
ЮРИДИЧНА НАУКА
JURIDICAL SCIENCE

НАУКОВИЙ ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ
№ 6/2012

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ПРАВА

Магрело М.В. Становлення правового імперативу
як соціального регулятора 7

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Дараганова Н.В. Питання щодо застосування різних термінів,
що стосуються осіб, які здійснюють діяльність у сфері публічної
(державної) служби 15

Кагадій М.І. Історія виникнення форми правління в Україні 22

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

Матвійчук А.О. Особисте немайнове право на сприятливе
навколишнє природне середовище в Україні: історичні витоки
та перспективи розвитку 30

Прилуцький Р.Б., Миргородська А.П. Фізичні особи
як суб'єкти цивільного права 40

**ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО,
ГОСПОДАРСЬКЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО**

Нескороджена Л.Л., Чигирик Л.А. Застосування принципу розумності
в господарських та цивільних спорах 48

Прилуцький Р.Б., Саржинська М.П. Банкрутство фізичної
особи – підприємця 53

Прилуцький Р.Б. Договір та звичай як джерела
господарського права України 59

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Дорохіна Ю.А. Юридична особа як суб'єкт кримінальної відповідальності:
сучасний стан та міжнародний досвід 71

Дячук С.І., Дячук І.С. Повторність злочинів
(питання кримінально-правової кваліфікації за сукупністю злочинів) 77

Карпенко М.І., Кравець Н. Кримінальна відповідальність за ухилення
від проходження військової служби: історичний аспект 85

Строкова І.І. Проблеми реалізації кримінальної
відповідальності за злочини проти миру та безпеки людства
на міжнародному та внутрішньодержавному рівні 102

СУДОУСТРІЙ

Кравчук В.М. Правові засади юрисдикції судів в Україні: теорія і практика	110
---	-----

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Мельничук О.І. Особливості міжнародно-правової відповідальності в сфері охорони культурної спадщини	131
---	-----

ФІЛОСОФІЯ І ПРАВО

Малотіна І. П. Філософсько-правові аспекти дефініцій закон і законність у часовій ретроспективі	146
Присухін С.І. Філософсько-правова думка Середньовіччя (конспективний виклад лекції в контексті обміну досвідом викладання навчальної дисципліни «Філософія права» на юридичному факультеті ВНЗ «Національна академія управління», м. Київ)	153

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА

JURIDICAL SCIENCE

НАУЧНЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

№ 6/2012

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ ПРАВА

Магрело М.В. Становление правового императива
как социального регулятора 7

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО

Дараганова Н.В. Вопросы употребления различных терминов
к лицам, которые осуществляют деятельность
в сфере публичной (государственной) службы 15

Кагадий Н.И. История возникновения форм правления в Украине 22

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

Матвейчук А.А. Личное неимущественное право на благоприятную
окружающую природную среду в Украине: исторические истоки и
перспективы развития 30

Прилуцкий Р.Б., Миргородская А.П. Физические лица
как субъекты гражданского права 40

ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО, ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

Нескородженя Л.Л., Чигирик Л.А. Применение принципа
разумности в хозяйственных и гражданских спорах 48

Прилуцкий Р.Б., Саржинская М.П. Банкротство физического
лица – предпринимателя 53

Прилуцкий Р.Б. Договор и обычай как источники
хозяйственного права Украины 59

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

Дорохина Ю.А. Юридическое лицо как субъект уголовной
ответственности: современное состояние и международный опыт 71

Дячук С.И., Дячук И.С. Повторность преступлений (вопросы
уголовно-правовой квалификации по совокупности преступлений) 77

Карпенко Н.И., Кравец Н.В. Уголовная ответственность
за уклонение от прохождения воинской службы: исторический аспект 85

Строкова И.И. Проблемы реализации уголовной ответственности за
преступления против мира и безопасности человечества
на международном и внутригосударственном уровне 102

СУДОУТРОЙСТВО

Кравчук В.М. Правовые основы юрисдикции судов в Украине:
теория и практика 110

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

Мельничук Е.И. Особенности международно-правовой
ответственности в сфере охраны культурного наследия 131

ФИЛОСОФИЯ И ПРАВО

Малютина И.П. Философско-правовые аспекты дефиниций
закон и законность во временной ретроспективе 146

Присухин С.И. Философско-правовая мысль Средневековья
(конспективное изложение лекции в контексте обмена опытом
преподавания дисциплины «Философия права» на юридическом
факультете ВНЗ «Национальная академия управления», г. Киев) 153

JURIDICAL SCIENCE

SCIENTIFIC JURIDICAL JOURNAL
№ 6/2012

CONTENTS

THEORY OF LAW

Magrelo M.V. Genesis of legal imperative as a social regulator 7

CONSTITUTIONAL LAW

Daraganova N.V. Issues of application of different terms in relation to persons who carry out the activity in the field of public and civil service 15

Kagadii M.I. Genesis of the 'form of government' concept in Ukraine 22

CIVIL LAW

Matviichuk A.O. Personal non-property right to a favourable environment in Ukraine: historical background and development perspectives 30

Prylutskiy R.B., Myrgorodska A.P. Natural persons as subjects in civil law 40

COMMERCIAL LAW, ECONOMIC PROCEDURAL LAW

Neskorodzhena L.L., Chygyryk L.A. Application of principle of reasonableness in commercial and civil disputes 48

Prylutskiy R.B., Sarzhynska M.P. Bankruptcy of a natural person – entrepreneur 53

Prylutskiy R.B. Contract and custom as sources of economic law of Ukraine 59

CRIMINAL LAW

Dorokhina I.A. Legal entity as the subject of criminal liability: current state and international experience 71

Diachuk S.I., Diachuk I.S. Recurrence of crimes (criminal law issues of the aggregate of crimes qualification) 77

Karpenko M.I., Kravets N.V. Criminal liability for evasion of military service: historical aspect 85

Strokoza I.I. Problems in enforcement of criminal liability for crimes against peace and mankind safety on international and national levels 102

COURT ORGANISATION

Kravchuk V.M. Legal frameworks of court jurisdiction in Ukraine: theory and practice 110

INTERNATIONAL LAW

Melnychuk O.I. Peculiarities of liability under International law with regard to cultural heritage protection 131

PHILOSOPHY AND LAW

Maliutina I. P. Philosophical and legal aspects of 'law and legitimacy' definitions in time retrospective 146

Prysukhin S.I. Philosophical and legal thought of the Middle Ages (a lecture outline in the context of exchange of experience of teaching a "Philosophy of Law" course at the Faculty of Law, National Academy of Management, Kyiv) 153

СТАНОВЛЕННЯ ПРАВОВОГО ІМПЕРАТИВУ ЯК СОЦІАЛЬНОГО РЕГУЛЯТОРА

М.В. Магрело

*помічник судді Вищого адміністративного суду України;
здобувач Інституту законодавства Верховної Ради України*

Постановка проблеми. Дослідження ролі і значення імперативної норми права (правового імперативу)¹ в регулюванні суспільних відносин навряд чи можливе без з'ясування природи соціального імперативу. У свою чергу розкриття сутності того чи іншого соціального явища передбачає встановлення причин його виникнення, аналізу основних віх його історичного розвитку та сутнісних характеристик протягом певного часового періоду.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблемам дослідження сутності права як соціо-культурного явища, правової норми як балансу диспозитивності та імперативності соціальних норм частково присвячені праці класиків-теоретиків права: Г.Ф. Шершеневича, В.С. Нерсисянца, І.А. Ільїна, Г. Кельзена, Х.Л.А. Харта, С.С. Алексєєва, а також класиків соціальної і політичної теорії: Ф.А. Хайєка, П. Сорокіна тощо. Фундаментальних теоретичних досліджень сьогодні бракує, а основні напрацювання з цієї проблематики в правовій доктрині зосереджені в академічній періодиці (в т. зв. «малому жанрі») – П.М. Рабінович, Е.Е. Максимова, Г.Д. Гриценко та ін.

Мета статті. Дослідити сутнісні характеристики та функції соціального імперативу; проаналізувати процес формування правового імперативу із імперативу соціального; проаналізувати роль та функції правового імперативу як соціального регулятора серед розмаїття альтернативних нормативних систем.

Основні результати дослідження. Питання про імператив як певний абсолют поведінки, відхилення від якого недопустиме або небажане, постає у випадку, коли наявна вірогідність такого відхилення, тобто у багато-чисельних, складно організованих спільнотах індивідів. За первіснообщинного ладу взаємовідносини між його членами настільки прості, а самі індивіди настільки схожі психологічно та однаково організовані фізично, що просто немає необхідності у «штучному» впорядкуванні вкоріненого та природного ладу співжиття.

¹ Для цілей даної роботи термін «імператив» («соціальний імператив») вживатиметься у значенні певного абсолюту поведінки, наслідування якого є необхідним або бажаним і який є продуктом тієї чи іншої системи соціальних норм (у широкому значенні); терміни «правовий імператив», «імператив права» позначатимуть максими поведінки в рамках власне правових норм (у конкретному значенні). – М.Магрело.

На ранніх етапах розвитку людства основна мета та зміст життя зводилися до простого збереження життя у тому вигляді, в якому воно є, до його відстоювання проти грізних та ворожих сил зовнішнього світу. Пройшло всього декілька тисячоліть, перш ніж життя людини перестало бути виключно «боротьбою за виживання»².

Таке збереження консервативних устоїв життя ґрунтувалось на певних засадничих основах – моделях поведінки, які забезпечували збереження добре відомого та убезпечували встановлений життєвий уклад від проникнення невідомих, а тому небезпечних елементів. Однак, ці моделі носили стихійний характер та були скоріше звичками, ніж нормами, оскільки колективно-родове усвідомлення необхідного, а також його формулювання у формі конкретного права відбувається значно пізніше.

У зв'язку з цим виникає питання про історичність права у його нинішньому розумінні: а саме про момент виникнення власне права, а також його характерні особливості. Питання, здавалося б, напрочуд тривіальне, але від його вирішення залежить не лише принципіальна побудова національних правових систем, а й розуміння одних й тих самих правових інститутів спеціалістами різної національної приналежності. Свого часу ще І. Кант зазначав що: «Питання, що таке право? – може так само збентежити правника ... як горезвісне питання що є істина?, – звернене до вчителів логіки»³.

Ф. А. Хайек, аналізуючи цю проблему, зазначає, що задля звільнення від інтелектуальної самовпевненості, боючому людина в своїй мудрості свідомо створила всю систему правових та моральних норм, нам слід спочатку розглянути витоки первісної й навіть ще до людської суспільності⁴, у зв'язку з чим критикує представників концепції правового позитивізму від Д. Юма та Ф. К. фон Савіньї до І. Бенґама та Г. Кельзена. Останній, до речі, також зауважує, що словом «право» та його іншомовними еквівалентами позначаються настільки різні поняття, які жодною мірою не можна об'єднати в щось одне⁵.

З цього приводу більш близький до нашого сприйняття російський учений С. С. Алексєєв у своєму комплексному дослідженні природи права, як явища, оперує поняттям «передправо», що свідчить про наявність нормативного регулювання суспільних відносин ще до виникнення національних правових систем⁶.

Зазначені вище дослідники виходять із думки, що право в його найширшому розумінні (як соціальне регулювання) починало існувати в момент і місці, де виникало певне суспільство, будучи його невід'ємним атрибутом, оскільки суспільство як спільність розумних людей неможливе без впорядкування відносин його членів. В різні історичні часи такому регулюванню були притаманні різні риси та різні функції, перш ніж воно набуло ознак права в його сучасному розумінні, тобто позитивного права.

² А.А. Богданов. Цели и нормы жизни. Философия права. Хрестоматия, под.ред. Н.И. Панова. – К.: ІнЮре. – 2002. – 688 с. – С. 535.

³ И. Кант. Метафизика нравов. – М.: Мир Книги, 2007 – 400 с. – С. 73-74.

⁴ Ф.А. Хайек. Право, законодавство та свобода: в 3 т. – Т. I «Правила та порядок». – К.: Сфера. – 1999. – 196 с. – С. 108.

⁵ Г. Кельзен. Чисте правознавство. – К.: Юніверс. – 2004. – 496 с. – С. 43.

⁶ Алексєєв С.С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. – М.: НОРМА – 1998. – с. 80.

Кожне історично конкретне суспільство потребує різного ступеню та міри соціального регулювання. Так, у вікторіанській Англії всіляке стримування жіночої освіти та обмеження можливостей працевлаштування для жінок мало на меті утримання жінок у залежному становищі задля утвердження родини патріархального типу, що була визнана цінністю в дану історичну епоху й обумовлена конкретним типом економічних відносин⁷. При цьому законодавчі норми та судові процеси інколи доходили до абсурду, наприклад карним діянням вважалося розповсюдження літератури на репродуктивну тематику. Однак поч. ХХ ст. ознаменувався розвитком широкого феміністичного руху та утвердженням нових соціальних цінностей в країнах Британської Співдружності, звідки вони розповсюдилися по всьому світові.

Алексеев С.С. в історичній ретроспективі виокремлює доцивілізаційне (доправове) суспільство та етап цивілізації, на якому та у зв'язку з яким формується позитивне право, проходячи у своєму розвитку фази від аморфного стану (передісторія права), до права традиційних суспільств та права в громадянському суспільстві в сучасну епоху. При цьому вирішальним моментом при переході від доцивілізаційного стану до етапу цивілізації стало домінування окремої особистості у зв'язку із появою надлишкового продукту та власності (а відтак і необхідність закріпити автономну свободу такої особистості) на відміну від домінування цілого та інтересів колективних, що полягали в основному у спільному відверненні зовнішніх загроз. Із ускладненням родинно-племінних відносин з'являється все більше відчуття того, що дійсні загрози знаходяться всередині власного роду, ніж у зовнішньому, вже більш-менш відомому світі.

Алексеев С.С. не приділяє уваги аналізу доцивілізаційного соціального регулювання, окреслюючи натомість період виникнення права (позитивного права), що після виникнення нормативного соціального регулювання знаменує собою друге крупне якісне зрушення в історії регулятивної культури⁸. Доцивілізаційне регулювання, як регулювання відносин у суспільстві за допомогою первісно-правових (перед-правових за Алексеевим) норм, докладно проаналізовано у зазначеній трьохтомній праці Хайека Ф.А. з політичної філософії.

Насамперед зазначимо, що Хайек Ф.А., на відміну від Алексеева С.С., в термін право вкладає більш широке значення, практично розуміючи під ним соціальне регулювання Алексеева. Для позначення позитивного права Хайек Ф.А. застосовує термін «законодавство», яке розглядає разом із правом в рамках єдиного розділу «Мінливе поняття права» зазначеної праці.

Як зазначалося вище, людське співжиття неможливе без певного врегулювання відносин в рамках певної людської спільноти, як то первісної родини, чи розвиненого суспільства. В залежності від рівня розвитку тієї чи іншої спільноти різними також є мета соціального регулювання, а також форми впливу на свідомість її членів. Під час аналізу доцивілізаційного соціального регулювання важливо пам'ятати, що воно мало на меті збереження досягнутого рівня життя, носило підсвідомий характер й в силу об'єктивних причин не знаходило будь-якого закріплення й формулювання. Так, на доцивілізаційній стадії розвитку сус-

⁷ Б. Рассел. Брак и мораль. – М.: Крафт+. – 2004. – 265 с. – С. 34-40, 85-100.

