 529 ЦК, в якому зазначено, що кредитор має право не приймати від боржника виконання його обов'язку частинами, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту.

На підставі ст. 882 ЦК робимо висновок, що роботи за договором субпідряду у капітальному будівництві можуть бути виконані субпідрядником окремими етапами. У такому випадку генпідрядник повинен буде приймати результати робіт поетапно. Проте таке право субпідрядника і, відповідно, обов'язок генпідрядника мають бути передбачені безпосередньо у договорі субпідряду в капітальному будівництві.

1. Цивільне право України : Підручн. : у 2-х кн. / [О.В. Дзера (керівн. авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової]. — К. : Юрінком Інтер, 2002. — Кн. 1. — 720 с.
2. *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві : монографія. / Т. В. Боднар. — К. : Юрінком Інтер, 2005. — 268 с.
3. *Краснов Н. И.* Реальное исполнение обязательств между социалистическими организациями / Н. И. Краснов. — М. : Госюриздат, 1959.
4. *Иоффе О. С.* Обязательственное право / О. С. Иоффе. — М. : Юрид. лит. — 1975. — 880 с.
5. *Брагинский М. И.* Договорное право. Книга первая : общие положения. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский; [изд. 4-е, стереотипное]. — М. : Статут, 1997.
6. Гражданское право. Том 1. учеб. [изд. 5-е / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого]. — М. : ПБОЮЛ Л. В. Рожников, 2001. — 632 с.
7. *Братусь С. Н.* Юридическая ответственность и законность / С. Н. Братусь. — М. : Юрид. лит., 1976. — 214 с.
8. *Сибільов М.* Структура та основний зміст загальних положень про зобов'язання у проекті нового Цивільного кодексу України / М. Сибільов // Українське право. — 1997. — Число 1. — С. 72—76.
9. Гражданское право. — М. — Т. 1. — СПб., 1996. — 531 с.
10. *Занковский С. С.* Субподряд в капитальном строительстве. Правовые вопросы / С. С. Занковский. — М. : Наука, 1986. — 80 с.
11. Справа № 11/242. Архів Господарського суду Закарпатської області.

FULFILLMENT OF COMMITMENTS UNDER SUBCONTRACT IN CAPITAL CONSTRUCTION

S. Senyk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with subcontract execution in capital construction. In particular, considerable attention is paid to clarification of the correlation of the concepts “proper” and “real” fulfillment of commitments arising from the subcontract in capital construction.

Key words: proper fulfillment, real fulfillment, quality, delay.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ОСОБЛИВОСТІ ДАРУВАННЯ ЯК СПОСОБУ БЕЗВІДПЛАТНОГО ПЕРЕДАННЯ МАЙНА У ВЛАСНІСТЬ

О. Яворська

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Автор досліджує актуальні проблеми правового регулювання відносин сторін з договору дарування. Проаналізовано характер договору, охарактеризовано його суб'єктний склад, досліджено особливості окремих предметів договору, зокрема, майнових прав, нерухомого майна. На підставі проведеного аналізу автор пропонує та обґрунтовує низку змін та доповнень до чинного законодавства з метою удосконалення правового регулювання відносин сторін з договору дарування.

Ключові слова: договір дарування, дарувальник, обдарований, відмова від договору.

З прийняттям Цивільного кодексу України правове регулювання відносин з дарування було значно оновлене. Вивчення цих нових підходів і проблем їх практичного застосування зумовлюють актуальність дослідження.

Передача майна у власність на безоплатних засадах опосередковане **договором дарування**. За ЦКУ (ст. 717) договір дарування конструється як реальний, так і консенсуальний – одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обдарованому) безоплатно майно (дарунок) у власність. У ЦК 1963 р. договір дарування був змодельований виключно як реальний правочин: відповідно до ст. 243 ЦК договір дарування вважався укладеним з моменту передачі майна обдарованому. Потрібно зазначити, що ЦКУ значно розширив межі правового регулювання відносин з дарування порівняно з ЦК 1963 р., в якому містилися лише дві статті у яких висвітлено договір дарування.

У науковій літературі практично усталеним є підхід, за якого договір дарування трактують як реальний та односторонньо зобов'язувальний. Враховуючи законодавче визначення договору за ст. 717 ЦКУ, він може мати і консенсуальний характер [1]. У літературі дореволюційної доби дарування розглядали як односторонній правочин, спрямований на припинення права власності дарувальника і, відповідно, на його набуття обдарованим [2]. В сучасній літературі дарування розглядають як договір. М.І. Брагінський, В.В. Вітрянський зазначають, що передання дарувальником майна як подарунка обдарованому зумовлює безпосереднє виникнення в обдарованого права власності на подароване майно. На відміну від інших реальних договорів, за якими передання майна має значення не лише факту укладення договору, але й виникнення зобов'язань сторін, укладення договору дарування не породжує жодних цивільно-правових відносин, а веде до набуття права власності в обдарованого. Тобто, дарування є договором, але таким, що не підпадає під загальноприйнятий дихотомічний поділ договорів на реальні і консенсуальні. А тому, зазначають вчені, дихотомічний принцип класифікації всіх цивільно-правових договорів на реальні і консенсуальні має умовний характер, оскільки не охоплює всіх випадків [3, с. 336–340]. А відтак договір дарування з

обіцянкою дарування, є консенсуальним, а договір дарування, укладений шляхом передання майна обдарованому є речовим договором – особливою категорією цивільно-правових договорів [4, с. 278–282].

Договір дарування безвідплатний. Тобто, встановлення в самому договорі будь-якого зустрічного еквіваленту зі сторони обдарованого на користь дарувальника означатиме, що такий договір не є даруванням (ч. 2 ст. 717 ЦКУ).

У римському праві договором дарування вважалася неформальна домовленість, за якою одна сторона (дарувальник) надавала іншій стороні (обдарованому) будь-які цінності за рахунок власного майна, з метою виявити щедрість щодо обдарованого. Окремим випадком дарування була обіцянка щось надати, вчинити певні дії тощо – дарча обіцянка [5, с. 499]. Класичні римські юристи не визнавали договір дарування типовим договором, а зачисляли його до домовленостей, що не підпадали ні під який тип договорів.

Велике за обсягом визначення договору дарування подано у Цивільному кодексі РФ: за договором дарування одна сторона (дарувальник) безоплатно передає або зобов'язується передати іншій стороні (обдарованому) річ у власність або майнове право (вимогу) до себе або до третьої особи, або звільняє чи зобов'язується звільнити її від майнового зобов'язання перед собою чи перед третьою особою [6, с. 159]. Якщо у договорі дарування міститься обіцянка дарунка в майбутньому, то такий договір має бути укладений в письмовій формі. Недотримання цієї вимоги має наслідком нікчемність договору. Договори дарування нерухомих речей підлягають державній реєстрації.

У німецькому цивільному уложенні правовому регулюванню договору дарування присвячено 19 параграфів розділу 4 книги 2 – зобов'язальне право. Надання, через яке одна особа за рахунок свого майна збагачує іншу особу, вважається даруванням, якщо обидві сторони згодні з тим, що надання здійснюється безоплатно. Надання може відбутися і без згоди обдарованого. В такому випадку дарувальник може призначити розумний строк для заяви про прийняття. З перебігом встановленого строку дарування вважається прийнятим, якщо інша особа до цього моменту не відмовилася від нього. Тобто, договір дарування конструюється як реальний, так і консенсуальний. На випадок обіцянки вчинити дарування встановлене нотаріальне посвідчення дарування під страхом недійсності договору [7, с. 127–130]. Такий законодавчий підхід запозичений з римського права. Адже в класичному римському праві дарча обіцянка мала обов'язкову силу, якщо вона виражалася у формі стипуляції: словесній формулі, в якій особа на задане запитання відповідала, що вона дає або зробить те, про що її запитують. Доцільно відзначити практичну доцільність встановлення такого правила. Адже без формалізації форми обіцянки дарунка жодна зі сторін на випадок спору не зможе довести своєї правоти. Якщо ж обіцянка зафіксована і посвідчена нотаріально, то проблема її доказування відпадає.

Договір дарування за цивільним кодексом Польщі конструюється як консенсуальний: дарувальник зобов'язується до безоплатного виконання зобов'язання на користь обдарованого коштом свого майна (ст. 888) [8]. Як і в німецькому цивільному уложенні, обіцянка дарування має бути вчинена у формі нотаріального акта (ст. 890). Цивільний кодекс Квебеку встановлює імперативні

вимоги щодо форми договору дарування. Будь-який договір дарування як рухомого, так і нерухомого майна має бути нотаріально посвідченим під страхом його недійсності. Дарування має бути оголошеним. Виняток встановлений на випадок дарування рухомого майна зі згоди сторін, яке підтверджене фактом його передання у безпосереднє володіння обдарованого.

Предметом договору дарування можуть бути як речі (рухомі, нерухомі, гроші, цінні папери, іноземна валюта), а також майнові права, якими дарувальник володіє або які можуть виникнути у нього в майбутньому. Майнове право як предмет договору дарування може бути речовим та зобов'язальним. Тобто, за договором дарування дарувальник може подарувати обдарованому, наприклад, право вимоги до самого себе, як це прямо передбачено в ЦК РФ. Але в такому випадку потрібно враховувати норму ст. 605 ЦКУ. Дарування права вимоги до самого себе є фактично прощенням боргу. Вчинене дарування права вимоги до самого себе одночасно припиняє інше зобов'язання за участю тих же сторін: кредитора – дарувальника і боржника – обдарованого. А тому таке дарування може бути вчиненим, якщо воно не порушує прав третіх осіб.

Дарування прав вимоги до третіх осіб теж має певні особливості. У разі вчинення такого дарування дарувальник фактично уступає належне йому право вимоги до боржника. Реалізувавши подароване право, обдарований збагатиться за рахунок дарувальника. Однак у такому випадку важливо брати до уваги норми глави 47 ЦКУ. При даруванні прав вимоги до третіх осіб обдарований щодо них набуває прав кредитора. Тобто, проходить заміна сторони в зобов'язанні через дарування – уступку права вимоги. Керуючись ст. 516 ЦКУ, заміна кредитора у зобов'язанні відбувається без згоди боржника, якщо інше не визначено договором або законом. Отже, необхідність одержання згоди боржника, право вимоги до якого дарується, є обмеженням можливості дарувальника подарувати таке право будь-кому.

Окрім цього не допускається заміна кредитора у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з його особою, зокрема у зобов'язаннях про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю. Тому права вимоги з таких зобов'язань не можуть бути предметом дарування. Для того, щоб обдарований зміг реалізувати подароване йому право вимоги, дарувальник (він же первісний кредитор у зобов'язанні, право вимоги з якого він подарував) повинен передати обдарованому документи, які засвідчують права, що передаються, та інформацію, яка є важливою для їх здійснення. Враховуючи, що дарувальник як первісний кредитор, згідно із ст. 519 ЦКУ, відповідатиме перед новим кредитором, яким є обдарований, лише за недійсність преданої йому вимоги, але не відповідатиме за невиконання боржником свого обов'язку, дарування права вимоги не таке вже й „безпечне” для обдарованого. Правовий результат, на який спрямоване дарування, може бути не досягнений, якщо боржник не виконає зобов'язання перед обдарованим. Збагачення обдарованого за рахунок дарувальника може і не відбутися. Норми глави 55 ЦКУ не передбачають правових наслідків для договору дарування на такі випадки. Фактично, отримавши в дар право вимоги, яке не задоволене особою, до якої воно звернене, дарувальник отримує проблеми, пов'язані з його втіленням. Не одержавши виконання за подарованим правом вимоги, обдарованому мало б бути надане право на відмову від дарування та відшкодування понесених ним витрат для його здійснення.

У разі дарування речових прав можливою є ситуація, коли саме речове право стає абстракцією, відірваним від речі, яка залишається у дарувальника чи третіх осіб. Договірна практика може бути ускладнена незрозумілою конструкцією: речове право, „відірвавшись” від речі, належить обдарованому, тоді як сама річ знаходиться в інших осіб. Як здійснювати таке право і чи вдасться уникнути колізій інтересів власника майна та власника речового права на це майно. Видається, що цей підхід порушує таку важливу характеристику речових прав, як право слідування – право слідує за річчю. В цій ситуації право відокремлюється від речі і стає самостійним об’єктом. Така проблема може виникнути не лише за договором дарування, а й у всіх випадках відчуження речового права за договорами купівлі-продажу, міни тощо.

Сторонами в договорі дарування можуть бути будь-які фізичні та юридичні особи. Підприємницькі товариства як юридичні особи можуть укладати договір дарування між собою, якщо право здійснювати дарування прямо визначено установчим документом дарувальника. Як дарувальниками так і обдарованими можуть бути держава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади в особі уповноважених органів.

Дарування майна, як спосіб розпорядження ним, є виключним правом власника. Момент набуття права власності на дарунок пов’язують з моментом його прийняття. Таке правило закріплене у ч. 1 ст. 722 ЦКУ. У разі реального характеру договору дарування моменти укладення і виконання договору, а, отже, і набуття права власності в обдарованого збігаються. Але таке співвідношення у часі може мати місце лише у випадку дарування предметів особистого користування, побутового призначення, окремих, хоч і цінних, але негабаритних речей, рухомого майна. У ст. 719 ЦКУ передбачено, що договір дарування предметів особистого користування та побутового призначення може бути укладений усно. Договір дарування нерухомої речі має бути укладений у письмовій формі і нотаріально посвідчений. Саме ж прийняття нерухомої речі може відбутися раніше чи пізніше, тобто, у будь-якому випадку не збігатиметься з моментом укладення договору чи з його нотаріальним посвідченням. Загальна норма ч. 3 ст. 334 ЦК встановлює, що право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню виникає у набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним.

Керуючись змістом ч. 1 ст. 722 ЦКУ, право власності на дарунок виникає з моменту його прийняття. Аналізуючи у порівнянні наведені правові норми, можна зробити висновок, що право власності на подароване нерухоме майно виникає в обдарованого з моменту нотаріального посвідчення договору дарування, а не з моменту прийняття дарунка. Саме ж право власності на дарунок – нерухоме майно – підлягає державній реєстрації.

На обдарованого може бути покладено обов’язок вчинити певну дію майнового характеру на користь третьої особи або утриматись від її вчинення (передати грошову суму чи інше майно у власність, виплачувати грошову ренту, надати право довічного користування дарунком чи його частиною, не пред’являти вимог до третьої особи про виселення тощо) – ч. 1 ст. 725 ЦКУ. Тобто, право власності обдарованого може бути обтяжене через покладення на нього певних обов’язків на

користь третіх осіб. Їх дотримання обдарованим забезпечується юридичною можливістю дарувальника вимагати розірвання договору і повернення дарунка, а якщо повернення неможливе – відшкодування його вартості.

Обов'язок з передання майна за договором дарування може бути покладений на дарувальника лише тоді, якщо він визначений договором дарування – консенсуальний договір дарування (ст. 723 ЦКУ). Зі змісту ст. 723 ЦКУ робимо висновок, що обов'язок дарувальника передати дарунок може бути зумовлений відкладальною обставиною. У такому разі договір дарування є правочином з відкладальною обставиною. Нормою ст. 212 ЦКУ передбачено, що особи, які вчиняють правочин, мають право обумовити настання або зміну прав та обов'язків обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні (відкладальна обставина). Як приклад договору дарування з відкладальною обставиною О. Пульнева наводить договір дарування, за яким дарувальник зобов'язується подарувати дочці будинок за умови її вступу у шлюб [9, с. 33–34]. Видається, що такий приклад відкладальної умови невірний, а договір, укладений з такою умою – нікчемний. Вступ у шлюб – це здійснення особою особистого немайнового права – права на сім'ю (ст. 291 ЦКУ). Встановлення умови про вступ у шлюб в договорі дарування спонукає до здійснення особистого немайнового права. Тому в цілому має бути конкретизовано характер відкладальної умови у договорі дарування шляхом законодавчого зазначення, що така умова не може обмежувати особу у здійсненні нею своїх прав та інтересів, не може суперечити моральним засадам суспільства. Зрозуміло, що такі критерії є оцінювальними, але таке застереження щодо характеру відкладальної умови буде слухним.

У разі настання обумовленого в договорі строку чи відкладальної умови обдарований має право вимагати передання дарунка або відшкодування його вартості. Невдалим є термін „відшкодування вартості”. Про відшкодування може йтися як про засіб цивільної відповідальності. Тобто, відшкодування передбачає як умову його здійснення наявність збитків у сторони. Невиконання дарувальником обов'язку передати дарунок за консенсуальним договором чи у разі настання відкладальної умови може за певних обставин призвести до збитків в обдарованого. Але у ст. 723 ЦКУ йдеться не про відшкодування збитків, а про відшкодування вартості дарунка. Тому більш точнішим буде формулювання: обдарований має право вимагати від дарувальника передання дарунка або його вартості.

Нормами ст. 724 ЦКУ встановлене право дарувальника відмовитися від передання дарунка у майбутньому, якщо після укладення договору його майновий стан суттєво погіршився. За загальним правилом одностороння відмова від виконання зобов'язання не допускається. У ст. 615 ЦКУ передбачено, що лише у разі порушення зобов'язання однією стороною друга сторона має право частково або в повному обсязі відмовитися від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом. Одностороння відмова від зобов'язання не звільняє винну сторону від відповідальності за порушення зобов'язання.

Відмова від передання дарунка за консенсуальним договором дарування є винятком із загального правила і такий законодавчий підхід зумовлений специфікою відносин сторін з договору. Якщо ж загалом відмова від зобов'язання є своєрідною санкцією, що застосовується в односторонньому порядку як реакція на порушення,

допущене другою стороною, то у договорі дарування право на відмову дарувальника абсолютно не пов'язане з поведінкою обдарованого. Таке право не пов'язане і з поведінкою дарувальника. Надання ж права на відмову від договору дарування зумовлене об'єктивними причинами – погіршенням майнового стану дарувальника. Причини погіршення майнового стану, як от втрата роботи, погіршення стану здоров'я, що потребує додаткових витрат, необхідність надання утримання особі з числа рідних та близьких дарувальника, не мають правового значення. Дарувальник розцінює своє становище як таке, що погіршилося і тому відмовляється від договору. Тому одностороння відмова дарувальника від договору дарування не тягне правових наслідків, що встановлені ч. 2 ст. 615 ЦКУ. На нього не покладено та й не може бути покладена відповідальність за відмову від договору.

У німецькому цивільному уложенні, наприклад, визначено, що дарувальник несе відповідальність лише за умисел і грубу необережність – параграф 521 розділу 4 книги 2. За національним законодавством обдарований у разі відмови дарувальника від дарування не має права на відшкодування збитків, що спричинені такою відмовою. Наприклад, обдарований продав майно, очікуючи, що йому подарують таке ж, але кращих характеристик; обдарований поніс витрати, спрямовані на підготовку до прийняття дарунка тощо. В таких випадках у разі умислу чи грубої необережності зі сторони дарувальника логічно було б надати обдарованому право на відшкодування понесених витрат, збитків, спричинених поведінкою обдарованого.

Не встановлені у ЦКУ обов'язки дарувальника щодо передання обдарованому разом з дарунком усіх його приналежностей, як це передбачено для покупця у договорі купівлі-продажу (ст. 662 ЦКУ). Доцільно також визначити обов'язок дарувальника попередити обдарованого про права третіх осіб на дарунок і передбачити відповідальність дарувальника на випадок його невиконання. У такому разі обдарованому слід би було надати право на відмову від дарунка та на відшкодування понесених збитків і моральної шкоди.

Однією з новел правового регулювання дарування є законодавчо передбачена можливість встановлення у договорі дарування обов'язку обдарованого на користь третіх осіб, суть такого обов'язку полягає у вчиненні певної дії майнового характеру на користь третьої особи або утриматися від її вчинення. У ч. 1 ст. 725 ЦКУ наведено примірний перелік дій, вчинення яких може покладатися на обдарованого: передати грошову суму чи інше майно у власність, виплачувати грошову ренту, надати право довічного користування дарунком чи його частиною, не пред'являти вимог до третьої особи про виселення тощо. Власне такими законодавчими підходами лише посилюється значимість дарування як договору, а не одностороннього право чину, спрямованого на передання майна у власність. Дарувальник, покладаючи на обдарованого такі обов'язки, має заручитися його згодою. У разі відсутності згоди дарувальника на прийняття дарунка з такими обтяженнями, договір дарування вважається неукладеним. Хоча на обдарованого і покладені певні обов'язки договором дарування, такий підхід не змінює характеристики договору як безоплатного. Адже дарувальник, передаючи майно у власність обдарованого, не отримує жодного зустрічного задоволення.

Договір дарування, в якому встановлений обов'язок обдарованого на користь третьої особи, є договором на користь третьої особи – ст. 636 ЦКУ. За загальними правилами, викладеними у цій статті, виконання за таким договором може вимагати як особа, яка уклала договір, так і третя особа. на користь якої передбачено виконання. Власне для договору дарування встановлені інші правила. Вимагати від обдарованого виконання покладеного на нього обов'язку на користь третьої особи може лише дарувальник, а не третя особа. Ця особа має право вимагати виконання лише у разі смерті дарувальника, оголошення його померлим, визнання безвісно відсутнім чи недієздатним. У нормах ст. 725 ЦКУ нічого не зазначено про обсяг виконання покладених на обдарованого обов'язків. Очевидно, що обсяг виконання не може перевищувати вартості дарунка. Адже обов'язки на користь третіх осіб покладаються на обдарованого за договором. Тому він не може виконувати їх за рахунок власного майна. Видається за доцільне прямо передбачити у ст. 725 ЦКУ, що обсяг виконання обов'язку обдарованим на користь третьої особи не може перевищувати вартості дарунка.

Оскільки для договору дарування не визначено іншого, то під час вирішення питання про перенесення ризиків діють загальні правила – ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження майна покладений на його власника. Тобто, ризики переносяться разом з правом власності і виникають в обдарованого за правилами ст. 334 ЦКУ. Розірвання договору дарування на вимогу дарувальника є новелою ЦКУ. Підстави та правові наслідки розірвання договору дарування визначені ст. 727 ЦКУ. Водночас, потрібно звернути увагу на явну неточність формулювання – чи можливо говорити про розірвання договору, який уже виконано. Розірвати договір можливо на підставах і в порядку, визначеному ст. ст. 651, 652, 653 ЦКУ. Розірвання як спосіб припинення зобов'язань сторін, що виникає з договору, може застосовуватися до тих зобов'язань, які ще існують, а не які уже виконані. Виконання (в контексті договору дарування буде передачею дарунка обдарованому) є способом припинення договірних зобов'язань сторін. Яким чином можна розірвати те, що уже припинено? Очевидно, може йтися про право дарувальника вимагати повернення дарунка від обдарованого на підставах, визначених законом. Такими підставами можуть бути: вчинення обдарованим умисного злочину проти життя, здоров'я, власності дарувальника, його батьків, подружжя або дітей; створення загрози безповоротної втрати дарунка, що має для дарувальника велику немайнову цінність, прояв грубої невдячності обдарованого до дарувальника, його батьків, подружжя або дітей.

Саме про відміну дарування йшлося ще в римському праві: „ми взагалі постановляємо, що всі законно вчинені дарування залишаються в силі і не можуть бути відмінені, крім тих випадків, коли буде встановлена невдячність обдарованого щодо дарувальника” [5, с. 500].

З цього приводу ще у літературі дореволюційного періоду були висловлені різні думки. Так, Д.І. Мейер вважав, що повернення дарунка – єдиний спосіб припинення, характерний винятково для договору дарування [10, с. 249–250]. Г.Ф. Шершеневич вважав, що дарування може бути припинене тоді, коли воно є у стадії зобов'язального правовідношення. Повернення дарунка – не що інше, як особливий спосіб

позбавлення обдарованого права власності на подароване майно на підставах, встановлених законом [11, с. 441–442]. У Німецькому цивільному уложенні передбачена можливість вимагати повернення дарунка, якщо дарувальник після його вчинення не в стані забезпечити власне належне утримання або виконати покладені на нього в силу закону обов'язки з утримання своїх рідних, подружжя, партнера або колишнього подружжя чи партнера. У такому випадку застосовуються правила про повернення безпідставного збагачення. За такими ж правилами дарування може бути відмінене. Підставами відміни дарування є: якщо обдарований виявив грубу невдячність, вчинив тяжкий проступок щодо дарувальника або його близьких родичів. Право на відміну дарування надане і спадкоємцю дарувальника, але лише тоді, коли обдарований умисно і протиправно позбавив життя дарувальника, або перешкодив йому відмінити дарування. Відміна дарування здійснюється шляхом вчинення заяви обдарованому [12, с. 129–130]. Про відміну дарування йдеться у нормах ст. 578 ЦК РФ.

В коментарі до глави 55 ЦКУ Ю.В. Білоусов зазначає, що договір дарування не може бути розірваний в односторонньому порядку, оскільки, зазвичай, виконується одразу при його укладенні. Однак далі автор пише про можливість дарувальника вимагати розірвання договору та повернення дарунка [13, с. 208]. Більш логічно та правильно говорити про відміну дарування та про право дарувальника вимагати повернення дарунка на підставах, про які йдеться у нормах ст. 727 ЦКУ.

Як різновид договору дарування у ЦКУ розглядається **пожертва**. Специфічними рисами пожертви є насамперед визначення мети, для досягнення якої даруються певні речі. Мета визначається договором і жертвувач має право здійснювати контроль за використанням пожертви, відповідно до обумовленої договором мети. Отже право власності особи, якій жертвували майно, має певні особливості. Така особа не має права здійснювати належне їй право як абсолютне. Адже використання пожертви на інші не обумовлені договором цілі, навіть якщо таке використання за призначенням виявилось неможливим, допускається лише за згодою жертвувача. У разі смерті жертвувача чи ліквідації юридичної особи – жертвувача, використання пожертви для інших цілей може здійснюватися за рішенням суду (ч. 2 ст. 730 ЦКУ). Доцільно звернути увагу, що в правозастосувальній діяльності неодмінно виникне питання – хто ж може звернутися до суду з відповідною вимогою у випадку використання пожертви всупереч обумовленим цілям чи про зміну мети її використання. Тобто механізм реалізації такого законодавчого положення практично відсутній. Очевидно, що правом на звернення до суду у випадку використання пожертви всупереч обумовленим цілям та про зміну цільового її використання мають бути наділені будь-які зацікавлені особи, про що має бути зазначено у ч. 2 ст. 730 ЦКУ.

-
1. Див., напр.: Цивільне право України: підручн.: У 2 кн. — Кн. 2. — / [за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової]. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — С. 105; Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: у 2 ч. / [за заг. ред. Я. М. Шевченко]. — К.: Концерн „Видавничий Дім „Ін Юре”, 2004. — Ч. 2. — С. 199; Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / [за ред. В. М. Коссака]. — К.: Істина, 2004. — С. 605 та ін.

2. Див., напр. : *Мейер Д. И.* Русское гражданское право : В 2-х ч. [по испр. и доп. 8-му изд.], 1902. — Ч. 1. — М., 1997. (Сер. Классика российской цивилистики). — С. 3; *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права / К. П. Победоносцев. — СПб., 1896. — Т. 2.
3. *Брагинский М. И.* Договорное право. Кн. вторая : Договоры о передаче имущества — [изд. 4-е, стереотипное] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 2002.
4. *Брагинский М. И.* Договорное право. Кн. первая : Общие положения — [изд. 4-е, стереотипное]. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 2001.
5. Римское частное право : учеб. / [под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского]. — М., 1996.
6. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / [под ред. О. Н. Садикова]. — М. : Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА. — М., 1998.
7. Гражданское уложение Германии. Науч. редакторы А.Л. Маковский (и др.). — [2-е изд., доп.]. — М. : Волтерс Клувер, 2006.
8. Kodeks cywilny. PPU PARK. Spolka z o.o.o., Wydanie III 2004.
9. *Пульнева О. С.* Договір дарування / О. С. Пульнева, Є. І. Фурса, С. Я. Фурса. — К. : Видавець Фурса С. Я., 2005.
10. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право : В 2-х ч. по испр. и доп. 8-му изд., 1902. / Д. И. Мейер. — Ч. 1. — М., 1997 (сер. Классика российской цивилистики).
11. *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. — Тула : Автограф, 2001.
12. Гражданское уложение Германии. Раздел 4 книги 2 — параграф 528.
13. Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар : У 2 ч. / [за заг. ред. Я. М. Шевченко]. — К. : Концерн „Видавничий Дім „Ін Юре”, 2004. — Ч. 2.

PECULIARITIES OF DONATION AS MEANS OF FREE ASSIGNATION OF PROPERTY

O. Javors'ka

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The author elucidates the issues of legal regulation of relations under the contract of donation. The nature of the donation contract, its subjects, peculiarities of some objects, in particular of property rights and real estate are analysed. The author proposes a number of changes and supplements to the current legislation to improve legal regulation of relations between the parties to the donation contract.

Key words: contract of donation, donor, donee, denial of contract.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ТРУДОВЕ ПРАВО ТА ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

ЛОКАЛЬНЕ ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВНУТРІШНЬОГО ТРУДОВОГО РОЗПОРЯДКУ

Ю. Пилипенко

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (032) 239-47-97*

Розглянено питання правового регулювання внутрішнього трудового розпорядку на підприємствах. Акцентовано на провідній ролі локальних нормативних актів, зокрема Правил внутрішнього трудового розпорядку. Проаналізовано також досвід регулювання цієї сфери відносин у зарубіжних країнах. Подано пропозиції щодо вдосконалення правового регулювання внутрішнього трудового розпорядку.

Ключові слова: Внутрішній трудовий розпорядок, Правила внутрішнього розпорядку, локальні норми права, колективний договір.

Принцип оптимального поєднання централізованого і локального правового регулювання є однією з важливих засад функціонування трудового права у системі права України [1, с. 50–51]. Ця фундаментальна категорія трудового права та її складові частини завжди були і будуть у центрі уваги науковців. Зокрема, локальне правове регулювання, його поєднання з централізованим регулюванням трудових відносин є одним з головних напрямів дослідження проф. Р.І. Кондратьєва [2–4]. Останніми роками в Україні були написані і дисертаційні дослідження локального правового регулювання за трудовим правом [5]. Незважаючи на це, внутрішній трудовий розпорядок та його правове регулювання не стали самостійним предметом згаданих наукових досліджень. Схожа ситуація властива і для навчальної правової літератури в Україні. В одних підручниках локальне правове регулювання внутрішнього трудового розпорядку не знаходить свого відображення [6], в інших воно подано лише у загальному ракурсі [7]. Тому тема пропонованої статті – актуальна, а її метою є з'ясування ролі локального правового регулювання у визначенні внутрішнього трудового розпорядку та розкритті системи локальних нормативно-правових засобів, що забезпечують цей розпорядок.

Більшість представників науки трудового права визнає поєднання централізованого та локального правового регулювання як принципу трудового права. Розбіжності існують у питанні ролі цього принципу правового регулювання трудових відносин. Досить поширеною серед науковців-трудоваків радянського періоду була думка про другорядність, вторинність локального правового регулювання.

Розглядаючи співвідношення централізованого і локального правового регулювання суспільних відносин, Р.І. Кондратьєв зазначає, що „норми загального значення, які розраховані на їхню наступну конкретизацію, і норми локальні як

результат конкретизації – це складові частини ... галузі права. Оскільки одним з проявів погодженості права є ієрархія правових норм, то він закономірно робить висновок, „що в окремо взятих галузях права визначальне місце займають норми загального значення” [4, с. 43–44]. Більше того, автор прямо наголошує, що „локальне правове регулювання має вторинне значення, можливість його застосування, як правило, передбачена законодавством” [4, с. 16]. Як бачимо, науковець фактично (можливо, і не бажаючи цього) провів градацію правового регулювання.

З цією правовою позицією важко погодитися з огляду на те, що як видається, тут відбулася підміна різних правових явищ, а саме – значення (ролі) того чи іншого правового регулювання зі сферою, яка визначає можливість здійснення відповідного правового регулювання. Те, що локальне правовстановлення не повинно виходити за межі і суперечити стандартам, визначеним для нього централізованими нормами, не свідчить про вторинність його значення у правовому регулюванні трудових відносин. Погодимось з думкою П.Д. Пилипенка, який вважає що локальна нормотворчість у трудовому праві – це фактично такий же напрям встановлення умов праці, як і централізовані правові приписи [1, с. 48]. „У теперішній час вже не можна не бачити самостійної нормотворчої діяльності роботодавця, що явно виходить за межі конкретизації законодавства про працю і заповнення його прогалін. Джерелом локальної нормотворчості є не тільки і навіть не стільки державний дозвіл, її санкціонування, скільки природа організації як структури громадянського суспільства ..., як соціально-економічної одиниці, що володіє автономією, необхідним елементом організаційної єдності якої є господарська (хазяйська) влада” [8, с. 151].

Деяко іншого погляду дотримується А.Р. Саркісов. Він вважає, що локальне правове регулювання внутрішнього трудового розпорядку „доповнює централізоване регулювання і поєднується з ним, оскільки поєднуються загальнонародні інтереси, інтереси колективів підприємств (об’єднань) і окремих трудящих” [9, с. 57–58]. Однак і таке бачення ролі локального правового регулювання не можна вважати беззаперечним. Доцільність та ефективність правового регулювання, відповідно, і застосування тих чи інших правових засобів, насамперед зумовлені суспільними відносинами, на які спрямоване таке регулювання. Сфера „локального регулювання – це, переважно, власне трудові відносини: трудовий договір, робочий час, час відпочинку, трудова дисципліна тощо. Інші ж інститути трудового права: працевлаштування, нагляд і контроль за дотриманням трудового законодавства, вирішення трудових спорів – традиційно і справедливо вважаються ділянками централізованого правового забезпечення” [1, с. 48].

Як бачимо, тип суспільних відносин, що становлять предмет трудового права, впливає на використання певного виду правового регулювання. Ті суспільні відносини, яким притаманний публічний характер, потребують централізованого правового регулювання (зокрема, відносини нагляду і контролю). І навпаки, ті суспільні відносини, які мають приватні договірні начала, потребують локального правового регулювання. Яскравим прикладом таких відносин є внутрішній трудовий розпорядок. Підтримуємо твердження про те, що практика локального регулювання дедалі більше відходить від використання локальних норм як елемента, що має доповнюючий характер у правовій системі, до визнання за ними самостійного регулятивного значення [10, с. 9].

Тривалий час роль локального правового регулювання у трудовому праві зводилася до конкретизації загальних і галузевих норм, прийнятих у централізованому порядку, і, як залишковий чинник, до заповнення правових прогалів. Однак звуження ролі локального правового регулювання лише до конкретизації норм (а такий підхід формувався і пропагувався самою державою, коли у регулюванні трудових відносин превалювало централізоване регулювання) фактично спотворило його значення. У багатьох випадках тоді чинне трудове законодавство хоча й передбачало конкретизацію загальних норм за допомогою локального правового регулювання внутрішнього трудового розпорядку, проте останнє мало формальний характер. Зокрема, на підприємствах, в установах, організаціях ухвалювалися правила внутрішнього трудового розпорядку, які дублювали зміст централізованого трудового законодавства та слово в слово переписували положення типових правил. Лише незначна частина цього локального акта конкретизувала загальні норми права чи встановлювала нові локальні норми права.

Очевидно, що у регулюванні внутрішнього трудового розпорядку локальне правове регулювання мало б відігравати провідну роль, оскільки воно дає змогу не лише конкретизувати централізовану норму, а формує власні локальні правила поведінки. Доцільність локального правового регулювання зумовлена як необхідністю врахувати особливості застосування праці у різних галузях економіки, в яких роботодавці здійснюють свою діяльність, так і змістом самого внутрішнього трудового розпорядку, що характеризує управлінську, розпорядчу владу роботодавця у трудових відносинах. І остання причина є визначальною.

Водночас ми в жодному випадку не пропагуємо здійснення правового регулювання внутрішнього трудового розпорядку лише за допомогою локальних норм. Для цього виду суспільних відносин, що є складовою частиною предмета трудового права, властивий принцип оптимального поєднання централізованого і локального правового регулювання. Тому варто наголосити що воно поєднує два види правового регулювання, а саме – поєднання повинно бути оптимальним.

Звідси ні централізоване, ні локальне правове регулювання не унеможливають і не підмінюють одне одного. Обидва вони спрямовані на регулювання суспільних відносин, їхні завдання є різними. Локальне правове регулювання визначає внутрішній трудовий розпорядок, що формується роботодавцем, централізоване ж – правовий статус роботодавця, порядок прийняття локальних правових актів, що безпосередньо регламентують внутрішній трудовий розпорядок, мінімальні трудові стандарти, спрямовані на захист прав та інтересів працівників.

Роль держави у правовому регулюванні трудових відносин є двоїстою, що також впливає на зміст оптимального поєднання централізованого і локального правового регулювання. Держава незалежно від історичного періоду, форм правління та державного устрою, рівня економічного та соціального розвитку має виконувати функцію гаранта основних трудових прав громадян. Тому централізоване правове регулювання трудових відносин є об'єктивно зумовлене і потреба у ньому не відпаде, але його здійснення повинно визначатися цією функцією держави. У такому разі доцільність у регулюванні внутрішнього трудового розпорядку конкретного роботодавця потрібно визнати за локальним правовим регулюванням, централізоване ж повинно визначати необхідні правові гарантії.

Держава через органи державної влади може створювати юридичні особи, які і є роботодавцями. Визначаючи правовий статус таких роботодавців, надаючи їм у розпорядження майно і кошти, держава має повне право встановлювати певні нормативні приписи (зрештою, як і будь-який інший засновник юридичних осіб), що конкретизовані у локальному правовому регулюванні. За таких обставин сфера централізованого регулювання розширюється щодо кола питань, але звужується щодо кола суб'єктів. Проте такий вид правового регулювання не зумовлений виконанням державою функції гаранта, а тому вважаємо, що називати його централізованим можна лише умовно з огляду на те, що воно реалізується державними органами щодо значної кількості юридичних осіб публічного права. Стосовно юридичних осіб приватного права, створених за участю державних органів, держава бере участь у їх діяльності на загальних підставах з іншими засновниками.

Втручання держави у сферу локальної нормотворчої діяльності з визначення внутрішнього трудового розпорядку відбувається у формі рекомендацій [11]. Очевидно, що у такому разі централізоване регулювання не матиме прямого впливу. Він може здійснюватися опосередковано, шляхом відображення змісту рекомендацій у локальних правових актах.

Визнаючи самостійну роль локального правового регулювання, логічно постає питання про правові засоби, за допомогою яких відбувається регулювання внутрішнього трудового розпорядку, зокрема про ті, що є джерелами (формами) трудового права, тобто мають нормативний характер.

КЗпП України не містить чітких і зрозумілих положень щодо нормативно-правових засобів, які регламентують внутрішній трудовий розпорядок. Ч. 1 ст. 142 КЗпП України зазначено, що „трудовий розпорядок на підприємствах, в установах, організаціях визначається правилами внутрішнього трудового розпорядку...” [12]. З першого погляду можна зробити висновок, що лише ці правила регулюють внутрішній трудовий розпорядок. Але вже у наступній частині законодавець вказує й на інші нормативно-правові акти, що існують для регулювання внутрішнього трудового розпорядку певних категорій працівників – статuti й положення. В інших статтях Кодексу законодавець встановлює можливість прийняття наказів, інструкцій, положень з метою врегулювати складові внутрішнього трудового розпорядку (порядку прийняття особи на роботу, робочого часу, часу відпочинку та ін.).

Аналізуючи наукові дослідження щодо нормативно-правової основи внутрішнього трудового розпорядку, констатуємо той факт, що більшість вчених обґрунтовують різноманітність нормативно-правових актів, які регулюють внутрішній трудовий розпорядок на конкретному підприємстві, в установі, організації і не обмежують нормативно-правових засобів лише правилами внутрішнього трудового розпорядку [11, с. 60–74; 13, с. 39–43; 14, с. 103]. Думки науковців різняться щодо визнання тих чи інших нормативно-правових засобів регуляторами внутрішнього трудового розпорядку. Не зважаючи на це, усі дослідники серед сукупності нормативно-правових засобів виокремлюють систему актів локального характеру.

З огляду на зазначене позитивним є встановлення у проєкті Трудового кодексу України декількох статей (265, 266, 267), які визначають нормативно-правові засоби, що ними забезпечується внутрішній трудовий розпорядок [14]. Згідно з ними

внутрішній трудовий розпорядок визначається нормативними актами роботодавця та іншими актами, а щодо окремих категорій працівників він може визначатися у статутах (положеннях), які затверджуються відповідно до закону, обов'язки ж працівників також можуть бути визначені у технологічних і посадових інструкціях з охорони праці, пожежної безпеки, та інших нормативних актах.

Локальне правове регулювання внутрішнього трудового розпорядку відбувається за допомогою різних правових засобів. Останніми роками набула поширення практика застосування роботодавцями не лише юридичних, але й інших соціальних норм у вигляді звичаїв, традицій, етичних, корпоративних й інших соціальних правил поведінки, що прийняті в організаціях, проте не набули належного оформлення як офіційні внутрішні документи [10, с. 9, 11]. Не заперечуючи самого факту існування зазначених регуляторів внутрішнього трудового розпорядку, вважаємо, що потребує корегування підхід щодо розуміння таких соціальних норм, які не мають юридичного характеру. Досліджуючи правову природу внутрішнього трудового розпорядку, О. Панасюк, зокрема, звертає увагу на те, що створення таких правил можна назвати „звичаєвим регулюванням трудових відносин”, яке було досить розвинутим на початку ХХ ст. Тому „існують підстави і в сучасних умовах вважати його основою внутрішнього трудового порядку підприємства” [14, с. 103]. Погоджуємося з таким підходом і вважаємо, що одним із джерел трудового права, зокрема України, може вважатися правовий звичай.

О.М. Ярошенко, розглядаючи проблеми джерел трудового права України, обґрунтовує наявність звичаю, який займає своє, хоч і незначне місце у системі джерел трудового права України [16, с. 38–40]. І хоча автор дослідження звичаю обґрунтовував на прикладах централізованого регулювання, вважаємо, що звичай все ж більше характерний для правових засобів, якими регулюється внутрішній трудовий розпорядок. Практика застосування звичаю як джерела у зарубіжних країнах є різною – від визнання за ним значної ролі (у країнах, що розвиваються), помітної ролі (у Великобританії) до незначної ролі (у країнах континентальної Європи). У державах континентальної Європи звичай застосовують у випадках, передбачених законодавством. Наприклад, у разі визначення строку попередження про звільнення, розміру вихідної допомоги, тривалості випробувального строку, виробничого учнівства, щорічних відпусток, часу і місця виплати заробітної плати [17, с. 66]. Тобто значна частина цих відносин є складовими внутрішнього трудового розпорядку. А тому звичай можна розглядати як одне з джерел трудового права України, що посідає самостійне місце у системі джерел трудового права. Варто у проекті Трудового кодексу України передбачити положення, яке б визначило правовий звичай як джерело трудового права та встановило б його співвідношення з іншими джерелами трудового права – він не повинен суперечити вимогам Конституції та законів України.

Оскільки звичай не набув достатнього поширення в Україні через низку причин (зокрема, невизнання такого самим законодавцем, складність його використання як доказової бази у судах) то його зміст, зазвичай, знайшов свій прояв у положеннях нормативно-правових актів та нормативно-правових договорів. Т.М. Фахрутдінова зокрема наголошує: „Розробляються і ухвалюються такі стандарти підприємства, як

Підготовка персоналу в системі загального адміністративного управління підприємством, Порядок набору і відбору персоналу на вакантні посади (робочі місця) підприємства, Положення про повноваження керівників організації з підписання її документів, Положення про загальні принципи службової поведінки співробітників і ін.” [10, с. 16].

Самостійного значення і найбільшого поширення набули нормативно-правові акти локального характеру, що регулюють внутрішній трудовий розпорядок. До них належать установчі документи та положення про структурні одиниці юридичної особи, посадові інструкції та інструкції з охорони праці, правила внутрішнього трудового розпорядку, положення про преміювання працівників, документи, що регламентують технологічний процес в організації. У країнах з розвинутою ринковою економікою внутрішній трудовий розпорядок також регламентовано сукупністю локальних нормативних правових актів, проте головною серед них є книга для персоналу, що складається з положень, які можна умовно поділити на дві групи – інформаційні та нормативні. Інформаційні положення містять відомості про фірму, її історію, структуру, завдання, досягнення, тенденції розвитку, нормативні – є свого роду локальним трудовим кодексом. „Книга для персоналу останніми роками стала ознакою багатьох великих фірм, відображенням їх соціальної організації, „соціального обличчя”, показником здатності запропонувати працівникам сприятливі, достатньо гнучкі, такі, що враховують специфічні потреби ... кожного працівника, можливості для самореалізації, сформувати привабливий імідж і реноме фірми” [18, с. 87].

Поряд з локальними нормативно-правовими актами внутрішній трудовий розпорядок регулюється й актами соціального партнерства – колективними договорами. Така можливість передбачена як в загальних положеннях трудового законодавства (наприклад, визначення у колективному договорі взаємних зобов'язань щодо регулювання виробничих трудових, соціально-економічних відносин [19, ст. 7]), так і з прямою вказівкою законодавця на регулювання відповідних відносин у колективному договорі (наприклад, види заохочень до працівників за їхню активну участь та ініціативу у здійсненні заходів щодо підвищення безпеки та поліпшення умов праці [20, ст. 25]).

Як бачимо, різні локальні правові засоби становлять нормативну основу внутрішнього трудового розпорядку. Причому така основа не є лише простою сукупністю правових засобів, навпаки, вони формують єдину цілісну систему. Її структурна впорядкованість зумовлена суспільними відносинами, що є предметом локального правового регулювання, сферою дії та порядком їхнього прийняття.

Підсумовуючи проведені дослідження з питань локального правового регулювання внутрішнього трудового розпорядку, можна зробити такі висновки:

- локальне правове регулювання, хоча і здійснюється у межах, визначених централізованим законодавством, має самостійне значення і займає самодостатнє, рівноцінне місце поряд з централізованим;
- суспільні відносини визначають необхідність і доцільність використання відповідного виду правового регулювання. Внутрішній трудовий розпорядок потребує передусім використання локального правового регулювання;

- для внутрішнього трудового розпорядку є характерним поєднання локального і централізованого правового регулювання. Централізоване правове регулювання здійснюють з метою забезпечення мінімальних трудових гарантій сторін трудового договору та видання актів рекомендаційного характеру,
- правове регулювання внутрішнього трудового розпорядку здійснюють усією сукупністю нормативно-правових засобів, основу яких становлять локальні;
- основними нормативно-правовими засобами локального правового регулювання внутрішнього трудового розпорядку є нормативно-правові акти та нормативно-правові договори, які разом з правовими звичаями формують цілісну систему взаємопов'язаних та узгоджених норм права.

1. Трудове право України : Академічний курс : підруч. для студ. вищ. вавч. закл. / [П. Д. Пилипенко, В. Я. Бурак, З. Я. Козак та ін.; за ред. П. Д. Пилипенка]. — [3-тє вид., перероб. і доп.]. — К. : Видавничий Дім „Ін Юре”, 2007. — 536 с.
2. Кондратьєв Р. І. Локальні норми права / Р. І. Кондратьєв. — Хмельницький : Хмельницький інститут регіонального управління та права, 2001. — 70 с.
3. Кондратьєв Р. І. Локальное правовое регулирование трудовых отношений в СССР : автореф. дисс на соиск. научн. степени д-ра юрид. наук : спец. 12.00.05. — М. : ИГП АН СССР, 1979. — 33 с.
4. Кондратьєв Р. І. Сочетание централизованного и локального правового регулирования трудовых отношений / Р. І. Кондратьєв. — Львов : Изд-во Львов. ун-та, 1977. — 151 с.; Кондратьєв Р. І. Локальные нормы трудового права и материальное стимулирование / Р. І. Кондратьєв. — Львов : Вища шк., 1973. — 160 с.
5. Швайковська В. М. Локальне нормативно-правове регулювання праці в умовах ринкової економіки : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 / Харків. нац. ун-т внутр. справ. — Харків, 2007. — 19 с.
6. Трудове право України : Академ. курс : підруч. / [А. Ю. Бабаскін, Ю. В. Баранюк, С. В. Дріжчана та ін.]; за заг. ред. Н. М. Хуторян. — К. : Видавництво А.С.К., 2004. — 608 с.
7. Прокопенко В. І. Трудове право України : підручн. — [вид. 3-тє, перероб. та доповн.]. / В. І. Прокопенко. — Х. : Консул, 2002. — 528 с.
8. Современное трудовое право (Опыт трудового компаративизма). Книга первая / [В. М. Лебедев, Е. Р. Воронкова, В. Г. Мельникова; под ред. заслуженного юриста РФ, чл.-кор. АН ВШ РФ, д-ра юрид. наук, проф. В.М. Лебедева]. — М. : Статут, 2007. — 301 с.
9. Саркисов А. Р. Внутренний трудовой распорядок социалистического государственного производственного предприятия (объединения) / А. Р. Саркисов. — М. : Изд-во Моск. ун-та, 1984. — 122 с.
10. Фахрутдинова Т. М. Внутренний трудовой распорядок организации : Правовые вопросы : автореф. дисс. на соиск. научн. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. / Томск. гос. ун-т. — Томск, 2006 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://law.edu.ru/script/cntSource.asp?cntID=100121567>.
11. Ведяшкин С. В. Локальные нормативные правовые акты и их роль в установлении внутреннего трудового распорядка в организации : автореф. дисс. на соиск. научн. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. / Томск. гос. ун-т. — Томск, 2001 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://forum.yurclub.ru/index.php?act=Attach&type=post&id=6284>.

12. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. з наступними змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1971. — № 50. — Ст. 375.
13. *Смирнов В. Н.* Внутренний трудовой распорядок на предприятии / В. Н. Смирнов. — Л. : Изд-во Ленинград. ун-та, 1980. — 159 с.
14. *Панасюк О.* Про „внутрішній трудовий розпорядок” як категорію трудового права / О. Панасюк // Право України. — 2005. — № 4. — С. 100—104.
15. Проект Трудового кодексу України, зареєстрований 25.05.2006 р. № 0913, суб’єкт законодавчої ініціативи Кабінет Міністрів України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=27349.
16. *Ярошенко О. М.* Теоретичні та практичні проблеми джерел трудового права України : монографія. / О. М. Ярошенко. — Харків : Видавець СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2006. — 456 с.
17. *Киселев И. Я.* Сравнительное трудовое право : учеб. / И. Я. Киселев. — М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. — 360 с.
18. *Киселев И. Я.* Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество) / И. Я. Киселев. — М. : ЗАО „Бизнес-школа „Интел-Синтез” совместно с ООО „Журнал „Управление персоналом”, 2003. — 160 с.
19. Закон України „Про колективні договори і угоди” від 01.07.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 36. — Ст. 361.
20. Закон України „Про охорону праці” від 14.10.1992 р., у редакції Закону України від 21.11.2002 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 2. — Ст. 10.
21. *Пилипенко П.* Окремі зауваження до проекту Кодексу України про працю / П. Пилипенко // Право України. — 1996. — № 9. — С. 66.
22. *Болдырев В. А.* Трудовое право России : учеб. для вузов / В. А. Болдырев, В. А. Сысоев. — М. : Норма, 2006. — 832 с.

LOCAL LEGAL REGULATION OF INNER LABOUR ORDERS

J. Pylypenko

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
tel. (032) 239-47-97*

The problem of legal regulation of inner labour orders on the enterprises is elucidated in the article. The author points out a leading role of local normative acts, in particular Rules of inner labour orders. The experience of regulation of this sphere of relations in foreign countries is also analysed. The propositions concerning the improvement of legal regulation of the internal labour orders are given.

Key words: inner labour orders, Rules of inner labour orders, local legal norms, collective agreement.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008
Прийнята до друку 01.06.2008

ЗЕМЕЛЬНЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО

РОЗВИТОК ФЕРМЕРСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

М. Ващишин

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (032) 239-47-97, e-mail: ardefak@mail.ru*

Проаналізовано розвиток правового статусу фермерських господарств в українському законодавстві. Досліджено зміни, які відбулися у правовому режимі земель та власності у фермерських господарствах. Сформульовані пропозиції щодо вдосконалення фермерського законодавства.

Ключові слова: фермерські господарства, фермерське законодавство, правовий статус, земельні відносини, відносини власності.

Важливим напрямом соціально-економічних перетворень в аграрному секторі економіки після проголошення державної незалежності України було урізноманітнення організаційно-правових форм господарювання в АПК та створення сприятливих умов для їх ефективної діяльності.

Відродження аграрного підприємництва в Україні розпочалося з прийняттям Закону України „Про селянське (фермерське) господарство” від 20 грудня 1991 р. [1]. Цей закон встановив правові умови і порядок одержання земельних ділянок для створення фермерських господарств, започаткувавши юридичну можливість їх виникнення вже на перших етапах проведення радикальної земельної реформи [2, с. 3]. Фермерські господарства стали першим реальним втіленням свободи аграрної підприємницької діяльності в Україні. Правові засади фермерства були діаметрально протилежними до принципів діяльності колгоспів і радгоспів, що десятки років займали монопольне становище у сфері сільськогосподарського виробництва Радянського Союзу.

Найістотношою відмінною рисою селянського (фермерського) господарства був і досі залишається родинно-сімейний характер його суб'єктного складу, який максимально сприяє формуванню почуття господаря і передання досвіду з покоління в покоління у селянській сім'ї.

Дослідженнями правового становища фермерського господарства і окремих аспектів його діяльності займаються в Україні Н.І. Титова, О.О. Погрібний, Н.М. Оніщенко, Т.П. Проценко, М.С. Долинська, М.В. Шульга, В.П. Жушман, П.Ф. Кулинич, В.Ю. Уркевич та інші представники науки аграрного права. Однак порівняльного аналізу правового забезпечення діяльності фермерських господарств від початку їх законодавчого закріплення в Україні у 1991 р. і до сьогодні не проведено.

Метою статті є відстеження еволюції правового статусу фермерських господарств в Україні на підставі трьох редакцій Закону України „Про фермерське господарство” від 1991, 1993 і 2003 рр. і формулювання пропозицій із вдосконалення чинного фермерського законодавства.

Варто зазначити, що запровадження фермерства відбувалося дуже обережно, як з погляду законодавчого забезпечення, так і практичної реалізації. Головними причинами, що стримували „масову фермеризацію”, були невпевненість селян у сталості землевикористання і недоліки першого фермерського закону. Цей закон вміщував три правові форми використання земель для ведення селянського (фермерського) господарства:

- довічне успадковане володіння землею;
- приватна власність на землю;
- оренда земельної ділянки.

При цьому право приватної власності на земельну ділянку могло набуватися лише після шести років володіння нею, а розміри обмежувалися 50 га сільськогосподарських угідь і 100 га усіх земель. Оренду земельної ділянки вважали не основною, а додатковою правовою формою фермерського землевикористання.

Варто зазначити, що правові передумови паювання земель і майна колективних сільськогосподарських підприємств Уперше передбачено саме Законом України „Про селянське (фермерське) господарство” від 20 грудня 1991 р., однак стосувалися лише тих членів КСП, котрі побажали займатися фермерством. Як зазначає Н.І. Титова, більшість фермерських господарств були створені на перших етапах проведення радикальної земельної реформи в процесі реструктуризації колективних сільськогосподарських підприємств [3, с. 172].

Характерною рисою першого фермерського закону була детальна регламентація земельних відносин у фермерському господарстві, яка була зумовлена відсутністю відповідних спеціальних норм у тогочасному Земельному Кодексі України. Підтвердженням цьому є те, що половина норм цього закону мала земельно-правову природу, а шість із десяти підстав для припинення діяльності селянського (фермерського) господарства були пов’язані із припиненням права власності на землю, довічного успадкованого володіння землею чи оренди земельної ділянки. Це свідчить про нерозривний зв’язок виробничої сільськогосподарської діяльності із процесом земле – використання.

Селянське (фермерське) господарство за законом 1991 р. було своєрідною формою підприємництва громадян України, які виявили бажання здебільшого особистою працею членів цього господарства займатися товарним сільськогосподарським виробництвом, адже ведення господарства переважно працею найманих працівників вже було підставою для припинення діяльності селянського (фермерського) господарства. Цим законодавець обмежував доступ найманих працівників до фермерського господарства, жорстко контролюючи їх трудову участь.

Суб’єктами права власності на майно, яке використовувалося для ведення фермерського господарства були всі члени господарства, адже це майно належало їм на праві спільної сумісної власності. Недоліками першого фермерського закону були: відсутність власного відокремленого майна у фермерського господарства як юридичної особи і включення до переліку об’єктів спільної сумісної власності предметів особистого користування і домашнього господарства, адже члени фермерського господарства не завжди проживали разом.

Другою редакцією Закону України „Про селянське (фермерське) господарство” від 22 червня 1993 р. [4] був дещо змінений правовий режим земель, однак не ліквідовано недоліки правового режиму майна у фермерському господарстві. Великим прогресом у правовій регламентації трудових відносин стала лібералізація участі найманих працівників у діяльності фермерського господарства.

Правовий інститут довічного успадкованого землеволодіння проіснував недовго, натомість було запроваджено право постійного користування на землю як різновид речового права і право тимчасового користування землею як зобов’язальне право. Другий фермерський закон конкретизував суб’єкта фермерського землевикористання – ним було визнано голову фермерського господарства, адже лише на його ім’я видавали Державний акт на право приватної власності на землю, Державний акт на право постійного користування землею, з ним укладався договір тимчасового користування землею чи оренди земельної ділянки.

Другий фермерський закон скасував надмірну деталізацію земельно-правових підстав припинення діяльності селянського (фермерського) господарства, об’єднавши їх в одну, уникнувши дублювання Земельного кодексу України. Важливою новелою цього закону стало запровадження конкурсного відбору осіб, які бажають займатися фермерством. Спеціальна конкурсна комісія з’ясовувала потенційні можливості кандидатів займатися сільськогосподарським виробництвом, що підтверджувалося відповідною сільськогосподарською освітою (підготовкою) чи досвідом роботи в сільському господарстві. Конкурсний відбір сприяв недопущенню дилетантів до зайняття фермерством і унеможливував набуття ними земельних ділянок сільськогосподарського призначення у приватну власність.

За чинним законодавством перевірку здатності громадянина займатися фермерством виконує професійна комісія з питань створення фермерського господарства. П.Д. Кулинич вважає, що право на створення фермерського господарства повинен мати кожен дієздатний громадянин України, який досяг 18-річного віку, виявив таке бажання та має на праві власності або оренди земельну ділянку сільськогосподарського призначення розміром не менше двох гектарів, а у разі відсутності землі – пройшов професійний відбір на право створення фермерського господарства. Крім того, він пропонує, щоби склад професійної комісії формувала не районна (міська) рада, а районна (міська) або обласна Асоціація фермерів та приватних землевласників України [5, с. 84]. Ці пропозиції, безперечно, заслуговують на підтримку і дивує, чому законодавець не врахував їх у третій редакції фермерського закону. Адже запропоновані зміни сприятимуть підвищенню професійного рівня фермерів і, водночас, спростять процедуру створення фермерського господарства та зменшать при цьому адміністративний вплив.

Аналогічно, як і за попереднім законом, рішення про надання земельної ділянки для ведення фермерського господарства приймалося районною, міською (в адміністративному підпорядкуванні якої є район) радою за місцем розташування земельної ділянки. Передбачено, що у разі відмови відповідної ради надати земельну ділянку, це питання вирішує суд, а рішення суду про задоволення позову є підставою для відведення ділянки в натурі (на місцевості), видачі документа, що посвідчує право власності або користування землею, а також для укладення договору оренди

земельної ділянки. У цьому випадку суд перебирає на себе функції власника земельної ділянки, хоча має право здійснювати виключно юрисдикційні функції. Очевидно, що за цим юридичним нонсенсом криється прагнення законодавця захистити майбутнього фермера від необгрунтованої відмови у наданні земельної ділянки з боку відповідної місцевої ради чи районної державної адміністрації.

Спільна сумісна власність на майно членів фермерського господарства не лише суперечила правовому статусу господарства як юридичної особи, але й дозволяла далеким родичам, які стали членами фермерського господарства після його створення і на короткий проміжок часу, претендувати на рівну частку в усьому майні, що використовувалося для ведення фермерського господарства. А перелік об'єктів права спільної сумісної власності, передбачений ст. 16 Закону України „Про селянське (фермерське) господарство” був аж занадто великий за обсягом. До нього належали: земля, житлові будинки, квартири, предмети особистого користування, предмети домашнього господарства, продуктивна і робоча худоба, птиця, бджолосім'ї, посіви та посадки сільськогосподарських культур і насадження, засоби виробництва, вироблена продукція і доходи від її реалізації, транспортні засоби, кошти, акції, інші цінні папери, а також інше майно споживчого і виробничого призначення для ведення фермерського господарства і заняття підсобними промислами.

Іншим можливим негативним аспектом такого правового режиму майна була загроза втрати майнових об'єктів, які належали на праві приватної власності одному членові фермерського господарства або подружжю у випадку банкрутства фермерського господарства. Дещо виправив цю ситуацію Закон України „Про відновлення платоспроможності боржника, або визнання його банкрутом” від 30 червня 1999 р. [6], у ст. 50 якого йдеться про особливості банкрутства фермерського господарства. Нею передбачено, що у разі визнання господарським судом селянського (фермерського) господарства банкрутом і відкриття ліквідаційної процедури до складу ліквідаційної маси включається нерухоме майно, яке знаходиться у спільній власності членів селянського (фермерського) господарства, в тому числі насадження, господарські та інші будівлі, меліоративні та інші споруди, продуктивна і робоча худоба, птиця, сільськогосподарська та інша техніка і обладнання, транспортні засоби, інвентар та інше майно, набуте для селянського (фермерського) господарства на загальні кошти його членів, а також право оренди земельної ділянки та інші майнові права, які належать господарству і мають грошову оцінку. Фактично це і було тим майном, яке могло належати фермерському господарству як юридичній особі, тобто відокремленим майном.

Актуальною є пропозиція змінити ст. 50 Закону України „Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” відповідно до сучасного фермерського законодавства. Варто передбачити, що до ліквідаційної маси фермерського господарства включено лише те майно, яке є власністю юридичної особи, а не членів фермерського господарства, а звернення стягнення на земельні ділянки допускається у випадку, коли у фермерського господарства немає іншого майна, на яке може бути звернено стягнення [7, с. 390].

Обидва закони України „Про селянське (фермерське) господарство” містили положення про те, що після державної реєстрації фермерське господарство набуває статусу юридичної особи, а нині чинний Закон України „Про фермерське

господарство” від 19 червня 2003 р. [8] чітко зазначає, що господарство є юридичною особою, а не лише користується її правами. Новий Закон України „Про фермерське господарство” увібрав у себе всі позитивні моменти, які витримали випробування і перевірку часом і сприяли становленню фермерства в період 1991-2002 рр. Водночас у новій редакції закону закріплена низка нових принципових положень, які спрямовані на забезпечення розширення сфери фермерського господарства в аграрному секторі та зростання конкурентоспроможності продукції фермерських господарств на вітчизняному та зарубіжних ринках, а також забезпечення раціонального використання і охорони земель фермерських господарств [2, с.4].

Господарське законодавство України зачислює фермерське господарство до окремого виду підприємств, що діють на підставі приватної власності громадян. Однак не витримує критики визначення селянського (фермерського) господарства, закріплене у ч. 1 ст. 114 Господарського кодексу України [9], відповідно до якого – це форма підприємництва громадян з метою виробництва, переробки та реалізації товарної сільськогосподарської продукції. Таке нечітке формулювання не дає змоги „ідентифікувати” фермерське господарство серед інших сільськогосподарських товаровиробників, а виробництво, переробка та реалізація сільськогосподарської продукції є не метою, а предметом діяльності суб’єкта. Водночас Н.М. Оніщенко пропонує визнати фермерське господарство особливою організаційно-правовою формою юридичної особи [10,с.392], хоча в цьому потреби немає, адже йому властиві всі ознаки сільськогосподарського підприємства, визначені законом України „Про фіксований сільськогосподарський податок” [11].

Третьою редакцією фермерського закону передбачено такі правові форми використання земель у фермерському господарстві: право власності господарства на землю, право приватної власності членів господарства і оренда земельної ділянки. Ці зміни правового режиму земель у фермерському господарстві були продиктовані Земельним кодексом України від 25 жовтня 2001 р., який обмежив коло суб’єктів права постійного користування землею (лише державні та комунальні підприємства, а дещо згодом і громадські організації інвалідів України, їх підприємства (об’єднання), установи та організації) і зобов’язав постійних землекористувачів, у тому числі й фермерські господарства, переоформити це право на право приватної власності на землю або за договором оренди земельної ділянки. Однак Конституційний Суд України своїм Рішенням № 5-рп/2005 від 22.09.2005 р. визнав це положення неконституційним і ті фермерські господарства, яким надано землю у постійне користування до 1 січня 2002 р. можуть продовжувати її використовувати без зміни земельно-правового титулу, а члени господарства мають право на безоплатну приватизацію таких земельних ділянок в розмірі земельної частки (паю), середньої за відповідним населеним пунктом.

Членом фермерського господарства може бути навіть 14-річна дитина, за умови, що її батьки теж працюють у цьому господарстві (за попереднім законодавством членство допускалося лише з 16-річного віку).

Порядок створення фермерського господарства охоплює чотири послідовних етапи:

- організаційний (погодження складу засновників, розроблення установчих документів);

- конкурсний (проведення професійного відбору спеціально створеною комісією);
- земельно-процесуальний (відведення земельної ділянки в натурі (на місцевості) і отримання правовстановлюючих документів на землю);
- реєстраційний (державна реєстрація фермерського господарства протягом 5 днів від дня подачі всіх необхідних документів).

Варто погодитися з Н.М. Оніщенко [10, с. 394], яка стверджує, що немає об'єктивних підстав для вичначення більшого строку державної реєстрації для фермерських господарств, у порівняно із загальним строком реєстрації юридичних осіб, який за законом „Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців” не повинен перевищувати трьох робочих днів. Враховуючи це, потрібно абз. 1 ч. 4 ст. 8 Закону України „Про фермерське господарство” вилучити.

Підсумовуючи проведене дослідження, можна зазначити, що правовий статус фермерського господарства, уперше закріплений у 1991 р. коригували з кожною новою редакцією Закону України „Про фермерське господарство” – від 22 червня 1993 р. і від 19 червня 2003 р. Найсуттєвіших змін зазнав правовий режим земель і майна у фермерському господарстві, ліберальнішими стали норми щодо участі найманих фермерських працівників, однак ускладнився порядок створення фермерського господарства як юридичної особи.

Сьогодні фермерське господарство – це суб'єкт аграрного підприємництва, сільськогосподарське підприємство з відокремленим майном, власною або орендованою земельною ділянкою, створене родинно-сімейним об'єднанням громадян України з правом вільного найму робочої сили.

1. Закон України „Про селянське (фермерське) господарство” від 20.12.1991 р. // ВВР, 1992 р., № 14, ст. 186.
2. Фермерське господарство: правові засади створення, функціонування та припинення: [навч.-практ. посібн. / за ред. М. В. Шульги. М. В. Шульга, В. П. Душман, П. Ф. Кулинич, В. Ю. Юркевич]. — Х.: ТОВ „Одіссей”, 2004. — 464 с.
3. Землі сільськогосподарського призначення: права громадян України: [навч.-практ. посібн. / за ред. проф. Н. І. Титової]. — Львів: ПАІС, 2005. — 368 с.
4. Закон України „Про селянське (фермерське) господарство” від 22.06.1993 р. // ВВР. — 1993. — № 32.
5. Організаційно-правові питання аграрної реформи в Україні: [монографія / кол. авторів. за ред. В. І. Семчика]. — К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. — 280 с.
6. Закон України „Про відновлення платоспроможності боржника, або визнання його банкрутом” від 30 червня 1999 р. // Голос України. — 1999. — 31 серпня.
7. Ващишин М. Правовий режим майна, що використовується фермерським господарством / М. Ващишин // Вісн. Львів. ун-ту. — Сер. юрид. — 2004. — Вип. 39. — С. 385—391.
8. Закон України „Про фермерське господарство” від 19.06.2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 29.

9. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року. — К. : Атіка, 2003.
10. *Оніщенко Н. М.* Деякі проблеми правового регулювання створення та діяльності фермерських господарств / Н. М. Оніщенко // *Держава і право : зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки.* — Вип. 23. — К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2004. — С. 392—396.
11. Закон України „Про фіксований сільськогосподарський податок” від 17 грудня 1998 р.

EVOLUTION OF FARMING LEGISLATION OF UKRAINE

M. Vashchyshyn

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
tel.:(032) 239-47-97, e-mail: ardefak@mail.ru*

The article is devoted to the evolution of legal status of farms under the Ukraine's legislation. The changes in lands' legal regime and property of farms are researched. The propositions for farming legislation evolvement are made.

Key words: farms, farming legislation, legal status, land relations, property relations.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ

Н. Антонюк

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (0322) 74-00-80, e-mail: antoniuk@rambler.ru*

Досліджено проблемні питання кримінально-правової кваліфікації статевих злочинів. Вказано на положення постанови Пленуму Верховного Суду України „Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини”, які не відповідають чинному Кримінальному кодексу України, теорії кримінального права. Сформульовано пропозиції щодо вдосконалення Розділу IV Особливої частини Кримінального кодексу України „Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи”.

Ключові слова: зґвалтування, погроза, використання безпорадного стану потерпілої особи, група осіб, особливо тяжкі наслідки.

Статева свобода та статева недоторканість є одними з найважливіших прав особи. Адже порушення цих прав відображається на психічному стані потерпілого, має прямий вплив на здоров'я, нормальну життєдіяльність особи. Керуючись цими міркуваннями, законодавець розмістив розділ, що містить склади злочинів проти статевої свободи і статевої недоторканості одразу після посягань на життя, здоров'я і волю особи.

Незважаючи на наявність позиції Верховного Суду України щодо кримінально-правової оцінки злочинів проти статевої свободи і статевої недоторканості, даній у постанові Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р. № 4 „Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини” (далі – Постанова), багато питань щодо змісту ознак цих складів злочинів, їх кримінально-правової кваліфікації залишаються не вирішеними. Потрібно звернути увагу, що зазначена Постанова ухвалена до появи Кримінального кодексу України 2001 р. (далі – КК України), а тому низка питань, висвітлених у ній, потребують переосмислення і перегляду з урахуванням положень чинного КК України.

До проблемних питань, на вирішенні яких ми вважаємо за доцільне зупинитися, зачисляють:

- зміст погрози у разі вчинення зґвалтування (ст. 152 КК України) чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом (ст. 153 КК України);
- коло осіб, до яких може бути застосовано фізичне насильство;
- час реалізації погрози і ознаки погрози;
- вчинення зазначених злочинів групою осіб;

- зміст особливо тяжких наслідків у зґвалтуванні чи насильницькому задоволенні статевої пристрасті неприродним способом;
- зміст діяння у злочині, передбаченому ст. 155 КК України.

Очевидно, що переліченими питаннями не вичерпуються всі проблеми кримінально-правової кваліфікації злочинів проти статевої свободи і недоторканості, однак з'ясування цих питань, їх наукове осмислення може бути корисним для теорії кримінального права і правозастосовної практики загалом.

Розпочнемо із з'ясування змісту погрози у складах злочинів, передбачених ст. ст. 152 та 153 КК України. У кримінальному праві можна виокремити такі види погроз залежно від їх змісту:

- погроза застосування фізичного насильства (тобто погроза вбити, заподіяти тілесні ушкодження, позбавити волі тощо);
- погроза знищення або пошкодження майна (так звана погроза „матеріального характеру”);
- погроза розголосити відомості, які певні особи бажають зберегти у таємниці.

Традиційно законодавець, конструюючи той чи інший склад злочину, чітко зазначає, яку саме погрозу (погрозу якого змісту) він має на увазі. Отже, викладено зміст погрози і у ст. ст. 152 та 153 КК України: „... із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування...” Використання законодавцем зазначеної конструкції, на нашу думку, дає підстави зробити однозначний висновок про те, що йдеться лише про погрозу застосування фізичного насильства.

Однак у кримінально-правовій літературі висловлюються зовсім протилежні погляди щодо змісту погрози у зґвалтуванні чи насильницькому задоволенні статевої пристрасті неприродним способом. Зокрема, М.М. Корчовий зазначає, що і теорія, і практика стоять на позиції широкого тлумачення поняття погрози під час вчинення зґвалтування [1]. Автор констатує, що під погрозою у зґвалтуванні потрібно розуміти як погрозу фізичним насильством, так і погрозу так званого шантажного змісту (погроза знищення або пошкодження майна, розголошення відомостей). М.М. Корчовий вважає, що висловлений підхід відповідає змісту ст. 152 КК України і багатолітній судовій практиці.

Щоб обґрунтувати схожу позицію, можна знайти посилання науковців на Постанову Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р. № 4 „Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини”. У п. 8 цієї Постанови зазначено, що під погрозою, що застосовується як засіб подолання опору потерпілої, потрібно розуміти її залякування у вигляді висловлювань, жестів чи інших дій про застосування фізичного насильства..., а також про знищення чи пошкодження майна потерпілої чи її родичів, погроза розголошення відомостей, що ганьблять честь і гідність потерпілої.

Вважаємо, що це положення Постанови не повинно застосовуватися, з огляду на те, що воно стосувалося ст. 117 КК України 1960 р., тобто було дане до прийняття КК України 2001 р. і не відповідає змісту диспозиції ст. 152 КК України. У ст. 117 КК України 1960 р. зміст погрози не конкретизували, йшлося про погрозу загалом. У диспозиції ст. 152 КК України поняття „погроза” конкретизоване. Таку саму позицію висловив Верховний Суд України в аналізі судової практики у справах

про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи. Так, в аналізі судової практики вказано, що „у ч. 1 ст. 152 КК України 2001 р. порівняно з ч. 1 ст. 117 КК 1960 р. визначення поняття „зґвалтування” має чіткіший характер у частині, що стосується застосування погрози як засобу подолання опору потерпілої і досягнення при цьому злочинної мети. Погрозою, що застосовується як засіб подолання опору потерпілої особи, слід розуміти її залякування... про застосування фізичного насильства”.

На підтвердження висловленої позиції наведемо ще один аргумент. Примушування особи до вступу у статевий зв'язок, поєднане із погрозою знищення, пошкодження або вилучення майна, розголошення відомостей, що ганьблять особу чи її близьких родичів має кваліфікуватися за ч. 2 ст. 154 КК України. Тобто, застосування погрози так званого „шантажного характеру” законодавець передбачив у іншому складі злочину.

Отож, роблячи висновок щодо *змісту погрози* у складах злочинів, передбачених ст. ст. 152 та 153 КК України потрібно зазначити, що під погрозою у зґвалтуванні чи насильницькому задоволенні статевої пристрасті неприродним способом доцільно розуміти *лише погрозу застосування фізичного насильства*, а не погрозу знищення чи пошкодження майна, розголошення відомостей.

Вважаємо дискусійним питання щодо визначення кола осіб, до яких може бути застосоване фізичне насильство, або яким можуть погрожувати застосуванням фізичного насильства у складах злочинів, передбачених ст. ст. 152 та 153 КК України. У Постанові Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р. № 4 „Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини” зазначено, що йдеться про застосування фізичного насильства до самої потерпілої чи до її родичів (наприклад, до дитини). Такий підхід зберігся і в узагальненні судової практики по злочинах цієї категорії: погрозою, що застосовується як засіб подолання опору потерпілої особи, слід розуміти її залякування у вигляді висловлювань, жестів чи інших дій про застосування фізичного насильства *до самої потерпілої особи чи до її родичів (наприклад, до дитини)* [2, с. 18].

У диспозиції ст. ст. 152 та 153 КК України законодавець зазначає: „...із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи”. Вказівки про те, що фізичне насильство може бути застосоване до родичів потерпілої, немає. Якщо звернути увагу на інші статті КК України, то варто зазначити, що, наприклад, у ч. 2 ст. 154 КК України законодавець під час опису погрози шантажного змісту вказав, що йдеться про погрозу знищення, пошкодження або вилучення *майна потерпілої (потерпілого) чи її (його) близьких родичів* або розголошення відомостей, що ганьблять *її (його) чи близьких родичів*. Схожу конкретизацію осіб законодавець застосував у ст. 189 КК України, в якій вказав, що вимагання може полягати у висловлюванні погрози насильства *над потерпілим чи його близькими родичами*.

На нашу думку, висловлена гвалтівником погроза застосувати насильство до дитини чи близьких родичів потерпілої чи й саме застосування фізичного насильства до цих осіб, ставлять особу у безвихідне становище, унаслідок чого вона змушена вступити у статеві зносини з метою не допустити або припинити таке

насильство. Головне у цій ситуації, це те, щоб потерпіла особа усвідомлювала загрозу для своїх близьких, а винний застосовував насильство до цих осіб чи погрожував його застосувати з метою подолати опір потерпілої особи. Вважаємо, що з метою уникнення різних підходів до визначення кола осіб, до яких може застосовуватися фізичне насильство, доцільно внести зміни у диспозиції ст. ст. 152 та 153 КК України, вказавши таке: „... із застосуванням фізичного насильства до потерпілої особи чи її близьких, погрози його застосування до вказаних осіб...”.

Ще одним спірним питанням є межа реалізації висловленої погрози у часі. Зокрема, Я.М. Яковлев вважає, що погроза при згвалтуванні має носити винятково насильницьку спрямованість, бо в усіх інших ситуаціях для жінки немає безвихідного становища і вона не позбавлена можливості виявити свою волю негайно [3, с. 127]. Ночною з цього приводу є позиція А.А. Жижиленка і А.Г. Оршанського, які пишуть, що „погроза негайно заподіяти побої жінці, якщо вона не вступить у статевий зв'язок, достатня для складу згвалтування, але погроза жінці вбити її при першій зустрічі не має значення” [4, с. 27].

Видається, що погляди цих науковців є цілком слушними. Потерпіла особа повинна усвідомлювати, що погроза у згвалтуванні чи насильницькому задоволенні статевої пристрасті неприродним шляхом може бути реалізована негайно. Час реалізації погрози має бути таким, що ставить особу у безвихідне становище, призводить до того, що вона змушена вступити у статевий зв'язок, щоб запобігти настанню негативних наслідків.

Отже, якщо потерпілій особі вказують, що застосують фізичне насильство щодо дитини, батьків, неї самої через певний проміжок часу у разі відмови вступити у статеві зносини, то безвихідного становища немає і про склад згвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом не йдеться. Отже, на підставі висловленого можна підсумувати, що **час реалізації погрози або застосування фізичного насильства** мають бути такими, що ставлять особу у безвихідне становище, тобто **не повинні стосуватися майбутнього, а мають бути такими, що можуть реалізуватися негайно**.

Для погрози в аналізованих випадках властиві такі ознаки: конкретність і реальність. **Конкретність** виявляється у тому, що потерпіла особа усвідомлює, що їй погрожують застосуванням фізичного насильства (вбивством, заподіянням тілесних ушкоджень тощо). **Реальність** погрози полягає у тому, що: 1) є об'єктивна небезпека реалізації погрози (у Постанові Пленуму Верховного Суду України зазначено, що потрібно звертати увагу на обстановку, що склалася, тобто оточення потерпілої групою осіб, глухе і безлюдне місце, нічний час тощо); 2) потерпіла особа сприймає погрозу як реальну.

У кримінально-правовій літературі виділено інші ознаки погрози під час вчинення аналізованих статевих злочинів, зокрема протиправність, достатню інтенсивність, доведеність в суді [1]. Вважаємо за недоцільне виділяти зазначені ознаки погрози з наступних міркувань.

Статеві зносини природним чи неприродним способом із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосування чи з використанням безпорадного стану потерпілої особи завжди є протиправними. На відміну від

позбавлення життя, заподіяння тілесних ушкоджень, які за певних умов можуть бути правомірними (наприклад, у випадку необхідної оборони), вказівка на цю ознаку при характеристиці погрози у складах зґвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним шляхом є зайвою і недоцільною.

Термін „достатня інтенсивність” є оціночним і ускладнить доведення цієї ознаки. Немає значення, чи винний голосно крикнув, що вб’є потерпілу у випадку відмови вступити у статеві зносини, чи він сказав ці слова пошепки. Головне у цій ситуації, реально сприйняті погрози потерпілим.

Щодо ознаки „доведеність у суді”, то вважаємо, що не можна прив’язувати факт погрози і її конкретність та реальність із діяльністю правоохоронних органів, які проводять розслідування кримінальної справи. „Доведеність у суді” стосується доказування і процесуальної сторони справи, а тому не може визнаватися ознакою погрози як кримінально-правового поняття.

Тому вважаємо за доцільне виділити лише *дві ознаки погрози*, зміст яких ми розкрили вище: *конкретність і реальність погрози*.

Рекомендації Пленуму Верховного Суду України щодо кримінально-правової кваліфікації зґвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, вчиненого *групою осіб*, на нашу думку, не відповідають положенням чинного КК України. Наприклад, у п. 14 Постанови Пленуму Верховного Суду України зазначено, що дії учасника групового зґвалтування підлягають кваліфікації за ч. 3 ст. 117 КК України (за кваліфікуючою ознакою „група осіб”) і у тому разі, коли інші учасники злочину через неосудність, недосягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність, або з інших передбачених законом підстав не були притягнуті до кримінальної відповідальності. Таку ж позицію Верховний Суд України висловив після прийняття КК України 2001 р. В узагальненні судової практики про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи зазначено, що дії учасників групового зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом підлягають кваліфікації за ч. 3 ст. 152 КК України або ч. 2 ст. 153 КК України і в тому випадку, коли інші учасники злочину через неосудність, недосягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність, або з інших передбачених законом підстав не були притягнуті до кримінальної відповідальності [2, с. 21].