⁸ Алексеев С.С. Теория права. – М.: ВЕК. – 1995. – 311 с. – С. 49.

пільства правила, що існували й виконували функцію, важливу для збереження групи, означали просту схильність або нахил⁹ діяти чи не діяти певним чином, будучи частково вродженими (переданими генетично), частково сприйнятими від одноплемінників впродовж спільного проживання в межах роду.

Природно, що такі «масові схильності» були наділені рисами усталеної практики й створили основи для формування первісного звичаю. Як такий вони були одним із вирішальних чинників діяльності та переважали в більшості випадків життя роду. Характерно, що індивід залишався членом групи, доки підпорядковувався усталеним звичаям (спочатку несвідомо, а згодом усвідомлено). Таке підпорядкування витікало спочатку з простого незнання й страху перед невідомими силами природи, а згодом із остраху бути виключеним із групи за порушення правил співжиття, прийнятими у ній. В обох випадках консерватизм поведінкових моделей забезпечувався міфологічними та релігійними віруваннями.

Відтак поведінка індивіда в первіснообщинній спільноті носила безумовний, а отже, імперативний характер й не потребувала нормативного формулювання (втілення в нормі поведінки), оскільки забезпечувалася страхом смерті (від природних, надприродних сил чи внаслідок втрати зв'язку зі своєю соціальною спільнотою) за порушення апріорних, єдино можливих та вірних моделей-празвичаїв. Отже, функціями соціального імперативу¹⁰, який виникає в якості регулятора вже в доісторичній людській спільноті, є:

- збереження сформованого впродовж тривалого часу укладу життя й оберігання його від нових, ворожих, невідомих елементів;
- упорядкування життя в рамках спільноти шляхом задавання певних напрямків розвитку одних відносин й стримування інших.

Пізніше, із ускладненням соціальної структури, класового розшарування та, як наслідок, появи антагоністичних настроїв, виникає об'єктивна необхідність нормативної фіксації соціального імперативу (спочатку символічно-словесно, а згодом і писемно), у зв'язку з чим останній починає виконувати ряд допоміжних функцій:

- функцію засобу подолання перешкоди, що її становить необізнаність індивіда з конкретними фактами дійсності, тобто інформативну функцію;
- функцію улагодження суперечок щодо окремих точок зору на одну й ту саму ситуацію.

Вартує уваги, що, за Хайєком, інформативна функція має першочергове значення для утвердження індивідуальної свободи, яку він характеризує як становище, в якому людям дозволяється користуватися власними знаннями для власних цілей, і в цьому світлі підкреслює відмінності між свободою та рівністю, доводячи, що остання неможлива в соціально-неоднорідному суспільстві. Дійсно, в ситуації, коли різні люди в різний момент опиняються в різних обставинах і багато з цих конкретних обставин відомі лише їм, то функцію з доведення таких обставин до учасників відносин виконує спонтанний порядок ринку¹¹. Очевид-

⁹ Ф.А. Хайек. Вказана праця: Т. I «Правила та порядок». – 196 с. – С. 111.

¹⁰ Тут: вживається для позначення всього комплексу загальнообов'язкових правил, звичаїв та соціальних норм, чинних в конкретному суспільстві (групі), в якості збірного поняття. – М.Магрело.

¹¹ Ф.А. Хайек. Вказана праця: Т. II «Міраж соціальної справедливості». – 200 с. – С. 20.

но, що в ситуації відсутності знання обставин свого безпосереднього середовища неможливо не просто досягнути індивідуальні цілі, а й взагалі мати їх.

У світлі розвитку індивідуальної свободи спадає на згадку гіпотеза Алексєєва С.С., зазначена вище, про зміщення акцентів від колективного до індивідуального, з якою він пов'язує перехід від доцивілізаційного етапу до цивілізації. Тому значення інформативної функції соціальних норм, що є породженням «спонтанного порядку ринку» та визначають поведінку індивіда в кожний конкретний історичний час, важко переоцінити.

Тепер стосовно узгоджувальної функції. У міру того як збільшується коло осіб, між якими необхідна згода для запобігання конфліктам, дедалі меншою стає згода щодо окремих цілей, яких треба досягти¹². Так, коли в суперечці одна сторона посилається на правило, «незмінно дотримуване в минулих випадках, споріднених з теперішньою проблемою, то єдиний можливий вихід для другої сторони – вказати на інше правило, також визнане чинним і так само застосовне до теперішнього випадку, що вимагало б модифікації висновків, зроблених з першого правила»¹³.

Розвиток мови, а також потреба у більш спеціалізованому регулюванні ускладнених соціальних відносин сприяє фіксації наявних соціальних норм, спочатку шляхом їх простого висловлювання, а згодом й письмового закріплення. Необхідність фіксації виникає ще й тому, що «інтуїтивне знання» все рідше спроможне дати відповіді на конкретні ситуації спільноти, яка структурується. З цього приводу варто зауважити, що писане право, на відміну від природного права («передправа»), з'являється значно пізніше й на основі останнього, а соціальні норми встигають пройти значний еволюційний шлях, перш ніж бути сформульованими за допомогою мови.

У зв'язку з цим із еволюції соціального регулювання впливає один надто цікавий момент. Недостатній розвиток мови на ранніх етапах цивілізації не дає змоги повністю зафіксувати фактично сформовану, неписану, однак вже свідому норму-звичай словесно. З цієї причини перші спроби словесного формулювання соціальних імперативів призводять до появи нових норм, котрі від наявних неписаних відмінні як мінімум тим, що вони не повністю відображають усталені в дійсності ситуації.

Іншим важливим аспектом є поява двох видів правил, зафіксованих словесно: описових (фактуальних) та нормативних. Відмінність між ними полягає в тому, що перші покликані констатувати регулярне повторення деякої послідовності дій, в той час коли завдання інших – стверджувати, що ті чи інші послідовності мають відбуватися. Такий стан речей вже вказує на передумови майбутніх уповноважуючих та зобов'язуючих норм у їх позитивному значенні.

Проаналізувавши основні віхи доцивілізаційного соціального регулювання та виявивши його функції й особливості, ми впритул наблизилися до вже частково згаданого цивілізаційного періоду, що знаменує собою епоху формування писаного права. Позначимо основні акценти.

Етап цивілізації характеризується переходом від споживчого до виробничого способу господарювання, а структуризація суспільства відбувається завдя-

¹² Там само. – С. 23.

¹³ Там само. – С. 27.

ки появі приватної власності на засоби виробництва та предмети споживання. Персоніфікація власності, як наслідок відокремлення особистості від групи, а також розширення товарно-грошових відносин викликали потребу в принципово відмінній від попередніх системі соціального регулювання, яка була би спроможна утвердити новосформований лад життя.

У результаті революції системи «передправового» соціального регулювання відбувається розщеплення старих мононорм¹⁴ (тобто первісних імперативів, поєднуючих в собі зачатки звичаю, традицій, моральних настанов) і формування на їх основі відносно відокремленої первісної моралі, корпоративних норм, а також особливого інституціонального утворення – права.

Процес формування права в його теперішньому розумінні проходить декілька ключових стадій. На пізніх етапах розвитку первіснообщинного ладу система соціального регулювання із переважно заборонної набуває ознак заборонно-дозвільної, із поступовим розвитком дозвільних норм в цивілізаційний період. Причому дозвільні норми формуються як в площині політичної влади (із паралельним розвитком суспільно-політичних інститутів), так і в площині приватних відносин. За Алексеевим С.С. таке формування системи дозволів заклало підвалини розвитку двох самостійних «площин» права – публічного та приватного.

Наступною характеристикою цивілізаційного періоду є зміна характеру заборон в системі соціального регулювання. Так, останні змінюють зміст: із засобу забезпечення єдності спільноти перетворюються на засіб фіксації привілеїв, недоторканності статусу окремих суб'єктів цієї спільноти. Досить суттєво, що в ході розщеплення мононорм, заборони, які по суті є безпосередньо соціальними, відходять у сферу моралі, частіш за все в морально-релігійні норми. А вже зі сфери моралі й релігії ці норми, увібравши в себе багато з цих сфер суспільної свідомості, справляють вплив на суспільне життя й – це особливо підкреслимо – сприймаються правом (санкціонуються з боку компетентних суспільно-політичних інститутів).

Тому одразу стає зрозумілим, чому завжди під час формування й розвитку права в якості найближчого джерела юридичного регулювання виступали мораль та релігія, рівно як і те, чому вони завжди поставали як явища значно вищого рівню, ніж право.

В епоху цивілізації соціальне регулювання починає виконувати ряд нових функцій. Так, потреба персоніфікувати, зробити недоторканною власність, а розпорядження нею – безперешкодним, утвердити економічний статус окремих учасників суспільних відносин, необхідність забезпечити для них стабільні економічні зв'язки, постійні, міцні й загальнообов'язкові умови господарської (комерційної) діяльності, надійні й стабільні умови для самостійної, ініціативної діяльності послугували важливим джерелом юридичної форми соціального регулювання: загальнообов'язкової нормативності, формальної визначеності тощо.

Характерно, що приватне право разом із правом публічним виникають із зародженням права як такого і розвиваються паралельно. В умовах цивілізації виявилось необхідним утвердити в суспільстві основоположні гуманітарні начала в житті людей, зумовлені самою природою соціуму, природно-правовими ви-

¹⁴ Алексеев С.С. Теория права. – М.: ВЕК. – 1995. – 311 с. – С. 46.

могами, перш за все закріпити й утвердити природні права людини, належний статус автономної особистості, індивідуальну свободу, котра в рамках економічних відносин породжує право власності, ринкову свободу, свободу договірних відносин, а в соціально-політичній сфері – народовладдя, особисті, політичні та соціальні права і свободи.

Виконати функції такого масштабу виявилося не по силі жодному з раніше існуючих регуляторів – ні мононормам, ні соціальним нормам, що формувалися в результаті розщеплення попередніх. Потрібен був новий, більш потужний регулятор, яким і стало право.

Історія розвитку права характеризується, крім зазначеного, тим, що на ранніх етапах своєї еволюції специфічно-юридичне регулювання було ще недостатньо диференційованим від соціального регулювання в цілому, від альтернативних, неюридичних його різновидів (морального, релігійного, корпоративного тощо). Характерним є й те, що ранні нормативні узагальнення носять елементарний, примітивний характер. Дійсно, найперші писемні пам'ятки права стародавніх цивілізацій (Закони Ману, Закони XII таблиць) та середньовіччя (Салічна Правда, Руська Правда) напрочуд схожі за своїми техніко-юридичними характеристиками. Усі вони – компіляції, що складаються переважно із трьох елементів: рішень по конкретних справах, що їм надане нормативне значення; панівних звичаїв, що відображають усталені зразки поведінки; деяких прямих правотворчих настанов.

Пізніше, в ході культурно-економічного розвитку суспільства в епоху цивілізації, той чи інший елемент спеціально-юридичного змісту права набуває першорядного значення, складає основу майбутнього прогресу. З цього часу розпочинається формування національних правових систем.

Висновок. Правовий імператив є формою соціального імперативу (за природою своєю більш ширшого), формується на його основі (шляхом розщеплення мононорм) та співіснує наряду з іншими системами соціальних норм.

Специфічні характеристики правової норми не просто дозволяють відмежувати її від інших соціальних норм, а й уможливають досягнення цілей, що стоять перед правом як специфічним інституційним утворенням, відмінним від інших соціальних регуляторів. Так, з урахуванням такої ознаки як формальність, право багато в чому є явищем техніко-юридичного, суворо логічного порядку й, на відміну від інших соціальних регуляторів, покликане таким чином впорядковувати життя людей, аби уможливити прямі відповіді: винен – невинен, можна – неможна.

Критерієм відмежування імперативних норм від диспозитивних є критерій залежності чи незалежності поведінки суб'єктів від їх власного розсуду. Норма, що являє собою категоричний припис і діє незалежно від розсуду суб'єкта права, є імперативною нормою права. Ті ж норми, які залишають простір для вибору форм поведінки, зокрема юридичні конструкції типу «якщо не встановлено інше», є за характером диспозитивними. Отже, диспозитивна норма діє остільки, оскільки суб'єкти не встановили шляхом домовленостей інших умов своїх взаємовідносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Алексеев. С.С.* Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. – М. : НОРМА, 1998. – 712 с.

2. *Алексеев. С.С.* Теория права. – М. : ВЕК, 1995. – 311 с.
3. *Богданов. А.А.* Цели и нормы жизни. Философия права: Хрестоматия. / Под ред. Н.И. Панова. – К. : Ін Юре., 2002. – 688 с.
4. *Кант И.* Метафизика нравов. – М. : Мир Книги, 2007. – 400 с.
5. *Кельзен. Г.* Чисте правознавство. – К. : Юніверс, 2004. – 496 с.
6. *Рассел. Б.* Брак и мораль. М. : Крафт+, 2004. – 265 с.
7. *Хайєк. Ф.А.* Право, законодавство та свобода: В 3 т. – Т. I: Правила та порядок. – К. : Сфера, 1999. – 196 с.
8. *Хайєк. Ф.А.* Право, законодавство та свобода: В 3 т. – Т. II: Міраж соціальної справедливості. – К. : Сфера, 1999. – 200 с.

Магрело М.В. Становлення правового імперативу як соціального регулятора

На основі екскурсу в природу соціальної норми у статті здійснений аналіз суті імперативності, проаналізовано процес становлення права як соціального регулятора, виявлено сутнісні характеристики та функції правового імперативу.

Ключові слова: норма права, правовий імператив, соціальний імператив, мононорми, «передправо», соціальне регулювання, доцивілізаційний етап, етап цивілізації.

Magrelo M.V. Становление правового императива как социального регулятора

На основе экскурса в природу социальной нормы в статье осуществлен анализ сути императивности, проанализирован процесс становления права как социального регулятора, выявлены существенные характеристики и функции правового императива.

Ключевые слова: норма права, правовой императив, социальный императив, мононормы, «предправо», социальное регулирование, доцивилизационный этап, этап цивилизации.

Magrelo M.V. Genesis of legal imperative as a social regulator

Based on the excursus into the nature of a social norm, the article analyses the contents of an imperative. The process of law genesis as a social regulator is investigated, essential characteristics and functions of legal imperative are revealed.

Key words: legal norm, legal imperative, social imperative, mono-norms, pre-law, social regulation, pre-civilisation period, period of civilisation.

Стаття надійшла до редакції 12.05.2012.

**ПИТАННЯ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ РІЗНИХ ТЕРМІНІВ,
ЩО СТОСУЮТЬСЯ ОСІБ, ЯКІ ЗДІЙСНЮЮТЬ
ДІЯЛЬНІСТЬ У СФЕРІ ПУБЛІЧНОЇ
(ДЕРЖАВНОЇ) СЛУЖБИ**

Н.В. Дараганова

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного та господарського права
ВНЗ «Національна академія управління»*

Постановка проблеми. Започатковані в Україні на початку 90-х років соціально-економічні реформи призвели до радикальних змін у житті суспільства – лібералізації економіки, її переходу від планової до ринкової, запровадження різних форм власності, ліквідації системи централізованого планування та управління тощо. Значні перетворення, що відбулися та продовжують відбуватися в країні стосуються і сфери публічної та державної служби – найважливіших елементів функціонування механізму державного управління.

Та відзначаючи важливість розгляду питань, що стосуються безпосереднього функціонування та правового регулювання діяльності публічної та державної служби, доводиться відмічати, що у питаннях, пов'язаних із застосуванням у юридичній науці таких категорій як «державні службовці», «посадові особи місцевого самоврядування», «суб'єкти владних повноважень» та ін. до теперішнього часу не вироблено єдиної позиції. Крім того, нині ми іноді вже зустрічаємо заміну термінів «суб'єкт владних повноважень» або «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» терміном «державний службовець», наприклад, для характеристики таких осіб як: народні депутати, міністри, їх заступники, посадові особи органів місцевого самоврядування тощо. Тобто на практиці є проблема щодо розмежування осіб, які перебувають на державній службі та мають статус державних службовців від інших осіб, діяльність яких також пов'язана з виконанням функцій держави, але які не є державними службовцями.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Вже традиційно в українській науці питання, пов'язані з розглядом різних аспектів діяльності осіб, які перебувають на публічній (державній) службі перебувають у сфері уваги науковців як галузі трудового права, зокрема таких, як: В.С. Венедиктов, І.Я. Кисельов, О.І. Процевський, В.І. Прокопенко, В.Г. Ротань, Н.М. Хуторян, Г.І. Чанишева та ін., так і галузі адміністративного права, зокрема таких, як: В.Б. Авер'янов, А.С. Васильєв, І.П. Голосніченко, В.К. Колпаков, О.В. Кузьменко, Н.Р. Нижник, В.Ф. Опришко та ін.

Серед останніх досліджень слід відзначити монографію за заг. ред. В.М. Лебедева, в якій, розглядаючи питання суб'єктів трудового права, автори, аналізуючи поняття «працівник, який перебуває на державній службі» – тобто державний службовець, приходять до висновку, що державний службовець не може не бути суб'єктом адміністративного права, та одним із можливих шляхів вирішення проблеми розмежування трудового та адміністративного статусу цієї особи є визнання того факту, що особа є суб'єктом трудового права тою мірою, якою на цю особу поширюються норми трудового права і вона персоніфікує собою працівника, в усьому ж іншому цей суб'єкт є суб'єктом адміністративного права [1, с. 182]. Також заслуговує на увагу дослідження М.І. Цуркана [2], в якому здійснена спроба проаналізувати поняття «проходження публічної служби» у контексті адміністративного судочинства, а також визначити поняття й особливості публічної служби та дослідження І.В. Огієнко [3], в якому автором встановлено дуалістичність правового статусу працівника ОВС України як поєднання адміністративно-правового та трудо-правового статусу.

Мета статті. Ефективність проходження публічної (державної) служби часто напряму пов'язано з вирішенням суто теоретичних питань, які стосуються різноманітних аспектів діяльності осіб, які перебувають на публічній (державній) службі. У зв'язку з цим, метою статті є розгляд питань, пов'язаних із застосуванням різних термінів до осіб, які здійснюють діяльність у сфері публічної (державної) служби.

Основні результати дослідження. Розгляд нормативно-правових актів дозволяє стверджувати, що на сьогодні в Україні має місце законодавче відокремлення державної служби від публічної.

Так, ст. 1 Закону України «Про державну службу» від 1993 р. [4] встановлено, що державна служба в Україні – це професійна діяльність осіб, які займають посади в державних органах та їх апараті щодо практичного виконання завдань і функцій держави та одержують заробітну плату за рахунок державних коштів.

Тенденція щодо визначення державної служби через професійну діяльність державних службовців збереглася і в новій редакції Закону України «Про державну службу», що набирає чинності з січня 2013 р. [5], у ст. 1 якого зазначено, що державна служба – це професійна діяльність державних службовців з підготовки пропозицій щодо формування державної політики, забезпечення її реалізації та надання адміністративних послуг.

На відміну від державної служби, служба в органах місцевого самоврядування – це професійна, на постійній основі діяльність громадян України, які займають посади в органах місцевого самоврядування, що спрямована на реалізацію територіальною громадою свого права на місцеве самоврядування та окремих повноважень органів виконавчої влади, наданих законом (ст. 1 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» [6]).

Крім вищезазначеної державної служби та служби в органах місцевого самоврядування, Кодексом адміністративного судочинства України (КАС України) [7] введено у законодавство України таке поняття як «публічна служба» та встановлено, що публічна служба – це діяльність на державних політичних посадах, професійна діяльність суддів, прокурорів, військова служба, альтернативна (невійськова) служба, дипломатична служба, інша державна служба, служба в

органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування (ст. 3 КАС України).

Особливості діяльності осіб, що працюють (служать) в апараті органів прокуратури, судів, дипломатичної служби, митного контролю, служби безпеки, внутрішніх справ та ін. відображені у законах України «Про прокуратуру», «Про судоустрій і статус суддів», «Про Вищу раду юстиції», «Про дипломатичну службу», «Про місцеві державні адміністрації», «Про державну виконавчу службу», «Про Службу безпеки України», «Про державну податкову службу в Україні», «Про міліцію» тощо. У цих законодавчих актах для визначення діяльності осіб, що її здійснюють, застосовують такі терміни як «служба в прокуратурі», «служба в міліції», «служба в органах внутрішніх справ», «військова служба», «кримінально-виконавча служба» тощо.

Доцільність законодавчого відокремлення різних видів діяльності у сфері публічної (державної) служби зумовлена родом та особливим характером цієї діяльності у різних сферах. Більше того, в рамках трудового права для визначення цієї специфічної діяльності вже застосовується термін «службово-трудова діяльність» [8, с. 9]. Цей термін видається нам досить вдалим, таким, що відображує специфіку діяльності у сфері публічної (державної) служби та є можливим для застосування і в адміністративному праві.

Отже, на сьогодні законодавчо закріплено існування як державної, так і публічної служби. Якщо публічна служба передбачає діяльність на державних політичних посадах; на посадах суддів, прокурорів; військову, альтернативну (невійськову) службу; дипломатичну службу або іншу державну службу чи службу в органах місцевого самоврядування, то, державна служба – це професійна діяльність лише державних службовців щодо практичного виконання завдань і функцій держави. Тобто поняття «публічна служба» є ширшим, ніж поняття «державна служба», остання ж включає у себе такі елементи як «службу в органах внутрішніх справ», «військову службу», «службу в кримінально-виконавчій службі» тощо.

Як зазначила М.А. Штатіна, у російській літературі (зазначене стосується й української – Н.Д.), а раніше й у радянській юридичній літературі, поняття «публічна служба» (public service) зазвичай перекладається терміном «державна служба», тоді як суто державна служба є лише частиною більше широкого поняття публічної служби. Цей підхід застосовується на сучасному етапі та у міжнародних документах, зокрема у Модельному кодексі поведінки публічних службовців, де у ст. 1.1 як публічна розглядається служба в будь-якому публічному органі [9, с. 92-93].

При цьому для визначення осіб, які здійснюють діяльність у сфері публічної (державної) служби, законодавець застосовує декілька різних термінів.

По-перше, – це термін «державні службовці». Так, зі змісту ст. 1 Закону України «Про державну службу» від 1993 р. випливає, що термін «державні службовці» застосовують до осіб, які займають посади в державних органах та їх апараті для практичного виконання завдань і функцій держави та одержують заробітну плату за рахунок державних коштів. У ст. 1 нової редакції Закону України «Про державну службу» від 2011 р. встановлено, що державний службовець – це громадянин України, який займає посаду державної служби в державному органі,

органі влади Автономної Республіки Крим або їх апараті, одержує заробітну плату за рахунок коштів державного бюджету, крім випадків, визначених законом, та здійснює встановлені для цієї посади повноваження, безпосередньо пов'язані з реалізацією завдань та виконанням функцій державного органу або органу влади Автономної Республіки Крим щодо: підготовки пропозицій стосовно формування державної політики у відповідній сфері; розроблення, експертизи та/або редагування проектів нормативно-правових актів; надання адміністративних послуг; здійснення державного нагляду (контролю); управління державним майном або майном, що належить Автономній Республіці Крим, державними корпоративними правами; управління персоналом державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим або їх апарату; реалізації інших повноважень відповідного органу.

По-друге, у законодавстві застосовується термін «посадові особи місцевого самоврядування». Наприклад, у ст. 2 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» зазначено, що посадовою особою місцевого самоврядування є особа, яка працює в органах місцевого самоврядування, має відповідні посадові повноваження щодо здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій і отримує заробітну плату за рахунок місцевого бюджету.

По-третє, нині має місце і застосування терміну «публічні діячі». Так, Законом України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму» від 28 листопада 2002 р. [10], у ст. 1 вжито цей термін: публічні діячі – це фізичні особи, які виконують або виконували визначені публічні функції в іноземних державах, а саме: глава держави, керівник уряду, міністри та їх заступники; депутати парламенту; члени верховного суду, конституційного суду або інших судових органів високого рівня, рішення яких не підлягають оскарженню, крім як за виняткових обставин; члени суду аудиторів або правлінь центральних банків; надзвичайні та повноважні послы, повірені у справах та високі посадовці збройних сил; члени адміністративних, управлінських чи наглядових органів державних підприємств, що мають стратегічне значення.

По-четверте, у КАС України законодавець застосував термін «суб'єкти владних повноважень». Зокрема, у ст. 13 цього Кодексу встановлено, що суб'єкт владних повноважень – це орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень (ст. 3 КАС України). Крім КАС України в аналогічному значенні термін «суб'єкт владних повноважень» застосовано і в інших нормативно-правових актах, наприклад, у Законі України «Про доступ до публічної інформації» [11].

По-п'яте, Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції» [12] введено і такий термін як «особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування». У ст. 4 цього законодавчого акту встановлені суб'єкти відповідальності за корупційні правопорушення. Серед цих осіб визначено і осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, до яких віднесено: а) Президента України, Голову Верховної Ради України, його Першого заступника та заступника, Прем'єр-міністра Украї-

ни, Першого віце-прем'єр-міністра України, віце-прем'єр-міністрів України, міністрів, інших керівників центральних органів виконавчої влади, які не входять до складу Кабінету Міністрів України, та їх заступників, Голову Служби безпеки України, Генерального прокурора України, Голову Національного банку України, Голову Рахункової палати, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, Голову Верховної Ради Автономної Республіки Крим, Голову Ради міністрів Автономної Республіки Крим; б) народних депутатів України, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутатів місцевих рад; в) державних службовців, посадових осіб місцевого самоврядування; г) військових посадових осіб Збройних Сил України та інших утворених відповідно до законів військових формувань; ґ) суддів Конституційного Суду України, інших професійних суддів, Голову, членів, дисциплінарних інспекторів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, службових осіб секретаріату цієї Комісії, Голову, заступника Голови, секретарів секцій Вищої ради юстиції, а також інших членів Вищої ради юстиції, народних засідателів і присяжних (під час виконання ними цих функцій); д) осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ, державної кримінально-виконавчої служби, органів та підрозділів цивільного захисту, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, осіб начальницького складу податкової міліції; е) посадових та службових осіб органів прокуратури, Служби безпеки України, дипломатичної служби, митної служби, державної податкової служби; є) членів Центральної виборчої комісії; ж) посадових та службових осіб інших органів державної влади.

По-шосте, у ст. 6. Закону України «Про Кабінет Міністрів України» від 7 жовтня 2010 р. [13] встановлено, що посади членів Кабінету Міністрів України належать до політичних посад, на які не поширюється трудове законодавство та законодавство про державну службу. Аналогічна норма щодо посад першого заступника міністра та заступника міністра (у разі введення), які також належать до політичних посад, на які не поширюється трудове законодавство та законодавство про державну службу, установлена в ст. 9. Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17 березня 2011 р. [14].

Висновки. На основі вищезазначеного можна зробити такі висновки:

- для визначення осіб, які здійснюють діяльність у сфері публічної (державної) служби на сьогодні застосовують такі терміни як: державні службовці; посадові особи місцевого самоврядування; суб'єкти владних повноважень; публічні діячі; особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування; особи, які займають політичні посади;

- всі зазначені вище терміни застосовують для визначення осіб, які працюють (служать) у сфері публічної (державної) служби, а критерієм їх розмежування можна визначити ту особливу сферу діяльності, де діють ці особи;

- хоча сьогодні термін «державний службовець» набув найбільш широкого розповсюдження не лише в законодавстві, але й в наукових, навчальних працях, однак лише такі два терміни як «суб'єкти владних повноважень» та «особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» фактично уособлюють всіх осіб, які перебувають як на державній, так і на публічній службі. З цих двох термінів лише термін «суб'єкти владних повноважень» застосовують як до фізичних, так і до юридичних осіб;

- термін «державний службовець» має застосовуватися лише до тих осіб, які безпосередньо здійснюють діяльність у межах державної служби, найширше ж коло осіб (фізичних та юридичних), діяльність яких пов'язана як з державною, так і з публічною службою, охоплює термін «суб'єкти владних повноважень».

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Лебедев В.М.* Современное трудовое право (Опыт трудового компаративизма). Книга первая / В.М. Лебедев, Е.Р. Воронкова, В.Г. Мельникова : [под ред. д.ю.н., проф. В.М. Лебедева]. – М. : Статут, 2007. – С. 182.
2. *Цуркан М.І.* Особливості судового розгляду спорів щодо проходження публічної служби в Україні : Автореф. дис... к.ю.н. : спец. 12.00.07. «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / М.І. Цуркан. – О., 2009. – 18 с.
3. *Огієнко І.В.* Особливості реалізації права на працю в органах внутрішніх справ України : Автореф. дис... к.ю.н. : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» [Електронний ресурс] / І.В. Огієнко. – К., 2010. – 19 с.
4. Про державну службу: Закон України від 16 грудня 1993 р. № 3723-XII [Електронний ресурс] / ВРУ. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
5. Про державну службу: Закон України від 17.11.2011 № 4050-VI [Електронний ресурс] / ВРУ. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
6. Про службу в органах місцевого самоврядування: Закон України від 7 червня 2001 року № 2493-III [Електронний ресурс] / ВРУ. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
7. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV [Електронний ресурс] / ВРУ. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
8. *Лавриненко О.В.* Правове регулювання прийняття на службу до органів внутрішніх справ України : Автореф. дис... к.ю.н. : спец. 12.00.05. «Трудове право; право соціального забезпечення» / О.В. Лавриненко. – Х., 1998. – С. 9.
9. *Штатаина М.А.* Публичная служба / М.А. Штатаина // Административное право зарубежных стран : учебник / Под ред. А.Н. Козырина, М.А. Штатаиной. – М. : Спартак, 2003. – С. 92-93.
10. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму: Закон України від 28 листопада 2002 р. [Електронний ресурс] / ВРУ. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
11. Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13 січня 2011 р. [Електронний ресурс] / ВРУ. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
12. Про засади запобігання і протидії корупції: Законом України від 7 квітня 2011 р. [Електронний ресурс] / ВРУ. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
13. Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 7 жовтня 2010 року № 2591-VI [Електронний ресурс] / ВРУ. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
14. Про центральні органи виконавчої влади: Закон України від 17 березня 2011 року № 3166-VI [Електронний ресурс] / ВРУ. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.