Вважаємо, що цей підхід є неправильним з огляду на такі положення. Вчинення злочину „групою осіб” є однією з форм співучасті, про що йдеться у ст. 28 КК України. Загальновідомо, що співучасть – це умисна спільна участь декількох *суб’єктів* злочину у вчиненні умисного злочину (ст. 26 КК України). Суб’єктом злочину є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого, відповідно до КК України, може наставати кримінальна відповідальність. Особи, які не досягнули 14-річного віку, неосудні особи не є суб’єктами злочину, а отже, їх не беруть до уваги при з’ясуванні кількісної ознаки співучасті, в тому числі і кількісної ознаки „групи осіб”. Роз’яснення, дане у Постанові Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р. № 4 „Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини”, не суперечило положенням КК України 1960 р., оскільки у ст. 19 цього кодексу співучасть визнавали умисну спільну участь двох або більше *осіб* у вчиненні злочину. Однак положенням КК України 2001 р. воно повністю не відповідає.

Вироком від 1 листопада 2005 р. Гуляйпільський районний суд Запорізької області засудив Ф. за ч. 3 ст. 152 КК України та ст. 304 КК України за те, що він із застосуванням фізичного насильства, з використанням безпорадного стану потерпілої, групою осіб за участю П., 1992 р. н., котрий на момент вчинення злочину не досяг віку, з якого настає кримінальна відповідальність, звалтував потерпілу Б., а також втягнув неповнолітнього П. у злочинну діяльність. Ухвалою Апеляційного суду Запорізької області від 23 січня 2006 р. вирок щодо Ф. змінено: його дії перекваліфіковано з ч. 3 ст. 152 КК України на ч. 1 ст. 152 КК України. Апеляційний суд обґрунтував перекваліфікацію дій Ф. тією обставиною, що співучасник звалтування П. на момент вчинення злочину не був суб'єктом звалтування, а тому, на думку апеляційного суду, в діях Ф. відсутня кваліфікуюча ознака вчинення звалтування групою осіб.

Верховний Суд України в узагальненні судової практики про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи зазначив, що Апеляційний суд помилково перекваліфікував дії Ф. із ч. 3 ст. 152 КК України на ч. 1 цієї статті, тобто визнав їх як більш м'який злочин, оскільки відповідно до п. 14 постанови Пленуму від 27 березня 1992 р. № 4 дії учасника групового звалтування підлягають кваліфікації за ч. 3 ст. 152 КК України і в тому разі, коли інші учасники злочину через недосягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність, або з інших передбачених законом підстав не були притягнуті до кримінальної відповідальності.

Вважаємо, що перекваліфікація дій Ф. з ч. 3 ст. 152 КК України на ч. 1 ст. 152 КК України, проведена Апеляційним судом Запорізької області, є правильною, оскільки суд керувався нормами чинного КК України, зокрема ст. 18, 26, 28 КК України. З огляду на це доцільним було приведення роз'яснень Верховного Суду України відповідно до норм чинного КК України, зокрема важливо зазначити, що **про групу осіб може йтися тоді, коли злочинні діяння вчиняються хоча б двома суб'єктами злочину.**

Помилки на практиці трапляються під час визначення виду співучасті. Так, часто осіб, які фактично є співвиконавцями злочину, визнають пособниками або навіть свідками.

Відповідно до п. 14 Постанови, дії особи, яка не вчинила і не мала наміру вчинити статевий акт, але безпосередньо застосовувала фізичне насильство, погрозу чи довела потерпілу до безпорадного стану з метою звалтування її іншою особою, повинні розглядатися як співвиконавство у цьому злочині. Схожу позицію висловлено в аналізі судової практики по злочинах проти статевої свободи та статевої недоторканності. Однак, зазначений підхід не відповідає положенням теорії кримінального права. Наприклад, співвиконавцем злочину визнається особа, яка виконувала хоча б частину об'єктивної сторони злочину. Якщо йдеться про застосування фізичного насильства чи погрозу ним з метою примусити потерпілу вступити в статевий акт з іншою особою, – виконується частина об'єктивної сторони звалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом і має місце співвиконання злочину. Якщо ж оцінювати дії по приведенню потерпілої до безпорадного стану (йдеться про „приведення” за згодою потерпілої особи, наприклад, спільне вживання алкогольних напоїв тощо), – об'єктивна сторона злочинів, передбачених ст. ст. 152 чи 153 КК України, ще не виконується. Адже, у цих статтях йдеться про використання безпорадного стану потерпілого, а не про доведення до безпорадного стану. Погоджуємося з висловленими у кримінально-

правовій літературі поглядами про те, що дії особи, яка не вчинила і не мала наміру вчинити з потерпілою статевий акт, однак привела потерпілу особу до безпорадного стану з метою її зґвалтування, чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом іншою особою слід кваліфікувати як пособництво [5, с. 72].

Дискусії зумовила кваліфікація дій винних у такому випадку. Троє друзів поверталися машиною додому. Вони побачили свою сусідку, малолітню Е. і запропонували підвезти її. Однак замість того, щоб їхати додому, хлопці поїхали за місто. Там А. та Н., які були пасажирами, зґвалтували Е.

Р., який був водієм автомобіля, статевого акту не вчиняв. Дії Р. були кваліфіковані як пособництво у зґвалтуванні малолітньої (ч. 5 ст. 27 – ч. 4 ст. 152 КК України). Під час розслідування справи не було враховано того, що Р. не зупинив машину на вимогу дівчини, тобто фактично застосував фізичне насильство, яке виявилось у переміщенні потерпілої поза її волю. Окрім цього, він цинічно реготав, коли з потерпілою вчинявся статевий акт (зі свідчень потерпілої). Цими діями він чинив психічний вплив на потерпілу і демонстрував свою рішучість застосувати фізичне насильство у разі потреби. Дії Р. потрібно трактувати як дії співвиконавця злочину.

Підсумовуючи викладене зазначимо, що **особи, які вчинили дії, що виходять за межі об'єктивної сторони злочину**, тобто будь-яким чином сприяли вчиненню злочину (**довели потерпілу до безпорадного стану**, привезли потерпілу з метою її зґвалтування іншими особами, підказали, де можна придбати спиртні напої чи наркотичні засоби з тією ж метою), **повинні притягуватися до кримінальної відповідальності за пособництво**. Особи, які бачили факт вчинення насильницького статевого акту, але не мали до його вчинення жодного відношення (своїми діями не застосовували фізичного насильства, не висловлювали будь-яким чином можливість застосування психічного насильства у вигляді слів, жестів тощо), однак не надали потерпілій допомоги, не є співучасниками у злочині, а повинні бути визнані свідками. Співвиконавцями зґвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом виступають особи, які безпосередньо вчиняли статевий акт з потерпілою або які безпосередньо не вчиняли і не мали наміру вчиняти статевий акт, але застосовували фізичне насильство, погрожували що застосують його з метою примушення потерпілої до вступу в статевий акт з іншою особою.

Особливо тяжкими наслідками, про які йдеться у ч. 4 ст. 152 та ч. 3 ст. 153 КК України відповідно до позиції Верховного Суду України, можуть бути визнані:

- смерть або самогубство потерпілої особи;
- втрата будь-якого органу чи його функцій, психічна хвороба або інший розлад здоров'я, поєднаний зі стійкою втратою працездатності не менше ніж на третину, непоправне знівечення обличчя, переривання вагітності;
- втрата здатності до дітонародження;
- зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби або сифілісом, що сталися унаслідок зґвалтування.

Вартий уваги той факт, що тяжкі тілесні ушкодження, які визнані тяжкими лише за ознакою небезпечності для життя в момент заподіяння відповідно до позиції Верховного Суду України, потрібно кваліфікувати за сукупністю зґвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом і ст. 121

КК України. Підставами для такого твердження слугувало визнання всіх інших ознак тяжкого тілесного ушкодження (втрати будь-якого органу чи його функцій, психічної хвороби або іншого розладу здоров'я, поєданого зі стійкою втратою працездатності не менше ніж на третину, непоправного знівечення обличчя, переривання вагітності) матеріальними наслідками, які мають „безпосереднє відображення” на здоров'ї і та організмі потерпілого. Ушкодження, яке небезпечно для життя в момент заподіяння, трактують як таке, що лише створювало небезпеку для життя потерпілого. В.О. Навроцький з цього приводу зазначив, що вважати тяжке тілесне ушкодження, яке було небезпечним для життя в момент заподіяння формальним посяганням неправильно і необгрунтовано [6, с. 196].

Якщо звернутися до Правил судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень (затв. Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17 січня 1995 р. № 6), потрібно констатувати, що до переліку ушкоджень, що є небезпечними для життя в момент заподіяння належать конкретні ушкодження, які спричинили негативний вплив на організм потерпілого (наприклад, відкриті й закриті переломи кісток склепіння та основи черепа, забій головного мозку, ізольовані внутрішньочерепні крововиливи тощо). Вважаємо, що такі впливи доцільно трактувати як матеріальні наслідки, що безпосередньо відбиваються на організмі потерпілого. ***Тяжкі тілесні ушкодження за всіма ознаками (у тому числі і за ознакою небезпечності для життя в момент заподіяння) мають бути визнані особливо тяжкими наслідками*** зґвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом.

Вважаємо за необхідне зазначити, що не є обґрунтованою позиція із визнання особливо тяжкими наслідками зґвалтування і насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом лише захворювання на сифіліс. Чому захворювання іншими венеричними хворобами не може визнаватися особливо тяжким наслідком? Оскільки у КК України є склад злочину, передбачений ст. 133 КК України „Зараження венеричною хворобою”, в якому немає жодної диференціації венеричних хвороб за ступенем впливу на організм потерпілого, вважаємо за доцільне визнати ***особливо тяжким наслідком у злочинах, передбачених ст. ст. 152 та 153 КК України зараження венеричною хворобою загалом.***

Варто погодитися із пропозицією А.А. Музики щодо доцільності визнання особливо тяжким наслідком зґвалтування вагітності, якщо для цього є медичні протипоказання [7, с. 337].

Висловимо деякі міркування щодо складів інших статевоїх злочинів. Так, відповідно до змісту диспозиції ст. 155 КК України, потерпілою у складі злочину „Статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості” може бути особа як жіночої, так і чоловічої статі, яка не досягла статевої зрілості. Факт досягнення статевої зрілості судово-медичний експерт визначає на підставі Правил проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевоїх станів в бюро судово-медичної експертизи (затв. наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17 січня 1995 р. № 6). У п. 2.1.1 цих Правил зазначено, що експертизу встановлення статевої зрілості в Україні проводять щодо осіб жіночої статі віком від 14 до 18 років. Якщо керуватися таким однозначним підходом, то особи віком до 14 років завжди повинні бути визнані такими, що не досягли статевої зрілості, а ті, що

досягнули 18-річчя завжди мають бути статевозрілими. Видається, що такий „буквальний” підхід не враховує особливостей розвитку потенційних потерпілих. Потрібно передбачити можливість вирішення судово-медичним експертом *питання про статеву зрілість особи і у інших випадках без прив’язки до віку*.

Щодо змісту суспільно-небезпечного діяння у злочині, передбаченому ст. 155 КК України, варто погодитися, що законодавець використовує однакові терміни для позначення діяння у зґвалтуванні (ст. 152 КК України) і у злочині „Статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості” (ст. 155 КК України). В обох статтях діяння позначено як „статеві зносини”. Як наслідок під статевими зносинами пропонують розуміти лише природний статевий акт [5, с. 74–75; 7, с. 341]. Ми погоджуємося із тим, що розуміння однакових термінів, вжитих законодавцем, має бути тотожним. Водночас потрібно констатувати наявність прогалини у кримінальному законодавстві, яку необхідно терміново усувати. Фактично добровільні статеві зносини, що полягають у зносинах природного характеру з особою, яка не досягла статевої зрілості, є злочином (ст. 155 КК України). Однак, добровільні статеві зносини так званого „неприродного характеру” з особою, яка не досягла статевої зрілості не тягнуть кримінальної відповідальності. Суспільна безпека обох перелічених діянь є однаковою. Тому доцільно внести зміни у ст. 155 КК України і чітко вказати у диспозиції зміст діяння: *„Статеві зносини або задоволення статевої пристрасі неприродним способом з особою, яка не досягла статевої зрілості”*.

Ще одним цікавим питанням є встановлення кримінальної відповідальності за вчинення розпусних дій щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку (ст. 156 КК України). В узагальненні судової практики по злочинах проти статевої свободи та статевої недоторканості особи зазначено, що згода потерпілих на вчинення щодо цих розпусних дій на кримінально-правову оцінку дій винного не впливає. Немає жодних винятків для осіб, які є у шлюбі. Зазначимо, що в Україні право на шлюб мають і особи, які досягли чотирнадцяти років, якщо буде встановлено, що це відповідає їхнім інтересам (ст. 23 Сімейного кодексу України). Мабуть доцільно передбачити у постанові Пленуму ВСУ, що якщо особи є у шлюбі, то ніякого складу злочину у діях повнолітнього члена подружжя немає. Відсутність такої вказівки спричинює кумедні випадків, коли до кримінальної відповідальності хочуть притягнути чоловіка, який є із особою 14-річного віку у законному шлюбі.

Керуючись викладеним, вважаємо за доцільне вказати, що в Україні визріла необхідність для прийняття нової Постанови Пленуму Верховного Суду України, в якій була б обґрунтована позиція щодо кримінально-правової оцінки суспільно-небезпечних посягань на статеву свободу і недоторканість. У новій постанові Пленуму Верховного Суду України важливо було звернути особливу увагу на зміст кваліфікуючих ознак складів злочинів, передбачених Розділом IV Особливої частини КК України. Найпроблемнішим, на нашу думку, є з’ясування змісту таких кваліфікуючих ознак, як „повторність” (у контексті співвідношення із продовжуванним злочином), „вчинення злочину групою осіб” і змісту особливо тяжких наслідків в аналізованих злочинах. Щодо усунення очевидних недоліків, які допущені законодавцем під час конструювання складів статевих злочинів, то передусім потрібно внести зміни у деякі статті Розділу IV Особливої частини КК України, зокрема: доцільно чітко вказати у диспозиціях ст. ст. 152 і 153 КК України

на можливість застосування фізичного насильства щодо потерпілої і близьких їй осіб, погрози застосування насильства щодо цих самих осіб; у диспозиції ст. 155 КК України необхідно чітко зазначити на зміст діяння. Запропоновані уточнення могли б усунути деякі проблеми, які виникають під час кримінально-правової кваліфікації злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості.

1. *Корчовий М. М.* Погроза як спосіб застосування психічного насильства при зґвалтуванні [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://police.naiu.kiev.ua/tslc/pages/biblio/visnik/2002_3/korshovi.htm
2. Судова практика у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи // Вісник Верховного Суду України. — 2007, № 3 (79). — С. 15—27.
3. *Яковлев Я. М.* Половые преступления / Я. М. Яковлев. — Душанбе : Ирфон, 1969. — 453 с.
4. *Жижиленко А. А.* Половые преступления / А. А. Жижиленко, А. Г. Оршанский. — М., 1927. — 168 с.
5. *Брич Л. П.* Розмежування зґвалтування із суміжними складами злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи / Л. П. Брич // Життя і право. — 2004. — № 4. — С. 69—78.
6. *Навроцький В. О.* Кримінальне право України. Особлива частина : Курс лекцій / В. О. Навроцький. — К. : Т-во „Знання”, КОО, 2000. — 771 с. — (Вища освіта XXI століття).
7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. — [3-тє вид., переробл. та доповн. / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка]. — К. : Атіка, 2003. — 1056 с.

ISSUES OF CRIMINAL-LEGAL QUALIFICATION OF CRIMES AGAINST SEXUAL FREEDOM AND SEXUAL INVIOABILITY OF A PERSON

N. Antoniuk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
tel. (0322) 74-00-80, e-mail: antoniuk@rambler.ru*

In the article the author examines the issues of criminal-legal qualification of sexual crimes. The author analyses the provisions of the Resolutions of the Supreme Court Plenary Session “On judicial practice in cases on rapes and other sexual crimes” which don’t comply with the current Criminal Code of Ukraine and theory of criminal law. Suggestions concerning the improvement of Chapter IV of Special Part of the Criminal Code of Ukraine “Crimes against Sexual Freedom and Sexual Inviolability of a Person” are presented.

Key words: rape, threat, rape of helpless victim, group of persons, specially terrible consequences.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008
Прийнята до друку 01.06.2008

ОРГАНІЗОВАНА ЕКОНОМІЧНА ЗЛОЧИННІСТЬ У ПЕРІОД ПЕРЕХОДУ УКРАЇНИ ДО РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ

А. Бойко

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Досліджено особливості формування та зростання організованих форм економічної злочинності у період переходу України до ринкової економіки. Подано ретроспективу становлення організованої економічної злочинності, основні чинники її зростання, а також сфери найактивнішого поширення.

Ключові слова: кримінологія, економічна злочинність, організована економічна злочинність.

Організована злочинність – складна і найбільш суспільно-небезпечна форма злочинності, яка посягає на політичні, економічні, соціально-психологічні і правові сфери будь-якого суспільства. На VIII Конгресі ООН із запобігання злочинності та поводження з правопорушниками, що проходив у Гавані з 27 серпня по 7 вересня 1990 р., було зазначено, що зростаюча небезпека організованої злочинності з її винятково дестабілізуючим і деструктивним впливом на базові соціальні, економічні й політичні інститути становить собою проблему, вирішення якої потребує ширшого і ефективнішого міжнародного співробітництва [1, с. 62]. Таку ж стурбованість було висловлено і на X Конгресі ООН з попередження злочинності й поводження з правопорушниками, що проходив у Австрії 10–17 квітня 2000 р. на якому було зазначено, що організована злочинність, як національна, так і транснаціональна, є загальноприйнятою зростаючою небезпекою громадянського суспільства [2, с. 206]. У зверненні Генерального секретаря ООН до XI Конгресу ООН з попередження злочинності і кримінального правосуддя, що відбувався у Бангкоку 18–25 квітня 2005 р., у якому акцентовано, що організована злочинність є однією з головних загроз міжнародному миру і безпеці у XXI столітті [3]. Тому можна стверджувати, що за умов глобальної економіки, коли інтенсифікується вільний рух товарів, послуг та капіталу і поширюється вплив транснаціональних корпорацій, організована злочинність набуває транснаціональних масштабів і становить особливу небезпеку. На сьогодні вона характеризується функціональною різноманітністю, залученням до злочинної діяльності широкого кола осіб, створенням у суспільстві атмосфери непевності та соціальної напруги, зростанням шкідливих наслідків у різних сферах суспільного життя.

Аналізуючи проблему організованої злочинності, В.В. Лунєєв зазначає, що розуміння організованої злочинності на сьогодні ще менше з'ясовано, ніж насильницької, корисливої чи економічної [4, с. 536]. І справді, організована злочинність настільки швидко трансформується, що дуже важко повною мірою відобразити її структурні та змістовні зміни.

Тракування організованої злочинності подано у низці документів ООН. Зокрема, у Рамковій Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності від 21 липня 1997 р. зазначено, що організована злочинність означає групу діяльність трьох або більше осіб, якій властиві ієрархічні зв'язки або

особисті відносини, які дають змогу їх ватажкам отримувати прибуток або контролювати території і ринки, внутрішні та зовнішні, за допомогою насильства, залякування або корупції як для продовження злочинної діяльності, так і для проникнення у легальну економіку [5].

Сучасна організована злочинність становить собою високоорганізовану та впорядковану конспіративну протиправну діяльність злочинних організацій, з ієрархічною структурою, стійкою взаємодією і розподілом функцій та сформованою статусно-рольовою системою всередині цих організацій, яка спрямована на отримання надприбутків через встановлення часткової чи повної монополії на оборот незаконних товарів та послуг, а також встановлення контролю за дохідними легальними видами діяльності з використанням корумпованих зв'язків з державними чиновниками як для посилення своєї діяльності, так і для організації ефективного захисту від соціального контролю.

Ефект “легких грошей”, що забезпечує високий рівень матеріального благополуччя, особливо характерний для організованої злочинності. Можливість досягнення високого рівня статків злочинним шляхом руйнує ринкову ідеологію у суспільстві, за якою досягнення успіху та матеріального благополуччя повинно бути забезпечене наполегливою працею та підприємливістю.

Поширення організованої злочинності у сфері господарської діяльності призводить до розмивання у суспільстві системи регулювання індивідуальних потреб залежно від ефективності суспільно-корисної праці. У суспільстві формуються суперечності між задекларованими цивілізованими цілями і соціально структурованими шляхами їх досягнення [6, с. 281].

Організована злочинність намагається максимізувати свої доходи, мінімізуючи власні ризики. Головним джерелом доходів у країнах з перехідною і відповідно нестабільною економікою є тіньова економіка та економічна злочинність. З огляду на це, організована злочинність безпосередньо пов'язана з тіньовою економікою та економічною злочинністю. Тому має важливе значення вивчення питань взаємозв'язку і взаємозумовленості економічної й організованої злочинності.

Питання взаємозв'язку організованої і економічної злочинності у літературі висвітлені по-різному. Зокрема І. Рогов злочини у сфері економіки назвав основою організованої злочинності, при цьому він вважав, що власне організована злочинність є ширшим явищем, яке охоплює, як злочини у сфері економіки, так і нарко- та порнобізнес, проституцію, незаконні азартні ігри, рекет, і передбачає зрощування з професійною загально-кримінальною злочинністю [7, с. 10]. Схожі погляди висловив В.В. Лунеев, вважаючи, що організована злочинна діяльність поділяється на дві складові – економічну і загальнокримінальну [8, с. 102], та О.Г. Шикунова [9, с. 94].

Дещо інші міркування висловив А.С. Нікіфоров вважаючи, що організована злочинність є частиною економічної злочинності [10, с.72].

Проте, на думку Р.В. Кіданова, важливо виділяти і досліджувати організовану економічну злочинність як самостійний феномен [11].

Отже, спробуємо визначити, що становить собою організована економічна злочинність, яка її суть і як структуровані її ключові сегменти.

Насамперед варто згадати про деякі кримінологічні властивості організованої злочинності, які виявились у період переходу України до ринкової економіки.

По-перше, це активне проникнення у сферу господарської діяльності. Більше того, організована злочинність стала важливим соціальним чинником створивши потужну власну економічну і фінансову основу, що активно формувалась за рахунок отримання доходів як шляхом протиправної, так і легальної економічної діяльності.

Тому особливістю вітчизняної організованої злочинності є те, що основою для її активного поширення стала тіньова економіка та економічна злочинність, а не загальнокримінальна діяльність (наркобізнес, торгівля зброєю, бізнес на проституції тощо), як є у багатьох країнах.

Виділення цієї особливості, очевидно, дозволяє по-іншому поглянути на співвідношення та характер взаємозалежності економічної та організованої злочинності, детермінації їх розвитку, а також розуміння природи організованої економічної злочинності.

Організована економічна злочинність складається з двох тенденцій: “економізації” організованої загальнокримінальної злочинності і підвищення рівня організованості економічної злочинності. Принципова феноменологічна відмінність нашої організованої економічної злочинності полягає у її подвійній природі – одна її складова виникла унаслідок участі загальнокримінальних злочинних організацій у сфері тіньової та легальної економіки, друга складова зародилась безпосередньо у сфері легальної економіки – через вчинення економічних правопорушень у рамках зареєстрованих суб’єктів підприємницької діяльності. Остання, зазвичай, не має тісних зв’язків з традиційним кримінальним світом, а самі суб’єкти господарської діяльності не вважають себе злочинцями і переконані, що провадили бізнес відповідно до умов, що склались.

Організована економічна злочинність – складне, синтезоване явище, яке має ознаки як організованої, так і економічної злочинності.

Для того, щоб краще зрозуміти природу організованої економічної злочинності, потрібно проаналізувати ретроспективу її виникнення та формування.

Початком виникнення організованої економічної злочинності у нашій країні можна вважати появу деякої політичної і економічної свободи під час перебудови, яку організована злочинність негайно використала у своїх інтересах. Зародження кооперативного руху, який по суті був “бездоглядним” з позицій державних інтересів, організована злочинність “творчо” використала для швидкого збагачення. Рекет, відмивання брудних грошей, перетворення кооперативних структур у “дах” злочинної діяльності – всі ці і багато інших форм злочинної діяльності набули поширення. Саме організована злочинність утверджувала здійснення підприємництва протиправним шляхом, застосовуючи погрози фізичного насильства або саме насильство, вимагання, підкуп, шантаж тощо. Таке підприємництво стало щільно пов’язане з тіньовою економікою, чистий прибуток від якої забезпечував зростання організованих форм економічної злочинності.

Наростання з другої половини 80-х років минулого століття економічної та соціальної кризи, небачене зростання дефіциту товарної маси і особливо продукції першої необхідності призвело до того, що тіньова економіка й підпільний ринок узяли на себе функцію обміну, що практично не в змозі були виконати державні

установи. Усе це створило сприятливі передумови для поширення організованої та економічної злочинності. Тому поява в СРСР організованої економічної злочинності була закономірним наслідком командно-директивної економіки.

Перехід від централізованої командно-директивної економіки до економіки ринкового типу потребував докорінної реорганізації політичної, економічної та соціальної структури суспільства. Проте змістовних реформ не відбувалося і кризові явища у всіх сферах суспільного життя тільки почастишали.

Це був період процвітання злочинних організацій, оскільки економічна криза підштовхнула політичну нестабільність, держава втрачала деякі з найважливіших механізмів контролю і управління суспільством, протиправна поведінка у сфері господарської діяльності стала для частини громадян необхідною умовою виживання, у результаті спостерігався загальний занепад моралі, швидкими темпами поширювалась корупція серед державних чиновників та представників правоохоронних органів. Усе це стало благодатним ґрунтом для розквіту організованої злочинності [12, с. 71–72].

Організована злочинність як регулятор тіньового ринку за таких умов і надалі виконувала низку економічних функцій: задоволення потреб у товарах, які були відсутні, або яких не вистачало на ринку, здійснення координації діяльності суб'єктів протиправної господарської діяльності, контроль за виконанням угод і позапроцесуальне вирішення конфліктів, створення робочих місць і залучення кваліфікованих фахівців для підконтрольних структур, їхній захист, нівелювання бюрократичних перепон, фінансування та кредитування тощо. Тому в атмосфері галопової інфляції, наростаючої кризи перших років перехідного періоду, чиновницького свавілля та правового нігілізму багато легальних суб'єктів господарської діяльності беруть участь у протиправній підприємницькій діяльності і виявляють безпосередню зацікавленість у функціонуванні злочинних організацій задля збільшення власних активів, посилення своїх позицій на ринку, усунення конкурентів, зменшення трансакційних витрат тощо.

Коли інститути держави не виконують своїх функцій, насамперед, коли не забезпечується принцип верховенства права або економічна діяльність суб'єктів в межах формально-визначених правил призводить до великих трансакційних витрат, якраз і стають ефективними злочинні організації, що гарантують, організують та впорядковують виробництво, обмін та перерозподіл ресурсів, створюють значні переваги для окремих суб'єктів ринку й виконують інші функції, необхідні для ефективного розвитку бізнесу.

Ці деформації призвели до поширення тіньового боку економічного життя, коли практично обов'язковою умовою здійснення будь-якої господарської діяльності стала протиправна діяльність, оскільки вона була економічно мотивована та містила у своїй основі економічний інтерес.

До чинників, що цьому сприяли, зачисляють:

- збереження відносин бюрократичного управління господарського життя суспільства;
- відсутність надійного захисту від впливу злочинних організацій, що встановили контроль над значною частиною суб'єктів підприємницької діяльності і запропонували їм свої умови “співпраці” (“правила гри”);

- послаблення економіко-правового впливу держави, відсутність ефективної системи забезпечення правопорядку у сфері господарювання;
- неспроможність державних органів забезпечити впровадження ринкових механізмів регулювання господарських відносин;
- корумпованість багатьох державних органів.

Тому саме деформації економічних відносин в процесі переходу до ринкових структур стали провідним чинником наявності і якісної та кількісної зміни економічної злочинності й активного формування її організованих форм. Зрештою, тривала взаємодія злочинних організацій і суб'єктів підприємництва призвела до злиття їх певної частини і формування на їхній основі потужних бізнесових корпорацій. До їхньої структури належали банківські, інвестиційні, страхові установи, виробничі підприємства, охоронні фірми, компанії за кордоном, особливо в офшорних зонах тощо. Функціонування таких корпорацій давало змогу зменшувати трансакційні витрати як у тіньовій, так і в легальній економіці. Вони самостійно виконували функції із захисту свого бізнесу, забезпечення гарантій виконання бізнесових угод, розв'язання суперечок, вирішення питань з державними органами тощо. Вони також відійшли від традиційної загальнокримінальної організованої злочинної діяльності зосередившись на нагромадженні потужного первинного капіталу у тіньовій та легальній економіці.

А входження надалі у зазначені корпорації високопоставлених державних чиновників, політичних діячів призвело до формування корпоративно-бюрократичних структур, які стали основою організованої економічної злочинності.

На сьогодні організована економічна злочинність в Україні ефективно функціонує через діяльність корпоративно-бюрократичних груп. Саме через них наявні тісні корупційні зв'язки з політичною елітою, представниками органів державної влади і правоохоронних органів. Це дає змогу забезпечити не лише "прикриття" власної протиправної діяльності, але і отримувати стабільно високі доходи. В умовах сучасної України організована економічна діяльність отримує також змогу впливати на визначення економічної політики держави, формування законодавчої бази, "підігнаної" під власні інтереси.

Якщо аналізувати корпоративно-бюрократичну групу, то це – складна організаційна структура, яка охоплює кілька рівнів функціонально різносторонніх структурних підрозділів як в Україні, так і за її межами з системою ієрархічних вертикальних та функціональних горизонтальних зв'язків, з ефективною системою захисту від соціального контролю, діяльність якої спрямована на максимізацію прибутків та мінімізацію ризиків і трансакційних витрат, а також на встановлення контролю за високоліквідними сферами підприємницької діяльності чи окремими територіями з високим рівнем концентрації ресурсів.

Діяльність корпоративно-бюрократичних груп ретельно планується і забезпечується відповідними ресурсами, при цьому використовується весь потенціал державних органів чи окремих державних чиновників, з якими налагоджені корупційні зв'язки. За необхідності корпоративно-бюрократичні групи можуть застосувати погрози, насильство, шантаж тощо.

Для набуття позитивного суспільного іміджу керівники корпоративно-бюрократичних груп налагоджують співпрацю з державними діячами, діячами культури та науки, відомими спортсменами, з неурядовими організаціями, займаються доброчинністю, формують громадську думку через придбані засоби масової інформації. Це дає змогу набути суспільної впливовості і конвертувати свій вплив на владу та зміцнення свого соціального статусу.

Сучасна організована економічна злочинність в Україні має свої особливості.

Високий рівень латентності. Рівень латентності збільшується чи, принаймні, не зменшується. Розкриття і виявлення злочинів не збільшується.

Швидке удосконалення способів злочинних посягань. Відбулося витіснення зі сфери економіки примітивної злочинності і заміна її добре підготовленою та інтелектуальною. Злочинні організації швидко пристосовуються до нових видів, форм і методів підприємницької діяльності. Вони активно використовують у злочинних цілях інформаційні технології та високопрофесійних фахівців. Збільшується кількість злочинів, що вчиняються у сфері високих технологій, а також злочинів з використанням спеціальних знань у сфері банківської, інвестиційної, страхової діяльності тощо.

Простежено використання, в окремих випадках структур загально-кримінальної організованої злочинності, зокрема для вчинення убивств на замовлення, забезпечення рейдерських захоплень власності чи бізнесу тощо.

Посилення міжрегіонального і транснаціонального характеру організованої економічної злочинності. Ця тенденція виявляється в тому що, по-перше, зовнішньоекономічні зв'язки застосовують для легалізації незаконних доходів, по-друге, злочинні організації використовують інфраструктуру світових фінансових ринків з метою бізнесової діяльності.

Створення ефективної системи легалізації доходів, отриманих від злочинної діяльності. Відмиті кошти вводяться в економічний оборот, інвестують у легальний бізнес, за потреби вивозять за кордон і реінвестують.

Крім того, організована економічна злочинність намагається впливати і на політичне життя, любляючи проведення вигідних їй рішень. Накопичені у процесі своєї діяльності кошти витрачають на підкуп політиків на досягнення потужного політичного впливу, що характеризує якісно новий щабель розвитку організованої економічної злочинності.

Організована економічна злочинність для нашої країни становить досить серйозну і масштабну політичну та економічну проблему, яка потребує від держави визначення і реалізації головних напрямів стратегії її протидії та запобігання, які були б адекватні характеру загрози цього явища. Функціонування організованої економічної злочинності призводить до загального занепаду і стагнації національної економіки, збільшуючи ціну, яку суспільство платить за злочинність, навіть якщо у певних сферах господарської діяльності організована економічна злочинність поліпшує загальну ситуацію. Монополія організованої економічної злочинності зумовлює зрощування представників бізнесу й політики, що, своєю чергою, призводить до зростання корупції і деформації інститутів громадянського суспільства.

На сьогодні головним джерелом отримання доходів організованої економічної злочинності є діяльність офіційно зареєстрованих суб'єктів підприємницької діяльності. Їх отримують, по-перше, за рахунок легальної підприємницької діяльності, по-друге, через вчинення протиправних діянь під прикриттям іміджу легальних суб'єктів господарювання – вчинення різних економічних злочинів переважно шахрайського характеру, приховування доходів від оподаткування, рейдерське захоплення власності інших юридичних осіб, відмивання “брудних” грошей зі сфери кримінальної діяльності організованої злочинності тощо.

До пріоритетних напрямів діяльності організованих злочинних груп в економіці належать:

- злочинність у фінансово-кредитній сфері. Це діяльність через власні або підконтрольні комерційні банки, кредитні товариства, інвестиційні та страхові компанії, будівельні фірми. Ця сфера діяльності за дохідністю є одна з найпривабливіших для організованої економічної злочинності. Криміналізація цієї сфери набуває щораз більш небезпечного для суспільства характеру через її важливе місце у системі національної економіки;
- злочинність у сфері оподаткування. Протягом усього періоду реформування нашої економіки простежують поширення або, принаймні, не зменшення, ухилення від сплати податків, зборів та інших обов'язкових платежів;
- злочинність у сфері зовнішньоекономічної діяльності. Зростання злочинності у цій сфері спостерігається протягом усього періоду економічних перетворень через високу дохідність, слабкість державного контролю, та високий рівень корумпованості митних органів;
- злочинність у сфері приватизації. Зокрема, шахрайство через приватизаційні інвестиційні фонди, заниження вартості об'єктів приватизації, надання переваги визначеним суб'єктам приватизації тощо. Поширені також зловживання у разі передачі в управління державної частки в акціонованих підприємствах. Багато зловживань у виділенні земельних ділянок;
- злочинність у сфері споживчого ринку. Зростання обігу товарів, послуг, виконання робіт, що не відповідають вимогам безпеки для життя і здоров'я. Особливо інтенсивно зростає криміногенність сегмента споживчого ринку, пов'язаного з обігом продовольчих товарів. Поширюється нечесна конкуренція та порушення антимонопольного законодавства. Неконтрольований споживчий ринок полегшує вчинення багатьох злочинів у сфері господарської діяльності.

Високо криміногенним є ринок продукції, що стосується прав на інтелектуальну власність. Виготовлення і реалізація контрафактної продукції відбувається у формі високоорганізованого бізнесу.

Поширеними є також правопорушення, пов'язані з участю у державних конкурсах на закупівлю товарів та послуг.

Це далеко не вичерпний перелік напрямів діяльності організованих злочинних груп.

Отже, на підставі аналізу можемо зробити висновок, що організована економічна злочинність знаходиться на перетині явищ організованої й економічної злочинності.

Якщо говорити про ознаки організованої економічної злочинності, доцільно зазначити, що вони наділені як сукупністю ознак організованої, так і економічної злочинності.

Під організованою економічною злочинністю потрібно розуміти високоорганізовану та впорядковану конспіративну протиправну господарську діяльність у рамках і під прикриттям законної діяльності, яка спричинює істотну шкоду національній економіці і вчиняється злочинними організаціями, з ієрархічною структурою, стійкою взаємодією і розподілом функцій та сформованою статусно-рольовою системою всередині організацій, що спрямована на отримання надприбутків, використовуючи корумповані зв'язки з державними чиновниками як для посилення своєї діяльності, так і для організації ефективного захисту від соціального контролю.

Залишається сподіватись, що зростання деструктивної економічної діяльності у трансформаційний період активізує відповідну реакцію з боку конструктивної частини суспільства, що забезпечить своє вираження у розвитку правового регулювання господарської діяльності та призведе до посилення боротьби з найнебезпечнішим проявом протиправної господарської діяльності – організованою економічною злочинністю.

-
1. Сборник стандартов и норм Организации Объединенных Наций в области предупреждения преступности и уголовного правосудия. Организация Объединенных Наций. — Нью-Йорк, 1992.
 2. Десятый Конгресс Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями : сборник документов / сост. канд. юрид. наук А.Г. Волеводз — М. : ООО Издательство „Юрлитинформ”, 2001.
 3. XI Конгрес Організації Об'єднаних Націй з попередження злочинності і кримінального правосуддя. — Бангкок, 18—25 квітня 2005 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.uncongress.org.
 4. *Лунеев В. В.* Преступность XX века : мировые, региональные и российские тенденции / В. В. Лунеев. — [изд. 2-е, перераб. и доп.]. — М. : Волтерс Клувер, 2005.
 5. Міжнародні правові акти та законодавство окремих країн про корупцію. — К. : Школяр, 1999.
 6. *Шнайдер Г. Й.* Криминология; [пер. с нем. / под. общ. ред. и с предисл. Л. О. Иванова]. / Г. Й. Шнайдер. — М., 1994.
 7. *Рогов И. И.* Экономика и преступность / И. И. Рогов. — Алма-Ата : Казахстан, 1991.
 8. *Лунеев В. В.* Организованная преступность в России : осознание, истоки, тенденции / В. В. Лунеев // Государство и право. — 1996. — № 4.
 9. *Шикунова О. Г.* Детерминация организованной преступности и иной общественно-опасной деятельности в сфере экономики / О. Г. Шикунова // Преступность как она есть и направления антикриминальной политики. [под ред. проф. А. И. Долговой]. — М., Российская криминологическая ассоциация, 2004.
 10. *Никифоров А. С.* Контроль над преступностью в России / А. С. Никифоров // Государство и право. — 1994. — № 5.

11. Киданов Р. В. Организованные формы экономической преступности. Владивостокский Центр по изучению организованной преступности / Р. В. Киданов. — Владивосток, 2002.
12. Изучение организованной преступности : российско-американский диалог : сб. статей; [под редакцией Н. Ф. Кузнецовой, Л. Шелли, Ю. Г. Козлова]. — М. : Олимп, 1997.

**ORGANIZED ECONOMIC CRIME DURING
THE TRANSITIONAL PERIOD OF UKRAINE
TO MARKET ECONOMY**

A. Boyko

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the peculiarities of formation and increase in organized forms of economic crime during the transition of Ukraine to market economy. The retrospective review of organized economic crime formation, the major factors of its increasing and the spheres of its most active expansion have been analyzed.

Key words: criminology, economic crime, organized economic crime.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

РОЗМЕЖУВАННЯ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, СПІЛЬНОЮ ОЗНАКОЮ ЯКИХ Є СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНІ НАСЛІДКИ У ВИГЛЯДІ СМЕРТІ ЛЮДИНИ

Л. Брич

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Виявлено закономірності, що характеризують співвідношення складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді смерті людини, і визначають вибір правил кримінально-правової кваліфікації.

Ключові слова: суспільно небезпечні наслідки, смерть людини, спільні ознаки.

Постановка проблеми. Як відомо, відповідальність за заподіяння смерті іншій людині, встановлена у КК України не лише статтями розділу II Особливої частини „Злочини проти життя та здоров’я особи”. Склади злочинів, ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді смерті людини у різному термінологічному позначенні, поміщені й у інших розділах Особливої частини КК. Життя особи у цих випадках виступає додатковим безпосереднім об’єктом [15, с. 142]. Відповідні статті є у більшості розділів Особливої частини КК, крім розділів: VI „Злочини у сфері господарської діяльності”; XIV „Злочини у сфері охорони державної таємниці, недоторканності державних кордонів, забезпечення призову та мобілізації”; XVI „Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп’ютерів), систем та комп’ютерних мереж і мереж електров’язку”.

Та й у межах розділу II Особливої частини КК, закріплено не лише склади злочинів, у яких смерть людини є єдиним наслідком, об’єднані в теорії кримінального права у групу – злочини проти життя, де життя людини „є єдиним чи основним безпосереднім об’єктом” [15, с. 142]. Статтями цього розділу встановлюється й відповідальність за злочини, у юридичних складах яких смерть людини є одним з альтернативних наслідків. Відповідно, життя людини у цих складах є додатковим безпосереднім об’єктом. Це кваліфіковані склади злочинів проти здоров’я, основні та кваліфіковані склади злочинів проти безпеки життя і здоров’я.

Наявність спільної ознаки, тобто такої, яка має однаковий зміст у кількох складах злочинів, викликає як потребу теоретично з’ясувати відмінності між цими складами злочинів, так і розмежувати сферу застосування кожної з норм, що містять склади злочинів, ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді смерті людини.

Стан дослідження. Питання розмежування конкретних складів злочинів, у яких життя людини є єдиним чи одним із кількох безпосередніх об’єктів, піднімались у кримінально-правовій літературі, як правило в межах дослідження того чи іншого злочину, наслідком якого є смерть людини [13, с. 106–121; 27, с. 7] і, як правило, лише щодо окремих аспектів проблеми [5, с. 6–49; 11, с. 5; 39, с. 114–118], або фрагментарно [27, с. 7]. Окремі автори взагалі не зачіпали проблему розмежування досліджуваних ними складів злочинів [2; 10; 20].

Проте, ніхто з авторів не досліджував їх як систему, не намагався побудувати чітку схему взаємозв’язків між ними, що визначають співвідношення між

відповідними складами злочинів, та між нормами, що їх містять. Між тим, загальновідомо [4, с. 7–48; 33; 38, с. 10–17], що саме системний підхід, як найбільш ефективний, є пріоритетним у дослідженні системних явищ, яким є право. Певні обриси системи норм, що охороняють особисті блага людини, дані у одному з українських підручників з Особливої частини кримінального права України [15, с. 141–144]. Досить комплексно розглянута проблема розмежування злочинів проти життя і здоров'я особи та проти громадської безпеки В.П. Тихим [35, с. 35–38]. Проте співвідношення названих груп складів злочинів, розглянуте цим вченим, – лише одна з ланок у системі складів злочинів, що мають наслідком смерть людини.

Сукупність злочинів, що заподіюють смерть людині, досліджує російський вчений С.В. Бородін. Цей автор виділив чотири групи таких злочинів [6, с. 307–309]. Запропонована автором система злочинів, що охоплюється поняттям „вбивство як рід смерті” включає всі злочини, котрі мають своїм наслідком смерть людини. Проте, класифікація цих злочинів, проведена С.В. Бородіним всупереч правилам класифікації понять, за незрозумілим і точно не єдиним для всієї системи критерієм. Цей автор зосередив свою увагу на критеріях, за якими можна правильно встановити і оцінити фактичні обставини справи [6, с. 312–332], що безумовно має значення для розмежування відповідних злочинів в ході кримінально-правової кваліфікації вчиненого. Він не акцентував своє дослідження на типах співвідношення складів злочинів, що включають смерть особи як суспільно небезпечний наслідок, неврахування яких призвело до рекомендацій з кваліфікації відповідних діянь, що суперечать принципам кримінально-правової кваліфікації [6, с. 331–332].

Гороховська О.В., як вона сама зазначає, „аналізує критерії відмежування вбивства через необережність від таких діянь: умисного вбивства, умисного нанесення тяжких тілесних ушкоджень, що спричинили смерть потерпілого, необережного тяжкого тілесного ушкодження, правомірного ризику, позбавлення життя внаслідок порушення правил безпеки руху або експлуатації транспорту, службової недбалості та випадкового заподіяння смерті”. Такими критеріями вона називає фактичні обставини справи, на підставі аналізу яких можна встановити наявність у вчиненому тих чи інших ознак складу злочину [12, с. 13; 13, с. 106–121]. Оскільки умисне вбивство від вбивства через необережність відрізняється лише за однією ознакою – формою вини, а її можна встановити лише дослідивши фактичні обставини справи, то О.В. Гороховська всю свою увагу в роботі й зосередила на тому як на практиці можна виявити наявність тієї чи іншої форми вини. Проте розмежування злочинів не зводиться лише до дослідження фактичних обставин справи й не вичерпується лише ним.

Багато уваги розмежуванню досліджуваних злочинів приділяє О.П. Литвин [19, с. 122–136]. Проте, міркування цього автора з приводу співвідношення відповідних складів злочинів, об'єктів конкуренції у кримінально-правовій кваліфікації й запропоновані ним висновки не узгоджуються з теорією кримінального права, теорією кримінально-правової кваліфікації, а окремі з них суперечать здоровому глузду.

Тому **метою** цієї роботи є дослідження розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді смерті людини, під кутом зору їх системності; виявлення закономірностей, що характеризують співвідношення всіх чи більшості таких складів злочинів; виявлення особливостей, властивих для співвідношення лише окремих таких складів злочинів.

Виклад основних положень. Перш за все, потрібно дослідити те, що об'єднує ці склади злочинів, й відповідно породжує потребу в їхньому розмежуванні – спільні ознаки.

Як було задекларовано у назві цієї роботи, критерієм об'єднання відповідних складів злочинів у одну групу стало те, що ознакою кожного з них є суспільно небезпечні наслідки, що полягають у смерті людини. Як пише В.О. Навроцький, характер заподіяної шкоди є одним з найпоширеніших критеріїв, за якими формується версія кримінально-правової кваліфікації [22, с. 89]. Позначення суспільно небезпечного наслідку у вигляді смерті людини у різних статтях Особливої частини КК характеризується розмаїттям термінів: смерть (ч. 1 ст. 115), смерть пацієнта (ч. 1 ст. 141 КК), „смерть потерпілого(ої)” (ч. 2 ст. 134; ч. 3 ст. 136 КК; ч. 2 ст. 286; ст. 287; ст. 288; ч. 2 ст. 414), „смерть неповнолітнього” (ч. 2 ст. 137 КК), „смерть хворого” (ч. 2 ст. 139 КК), „смерть особи” (ч. 3 ст. 135 КК), вбивство (ст. 116; 117; 118; 119; ст. 348; ст. 379; ст. 400; ч. 4 ст. 404; ч. 2 ст. 438; ст. 443 КК), „самогубство” (ч. 1 ст. 120 КК), „загибель людей” (ч. 3 ст. 110; ч. 3 ст. 161; ч. 2 ст. 194; ст. 196; ст. 236; ст. 237; ч. 2 ст. 238; ч. 2 ст. 240; ч. 2 ст. 241; ч. 2 ст. 242; ч. 2 ст. 243; ч. 2 ст. 245; ч. 5 ст. 260; ст. 264; ч. 2 ст. 267; ч. 2 ст. 270; ч. 2 ст. 271; ч. 2 ст. 272; ч. 2 ст. 273; ч. 2 ст. 274; ч. 2 ст. 275; ч. 3 ст. 276; ч. 3 ст. 277; ч. 3 ст. 278; ч. 3 ст. 279; ч. 3 ст. 280; ч. 3 ст. 281; ч. 3 ст. 282; ч. 2 ст. 283; ст. 291; ч. 3 ст. 292; ч. 2 ст. 294; ч. 2 ст. 326; ч. 2 ст. 412; ст. 439; ст. 446 КК), „загибель кількох осіб” (ч. 3 ст. 286; ч. 2 ст. 415 КК), „загибель потерпілого” (ч. 1 ст. 415 КК), „загибель людини” (ч. 4 ст. 127; ч. 3 ст. 258 КК). Стосовно деяких складів злочинів смерть людини не названа прямо, а, як прийнято вважати, охоплюється такими категоріями суспільно небезпечних наслідків, як особливо тяжкі наслідки (ч. 4 ст. 152; ч. 3 ст. 153 КК) [28, п. 15], чи тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 147; ч. 2 ст. 364; ч. 2 ст. 365; ч. 2 ст. 366 КК) [29, п. 10; 30, п. 7].

Проблемність такої законодавчої диференціації термінів достатньо повно показана у кримінально-правовій літературі, зокрема В.О. Навроцьким [24, с. 44–47]. Обґрунтовано й доцільність уніфікації термінологічного позначення суспільно небезпечних наслідків, що полягають у смерті однієї людини [14, с. 93–98].

Однією з ключових проблем для кваліфікації злочинів розглядуваної групи є встановлення змісту поняття „загибель людей”, щодо якого у кримінальному праві немає одностайності. Пленум Верховного Суду України у своїх постановках послідовно роз'яснює, що під загибеллю людей потрібно розуміти смерть хоча б однієї особи [31, п. 9; 32, п. 6]. Такий підхід викликає обґрунтовані заперечення у кримінально-правовій літературі [9, с. 31–35; 24, с. 44–47; 37, с. 59–60]. Спираючись на лінгвістичний метод тлумачення права, автори доводять, що під загибеллю людей потрібно розуміти смерть, як мінімум двох осіб. Саме з такої позиції й буде у цій роботі аналізуватись співвідношення відповідних складів злочинів.

В.О. Навроцьким запропоновано можливий шлях законодавчого вирішення проблеми – „відмова законодавця від вказівки на наслідки, які полягають у заподіянні смерті одній чи кільком особам в диспозиціях статей КК, котрі передбачені іншими розділами Особливої частини (крім розділу „Злочини проти життя і здоров’я”). Тоді заподіяння смерті завжди буде кваліфікуватись за сукупністю з відповідними статтями розділу II Особливої частини КК” [24, с. 47]. За існуючого у КК стану речей цей вчений пропонує кваліфікувати діяння, що призвели до смерті однієї особи, за такими правилами: „якщо поряд з наслідками у вигляді загибелі людей в КК передбачені інші тяжкі наслідки, то заподіяння смерті одному потерпілому слід оцінювати як ці наслідки; коли диспозиція статті не передбачає заподіяння інших тяжких наслідків, то скоєне потрібно кваліфікувати за сукупністю зі статтями про умисне чи вчинене через необережність вбивство однієї особи” [24, с. 47].

У тих випадках, де законодавець, хоч розмаїто, але прямо вказує у диспозиції статті на людську смерть, як конститутивну чи кваліфікуючу ознаку складу того чи іншого злочину, принаймні не виникає сумніву щодо характеру заподіяної шкоди як суспільно небезпечного наслідку відповідного складу злочину. Що ж до терміну „тяжкі наслідки”, яким позначається відповідна ознака складу злочину, що не має своєю альтернативою загибель людей, то така диспозиція статті Особливої частини не дає підстав вважати, що тяжкими наслідками охоплюється шкода у вигляді смерті людини. В окремих випадках певною підставою для висновку про те, що поняття „смерть людини” входить у обсяг поняття „тяжкі наслідки” є метод порівняння санкцій. Так, санкції ч.4 ст. 152 КК „Згвалтування” та ч. 3 ст. 153 КК „Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом”, у яких особливо тяжкі наслідки, як прийнято вважати, охоплюють смерть потерпілої особи, заподіяну через необережність, є явно суворішими за санкцію ч. 1 ст. 119 КК – норми про основний склад вбивства через необережність. Те саме можна сказати й щодо санкції ч. 2 ст. 147 КК „Захоплення заручників” і змісту такої кваліфікуючої ознаки цього складу злочину, як „тяжкі наслідки”. А, наприклад, санкція ст. 138 КК „Незаконна лікувальна діяльність” чи ч.1 ст.140 КК „Неналежне виконання професійних обов’язків медичним або фармацевтичним працівником”, у яких відповідна ознака названа, як „тяжкі наслідки для хворого”, є м’якшою, ніж санкція ч. 1 ст. 119 КК „Вбивство через необережність”. Тому навіть методом порівняння санкцій не можна обґрунтувати висновок про те, що суспільно небезпечні наслідки у складі злочину „Незаконна лікувальна діяльність” чи „Неналежне виконання професійних обов’язків медичним або фармацевтичним працівником” включають і смерть хворого, який, подається у кримінально-правовій літературі, як безсумнівний [16, с. 64, 68; 17, с. 59, 61; 25, с. 317, 322; 26, с. 263, 266], за винятком окремих авторів. Так, А.О. Байда стосовно складу злочину, передбаченого ст. 138 КК „Незаконна лікувальна діяльність”, пише, що „порівняльний аналіз санкцій статей 119 і 138 КК не дозволяє вважати, що в чинній редакції статті 138 КК, настання смерті внаслідок незаконної лікувальної діяльності охоплюється ознаками цього злочину” [1, с. 10]. У складах злочинів, конструкція яких поряд із тяжкими наслідками не включає загибель людей, або інше формулювання, яке б прямо вказувало на смерть кількох осіб, як наслідок відповідного злочину, якщо санкція цієї статті (частини статті) Особливої частини КК є менш суворою за санкцію відповідних частин статті про вбивство через

необережність (ст. 119 КК), тяжкі наслідки не включають шкоду такого характеру, як смерть. Відповідно, тяжкі наслідки і смерть особи в таких складах злочинів не є спільними ознаками. Саме за цими ознаками між відповідними складами злочинів не може виникнути співвідношення таких, що є суміжними, чи передбаченими конкуруючими нормами. Ознакою, яка, хоч частково, але збігається за змістом у складах вбивства через необережність (ст. 119 КК) з одного боку, і незаконної лікувальної діяльності (ст. 138 КК), чи неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ч. 1 ст. 140 КК), є суспільно-небезпечне діяння. Наявність спільної ознаки у складах злочинів вимагає встановити характер співвідношення між ними. Порівняльний аналіз цих складів злочинів дає підстави для висновку, що у потенційно існуючому між ними співвідношенні таким, що передбачений нормою про ціле, є склад необережного вбивства, а нормою про частину – неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником чи незаконної лікувальної діяльності. Виходячи з наведених аргументів, незаконна лікувальна діяльність, чи неналежне виконання медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків, що спричинило смерть одного потерпілого (хворого) повинно кваліфікуватись як вбивство через необережність за ч. 1 ст. 119 КК.

Першим критерієм, за яким класифікують злочини проти життя (вбивства), передбачені в розділі II Особливої частини, є форма вини [23, с. 146]. Роль форми вини в розмежуванні складів злочинів, у яких єдиним, основним чи додатковим безпосереднім об'єктом є життя людини, неоднакова стосовно різних складів злочинів. Для складів злочинів з однаковою формою вини вона є спільною ознакою. Водночас форма вини є розмежувальною ознакою між умисними і необережними злочинами, що заподіюють смерть людини.

Серед складів злочинів, поміщених до розділу II Особливої частини КК, такими, суб'єктивна сторона яких характеризується умислом щодо наслідків у вигляді смерті людини, є лише „Умисне вбивство” (ч. 1 і 2 ст. 115 КК), „Умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання” (ст. 116 КК), „Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини” (ст. 117 КК), „Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця” (ст. 118 КК).

Злочини, передбачені статтями інших розділів Особливої частини, суб'єктивна сторона яких характеризується умисним відношенням винного до наслідків у вигляді смерті, які виступають ознакою основного чи кваліфікованого складу злочину перелічені у ч. 5 п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 7.02.2003 р. „Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи”, як такі, що охоплюються поняттям „раніше вчинене умисне вбивство”. До таких у цьому документі віднесено злочини, передбачені статтями: 112 „Посягання на життя державного діяча”, 348 „Посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця”, 379 „Посягання на життя судді, народного, засідателя чи присяжного”, 400 „Посягання на життя захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги”, ч. 4 ст. 404 „Опір начальникові або примушування його до порушення

службових обов'язків", ст. 443 „Посягання на життя представника іноземної держави” КК України. Проте наведений перелік не охоплює всіх злочинів, суб'єктивна сторона яких характеризується умисним ставленням до смерті людини. Виходячи з аналізу сукупності об'єктивних і суб'єктивних ознак, не можливо заперечувати, що суб'єктивна сторона кваліфікованих видів злочинів: „Терористичний акт” (ч. 3 ст. 258 КК), „Застосування зброї масового знищення” (ч. 2 ст. 439 КК), чи основного складу злочину „Геноцид” (ст. 442 КК) включає й умисне ставлення до наслідків у вигляді загибелі людей. Також диспозиція ч. 2 ст. 438 КК „Порушення законів і звичаїв війни” містить пряму вказівку на умисний характер цього злочину, що полягає у заподіянні смерті іншій людині.

Суб'єктивна сторона злочинів, передбачених усіма іншими статтями, як розділу II, так і інших розділів Особливої частини, до наслідків у вигляді смерті, що виступають ознакою основного чи кваліфікованого складу злочину, характеризується лише необережною формою вини.

З'ясувавши проблемні питання визначення змісту такої спільної ознаки досліджуваної групи складів злочинів як смерть людини, та розподіливши їх за формами вини, потрібно перейти до встановлення характеру співвідношення між відповідними складами злочинів та нормами, що їх закріплюють. Спершу встановимо характер співвідношення окремо: в межах групи умисних розглядуваних злочинів, та в межах групи, об'єднаної спільністю суспільно небезпечних наслідків у вигляді смерті людини та необережною формою вини щодо цих наслідків.

Склади злочинів, що мають спільні, тобто повністю чи частково збіжні за змістом ознаки, можуть співвідноситись як суміжні, або як такі, що передбачені конкуруючими нормами. Відмінність – у правилах кваліфікації. Характер співвідношення між відповідними складами злочинів встановлюється за такими критеріями: характером співвідношення норм, якими передбачені ці складі злочинів; характером співвідношення спільних ознак цих складів злочинів; характером співвідношення ознак, зміст яких не співпадає у складах злочинів, про які йдеться [7, с. 263–282].

Як відомо, норми про основний та кваліфікований складі умисного вбивства співвідносяться як загальна і спеціальна. Відповідно, норми, що є спеціальними відносно норми про кваліфікований склад умисного вбивства, є спеціальними й щодо норми, що містить основний склад умисного вбивства. Але ця залежність не справджується у оберненому порядку. Не у всіх ситуаціях, в яких є загальною норма про основний склад умисного вбивства, загальною є й норма про кваліфікований склад умисного вбивства.

Норми про умисні складі злочинів, де життя особи є основним або єдиним додатковим безпосереднім об'єктом, співвідносяться із загальною нормою про умисне вбивство (ч. 1 ст. 115 КК), як спеціальні. В цьому випадку конкуренція є повною. Це норми про складі злочинів, що передбачені статтями: 112, ч. 2 ст. 115, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, 443 КК та група норм про злочини, які прийнято називати умисними вбивствами з пом'якшуючими ознаками, що передбачені статтями: 116, 117, 118 КК.

Окремо потрібно розглянути особливості співвідношення названих складів злочинів, де життя особи є єдиним додатковим безпосереднім об'єктом, із кваліфікованим складом умисного вбивства (ч. 2 ст. 115 КК). Конкуренція норм про

ці склади злочинів, як загальної і спеціальної є частковою. З боку складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 115 КК, вона може мати місце лише в частині окремих кваліфікуючих ознак.

Так, ознаками, що визначають спеціальний характер норм про склади злочинів, що полягають в умисному заподіянні смерті іншій людині (ст. ст. 112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, 443 КК), у диспозиціях наведених статей Особливої частини КК названо потерпілого, зокрема його правовий і соціальний статус, та мотив. Відповідно, загальною відносно цих спеціальних норм є норма про кваліфікований склад умисного вбивства лише в частині ознаки, закріпленої у п. 8 ч. 2 ст. 115 КК, що в більш загальних рисах вказує на правовий та соціальний статус потерпілого: „особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку”. У названих спеціальних нормах зміст такої ознаки як потерпілий більш конкретизований порівняно зі змістом відповідної ознаки складу злочину, закріпленого у загальній нормі.

В частині тих кваліфікуючих ознак, що названі у п. п. 1, 2, 3, 4, 5, 12, 13 ч. 2 ст. 115 КК, норма про кваліфікований склад умисного вбивства може конкурувати з кожною з вищеназаних норм, передбачених ст. ст. 112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, 443 КК, як дві спеціальні з обтяжуючими ознаками. Ознаки, що визначають спеціальний характер кожної з потенційно конкурентних норм, хоч і характеризують різні якості вчиненого діяння, але є сумісними за змістом. З боку тих, що передбачені ст. ст. 112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, 443 КК, це потерпілий та мотив вчинення злочину. З боку ж кваліфікованого складу умисного вбивства це ті ознаки, що названі у наведених в цьому абзаці роботи пунктах ч. 2 ст. 115. Ці ознаки можуть бути одночасно властиві одному й тому самому реально вчиненому діянню. Наприклад, близький родич працівника правоохоронного органу (ст. 348 КК) водночас може бути малолітньою дитиною або жінкою, яка завідомо для винного перебуває у стані вагітності (п. 2 ч. 2 ст. 115 КК).

Виходячи із встановленого вище співвідношення, як потенційної конкуренції спеціальних норм з обтяжуючими ознаками, правила подолання якої відомі [21, с. 188], необґрунтованою вважаю позицію Пленуму Верховного Суду України щодо кваліфікації за сукупністю злочинів умисного вбивства осіб, які названі як потерпілі у ст. ст. 112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, 443 КК чи замаху на нього, вчинені за наявності ще й інших обтяжуючих ознак, передбачених ч. 2 ст. 115 КК [30, п. 12]. За такого різновиду конкуренції спеціальних норм між собою, пріоритет має ч. 2 ст. 115 КК, бо у неї суворіша санкція.

В частині тих кваліфікуючих ознак, що названі у п. п. 6, 7, 10, 11 ч. 2 ст. 115 КК, кваліфікований склад умисного вбивства є суміжним зі складами злочинів, закріплених у ст. ст. 112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, 443 КК. Розмежувальною ознакою в цьому випадку є мотив вчинення злочину. Поняття, що позначають мотив у кожному із названих кваліфікованих видів умисного вбивства перебувають у логічному співвідношенні диз'юнкції з поняттями, що позначають мотив у складах злочинів, закріплених у ст. ст. 112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, 443 КК. Вони об'єктивно не можуть поєднуватись у одному й тому самому злочині.

Склади злочинів, закріплені у ч. 3 ст. 258 КК та у ч. 2 ст. 439 КК, де життя особи є не єдиним додатковим об'єктом, у потенційній конкуренції кримінально-правових

норм можуть бути такими, що передбачені нормами про ціле як стосовно норми про основний склад умисного вбивства (ч. 1 ст. 115 КК), так і стосовно норми про кваліфікований склад цього злочину (п.1 ч.2 ст. 115; п. 5 ч. 2 ст. 115 КК). Суспільно небезпечні наслідки у цих складах злочинів охоплюють не лише шкоду життю, а й шкоду іншого характеру, що не належить до особистих благ людини. Суспільно небезпечні наслідки і потерпілий (індивідуально невизначене коло осіб) вказують на ширше, ніж в умисному вбивстві з обтяжуючими ознаками, коло об'єктів. Наприклад, терористичний акт, що призвів до загибелі людини можна відрізнити від умисного вбивства, вчиненого способом, небезпечним для життя багатьох осіб, за тим, що злочин, передбачений п. 5 ч. 2 ст. 115 КК спрямований на заподіяння шкоди конкретному потерпілому. Потерпілим же від злочину, передбаченого ч. 3 ст. 258 КК, як вказується у літературі, є індивідуально невизначене коло осіб.

Нормою про ціле стосовно основного і кваліфікованого складів умисного вбивства є й норма про геноцид (ч. 1 ст. 442 КК). Умисне вбивство тут виступає способом вчинення геноциду.

Що стосується співвідношення один з одним складів злочинів, що містяться у ст. ст. 112, 348, 379, 400, ч.4 ст. 404, 443 КК, то вони є суміжними складами злочинів. У більшості випадків законодавство України містить перепони для суміщення однією особою правового статусу, який характеризує кожного з потерпілих у названих складах злочинів. Наприклад, одна й та сама особа не може поєднувати звання Президента України, який названий серед потерпілих у складі посягання на життя державного чи громадського діяча (ст. 112 КК) і представника іноземної держави, посягання на життя якого карається за ст. 443 КК. Правовий статус потерпілого є розмежувальною ознакою у названих складах злочинів. Ще однією розмежувальною ознакою аналізованих складів злочинів є мотив вчинення злочину – злочин вчиняється у зв'язку з відповідною професійною діяльністю потерпілого. І навіть у тих окремих випадках, коли правовий статус потерпілого виступає спільною ознакою наведених складів злочинів, наприклад, Генеральний прокурор України (ст. 112 КК) і працівник правоохоронного органу (ст. 348 КК); голова чи суддя Верховного Суду України, або вищих спеціалізованих судів України (ст. 112 КК) і суддя (ст. 379 КК), розмежування можливе за мотивом вчинення злочину. Посягання на життя названих потерпілих, передбачене ст. 112 КК, вчиняється у зв'язку з їх державною діяльністю. Посягання на життя працівника правоохоронного органу (ст. 348 КК) вчиняється у зв'язку з виконанням цим працівником службових обов'язків; посягання на життя судді (ст. 379 КК) вчиняється у зв'язку з діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя. Саме несумісність змісту ознак, за якими відрізняються ці складі злочинів, дає підстави вважати ці ознаки розмежувальними, а складі злочинів відносити до суміжних.

Умисні вбивства з пом'якшуючими ознаками (ст. ст. 116, 117, 118 КК) і умисні вбивства з обтяжуючими ознаками (ч. 2 ст. 115 КК) є складами злочинів, що передбачені нормами, які можуть конкурувати як спеціальні, одна з яких містить склад злочину з пом'якшуючими ознаками, інша – з обтяжуючими. Правило подолання цього виду конкуренції продемонстроване, наприклад, у абз. 3 п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України „Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи” від 7 лютого 2003 р., де сказано: „Умисне

вбивство, вчинене у стані сильного душевного хвилювання (ст. 116 КК) або матір'ю своєї новонародженої дитини (ст. 117 КК), або при перевищенні меж необхідної оборони чи в разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця (ст. 118 КК), кваліфікується тільки за цими статтями КК, навіть якщо воно мало ознаки особливої жорстокості”.

Конкуренцією спеціальних норм, але з пом'якшуючими ознаками, може бути співвідношення норм, закріплених у ст. 116 і у ст. 118 КК. Склад злочину, закріплений у ст. 117 КК є суміжним відносно них. Адже не може бути новонароджена дитина особою, яка протизаконним насильством, систематичним знущанням або тяжкою образою викликала у винного стан сильного душевного хвилювання, чи особою, проти діяння якої у іншої особи виникає право на необхідну оборону.

Визначивши типи співвідношення у групі складів злочинів, спільними ознаками яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді смерті людини і умисна форма вини, що характеризує ставлення до цих наслідків, потрібно перейти до встановлення співвідношення в межах групи необережних злочинів, що заподіюють смерть людині.

Спеціальними відносно загальної норми про вбивство через необережність (ст. 119 КК) є норми, де у складах закріплених у них злочинів життя особи виступає додатковим об'єктом, єдиним або в альтернативі з іншими особистими благами людини (здоров'ям...). Для цих складів злочинів властивою є однакова (необережна) форма вини, що характеризує суб'єктивне ставлення до всіх альтернативних наслідків. Це має місце, як у тих випадках, коли смерть як обов'язкова ознака складу злочину у диспозиції відповідної статті (частини статті) Особливої частини КК названа прямо, так і тоді, коли вона охоплюється поняттями „тяжкі наслідки”, „інші тяжкі наслідки”, „особливо тяжкі наслідки”, що є можливим за умови, що санкція цієї статті (частини статті) Особливої частини КК є суворішою за санкцію відповідних частин статті про вбивство через необережність (ст. 119 КК). Це склади злочинів, передбачені статтями розділу II Особливої частини КК (ч. 4 ст. 127; ч. 2 ст. 134; ч. 3 ст. 135; ч. 3 ст. 136; ч. 2 ст. 139; ч. 1 ст. 141 КК) та інших розділів Особливої частини КК, наприклад: „Злочини проти волі, честі та гідності особи” (ч. 3 ст. 146; ч. 2 ст. 147; ч. 3 ст. 149 КК), „Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту” (ч. 2 ст. 286; ст. 287; ст. 288 КК), „Злочини проти безпеки виробництва” (ч. 2 ст. 271; ч. 2 ст. 272; ч. 2 ст. 273; ч. 2 ст. 274; ч. 2 ст. 275 КК).

Норма про вбивство через необережність (ст. 119 КК) є нормою про частину відносно норми про умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121 КК).

Норми, що містять склади злочинів, де життя особи є одним з альтернативних додаткових безпосередніх об'єктів поряд з іншими суспільними відносинами, що формуються довкола блага, яке не є особистим благом людини, є нормами про ціле відносно норми про вбивство через необережність. Наприклад, злочини проти довкілля (ч. 2 ст. 242, ч. 2 ст. 243 КК).

Наявність усіх спільних ознак, крім однієї – форми вини, обумовлює потребу визначити, яке співвідношення існує між основним складом умисного вбивства (ч. 1 ст. 115 КК) та складом вбивства через необережність (ч. 1 ст. 119 КК). Власне, ця пара

складів злочинів є класичним прикладом [18, с. 215] суміжних складів злочинів. Розмежувальною ознакою між ними є форма вини. Умисел і необережність – поняття, що перебувають у логічному співвідношенні диз'юнкції. Їхнє співвідношення має взаємовиключний характер. Вони не можуть одночасно характеризувати суб'єктивну сторону одного й того ж злочину – вчиненого в один час одним суб'єктом щодо одного й того самого потерпілого. Конкретне, вчинене у реальній дійсності посягання ніколи не може одночасно характеризуватись обома такими ознаками. Проте, одним діянням можна заподіяти смерть двом особам, до смерті однієї з яких ставлячись умисно, а іншої – необережно. Тому ідеальна сукупність таких злочинів – можлива. Але це буде вже не один, а два різних злочини.

Суміжними зі складом умисного вбивства є всі склади злочинів, передбачені нормами, що є спеціальними відносно загальної норми про вбивство через необережність, а також тими, у співвідношенні з якими норма про вбивство через необережність є нормою про частину. Також суміжними зі складом вбивства через необережність є всі склади злочинів, у співвідношенні з якими склад умисного вбивства є таким, що передбачений загальною нормою, чи нормою про частину¹. Розмежувальною ознакою у цих випадках є також форма вини. Логічним продовженням сказаного є висновок про те, що якщо під час встановлення фактичних обставин справи буде доведена наявність умислу на заподіяння смерті людині, то у версію кримінально-правової кваліфікації склади злочинів, для яких властивим є необережне ставлення винного до наслідків у вигляді смерті людини, включатись не повинні. Суперечливий підхід з приводу розмежування умисних і необережних злочинів, що мають своїм наслідком смерть людини, демонструє С.В. Бородін. Розглядаючи розмежування умисного вбивства від окремих транспортних злочинів, цей вчений вказував, що якщо встановлено, що заподіяння смерті охоплювалося умислом винного, то його дії повинні оцінюватись як вбивство як з прямим, так і з непрямим умислом. За наявності прямого умислу транспортні засоби можуть виступати й, відповідно, повинні визнаватись знаряддям вчинення злочину [6, с. 323]. Наведені міркування цього автора відповідають принципам кримінально-правової кваліфікації. Пропозиції ж кваліфікувати за сукупністю статей про один із злочинів проти безпеки виробництва і умисне вбивство діянь, що охоплюються об'єктивною стороною злочинів проти безпеки виробництва, які були вчинені з метою вбивства [6, с. 331–332], не узгоджуються з принципами кримінально-правової кваліфікації. Зокрема, суперечать принципу „non bis in idem”. Безпека виробництва є різновидом громадської безпеки – відносин, які спрямовані на забезпечення загальної безпеки. Ознаки потерпілого у цих складах злочинів не пов'язані з індивідуальними характеристиками конкретної особи. Як зауважив В.П. Тихий, „на відміну від злочинів проти життя та здоров'я особи, які посягають на конкретних (як правило, індивідуально визначених) осіб, злочини проти громадської безпеки є злочинами проти суспільства, вони посягають на загальну безпеку, безпеку життя і здоров'я невизначеного кола осіб...” [35, с. 35–38]. Тому, якщо особа, маючи умисел на вбивство конкретної людини, вчиняє його шляхом порушення правил, що забезпечують безпеку виробництва чи інший різновид

¹ Обґрунтування див. [8, с. 245–248].

громадської безпеки і це порушення створювало небезпеку для життя інших – сторонніх щодо конфлікту осіб, то вчинене має кваліфікуватись за п. 5 ч. 2 ст. 115 КК, як умисне вбивство, вчинене способом небезпечним для життя багатьох осіб. Якщо сторонні особи при цьому загинули, то ще й за п. 1 ч. 2 ст. 115 КК.

Також суміжним зі складом вбивства через необережність (ст. 119 КК) є склад доведення до самогубства (ст. 120 КК). Слід погодитись з Н.М. Ярмиш, що крім наслідків у вигляді смерті людини спільною ознакою цих складів злочинів є необережна форма вини [39, с. 114–118]. Розмежувальною – суспільно небезпечне діяння. На відміну від вбивства через необережність, діяння у складі доведення до самогубства не є тим, що безпосередньо заподіює смерть людині.

Як уже було сказано вище, доцільність виявлення типу співвідношення між складами злочинів, що мають спільні ознаки, полягає в тому, що він визначає вибір правил кваліфікації, котрі застосовуються для кримінально-правової оцінки вчиненого.

Подолання конкуренції кримінально-правових норм незалежно від конкретного випадку і тих конкретних норм, співвідношення між якими потрібно вирішити, відбувається за правилом: пріоритет має спеціальна норма над загальною, і норма про „ціле” над нормою про „частину”. Правила подолання конкуренції кількох спеціальних норм встановлені залежно від різновиду такої конкуренції [21, с. 188].

Думаю, що цей висновок не суперечить позиції О.К. Маріна, який вважаючи, що „наявність у кримінальному законі кількох норм з одним предметом регулювання є не конкуренцією правових норм, а лише передумовою її виникнення”, стверджував про відсутність пріоритету на застосування будь-якої з норм, поки не буде встановлено вчинення одного суспільно-небезпечного посягання [21, с. 46–47]. Очевидно, що цей автор правий у тому, що поки не почалося застосування кримінального закону до визначеного випадку, відсутній пріоритет якоїсь конкретної норми. Але абстрактний пріоритет спеціальної норми над загальною, цілого над частиною має місце завжди. Яка ж із конкретних конкуруючих норм буде застосовуватися, залежить від її ролі у конкуренції в конкретному випадку.

Проілюструвати сказане можна на співвідношенні складів злочинів, об’єктивна сторона яких полягає у заподіянні смерті іншій людині. Як уже говорилося, норма про умисне вбивство особи чи її близького родича у зв’язку з виконанням цією особою службового або громадського обов’язку (п. 8 ч. 2 ст. 115 КК) є загальною відносно норми про посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця (ст. 348 КК). У разі конкуренції – вбивства або замаху на вбивство, наприклад, працівника правоохоронного органу у зв’язку з виконанням ним службових обов’язків, пріоритет на застосування, як спеціальна, має норма, закріплена у ст. 348 КК. В іншій гіпотетичній ситуації – коли працівника правоохоронного органу було захоплено як заручника, а потім умисно вбито, пріоритети у кваліфікації змінюються. У Особливій частині КК є дві статті, що встановлюють відповідальність за захоплення заручників. Це ст. 147 КК і ст. 349 КК. Норма, що міститься у ст. 349 КК „Захоплення представника влади або

працівника правоохоронного органу як заручника” в цьому випадку є спеціальною стосовно норми, закріпленої у ст. 147 КК „Захоплення заручників”, а тому застосовуватись у кваліфікації повинна саме ст. 349 КК. Умисне вбивство працівника правоохоронного органу, який до того ж є заручником охоплюється ознаками як складу злочину, передбаченого п. 3 ч. 2 ст. 115 КК, так і ст. 348 КК „Посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця”. Ці норми співвідносяться між собою, як дві спеціальні з обтяжуючими ознаками. Спеціальний характер цих норм визначається статусом потерпілого, який в одному випадку (ст. 348 КК) визначений законодавцем за допомогою вказівки на певний різновид службової особи, в другому (п. 3 ч. 2 ст. 115 КК) – конкретизований відносно вчиненого щодо цього потерпілого діяння. Перевагу у кваліфікації за такого різновиду конкуренції спеціальних норм має норма, у якій суворіша санкція [21, с. 188]. Тому у формулі кваліфікації повинен фігурувати п. 3 ч. 2 ст. 115 КК. Таким чином, дії особи, яка вчинила захоплення працівника правоохоронного органу як заручника, а потім його умисне вбивство, за наявності усіх необхідних обставин справи, має кваліфікуватися як сукупність злочинів: за ст. 349 КК України „Захоплення представника влади або працівника правоохоронного органу як заручника”; за п. 3 ч. 2 ст. 115 КК України – умисне вбивство заручника.

Таких заздалегідь встановлених переваг не має жодна з норм, що передбачають суміжні склади злочинів. Яка з цих норм буде застосовуватися, вирішується у кожному конкретному випадку правозастосування залежно від того, наявність якої з розмежувальних ознак буде констатована в цьому випадку. Так, теоретичне розмежування таких суміжних складів злочинів як умисне вбивство і вбивство через необережність не становить жодних труднощів. Зміст їхніх розмежувальних ознак загальновідомий. Це дало підстави окремим авторам стверджувати, що розмежування умисного вбивства і вбивства через необережність не становить жодних труднощів [3, с. 132]. Інші автори справедливо констатують наявність у практиці правозастосування великої кількості помилок, пов’язаних саме з встановленням форми вини у тому чи іншому випадку заподіяння смерті особі [6, с. 312; 27, с. 7; 36, с. 337]. Критерії і способи виявлення того, яка з форм вини мала місце в кожному випадку заподіяння смерті достатньо повно проаналізовані у кримінально-правовій літературі [6, 312–332; 13, с. 106–121; 34, 16–18; 39, с. 114–118]. Тому немає потреби на них зупинятись у цій роботі.

Висновки. Системний підхід до аналізу складів злочинів, ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді смерті людини, показує, що можливим є вироблення алгоритму кримінально-правової кваліфікації цих злочинів за умови вдосконалення і уніфікації термінів, що позначають відповідні ознаки складів злочинів.

1. *Байда А. О.* Відповідальність за незаконну лікувальну діяльність за КК України (аналіз складу злочину, питання кваліфікації): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. — Харків, 2006. — 20 с.
2. *Байлов А. В.* Кримінальна відповідальність за посягання на життя та здоров'я особи, вчинені в стані сильного душевного хвилювання: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. — Харків, 2004. — 19 с.
3. *Благов Е. В.* Применение уголовного права (теория и практика) / Е. В. Благов. — СПб.: Юридический центр Пресс. — 2004. — 505 с.
4. *Блауберг И. В.* Системный подход в современной науке / И. В. Блауберг, В. Н. Садовский, Э. Г. Юдин // Проблемы методологии системного исследования. М.: Мысль, 1970. — С. 7—48.
5. *Борисов В. И.* Преступления против жизни и здоровья: вопросы квалификации / В. И. Борисов, В. Н. Куц. — Харьков: Консум, 1995. — 104 с.
6. *Бородин С. В.* Преступления против жизни / С. В. Бородин. — М.: Юрист, 2000. — 356 с.
7. *Брич Л. П.* Співвідношення суміжних складів злочинів і складів злочинів, передбачених конкуруючими нормами / Л. П. Брич // Вісн. Львів. ун-ту. Сер. юрид. — Вип. 42. — 2006. — С. 263—282.
8. *Брич Л.* Про кількість розмежувальних ознак у суміжних складах злочинів / Л. Брич // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матер. XIV регіон. наук.-практ. конф. 6 лютого 2008 р. — Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2008. — С. 245—248.
9. *Бурдін В. М.* До питання граматичного тлумачення окремих термінів КК України / В. М. Бурдін // Актуальні проблеми кримінального та кримінально-процесуального законодавства та практики його застосування: зб. тез доповідей Регіонального круглого столу (21—22 лютого 2003 р.). — Хмельницький, 2003. — С. 31—35.
10. *Гізімчук С. В.* Кримінальна відповідальність за порушення правил, норм та стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху (ст. 2155 КК України) / С. В. Гізімчук. — Харків. — 16 с.
11. *Горб Н. О.* Наруга над могилою: кримінально-правовий та кримінологічний аналіз / Н. О. Горб. — Київ. — 2005. — 16 с.
12. *Гороховська О. В.* Кримінальна відповідальність за вбивство через необережність: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького, 2002. — 16 с.
13. *Гороховська О. В.* Вбивство через необережність: проблеми кримінальної відповідальності / О. В. Гороховська. — Київ: Вид. Паливода А.В., 2007. — С. 106—121.— 180 с..
14. *Денькович О. І.* Деякі проблеми позначення наслідку у вигляді смерті у Кримінальному кодексі України / О. І. Денькович // Vivat justitia! Міжнародний студентський науково-юридичний альманах. вип. 7. — Львів: юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2007. — С. 93—98.