Дараганова Н.В. Питання щодо застосування різних термінів, що стосуються осіб, які здійснюють діяльність у сфері публічної (державної) служби

У цій статті автором проаналізовано питання, пов'язані з розмежуванням публічної та державної служби та застосуванням різних термінів щодо осіб, які здійснюють діяльність у сфері публічної (державної) служби.

Ключові слова: публічна служба, державна служба, адміністративне право.

Дараганова Н.В. Вопросы употребления различных терминов к лицам, которые осуществляют деятельность в сфере публичной (государственной) службы

В этой статье автором проанализированы вопросы, связанные с разграничением публичной и государственной службы и употреблением различных терминов к лицам, которые осуществляют деятельность в сфере публичной (государственной) службы.

Ключевые слова: публичная служба, государственная служба, административное право.

Daraganova N.V. Issues of application of different terms in relation to persons who carry out the activity in the field of public and civil service

This article offers an analysis of the issues related to differentiation of public and civil service and application of different terms in relation to persons who carry out the activity in the field of public (civil) service.

Key words: public service, civil service, administrative law.

Стаття надійшла до редакції 07.05.2012.

ІСТОРІЯ ВИНИКНЕННЯ ФОРМИ ПРАВЛІННЯ В УКРАЇНІ

М.І. Кагадій

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права і процесу,
старший науковий співробітник
Національної академії внутрішніх справ*

Постановка проблеми. Як розвивати державу, куди рухатися далі, яку форму правління обрати? Напевно щодня кожен із нас, кого цікавить доля України, задає собі такі питання, або чує такі питання із засобів масової інформації. Отже, актуальність цієї статті не викликає сумнівів. До того ж нестабільність законодавства щодо повноважень державних органів змушує розглядати такі проблеми та вирішувати їх. Але, на мій погляд, для якісного та об'єктивного аналізу проблеми, необхідно вивчити історичний досвід становлення та розвитку форм правління.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Даною проблематикою займалися як вчені конституціоналісти, соціологи та політологи, такі історики: С.К. Бостан, А. Георгіца, Михайло Грушевський, Володимир Винниченко, В'ячеслав Липинський, Стефан Томашівський, Василь Кучабський. Але й на сьогодні проблема залишається бути нагальною.

Метою статті є системно-історичний аналіз соціального та правового явища форми правління. Для повноти відображення проблеми зародження та розвитку форми правління в Україні необхідно визначити завдання: а) проаналізувати роботи авторів, які вже працюють у даному напрямі; б) прослідкувати зародження та розвиток процесів, пов'язаних з організацією органів державної влади; на певних етапах розвитку суспільства; в) запропонувати власні результати щодо історичних аспектів розвитку поняття форми правління.

Основні результати дослідження. Історія становлення й розвитку кожної держави неодмінно пов'язана з пошуками оптимальної моделі організації державної влади і, як наслідок, форми правління. Під впливом безлічі економічних, соціально-політичних, ідеологічних та інших факторів об'єктивного та суб'єктивного характеру форма правління, її сутність і зміст постійно змінювалися і розвивалися разом з уявленнями про них.

Спочатку це були народні збори (зібрання всіх членів племені), що були фактично формою прямого народовладдя, потім – рада старійшин, очолювана вождем. У випадку союзу племен народні збори ставали зібраннями представників племен, а рада старійшин – радою племінних вождів. На період війни один із племінних вождів ставав військовим начальником і після встановлення миру міг залишатися єдиним вождем племінного союзу, який з часом ставав основою державної формації. Таким чином, в основі організації державного утворення первісної держави з'являються елементи народовладдя і представницької влади поруч з владою одноосібною, часто деспотичною. Конкуренція влад з розвитком продуктивних сил суспільства приводила в основному до влади одноосібною, а з прогресом суспільних відносин – до демократичних форм правління [1. с.78].

Починаючи зі Стародавньої Греції та Стародавнього Риму, видатними мислителями були висловлені різноманітніші думки і судження з приводу того, що слід розуміти під формою правління, які форми правління існують, чим вони відрізняються одна від одної. Теоретико-правовий фундамент концепції форми (системи) правління знайшов своє обґрунтування, зокрема, у вченнях та ідеях Платона про «ідеальну державу», про три типи (форми) правління залежно від кількості правлячих (правління одного, правління небагатьох, правління всіх), у теорії змішаної форми правління Арістотеля, в формулюванні системи протиположних стримувань, Полібієм, у доктрині поділу влади Ш. Монтеск'є. Остання теорія поділу влади стала теоретичною основою класифікації існуючих форм (систем) правління залежно від того, як забезпечено поділ влади. З огляду на це форми правління поділяються на дві групи: 1) ті, що побудовані на сполученні (поєднанні) гілок влади (абсолютна монархія, «правління парламенту», республіка радянського типу, авторитарні режими); 2) ті, що побудовані на поділі влади (дуалістична і парламентарна монархія, президентська, парламентарна і змішана республіка) [2, с. 67].

Різнорманітність форм реалізації доктрини поділу влади свідчить про творче врахування світового досвіду національно-державних традицій, так і політико-утилітарних міркувань, породжених життям, практикою тієї чи іншої країни. Фактично такі форми правління виникли внаслідок аналізу всіх можливих на той час форм правління.

Варто зазначити, що вибір форми правління визначається сукупністю моральних та матеріальних характеристик кожного народу та рівнем його правосвідомості. Вибір форми правління, безумовно, також зумовлюється: а) розстановкою політичних сил і результатом боротьби між ними; б) історичними особливостями окремих країн тощо [3, с. 45].

Щоб держава як юридичне уособлення нації, як основна форма організації народу, оптимально виконувала властиві їй функції, вона має у процесі державотворення набути належної форми правління, тобто адекватно до покладених на неї завдань організувати центральну владу. Конституція України ґрунтується на положенні, що державна влада будується на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу і судову. Сприйняття ж цієї концепції впливає на форму правління держави, що складається в Україні.

Якщо розглядати форму державного правління стосовно України, то слід зауважити, що в історії української держави форма її правління знала і різні моделі, і свої певні особливості.

Історія української державності починається з Русі (IX ст.н.е.). Ця держава, що проіснувала близько 350 років, була типовою феодалною монархією, у якій регіонами (волостями) управляли удільні князі – васали Великого князя, який був главою адміністрації і військовим начальником. Русь не мала загальнодержавного представницького органу. Проте влада Великого князя до певної міри находилася під контролем народних зборів міста Києва, які мали назву Віче. Волості, якими керували удільні князі, також мали свої віча.

Власне, віче було продовженням традицій народовладдя давніх часів, про що вже було сказано вище. У Літописі говориться: «Новгородці бо ізначала, Смоленяне і Кияне і Полочане і вся власти, якоже на думу на Віча сходяться, на що старші здумають, на тому і пригороди стануть» [4, с.79].

Тож віча (народні збори) у Русі були явищем, поширеним у всіх землях. Вони беруть початок з антських часів, про що писали згадувані вище Іордан, Прокopій Кесарійський, Маврикій і Багрянородний.

Велике значення для розвитку представницьких органів Русі мало Віче Новгородської землі. Ще за часів Ярослава Мудрого Новгород отримав особливі права, які встановлювали справжній республіканський устрій Новгорода і визнавалися наступниками Ярослава. Поступово у Новгороді виник політичний устрій з поділом влади і розвинутою судовою системою. Міста і села мали повну автономію. Народ вибирав Раду Панів, князя, архієпископа і посадника. Рада Панів була законодавчим органом (парламентом), архієпископ виконував функції президента, а посадник – голови уряду. Князь був головнокомандуючим армії республіки. Народне віче, в якому мав право брати участь кожний голова родини, міг скликати кожний громадянин, вдаривши у Вічовий дзвін [5, с. 212].

Віча в інших містах Русі могли скликатися для вирішення будь-яких проблем державного управління. В них мали право брати участь усі вільні громадяни, а підневільні (холопи, закупи, жінки і неповнолітні) на них не допускалися. У Літописі є багато вказівок на рішення віч. Так у 983 р. віче із «бояр і старців» вирішило принести жертву поганським богам, а віче із бояр, старців і «людей» у 987 р. розглядало питання про віру і вирішило послати послів до різних країн, щоб дізнатися про кращу віру. Князь також брав участь у вічах, тому їх можна вважати загальнонародною владою. Проте очевидно, що громадяни з пригородів, особливо далеких, не мали можливості брати участь у вічах.

Віче було формою справжнього народовладдя. Воно вирішувало найважливіші державні справи. Віча мали право знімати і призначати князя, яке признавалося самими князями, тому що вони постійно боролися за контроль над волостями і шукали підтримки у населення. За традицією, в народі було сильним переконання, що всі проблеми суспільного життя можуть бути вирішені новим «добрим» князем. Тож місцеві громади шукали гарантій свого благополуччя й ефективного врядування не в законах, а в особі доброго князя. В історії ми знаходимо багато підтверджень цьому: в 1068 р. віче Києва вигнало великого князя Ізяслава і запросило на князювання Всеслава, у 1113 р. покликало на Київський стіл Володимира Мономаха, а у 1146 р. – Ізяслава; віче Чернігова у 1078 р. усунуло князя Всеволода і обрало Олега Святославовича. В такій ситуації для забезпечення свого правління князь вимушений був догоджати своїм підданим, а правління згідно з державними інтересами відходило на другий план. Іноді вони наймали заморську дружину чи дружину з кочівних племен, наприклад, чорних клобуків для захисту своєї влади. В цьому аспекті віче мало негативні наслідки для зміцнення державного правління слов'янських народів, особливо з огляду на те, що централізована влада в європейських країнах поступово зміцнювалась і сприяла суспільному й економічному розвитку [6, с. 96].

Очевидно, на відміну від народних зборів Афін чи Риму, віча мали слабку організаційну структуру, принаймні жоден літопис не наводить будь-яких правил їх проведення. Зазвичай, окремі громадяни не відстоювали свою гідність, а покладалися на милість доброго князя. Одним з наслідків цього було те, що рабство у вигляді кріпосного права проіснувало в Російській імперії до серед. XIX ст. і було ліквідовано не в результаті громадянської акції, а в результаті рішення «доброго» царя Олександра Визволителя.

Постійно діючою інституцією при князі була Боярська дума, до складу якої входило 10-15 бояр, що допомагали князеві управляти державою і утримували найвищі адміністративні та військові посади. Дума відала питаннями оголошення війни, укладення миру і прийняття нових законів. Це не була постійно діюча установа, бо князь запрошував бояр за власним бажанням і вибором, а її склад і діяльність не регламентувалися жодним законом.

Особливими повноваженнями володіла лише Боярська рада Галицько-Волинського князівства. Вона скликала за ініціативою самих бояр. Князь не міг видати жодного законодавчого акту без згоди Боярської ради, тому вона фактично була основним органом державного управління в князівстві.

Законодавча основа управління державою часів княжої доби зафіксовані у «Руській Правді», що була складена у XI ст. У цьому документі зафіксовані норми звичаєвого права, навіть право кривавої помсти, проте смертної кари за вироком суду не передбачалося. Основні статті «Руської Правди» були направлені на захист життя і честі знаті, захист землеволодіння, слуг князя та збирачів податків. За більшість злочинів це зведення законів тієї доби передбачало покарання у вигляді штрафів на користь князя («віра»), а також на користь потерпілого («головщина») [7, с. 96].

За літописом, Київська і Переяславська землі у 1360 р. були захоплені литовським князем Ольгердом. А після окупації Литвою Поділля вже практично вся Україна підпала під владу Ольгерда, який на чолі литовсько-руського війська у 1362 р. біля Синіх Вод розгромив військо Золотої Орди. Ольгерд перед смертю вихрестився за православним обрядом і Вільно стало столицею литовсько-руської держави, яка об'єднувала землі Литви, Білорусії і України.

За своїм устроєм це була конфедеративна держава. В ній встановилися переважно давньоруські порядки. Судова і податкова системи організувалися за прикладом аналогічних систем руських князівств.

На протязі кінця XIV-XVI ст. держава поступово зміцнювалась. За князя Вітовта татарський хан Тохтамиш зрікся прав на руські землі і держава почала зростати і розбудовуватись. В усті Дніпра була збудована фортеця святого Івана, а ще одна фортеця була зведена біля сучасного Білгорода; на місці сучасної Одеси було засновано порт, через який до Візантії вивозили хліб. Про міць держави свідчить перемога у союзі з Польщею у 1410 р. у Грюнвальдській битві над Тевтонським орденом [8, с. 429].

Литовсько-Руську державу очолював Великий князь, який уособлював законодавчу, виконавчу і судову влади. З середини XV століття влада Великого князя обмежувалася Пани-Радою, до якої входили і нащадки українських удільних князів (Радивили, Острожські, Сапіги, Вишневецькі, Чарторийські, Збаражські, Ружинські, Сангушки, Любецькі, Добровицькі, Порицькі, Сокольські, Масальські – всі нащадки Рюрика), бояри і духовні ієрархи.

У 1492 р. Пани-Рада видала спеціальну постанову, за якою влада Великого князя була обмежена, а на поч. XVI ст. Пани-Рада стала органом співвлади. Без неї Великий князь не міг видавати закони, вести дипломатичні переговори, організовувати військові походи.

Таким чином, влада у державі від абсолютної переходила у конституційну. Великий князь обирався виключно Соємом. Соєм мав право скликати ополчення, оголошувати війни і встановлювати нові податки.

Сойм впорядкував Литовський Статут і поділив литовські і українські землі на воєводства і судові повіти. На землях України було виділено п'ять воєводств: Берестейське (Берестейський, Кобринський, Пинський і Туровський повіти), Волинське (Луцький, Володимирський і Кременецький повіти), Брацлавське (Брацлавський, Вінницький і Звенигородський повіти), Підляське (Більський, Мельницький і Дорогочинський повіти) і Київське (Київський, Овручський, Мозирський, Житомирський, Канівський, Черкаський, Чернігівський, Новгород-Сіверський і Путивльський повіти). Воєвод призначав Великий князь, а повітових старост обирала шляхта повіту з наступним їх затвердженням князем. Шляхта повіту була об'єднана у військову хоругву під командою хорунжого, хоругви об'єднувалися у військові з'єднання під командуванням воєвод. Головнокомандувачем війська був Великий Гетьман.

У кожному повіті було три суди: земський (для вирішення маєткових справ), підкоморський (для вирішення суперечок про межі маєтків) і городський (для провадження карних справ).