15. Кримінальне право України. Особлива частина : підручн. для студентів юрид. вузів та факультетів / [за ред. проф. П. С. Матишевського, С. С. Яценка, доц. П. П. Андрушка]. — Київ : Юрінком Інтер, 1999. — 896 с.
16. Кримінальне право України. Особлива частина : підручн. / [Ю. В. Александров, О. О. Дудоров, В. А. Клименко та ін.]. — [вид. 2-ге, переробл. та допов. / за ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка]. — К. : Атіка, 2008. — 712 с.
17. Кримінальне право України. Особлива частина / [за ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація]. — Київ-Харків : Юрінком Інтер — Право, 2002. — 494 с.
18. *Кудрявцев В. Н.* Общая теория квалификации преступлений / В. Н. Кудрявцев. — Москва : ЮРИСТЪ. — 1999. — 304 с.
19. *Литвин О. П.* Злочини проти життя : навч. посібн. / О. П. Литвин. — Київ : Вид-во Європ. Ун-ту, 2002. — 232 с.
20. *Мамчур В. М.* Кримінальна відповідальність за умисне вбивство особи або її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд.юрид.наук. — Київ, 2002. — 20 с.
21. *Марін О. К.* Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм / О. К. Марін. — Київ : Атіка. — 2003. — 224 с.
22. *Навроцький В. О.* Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації / В. О. Навроцький. — Київ : Атіка, 1999. — 464 с.
23. *Навроцький В. О.* Кримінальне право України. Особлива частина. Курс лекцій / В. О. Навроцький. — К. : Т-во „Знання”, КОО, 2000. — 771 с.
24. *Навроцький В. О.* „Загибель людей” як вид злочинних наслідків : проблеми встановлення змісту та кваліфікації / В. О. Навроцький // Кримінально-правова охорона життя та здоров'я особи : матер. наук.-практ. конф. [Харків] 22—23 квітня 2004 р. — К.-Х. : Юрінком Інтер, 2004. — 260 с. — С. 44—47.
25. Науково-практичний коментар до Кримінального-кодексу України. — [4-те вид., переробл. та доповн. /за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка]. — К. : Атіка, 2007. — 1184 с.
26. Науково-практичний коментар до Кримінального-кодексу України. — [4-те вид., переробл. та доповн. / відп. ред. С. С. Яценко]. — К. : А.С.К., 2005. — 848 с.
27. *Остапенко Л. А.* Кримінально-правова характеристика умисних вбивств при пом'якшуючих обставинах (статті 116, 117, 118 КК України) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. — Київ : Київ. Ун-т ім. Т. Шевченка, 2003. — С. 7. (16 с.)
28. Про судову практику у справах про звалтування та інші статеві злочини : постанова Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р.
29. Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень : постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 грудня 2003 р.
30. Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи : постанова Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 р.
31. Про судову практику в справах про злочини, пов'язані з порушенням режиму відбування покарання в місцях позбавлення волі : постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 березня 1993 р.

32. Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довілля : постанова Пленуму Верховного Суду України від 10 грудня 2004 р.
33. Системность в уголовном праве. Материалы Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая — 1 июня 2007 г. — М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. — 576 с.
34. *Сташис В. В.* Уголовно-правовая охрана личности / В. В. Сташис, М. И. Бажанов. — Харьков : Вища школа, 1976. — 220 с.
35. *Тихий В. П.* Злочини проти життя і здоров'я особи та проти громадської безпеки : проблеми розмежування та кваліфікації / В. П. Тихий // Кримінально-правова охорона життя та здоров'я особи : матер. наук.-практ. конф. [Харків] 22—23 квітня 2004 р. — К.-Х. : Юрінком Інтер, 2004. — 260 с.
36. Уголовное право России : учеб. для вузов в 2-х т. / [отв. ред. — д-р юрид. наук, проф. А. Н. Игнатов, д-р юрид. наук, проф. Ю. А. Красиков]. — М. : НОРМА — ИНФРА-М., 1997. — Т. 1. : Общая часть — С. 337 (639 с.)
37. *Хавронюк М. І.* Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України / М. І. Хавронюк. — Київ : Істина, 2004. — 504 с. — С. 59—60.
38. *Черданцев А. Ф.* Системообразующие связи права / А. Ф. Черданцев // Советское государство и право. — 1974. — № 8. — С. 10—17.
39. *Ярмиш Н. М.* Проблеми відмежування вбивства від деяких суміжних злочинів / Н. М. Ярмиш // Вісн. Націон. ун-ту внутр. справ. — Харків. — 2005. — Вип. 29. — С. 114—118.

**DIFFERENTIATION OF THE BODIES OF CRIMES
THE COMMON FEATURE OF WHICH LIES IN THE SOCIALLY
DANGEROUS CONSEQUENCES OF HUMAN'S DEATH**

L. Brych

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The author clarifies the regularities, that characterize the correlation of bodies of crimes, the common feature of which lies in the socially dangerous consequences of human's death, and that determine the selection of the criminal qualification rules.

Key words: socially dangerous consequences, human's death, common features.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ НЕПЕРЕБОРНОЇ СИЛИ

В. Бурдін

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті проаналізовано поняття непереборної сили, розглянено різні явища, які належать до цього поняття. Запропоновано закріпити поняття непереборної сили та її кримінально-правове значення.

Ключові слова: злочин, неосудність, непереборна сила

Незважаючи на законодавчий підхід до причин неосудності, більшість вчених все ж таки визнають, що впливати на можливість особи забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою можуть не лише різні психічні розлади, але й інші чинники. Водночас, визначення причин неосудності, яке подане в ч. 2 ст. 19 КК України, не дає змоги врахувати вплив різних чинників, окрім психічних розладів, на інтелектуально-вольову діяльність особи. Нам видається, що цим, зокрема, зумовлене те, що розуміння окремих ознак складу злочину наповнюється психологічним змістом. Саме таке їхнє трактування і дозволяє згодом врахувати, але вже не в межах вирішення питання про осудність чи неосудність особи, а в межах вирішення питання про наявність чи відсутність інших ознак складу злочину вплив різних обставин на можливість особи забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою. Саме так відбувається вирішення питання про кримінальну відповідальність особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння під впливом непереборної сили. Зазвичай вплив непереборної сили на інтелектуально-вольову діяльність особи пропонують брати до уваги під час вирішення питання про наявність такої ознаки об'єктивної сторони складу злочину, як діяння. Діяння як ознаку об'єктивної сторони складу злочину розглядають не лише як зовнішній вираз активної чи пасивної поведінки людини, а зазначають при цьому про свідомо-вольовий характер діяння у кримінально-правовому розумінні [1, с. 13, 71, 87; 2, с. 52–53; 3, с. 50; 4, с. 25; 5, с. 42]. Інакше кажучи, якщо унаслідок непереборної сили особа втратила можливість забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, формально особу не можна визнати неосудною, але з огляду на викладене, в таких випадках можна стверджувати про відсутність діяння в кримінально-правовому значенні цього поняття.

Водночас у науковій літературі трапляється позиція, що неможливість притягнення до кримінальної відповідальності особи з огляду на відсутність у неї можливості забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою повинна пов'язуватися не з вадами діяння, а з суб'єктивними ознаками складу злочину. Адже діяння як об'єктивований вираз поведінки особи залишається діянням незалежно від того, чи задіяні були воля та свідомість особи [6, с. 252–253, 256]. На наш погляд, такий підхід до розуміння діяння як однієї із ознак об'єктивної сторони складу злочину є цілком обґрунтованим. На користь цієї позиції можна навести такі аргументи:

- по-перше, розуміння діяння лише як свідомо-вольової поведінки особи створює непотрібне дублювання одних і тих самих ознак у межах різних

елементів складу злочину. Адже про можливість особи забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою свідчить така ознака складу злочину, як осудність;

- по-друге, за такого розуміння діяння фактично відбувається змішування суб'єктивних та об'єктивних ознак складу злочину, чим ламається сама система згрупування ознак у різні елементи складу злочину;
- по-третє, вказівка на свідомо-вольовий характер діяння ставить під сумнів необхідність існування таких кримінально-правових понять, як неосудність та вік, з якого може на ставати кримінальна відповідальність. Адже і у випадку недосягнення особою віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність і випадку неможливості особи забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою внаслідок психічного розладу потрібно було б ставити питання про відсутність діяння;
- по-четверте, сам законодавець у чинному КК України розмежує суб'єктивні та об'єктивні ознаки поняття злочину та складу злочину. Зокрема, в ч. 1 ст. 11 КК України серед ознак поняття злочину окремо вказано на діяння як його об'єктивну ознаку та винність і суб'єкта злочину як на суб'єктивні ознаки цього поняття. Із змісту ч. 2 ст. 19, ст. 23 КК України також зрозуміло, що законодавець чітко розмежує суб'єктивні та об'єктивні ознаки складу злочину.

З огляду на викладене нам видається, що потрібно погодитися з тими вченими, які пропонують вирішувати питання про вплив різного роду чинників на інтелектуально-вольову діяльність особи в межах суб'єктивних ознак складу злочину [7, с. 149; 6, с. 256]. При цьому, на наш погляд, доцільно ще раз звернути увагу на проблему законодавчого обмеження причин неосудності. Очевидно, що на сьогодні законодавчий підхід до причин неосудності не дає підстави повністю взяти до уваги вплив різних чинників на інтелектуально-вольову діяльність особи. Проте заповнювати цю законодавчу прогалину потрібно шляхом внесення відповідних змін до КК України, а не штучно через розширене тлумачення окремих ознак об'єктивної сторони складу злочину, коли ці ознаки наповнюються невластивим їм психологічним змістом. Оскільки вплив соціальних та природних чинників, які можна розглядати як прояви непереборної сили, може зводити нанівець свідомо-вольовий контроль особи за своєю поведінкою, на нашу думку, непереборну силу можна зачислити до причин неосудності. Звісно, що ця пропозиція на сьогодні можна розглядати лише з позицій *de lege ferenda*.

Витоки поняття “непереборна сила” побачимо ще у римському праві. Вже тоді непереборну силу, яку позначали термінами “*vis major*”, “*damnum fatale*”, визнавали однією з підстав, яка унеможлилювала відповідальність за заподіяння шкоди [8, с. 51]. Варто погодитися з О.О. Красавчиковим, який вважає, що поняття непереборної сили є загальноправовим поняттям, яке використовується в різних галузях права на позначення однієї з підстав, що унеможлилює відповідальність [9, с. 179]. Потрібно зазначити, що розвивали та активно досліджували це поняття здебільшого в межах цивільного права. Що ж стосується інших галузей права, зокрема кримінального, то, використовуючи це поняття на позначення однієї з обставин, що унеможливають кримінальну відповідальність, вчені, зазвичай, використовують

визначення, яке подане у цивільному законодавстві, або ж взагалі уникають його визначення, обмежуючись конкретним прикладами обставин, які вважають непереборною силою. У кримінально-правовій науці немає спеціальних досліджень, присвячених кримінально-правовому значенню непереборної сили. Такий стан речей, на думку Г.В. Тимейко, зумовлений насамперед тим, що питання про кримінально-правове значення непереборної сили постає вкрай рідко і торкається, зазвичай, невиконання особою покладеного на неї обов'язку внаслідок непереборних перешкод, які виникли у сфері діяльності цієї особи поза її волю [10, с. 210–211].

Окремі вчені, як вже було зазначено, не пропонуючи визначення поняття непереборної сили, намагаються відтворити суть цього явища на конкретних прикладах. Зокрема, в окремих підручниках з кримінального права під непереборною силою пропонують розуміти такий вплив сил природи, механізмів, устаткування, людей, звірів, інших об'єктивних чинників, через які особа позбавляється можливості діяти як належить відповідно до своєї волі і свідомості (хвороба, стихійне лихо тощо). Наприклад, призовник не підлягатиме кримінальній відповідальності за ухилення від призову, якщо з'явиться для проходження військової служби йому перешкодило тяжке захворювання [2, с. 53; 11, с. 92]. Іноді науковці взагалі обмежуються одним прикладом, без жодних додаткових пояснень, вважаючи, що цього цілком достатньо для розуміння суті такого явища, як непереборна сила. Наводять приклад ситуації, коли повинь перешкодив особі вчасно прибути для проходження військової служби [12, с. 20].

На думку А.А. Тер-Акопова, діяння особи втрачають вольовий характер, якщо вони були вчинені під впливом непереборної сили. Що саме треба розуміти під непереборною силою, він не пояснює, натомість наводить окремі її приклади. Так, проявом непереборної сили вважає він ситуацію, коли водій допустив зіткнення із зустрічним транспортним засобом унаслідок несправності керма, що сталося через заводський брак. Крадіжку продуктів харчування особою, яка страждає від голоду, він також зачислює до проявів непереборної сили. Виключатимуть кримінальну відповідальність військовослужбовця за ухилення від проходження військової служби, на його думку, у разі таких обставин, як припинення роботи транспорту, стихійне лихо або тяжка хвороба, що перешкодили йому вчасно повернутися до місця служби з відпустки [13, с. 48].

В окремих випадках вчені використовують поняття непереборної сили, яке подане у цивільному законодавстві, і, доповнюючи його конкретними прикладами, також наочно намагаються показати суть цього явища в кримінальному праві. Зміст поняття при цьому зазвичай не аналізується, а основну увагу знову ж таки звертають на конкретні приклади. При цьому непереборну силу розглядають як надзвичайну і нездоланну у цих умовах обставину, до якої належать явища природи, технічні механізми, хвороби тощо. Як правило, зазначено, що у діянні, вчиненому під впливом непереборної сили, немає волі особи, а отже немає і самого діяння у кримінально-правовому розумінні. Наведено конкретні приклади дії непереборної сили. Наприклад, вважається, що не підлягатиме кримінальній відповідальності за бездіяльність за ст. 139 КК України лікар, який не міг з'явитися до хворого і надати йому медичну допомогу внаслідок повені, землетрусу або аварії автомобіля швидкої

допомоги. Так само не підлягає кримінальній відповідальності особа і за дії, які вона виконала внаслідок непереборної сили. Наприклад, під час зіткнення тролейбуса з вантажним автомобілем особу було викинуто з кузова автомашини і під час падіння вона збила іншу людину, спричинивши їй тілесні ушкодження [14, с. 122; 4, с. 28; 15, с. 74–75, 105; 16, с. 131–132].

На думку А.В. Наумова, немає кримінально-правового значення пасивна поведінка людини, яка була допущена нею під впливом непереборної сили природи. При цьому під непереборною силою він розуміє такий вплив об'єктивних чинників (стихійних сил природи, тварин, хворобливих процесів), унаслідок дії яких людина втрачає можливість фактично діяти. Непереборна сила унеможливує кримінальну відповідальність тому, що особа не в стані подолати перешкоди на шляху до виконання обов'язку вчинити дію, який на неї покладено. Поняття непереборної сили, вважає він, не є абсолютно незмінним. Конкретне вирішення питання про те, чи є за даних умов непереборна сила, залежить від визначення кола обов'язків, покладених на особу, і тих вимог, які висунені до неї в конкретній ситуації. Наприклад, пожежа є непереборною силою для звичайної особи, з огляду на що ця особа не підлягатиме кримінальній відповідальності за залишення людини у палаючому будинку. Водночас, для пожежника ця обставина не є підставою для виключення кримінальної відповідальності. Якщо надати допомогу хворому перешкодив розлив річки, то для лікаря, який їхав на виклик, це може мати значення непереборної сили. Проте вже для військовослужбовця ця обставина не буде вважатися непереборною силою з огляду на те, що він зобов'язаний долати будь-які перешкоди, які виникають на його шляху до виконання бойового наказу (навіть з ризиком для свого життя) [17, с. 191].

На нашу думку, вирішення питання про зміст поняття непереборної сили, яке позначає одну з причин неосудності, не може відбуватися винятково шляхом наведення окремих прикладів дії різних обставин, які вчені пропонують вважати непереборною силою. Очевидно, що ця проблема потребує системного підходу, коли для визначення його змісту будуть використані різні методи наукового пізнання. З погляду правил формальної логіки, які стосуються виведення понять, для вирішення питання про зміст поняття “непереборна сила”, необхідно проаналізувати ті явища, які неминуче впливають на інтелектуально-вольову діяльність людини і виявити у них спільні ознаки, що характеризують неминучість цього впливу на особу. Саме ці ознаки і повинні формувати зміст цього поняття. Враховуючи те, що поняття непереборної сили досить активно розробляли в межах цивілістичної правової науки, є всі підстави щоб не починати дослідження цього поняття у кримінальному праві так би мовити з “чистого листа”, звернутися до визначення поняття непереборної сили, як воно подається в цивільному праві.

У п. 1 ч. 1 ст. 263 ЦК України непереборну силу визначено як надзвичайну або невідворотну за цих умов подію [18]. Отже, на підставі цього законодавчого визначення можна зробити висновок, що поняття непереборної сили вміщує дві ознаки – надзвичайність та невідворотність. Водночас у науковій літературі ці ознаки тлумачать по-різному, неоднозначно вирішується питання і про їхнє співвідношення, крім того, окремі вчені вважають, що цих ознак недостатньо для повного визначення поняття непереборної сили.

Передусім, зазначимо, що визначення цього поняття в попередньому ЦК УРСР 1963 р. було іншим, ніж в чинному ЦК України, незважаючи на те, що формулювання його ознак було таке ж саме. Річ у тому, що в п. 1 ч. 1 ст. 78 ЦК УРСР непереборна сила визначалася як надзвичайна і невідворотна за цих умов подія. Тобто між зазначеними ознаками стояв сполучник “і”, що давало підстави зробити висновок про те, що для того, щоб певне явище можна було вважати непереборною силою, воно одночасно мало бути і надзвичайним, і невідворотним за своїм характером. У п. 1 ч. 1 ст. 263 ЦК України між цими ознаками вже стоїть розділовий сполучник “або”, що суттєво змінює розуміння поняття непереборної сили. Окремі науковці підтримують позицію щодо розуміння поняття непереборної сили, яка була закріплена в ЦК УРСР 1963 р., вважаючи, що певні явища можна вважати проявами непереборної сили лише за умови, що вони були надзвичайними і невідворотними за своїм характером [19, с. 196; 8, с. 75; 20, с. 12; 21, с. 15–16].

На наш погляд, така ознака, як “надзвичайність”, сама собою навряд чи може відтворити суть тих явищ, які можна вважати непереборною силою. Насамперед це пов’язано з тим, що цей термін відповідно до його етимологічного значення позначає ті явища, які є незвичними для загального порядку речей у природі та суспільстві, які трапляються вкрай рідко. Як зазначає Л.М. Баранова, надзвичайність явищ може виявлятися у різних аспектах. На її думку, це як правило, стихійні явища, що мають велику потужність та руйнівну силу, але у деяких випадках надзвичайність полягає в нечастоті виникнення тієї чи іншої події, сильному первісному імпульсі або масштабності [20, с. 12]. Водночас таке термінологічне позначення цієї ознаки не дає змоги зрозуміти, чому саме певні явища, які розглядають як непереборну силу, можуть мати властивості неминучого впливу на інтелектуально-вольову діяльність особи і в окремих випадках унеможливають забезпечення свідомо-вольового контролю за своєю поведінкою. Адже в суспільстві та природі є безліч різних явищ, які виникають вкрай рідко, з огляду на що їх можна вважати надзвичайними, проте їхнє існування жодним чином не може вплинути на свідомо-вольову діяльність особи. На нашу думку, вирішуючи питання про те, які саме ознаки різних явищ повинні належати до поняття непереборної сили, необхідно звертати увагу лише на ті властивості цих явищ, які дають змогу визначити, чому ці явища можуть мати характер неминучого впливу на інтелектуально-вольову діяльність особи. Всі інші ознаки є несуттєвими для цього поняття і з погляду правил формальної логіки не мають бути включені до його змісту. Окремі вчені намагаються запропонувати розуміння цієї ознаки у ширшому значенні. При цьому зазначено, що як надзвичайні явища можна розглядати не лише ті явища, які виникають вкрай рідко, порушуючи загальний порядок речей, щоправда і ті явища, які є звичними, але дію яких особа не могла передбачити у певній ситуації [10, с. 212–213; 8, с. 77–78]. Нам видається, що за такого тлумачення цієї ознаки відбувається підміна понять. Розуміючи те, що така ознака, як надзвичайність певного явища, не вказує на властивості цього явища неминуче впливати на інтелектуально-вольову діяльність особи, перелічені вчені фактично підміняють її іншою ознакою, зберігаючи законодавчу термінологію.

На нашу думку, з огляду на викладене, така ознака, як “надзвичайність” певного явища, не може вважатися істотною ознакою поняття непереборної сили. Вона не лише не може сама собою формувати зміст цього поняття, але й є зайвою за умови її поєднання з іншими ознаками. Ми підтримуємо позицію тих науковців, які вважають за потрібне окремо вказувати на таку ознаку непереборної сили, як непередбачуваність певного явища [8, с. 67–68; 21, с. 15–16]. При цьому ми вважаємо, що саме ця ознака повинна бути самостійною ознакою поняття непереборної сили. Адже не надзвичайність, а саме непередбачуваність впливу на особу певних явищ зумовлює те, що в конкретній ситуації вона не може уникнути або запобігти їхньому впливу на свідомо-вольову діяльність. Наприклад, слизьку дорогу внаслідок дощу чи ожеледиці навряд чи можна вважати надзвичайною подією, принаймні для наших кліматичних умов, проте ця обставина саме через її непередбачуваність може призвести до дорожньо-транспортної пригоди внаслідок втрати водієм можливості керувати транспортним засобом. В окремих випадках втрата водієм цієї можливості зумовлена механічними пошкодженнями дороги, що за сучасних умов також не можна розглядати як надзвичайне явище. Проте саме непередбачуваність цієї ситуації для водія зумовлює неможливість особи керувати своїми діями в аварійній ситуації.

Мабуть не буде помилкою, якщо сказати, що в більшості випадків особа має змогу уникнути або запобігти впливу різних явищ, якщо вона завчасно передбачає їхню дію. У науковій літературі цілком обґрунтовано зазначено, що трапляються випадки, коли навіть завчасне передбачення настання певних явищ не дає особі змоги уникнути їхнього впливу або запобігти йому [19, с. 196; 8, с. 70; 22, с. 121–122; 23, с. 9]. При цьому спільною ознакою цих явищ, яка зумовлена таким впливом на особу, є їхній невідворотний характер. З огляду на це окремою ознакою поняття “непереборна сила” і в законодавстві, і в науковій літературі вважають невідворотний характер впливу певних обставин. Щоправда, тлумачать науковці цю ознаку по-різному.

Зокрема, на думку Л.М. Баранової, критерій об’єктивності явища має бути визначальним у разі розгляду конкретних подій як непереборної сили. При цьому психічне ставлення до прояву стихійних явищ, вважає вона, залишається за межами дослідження поняття непереборної сили і не входить до ознак цього поняття [20, с. 11]. По суті такий підхід давав змогу розглядати як непереборну силу лише природні явища. Водночас більшість вчених вважають, що тлумачачи таку ознаку, як невідворотність, необхідно поєднувати у ній суб’єктивні та об’єктивні аспекти. Об’єктивний аспект надасть змогу визначити, чи могла особа за цих умов передбачати настання наслідків певного явища та уникнути або запобігти його впливу, а суб’єктивний допоможе порівняти технічні можливості особи з можливостями інших подібних суб’єктів. Для констатації суб’єктивної ознаки необхідно визначити неможливість особи відвернути шкоду засобами, які вона мала в своєму розпорядженні і, крім того, встановити, що будь-яка подібна за умовами та родом діяльності особа не могла протистояти цим обставинам [19, с. 198; 10, с. 213; 22, с. 121–122; 23, с. 9]. Інакше кажучи, є явища, на виникнення та розвиток яких жодна особа об’єктивно не може вплинути. Ці явища об’єктивно невідворотні, тобто їхній вплив є неминучим, і особа в певній ситуації саме з огляду на такі їхні властивостями не може уникнути їхнього впливу або запобігти тим наслідкам, які ці

явища можуть спричинити. Крім того, є явища, які не носять об'єктивно невідворотного характеру, тобто вплинути на виникнення та розвиток яких особа може. Проте і вони можуть бути невідворотними залежно від конкретної ситуації, а також індивідуальних особливостей особи, на яку вони впливають. В іншому випадку обсяг цього поняття був би невиправдано звуженим. Зокрема, лише за такого розуміння цієї ознаки можна віднести до непереборної сили ситуацію, коли лікар не мав змоги вчасно приїхати до хворого і надати йому допомогу внаслідок масового блокування дороги страйкуючими або підризу єдиного моста через річку. Слушно з огляду на це окремі вчені зазначають про відносність цієї ознаки. Адже наслідки, які спричиняються будь-якими в тому числі і стихійними явищами стають невідворотними не лише через властивості, які об'єктивно притаманні цьому явищу, але й залежно від співвідношення низки умов та конкретних обставин. Те, що у цій ситуації легко відвернути, в іншій відвернути неможливо. Крім того, те що відворотне для однієї особи невідворотне для іншої [19, с. 196]. Потрібно мати на увазі й те, що оцінка явищ як непереборної сили змінюється з розвитком науки, створення нових технічних засобів, що надають ширших можливостей передбачуваності або відворотності різного роду явищ [22, с. 121–122].

Саме через розуміння розгляненої ознаки в літературі існує ще одна пов'язана із цим проблема. Йдеться про можливість віднесення до непереборної сили різних соціальних явищ і, зокрема, поведінки третіх осіб. Одна група вчених вважає, що суспільні явища, оскільки їхнє виникнення зумовлене вольовою поведінкою інших осіб, не можуть бути віднесені до непереборної сили. Навіть такі суспільні події, як воєнні дії чи страйки, не зважаючи на їхній об'єктивний характер по відношенню до особи, не можуть бути зачислені, на думку окремих вчених, до проявів непереборної сили, оскільки по суті вони є виявленням волі інших людей, а отже, не можуть вважатися невідворотними [9, с. 180; 20, с. 11]. Інші науковці дотримуються протилежного погляду, вважаючи що такі соціальні явища, як страйки, демонстрації, блокади, також можуть мати стихійну силу, як і природні явища, тому немає підстав не зачисляти їх до непереборної сили. Адже групові дії можуть стати непередбачуваними як для організаторів, так і для самих учасників. Все це зумовлює у деяких випадках непередбачуваність або невідворотність наслідків таких соціальних явищ [10, с. 212; 8, с. 77–78; 21, с. 8, 15–16; 23, с. 9]. На нашу думку, вирішення цього питання має відбуватися винятково з урахуванням двох ознак поняття непереборної сили, які були розглянуті вище. Тобто, якщо вплив певного соціального явища був непередбачуваним для особи, його потрібно розглядати як прояв непереборної сили. Так само потрібно вирішувати питання і стосовно тих соціальних явищ, які хоч і були передбачуваними, але в через певні обставини, суб'єктивні чи об'єктивні, мали неминучий характер впливу. Отже, на наш погляд, невідворотними можна вважати як природні, так і соціальні явища, на виникнення та (або) розвиток яких особа не мала змоги вплинути в силу певних об'єктивних чи суб'єктивних причин.

Розглядаючи різні явища, які можуть бути проявом непереборної сили, окремі вчені зазначають, що ці явища повинні мати зовнішній по відношенню до особи характер [20, с. 13]. На нашу думку, такий підхід є обмеженим і не дозволяє повністю охопити всі можливі явища, які мають неминучий вплив на особу. Тому слушно вирішують це питання ті вчені, які вважають, що непереборною силою можуть бути

визнані явища як зовнішнього, так і внутрішнього характеру [17, с. 191; 15, с. 105]. До таких фізіологічних чинників внутрішнього характеру можуть бути віднесені такі явища, зокрема, як сон, фізична втома, голод. Людина не є машиною з безмежним ресурсом. Тому природно, що через певний час сили людини повинні відновлюватися. Перелічені фізіологічні процеси у таких випадках обов'язково будуть відбуватися незалежно від волі та бажання людини. Наприклад, особу, як би довго вона не опиралася сну, він все одно здолає. В окремих випадках до внутрішніх чинників, які розглядають як непереборну силу, зачисляють хворобу [17, с. 191; 15, с. 105; 13, с. 48]. На наш погляд, захворювання можуть розглядатися як прояви непереборної сили, оскільки вони характеризуються вищепереліченими ознаками. Водночас, як вже вказувалося вище, соматичні та психічні розлади доцільно розглядати як самостійні причини неосудності. Правильність такого підходу зумовлена суто практичними міркуваннями. Адже окреме виділення різних причин неосудності передусім має сприяти швидкому та правильному вирішенню питання про осудність чи неосудність особи. Окреме виділення серед причин неосудності психічних та соматичних розладів дає змогу правильно визначити тих фахівців, які можуть надати допомогу у вирішенні цього питання. Тому в такій диференціації причин неосудності не лише немає логічної суперечності, але й є практична потреба.

У науковій літературі доречно вказується на те, що не можуть розглядатися як прояви непереборної сили ті явища, які хоч і були невідворотними або непередбачуваними в певній ситуації, але уникнути впливу яких особа мала змогу [19, с. 196; 8, с. 68]. Очевидно, що навряд чи правильно розглядати певні явища як прояв непереборної сили в тих випадках, коли особа усвідомлювала їхній вплив на себе і, маючи можливість уникнути цього впливу, нічого не зробила для цього. З огляду на це, на наш погляд, самих лише двох ознак, які свідчать про непередбачуваний чи невідворотний характер певних явищ, недостатньо для правильного визначення поняття “непереборної сили” у кримінальному праві. Для вирішення цього питання необхідно спершу проаналізувати типові ситуації впливу різних обставин на поведінку особи і на підставі їхнього аналізу виявити ознаки, які свідчать про те, як саме особа могла би діяти у цих ситуаціях.

На наш погляд, можна виділити три узагальнені типи кримінально-значеннєвих ситуацій впливу різних обставин на поведінку особи, які унеможливають забезпечення свідомо-вольового контролю за своєю поведінкою: 1) коли певні явища впливають на поведінку особи і роблять неможливим вчинення цієї особою такої дії, яка вимагалася від неї (наприклад, лікар не зміг вчасно прибути до хворого внаслідок поведінки, яка розмила дорогу); 2) коли певні явища впливають на поведінку особи, внаслідок чого вона вчиняє суспільно небезпечну дію (наприклад, пасажир через різке гальмування водія транспортного засобу впав на іншого пасажирів і спричинив йому тілесне ушкодження); 3) коли особа, хоч і мала реальну можливість вчинити певну дію, яка від неї вимагається, проте не може запобігти наслідкам, які спричинені певними явищами (наприклад, лікар не зміг врятувати хворого, оскільки отримані ним ушкодження були несумісними з життям). З огляду на це можна запропонувати таке визначення поняття “непереборної сили” як однієї із причин неосудності: “Непереборною силою є явища непередбачуваного чи невідворотного для особи характеру, впливу яких особа не могла уникнути або запобігти”.

1. *Кудрявцев В. Н.* Объективная сторона преступления / В. Н. Кудрявцев. — М. : Госюриздат, 1960. — 244 с.
2. *Чернишова Н. В.* Кримінальне право України. Тези лекцій і практичні завдання для курсантів Київського училища міліції МВС України / Н. В. Чернишова, М. В. Володько, М. А. Хазін. / [за ред. ректора Київського училища міліції МВС України генерал-майора міліції В. М. Бовсуновського]. — К. : Наук. думка, 1995. — 456 с.
3. Кримінальне право України : Загальна частина : підручн. / [Александров Ю. В., Антипов В. І., Володько М. В. та ін.; Відп. ред. — Я. М Кондратьєв; наук. ред. В. А. Клименко та М. І. Мельник]. — К. : Правові джерела, 2002. — 432 с.
4. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / [за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка]. — [2-е вид., перероб. та доп.]. — К. : Дакор, 2008. — 1428 с.
5. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. / [за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка]. — [вид. 3-тє, переробл. та доповн.]. — К. : Атіка, 2004. — 1056 с.
6. Энциклопедия уголовного права. — Издание профессора Малинина. — СПб., 2005. — Т. 4 : Состав преступления.— 798 с.
7. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : у 2-х ч. / [під заг. ред. М.О. Потебенька, В.Г. Гончаренка]. — К. : Форум, 2001. — Ч. 1. — 388 с.
8. *Павлодский Е. А.* Случай и непреодолимая сила в гражданском праве / Е. А. Павлодский. — М. : Юрид. лит., 1978. — 104 с.
9. *Красавчиков О. А.* Возмещение вреда, причинённого источником повышенной опасности / О. А. Красавчиков. — М. : Юрид. лит., 1966. — 200 с.
10. *Тимейко Г. В.* Общее учение об объективной стороне преступления / Г. В. Тимейко. — Ростов-на-Дону : Изд-во Ростовского ун-та, 1977. — 216 с.
11. Кримінальне право України. Загальна частина : підручн. / [Ю. В. Александров, В. І. Антипов, М. В. Володько та ін.]. — [вид. 3-тє, переробл. та доповн.]. / за ред. М. І. Мельника, В. А. Климента. — К. : Юрид. думка, 2004. — 352 с.
12. Уголовный кодекс Украинской ССР : Науч.-практ. комментарий / [Н. Ф. Антонов, М. И. Бажанов, Ф. Г. Бурчак и др.]. — К. : Политиздат Украины, 1987. — 880 с.
13. *Тер-Акопов А. А.* Преступление и проблемы нефизической причинности в уголовном праве / А. А. Тер-Акопов. — М. : ЮРКНИГА, 2003. — 480 с.
14. Курс уголовного права : Общая часть : учеб. для вузов : в 5 т. / [под ред. д-ра юрид. наук, проф. Н. Ф. Кузнецовой и канд. юрид. наук, доц. И. М. Тяжковой]. — М. : ИКД „Зерцало-М”, 2002. — Т. 1 : Учение о преступлении.— 624 с.
15. *Пинаев А. А.* Уголовное право Украины. Общая часть / А. А. Пинаев. — Х. : Харьков юридический, 2005. — 664 с.
16. *Мычко Н. И.* Уголовное право Украины. Общая часть / Н. И. Мычко. — Донецк, 2006. — 770 с.
17. *Наумов А. В.* Российское уголовное право. Курс лекций: в 2 т. — [3-е изд., перераб. и доп.] / А. В. Наумов. — М. : Юрид. лит., 2004. — Т. 1 : Общая часть.— 496 с.
18. Цивільний кодекс України. Станом на 10 травня 2007 р. — К. : Велес, 2007. — 288 с.

19. *Иоффе О. С.* Ответственность по советскому гражданскому праву / О. С. Иоффе. — Л. : Изд-во Ленинград. ун-та, 1955. — 312 с.
20. *Баранова Л. М.* Обставини, які звільняють від відповідальності в цивільному праві : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. — Х., 1998. — 18 с.
21. *Братель О. Г.* Цивільно-правові наслідки надзвичайних ситуацій : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. — Х., 2003. — 20 с.
22. Цивільне право України : Академічний курс : підручн. : у 2 т. / [за заг ред. Я. М. Шевченко]. — [вид. 2-ге, доп. і перероб.]. — К. : Видавничий Дім „Ін Юре”, 2006. — Т. 1. Заг. част. — 696 с.
23. *Терещенко Н. В.* Особливості відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. — Х., 2003. — 16 с.

CRIMINAL AND LEGAL SIGNIFICANCE OF IRRESISTIBLE FORCE

V. Burdin

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

In the article the notion of irresistible force is analysed, different occurrences, which can be covered by this notion have been examined. The author suggests law fixation of the notion “irresistible force” and its criminal-legal significance.

Key words: crime, irresponsibility, irresistible force.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ПРИЗНАЧЕННЯ ДОДАТКОВИХ ПОКАРАНЬ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Ш. Давлатов

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Вивчено поняття та види додаткових покарань, порядок їх призначення за кримінальним законодавством зарубіжних країн. Зроблено висновок, що система додаткових покарань у зарубіжних країнах відрізняється від наявної в Україні. Автор пропонує внести низку змін до кримінального законодавства України з метою його вдосконалення.

Ключові слова: додаткове покарання, кримінальне законодавство, позбавлення прав, штраф.

Вивчення системи призначення додаткових покарань у кримінальному законодавстві зарубіжних держав сприяє проведенню порівняльного аналізу й розробці пропозицій щодо унормування ефективніших серед них у вітчизняному кримінальному законодавстві. Проблемою теоретичного характеру є обґрунтування пропозицій щодо урахування зарубіжного досвіду в процесі вдосконалення системи додаткових покарань та їх призначення. Програма інтеграції України до Європейського Союзу ставить питання щодо зближення українського національного і європейського права [1, с. 2]. Цей процес неможливий без ретельного аналізу стану і перспектив розвитку кримінального законодавства європейських держав.

Інститут призначення покарань посідає особливе місце у кримінальному праві. Поняття та види покарань за законодавством європейських держав у вітчизняній науці досліджували В.Т. Маляренко, О.В. Беца, С. Шалгунова, В.К. Гришук, І.В. Красницький, М.І. Хавронюк, Л. Мостепанюк, Б. Кирись, С. Халитон, І. Богатирьов, А. Ткачова та ін. Якщо поняття та система додаткових покарань вивчені недостатньо, то питання їх призначення за кримінальними законодавством зарубіжних країн взагалі не було предметом аналізу вчених правознавців.

Метою цього дослідження є вивчення понять та видів додаткових покарань, які наявні у законодавстві зарубіжних держав, а також порядку їх призначення, з метою застосування позитивного досвіду в процесі удосконалення національного кримінального законодавства України.

Система кримінальних покарань має бути встановлена і упорядкована залежно від тяжкості злочинів для співрозмірного застосування їх судом. Залежно від поділу покарань у кримінальних кодексах на основні і додаткові всі аналізовані країни можна поділити на дві групи: а) країни, у кримінальних кодексах яких немає такого поділу (Польща, Болгарія, Іспанія); б) країни, у кримінальних законодавствах яких є поділ покарань на основні й додаткові (Швейцарія, Голландія, Росія, Білорусь, Франція, ФРН). За правилами призначення додаткових покарань варто виокремити: а) країни, в яких у разі призначення додаткових покарань враховуються пом'якшуючі і обтяжуючі обставини (Швейцарія, Польща, ФРН, Іспанія, Франція);

б) країни, які не враховують такі обставини (Росія, Білорусь, Голландія, Болгарія). За наявності чи відсутності приписів щодо призначення додаткових покарань можна виділити: а) країни, у кримінальних законах яких немає таких приписів (Франція); б) країни, в яких регламентовано порядок призначення (Швейцарія, Польща, ФРН, Іспанія, Росія, Білорусь, Голландія, Болгарія).

За КК Швейцарії правові наслідки злочинного діяння охоплює покарання, заходів безпеки та інших заходів. Система покарання складається з трьох груп:

1) позбавлення волі як основне покарання; 2) штраф; 3) додаткові покарання.

До останньої групи належать: а) звільнення з посади члена виборчого органу або чиновника (на строк від 2 до 10 років) (ч. 1 ст. 51); б) позбавлення права бути обраним (на строк до 10 років) (ч. 2 ст. 51); в) позбавлення батьківської чи опікунської влади (ст. 53); г) заборона займатися певною професією, ремеслом чи укладати торговельні угоди (на строк від 6 місяців до 5 років) (ст. 53); г) висилання за межі країни; д) заборона відвідувати конкретний ресторан.

Штраф – це покарання, що може застосовуватися як основне чи як додаткове (ст. ст. 48–50, 106). Відповідно до ст. 50 КК Швейцарії, якщо особа діяла з корисливих мотивів, то суддя може призначити поряд з позбавленням волі штраф у розмірі 40 тис. франків [2, с. 17].

У статтях Особливої частини КК Швейцарії не встановлено розмір штрафу. У разі призначення цього виду покарання суд самостійно визначає розмір з урахуванням того, щоб майнові невігоди для винного відповідали його вині, а також даним про його доходи і майно, про сімейний стан, професію, заробіток, вік і стан здоров'я.

За КК Швейцарії додатковими покараннями визначено:

- звільнення з посади члена виборчого органу або чиновника (на строк від 2 до 10 років) (ч. 1 ст. 51);
- позбавлення права бути обраним (на строк до 10 років) (ч. 2 ст. 51);
- позбавлення батьківської чи опікунської влади (ст. 53);
- заборона займатися певною професією, ремеслом чи укладати торговельні угоди (на строк від 6 місяців до 5 років) (ст. 53).

До інших заходів кримінально-правового характеру належать: превентивна застава, конфіскація небезпечних предметів і майнової вигоди, опублікування вироку. Незрозумілим залишається позиція законодавства щодо виведення конфіскації майнових вигод за межі системи покарань.

КК Голландії розмежує основні й додаткові покарання. До основних належать: а) тюремне ув'язнення; б) ув'язнення; в) громадські роботи; г) штраф. Додатковими покараннями є позбавлення певних прав (обіймати державну чи іншу посаду, служити у збройних силах, бути радником у судах, права займатися певною діяльністю, виборчих прав); поміщення до державного виправного будинку (на строк від 3 місяців до 3 років); конфіскація (предметів чи майнових прав, одержаних виключно шляхом кримінального правопорушення); опублікування вироку.

Особливістю додаткових покарань, передбачених у КК Голандії є те, що вони можуть бути призначені самостійно, у сполученні з основним або з іншим додатковим покаранням.

Штраф як основний вид покарання може бути і додатковим покаранням до тюремного ув'язнення чи ув'язнення, тобто може бути застосований і як основний, і як додатковий вид покарання (ст. 9) [3, с. 57].

У системі покарань, передбачених КК Голландії, немає такого покарання, як відшкодування потерпілому завданої шкоди. Однак відповідно до ст. 36 f таке покарання може бути призначене судом разом з будь-яким іншим покаранням.

У КК Голландії передбачено заходи, що не належать до кримінальних покарань: конфіскація (предметів, на які накладено арешт) і позбавлення незаконно одержаних доходів. Грошові суми, одержані від зазначених заходів, надходять до державної скарбниці.