Сойм у 1523 р. прийняв Литовський Статут, що в основному діяв протягом існування Литовсько-Руської держави. Основою його була «Руська Правда», складена ще за Ярослава Мудрого і Володимира Мономаха. Статут мав 13 розділів з 264 статтями. У 1554 р. спеціальна комісія Сойму внесла зміни до Литовського Статуту, а Сойм затвердив нову його редакцію у 1566 р. Статут отримав 14 глав і 366 статей. Ця редакція була затверджена польським королем Жигимонтом II у 1588 р., після того як за рішенням Люблінського сойму (Люблінська унія), скликаного польським королем Жигимонтом II у 1569 р. Литва стала автономією Польщі. Литовський Статут був основою українського законодавства до кінця XVI ст.

Розвиток міст Великого князівства Литовського привів до формування міщанства, якому надавалася самоуправа у формі Магдебурського права, суть якого полягала в звільненні міського населення з-під юрисдикції урядової адміністрації. На чолі управи ставали виборні бургомістри, а на чолі суду – війти. Магдебурське право у містах Галицько-Волинської держави почало запроваджуватися на поч. XIV ст. Найдавніша згадка про чинність Магдебурського права у містах відноситься до Володимир-Волинського (1324 р), а найдавніша грамота, що збереглася, відноситься до 1339 р. Її надав місту Сяніку Болеслав Тройденевич. Пізніше це право отримали міста Кам'янець, Берестя (нині Брест), Київ, Кременець і Луцьк.

У 1569 р. була укладена Люблінська унія, що об'єднала Велике князівство Литовське і Польщу. Вона утворилась у відповідь на татарські погроми на території України, що почалися з погромів Менглі-Гирея 1484 р., проведених на прохання московського царя Івана III. За Люблінським трактатом українські землі Волинь, Поділля, Брацлавщина, Київщина отримали спеціальні привілеї. Всі стани урівнювалися з правами коронних громадян, а католицька і православна шляхти урівнювалися в правах. Литовський Статут залишався діючим актом. У судах та установах офіційною залишалася руська мова. З об'єднанням Литви і Польщі законодавчу функцію став виконувати Сейм.

Після Люблінської унії суспільне життя в Україні почало докорінно змінюватися. У 1572 р. елекційний Сейм прийняв Конституцію Речі Посполитої, якою

проголошувалась дворянська республіка. Кандидатура і процедура обрання короля визначалися конвокаційним (безкоролівським) Сеймом, сам процес обрання відбувався на елекційному Сеймі, а приведення правителя до присяги – на коронаційному Сеймі. Наглядовою владою над королем слугувала «Прибічна Рада» у складі 16 резидентів.

Сейм був парламентом Речі Посполитої. Він мав дві палати – Сенат і Посольська ізба і збирався раз на два роки на шість тижнів. Членами Сенату були вищі посадові особи держави та вище духовенство. Члени Посольської ізби обиралися на сеймиках із шляхетного стану. Четверть депутатів делегувалася литовсько-українськими землями. За два тижні до зібрання Сейму вони збиралися у місті Слонім (тепер Гродненська область Білорусії) для розробки своєї позиції і тактики на Сеймі.

Засідання Сейму починалося молитвою, після чого затверджувався регламент зборів і їх порядок денний. Сейм спочатку приймав постанови, які передавалися на розгляд Сенату і короля. В останні 5 днів роботи Сейм затверджував ті рішення, що були узгоджені Сенатом і королем. Постанови Сейму, прийняті без такої згоди, не набували сили.

Постанови Сейму приймалися одностайно. У Сеймі був запроваджений принцип «liberum veto», відповідно до якого будь-який депутат міг скасувати рішення Сейму. Це призводило до значного гальмування законодавчої роботи.

Сейм Речі Посполитої постійно взаємодіяв з козацьким та місцевим самоврядуванням на українських землях, бо козацьке самоврядування признавалося Коронаю [4, с. 76].

Люблінська унія фактично ліквідувала конфедеративну Литовсько-Руську державу, в якій українці мирно жили понад 200 рр. з 1360 по 1569 роки. Після передачі українських земель під юрисдикцію Польщі почався планомірний наступ на права української шляхти та українських громадян. Через 50 років це спричинило козацькі війни з Коронаю.

Аналіз діяльності віч, Боярської ради, Пани-Ради, Союму та Сейму дає підстави стверджувати, що вони стали базою для розвитку і закріплення традицій парламентаризму в Україні. Таке твердження є закономірним і в порівняльному аспекті з європейськими країнами, тому що і в країнах Європи часів Х-XIV ст. ми спостерігаємо схожі протопарламентські інституції (ради при королях іспанців, франків, англійців, угорців), які пізніше перетворилися у парламентські представницькі органи.

Наступним етапом формування української державності були Козацька республіка (1648-1667 рр) і Гетьманщина у складі Російської імперії. Козацька республіка була створена на базі Запорозької Січі, в якій вищим органом влади була Січова Рада. Рада збиралася тричі на рік: у перший день Нового року, на Великдень і на Покрову. Право участі в Раді мали всі козаки, а саму Раду скликали довбиші, б'ючи у литаври. Рада відкривалася в урочистій обстановці, козаки ставали в коло, осавул виносив військові клейноди – прапор і бунчук, після чого кошовий оголошував Раду відкритою.

Рада розглядала найважливіші питання: вибори кошового отамана (щорічно у перший день Нового року), судді, писаря, осавула і курінних отаманів, а також перерозподіляла земельні, лісові і водні угіддя серед куренів, старшин і

козаків. Вибори кошового відбувалися за спеціальною процедурою. Кожен курінь пропонував свою кандидатуру, після чого кандидати покидали Січову Раду, що приступала до обговорення кандидатур, яке часто супроводжувалось сутичками між прихильниками кандидатів. Особа, яку обрала Січова Рада, повинна була двічі відмовитися від посади і лише на третій раз взяти булаву.

Кошовий наділявся надзвичайними повноваженнями під час війни, але в мирний час він не смів нічого зробити без відома Ради і старшин. При кошовому діяла група радників, до складу якої пожиттєво входили старійшини – військова старшина похилого віку. Велику вагу у Запорозькій Січі мали курінні отамани. Без погодження з ними кошовий не мав права на будь-які політичні акції.

Січова Рада здійснювала суд за нормами звичаєвого права. Вона виносила вироки за зраду, вбивства, пограбування, пияцтва в поході, зневагу до прапора та образу старшини. Крім присудження смертної кари судді могли карати побиттям батогами чи камінням, прив'язуванням до ганебного стовпа та заслання до монастиря, який слугував козакам за в'язницю.

Як бачимо, можна із переконанням стверджувати про козацьку державу яка формою правління мала президентську республіку.

Висновок. Отже, підсумовуючи викладене треба зазначити про те, що на проаналізованому етапі розвитку суспільства ми бачили різні форми правління, залежно від повноважень та кількості осіб, які здійснювали державну владу у суспільстві. Починаючи від первісного суспільства до козацької державності відбулися формування первісних ознак як влади, зокрема, так і її органів, що дало можливість людству зрозуміти про одноосібне лідерство та передачу влади в межах однієї родини, що сформувало її узурпацію та встановлення різного роду монархій, так і поділ влади на її гілки та більш-менш чітке її розмежування за компетенцією.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Бостан С.К.* Форма правління сучасної держави: проблеми історії, теорії, практики: Монографія. – Запоріжжя : Юридичний ін-т, 2005.
2. *Васильєв Г.* Конституційний аспект політичної реформи // Віче. – 2003. – № 4. – С. 3-11.
3. *Василук С.* Теорія поділу влади і судова влада в Україні // Право України. – 2002. – № 5. – С. 149-155.
4. Мала Енциклопедія Етнодержавознавства, Національна Академія Наук України, Інститут держави і права ім. В.М.Корецького, Вид-во «Генега» та «Довіра». – К., 2003.
5. *Грбовський С., Шкляр Л.* Нариси з історії українського державотворення». – К.: 1995 р. – 247 с.
6. *Грушевський М.* Історія України-Руси т.4 <http://litopys.org.ua/hrushrus/iur.htm>
7. *Мирончук В.Д., Ігошкін Г.С.* Історія України: Навч. посіб. – 2-ге вид., випр. – К.: МАУП, 2002. – 328 с. – Бібліогр.: с. 323-324.
8. *Кульчицький С., Настюк М., Тищик Б.* Історія держави і права України – Львів, 1996 р. – 459 с.
9. *Бостан С.К.* Державне право зарубіжних країн: Навчальний посібник/ С. К. Бостан, С. М. Тимченко; М-во освіти і науки України, Запорізький юридичний ін-т МВС України, Київський юридичний ін-т МВС України. – К.: Центр навчальної літератури, 2005. – 503 с.
10. *Георгіца А.* Конституційне право зарубіжних країн: Підручник/ Аузел Георгіца; М-во освіти і науки України, Чернівецький нац. ун-т ім. Юрія Федьковича. – Тернопіль: Астон, 2003. – 431 с.

11. Конституційне (державне) право зарубіжних країн: Навч. посібник / Віктор Бесчастний, Олександр Філонов, Владислав Субботін, Сергій Пашков. / За ред. В.М. Бесчастного,. – К. : Знання, 2007. – 467 с.

12. Конституційне право зарубіжних країн: Навчальний посібник / За заг. ред. В.О. Ріяки; М-во освіти і науки України. – 2-ге вид., перероб. і доп.. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – 543 с.

13. Конституційне право зарубіжних країн: Навчальний посібник/ За заг. ред. В.О. Ріяки; М-во освіти і науки України. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 511 с.

14. Конституционное право развивающихся стран: Основы орг. государства / [Э. С. Онан, С. В. Троицкий, М. А. Штатаина и др.; редкол.: В. Е. Чиркин (отв. ред.) и др.]; Рос. акад. наук, Ин-т государства и права. – М. : Наука, 1992. – 351 с.

15. *Шаповал В.* Конституційне право зарубіжних країн: Підручник для студ. юрид. вищ. навч. закл. і фак./ Володимир Шаповал., – 5-е стереотипне вид.. – К. : Артєк, 2002. – 262 с.

Кагадій М.І. Історія виникнення форми правління в Україні

Стаття присвячена історичному аспекту розвитку поняття «форма правління» за часів первісного ладу і до козацької державності на Україні.

Ключові слова: форма правління, соціальне та правове явище, системний аналіз, органи державної влади.

Кагадій Н.И. История возникновения форм правления в Украине

Статья посвящена историческому аспекту развития понятия «форма правления» со времен первобытного строя и до казацкой государственности на Украине.

Ключевые слова: форма правления, социальное и правовое явление, системный анализ, органы государственной власти.

Kagadii M.I. Genesis of the form of government concept in Ukraine

The article is devoted to investigation of historical aspects of the 'form of government' concept development in the period from the primitive society up to Cossack statehood in Ukraine.

Keywords: form of government, social and legal phenomenon, comprehensive analysis, public authorities.

Стаття надійшла до редакції 14.05.2012.

**ОСОБИСТЕ НЕМАЙНОВЕ ПРАВО НА СПРИЯТЛИВЕ
НАВКОЛИШНЄ ПРИРОДНЕ СЕРЕДОВИЩЕ В УКРАЇНІ:
ІСТОРИЧНІ ВИТОКИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ**

А. О. Матвійчук

*здобувач кафедри цивільного та господарського права
ВНЗ «Національна академія управління»*

Постановка проблеми. Дослідження змісту будь-якого правового явища сьогодення неможливе без з'ясування його витоків та історії розвитку. Саме ретроспективний аналіз, розкриваючи передумови виникнення та формування того чи іншого об'єкта, дозволяє краще зрозуміти його природу. З'ясування сутності та змісту особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище неможливе без дослідження його історичних витоків, а тому це питання потребує нагального опрацювання.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. До сьогодні історія розвитку безпосередньо права на сприятливе навколишнє середовище в Україні досліджувалася лише з позицій екологічного права, зокрема, А. Гетьманом. Питання розвитку природоохоронного законодавства України знайшли відображення у працях І. Грозовського, Т. Поповича, В. Матвійчука, В. Костицького та інших.

Мета статі полягає у дослідженні історичних витоків та перспектив розвитку особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище в Україні.

Основні результати дослідження. Абсолютна більшість науковців, що досліджують права людини, зокрема право на сприятливе навколишнє природне середовище, розглядають історію виникнення цього права з 1972 р., тобто з часу схвалення Стокгольмської декларації з питань навколишнього середовища, водночас досліджуючи його з позицій конституційного або екологічного права, а не цивільного. Лише деякі автори звертають увагу на норми природоохоронного характеру, що містилися в ранніх історичних джерелах [2, с. 37; 5, с. 87]. Наприклад, К. С. Мішанін зазначає, що ще в античному світі виникло філософське вчення антропоцентризму, яке ставило людину у центр всесвіту. Небезпеку цього підходу швидко помітили і виникла течія кініків, що на протигагу антропоцентризму висунула ідеали обмеження потреб, простоти, природності та поваги до природи [5, с. 87-88].

В юридичних джерелах за часів Київської Русі право на сприятливе навколишнє природне середовище прямо не закріплювалося, однак містилося чимало норм, спрямованих на збереження видового різноманіття тварин, окремих рослин, чистоти навколишнього природного середовища, зокрема: водних

об'єктів, захист лісу від надмірної та неконтрольованої вирубки тощо. І хоча зазначені положення закріплювалися насамперед з метою захисту права власності на природні об'єкти або ж задля забезпечення організованості побуту, вони мали неабияке значення для забезпечення сприятливості навколишнього природного середовища для життя людини завдяки збереженню багатства флори та фауни, естетики навколишнього природного середовища, чистоти питної води і ґрунтів, здоров'я населення.

«Руська Правда» встановлювала право власності на окремі природні об'єкти, які перебували під охороною держави; її статті передбачали штраф за крадіжку бобра (власності князя), неумисну порубку дерева тощо [3, с. 137]. Окремі статті були присвячені охороні диких бджолиних угідь, встановлено відповідальність за пошкодження чи крадіжку борті з бджолами [7, с. 69]. Статтею 73 широкої редакції «Руської Правди» встановлювалася відповідальність за знищення дуба, який слугував межовим знаком [7, с. 69].

Схожий підхід до охорони об'єктів природи закріплювався і у Литовському статуті (його третій редакції): встановлювалася кримінальна відповідальність за незаконне використання та крадіжку чужого майна: тварин і птахів у лісах, риби в озерах та ставках, бджіл з бортних дерев, плодів у саду, жита та іншого збіжжя на полях, вирубку чужого лісу, а також за умисне знищення таких об'єктів, як: гребля, гать, ставок (спуск води або затоплення), ґрунт та сіножаті (затоплення), гнізда птахів, дерево, бортне дерево, лоза, хміль тощо. Окремо слід зазначити, що Литовським статутом (у II та III редакції) передбачалася сувора відповідальність за підпал лісу чи пущі [4, с. 160-163].