КК Росії традиційно поділяє усі покарання на основні і додаткові, а також покарання, що можуть застосовувати і як основні, і як додаткові. Відповідно до ст. 45 КК РФ, штраф і позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю застосовуються і як основні, і як додаткові [4, с. 82].

Позбавлення спеціального, військового або почесного звання, класного чину і державних нагород застосовуються лише як додаткові покарання (ч. 3 ст. 45). Зазначимо, що на відміну від КК України, кримінальний закон Росії передбачає можливість позбавлення не тільки спеціального і військового, а й почесного звання, а також державних нагород, але не передбачає можливості позбавлення рангу і кваліфікаційного класу.

За вчинення конкретного злочину може бути призначено лише одне основне покарання, а додаткове застосовують у випадках, коли є спеціальне застереження у санкції статті Особливої частини КК, або в порядку ч. 3 ст. 47 КК. Відповідно до ч. 3 ст. 47 КК РФ, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю може бути призначено як додаткове покарання і у випадках, коли не передбачено у відповідній статті Особливої частині, але за типом і ступенем суспільної небезпеки вчиненого злочину й особи винного суд визнає неможливим зберігання за ним права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

Як основне може бути призначено лише одне покарання, а як додаткове – одне або декілька різних видів покарань.

Штраф як додаткове покарання призначають у випадках, передбачених відповідними статтями Особливої частини КК. Відповідно до змін, внесених до КК Росії, федеральним законом (далі – ФЗ) від 8 грудня 2003 р. штраф обчислюють у рублях, а не у мінімальних розмірах оплати праці й встановлюють в розмірі від 2,5 тис. до одного мільйона рублів або в розмірі заробітної плати чи іншого доходу засудженого за період від 2 тижнів до 5 років. За тяжкі й особливо тяжкі злочини штраф можуть призначати у розмірі від 500 тис. або в розмірі заробітної плати чи іншого доходу засудженого за період понад 3 років, у випадках, спеціально передбачених відповідними статтями Особливої частини цього кодексу.

Конфіскацію майна як вид покарання було скасовано 11 березня 2003 р. за поданням Президента РФ через низьку ефективність. ФЗ від 27.07.2006 р. № 153-003 „Про внесення змін до окремих законодавчих актів РФ” з огляду на прийняття ФЗ „Про ратифікацію Конвенції Ради Європи” Про попередження тероризму” і ФЗ „Про протидію тероризму” Кримінальний кодекс РФ доповнено гл. 15.1 „Конфіскація

майна”. З огляду на це розділ VI КК РФ отримав назву „Інші заходи кримінально-правового характеру”, що узгоджується із ч. 2 ст. 2 КК РФ. Глава 15.1, яка містить ст. ст. 104.1, 104.2 і 104.3, не означає повернення в Кримінальний кодекс конфіскації майна як виду покарання [5, с. 7]. Йдеться про нове кримінально-правове регулювання конфіскації майна, що віднесене до інших примусових заходів кримінально-правового характеру, які не входять до системи покарань.

Треба зазначити, що питання конфіскації майна посідає значне місце у Європейській Конвенції про кримінальну відповідальність за корупцію (прийнята у Страсбурзі 1999 р.). Зокрема в п. 3 ст. 19 „Санкції і заходи” визначено, що „кожна сторона приймає такі законодавчі й інші заходи, які можуть бути потрібними для того, щоб наділити себе правом конфіскувати або іншим чином вилучати знаряддя вчинення злочину й доходів від кримінальних правопорушень, або майна, вартість якого еквівалентна таким доходам”.

У КК Республіки Білорусь до покарань, які можуть слугувати як додаткові належать: позбавлення військового або спеціального звання, конфіскація майна, громадські роботи, штраф і позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (ст. 48) [6, с. 67].

Громадські роботи як додаткове покарання можуть поєднуватися зі штрафом або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю.

Конфіскація майна за КК Білорусь є лише додатковим покаранням за тяжкі й особливо тяжкі злочини, вчинені з корисливих мотивів, у випадках, передбачених законом.

КК Білорусі забороняє призначати конфіскацію майна як додаткове покарання до штрафу та виправних робіт, а також виділяє спеціальну конфіскацію, що застосовується незалежно від категорії злочину і виду покарання, тобто може бути використана поряд із загальною конфіскацією (ст. 61).

Спеціальна конфіскація означає примусове вилучення у власність держави: знарядь і засобів вчинення злочину; речей, вилучених з обігу; майна, здобутого злочинним шляхом; предметів, безпосередньо пов'язаних зі злочинном, якщо вони не підлягають поверненню потерпілому або іншій особі.

Згідно зі ст. 48 КК Білорусь, штраф може призначатися і як основний, і як додатковий вид покарання, але в жодній санкції Особливої частини КК він не передбачений. Отже суд може його призначати на свій розсуд, що на наш погляд, є недоліком кримінального законодавства.

Штраф обчислюють у базовій величині, диференційовано залежно від тяжкості злочину і наявності корисливих мотивів. КК Білорусі прямо передбачає можливість застосування штрафу при засудженні за тяжкий і особливо тяжкий злочин (ст. 50).

У ч. 2 ст. 50 цього кодексу зазначено, що сума штрафу визначається з урахуванням матеріального становища засудженого, ступеня суспільної небезпеки. Наприклад, за діяння невеликої тяжкості в межах від 50 до 500 мінімальної заробітної плати. При цьому, за корисливі злочини його розмір збільшується вдвічі.

Є цікавою норма КК Білорусі щодо застосування інших заходів кримінальної відповідальності, які формуються при фактичному засудженні. Заходом кримінальної відповідальності вважають засудження з відстрочкою виконання

покарання, яке полягає у встановленні судом строку відстрочення виконання покарання, в тому числі й додаткового. За заявою засудженого, залежно від його поведінки протягом іспитового строку, суд може звільнити засудженого від призначеного за вироком покарання, якщо за цей період засуджений довів, що він виправився. У такому випадку засуджений звільняється від відбування і додаткового покарання. Такий захід кримінальної відповідальності застосовують до осіб, які вперше вчинили злочин невеликої і середньої тяжкості.

У КК Болгарії немає чіткого розподілу злочинів на основні і додаткові. Хоча відповідно до ст. 37 КК Болгарії всі види покарань умовно можна поділити на основні (довічне ув'язнення без зміни), додаткове (позбавлення права на отримання орденів, почесного звання, відзнаки) і такі, що можуть застосовуватися і як основні, і як додаткові (обов'язкове поселення, позбавлення права на проживання у певній місцевості, громадський осуд) [7, с. 43].

У ст. 53 зазначеного кодексу чітко відмежовано конфіскацію майна від спеціальної конфіскації. Остання є додатковим кримінально-правовим заходом, а не покаранням.

Штраф як альтернативний вид покарання застосовують лише до неповнолітніх осіб. Суд може замінити виправні роботи непрацездатним особам на штраф у розмірі 5–10 левів або на громадський осуд, якщо у засудженого немає доходу або він малозабезпечений (ст. 43 КК).

Особливістю застосування штрафу за КК Болгарії є те, що у разі смерті засудженого, стягнення штрафу здійснюють за рахунок його майна, окрім речей, які не підлягають конфіскації і продажу (ст. 47 КК).

Штраф не застосовують до неповнолітніх і завжди замінюється на громадський осуд, який оприлюднюють публічними засобами. Це пов'язано з тим, що неповнолітні особи не завжди мають самостійний дохід, власні кошти або майно, тому суперечить принципу індивідуального характеру відповідальності.

У КК Польщі передбачено п'ять видів покарань, без поділу їх на основні і додаткові: штраф, обмеження волі, позбавлення волі, позбавлення волі на строк 25 років і довічне позбавлення волі (ст. 32) [8, с. 57].

Крім покарань у цьому кодексі передбачено вісім видів кримінально-правових заходів: позбавлення публічних прав, заборона обіймати певну посаду, виконувати певну професію або займатися певною господарською діяльністю, заборона керування засобами пересування, обов'язок відшкодування заподіяної шкоди, грошова компенсація, грошова виплата, публічне доведення вироку. Їх призначають по-суті як додаткові покарання до основного, керуючись особливостями вчиненого злочину.

Штраф як вид покарання може бути призначений самостійно або разом з позбавленням волі, якщо винний вчинив діяння з метою отримання майнової вигоди або коли отримав таку вигоду (§ 2 ст. 33).

Відповідно до § 1 ст. 33 цього кодексу штраф призначають у ставках денного заробітку шляхом визначення кількості ставок і розміру однієї ставки, якщо законом не встановлено інше. Найменша кількість ставок дорівнює 10, найбільша – 360, і денна ставка не може бути нижче 10 злотих або вище 2000 злотих.

Штраф не призначають, коли оцінка розмірів доходів винного, його майнового становища або розміру платні дає підстави вважати, що винний штрафу не сплатить, а стягнення його у примусовому порядку неможливе.

Відповідно до ст. 40 КК Польщі позбавлення публічних прав охоплює втрату активного і пасивного виборчого права в органи публічної влади, в органи професійного або господарського самоврядування, втрату права брати участь у здійсненні правосуддя, а також виконувати функції в державних органах і установах, органах територіального або професійного самоврядування, а також втрату військового звання, пониження звання до рядового, втрату орденів, нагород і почесних звань, а також втрату здатності отримання їх на строк позбавлення прав.

Суд може постановити про позбавлення публічних прав у випадку засудження до позбавлення волі на строк не менше трьох років за злочини, вчинені зі спеціальних мотивів (§ 2 ст. 40).

Конфіскація поширюється на предмет злочину і на отриману майнову вигоду, пов'язану із вчиненням злочину. Згідно з § 1 ст. 44 суд постановляє про конфіскацію предметів, які безпосередньо пов'язані зі злочином, якщо ці предмети не підлягають поверненню потерпілому або іншому суб'єктові.

Якщо винний хоча б опосередковано отримав від скоєного злочину майнову вигоду значної цінності, суд постановляє конфіскацію отриманої вигоди або її еквівалента. Повна або часткова конфіскація не призначається, якщо вигода або її еквівалент підлягає поверненню потерпілому або іншому суб'єктові (§ 1 ст. 45).

Відповідно до КК ФРН покараннями є довічне позбавлення волі (§ 38), позбавлення волі на певний строк від одного місяця до 15 років (§ 38) і заборона керувати транспортним засобом. Окрім покарань в КК ФРН містяться заходи виправлення і безпеки: а) поміщення до психіатричної лікарні; б) поміщення до установи ізоляції для алкоголіків або наркоманів; в) превентивне ув'язнення, г) встановлення нагляду; д) позбавлення дозволу керувати автотранспортним засобом, заборона на професію (§ 61) [9, с. 63].

За КК ФРН кримінальні покарання поділено на дві групи: основні і додаткові.

Додатковими покараннями є заборона на керування транспортним засобом, конфіскація вигоди, одержаної злочинним шляхом, а також конфіскації знарядь і засобів злочину, майновий штраф.

На думку Г. Трондле, конфіскація майна посідає проміжне положення між покараннями і заходами виправлення та безпеки [10, с. 4]. Окрім стандартних покарань, КК ФРН виділяє специфічні з них так звані „додаткові наслідки”, які настають автоматично, а не призначаються судом. Вони полягають у позбавленні певних публічних прав на строк від двох до п'яти років і лише у випадку призначення позбавлення волі на строк не менш одного року. Грошовий штраф за КК ФРН може бути призначений і як основний, і як додатковий вид покарання (§ 40, § 41).

Грошовий штраф призначають у денних ставках і він становить мінімум п'ять і, якщо закон не встановлює іншого, максимум 360 повних денних ставок. Розмір денної ставки суд визначає з урахуванням особистого і матеріального становища особи, що скоїла діяння.

Суддя Федерального Верховного суду Г. Шефер вважає, що у разі визначення денної ставки потрібно враховувати реальні та потенційні доходи суб'єкта, майно як частину його доходів, зобов'язання, у тім числі обов'язок щодо утримання дітей та інших осіб, належність до певної групи тощо [11, с. 7].

Відповідно до § 44 заборона на керування автотранспортним засобом призначається як додаткове покарання (на строк від одного до трьох місяців) до основного покарання у вигляді позбавлення волі або штрафу і застосовується у випадках вчинення кримінально-караного діяння під час керування автотранспортним засобом.

Потрібно зазначити, що заборона на право керування транспортним засобом є видом кримінального покарання, а заборону на професію розглядають як „додаткові наслідки”, хоча по суті вона є додатковим покаранням.

Питання призначення покарань, у тому числі додаткових, детально регламентовані в КК ФРН. Відповідно до § 46 підставою для призначення покарань є вина правопорушника. При призначенні покарань до уваги беруть такі обставини, як мотив і мета правопорушення, обсяг порушення обов'язків, вид виконання і винні наслідки, поведінка правопорушника до і після вчинення діяння.

Складною є система покарань, передбачена у КК Іспанії. Залежно від характеру і тривалості всі покарання поділені на суворі, менш суворі і нетяжкі (ст. 33) [12, с. 37]. З іншого боку, їх можна поділити на покарання у вигляді позбавлення волі, покарання у вигляді позбавлення прав, штраф. Серед них можна виокремити основні покарання, покарання, які можуть призначатися і як основні, і як додаткові, і додаткові покарання.

Штраф, позбавлення прав і громадські роботи можуть призначатися як основні або як додаткові покарання (ст. ст. 33–34). Відповідно до ст. ст. 39, 44 і 46, відсторонення від посади, позбавлення пасивного виборчого права і позбавлення батьківських прав є додатковими покараннями.

Штраф призначається у денних ставках. Нижча межа становить п'ятиденну заробітну плату, а вища – дворічну. У випадку, коли інше покарання замінюють штрафом, верхня межа його може бути збільшена. У разі ухилення від його сплати суд може замінити штраф на позбавлення волі або, за згодою засудженого, на громадські роботи. До основного покарання у вигляді позбавлення волі на строк до 10 років суд або трибунал залежно від тяжкості злочину може призначити відсторонення від посади, позбавлення пасивного виборчого права або позбавлення права займатися певним видом діяльності на визначений виразом строк. По суті, вони є додатковими покараннями.

Особливістю системи покарань, передбачених у КК Іспанії, є значна кількість санкцій, що містять альтернативні покарання або поєднання декількох видів покарань як основних з основними, так і основних з додатковими.

Цікавим є інститут відшкодування збитків. Відповідно до ст. 136 цього кодексу, зняття судимості здійснюється після погашення засудженим матеріальної шкоди, завданої злочинцем.

Зазначимо, що КК Іспанії окрім покарань вміщує і систему заходів безпеки, яка передбачає позбавлення волі та інші заходи.

Система покарань за КК Франції, як зазначає О.О. Малиновський, зумовлена особливістю класифікації протиправних діянь на злочини, проступки і порушення. [13, с. 43].

Відповідно до цієї класифікації система покарання охоплює три підсистеми: кримінальні покарання (за злочини), виправні покарання (за проступки), поліцейські покарання (за порушення). Згідно зі ст. 122–8 КК Франції суб'єктами злочинного діяння може бути як фізичні, так і юридичні особи, але порядок призначення покарання суттєво відрізняється [14, с. 37].

Як додаткові покарання за вчинення злочинів або проступків можуть бути призначені такі: обмеження правоздатності, позбавлення політичних, цивільних, сімейних, виборчих прав, заборона перебувати на державній службі (безстроково або на строк до 5 років) чи займатися професійною або громадською діяльністю, пов'язаною зі вчиненням злочину, конфіскація визначеного вироком предмета або заборона його використання, оприлюднення ухвали суду засобом масової інформації, заборона укладати угоди з державними організаціями.

Кримінальний кодекс Франції не містить приписів щодо підстав призначення судом покарання. Тому за вчинення злочину або проступку суд може призначити:

- 1) два основних покарання, якщо передбачено санкцією статті, а також одне або декілька додаткових покарань;
- 2) два основних без додаткових;
- 3) одне основне і одне або декілька додаткових;
- 4) лише одне основне покарання.

Відповідно до КК Франції, за один злочин може бути призначене одне чи кілька додаткових покарань, як і за кримінальним законодавством України.

Проведений аналіз кримінального законодавства зарубіжних країн з питань призначення додаткових покарань дає підстави зробити такі висновки:

1. У кримінальному законодавстві Болгарії і Польщі немає регламентації додаткових покарань, але штраф як додаткове покарання застосовують. КК Польщі передбачає вісім видів кримінально-правових заходів, які не є кримінальними покараннями, але по суті слугують додатковими покараннями.

2. Поширеним видом додаткового покарання у кримінальних законах Латвії, Білорусі, Польщі, Франції, ФРН, Голландії та Іспанії є конфіскація майна. На відміну від КК України конфіскація поширюється на предмет злочину і на отриману майнову вигоду, пов'язану із вчиненням злочину.

Почасти у зазначених кримінальних законах трапляється додаткове покарання у вигляді позбавлення певного права. Таке покарання за змістом схоже до позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, передбаченою ст. 55 КК України.

У польському кримінальному законодавстві розмежовують позбавлення публічних прав і заборону обіймати певну посаду, виконувати певну професію або займатися певною діяльністю.

3. Видається доцільним включення до системи додаткових покарань більш загальної норми – позбавлення або обмеження (наданих у визначеному законному

порядку). Така норма дасть змогу судові призначити як додаткові покарання заборону або обмеження на будь-яке право, яке винний фактично використовував для вчинення злочину (позбавлення виборчого права, право на полювання, право на керування автотранспортним засобом тощо).

Проаналізувавши кримінальні закони зазначених країн робимо висновок, що система додаткових покарань, а також порядок їх призначення відрізняється від КК України. Як додаткові покарання можуть призначатися, наприклад, громадські роботи (Білорусь), доведення вироку до відома публіки (Польща), опублікування вироку (Голландія).

Безумовно цікавим у кримінальних кодексах Польщі, Франції, Іспанії та ФРН є наявність додаткового покарання у вигляді відшкодування потерпілому завданої злочином шкоди. Слушним, на нашу думку, є і порядок призначення, обчислення і заміна додаткового покарання у вигляді штрафу, передбаченого в КК Іспанії.

На наш погляд, вивчення досвіду зарубіжних держав щодо призначення додаткових покарань сприятиме вдосконаленню законодавства щодо призначення додаткових покарань, з одного боку, і їх гуманізації, з іншого, а також подальшому дослідженню зазначеної проблеми.

-
1. Офіційний вісник України від 13.10.2000. — 2000. — № 39.
 2. Уголовный кодекс Швейцарии / [науч. ред. Н. Ф. Кузнецова, С. С. Беляев]. — М., 2000. — 118 с.
 3. Уголовный кодекс Голландии / [науч. ред. Б. В. Волженкин; пер. с англ. И. В. Мироновой]. — [изд.2-е]. — СПб., 2001. — 510 с.
 4. Уголовный кодекс Российской Федерации. Постатейный научно-практический комментарий. — М., 2006. — 602 с.
 5. Федеральный закон от 27.07.2006 г. № 153-ФЗ „О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации”.
 6. Уголовный кодекс Республики Беларусь. — Минск : Тесей, 2001. — 312 с.
 7. Уголовный кодекс Республики Болгарии / [под ред. А. И. Лукашова]. — Минск., 2000. — 192 с.
 8. Уголовный кодекс Республики Польши / [пер. с пол. Д. А. Борилевич и др.; под общ. ред. Н. Ф. Кузнецовой]. — Минск : Тесей, 1998. — 128 с.
 9. Уголовный кодекс ФРГ / [пер. А. В. Серебренниковой]. — М., 2000. — 201 с.
 10. Жалинский А. Введение в немецкое право / А. Жалинский, А. Рерихт. — М., 2001. — С. 639—640.
 11. Уголовное право зарубежных государств. Общая часть. — М., 2003. — С. 554.
 12. Уголовный кодекс Испании / [под ред. Н. Ф. Кузнецовой]. — М. : Зерцало, иностранное законодательство, 1998. — 213 с.
 13. Малиновский А. А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права / А. А. Малиновский. — М. : Междунар. отношения, 2002. — 376 с.
 14. Уголовный кодекс Франции / [науч. ред. Н. Ф. Кузнецова, С. С. Беляев]. — М., 2001. — 158 с.
 15. Уголовное право зарубежных государств. Общая часть. — М., 2003. — С. 554.

**INFLICTION OF ADDITIONAL PUNISHMENTS
BY THE CRIMINAL LEGISLATION OF FOREIGN COUNTRIES**

Sh. Davlatov

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article is devoted to the study of notions and types of additional punishments, order of their infliction under the criminal legislation of foreign countries. Having analysed the criminal laws of different countries, the author comes to the conclusion, that the system of additional punishments differs from the existing system in Ukraine. Some propositions to improve criminal legislation of Ukraine are made.

Key words: additional punishment, criminal legislation, deprivation of rights, penalty.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ДО ПИТАННЯ ПРО МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ ДОДАТКОВИХ ПОКАРАНЬ ДЛЯ НЕПОВНОЛІТНІХ

Н. Ковтун

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті розглянуто окремі загальнотеоретичні та методологічні засади дослідження додаткових покарань, які можуть бути застосовані до неповнолітніх злочинців. Звернено увагу на необхідність дотримання правил формальної та діалектичної логіки у дослідженні кримінально-правових понять.

Ключові слова: додаткові покарання, неповнолітні, система покарань.

Досліджуючи те чи інше поняття, його зміст та функціональне призначення, не потрібно забувати про те, що суттєве значення в цьому процесі мають правила не лише формальної, але й діалектичної логіки. Діалектична логіка – вищий ступінь у розвитку логічної науки, але вона не відмінняє і не поглинає формальну логіку. Діалектична логіка, як і формальна, вивчає мислення, але з іншого боку й іншими методами. Формальна логіка – це логіка, що цікавиться структурою мислення, досліджує закони будови нашої думки. Вона створена дати відповідь, якою має бути структура думки, щоб вона була істинною і правильно відтворювала дійсність. Діалектична логіка досліджує те, як у абстрактному мисленні, що пізнає істину, діють спільні закони діалектики. Діалектична логіка вивчає природу логічних форм і законів мислення із законами об'єктивного світу. Формальна логіка досліджує структуру готових, що усталилися, логічних форм, не цікавлячись їхніми генетичними зв'язками і взаємопереходами, діалектична логіка ж вивчає форми мислення у їхніх зв'язках, переходах, у розвитку, русі [1, с. 19; 2, с. 25–26]. Методологічною помилкою було б ігнорування правил як формальної, так і діалектичної логіки у разі з'ясування змісту того чи іншого поняття.

Обмеженість формальної логіки полягає в тому, що дотримання одних лише її законів для пізнання недостатнє, а не в тім, що нібито вона застосовується тільки для пізнання якихось елементарних зв'язків і відношень, а при дослідженні складних явищ і зв'язків її закони нібито й не діють. Адже незалежно від того, яким би складним та важливим за своїм значенням було певне поняття, це ніяк не може заперечити чи змінити правил формальної логіки, які мають застосовуватися у з'ясуванні змісту та обсягу цього поняття. У процесі пізнання на ступені абстрактного мислення має місце постійне поєднання двох чинників – формального дотримання в кожному акті думки і діалектичного спрямування думки загалом. І формальну, і діалектичну логіку застосовують усюди, при пізнанні будь-яких об'єктів, як простих, так і складних.

Досліджуючи поняття додаткових покарань, що можуть бути вжиті до неповнолітніх злочинців, необхідно також зазначити, що недотримання законів як формальної, так і діалектичної логіки, може призвести до неправильного розуміння змісту цього поняття, а також його функціонального призначення у кримінальному

праві. На нашу думку, обмеженим буде підхід до визначення змісту та обсягу цього поняття винятково на підставі чинного КК України. Адже застосування правил формальної логіки дасть змогу виділити суттєві ознаки цього поняття, його співвідношення з іншими кримінально-правовими поняттями, але формальна логіка у цьому випадку не зможе пояснити причини та необхідність існування цього поняття. Для цього важливо буде простежити розвиток цього інституту в динаміці, окремо проаналізувати зарубіжне кримінальне законодавство у частині, що стосується додаткових покарань для неповнолітніх, а також з'ясувати соціально-правові причини самостійного існування підсистеми додаткових покарань для неповнолітніх у кримінальному законодавстві. Цілком можливо припустити випадки, що правила формальної логіки дадуть змогу сформулювати ознаки певного кримінально-правового поняття, але застосування правил діалектичної логіки буде заперечувати необхідність його існування та використання. У контексті досліджуваної проблеми правила формальної логіки однозначно дають змогу сформулювати поняття додаткових покарань для неповнолітніх злочинців з урахуванням положень чинного КК України, проте лише діалектична логіка зможе допомогти відшукати відповідь на питання про те, а чи є потреба в існуванні окремої підсистеми додаткових покарань для неповнолітніх злочинців взагалі і яке функціональне призначення цієї підсистеми у кримінальному праві.

Саме з позицій діалектичної логіки покарання і його застосування можна і потрібно розглядати як один із способів соціального управління. Його соціальна необхідність зумовлена як необхідністю збереження соціальних цінностей, так і досягненням певних соціальних ідеалів. Відповідно у покаранні важливо виділяти практичний та аксеологічний бік. Потрібно зазначити, що вони тісно пов'язані між собою, оскільки покарання має забезпечувати безпеку соціальних благ, виконуючи водночас функцію еквівалента шкоди, заподіяної злочинцем. Доцільно погодитися з І.В. Дворянським, який вважає, що для того, щоб правильно та адекватно розглядати проблему ефективності покарання, необхідно враховувати її системний характер. Адже йдеться, на його думку, про цілий комплекс елементів, які утворюють основу справедливої відповідальності. Він пропонує виділяти три крупних блоки компонентів:

- 1) механізм правосуддя, який є робочим інструментом забезпечення справедливості у сфері правоохоронних відносин;
- 2) система соціальних цінностей, які визначають потреби охорони, та її засоби;
- 3) соціальне середовище, яке з одного боку потребує охорони, а з іншого – продукує девіантну поведінку як необхідну умову свого діалектичного розвитку [3, с. 7].

Справжньою підставою легітимності покарання, доказом його соціальної ролі як засобу забезпечення справедливості, на думку окремих вчених, повинно бути приведення його до унормування відповідно до соціальних очікувань. Вирішення цього завдання неможливе без вивчення суспільної думки про злочинність та засоби її протидії. На ставлення населення до заходів кримінально-правового впливу, передбачених за вчинення певних злочинів, суттєвий вплив мають як цінність соціальних благ, що охороняються кримінальним законом, так і очевидність

небезпеки, яка може їм загрозувати унаслідок вчинення злочину [4, с. 125]. Потрібно додати, що не менш важливим у цьому випадку враховувати і соціальну прийнятність покарання. Йдеться про своєрідний суспільний договір, умовами якого є, з одного боку, невідворотність, адекватність та співрозмірність покарання, а з другого – такий рівень карального потенціалу, який би не робив супротивниками державу та громадян. Інакше кажучи, необхідно, щоб будь-який громадянин розумів, що система соціальних цінностей, в тому числі і він сам, охороняється такими засобами, які він вважав би прийнятними і у відношенні його самого у випадку вчинення ним злочину [4, с. 11]. Особливого значення питання про соціальну прийнятність покарання набуває у відношенні до неповнолітніх злочинців. Як зазначено у науковій літературі, саме стосовно неповнолітніх злочинців застосування заходів кримінально-правового впливу потребує компромісного вирішення. Адже тут входять між собою в колізію, з одного боку, інтереси суспільства, які потребують захисту, а з іншого – інтереси охорони молодого покоління, важливість яких для майбутньої нації не викликає сумнівів [5, с. 4]. Звісно, такий підхід до розуміння соціальної ролі покарання неможливо забезпечити винятково з урахуванням правил формальної логіки. Лише діалектичний підхід дасть змогу правильно розглянути соціальну роль покарання у суспільстві. На нашу думку, без правильного вирішення цієї проблеми навряд чи правильним буде формалізувати певне визначення покарання у кримінальному законі.

Досліджуючи те чи інше кримінально-правове поняття, потрібно керуватися тим, що кожне поняття має свій обсяг та зміст. Під змістом поняття розуміють сукупність існуючих ознак предметів, відображених у понятті. Зміст поняття становлять ознаки, які відтворюють якість предмета і відрізняють його від інших схожих предметів. Зміст окремих кримінально-правових понять не очевидний, він не даний нам у слові безпосередньо. Зокрема, у нашому випадку, використовуючи термін „додаткові покарання”, законодавець не розкриває його змісту безпосередньо в кримінальному законі. Отже, зміст цього поняття може бути визначений лише за допомогою визначення цього поняття. Тільки на перший погляд може виникнути заперечення щодо необхідності окремого визначення змісту цього поняття – для чого давати визначення цього поняття, якщо законодавець дав загальне визначення поняття покарання взагалі. Річ у тому, що доти, доки не буде правильно встановлений зміст певного кримінально-правового поняття, яке нас цікавить, його ознаки, нам незрозумілою буде і властивість того явища, яке ним позначається, ми не зможемо чітко і точно відмежувати це явище від суміжних із ним, а отже будемо допускати плутанину у мисленні, яка, ймовірно, виявиться і у законодавстві та правозастосуванні. Лише визначивши зміст поняття, ми зможемо правильно окреслити і його обсяг, під яким розуміють сукупність предметів або явищ, мислимих у понятті. У формальній логіці визнано, що зміст та обсяг поняття взаємопов'язані. Цей взаємозв'язок виражений у логічному законі зворотного відношення між обсягом і змістом поняття, котрий формулюється так: зі збільшенням змісту поняття зменшується його обсяг і зі збільшенням обсягу поняття зменшується його зміст [1, с. 28–29; 2, с. 71]. У контексті досліджуваного нами питання такий взаємозв'язок означає, що поняття покарання, яке закріплене законодавцем в ч. 1 ст. 50 КК України, охоплює за своїм обсягом будь-які види

покарань, що передбачені кримінальним законом. Проте вже поняття „додаткове покарання”, яке є ширше за змістом, адже вже з самої термінології зрозуміло, що воно має більше ознак, а отже є вужчим за своїм обсягом і повинно охоплювати лише окремі види покарань. Для того, щоб правильно визначити, які саме види покарань охоплюватиме обсяг поняття „додаткові покарання”, потрібно правильно вирішити питання про додаткові істотні ознаки його змісту, що своєю чергою знову ж таки передбачає використання не лише правил формальної, але й діалектичної логіки. На жаль, на сьогодні в юридичній літературі простежено певною мірою спрощений підхід до поняття „додаткового покарання”, коли до змісту цього поняття належать, здебільшого, другорядні ознаки, які не дають змоги з’ясувати суть цього кримінально-правового інституту. Зокрема, часто трапляється тавтологічне за своєю суттю визначення цього поняття, коли основною ознакою додаткових покарань є та ознака, що вони призначаються як додаток до основного і не можуть бути призначені самостійно [6, с. 29; 7, с. 354].

У процесі нашого дослідження не можна ігнорувати і певних правил щодо відношення між поняттями. Знання про відношення між поняттями дає змогу не лише не змішувати одні поняття з іншими, але й вбачати у поняттях як спільне, так і відмінне, правильно користуватися поняттями у практиці мислення. У логіці всі поняття поділяють на порівнянні і непорівнянні. Непорівнянними поняттями називають такі поняття, які відображають настільки віддалені предмети, що в їхньому змісті й обсязі немає нічого спільного. Порівнянними поняттями називають поняття, у змісті і обсязі яких наявне дещо спільне. Серед порівнянних понять виділяють так звані сумісні поняття, обсяг яких цілком або частково збігається. Зміст таких понять різний, але деякі ознаки їх можуть бути спільними. Серед сумісних понять розрізняють три види відношень: 1) відношення тотожності; 2) підпорядкування; 3) перехрещення [1, с. 35–37; 2, с. 72]. Ми не будемо детально з’ясувати всі типи відношень, оскільки це не стосується нашої статті, зазначимо лише, що необхідно окремо звернути увагу на відношення підпорядкування. Про такий вид відношення говорять у таких випадках, коли одне поняття входить як частина в обсяг іншого. При цьому поняття з більшим обсягом називається підпорядковувальним, а поняття з меншим обсягом – підпорядкованим. З боку змісту між підпорядковувальним і підпорядкованим поняттями існує таке відношення: підпорядковане поняття охоплює у своєму змісті всі ознаки, властиві підпорядковувальному поняттю, плюс ознаки, специфічні лише для підпорядкованого поняття. Із цього робимо досить важливий висновок: все, що утверджується про підпорядковувальне поняття, ми можемо утверджувати і про підпорядковане поняття, тобто не можна мислити предмет, відображений у підпорядкованому понятті, без тих ознак, які властиві підпорядковувальному поняттю. Водночас не можна поширювати все викладене про підпорядковане поняття на підпорядковувальне, оскільки специфічні ознаки підпорядкованого поняття не входять до змісту підпорядковувального поняття. На наш погляд, саме відношення підпорядкування існує між поняттями „покарання” та „додаткові покарання”. Це своєю чергою означає, що зміст цих понять не можна тлумачити довільно, як це роблять окремі вчені, коли створюється враження, що поняття „додаткові покарання” існує абсолютно самостійно і має, відповідно, і

абсолютно самостійне кримінально-правове значення [8, с. 164; 9, с. 300]. Правильне розуміння відношення, в якому перебувають ці поняття, дає підстави зробити однозначний висновок про те, що до змісту поняття „додаткові покарання” обов’язково повинні бути включені всі ознаки родового поняття „покарання” і, крім того, додаткові ознаки, які притаманні тільки цьому підпорядкованому поняттю [10, с. 19]. Оразу зазначимо, що поняття „додаткові покарання” та „додаткові покарання для неповнолітніх” своєю чергою також перебувають між собою у цьому відношенні. Більше того, нам видається, що не треба забувати і те, що покарання – це лише одна із форм кримінальної відповідальності. І самі поняття „кримінальна відповідальність” та „покарання” також знаходяться між собою у зазначеному відношенні, що, безумовно, має бути враховане у визначенні як поняття „покарання”, так і поняття „додаткові покарання”, а також поняття „додаткові покарання для неповнолітніх”. Назване відношення дає змогу зробити й інший важливий висновок, який стосується цілей покарання. Перед додатковими покараннями законодавець ставить такі самі цілі, як і перед будь-яким покаранням. Водночас це не унеможливує того, що додаткові покарання можуть передбачати досягнення унаслідок їхнього застосування й інших цілей, які не є загальними для всіх покарань. З урахуванням викладеного вже можна заперечити тим науковцям, які вважають, що стосовно неповнолітніх злочинців законодавець передбачає інші цілі застосування до них покарань, ніж ті, які задекларовані як загальні цілі покарання [11, с. 62–63; 12, с. 530; 13, с. 449].

Вище ми вже зазначали, що для поняття важливим є не лише визначити його зміст, але й обсяг. Обсяг поняття дає змогу показати, які саме явища чи предмети охоплені тим чи іншим поняттям. Якщо зміст поняття можна з’ясувати за допомогою визначення, то обсяг поняття розкривається за допомогою поділу. У формальній логіці чітко розроблені правила поділу понять. До таких правил належать: 1) поділ має бути співрозмірним; 2) поділ має відбуватися на одній основі; 3) члени поділу мають виключати одне одного; 4) поділ має бути безперервним; 5) основа поділу має бути виразною. Водночас, як нам видається, сам законодавець та й більшість науковців, виділяючи окремі види покарань, не враховують окремих із названих правил. Так, відповідно до ч. 1 та ч. 2 ст. 52 КК України законодавець поділяє покарання на основні та додаткові. При цьому ст. 52 КК України і названа законодавцем „Основні та додаткові покарання”. Проте вже в ч. 3 ст. 52 КК України законодавець зазначає, що такі покарання, як штраф та позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, можуть застосовуватися як основні, так і як додаткові покарання. На наш погляд, такий законодавчий підхід, передусім, не дозволяє зрозуміти, а за яким тоді критерієм законодавець поділяє покарання на основні та додаткові, якщо одні і ті ж самі покарання можуть одночасно бути і основними і додатковими. Крім того, за такого поділу видів покарання, його члени не виключають одне одного, а навпаки, змішуються одне з одним. Оразу ж постає ще одне запитання, чому таке покарання, як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, може застосовуватися до повнолітніх злочинців і як основне, і як додаткове покарання, а стосовно неповнолітніх в ст. 98 КК України передбачено можливість його застосування лише як додаткове.

З урахуванням викладеного можна зазначити, що порушення правил формальної та діалектичної логіки призводить до неправильних визначень понять, а також неправильного визначення співвідношення між окремими поняттями. У контексті досліджуваної проблеми додаткових покарань для неповнолітніх можна стверджувати, що правила формальної логіки однозначно дозволяють сформулювати поняття додаткових покарань для неповнолітніх злочинців з урахуванням положень чинного КК України, проте лише діалектична логіка зможе допомогти знайти відповідь на питання про те, а чи є потреба в існування окремої підсистеми додаткових покарань для неповнолітніх злочинців взагалі і яке функціональне призначення цієї підсистеми у кримінальному праві.

1. *Жеребкін В. С.* Логіка : підруч. Для юрид. вузів і фак. — [вид. 2-е, стереотип.] / В. С. Жеребкін. — Х. : Основа., К. : Знання, 1998. — 256 с.
2. *Тягло А. В.* Критическое мышление на основе элементарной логики : учеб. пособ / А. В. Тягло. — Х. ;, 2001. — 210 с.
3. *Дворянсков И. В.* Эффективность альтернативных наказаний (Компенсационная модель) : учеб.-метод. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности 021100 „Юриспруденция” / [под ред. проф. А. М. Никитина] / И. В. Дворянсков. — М. : ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. — 96 с.
4. *Носкова Н. А.* Общественное мнение и эффективность мер воздействия, предусмотренных уголовным законодательством / Н. А. Носкова // Актуальные проблемы уголовного права. — М., 1988. — С. 120—132.
5. *Бурдін В. М.* Особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх в Україні : монографія / В. М. Бурдін. — К. : Атіка, 2004. — 240 с.
6. *Становский М. Н.* Назначение наказания / М. Н. Становский. — СПб. : Юридический центр Пресс, 1999. — 397 с.
7. *Наумов А. В.* Российское уголовное право. Курс лекцій : в 2 т. — [изд. 3-е, перераб. и доп.] / А. В. Наумов. — М. : Юрид. лит., 2004. — Т. 1 : Общая часть. — 496 с.
8. Кримінальне право України. Тези лекцій і практичні завдання для курсантів Київського училища міліції МВС України / [Н. В. Чернишова, М. В. Володько, М. А. Хазін]. — К. : Наук. думка, 1995. — 456 с.
9. Кримінальне право України : Загальна частина : підручн. / [Ю. В. Александров, В. І. Антипов, М. В. Володько та ін.; відп ред. Я. Ю. Кондратьев; наук. ред. В. А. Клименко та М. І. Мельник]. — К. : Правові джерела, 2002. — 432 с.
10. *Аветисян П. А.* Дополнительные наказания и их назначение : дисс. ... канд. юрид. наук. — Казань, 2003. — 210 с.
11. *Иовайшас К. И.* Совершенствование уголовного и уголовно-процессуального законодательства о борьбе с преступностью несовершеннолетних / К. И. Иовайшас, С. С. Куклянскис // Проблемы социологии уголовного права : сб. науч. трудов. — М. : 1982. — С. 59—66.
12. Уголовное право. Общая часть : учеб. / [под ред. Н. И. Ветрова, Ю. И. Ляпунова]. — М. : Новый юристъ, КноРус, 1997. — 592 с.
13. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть : учеб. / [под ред. проф. Б. В. Здравомыслова]. — [изд. 2-е, перераб. и доп.]. — М. : Юристъ, 2000. — 480 с.

**ON METHODOLOGICAL PRINCIPLES OF RESEARCH
OF ADDITIONAL PUNISHMENTS FOR MINORS**

N. Kovtun

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

In the article the author examines some general theoretic and methodological principles of research of additional punishments which can be applied to juvenile delinquents. It is stressed on the observance of the rules of formal and dialectical logic while researching criminal and legal notions.

Key words: additional punishments, minors, system of punishments.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ЗЛОЧИНИ ПРОТИ СВОБОДИ ВІРОСПОВІДАННЯ: ПИТАННЯ НАСТУПНОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

В. Маркін

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

З'ясовано поняття наступності кримінального законодавства та на його основі досліджено наступність кримінального законодавства про злочини проти свободи віросповідання.

Ключові слова: наступність кримінального законодавства, наступність кримінально-правових норм, межі кримінально-правової охорони, обсяг кримінально-правової охорони.

Процес розбудови в Україні правової держави неможливий без перегляду та вдосконалення гарантій, що забезпечують правову охорону свободи віросповідання. Переосмислення значущості цих гарантій та формування їх цілісної системи є необхідною умовою забезпечення права „... сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культи і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність” [1], адаптації чинного законодавства до світових зразків.