Зазначений законодавчий акт містив і норми, що сприяли підтримці здоров'я населення, зокрема встановлював кримінальну відповідальність (аж до смертної кари) за проституцію та звідництво [4, с. 57-58].

Ці норми у подальшому були включені до «Прав, по яким судиться малоросійський народ», 1743 р. – документу, який, хоча і не був офіційно затверджений, включив у себе норми Литовського статуту, Зерцала саксонів, цивільного Магдебурзького права та Хелмінського права, що фактично діяли на території України. Відповідно до «Прав, по яким судиться малоросійський народ», правовій охороні підлягали: риба у державних та приватних озерах, ставках та загагах (гл.3 арт.15; гл.18 арт.2 п. 5, арт.3 п. 5, арт.4; гл.19 арт.10) [6, с. 44, 531, 534, 537]; сінокоси, у т.ч. від підтоплення (гл.17 арт.16 п. 6; гл.18 арт.4 п. 1; гл.19 арт.3 і 10; гл.22 арт.1 п. 10) [8, с. 519, 535, 544, 549, 670]; корисні копалини, що визнавалися державною власністю (гл.17 арт.19 п. 8) [6, с. 525]; дерева лісові та плодови (причому розмір відшкодування залежав не лише від соціального становища потерпілого (шляхтич, посполитий тощо), але й від породи дерева), виноградні кущі, (гл.19 арт.1) [6, с.539]; борті, бортні дерева та бджоли (гл.19 арт.3-5; гл.24 арт.21) [6, с. 543-546, 727-728]; хміль (не лише від псування кущів, але й від незаконного збору врожаю) (гл.19 арт.6) [6, с. 546]; дикі тварини, які визнавалися спільними, однак полювання у чужих землях заборонялося, а за вбивство тварин стягувалася з винного їхня вартість: від 60 коп. за куницю до 6 руб. за лося і 12 руб. за зубра (гл.19 арт.8, 9) [6, с. 548-549]; соколині гнізда і молоді соколи, лебедині гнізда та яйця (гл.19 арт.11 п.4) [6, с. 551]; бобрі та їхні лігва (гл.19 арт.12) [6, с. 551-552]; домашні тварини, у тому числі від каліцтва (гл.22 арт.1 п.1, арт.2) [6, с. 667, 671];

дикі птахи, спеціально підготовлені для полювання (гл.22, арт.9) [6, с. 678]. Окрема увага приділялася охороні водних об'єктів: заборонялося будівництво нових гребель чи ставків, що могли зашкодити судноплавству річок (гл.18 арк. 1 п. 1) [6, с. 527]; змінювати течію ріки через копання рову чи створення гаті з метою затоплення чужих земель (гл.18 арт.1 п.2) [6, с. 529]; регулювалися права власності за землі водного фонду, у тому числі – під висохими озерами (гл.18 арт.п.6) [6, с. 531]; жителям сіл і хуторів, розташованих понад ріками ставилося в обов'язок зміцнювати береги цих річок від «сильної води» (гл.18 арт.3 п.1) [6, с. 532]. Встановлювалася відповідальність за підтоплення чужих земель, сінокосів, зниження та спуск води в чужому ставку, підтоплення доріг, розкоп греблі (гл.18 арт.4 п.1, 4) [6, с. 535-536]. Артикул 7 гл. 19 встановлює відповідальність у формі арешту та повного відшкодування збитків за підпал лісу та степу; якщо пожежа сталася з необережності, у чому винний присягне, то відповідальність не наставала [6, с. 547]. Серед норм тогочасного українського права слід також згадати заборону садити високі дерева чи будувати будь-що, якщо це затінить сусідське подвір'я (гл. 19 арт.13 п.2) [6, с. 553]; правила облаштування приватних туалетів (гл.19 арт.16) [6, с. 556].

«Права, за якими судиться малоросійський народ», містили і норми, що опосередковано сприяли збереженню здоров'я населення, а саме: заборону розпусти та звідництва [6, с. 689]; заборону продажу м'яса хворої худоби, а також правила забою тварин з метою запобігти накопичення нечистот та відходів у місті: всі нечистоти, дохлих тварин та падаль з міст належало вивозити подалі, «аби не було смороду, не псувалося повітря, а між людьми не поширювалися всілякі хвороби» (переклад українською наш – А.О.) (гл. 26 арт. 5 п. 3, 4) [6, с. 766-767]. Однак, слід відмітити, що остання норма не була переписана з Литовського статуту чи інших першоджерел, а була додана укладачами «Прав, по яким судиться малоросійський народ» при їх підготовці.

Тогочасне право виходило із ключової засади, актуальної і сьогодні, «аби нікому шкоди й образи не було». У разі завдання шкоди охоронюваним об'єктам винний повинен був відшкодувати її згідно вартості об'єкта або відновити положення, що існувало раніше.

У цілому слід зазначити, що на території України з часу запровадження литовсько-польського права і до моменту ліквідації Гетьманщини, що потягло за собою і поширення на всю територію України російського права, діяло чимало норм, які за своєю суттю були природоохоронними, хоча їх основною метою, як правило, був захист права власності. Забезпечуючи охорону окремих об'єктів природи, зокрема водойм і лісів, збереження поголів'я диких тварин, підтримку санітарних умов (у т.ч. щодо чистоти та освітленості) у місцях проживання людей, стримуючи поширення заразних хвороб (через заборону розпусти) тощо, норми Литовського статуту, Зерцала саксонів, Хелмінського права та цивільного Магдебурзького права у комплексі сприяли реалізації права особи на сприятливе навколишнє природне середовище на теренах тогочасної України.

Після ліквідації Гетьманщини на території України запанувало право Російської імперії, тож зупинимося на законодавстві цієї держави.

У Російській імперії, починаючи з XVI ст., було суворо заборонено самовільну вирубку дерев у штучно утворених кордонах на півдні. За указом Івана IV від 1571 р. під час щорічних осінніх випалювань полів на російсько-польському

кордоні для кращого спостереження за супротивником заборонялося спалювати ліси і лісові заруби «у государевих українских городов» [3, с. 140].

Поряд із захистом лісів, починаючи з другої половини XVII ст., почали видавати укази, які стосувалися обмеження і регламентації полювання. Наявність достатньої кількості тварин і птахів сприяла поширенню полювання, яке однією з цілей мало поповнення державної скарбниці. Крім того, заходи такого роду мали велике значення в сфері охорони та захисту дикої фауни [1, с. 104].

В серед. XVII ст. уперше видаються укази про захист довкілля в зоні проживання людини (тобто санітарні стандарти і норми). Виконання відповідних санітарних стандартів і норм було зумовлене необхідністю запобігти епідеміям. Указом російського царя від 1640 р. передбачалися заходи охорони населення від масових захворювань у місцях його проживання, а також приписувалося, що слід робити для боротьби з порушенням санітарно-епідеміологічних правил [1, с. 104].

Чимало норм природоохоронного характеру містилося в «Соборном уложении» 1649 р. Статті 17-19 гл. IX регламентували гідробудування, у тому числі встановлювали заборону облаштування нових ставків, гребель та млинів, якщо це перешкоджає судноплавству ріки, відповідальність за самовільне будування млинів, що нищили дороги і броди [8, с. 101]. У ст.ст. 238-243 глави X «Соборного уложения» 1649 р. йшла мова про будівництво приватних млинів, що (не) спричиняло шкоду землевласникам вище за течією. Було передбачено норми компенсаційного характеру у разі заподіяння шкоди зростанням рівня води чужим млинам, пашні чи покосам [8, с. 142]. Для «Соборного уложения» 1649 р. характерне стимулювання господарської ініціативи феодалів, а саме – розорювання лісів та луків під пашню. Статтями 46-48 гл. XVI «Соборного уложения» передбачалася оцінка якості земель та зрівняння потенціалу землеволодільців за рахунок розораних ділянок лісів та луків; ст.ст. 21 та 22 гл. XVII власникам земель надавалося право розчищати ліси, борти та інші угіддя під пашню та поселення [8, с. 183]. У ст. 23 гл. XVII регламентувалося використання різного роду промислових угідь оброчними селянами, а в ст. 24 – порядок використання вотчинниками та поміщиками лісу у разі його недостатньої кількості [8, с. 183]. В «Соборном уложении» 1649 р. вперше передбачався захист права приватної власності на рибні багатства [3, с. 104]. У ст. 90 гл. XXI містилися норми, спрямовані на охорону дикої природи як об'єкта приватної власності, а саме – відповідальність за відлови риби з чужих водойм [8, с. 245]. На практиці ця норма трактувалася розширено і відповідальність наступала також за ловлю бобрів та видр. Окремим законодавчим актом – Царською грамотою від 28.08.1635 р. «Про заборону ловити капканами бобрів та видр», направленою в Перм Велику, було встановлено заборону полювання на бобрів та видр за допомогою капканів, оскільки такий спосіб полювання призвів до майже повного знищення популяції цих тварин [8, с. 431]

З поч. XVIII ст. проблема охорони середовища проживання людини набуває особливої актуальності. Ще за часів Петра I було видано біля 200 актів, пов'язаних з охороною природи насамперед з охороною та відновленням лісів, переробкою лісу, підтриманням чистоти рік тощо, що було викликано турботою про майбутнє російського флоту. «Статут про рибну ловлю» 1704 р. («Устав о рыбной ловле») забороняв відлов риби хижацькими способами. У різний час під охорону держави були взяті жемчужниці, лосі, соболі, зайці тощо. Загалом, саме при

Петрі I було закладено основи природоохоронного законодавства майбутньої Російської імперії [15]. Згідно з таким правовим документом, як «Установи для управління губерній» 1775 р. («Учреждение для управления губерний»), земський справник, государів намісник та городничий (кожен на ввірених йому територіях) зобов'язані були стежити, «чтобы везде на местах и дорогах была чистота», не допускаючи присутності на шляхах сполучення палої худоби та мертвечини [8, с. 183, 223, 230]. У ст. 249 цього ж нормативно-правового акта вперше на території Російської імперії встановлено заходи боротьби з лісовими пожежами [9, с. 225, 308]. Вочевидь, стимулювання короною господарської ініціативи феодалів за часів Петра I призвело до значного скорочення площ лісових масивів, унаслідок чого ліс почав розглядатися як цінність. У той же час велика увага приділялася боротьбі з епідеміями та епізоотіями. У ст.ст. 238-241, 260-261, 263 «Установ для управління губерній» містилися правила поведження з хворими, що страждали на заразні форми хвороб («прилипчивыя болезни»), зокрема чуму, а також дії представників влади у разі падежу тварин [9, с. 220-228]. Для підтримання здоров'я населення наказано було створити мережу лікарень, у тому числі для утримання заразних хворих, а для невиліковно хворих – спеціальні будинки [9, с. 263, 265]. Слід зазначити, що владою вживалися і інші заходи підтримки здоров'я населення, зокрема – боротьба з надмірним вживанням алкоголю через заборону корчмарства – незаконної торгівлі спиртними напоями [9, с. 310]. Ряд заходів, що так чи інакше мали на меті охорону здоров'я населення, запроваджено «Статутом благочинності» від 08.04.1782 р. («Устав благочиния»), а саме: заборона пияцтва (ст. 214, 256) [9, с. 368, 377], заохочення чистоплотності через поширення «торгових бань» (платних громадських бань) (ст. 71) [9, с. 341], підтримання належної якості та кількості харчових запасів (ст. 113) [9, с. 350], заборону розпусти (ст. 122, 221, 263) [9, с. 352, 370, 380], встановлення кримінальної відповідальності за злочини проти «общенародного здравия» – поширення зарази та продаж зіпсованих продуктів харчування (ст. 232, 274) [9, с. 372, 387]. Наводимо тут і ці положення історичних нормативно-правових актів, оскільки людина – невід'ємна частина навколишнього природного середовища, стан здоров'я якої визначає порядок її життєдіяльності (і навпаки). Навколишнє природне середовище не може бути сприятливим, якщо серед такої важливої його складової, як люди, панують хвороби.

До кінця XVIII ст. було встановлено строки полювання, що діяли майже 150 років, проведено генеральне межування земель, зібрано чималий матеріал про ареали проживання тварин тощо. Водночас відсутність державної політики збереження лісів і наділення землевласників повними правами стосовно належних їм заліснених територій призвело до масової варварської вирубки дерев. Після скасування кріпацтва ситуація різко погіршилася, адже зникла дармова робоча сила на лісових роботах. У «Положенні про збереження лісів» 1888 р. («Положение о сохранении лесов») вперше визнавалася природоохоронна роль лісів. У 1892 р. був виданий перший комплексний закон про полювання – «Правила полювання» («Правила об охоте»), що діяв на території усіх губерній (у тому числі – сучасної України) до революції 1917 р. [10, с. 6].

Розвивалося законодавство про охорону атмосферного повітря та вод. «Статутом про промисловість» («Устав о промышленности») заборонялося буд-

івництво мануфактур та заводів, що шкідливі для чистоти води та повітря, у містах та за містами вище за течією річок та струмків [11, с. 1201]. Відповідно до ст. 863 Уложения про покарання кримінальні та виправні 1845 р., «если кто-либо построит признанные по закону вредными для чистоты воздуха или воды фабрику, мануфактуру или завод в городе или хотя и вне города, новышеоного по течению реки или протоки, то сии заведения уничтожаются на сет виновного и он подвергается аресту на время от семи дней до трех месяцев или денежному взысканию не свыше трехсот рублей» [13, с. 484].

У той же час на території України існувала держава – Запорізька Січ, яка боротьбу за свої землі органічно поєднувала з охороною природних багатств запорізького краю. Цілу низку документів того часу присвячено природоохоронній тематиці. Це – звернення приватних та офіційних осіб до Кошу з метою отримання дозволу на вирубку лісу, користування мисливськими та рибальськими угіддями, сіножатями, скарги Коша та місцевих посадових осіб козацької адміністрації на сторонніх осіб щодо винищення лісів, незаконного полювання та ловлі риби, документи про боротьбу Коша та паланок із самовільними порубниками лісу та браконьєрами, про організацію спеціальних природоохоронних команд, ордери про передачу окремих лісових ділянок та угідь під охорону козакам тощо [1, с. 104].

Об'єктами охорони на Запорожжі були ліси, мисливські та рибальські угіддя, сіножаті, природні копалини (вапно, мармур) тощо. Особливе значення мала охорона лісів. На території Запорозьких вольностей, яка становила у XVIII ст. площу приблизно 11 млн десятин, лісові масиви займали лише 800 тис. десятин (близько 1%), що було характерно для степової України. На території Запорозьких вольностей було встановлено чіткий порядок користування лісами. Козаки, а також піддані Війська Запорозького (селяни, ремісники) могли користуватися лісами для власних потреб без особливого дозволу. При цьому заборонялося рубати «родючі» (плодові) дерева для будь-яких потреб, а також сире дерево для опалення, а використовувати тільки сухе (леж). Дереву дозволялося брати «без излишества», «щоб зашадъвши леса... можно било и на предки чем корыстоватись» [1, с. 105]. Існувала практика видачі спеціальних дозволів на право користування природними ресурсами. Зокрема, сторонні особи, які не перебували в підданстві Війська Запорозького, повинні були отримувати також спеціальний дозвіл Коша на користування рибальськими та мисливськими угіддями. У наказах Коша про охорону лісу вказувалося, що мисливців і рибалок, які самовільно полювали звіра або ловили рибу, потрібно було затримувати і повідомляти про це Коша [2, с. 38].