З прийняттям Кримінального кодексу (далі – КК) 2001 р., система кримінально-правових гарантій забезпечення свободи віросповідання зазнала кардинальних змін. Так, до чинного КК включено три нові кримінально-правові норми (ст. 178, ст. 179, ч. 2 ст. 180), виділено кваліфіковані склади злочинів (ч. 2 ст. 181), змінено формулювання диспозицій статей, перебудовано їх санкції тощо. Ці та інші зміни потребують невідкладних наукових досліджень, які, з одного боку, виявлять недоліки аналізованих норм, а з іншого – покажуть шляхи удосконалення кримінального законодавства.

Однак здійснення глибоких досліджень немислиме без використання історичного досвіду кримінально-правової охорони свободи віросповідання, у тому числі вивчення проблем наступності кримінального законодавства. Звернення до попереднього КК, порівняння його положень з чинним КК не лише забезпечать уникнення негативного досвіду минулого і повторення власних помилок. Такі порівняння дають змогу побачити кримінальне законодавство «в динаміці», зрозуміти логіку законодавця при прийнятті нового закону.

Незважаючи на відносну поширеність поняття наступності як у науковій, так і в публіцистичній літературі, дослідженням цього правового феномена присвячено невелику кількість робіт. Це монографії Г.В. Швекова [2] та Н. Неновски [3], дисертаційні дослідження В.О. Рибаківа [4], Т.В. Наконечної [5], О.В. Родіни [6], Л.В. Авраменко [7]. Питання наступності кримінального законодавства та права на сьогодні майже не досліджені, а чи не єдиною цілісною працею щодо цієї проблематики є монографія В.О. Навроцького [8].

Що ж стосується кримінального законодавства про злочини проти свободи віросповідання, то в українській кримінально-правовій літературі питання його

наступності окремо не досліджені. Водночас необхідність такого дослідження є очевидною, адже воно дасть змогу: простежити зміну підходів законодавця щодо меж і способів кримінально-правової охорони свободи віросповідання, переоцінки ним суспільної небезпеки тих чи інших діянь; визначити законодавчий підхід щодо місця відповідних норм в системі Особливої частини КК тощо.

Перш ніж розпочати дослідження питань, пов'язаних з наступністю кримінального законодавства про злочини проти свободи віросповідання, потрібно з'ясувати, що ж собою становить наступність права та наступність кримінального законодавства.

Одним із перших спробував визначити поняття наступності соціалістичного права В.О. Рибаків. Упустивши ідеологічні моменти та дещо скоротивши наведене визначення, можна сказати, що автор зводить наступність права до об'єктивно існуючого зв'язку, що полягає у збереженні та використанні елементів попереднього правового розвитку [4, с. 11].

По суті, аналогічні формулювання ми знаходимо ще у двох дисертаційних дослідженнях.

Зокрема, О.В. Родіна розуміє наступність у праві, як об'єктивно існуючий зв'язок між етапами його розвитку, зміст якого виявляється у збереженні елементів попереднього розвитку права в наступному [6, с. 40].

Вказівкою на зумовленість наступності відрізняється визначення, запропоноване Т.В. Наконечною: „наступністю у праві є зв'язок між різними ступенями розвитку права, обумовлений діалектичною єдністю перервності і безперервності економічних та інших суспільних відносин та «власним» розвитком права” [5, с. 24].

Звичайно, можна полемізувати з авторами щодо повноти та точності запропонованих ними дефініцій, однак доводиться констатувати, що поняття наступності у праві трактують майже однозначно. Передусім, наступність – це генетичний, внутрішньо притаманний праву зв'язок між певними стадіями його розвитку. Сутність його полягає у збереженні, перенесенні й використанні окремих елементів попередньої стадії розвитку права в наступній.

Загалом варто погодитись з таким підходом до розуміння наступності, адже він відображає базові, ключові риси цього явища. Щоправда, варто зазначити, що наступність – поняття багатогранне. Тому теоретично її можна розглядати як сам процес запозичення, пристосування окремих елементів права, або ж як результат такого процесу. Крім того, важко заперечувати і той факт, що наступність – це також універсальна закономірність права.

Що ж потрібно розуміти під наступністю кримінального законодавства ?

На думку В.О. Навроцького, це такий зв'язок між двома законами, які визначають злочинність і караність діяння та інші його кримінально-правові наслідки, за якого в новому нормативному акті зберігаються основні ознаки, які визначають змістовну і формальну характеристику кримінального закону [8, с. 29].

Загалом ми підтримуємо запропоноване науковцем трактування наступності у кримінальному законодавстві. Річ навіть не в тому, що таке визначення залишається єдиним з відомих автору визначень цього явища у кримінально-правовій літературі.

Приваблює інше: наведене визначення акумулює в собі найсуттєвіші ознаки цього правового феномена. До позитивів запропонованої дослідником дефініції потрібно зачислити: її інформативність, доступність формулювання; вказівку на те, що наступність у кримінальному законодавстві можлива між нормативними актами однакової юридичної сили; вказівку на види наступності – змістовну і формальну.

Водночас, вважаємо за необхідне дещо уточнити і доповнити наведене автором визначення. Для цього пропонуємо звернути увагу на такі моменти.

По-перше. На сучасному етапі розвитку кримінального законодавства його наступність може виявлятися лише в положеннях КК України. Тому, так би мовити, предметом наступності кримінального законодавства на сьогодні треба вважати КК України в цілому. Такий висновок можемо зробити не тільки з ст. 3 КК 2001 р., але й він зумовлений існуючими на сьогодні в правовій доктрині України підходами до систематизації законодавства. Інші нормативно-правові акти, окремі положення яких фактично змінюють межі кримінальної відповідальності за ті чи інші діяння, не можуть бути предметом наступності кримінального законодавства.

По-друге. Сама суть наступності будь-якої галузі законодавства передбачає, що зіставлять, порівнювати можемо лише положення, які або є чинними, або ж були чинними. Порівняння положень, які ніколи не діяли, а отже і не становили законодавства, не повинно включатися і в поняття його наступності. Саме тому поняттям наступності кримінального законодавства не охоплюється наявність зв'язку, спільних рис між КК, який набув чинності, та його попередніми проектами, між вже чинним КК та проектами нового, пропозиціями щодо його вдосконалення. Такий зв'язок може входити до більш широкого за обсягом поняття наступності кримінального права.

По-третє. Крім відомих правовій літературі „формального” та „змістовного” видів наступності ми пропонуємо виділяти третій її вид – „змістовно-формальний”. До цього виду наступності кримінального законодавства потрібно зачислити, зокрема, наступність у назвах розділів Особливої частини (формально – це назва структурної одиниці КК, а змістовно така назва відображає родовий об'єкт розміщених у розділі злочинів); наступність у розміщенні статей (їх груп) між окремими розділами Особливої частини тощо.

І, по-четверте. Очевидно, що „змістовний” вид наступності кримінального законодавства виявляється, насамперед, у наступності кримінально-правових норм. Проте, зведення наступності кримінального законодавства лише до наступності конкретних кримінально-правових норм необґрунтовано звужує межі досліджуваного явища, ототожнює різні за змістом та обсягом поняття.

Видається, що в кримінальному законодавстві можлива і так звана „негативна” наступність, про яку свого часу писав Г.В. Швеков [2, с. 5]. З метою обґрунтування своєї позиції звернемось до прикладу. Відомо, що ст. 178 КК „Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків” не мала аналога в КК 1960 р. Чи означає це, що в частині кримінальної-правової охорони релігійних споруд і культових будинків у положеннях КК 1960 р. та чинного КК не має елементів наступності? Мабуть, це не так. Аналіз обох кодексів дає підстави констатувати, що практично усі випадки зруйнування чи пошкодження релігійних споруд або культових

будинків (про які йдеться у ст. 178 КК 2001 р.) охоплювалися і нормами КК 1960 р. Приймаючи КК 2001 р., законодавець вирішив змінити спосіб кримінально-правової охорони релігійних споруд і культових будинків, увівши до кодексу ст. 178. Водночас, межі і обсяг кримінально-правової охорони цих об'єктів не змінилися. З огляду на наведене, ми схильні вважати, що у цьому випадку наявні елементи наступності кримінального законодавства.

Отже, можна говорити, що наступність у кримінальному законодавстві можлива і в обсязі кримінально-правової регламентації тих чи інших суспільних відносин. В Особливій частині КК це може виявлятися у збереженні меж і обсягів кримінально-правової охорони певних суспільних відносин при зміні способу такої охорони. Коли ж спосіб також не зазнає змін, елементи наступності потрібно шукати, насамперед, у кримінально-правових нормах.

Беручи до уваги вищенаведене, можна дійти висновку, що наступність кримінального законодавства – це об'єктивно існуючий зв'язок між чинним КК та кримінальним законодавством, що втратило чинність, який виявляється у збереженні, перенесенні й використанні у новому КК основних змістовних, формальних або ж змістовно-формальних елементів попереднього кримінального законодавства. Наступність змістовних елементів може проявлятися як у наступності окремих кримінально-правових норм чи їх груп, так і в збереженні меж та обсягів кримінально-правової регламентації суспільних відносин.

Спробуємо дослідити питання наступності кримінального законодавства щодо злочинів проти свободи віросповідання.

Як було зазначено, КК 1960 р. не містив окремої статті, яка б передбачала кримінальну відповідальність за пошкодження чи зруйнування релігійних споруд чи культових будинків. Не містив він і статті про незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь. Тому щодо наступності норм ст. ст. 178 і 179 КК 2001 р. говорити не доводиться. Її елементи (йдеться про наступність) потрібно шукати у межах і обсягах кримінально-правової охорони релігійних споруд, святинь і культових будинків обома КК. З огляду на це, треба визначити ті норми КК 1960 р., якими охоплювалися, а також статті, за якими могли кваліфікуватися діяння, передбачені ст. ст. 178 і 179 КК 2001 р.

Відомо, що КК 1960 р. диференціював кримінальну відповідальність за посягання на власність залежно від форм останньої. Тому відповідальність за знищення чи пошкодження майна (крім його спеціальних видів) могла наставати за різними статтями, що були розміщені в різних розділах – ст. 89 „Умисне знищення або пошкодження державного чи колективного майна” або ст. 145 „Умисне знищення або пошкодження індивідуального майна громадян”. Оскільки в обох випадках йдеться про будь-які види майна, то випадки зруйнування чи пошкодження релігійних споруд або культових будинків охоплені нормами зазначених статей. Однак повною мірою такі випадки були охоплені лише нормою ст. 89 КК 1960 р. За ч. 1 ст. 145 КК 1960 р. могла наставати відповідальність лише у випадках, коли таке знищення або пошкодження завдало значної шкоди потерпілому.

Окрім того, за певних обставин, пошкодження чи зруйнування релігійних споруд або культових будинків могло бути кваліфіковано і за іншими статтями КК

1960 р., зокрема, за: ст. 60 „Диверсія” (у тих випадках, коли зруйнування релігійних споруд чи культових будинків відбувалося з метою ослаблення держави та було спрямоване на масове знищення людей, заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди їхньому здоров'ю); ст. 66 „Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної приналежності чи ставлення до релігії” (коли пошкодження або зруйнування релігійних споруд чи культових будинків було спрямовано на розпалювання релігійної ворожнечі та ненависті або ж тоді, коли такі дії слугували способом образи релігійних почуттів громадян); ст. 71 „Масові безпорядки” (у випадках, коли таке знищення було наслідком організації масових безпорядків чи активної участі в них); ст. 206 „Хуліганство” (коли таке пошкодження чи зруйнування грубо порушувало громадський порядок і виражало явну неповагу до суспільства); ст. 207 „Знищення і зруйнування пам'яток історії і культури” (у випадку, коли такі релігійні споруди чи культові будинки були пам'ятками історії і культури, взяті під охорону держави).

Злочин, передбачений ст. 179 КК 2001 р., може вчинятися у трьох формах: незаконне утримання, осквернення або знищення релігійних святинь. Оскільки випадки знищення таких святинь могли, по суті, кваліфікуватися за тими ж статтями КК 1960 р., що і зруйнування релігійних споруд чи культових будинків, розглянемо дві інші форми цього злочину – незаконне утримання і осквернення.

Аналіз статей КК 1960 р. дає підстави зробити висновок про те, що випадки незаконного утримання релігійних святинь майже повністю охоплювалися нормою ст. 198 КК 1960 р. „Самоуправство”. Адже вже саме значення цих святинь, їх соціальна цінність дозволяє стверджувати, що незаконне утримання таких об'єктів заподіює суттєву шкоду (як суспільно-небезпечний наслідок у ст. 198) віруючим, позбавляє їх можливості реалізовувати свої конституційні права.

У випадках, коли незаконне утримання релігійних святинь було спрямоване на розпалювання релігійної ворожнечі та ненависті, або ж тоді, коли в таких діях виражалася образа релігійних почуттів громадян, вчинене охоплювалося нормою ст. 66 „Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної приналежності чи ставлення до релігії”.

Щодо такої форми розгляненого нами злочину, як осквернення релігійних святинь, то за КК 1960 р. такі випадки підпадали під ознаки ст. 206 „Хуліганство”. В окремих випадках кримінальна відповідальність могла наставати також за ст. 66 „Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної приналежності чи ставлення до релігії” (тоді, коли осквернення було спрямоване на розпалювання релігійної ворожнечі або ж тоді, коли такі дії слугували способом образи релігійних почуттів громадян); ст. 207 „Знищення і зруйнування пам'яток історії і культури” (коли осквернення релігійної святині, що є пам'яткою історії та культури, взятою під охорону держави, спричинило її зісування); ст. 212 „Глум над могилою” (якщо релігійна святиня становила собою могилу).

Потрібно зазначити, що наводити вичерпний перелік статей, за якими могли кваліфікуватися досліджувані діяння, навряд чи потрібно. Тому за певних обставин такі діяння могли бути кваліфіковані за іншими статтями (наприклад, ст. ст. 165, 167 і ін.) КК 1960 р.

Заслужовує на увагу питання наступності термінології ст. ст. 178 і 179 КК 2001 р., а точніше – використання у статтях термінів „зруйнування” і „осквернення” для позначення окремих форм вчинення цих злочинів.

І в КК 1960 р., і в КК 2001 р. терміни „руйнування” і „зруйнування” вживалися і вживаються паралельно з терміном „знищення”. Причому, якщо в певній статті КК 1960 р. вжито термін „зруйнування” („руйнування”), то і в нормі-наступниці КК 2001 р. використовують саме цей термін. Як бачимо, законодавець не підміняє, не плутає ці терміни.

Показовими у цьому плані є положення вже згадуваної нами ст. 207 КК 1960 р. та її наступниці – ст. 298 КК 2001 р. В обох статтях терміни „знищення” і „зруйнування” вжито законодавцем для позначення альтернативно названих форм вчинення злочину: „умисне знищення, зруйнування ...” [9], „умисне незаконне знищення, руйнування ...” [10]. Усе це схиляє до висновку про те, що сам законодавець розрізняв і розрізняє позначувані термінами поняття, надає їм дещо іншого змісту.

Зупиняйтесь на питаннях обґрунтованості та необхідності такого розрізнення ми не будемо (оскільки це виходить за межі нашого дослідження), а лише констатуємо таке: і в КК 1960 р., і в КК 2001 р. законодавець не ототожнює поняття знищення і зруйнування.

Щодо терміна „осквернення”, то в КК 1960 р. його не вжито. Водночас у КК 1960 р. використано подібний за змістом термін „глум” (ст. 187-2 „Глум над державною символікою”, ст. 212 „Глум над могилою”). У чинному КК законодавець вирішив дещо урізноманітнити термінологічний апарат і використати ще інші терміни – „осквернення” та „наруга”. При цьому, якщо в згаданих ст. 187-2 і ст. 212 КК 1960 р. використано термін „глум”, то в статтях-наступницях вже фігурує термін „наруга” (ст. 297 „Наруга над могилою”, ст. 338 „Наруга над державними символами”). Очевидно, що використання такої кількості подібних за змістом термінів не сприяє їх правильному розумінню і, відповідно, однаковому застосуванню чинного КК.

Найбільш повно елементи наступності кримінального законодавства про злочини проти свободи віросповідання виявляються у наступності норм, передбачених ст. ст. 180 та 181 КК 2001 р., адже обидві статті мали свої відповідники і в КК 1960 р.

Стаття про кримінальну відповідальність за перешкоджання відправленню релігійних обрядів існувала у всіх радянських КК. Таку кримінально-правову заборону містив КК 1922 р. (ст. 125) [11], КК 1927 р. (ст. 115) [12] та КК 1960 р. (ст. 139) [10]. Причому формулювання диспозиції цієї норми у них майже збігалось – відповідальність встановлювалася за „перешкоджання відправленню („виконанню” – КК 1922 р., КК 1927 р.) релігійних обрядів, оскільки вони не порушують громадського („суспільного” – КК 1922 р., КК 1927 р.) порядку і не супроводжуються замахом („і не зазіхають” – КК 1922 р., „і не супроводжуються посяганням” – КК 1927 р.) на права громадян” [10].

Цікавим є те, що й санкція вказаних норм протягом цього періоду також залишалася практично без змін. За КК 1922 р. та КК 1927 р. до винного могли застосовуватися примусові роботи (виправно-трудові роботи) на строк до шести місяців. У КК 1960 р. санкцію було пом’якшено – виправні роботи на строк до шести місяців або громадська догана.

Якщо ж порівнювати ст. 139 КК 1960 р. та ст. 180 КК 2001 р., то можна стверджувати, що в чинному КК регламентація відповідальності за перешкоджання здійсненню релігійного обряду зазнала суттєвих змін.

1. КК 1960 р. містив положення, відповідно до якого кримінально-каране перешкоджання відправленню релігійних обрядів мало місце лише за умови, що такий обряд не порушує громадський порядок і не супроводжується замахом на права громадян. В іншому випадку релігійний обряд виходив за межі кримінально-правової охорони і перешкоджання його відправленню не спричинювало кримінальної відповідальності за ст. 139 КК 1960 р. У КК 2001 р. законодавець обрав вдаліший спосіб формулювання диспозиції аналогічної норми. В ст. 180 вже йдеться не про законність самого релігійного обряду, а про незаконність перешкоджання його здійсненню. Мабуть таке зміщення акцентів можна пояснити зміною державної політики у сфері релігії і церкви, зокрема, розширенням прав віруючих та релігійних організацій щодо форм і способів задоволення своїх релігійних потреб, здійснення релігійної діяльності.

2. Склад злочину, передбачений ст. 139 КК 1960 р., було сформульовано як формальний і визнано закінченим з моменту вчинення діяння, яке перешкоджало відправленню релігійних обрядів [13, с.397; 14, с.346; 15, с.384]. При цьому не мало значення те, чи таке діяння спричинило до зриву релігійного обряду, чи ні. У чинному КК для притягнення винного до відповідальності за ст. 180 потрібно настання наслідків у вигляді зриву або загрози зриву релігійного обряду. Як бачимо, склад злочину – матеріальний. З огляду на це випадки перешкоджання здійсненню релігійного обряду, що не зірвало релігійний обряд і не створило загрозу його зриву, (які за КК 1960 р. були визнані закінченим злочином) за КК 2001 р. потрібно розглядати як замах на перешкоджання здійсненню релігійного обряду.

3. З прийняттям нового КК законодавець переоцінив суспільну небезпеку випадків злочинного перешкоджання здійсненню релігійного обряду, про що свідчить санкція ст. 180 КК 2001 р. Там йдеться вже не про виправні роботи або громадську догану, а про такі види покарання як: штраф (до п'ятдесяти н. м. д. г.), арешт (строком до шести місяців) та обмеження волі (на строк до двох років).

4. У ст. 180 КК 2001 р. з'явилася частина друга, яка містить окремий склад злочину – „примушування священнослужителя шляхом фізичного або психічного насильства до проведення релігійного обряду” [9]. Стосовно цього нововведення треба звернути увагу на таке: а) оскільки КК 1960 р. не містив такої норми, випадки застосування насильства до священнослужителя були охоплені іншими нормами цього КК (зазвичай нормами про злочини проти здоров'я особи); б) у ч.2 ст.180 чинного КК визначено відповідальність лише за примушування священнослужителя до „проведення релігійного обряду”. Судячи з логіки законодавця, випадки примушування священнослужителя до невиконання релігійного обряду, є одним з можливих способів його перешкоджання і повинні бути кваліфіковані за ч. 1 ст. 180 КК.

Стаття про відповідальність за посягання на здоров'я громадян під приводом виконання релігійних обрядів уперше з'явилася в КК 1960 р. За період свого існування стаття кілька разів зазнавала змін і доповнень, проте остання її редакція майже повністю збігається з ч. 1 ст. 181 КК 2001 р.

Звертає на себе увагу і те, що на відміну від КК 1960 р. (де стаття про посягання на здоров'я громадян під приводом виконання релігійних обрядів містилася в главі Х „Злочини проти громадської безпеки, громадського порядку та народного здоров'я”), у чинному КК така сама стаття розміщена у розділі V „Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина”. Звичайно, однозначно пояснити таке рішення законодавця важко. Видається, що розміщення норми, передбаченої ст. 181 КК 2001 р., у розділі V зумовлене: а) зміною підходу законодавця до розуміння родового об'єкта цього злочину; б) його прагненням забезпечити комплексність кримінально-правової охорони свободи віросповідання, розмістивши статті, що забезпечують таку охорону послідовно, в межах одного розділу.

Що стосується відмінностей між розгляненими статтями, то до них потрібно зачислити такі.

1. У КК 2001 р. виправлений недолік у назві аналогічної статті. В КК 1960 р. стаття називалася „Посягання на здоров'я громадян під приводом виконання релігійних обрядів”, тоді як в диспозиції йшлося не лише про релігійні обряди, а й про релігійні віровчення. У КК 2001 р. назва статті змінена – „Посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів”. Мабуть і таке формулювання статті не повністю досконале, адже в ст. 181 КК 2001 р. проповідування релігійних вчень чи виконання релігійних обрядів поєднується не лише з заподіянням шкоди здоров'ю людей, але і з статевою розпущістю, що у назві статті не відображено.

2. У КК 2001 р. законодавець суттєво пом'якшив санкцію досліджуваної норми. В ст. 209 КК 1960 р. встановлено один вид покарання – позбавлення волі (на строк до п'яти років). Чинний КК знизив максимальну межу цього покарання та увів альтернативне – позбавлення волі на строк до трьох років або обмеження волі на той самий строк.

3. Сучасна редакція ст. 181 КК 2001 р. (на відміну від ст. 209 КК 1960 р.) складається з двох частин. У ч. 2 законодавець передбачив кваліфікований вид складу злочину – „ті самі дії, поєднанні з втягуванням в діяльність групи неповнолітніх” [9]. На перший погляд, у ч. 2 ст. 181 йдеться про спеціальний вид втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність, що загалом відповідає „традиції” КК 2001 р. Проте це не зовсім так. У ч. 2 ст. 181 йдеться про втягування неповнолітніх в діяльність групи. Керуючись формулюванням ч. 1 ст. 181 КК 2001 р., сама участь у групі чи участь у її діяльності не тягне кримінальної відповідальності (адже злочинною вважається лише організація або керівництво групою). Для учасників групи (які не є її організаторами чи керівниками) кримінальна відповідальність може наставати лише у випадках, коли діяльність самої групи має злочинний характер. Очевидно, що діяльність групи і злочинна діяльність групи – не одне і те саме.

Твердження про те, що діяльність такої групи завжди має злочинний характер (оскільки вона поєднана із заподіянням шкоди здоров'ю людей або статевою розпущістю) надто сумнівне, адже: а) в більшості випадків шкоду здоров'ю люди заподіюють або самі собі (тривале голодування, самокалічення тощо), або ж це робиться з їх волі; б) самі собою випадки «статевої розпущісті» не тягнуть кримінальної відповідальності.

Враховуючи наведене, ми вважаємо, що норми, передбачені ст. 304 „Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність” і ч. 2 ст. 181 КК 2001 р., не конкурують як загальна і спеціальна. Потрібно думати, що до 1 вересня 2001 р. організація або керівництво такою групою, поєднане із втягненням у діяльність групи неповнолітніх, вміщувала ст. 209 КК 1960 р. У тих випадках, коли діяльність групи мала злочинний характер, випадки втягнення неповнолітніх отримували додаткову кваліфікацію за ст. 208 „Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність” КК 1960 р. та, за наявності відповідних умов, – також і за іншими статтями, що передбачали скоєний неповнолітнім злочин.

Проведене дослідження питань наступності кримінального законодавства про злочини проти свободи віросповідання дає підстави зробити деякі висновки і узагальнення.

I. Наступність кримінального законодавства – це об’єктивно існуючий зв’язок між чинним КК та кримінальним законодавством, що втратило чинність, який виявляється у збереженні, перенесенні й використанні в новому КК основних змістовних, формальних або ж змістовно-формальних елементів попереднього кримінального законодавства.

II. На відміну від КК 1960 р., у чинному КК простежується комплексність законодавчого підходу щодо кримінально-правової охорони свободи віросповідання, його цілісний характер.

III. Елементи наступності ст. ст. 178 і 179 КК 2001 р. виявляються у збереженні обома КК меж і обсягів кримінально-правової охорони релігійних споруд, святинь і культових будинків. Абсолютна більшість випадків протиправних посягань щодо цих об’єктів охоплювалися нормами КК 1960 р. Уведення до КК 2001 р. цих статей свідчить про підвищення законодавчої уваги щодо охорони релігійних прав громадян, переосмислення їх важливості та суспільної значимості.

Аналіз питань наступності термінології обох КК засвідчує: а) у ст. 178 чинного КК (як і в КК 1960 р.) поняття знищення та зруйнування не ототоженені; б) в КК 2001 р. з’ясування змісту кримінально-правового поняття осквернення ускладнюється використанням у ньому подібних за змістом термінів „глум” та „наруга”.

IV. Найповніше елементи наступності кримінального законодавства про злочини проти свободи віросповідання виявилися у наступності норм, передбачених ст. ст. 180 та 181 КК 2001 р.. Зміни та доповнення, яких зазнали ці норми в КК 2001 р., засвідчують спроби їх законодавчого вдосконалення відповідно до системи чинного КК.

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. *Швеков Г. В.* Преимственность в праве : Научно-теоретическое пособие для преподавателей вузов по специальности „Правоведение” / Г. В. Швеков. — Москва : Высш. шк., 1983. — 184 с.
3. *Неновски Н.* Преимственность в праве (перевод с болгарского) / Н. Неновски. — М. : Юридическая литература, 1977. — 168 с.

4. *Рыбаков В. А.* Преимственность в развитие социалистического права : автореф. дис. на соиск. научн. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. / Московский ордена Ленина и ордена Трудового Красного Знамени государственный университет им. М. В. Ломоносова. — М., 1978. — 22 с.
5. *Наконечная Т. В.* Преимственность в развитии советского права : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. / Ордена Ленина и ордена Дружбы народов Академия наук Украинской ССР. Институт государства и права. — К., 1984. — 219 с.
6. *Родина Э. В.* Преимственность принципов советского государственного права : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02. / Московский ордена Ленина и ордена Трудового Красного Знамени государственный университет им. М. В. Ломоносова. — М., 1988. — 194 с.
7. *Авраменко Л. В.* Наступність та запозичення в праві (загальнотеоретичні аспекти) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. / Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. — Х., 2000. — 20 с.
8. *Навроцький В. О.* Наступність кримінального законодавства України (порівняльний аналіз КК України 1960 р. та 2001 р.) / В. О. Навроцький. — К. : Атіка, 2001. — 271 с.
9. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25—26. — Ст. 131.
10. Кримінальний кодекс України : Нормативні акти кримінально-правового значення : (За станом законодавства по 1 вересня 1997 р.). / [автори-упорядники : М. І. Мельник, М. І. Хавронюк]. — Київ : А.С.К., 1997. — 320 с.
11. Кримінальний кодекс УСРР від 23 серпня 1922 року // Збірник Указонень та Розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України. — 1922. — Ч. 36. — Додаток до ст. 553.
12. Кримінальний кодекс Української РСР : Офіційний текст із змінами по 1 вересня 1958 р. та з додатками постатейно-систематизованих матеріалів. — К. : Державне видавництво політичної літератури УРСР, 1958. — 163 с.
13. Кримінальне право України : Особлива частина : підручн. для студентів юрид. вузів і фак. / [Г. В. Андрусів, П. П. Андрушко, С. Я. Лихова та ін. / за ред. П. С. Матишевського та ін.]. — К. : Юрінком Інтер, 1999. — 896 с.
14. *Навроцький В. О.* Кримінальне право України. Особлива частина : курс лекцій / В. О. Навроцький. — К. : Товариство „Знання”, 2000. — 771 с.
15. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. За станом законодавства та постанов Пленуму Верховного Суду України на 25 травня 1994 року : бюлетень законодавства і юридичної практики. Спеціальний випуск / [відп. ред. Я. Ю. Кондратьєв, С. С. Яценко; спец. ред. В. І. Антипов, В. А. Клименко]. — К. : Юрінком Інтер, 1994. — 800 с.

**CRIMES AGAINST THE FREEDOM OF FAITH:
ISSUES OF CONTINUITY OF CRIMINAL LEGISLATION
OF UKRAINE**

V. Markin

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

In the article the notion of continuity of the criminal legislation is studied. On its basis the continuity of criminal legislation on crimes against the freedom of faith has been researched.

Key words: continuity of criminal legislation, continuity of criminal and legal norms, bounds of criminal and legal protection, scope of criminal and legal protection.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ ПРЕДМЕТА ЗЛОЧИНУ У ЗЛОЧИНАХ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ПРАВА СПОЖИВАЧІВ

А. Цюра

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті досліджено питання, що стосуються теоретичних ознак предмета злочину, а також проаналізовано проблему відповідності таким ознакам матеріалізованого виразу споживчих відносин у випадку посягання на них.

Ключові слова: кримінальна відповідальність, предмет злочину, недоброякісна продукція.

Дослідження в теорії кримінального права предмета злочину як конструктивної ознаки складу злочину зумовлене тією обставиною, що предмет злочину є факультативною ознакою загального поняття про склад злочину. Тому у тих випадках, коли предмет передбачено як системну ознаку конкретного складу злочину у КК, правильне встановлення її на практиці має таке ж рівноцінне значення як і визначення ознак будь-якого іншого елемента складу злочину.

Питання щодо наявності чи відсутності предмета злочину у злочинах, що посягають на права споживачів є спірним у науці кримінального права. Так Б.О. Кириш, у праці в якій досліджено окремий злочин проти прав споживачів, не розглядав питання про недоброякісну продукцію у тій частині роботи, яка стосується об'єкта злочину. Натомість це питання науковець з'ясував у частині дослідження, що стосується об'єктивної сторони складу злочину (ймовірно він притримується міркування, що недоброякісна продукція – це засоби злочину) [1, с. 34–39]. Тому з'ясуванню правової природи предмета злочину, а також відповідності матеріалізованого виразу споживчих відносин при порушенні цих відносин до ознак предмета злочину допоможе з'ясувати основне питання у статті: чи можна вважати продукцію, наділену якісно негативними ознаками (оскільки така продукція створює загрозу для прав споживача), предметом у злочинах проти прав споживачів?

З метою правильного визначення предмета злочину у злочинах проти прав споживачів неабияке значення має визначення тієї концепції предмета злочину, через призму якої і шукатимемо відповідну ознаку складу злочину. Як відомо, КК України не містить жодних положень з приводу досліджуваного поняття або правил його встановлення у конкретних складах. Пленум Верховного суду України (далі – Пленум ВСУ), використовуючи поняття „предмет злочину” у своїх постановках, не розкриває його змісту, а лише наводить переліки того, що необхідно визнавати предметом злочину у відповідних складах. Тим не менше, аналізуючи такі переліки, все ж можна опосередковано визначити критерії, які використовує Пленум ВСУ, а тому і одержати визначення предмета злочину, яким керується Пленум ВСУ у роз'ясненні окремих положень кримінального законодавства [2].

У науці кримінального права з'ясуванню питання предмета злочину приділено чимало уваги як у рамках Загальної частини у з'ясуванні змісту цього поняття, так і

в Особливій частині при визначенні предмета конкретних складів. Тим не менше, погляди щодо цього питання серед науковців не є одноставними.

Зацікавлення питанням про предмет злочину у науці кримінального права, а саме – розгляд концепцій предмета, запропонованих окремими науковцями, зумовив дослідження предмета злочину у порядку вирішення таких питань:

- 1) предмет злочину – ознака якого елемента складу злочину?
- 2) що утворює матеріалізований вираз (зміст) предмета злочину?
- 3) які функціональні особливості предмета злочину?
- 4) чи має значення негативність якісних ознак матеріалізованого вираження суспільних відносин у визнанні його предметом злочину в конструкції деяких складів злочинів?

Видається, що вирішення зазначених питань допоможе чітко виявити ознаки певної концепції предмета злочину, на засадах якої і спробуємо встановити, чи навпаки, спростувати наявність предмета злочину у злочинах проти прав споживачів.

1. Питання щодо предмета злочину А.Н. Трайнін досліджував без обґрунтування місця у рамках частини своєї роботи, яка стосувалася факультативних ознак, що характеризують об'єктивну сторону злочину [3, с. 178–181]. Інший вчений Є.А. Фролов зазначав, що оскільки ті або інші злочини вчиняються шляхом впливу на предмет злочину, то фізичні (природні) ознаки у багатьох випадках визначають зовнішню форму злочинних наслідків, а водночас можуть свідчити про тяжкість (розміри) шкоди, заподіяної об'єктові (наприклад, при крадіжці – вартість викраденого). З огляду на це, предмет стосується не лише сфери об'єкта посягання, але й об'єктивної сторони злочину, слугуючи отже своєрідним „перехідним містком” між ними [4, с. 224].

Усе ж ця проблема в науці кримінального права видається вирішеною на користь висновку про те, що предмет злочину – факультативна ознака об'єкта [5, с. 210]. Головним аргументом для такого висновку слугує теза про те, що предмет – це всього лиш окрема складова частина суспільних відносин як об'єкта злочину у тих випадках, коли останні вміщують окрім учасників та соціальних зв'язків, ще і матеріалізований вираз, який часто є або приводом до виникнення відповідних суспільних відносин, або ж підтверджує наявність таких суспільних відносин. Специфіка механізму заподіяння шкоди такому суспільному відношенню полягатиме у тому, що шкода йому заподіюється шляхом вилучення, знищення його матеріалізованого вираження, фактично впливаючи на нього, виконуючи дію над ним. У зв'язку з цим матеріалізоване вираження суспільного відношення визнають предметом злочину і розглядають як ознаку саме об'єкта злочину, а не об'єктивної сторони. Тому висновок, який зробили автори курсу кримінального права, видається слушним, що предмет посягання – це елемент об'єкта посягання, впливаючи на котрий злочинець порушує або намагається порушити суспільне відношення [6, с. 303]. Схожий висновок зробив і Б.С. Нікіфоров, який зазначав, що предмет злочину – це лише складова частина об'єкта злочину – суспільного відношення [7, с. 229]. Звичайно, при визначенні предмета злочину в жодному випадку не заперечується роль цієї ознаки об'єкта у визначенні якісних та кількісних ознак злочинних наслідків як ознаки об'єктивної сторони складу злочину.

Іншого погляду з цього питання дотримується В.Я. Тацій, який стверджує, що предмет злочину є самостійною ознакою складу злочину і завжди стоїть поряд з об'єктом, утворюючи при цьому самостійний елемент складу злочину [8, с. 47, 56]. Щоправда, таку позицію в науці було визнано дискусійною та відповідно підтримано висновок про те, що предмет – це частина суспільних відносин, а отже й об'єкта [9, с. 69]. Науковці надають перевагу позиції, згідно з якою, предмет злочину є складовою об'єкта злочину та нерозривно пов'язаний із суспільними відносинами, які охороняються кримінальним законом [14, с. 11].

Якщо керуватися поглядом, що предмет злочину – це складова частина об'єкта злочину, спробуємо піддати аналізу споживчі відносини як об'єкт злочину і, відповідно, встановити наявність у них матеріалізованого вираження як окремої та необхідної складової споживчих відносин.

Відносини, у яких споживачі реалізують закріплені за ними законодавством права, складаються з приводу набуття продукції, виконання робіт, а також надання послуг з метою забезпечення побутових потреб споживача. Кримінальним правом охороняються споживчі відносини з приводу виготовлення та реалізації продукції, а також виконання робіт або надання послуг, які є якісними, безпечними для життя або здоров'я споживача, його майна, навколишнього природного середовища тощо. Небезпека порушення прав споживача виникає у випадку реалізації йому недоброякісної, небезпечної продукції, надання послуг або виконання робіт, які не відповідають вимогам, що встановлюються окремими законами та підзаконними нормативно-правовими актами [16]. Здійснення суб'єктами підприємницької діяльності такої поведінки на споживчому ринку зумовлює виникнення споживчих відносин, які не відповідають вимогам, що встановлені відповідними нормативно-правовими актами. Приводом до виникнення та існування таких відносин є товари, роботи, послуги, які не відповідають вимогам, що до них ставляться. Така недоброякісна продукція є головним чинником, що зумовлює порушення зв'язків споживчого відношення, котре виникає з приводу виготовлення та реалізації зазначеної продукції споживачеві. Порушення зв'язків фактично ж означає порушення прав споживача, які нормально можуть бути реалізовані за умови непорушності зв'язків споживчого відношення. Охороняє потенційних споживачів від виникнення та розвитку на ринку споживчих відносин, які не відповідають вимогам нормативно-правових актів, зокрема, і кримінальне право. Оскільки порушення прав споживачів призводить до створення загрози або і заподіяння істотної шкоди найвищим соціальним цінностям, закріпленим та гарантованим ст. 3 Конституції України – життю та здоров'ю особи, власності тощо.

Отже, виникнення охоронюваного кримінальним правом споживчого відношення зумовлює наявність у ньому окремої та водночас необхідної складової – продукції, яка може задовольнити певні потреби споживача. Споживче відношення як об'єкт кримінально-правової охорони, без такої складової, як продукція, виникнути не може. Відповідно споживче відношення виникає і одночасно стає об'єктом кримінально-правової охорони за наявності трьох складових: 1) учасники відношення; 2) зв'язки між учасниками відношення; 3) продукція – привід до виникнення споживчого відношення і водночас його матеріалізоване вираження. З'ясувати ж роль

конструктивної ознаки складу злочину, яку виконує матеріалізоване вираження споживчого відношення у випадку його кримінально-правової охорони, спробуємо у подальшому розгляді запропонованих у цій статті питань.

2. Питання про те, що утворює предмет злочину як ознаку складу, є на сьогодні вирішене в науці кримінального права. Науковці спершу висунули тезу про те, що предмет – це речі матеріального світу, з приводу яких виникають охоронювані кримінальним правом суспільні відносини або речі, які посвідчують існування суспільних відносин (документи) [4, с. 221–222]. Така позиція, хоч і була сприйнята в науці, проте повною мірою не відобразила переліку усього того, що визнається предметом злочину у конструкції складу злочину в рамках Особливої частини КК. Очевидно, що таке визначення не охоплює тих випадків, коли предметом злочину визнають, наприклад: відомості, що містять державну таємницю (ст. 111, 114 КК України); конфіденційну інформацію про особу (ст. 182 КК України); відомості про екологічний стан (ст. 238 КК України) тощо. Тому цілком слушно предметом злочину, окрім речей матеріального світу, визнано у науці кримінального права і процеси та явища, через вплив на які заподіюється шкода об'єктам кримінально-правової охорони [7, с. 132]. Роз'яснюючи таку позицію, її автор зазначав, що відносини між людьми в суспільстві часто містять різні стани і процеси, предмети матеріального і нематеріального світу – знаряддя і засоби праці, її предмет і результати, документи, відомості та ін. [7, с. 132].

Окремі науковці висунули і спробували довести тезу про те, що не лише вищеперелічені елементи утворюють зміст предмета злочину, а до таких потрібно зачислити і людей [10, с. 89]. Ще далі у своєму висновку пішов один з авторів курсу кримінального права, зазначаючи, що предметом є той елемент суспільного відношення як об'єкта кримінально-правової охорони, на який безпосередньо впливає злочинець [6, с. 303]. Але наведені висновки виявились спірними, оскільки містять до колізії таких понять, як „предмет злочину” та „потерпілий”.

Існують і новітні інтерпретації питання про те, що утворює зміст предмета злочину. Наприклад, Є.В. Лашук пропонує визнавати предметом злочину матеріальні цінності, що фіксуються органами чуття людини або спеціальними технічними засобами [14, с. 11]. Видається, що визначаючи предмет злочину без зазначення переліку конкретних форм, у яких наявне матеріальне вираження суспільного відношення, ми позбавляємо це поняття чітких, однозначно визначених критеріїв, що, відповідно, може слугувати приводом для неоднозначного вирішення питання про предмет злочину на практиці.

Тому, змістовну складову предмета злочину утворюють саме речі, процеси, явища матеріального світу, через вплив на які заподіюється шкода об'єктові кримінально-правової охорони.

Аналіз чинних статей КК України (наприклад, ч. 3 ст. 204, ст. 225, ст. 227, ст. 327 КК України), які містять ознаки злочинів, що посягають на права споживачів, вказують в основному на такий вид речей матеріального світу, як продукція. Оскільки диспозиції зазначених статей КК є бланкетними, тобто такі, що охороняють суспільні відносини, врегульовані цивільним правом, з'ясувати поняття продукції потрібно, враховуючи положення законодавства України про захист прав споживачів. Згідно зі ст. 1 Закону

України „Про захист прав споживачів” [11] продукція – це товар, робота, послуга, яка виготовляється, виконується, надається для задоволення суспільних потреб.

Продукція як матеріалізоване вираження споживчих відносин, хоча і подане у широкому розумінні (не лише як товар, але і робота, послуга), відповідає вищенаведеному визначенню змістовної складової предмета злочину і, відповідно, охоплене такими поняттями, як речі, процеси, явища матеріального світу, через вплив на які заподіюється істотна шкода споживчим відносинам. Оскільки використання саме продукції з негативними якісними властивостями як приводу до виникнення споживчого відношення створює загрозу настання або настання суспільно-небезпечних наслідків у вигляді порушення охоронюваних кримінальним законом прав споживачів.

3. Функціональні властивості предмета злочину відображають його специфічну ознаку, зміст якої полягає у поведінці суб'єктів відношення щодо предмета цього відношення. Питання щодо функціональних особливостей предмета злочину розкрив Є.А. Фролов, який стверджував, що якщо річ є „пасивною”, якщо над нею вчиняється дія, вона так чи інакше „терпить” вплив (знищується, вилучається, змінюється тощо), то ця річ повинна бути визнана предметом злочину [4, с. 225].

Основною проблемою у визначенні функціонального критерію предмета злочину є розмежування предмета злочину від засобів і знарядь вчинення злочину. Не вдаючись у дослідження відмінностей між засобами та знаряддями вчинення злочину як ознаками об'єктивної сторони злочину (що не входить до предмету цього дослідження), загалом приєднуємось до поглядів Є.А. Фролова, який зазначав, що використання засобів та знарядь злочину має „активний” характер, коли річ застосовують як інструмент впливу на об'єкт [4, с. 225]. Продовжуючи висловлену вище позицію важливо вказати, що засоби і знаряддя вчинення злочину відмежувати від предмета злочину винятково за змістовною складовою неможливо, оскільки як і у предметі злочину це ті ж речі, процеси, явища матеріального світу. Наприклад, вогнепальна зброя, транспортний засіб в одному випадку може бути визнано предметом злочину, а в іншому – засобом або знаряддям вчинення злочину. Відповіддю на питання чи ця річ є предметом, чи навпаки, засобом або знаряддям злочину, слугуватиме саме функціональний критерій (роль, яку виконує річ у момент вчинення злочину). Тому якщо роль „активна” – з допомогою речі, процесу, явища посягають на охоронювані суспільні відносини, використання їх полегшує вчинення злочину, потрібно говорити у такому випадку про засоби або знаряддя злочину. У протилежному випадку, якщо річ, процес, явище є внутрішнім структурним елементом об'єкта кримінально-правової охорони – конкретного суспільного відношення, і тому діють не з їх допомогою, а навпаки, – діяння виконується над річчю, процесом, явищем з метою заподіяння істотної шкоди суспільному відношенню – важливо визнавати таку річ, процес, явище предметом злочину. Висловлена позиція не є новою і підтримується, відповідно, іншими науковцями [14, с. 11].

Запропоновані позиції у рамках задекларованої теми дослідження можна викласти так:

1) використання суб'єктом підприємницької діяльності недоброякісної продукції є приводом до виникнення споживчих відносин, охоронюваних кримінальним законом (тоді недоброякісна продукція – предмет злочину);

2) чи навпаки, реалізація недоброякісної продукції суб'єктом заподіює шкоду вже наявним споживчим відносинам (у такому випадку недоброякісна продукція – засіб вчинення злочину).

Продукція, з приводу якої виникає споживче відношення, є його внутрішнім структурним елементом. Без такого елемента неможливе виникнення споживчого відношення, а якщо немає охоронюваного кримінальним правом відношення – об'єкта кримінально-правової охорони, то відповідно немає на що посягати. Специфіка порушення споживчого відношення якраз і полягає у тому, що реалізація недоброякісної продукції зумовлює виникнення:

1) конкретного споживчого відношення, яке одразу стає об'єктом кримінально-правової охорони;

2) водночас – і порушення цього відношення через використання суб'єктом продукції як приводу до виникнення такого відношення, коли її використовувати не можна.

Отже, реалізація такої продукції спричиняє порушення споживчого відношення так би мовити зсередини. Тоді як знаряддя і засоби вчинення злочину щодо суспільного відношення, на яке посягають, є зовнішніми елементами. Видається, що з таких міркувань продукцію не можна визнати засобом чи знаряддям вчинення злочину, бо саме через вплив на такий структурний елемент споживчого відношення, йому заподіюється істотна шкода. Звісно, що такий вплив є специфічним, бо виражається у реалізації продукції, а не як це трапляється у злочинах проти власності – вилучення, знищення тощо.

З функціональною складовою предмета злочину нерозривно пов'язане питання щодо можливості визнання речей, наділених якісно негативними ознаками предметом злочину.

4. Найдискусійнішим у вченні про предмет злочину є питання про можливість визнання речей, процесів, явищ матеріального світу, які є якісно негативними для соціуму, предметом злочину. Використання ж їх виконує винятково деструктивну для охоронюваного кримінальним правом суспільного відношення функцію. Тезу про те, що „антицінності” не можуть слугувати предметом злочину висловлено у науковій літературі [9, с. 74] та вона широко дискутується [12, с. 71–75]. Видається, що така теза є спірною. Гадаємо, що автор дійшов до такого висновку завдяки концепції, котрою він керувався у визначенні об'єкта злочину, а саме: „об'єкт злочину – цінності” [9, с. 51]. Цінностями ж визнають лише те, що має позитивне значення для суб'єкта. Відповідно про негативне значення для суб'єкта може йтися у випадку реалізації йому недоброякісної продукції, радіоактивно забрудненої продукції, алкогольних напоїв, тютюнових виробів, інших піддакцизних товарів, виготовлених з недоброякісної сировини (матеріалів) тощо. Очевидно, що з погляду обраної науковцем концепції об'єкта злочину, позиція автора є слушною. Але такий погляд на вирішення проблеми предмета не є універсальним, оскільки, по-перше, не відповідає загальнотеоретичним вимогам до предмета злочину, розглянутим вище, по-друге, безпідставно звужує перелік усього того, що на сьогодні визнають предметом злочину на практиці. Тому правильним буде висновок, що речі, процеси чи явища матеріального світу, які хоча і якісно негативні, але є приводами до

виникнення охоронюваних кримінальним правом суспільних відносин, утворюючи внутрішню складову таких відносин, повинні бути визнані у кінцевому підсумку предметом злочину.

Є.В. Лашук розглядаючи досліджуване питання зазначає, що предмет злочину як цінність – це те, що оцінюють, тобто належить до системи відносин між людьми. Критерії оцінки матеріальних речей можуть бути різними: корисність, безпека, соціальне значення тощо. За таких критеріїв науковець виділив види предмета злочину, зокрема, позитивні (матеріальні блага) і негативні цінності (матеріальні антиблага) [14, с. 10].

Відповідно, науковці визнали предметом злочину вогнепальну зброю у складі злочину, передбаченого ст. 262 КК України [13, с. 590], наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги або прекурсори у складі злочину, передбаченого ст. 305 КК [13, с. 680] та ін. Причому такі висновки підтверджуються і положеннями п. 4 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р., № 3, „Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, боєвими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами”, п. 1 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р., № 4 „Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів” [15].

Такою ж логікою вирішення питання доцільно користуватись і у випадку злочинів, що порушують права споживачів.

Унаслідок аналізу конструктивних ознак предмета злочину в науці кримінального права, а також з'ясування відповідно до таких ознак матеріалізованого виразу споживчих відносин у випадку їх порушення, зроблено такі висновки:

1) предмет злочину – складова об'єкта злочину, а у випадку кримінально-правової охорони споживчого відношення важливою складовою є продукція;

2) зміст предмета злочину утворюють: речі, процеси, явища матеріального світу. Продукція (у широкому розумінні товар, робота, послуга) – відповідають ознакам речі, процесу чи явища матеріального світу;

3) функціональною складовою предмета є дії, які виконують над ним (вилучення, знищення). У випадку порушення споживчого відношення продукцію реалізують, уможливаючи тим самим виникнення споживчого відношення, яке не відповідає вимогам у нормативно-правових актів;

4) речі, процеси, явища, які хоча й наділені якісно негативними ознаками в окремих складах злочинів, визнані в науці кримінального права та практиці його застосування предметом злочину. Так само – і у випадку порушення споживчого відношення через використання недобросовісними суб'єктами неякісної, небезпечної продукції потрібно визнавати таку продукцію предметом злочину, оскільки вона є необхідною внутрішньою складовою споживчого відношення. Без такого компонента неможливе виникнення споживчого відношення як об'єкта кримінально-правової охорони.

1. *Кириць Б. А.* Уголовно-правовые средства обеспечения качества продукции / Б. А. Кириць, М. В. Костицкий, В. П. Лисицын и др. — Львов, 1987.
2. Див. напр. : п. 2, 3 постанови Пленуму ВСУ від 25 грудня 1992 р. № 12 із змінами від 4 червня 1993 р., 13 січня 1995 р., 3 грудня 1997 р. „Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності” : Зб. постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах : навч. посібн. / [укл. Б. О. Кириць]. — Львів : ПАІС, 2005. — С. 158; п. 11 постанови Пленуму ВСУ від 25 квітня 2003 р. № 3 „Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності” : Зб. постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах : навч. посібн. / [укл. Б. О. Кириць]. — Львів : ПАІС, 2005. — С. 203.
3. *Трайнин А. Н.* Общее учение о составе преступления / А. Н. Трайнин. — М. : Госюриздат, 1957.
4. *Фролов Е. А.* Спорные вопросы общего учения об объекте преступления // Сборник ученых трудов Свердловского юридического института / Е. А. Фролов. — Свердловск, 1969. — Вып. 10.
5. Див. напр. : Курс уголовного права. Общая часть. / [под ред. проф. Н. Ф. Кузнецовой, доц. И. М. Тяжковой]. — М. : Из-во Зерцало, 1999. — Т. 1 : Учение о преступлении.
6. Курс советского уголовного права : в 5 т. / [под общей ред. проф. Н. А. Беляева, проф. М. Д. Шаргородского]. — Л. : , 1968. — Т. 1 : Часть Общая.
7. *Никифоров Б. С.* Объект преступления по советскому уголовному праву / Б. С. Никифоров. — М. : Госюриздат, 1960.
8. *Таций В. Я.* Объект и предмет преступления в советском уголовном праве / В. Я. Таций. — Х. : Выща школа, 1988.
9. *Фесенко Є. В.* Злочини проти здоров'я населення та системи заходів з його охорони / Є. В. Фесенко. — К. : Атіка, 2004.
10. *Коржанский Н. И.* Объект и предмет уголовно-правовой охраны / Н. И. Коржанский. — М., 1980.
11. Закон України „Про захист прав споживачів” у редакції Закону № 3161-IV від 01.12.2005 // ВВР. — 2006. — № 7. — ст. 84.
12. *Готін О. М.* Випуск або реалізація недоброякісної продукції в умовах ринкової економіки : проблеми кримінальної відповідальності : монографія. / О. М. Готін. — Луганськ : РВВ ЛАВС, 2004.
13. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : За станом законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України на 1 грудня 2001 р. / [за ред. С. С. Яценка]. — К. : А.С.К., 2002.
14. *Лащук Є. В.* Предмет злочину в кримінальному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / Національна академія внутрішніх справ України. — К., 2005.
15. Див. напр. : п. 4 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р., № 3, „Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поведіння зі зброєю, боєвими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи

- радіоактивними матеріалами” // Зб. постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах : навч. посібн. / [укл. Б. О. Кириць]. — Львів : ПАІС, 2005. — С. 227; п. 1 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р., № 4, „Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів” // Зб. постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах : навч. посібн. / [укл. Б.О. Кириць]. — Львів : ПАІС, 2005. — С. 262.
16. Див. напр. : Закон України „Про стандартизацію” від 17.05.2001 р. // Відомості Верховної Ради, — 2001, — № 31, — ст. 145 (зі змінами і доповненнями); Закон України „Про безпечність та якість харчових продуктів” в редакції закону № 2809-IV від 06.09.2005 р. // Відомості Верховної Ради. — 2005. — № 50. — ст. 533.

**THEORETICAL AND PRACTICAL ISSUES OF THE OBJECTS
OF THE CRIME, IN CRIMES VIOLATING
THE CONSUMERS' RIGHTS**

A. Tsyura

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the issues of theoretical signs of the object of a crime. The author has analysed the compliance of the materialized expression of the consumers' relationships, which are the subject of violations.

Key words: criminal liability, object of crime, poor-quality products.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

ОРГАНИ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ У ЧЕСЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ

Р. Драгун

*Західно-чеський університет в Плзні
Сади Тридцятип'ятидесятичників 14, 306 14 Плзень, Чеська Республіка
Email: radimdragoun@seznam.cz*

У статті досліджено функціонування спеціальних поліцейських формувань, органів прокуратури та судових інституцій у Чеській Республіці, які в межах своїх правомочностей здійснюють боротьбу з корупцією.

Ключові слова: корупція, кримінальне право, поліція, прокуратура, суд.

Протягом останнього десятиліття корупція в Чеській Республіці вважається одним з найважливіших антисуспільних явищ, що підтверджується й результатами неодноразових соціологічних опитувань населення, відповідно до яких більшість громадян визнають саме корупцію найбільшою проблемою сучасного суспільства.

Починаючи це дослідження, варто зазначити, що вирішальним, центральним інструментом впливу на корупцію мають бути не кримінальні, а інші, наприклад, господарські, суспільні заходи контролю та впливу. Суттєву роль відіграють і наявність контролю та якість функціонування державного апарату, а також вимоги до фінансової звітності громадських та державних діячів.

Кримінальне право не наділене засобами, які б могли повною мірою перебороти чи хоча б суттєво знизити корупцію або загалом економічну злочинність. Можна погодитись із думкою, що межі кримінального впливу обмежені принципом „благочинної ролі кримінальної репресії” [1, с. 14]. Відтак, заходи кримінально-правового впливу варто застосовувати лише у тих випадках, коли недостатніми або не впливовими стають цивільно-правові, дисциплінарні, економічні та інші можливості контролю, тобто лише тоді, коли з погляду захисту охоронюваних суспільних інтересів інших, крім кримінально-правових варіантів впливу, застосовувати або не доцільно, або ж немає змоги [2, с. 5].

Однак, зважаючи на зазначене, не потрібно робити висновку, що суспільство повністю має відмовитися від заходів кримінально-правового впливу у сфері боротьби з корупцією [3, с. 125].

Зважаючи на це, спробуємо дослідити функції та основні напрями діяльності загальних і спеціалізованих інституцій, на які покладено обов'язок впливати на стан корупції в Чеській Республіці. До них традиційно зачисляють органи поліції, прокуратури та суду.

Орган поліції – це державний орган, завданням якого є активне сприяння прокуратурі у разі здійснення кримінального судочинства, передусім – у вживанні заходів кримінального переслідування [4, с. 211].

Орган поліції, відповідно до параграфу 12 Кримінального кодексу Чеської Республіки (Закон № 141/1961), є „активним органом кримінального судочинства”.

Під органом поліції прийнято розуміти:

- а) формування поліції Чеської Республіки загального призначення;
- б) формування міністерства внутрішніх справ Чеської Республіки, на яке покладено контроль та інспекцію діяльності працівників органів поліції;
- в) органи військової поліції, наділені функцією здійснення слідчих дій стосовно військовослужбовців;
- г) органи в'язничної служби Чеської Республіки – щодо злочинів, вчинених її працівниками;
- д) органи служби безпеки Чеської Республіки – щодо злочинів, вчинених її працівниками;
- е) органи митної служби Чеської Республіки – щодо злочинів, вчинених з порушенням митних правил та про імпорту-експорт товарів.

Центральне місце у боротьбі з корупцією в структурі чеської поліції займає Відділ з викриття корупції та фінансової злочинності служби кримінальної поліції та слідства (далі – ВВКФК). Завдання цього відділу чітко врегульовано Обов'язковою вказівкою президента поліції від 2001 р. (ст. 130), якою роз'яснено функції поліції Чеської Республіки під час здійснення кримінального судочинства, а також інших функцій згідно із Законом № 141/1961 Зб. Про кримінальне судочинство (Кримінально-процесуальний кодекс).

Основним завданням ВВКФК визначено боротьбу зі злочинною діяльністю, пов'язаною з порушенням бюджетних правил, з господарськими злочинами, що посягають на державний бюджет, на майно державних органів та органів місцевого самоврядування, на порушення суспільних відносин у сфері охорони фінансового ринку, страхового та пенсійного фондів, з розтратою цільових фінансових засобів держави, на розтрату закордонних дотацій та державних матеріальних резервів. До сфери діяльності цього підрозділу належить також кримінальна діяльність, закріплена у параграфі 5 Директиви Міністерства юстиції про кодекс прокуратури № 23/1994 Зб.

Позитивом ВВКФК можна вважати те, що його діяльність поширюється на територію усієї держави, а також те, що він наділений правом власними силами готувати працівників з питань боротьби з корупцією та важливими економічними правопорушеннями. Недоліком його діяльності можна вважати недостатнє фінансування працівників ВВКФК порівняно з іншими суб'єктами кримінального судочинства, з огляду на що трапляється періодичний перехід його працівників до інших підрозділів і служб. Значною проблемою є й недостатня кількість серед працівників ВВКФК людей з глибокими знаннями у сфері економіки, які б могли, наприклад, самостійно проаналізувати бухгалтерські документи, фінансові звіти та ін. Сьогодні такого роду діяльність здійснюють із залученням судових експертів або спеціалістів місцевих органів фінансового контролю, які, як свідчить практика, реагують на такі звернення з великою неохотою та протягом досить тривалого часу.

У межах функціональних обов'язків підрозділи кримінальної поліції та слідчі управління округів та управління поліції міста Праги мають сприяти працівникам відділу загальної криміналістики, господарської криміналістики та відділу боротьби з організованою злочинністю. Обласні та міські управління поліції здійснюють

слідчі дії щодо злочинів, верхньою межею покарання за які є позбавлення волі на строк до трьох років. Відділи загальної та економічної криміналістики служби кримінальної поліції та слідства проводять розслідування злочинів, підсудних на першій стадії районним судам.

Відповідно до Закону № 527/1992 Зб. Про Інформаційну Службу Безпеки, на цю службу було покладено захист економічних інтересів Чеської Республіки. Цей закон змінено Законом 154/1994 Зб Про інформаційні служби у Чеській Республіці, відповідно до якого крім Інформаційної Служби Безпеки створювалось ще й Управління із закордонних відносин та інформації. На ці служби покладено обов'язок захисту інформації, важливої для державної безпеки і захисту за кордоном політичних та економічних інтересів Чеської Республіки. Особливо важливим є залучення зазначених служб у випадках, коли злочини пов'язуються з важливою економічною злочинною діяльністю, у тому числі й корупцією, оскільки вони, на відміну від органів поліції, наділені іншими засобами, мають краще фінансування та ін.

Прокуратура, питанням якої у Конституції Чеської Республіки присвячено лише одну статтю (ст. 80), належить до органів виконавчої влади, проте її не віднесено ні до міністерств, ні до інших органів виконавчої влади. До її функцій віднесено представлення громадського обвинувачення у кримінальному судочинстві та інших завдань, покладених на неї законом. Більш чітко завдання прокуратури окреслює Закон № 283/1993 Зб. Про прокуратуру. Згідно параграфу 4 цього закону, прокуратура:

- є органом громадського обвинувачення;
- виконує інші завдання, які ґрунтуються на кримінально-процесуальному кодексі;
- виконує у межах, визначених кодексом, нагляд за дотриманням правових приписів у місцях виконання арешту, позбавлення волі, примусового лікування та інших місцях, де обмежено особисту свободу;
- бере участь у профілактиці злочинності та надає допомогу жертвам злочинів.

З 2000 р. в системі прокуратури Чеської Республіки було створено відділи з важливої економічної та фінансової діяльності при головних прокуратурах (далі – ГП) в м. Празі та м. Оломоуці та при Верховній прокуратурі Чеської Республіки в м. Брно. Функції цих особливих відділів визначені у директиві 23/1994 Зб, а саме – здійснення нагляду за дотриманням законності у період слідства в справах, пов'язаних з умисними злочинами:

а) вчиненими у діяльності банку, інвестиційного товариства або інвестиційного фонду, у разі торгівлі цінними паперами, страховій діяльності, діяльності пенсійних фондів, будівельних ощадних кас та кредитних кооперативів, якщо ними було завдано шкоди на суму не менше 100 млн Кч.;

б) фізичних та юридичних осіб під час здійснення незаконної діяльності суб'єктів, перелічених у п. а, якщо ними було завдано шкоди на суму не менше 100 млн Кч.;

в) якщо ними було завдано шкоду майну держави на суму не менше 50 млн Кч.;

г) якщо злочини вчинено на користь злочинного угруповання;

д) інші злочини, пов'язані з перевищенням влади державним службовцем (параграф 158 Кримінального кодексу – Закон № 140/1961 Зб.) або злочини, пов'язані з підкупом, отриманням хабара чи посередництва у хабарництві (параграфи 160–162 Кримінального кодексу), якщо це було вчинено в період відкриття чи провадження кримінального слідства;

е) щодо злочинів, які стосуються фінансових та економічних інтересів Європейського Союзу.

Створенням цих спеціальних служб законодавство Чеської Республіки наблизилось до відповідних вимог та рекомендацій, визначених Європейським Союзом. Дуже важливим є те, що, з огляду на випадки вчинення злочинів проти фінансів структурних інституцій Європейського Союзу, певну увагу присвячено й захисту їхніх фінансових та економічних інтересів.

Перевагою зазначених відділів є значно нижча завантаженість прокурорів великою кількістю справ, що дає змогу значно пришвидшити їх вирішення, а також те, що прокурорські працівники мають можливість здійснювати нагляд за діяльністю органів поліції. Для ще ліпшого функціонування цих спеціалізованих служб було б бажано збільшити кількість їхніх працівників та розширити їх компетенцію у сфері боротьби з корупцією [5, с. 272].

Систему судів у кримінальних справах передбачено ст. 91 Конституції Чеської Республіки та положеннями параграфу 1 п. 2 Закону № 6/2002 Зб. Про суди та суддів.

Систему судів Чеської Республіки становлять районні, окружні, Головні суди у Празі та Оломоуці, а також Верховний суд.

Право ведення корупційних справ покладено на районні та окружні суди.

На рівні першої інстанції справи може вести винятково районний суд. Окружний суд має право провадити корупційні справи у першій інстанції лише тоді, коли нижня межа позбавлення волі за злочин є не нижчою п'яти років, або коли за злочин передбачено покарання у вигляді виняткової міри покарання. Більшість корупційних справ належать до компетенції судів першої інстанції, тобто до районних судів. До них зачисляють, наприклад, хабарництво (параграфи 160–162 Кримінального кодексу), зловживання владою державним службовцем (параграф 158 Кримінального кодексу), порушення правил проведення публічних кодексів та публічних торгів (параграф 128 а Кримінального кодексу), порушення обов'язку при управлінні чужим майном (пар. 255 Кримінального кодексу) та ін.

До повноважень окружних судів як судів першої інстанції, відповідно до п. 1 параграфу 17 Кримінального кодексу, законодавець зачисляє, наприклад, порушення положень про операції з підконтрольними товарами та технологіями (параграф 124 б Кримінального кодексу), зовнішню торгівлю військовими товарами (параграф 124 д Кримінального кодексу), розголошення інформації у сфері торговельних відносин (параграф 128 Кримінального кодексу) та ін.

Оскільки районні суди мають повноваження на проведення всіх заходів щодо попереднього слідства, саме вони найчастіше видають розпорядження щодо прослуховування та запису із засобів телекомунікації, а також щодо захисту від незаконного прослуховування засобів телекомунікації відповідно до параграфів 88 та 88 а Кримінально-процесуального кодексу. Вони ж мають право видавати

розпорядження щодо затримання осіб та вилучення особистих речей (п. 3 параграфу 159 д Кримінально-процесуального кодексу). Дозвіл на арешт особи видає суддя головного суду (п. 3 параграфу 158 д Кримінально-процесуального кодексу). З огляду на це, вважаємо за доцільне пропонувати створення спеціальних судів (особливих сенатів), що мали б функції ведення корупційних справ.

Позитивним можна вважати досвід боротьби з корупцією у Словаччині, де зараз функціонує Управління спеціальної прокуратури як складова частина Генеральної прокуратури Словацької Республіки. Саме це управління займається кримінальним переслідуванням у сфері корупції та організованої злочинності. Не менш позитивним можна вважати й створення Спеціального суду, на який покладено функцію розгляду справ, що належать до компетенції Управління спеціальної прокуратури.

На завершення можна констатувати, що у Чеській Республіці наявна фактично декларативна зацікавленість політичних партій та органів влади у подоланні корупції, оскільки кожний новий керівник приходять з власним рецептом подолання корупції. Значною мірою могли б посприяти у цій сфері й засоби масової інформації, які б могли підштовхувати державних службовців і компетентні органи до активніших дій.

Водночас варто зазначити, що існуюча нині у Чеській Республіці система органів боротьби з корупцією є досить функціональною і може успішно виконувати завдання у цій сфері. Наслідки ж її діяльності можна назвати хоч і не досконалими, проте задовільними.

-
1. *Novotný Oto* a kol. *Trestní právo hmotný* — I. Obecná část. — Praha : Kodex, 1997.
 2. *Libtal Pavel* a kol. *Podnikání a ekonomická kriminalita v České republice*. — Praha : C.H. Beck, 2001.
 3. *Jelínek Jiří* a kol. *Trestní právo procesní*. — Praha : Eurolex Bohemia, 2002.
 4. *Musil Jan* a kol. *Trestní právo procesní*. — Praha : C.H. Beck, 2003.
 5. *Kluta Karel*. *Ústavní právo*. — Praha : Bohemia Juris Kapitál, 1999.

STATE BODIES OF COMBATTING CORRUPTION IN THE CZECH REPUBLIC

R. Dragoun

*University of West Bohemia in Pilsen
Sady Pmatuicbínku 14, 306 14 Plzeň, Czech republic
e-mail: radimdragoun@seznam.cz*

The article deals with the activity of individual police unities, offices of public prosecution and courts in the Czech Republic with reference to criminal offence of corruption.

Key words: corruption, criminal law, police, office of public prosecution, court.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2008

Прийнята до друку 01.06.2008

ЗМІСТ

ПРАВА ЛЮДИНИ

<i>О. Макаренко</i> АНТРОПОВІДПОВІДНІСТЬ ПРАВА ЯК УМОВА ПІДТРИМАННЯ ВІДКРИТОСТІ СУСПІЛЬСТВА	3
---	---

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>В. Ковальчук</i> ПРО ПРАВОВЕ РОЗУМІННЯ ЛЕГІТИМНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ	12
<i>В. Косович</i> ПРАВОВИЙ ВПЛИВ І ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ: КРИТЕРІЇ РОЗМЕЖУВАННЯ	21
<i>І. Сенюта</i> ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОНОРСТВА В УКРАЇНІ	26

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Г. Гуменюк</i> „САКСОНСЬКЕ ЗЕРЦАЛО” – РІЗНОВИД ІМПЕРАТОРСЬКО ПРАВА	33
<i>М. Кобилецький</i> НОВОМАРКТСЬКЕ (ШРЕДСЬКЕ) ПРАВО.....	44
<i>Р. Савуляк</i> ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТОК ПОСАДИ ІНСТИГАТОРА (ПРОКУРОРА) НА ТЕРИТОРІЇ ПРАВОБЕРЕЖНОЇ УКРАЇНИ ЗА ЧАСІВ РЕЧІ ПОСПОЛИТОЇ.....	52
<i>Ю. Сеньків</i> СУДЕБНИК 1468 РОКУ, ЙОГО СТРУКТУРА, ЗМІСТ ТА ЗНАЧЕННЯ.....	59

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

<i>І. Софінська</i> ТЕРИТОРІАЛЬНА ОСНОВА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ: СТАНДАРТИ ІСНУВАННЯ	65
--	----

АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО

<i>З. Гладун</i> ПРОБЛЕМИ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ.....	72
---	----

<i>І. Личенко</i>	АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ.....	81
<i>І. Тацішин</i>	АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАКРІПЛЕННЯ БЕЗПЕКИ ІНФОРМАЦІЙНИХ ВІДНОСИН У ГАЛУЗІ РЕКЛАМИ.....	88
<i>Т. Тихомирова</i>	ВІДОМЧА МЕДИЦИНА МВС УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ СТРАХУВАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ МЕДИЧНИХ ПРАЦІВНИКІВ	92
<i>Я. Шатковський</i>	ОБОВ'ЯЗКОВЕ МЕДИЧНЕ СТРАХУВАННЯ В УКРАЇНІ: ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЇХ ВИРІШЕННЯ	98

ЦИВІЛЬНЕ, ГОСПОДАРСЬКЕ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

<i>О. Верба</i>	ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ ТА ІНШИХ ОРГАНІВ НА СТАДІЇ ПРИМУСОВОГО ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ НІМЕЧЧИНИ	103
<i>С. Луцк</i>	ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ КОМЕРЦІЙНОГО (ФІРМОВОГО) НАЙМЕНУВАННЯ: ТЕРМІНОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ	112
<i>І. Климовська</i>	ОСОБЛИВОСТІ ПОСЛУГ КОМЕРЦІЙНОГО ПРЕДСТАВНИКА	120
<i>С. Сенік</i>	ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ДОГОВОРОМ СУБПІДРЯДУ У КАПІТАЛЬНОМУ БУДІВНИЦТВІ.....	126
<i>О. Яворська</i>	ОСОБЛИВОСТІ ДАРУВАННЯ ЯК СПОСОБУ БЕЗВІДПЛАТНОГО ПЕРЕДАННЯ МАЙНА У ВЛАСНІСТЬ	135

ТРУДОВЕ ПРАВО ТА ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

<i>Ю. Пилипенко</i>	ЛОКАЛЬНЕ ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВНУТРІШНЬОГО ТРУДОВОГО РОЗПОРЯДКУ.....	144
---------------------	--	-----

ЗЕМЕЛЬНЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО

<i>М. Вацішин</i>	РОЗВИТОК ФЕРМЕРСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ.....	152
-------------------	--	-----

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

<i>Н. Антонюк</i>	
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ	159
<i>А. Бойко</i>	
ОРГАНІЗОВАНА ЕКОНОМІЧНА ЗЛОЧИННІСТЬ У ПЕРІОД ПЕРЕХОДУ УКРАЇНИ ДО РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ	169
<i>Л. Брич</i>	
РОЗМЕЖУВАННЯ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, СПІЛЬНОЮ ОЗНАКОЮ ЯКИХ Є СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНІ НАСЛІДКИ У ВИГЛЯДІ СМЕРТІ ЛЮДИНИ.....	178
<i>В. Бурдін</i>	
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ НЕПЕРЕБОРНОЇ СИЛИ.....	193
<i>Ш. Давлатов</i>	
ПРИЗНАЧЕННЯ ДОДАТКОВИХ ПОКАРАНЬ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН	203
<i>Н. Ковтун</i>	
ДО ПИТАННЯ ПРО МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ ДОДАТКОВИХ ПОКАРАНЬ ДЛЯ НЕПОВНОЛІТНІХ	213
<i>В. Маркін</i>	
ЗЛОЧИНИ ПРОТИ СВОБОДИ ВІРОСПОВІДАННЯ: ПИТАННЯ НАСТУПНОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ.....	220
<i>А. Цюра</i>	
ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ ПРЕДМЕТА ЗЛОЧИНУ У ЗЛОЧИНАХ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ПРАВА СПОЖИВАЧІВ	231

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

<i>Р. Драгун</i>	
ОРГАНИ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ У ЧЕСЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ	240

CONTENTS

HUMAN RIGHTS

<i>O. Makarenkov</i> ANTHROPOLOGY LAW CONFORMITY AS CONDITION FOR OPEN SOCIETY MAINTENANCE.....	3
---	---

GENERAL THEORY OF LAW AND THE STATE

<i>V. Koval'chuk</i> LEGAL UNDERSTANDING OF THE STATE POWER LEGITIMACY: THEORETICO-METHODOLOGICAL ASPECT	12
<i>V. Kosovych</i> LEGAL INFLUENCE AND LEGAL REGULATION: DIFFERENTIATION CRITERIA.....	21
<i>I. Senyuta</i> LEGISLATIVE PROVISION OF DONORSHIP IN UKRAINE.....	26

HISTORY OF THE STATE AND LAW

<i>H. Humenyuk</i> „SAXONIAN MIRROR” – VARIANT OF EMPEROR’S LAW	33
<i>M. Kobyletskyi</i> NOVOMARKT LAW	44
<i>R. Savulyak</i> FORMATION AND EVOLUTION OF PROSECUTOR’S OFFICE IN RIGHT-BANK UKRAINE UNDER REECH POSPOLYTA	52
<i>J. Sen'kiv</i> THE 1468 SUDEBNYK, ITS STRUCTURE, CONTENTS AND SIGNIFICANCE.....	59

CONSTITUTIONAL LAW

<i>I. Sofinska</i> TERRITORIAL BASIS OF LOCAL SELF-GOVERNMENT IN UKRAINE: TYPICAL STANDARDS.....	65
--	----

ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW

<i>Z. Hladun</i> PROBLEMS OF ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY IN THE SPHERE OF HEALTH PROTECTION AND WAYS OF THEIR SOLUTION	72
---	----

<i>I. Lychenko</i>	ADMINISTRATIVE AND LEGAL REGULATION OF RELATIONS IN THE SPHERE OF PROPERTY RIGHT PROTECTION	81
<i>I. Tatsyshyn</i>	ADMINISTRATIVE AND LEGAL FIXATION OF INFORMATION RELATIONS SAFETY IN THE SPHERE OF ADVERTISING	88
<i>T. Tychomyrova</i>	DEPARTMENTAL MEDICINE OF THE MINISTRY OF INTERNAL AFFAIRS OF UKRAINE: PROBLEMS OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY INSURANCE OF MEDICAL WORKERS	92
<i>J. Shatkovskij</i>	COMPULSORY MEDICAL INSURANCE IN UKRAINE: LEGAL ISSUES AND TERMS OF THEIR REALIZATION.....	98

CIVIL, COMMERCIAL LAW AND LAW OF CIVIL PROCEDURE

<i>O. Verba</i>	POWERS OF THE COURT AND OTHER BODIES AT THE ENFORCEMENT PROCEEDINGS STAGE UNDER THE GERMAN LEGISLATION.....	103
<i>S. Ishchuk</i>	THE ESSENCE OF THE TRADE NAME DEFINITION: TERMINOLOGICAL ASPECT.....	112
<i>I. Klymova 'ka</i>	PECULIARITIES OF COMMERCIAL AGENT'S SERVICES	120
<i>S. Senyk</i>	FULFILLMENT OF COMMITMENTS UNDER SUBCONTRACT IN CAPITAL CONSTRUCTION	126
<i>O. Javors 'ka</i>	PECULIARITIES OF DONATION AS MEANS OF FREE ASSIGNATION OF PROPERTY	135

LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW

<i>J. Pylypenko</i>	LOCAL LEGAL REGULATION OF INNER LABOUR ORDERS	144
---------------------	---	-----

LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW

<i>M. Vashchyslyn</i>	EVOLUTION OF FARMING LEGISLATION OF UKRAINE	152
-----------------------	---	-----

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

<i>N. Antoniuk</i>	ISSUES OF CRIMINAL-LEGAL QUALIFICATION OF CRIMES AGAINST SEXUAL FREEDOM AND SEXUAL INVIOABILITY OF A PERSON.....	159
<i>A. Boyko</i>	ORGANIZED ECONOMIC CRIME DURING THE TRANSITIONAL PERIOD OF UKRAINE TO MARKET ECONOMY	169
<i>L. Brych</i>	DIFFERENTIATION OF THE BODIES OF CRIMES THE COMMON FEATURE OF WHICH LIES IN THE SOCIALLY DANGEROUS CONSEQUENCES OF HUMAN'S DEATH.....	178
<i>V. Burdin</i>	CRIMINAL AND LEGAL SIGNIFICANCE OF IRRESISTIBLE FORCE	193
<i>Sh. Davlatov</i>	INFLECTION OF ADDITIONAL PUNISHMENTS BY THE CRIMINAL LEGISLATION OF FOREIGN COUNTRIES.....	203
<i>N. Kovtun</i>	ON METHODOLOGICAL PRINCIPLES OF RESEARCH OF ADDITIONAL PUNISHMENTS FOR MINORS.....	213
<i>V. Markin</i>	CRIMES AGAINST THE FREEDOM OF FAITH: ISSUES OF CONTINUITY OF CRIMINAL LEGISLATION OF UKRAINE.....	220
<i>A. Tsyura</i>	THEORETICAL AND PRACTICAL ISSUES OF THE OBJECTS OF THE CRIME, IN CRIMES VIOLATING THE CONSUMERS' RIGHTS.....	231

**LAW OF CRIMINAL PROCEDURE
AND CRIMINALISTICS**

<i>R. Dragoun</i>	STATE BODIES OF COMBATTING CORRUPTION IN THE CZECH REPUBLIC	240
-------------------	--	-----

ПАМ'ЯТКА

Вісник Львівського університету Серія юридична виходить два рази на рік.

Редколегія приймає статті на розгляд до **1 лютого** та **1 червня** поточного року.

Для публікації приймаються оригінальні, не опубліковані раніше, відредаговані статті з теоретичних і прикладних проблем правознавства, які відповідають сучасному рівню розвитку юридичної науки і мають наукову та практичну цінність.

Підготовка автором статті до публікації передбачає дотримання наступних правил:

• Приймаються статті українською мовою, надруковані на одному боці стандартного аркуша формату А4, шрифтом **Times New Roman**, розмір якого повинен становити **14 pt**, через **1,5 інтервалу**. Текст статті подається у двох примірниках. До статті додаються:

а) **дві рецензії**;

б) **виписка з протоколу** засідання кафедри або іншого навчального чи наукового підрозділу про рекомендацію статті до друку;

в) **дискета 3,5"** з позначкою назви файлу із текстом статті у відповідності до вимог. На дискеті повинен міститися лише **один файл** – файл статті. Файли слід називати за прізвищем автора **латинськими літерами**.

• **Загальні вимоги до статті:**

а) формат файлу у якому знаходиться текст статті має бути сумісним із **Word 2000; Word XP; Rich Text Format (.RTF)**;

б) набір повинен бути здійснений за правилами комп'ютерного набору;

в) обсяг статті не повинен становити менш як 8 сторінок;

г) використовується прийнята для юридичних видань та законодавства система скорочень;

д) автори несуть відповідальність за дотримання авторського права, точність і науковість викладених фактів, відповідність цитат, географічних, історичних назв та власних імен.

• **Вимоги щодо оформлення статті:**

1. Назва статті. Назва статті розміщується посередині. В кінці крапка не ставиться.

2. Автор. Після назви статті повинні міститись перша літера імені автора далі крапка потім пробіл і прізвище. В кінці крапка не ставиться.

3. Назва установи та адреса установи де працює автор (для пошукувачів основне місце роботи) а також якщо є – електронна пошта автора.

Якщо є два автори, то після першого прізвища ставимо одну зірочку " * ", після другого прізвища ставимо дві зірочки " ** ". Відповідно перед назвою першої установи ставимо одну зірочку " * ", перед назвою другої установи ставимо дві зірочки " ** ".

4. Текст резюме українською мовою (3-4 речення).

5. Ключові слова українською мовою.

6. Текст статті. Далі йде основний текст статті.

6.1. Посилання у тексті. Посилання повинні бути поміщені у квадратні дужки. У дужках вказується номер посилання, який у свою чергу повинен співпадати з номером посилання що знаходиться в кінці тексту, далі ставиться кома і пробіл та вказується номер сторінки (номери сторінок). При повторному посиланні на одне й теж джерело номер вказується такий як і в першому посиланні з відповідною вказівкою сторінки.

7. Посилання після тексту. Після основного тексту містяться посилання. Посилання повинні розміщуватися по мірі посилання на них.

8. Назва статті англійською мовою.

9. Автор статті англійською мовою.

10. Назва та адреса установи англійською мовою.

11. Текст резюме англійською мовою (3-4 речення).

12. Ключові слова англійською мовою.

13. Стаття надійшла до редколегії дата.

14. Прийнята до друку дата.

Статті оформлені з порушенням перелічених правил редакція не розглядає і повертає авторам.

Збірник наукових праць

**ВІСНИК
ЛЬВІВСЬКОГО
УНІВЕРСИТЕТУ**

Серія юридична

Випуск 46

Видається з 1961 р.

Підп. до друку 04.07.2008. Формат 70x100/16. Папір друк. Друк на різогр.
Умовн. друк. арк. 19,9. Обл.-вид. арк. 20,3. Тираж 150 прим. Зам. № 27.

Малий видавничий центр юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка
79000, м. Львів, вул. Січових Стрільців, 14.