Запорозькі козаки велику увагу приділяли охороні та раціональному використанню природних багатств на території Запорозьких вольностей. Було встановлено чіткі правила користування лісами, рибальськими та мисливськими угіддями, а також відповідальність за порушення цих правил. Кіш Запорозької Січі регулярно надсилав у паланки накази щодо охорони довкілля насамперед лісів. Створювалися спеціальні команди для боротьби із самовільними вирубками лісу. Окремі лісові ділянки передавалися під нагляд власникам зимівників і слобод [2, с. 38].

Наприкінці XIX – поч. XX ст. з'явилися норми, що стандартизували діяльність у сфері охорони повітря. У «Лікарняному статуті» 1892 р. («Устав

врачебный») у розділі «Про охорону чистоти повітря» зазначалося, що «полиция наблюдает, дабы на улицах, дорогах, мостах и возле оных нигде не было ничего такого, что может заражать воздух». Там само встановлювалося, що «заводы, мануфактури и другие заведения, вредные чистоте воздуха и воде, должны быть устраиваемые по особым правилам, изложенным в Уставах о промышленности и Строительном» [12, с. 2284].

У першій половині ХХ ст. питання охорони навколишнього природного середовища віддзеркалювалися у природоресурсному та санітарному праві, робилися поодинокі спроби взяття під охорону тих чи інших природних пам'яток і лише з поч. 60-х років у зв'язку із сильним погіршенням екологічної ситуації почався процес формування екологічного законодавства як самостійної галузі [5, с. 90]. Офіційне закріплення у національній правовій системі України право на сприятливе навколишнє природне середовище здобуло вже після ствердження його на міжнародному рівні, причому у цивільному праві – з прийняттям Цивільного кодексу України, що набув чинності 01.01.2004. Цивільним кодексом УРСР особисті немайнові відносини з приводу сприятливого навколишнього природного середовища регулювалися через інститут відшкодування шкоди, заподіяної здоров'ю та майну внаслідок негативного впливу на навколишнє природне середовище.

Вихід питання забезпечення сприятливого для життя людини навколишнього природного середовища на міжнародний рівень став наслідком надзвичайно масштабних змін у природному середовищі, що поставили під загрозу добробут людства. Міжнародне визнання права на сприятливе навколишнє природне середовище відбулося з прийняттям Стокгольмської декларації 1972 р. В Європі інтенсивне співробітництво розпочалося у 1993 р. з проведення Європейської конференції міністрів охорони навколишнього середовища (м. Люцерн, Швейцарія), на якій було прийнято Програму дій з охорони навколишнього середовища для Центральної та Східної Європи. Аналогічна конференція відбулася у Софії 1995 р., на якій схвалено Керівні принципи доступу до екологічної інформації та участі громадськості у прийнятті рішень у сфері навколишнього середовища, на основі яких у 1998 р. було прийнято Орхуську конвенцію.

Погляд на право особи на сприятливе навколишнє середовище у міжнародно-правових актах пройшов еволюцію, яку можна умовно розділити на три етапи [14].

Перший етап, відображений у першу чергу у Стокгольмській декларації 1972 р., розглядає захист навколишнього природного середовища як передумову та базовий інструмент реалізації гарантованих міжнародною спільнотою прав людини, зокрема права на життя та здоров'я. Ті, хто забруднюють чи руйнують навколишнє природне середовище, не лише чинять злочини проти природи, але й порушують права людини [14].

Другий етап, що найчастіше зустрічається у міжнародних угодах з питань навколишнього середовища, почався з 1992 р., також був інструменталістський, однак на відміну від попереднього, розглядав вже не захист навколишнього природного середовища як інструмент забезпечення прав людини, а права людини як базовий елемент у справі захисту навколишнього природного середовища, головною метою чого виступає захист здоров'я людини. Такий підхід яскраво простежується у декларації Ріо-де-Жанейро з питань навколишнього середовища та

розвитку (часто також називається «Декларацією Ріо» та «Зеленим кодексом поведінки держав»). Він формулює здебільшого процесуальний зв'язок між правами людини і захистом навколишнього природного середовища, декларуючи у Принципі 10, що доступ до інформації, судового та адміністративного захисту і участь громадськості у прийнятті рішень з питань навколишнього середовища повинні бути гарантовані, оскільки це сприяє більш ефективному вирішенню питань навколишнього середовища [14].

Третій підхід є найновішим і закріплює самостійне право людини на безпечне та здорове навколишнє середовище. Приклади такого підходу знаходимо, як правило, у регіональних системах прав людини, угодах з питань навколишнього середовища та національному законодавстві, а також у декларації ООН «Про права корінних народів» (2007 р.). Кажучи про право на навколишнє середовище, використовують такі прикметники, як: здоровий, безпечний, захищений, чистий, акцентуючи увагу на зв'язок між охороною навколишнього природного середовища та здоров'ям людей [14].

Розглядаючи перспективи розвитку права на сприятливе навколишнє природне середовище, на мою думку, слід говорити про подальше розширення змісту цього права, перетворення на комплексне та виділення з нього самостійних прав нового покоління. Вже сьогодні можна почути про право людей на чисту питну воду, чисте повітря, право на їжу. У недалекому майбутньому, цілком можливо, піде мова про право на чистий ґрунт, право на доступ до природних об'єктів (у результаті надмірної урбанізації) тощо.

Висновки. Витоки особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище в Україні слід шукати в правових джерелах часів Київської Русі. Норми права того часу мали неабияке значення для забезпечення сприятливості навколишнього природного середовища для життя людини завдяки збереженню багатства флори та фауни, естетики навколишнього природного середовища, чистоти питної води і ґрунтів, здоров'я населення, хоча це не було їхньою першочерговою метою. Схожий підхід у нормативно-правовому регулюванні спостерігався практично до середини ХХ ст.: забезпечення сприятливості навколишнього природного середовища для життя людини не було самоціллю, але побічно забезпечувалося нормами з питань використання природних ресурсів, будівництва, санітарії, захисту права власності тощо. Лише тоді, коли стан навколишнього природного середовища став у багатьох країнах критичним, проблему було винесено на міжнародний рівень, що у свою чергу послужило стимулом для розвитку інституту права на сприятливе навколишнє середовище у національних правових системах, у тому числі і в Україні. У перспективі вбачається подальше розширення змісту цього права, перетворення на комплексне та виділення з нього самостійних прав нового покоління: право на чисту воду, право на чисте повітря, право на їжу тощо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Грозовський І.* Охорона природи в Запорозькій Січі / І. Грозовський // *Право України.* – 1997. – № 12. – С. 103-106.
2. *Попович Т.* Екологічні стандарти у розрізі генезису екологічного права (цивільно-правовий аспект) / Т. Попович // *Юридична Україна.* – 2004. – 9. – С. 37-40.

3. Булгаков М.Б., Ялбулганов А.А. Природоохранные акты: от «Русской Правды» до Петровских времен / М.Б. Булгаков, А.А. Ялбулганов // Государство и право. – 1996. – № 8. – С. 136-146.
4. Малиновский И.А. Учение о преступлении по Литовскому Статуту / И.А. Малиновский. – Киевъ, 1894. – 224 с.
5. Мишанин К.С. Конституционное право человека и гражданина на благоприятную окружающую среду: гарантии и защита в законодательстве Российской Федерации: дис....канд.юрид.наук : 12.00.02/ К.С. Мишанин. – Пенза, 2005. – 232 с.
6. Права, по которым судится малороссийский народ / Под ред. проф. А.О. Кистяковского. – Киевъ, 1879. – 1645 с.
7. Российское законодательство X-XX веков: В 9 т. – Т. I. Законодательство Древней Руси. – М.: Юрид.лит., 1984. – 432 с.
8. Российское законодательство X-XX веков: В 9 т. – Т. 3 Законодательство Древней Руси. – М. : Юрид. лит., 1985. – 512 с.
9. Российское законодательство X-XX веков: В 9-ти т. – Т. 5. Законодательство пери ода расцвета абсолютизма. – М. : Юрид. лит., 1987. – 528 с.
10. Сборник узаконений об охоте, действующих в Российской империи, губерниях Царства Польского и Великом княжестве Финляндском, с разъяснениями и приложениями. – СПб, Тип. Исидора Гольдберг – 1892 г.
11. Свод законов Российской империи: В 5 т. – Т. 4 – СПб – 1321 с.
12. Свод законов Российской Империи. Все 16 томов с относящимися к ним приложениями в одной книге / Под ред Ф. Волковаи, Ю. Филипова. – 3-е изд. СПб., 1900.
13. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 г. Издано Н.С. Таганцевым. – изд. 12-е, перераб. и дополн. – Санкт-Петербург, 1904. – 977 с.
14. <http://www.righttoenvironment.org/default.asp?pid=80>
15. http://obook.ru/index.php?action=show_books&itemid=102

Матвійчук А.О. Особисте немайнове право на сприятливе навколишнє природне середовище в Україні: історичні витоки та перспективи розвитку

У статті досліджуються історичні витоки права на сприятливе навколишнє природне середовище в Україні: з часів Київської Русі, у добу Гетьманщини, в період перебування України у складі Російської імперії та СРСР; розглянуто найважливіші міжнародно-правові акти щодо права людини на сприятливе навколишнє природне середовище та еволюцію погляду на цей предмет у міжнародному праві. Окреслено перспективи розвитку права на сприятливе навколишнє природне середовище в Україні. Крім того, вперше розглядається цивільно-правовий аспект зазначеної проблеми.

Ключові слова: сприятливе навколишнє природне середовище, охорона природи, особисте немайнове право.

Матвейчук А.А. Личное неимущественное право на благоприятную окружающую природную среду в Украине: исторические истоки и перспективы развития

В статье исследуются исторические истоки права на благоприятную окружающую природную среду в Украине: со времен Киевской Руси, во времена Гетманщины, в период вхождения Украины в состав Российской империи и СССР; рассмотрены важнейшие международно-правовые акты, касающиеся права человека на благоприятную окружающую природную среду, и эволюция взгляда на этот предмет в международном праве. Очерчены перспективы развития права на благоприятную окружающую природную среду в Украине. Кроме того, впервые рассматривается гражданско-правовой вопрос указанной проблемы.

Ключевые слова: благоприятная окружающая среда, охрана природы, личное неимущественное право.

Matviichuk A.O. Personal non-property right to a favourable environment in Ukraine: historical background and development perspectives

The article explores the historical background of the right to a favourable environment in Ukraine tracing it back to the Kievan Rus times, the hetmanate period, period of Ukraine as a part of Russian Empire and the USSR. The most important international legal acts on human rights to a favourable environment and the evolution of the above concept in international law have been investigated. Perspectives of development of the right to a favourable environment in Ukraine are outlined. Besides, civil legal aspect of the given issue has been considered for the first time.

Key words: favourable environment, nature protection, personal non-property right.

Стаття надійшла до редакції 04.05.2012.

ФІЗИЧНІ ОСІБИ ЯК СУБ'ЄКТИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Р.Б. Прилуцький

*кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного та
господарського права*

А.П. Миргородська

*магістрант
ВНЗ «Національна академія управління»*

Постановка проблеми. Цивільне право має за мету упорядкувати поведінку людей у різних життєвих ситуаціях та відносинах, забезпечити їм можливість автономно вирішувати приватні суспільно значимі питання.

Досягти цієї мети можна лише у випадку, коли людина з її інтересами буде в центрі уваги законодавця, коли всі галузі права будуть спрямовані на захист фізичної особи як суб'єкта права.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Правовий статус фізичних осіб як суб'єктів цивільного права у тій чи іншій мірі розглядалися у роботах І. Бірюкова, Н.А. Д'ячкової, Л.Я. Данилової, І.А. Михайлової, авторами підручників з цивільного права В.І. Борисовою, Л.М. Барановою, І.В. Жилінковою, І.В. Спасибо-Фатєєвою, В.Л. Яроцьким. Також відповідні внески у розробку цієї теми внесли О.О. Коломієць, О.Савченком та ін. Проте і на сьогодні ці проблеми залишаються дискусійними.

Мета статті полягає у дослідженні особливостей фізичної особи як суб'єкта цивільного права.

Основні результати дослідження. Одним із найважливіших учасників цивільних правовідносин є фізична особа. Згідно ст. 24 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) фізична особа – це людина, що виступає як учасник цивільних відносин. Отже, поняття про особу в розумінні юридичному не збігається з поняттям про людину, як істоту біологічну; іноді воно вужче, іноді – ширше поняття людської особистості [2, ст. 24].

Наприклад, відмінність між поняттями «фізична особа» та «людина» полягає в тому, що поняттям «людина» охоплюється будь-яка біопсихосоціальна істота, незалежно від того, чи вступає вона в цивільні правовідносини, чи ні. Натомість «фізичною особою» може бути тільки людина як суб'єкт цивільних правовідносин (ст. 24 ЦК). Потрібно відокремлювати також поняття «фізична особа» від поняття «особа», оскільки останнє є ширшим і означає як фізичних, так і юридичних осіб (ст. 2 ЦК). Є також відмінність між поняттям «фізична особа» та «громадянин», оскільки громадянин є учасником здебільшого конституційних правовідносин і визначається як особа, яка в порядку, що передбачений законами України та міжнародними договорами, набула громадянство України (правовий зв'язок між фізичною особою та Україною, що виявляється у взаємних права та обов'язках).

Неправильним також було б і ототожнення понять «фізична особа» та «особистість», оскільки останнє є здебільшого поняттям психолого-філософсь-

ким і означає особу, яка наділена певним рівнем психологічного розвитку. Отже, з метою уніфікації понятійно-категоріального апарату для визначення людини у цивільних правовідносинах потрібно використовувати поняття «фізична особа».

Як учасник цивільних правовідносин, фізична особа повинна бути наділена низкою ознак, які її індивідуалізують, виокремлюють її з-поміж інших та персоніфікують як учасника цих правовідносин. До таких ознак належать: ім'я фізичної особи, її громадянство, вік, стать, сімейний стан, стан здоров'я тощо. Для того, щоб брати участь у цивільних правовідносинах, фізична особа повинна бути наділена цивільною правосуб'єктністю.

Цивільна правоздатність, як здатність мати цивільні права та цивільні обов'язки, визнається за всіма фізичними особами з моменту народження. Однак у випадках, що прямо передбачені в законі, охороняються інтереси зачатої, але ще не народженої дитини (ч. 2 ст. 25 ЦК). Наприклад, майновий інтерес зачатої, але ще не народженої дитини охороняється шляхом закріплення за нею можливості у разі живонародженості бути визнаною суб'єктом спадкових правовідносин.

Правоздатність є обов'язковою, загальною передумовою виникнення та здійснення суб'єктивних цивільних прав та виконання цивільних обов'язків. За своєю правовою природою цивільна правоздатність є суб'єктивним цивільним правом. Усі фізичні особи є рівними у здатності мати цивільні права та обов'язки, незалежно від раси, статі, національності, мови, походження, роду занять, фізичного чи психічного стану здоров'я, майнового, соціального становища, місця проживання, ставлення до релігії, переконань, належності до тих чи інших політичних партій та громадських організацій тощо.

Окрім цього, у випадках, що прямо встановлені законом, здатність мати окремі цивільні права та обов'язки може пов'язуватися з досягненням фізичною особою відповідного віку. Наприклад, особа має право бути донором крові, її компонентів, а також органів та інших анатомічних матеріалів та репродуктивних клітин лише по досягненні повноліття (ст. 290 ЦК).

У ст. 26 ЦК проведена диференціація прав залежно від того, як вони пов'язані із майновим субстратом. Так, відповідно до її положень виділяються особисті немайнові та майнові права. Поняття «особисті немайнові права» охоплює такі цивільні права, які довічно належать кожній фізичній особі від народження або за законом. Вони не мають економічного змісту та нерозривно пов'язані із особою – носієм цього права. Що стосується «майнових прав», то їх визначення чітко не закріплене у чинному законодавстві. Водночас у п. 2 ст. 190 ЦК визначається, що майнові права є речовими правами, а за своєю правовою природою визначаються як неспоживна річ. Однак, на думку О.В. Дзери, такий підхід є дещо звужений, оскільки до майнових прав слід відносити не лише речові права, але й переважну більшість зобов'язальних, виключних та корпоративних прав [10, с. 421]. Тому, на думку науковця, під поняттям «майнові права» більш правильно було б розуміти цивільні права, які мають певний економічний зміст. При цьому для правової характеристики майнового права немає сенсу виділяти таку ознаку, як нерозривний зв'язок із носієм цього цивільного права, оскільки, на відміну від особистих немайнових прав, майнові права можуть бути відділені від особи-носія та відчужені чи передані іншим особам.

Моментом припинення правоздатності фізичної особи є момент її смерті, з якого фізична особа втрачає здатність бути носієм цивільних прав та обов'язків, тобто бути учасником цивільних правовідносин.

Правоздатність є обов'язковою, загальною передумовою виникнення та здійснення суб'єктивних цивільних прав та виконання цивільних обов'язків. За своєю правовою природою цивільна правоздатність є суб'єктивним цивільним правом. Однак від інших суб'єктивних цивільних прав вона відрізняється:

- специфічним змістом, який полягає у здатності (можливості) мати будь-які законні цивільні права та обов'язки. Тобто правоздатність є лише передумовою до правоволодіння. І лише реалізувавши правоздатність, особа може набути відповідних суб'єктивних цивільних прав та обов'язків;

- специфічним обсягом, який полягає у тому, що всі фізичні особи є рівними у здатності мати цивільні права та обов'язки. Перелік цивільних прав та обов'язків, які може мати фізична особа, є доволі широким і може містити всі особисті немайнові та майнові права і обов'язки, що встановлені Конституцією, ЦК та іншими законами. Проте в окремих випадках цивільну правоздатність може бути обмежено законом. Її обмеження іншими способами, наприклад, правочинном, правовим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономна Республіка Крим, органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, є незаконним (ст. 27 ЦК);

- специфічним призначенням, оскільки покликана забезпечити кожній фізичній особі юридичну можливість набувати конкретних цивільних прав та обов'язків, використовуючи які, вона може задовольнити свої інтереси та досягти мети;

- наявністю тісного зв'язку правоздатності з особою її носія, оскільки закон не допускає її відчуження чи передачу іншій особі.

Цивільною дієздатністю фізичної особи є її здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання. Цивільну дієздатність має фізична особа, яка усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними (ч. 1 ст. 30 ЦК).

Слід звернути увагу також на те, що відповідно до ст. 2 ЦК учасниками цивільних відносин визнаються фізичні та юридичні особи. Як бачимо, вказана стаття залишає поза увагою таку численну групу учасників цивільних відносин як фізичні особи – підприємці, які у сукупності теж охоплюються поняттям «фізичні особи», але в силу свого статусу мають певні відмінності у правовому регулюванні їх відносин. При цьому, правовий статус фізичної особи є набагато ширшим, ніж правовий статус фізичної особи – підприємця.

У зв'язку з цим, постає питання: яке місце у сфері правовідносин займає фізична особа – підприємець та які норми законодавства слід до них застосовувати: норми, що регулюють відносини фізичних осіб, чи норми, які регулюють відносини юридичних осіб?

Насамперед слід зазначити, що п.п. 3.8.1 п. 3.8 розділу III Класифікації організаційно-правових форм господарювання ДК 002:2004, затвердженої наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 28 травня 2004 р. № 97, визначено, що підприємцем є фізична особа,

яка є громадянином України, іноземним громадянином, особою без громадянства, що здійснює підприємницьку діяльність [7]. Разом з тим, кожний громадянин має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом [1, ст. 42]. Це право закріплено і в ст. 50 ЦК. При цьому зазначається, що фізична особа здійснює своє право на підприємницьку діяльність за умови її державної реєстрації в порядку, встановленому законом [12].

Тобто, громадянин, який бажає реалізувати своє конституційне право на підприємницьку діяльність, після проходження відповідних реєстраційних та інших передбачених законодавством процедур за жодних умов не втрачає і не змінює свого статусу фізичної особи, якого він набув з моменту народження, а лише набуває до нього нової ознаки – «підприємець» [12].

Статус фізичної особи – підприємця – це юридичний статус, який засвідчує право особи на заняття підприємницькою діяльністю, а саме: самостійною, ініціативною, систематичною, на власний ризик господарською діяльністю, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку. При цьому, юридичний статус «фізична особа – підприємець» сам по собі не впливає і ніяким чином не обмежує будь-які правомочності особи, які випливають з її цивільної право-, та дієздатності.

Водночас згідно з ч. 1 ст. 128 Господарського кодексу України (далі – ГК) громадянин визнається суб'єктом господарювання у разі здійснення ним підприємницької діяльності за умови державної реєстрації його як підприємця без статусу юридичної особи відповідно до ст. 58 цього Кодексу.

Саме у господарських відносинах фізичні особи – підприємці беруть участь насамперед як підприємці, а не як фізичні особи, та лише на підставі їх реєстрації і внесення відомостей про них до Єдиного державного реєстру юридичних та фізичних осіб – підприємців.

Статтею 51 ЦК передбачено, що до підприємницької діяльності фізичних осіб застосовуються нормативно-правові акти, що регулюють підприємницьку діяльність юридичних осіб, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин.

Неоднозначне тлумачення вказаної норми в науково-юридичній літературі і на практиці обумовлює появу суперечливих висновків, що безумовно впливає на її правозастосування, оскільки певним чином відбувається злиття правового статусу фізичної особи з правовим статусом юридичної особи, які за своєю правовою природою є різними.

Як показує системний аналіз, на практиці дане положення тлумачиться, виходячи з такого:

По-перше, правоздатність індивідуального підприємця практично прирівнюється до правоздатності юридичних осіб – комерційних організацій. Він може мати права і обов'язки, необхідні для здійснення будь-яких видів діяльності, не заборонених законом, та щодо яких законом не передбачено обмежень [2, ст. 50]. Зазначене можна прослідкувати, зокрема, виходячи з положень ст. 91 ЦК.

По-друге, до підприємницької діяльності фізичних осіб застосовуються норми як загального цивільного (ЦК), так і спеціального законодавства (ГК, Закони України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб –

підприємців», «Про державну підтримку малого підприємництва», «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» тощо).

Водночас слід зауважити, що в господарському законодавстві «юридична особа» та «фізична особа – підприємець» охоплюються спільним поняттям «суб'єкт господарювання».

Зважаючи на всі вищезазначені чинники, в судовій практиці наявні випадки неоднозначного підходу до застосування ст. 51 ЦК, виходячи з різного трактування її змісту.

Як приклад, можна навести постанову Вищого господарського суду України від 14 вересня 2006 р. у справі № 41/102 про визнання недійсним договору оренди транспортного засобу між фізичною особою – підприємцем (орендодавець) та товариством (орендар) у зв'язку з відсутністю його нотаріального посвідчення [6].

Договір найму (оренди) транспортного засобу регулюється ст. 799 ЦК. Зокрема, ч. 2 ст. 799 ЦК передбачено, що договір найму транспортного засобу за участю фізичної особи підлягає нотаріальному посвідченню.

На відміну від ч. 2 ст. 799 ЦК норми гл. 30 ГК не встановлюють вимог щодо нотаріального посвідчення договорів оренди транспортних засобів у сфері господарювання.

Однак, Вищим господарським судом України прийнято рішення, що «положення ч. 2 ст. 799 ЦК не можуть бути застосовані у відношенні договору оренди, оскільки правове регулювання підприємницької діяльності юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців у даному випадку є тотожними. У відношенні договорів оренди транспортних засобів, укладених юридичними особами, ЦК та ГК не вимагають обов'язкового нотаріального посвідчення» [6].

Обґрунтування такої позиції пояснювалось таким. «Під час здійснення господарської діяльності фізичні особи – підприємці реалізують свою господарську компетенцію, тобто сукупність господарських прав та обов'язків. При цьому решта прав та обов'язків фізичної особи, що становлять її правоздатність як людини, набуваються та виконуються нею поза межами здійснення господарської діяльності, в порядку реалізації нею її цивільної дієздатності, передбаченої ЦК, та регулюються ним. Останнє впливає зі змісту ч. 3 ст. 45 ГК, відповідно до якої щодо громадян положення цього кодексу поширюються на ту частину їх діяльності, яка за своїм характером є підприємницькою.

За загальним правилом (ст. 209 ЦК) правочин, який вчинений у письмовій формі, підлягає нотаріальному посвідченню лише у випадках, встановлених законом або домовленістю сторін. На вимогу фізичної або юридичної особи будь-який правочин за її участю може бути нотаріально посвідчений. Відтак, на думку Вищого господарського суду України, договір оренди не потребував нотаріального посвідчення.

Суперечлива судова практика має місце і при вирішенні земельних питань.

Так, надання державними органами земельних ресурсів послуг на платній основі врегульовано постановою Кабінету Міністрів України від 1 листопада 2000 року № 1619 «Про затвердження Порядку виконання земельно-кадастрових робіт та надання послуг на платній основі державними органами земельних ресурсів» [4] та спільним наказом Держкомзему, Міністерства фінансів України, Міністерства економіки від 15 червня 2001 р. № 97/298/124 «Про затвердження розмірів

оплати земельно-кадастрових робіт та послуг», зареєстрованим Міністерством юстиції України 10 липня 2001 р. за № 579/5770 [5] (далі – Наказ).

Відповідно до п. 1, 3, 8, 9 табл. 6.1 Наказу послуги за реєстрацію державних актів на право власності на землю, на право постійного користування землею та договорів оренди в державному реєстрі земель і надання витягів з нього для фізичних осіб становить 5 грн., для юридичних осіб – 25 грн.; за підготовку та видачу довідок про правовий статус, кількісні та якісні характеристики земельної ділянки, розподілення земель серед власників і користувачів для фізичних осіб становить 5 грн., для юридичних осіб – 15 грн.; за надання інформації про грошову оцінку земельної ділянки для фізичних осіб становить 5 грн., для юридичних осіб – 25 грн.; за підготовку висновків з надання земельних ділянок у користування для фізичних осіб становить 30 грн., для юридичних осіб – 80 грн. [5].

Проведені Державною інспекцією з контролю за цінами в Київській області перевірки встановили, що в більшості випадків до фізичних осіб – підприємців застосовувались тарифи, встановлені для юридичних осіб. При цьому, мотивацією застосування зазначених тарифів було застосування норм ст. 51 ЦК.

Рішенням Київського окружного адміністративного суду від 27 травня 2010 р. № 2-а-4476/10/1070 [11] вищезазначені дії визнано неправомірними, мотивуючи тим, що згідно із п. п. 3.8.1 п. 3.8 наказу Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 28 травня 2004 р. № 97 підприємець-фізична особа, яка є громадянином України, іноземним громадянином, особою без громадянства, що здійснює підприємницьку діяльність.

До зазначеного слід додати, що суб'єктами права власності на землю є громадяни та юридичні особи – на землі приватної власності (пункт «а» статті 80 Земельного кодексу України).

Цікавим з точки зору практичного застосування є питання, пов'язане з реєстрацією права власності фізичних осіб – підприємців на нерухоме майно.

В цьому сенсі слід зауважити, що суб'єктами права власності є Український народ та інші учасники цивільних відносин, визначені ст. 2 ЦК, тобто фізичні та юридичні особи, держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права (ст. 2 та 318 ЦК) [2].

Згідно зі ст. 325 цього Кодексу суб'єктами права приватної власності є фізичні та юридичні особи. Фізичні та юридичні особи можуть бути власниками будь-якого майна, за винятком окремих видів майна, які відповідно до закону не можуть їм належати.

При цьому, власник має право використовувати своє майно для здійснення підприємницької діяльності, крім випадків, встановлених законом (ч. 1 ст. 320 ЦК).

Відповідно до ст. 42 ГК підприємництво – це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) (ст. 42).

Між тим, суб'єктами господарювання визнаються, зокрема, громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які зареєстровані відповідно до закону як підприємці, та здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством [3, ст. 55].

Враховуючи наведене, слід відмітити, що чинне законодавство не виділяє такого суб'єкта права власності як фізична особа – підприємець та не містить норм щодо права власності фізичної особи – підприємця. Законодавство лише встановлює, що фізична особа – підприємець відповідає за зобов'язаннями, пов'язаними з підприємницькою діяльністю, всім своїм майном, крім майна, на яке згідно із законом не може бути звернено стягнення.

Отже, суб'єктом права власності визнається саме фізична особа, яка може бути власником будь-якого майна, крім майна, що не може перебувати у власності фізичної особи. При цьому, правовий статус фізичної особи – підприємця не впливає на правовий режим майна, що перебуває у його власності. Беручи до уваги наведені матеріали можна зазначити, що фізична особа – підприємець у цивільно-господарських відносинах є різностороннім учасником. Принципи здійснення ним підприємницької діяльності роблять його подібним до юридичних осіб, тоді як у приватних відносинах, незважаючи на будь-які зміни в його статусі, він залишається бути громадянином – фізичною особою. А тому, слід чітко розмежовувати ці різні сфери відносин. Вбачається, що на підставі правила, встановленого у ст. 51 ЦК, до фізичних осіб – підприємців слід застосовувати норми спеціального (господарського) законодавства, якщо предметом регулювання безпосередньо є їх підприємницька діяльність. Натомість, слід брати до уваги норми цивільного законодавства, якщо предмет регулювання виходить за межі підприємницької діяльності, зачіпаючи приватні інтереси суб'єкта, та в повній мірі врегульовується нормами ЦК.

Висновки. Для правової характеристики майнового права немає сенсу виділяти таку ознаку, як нерозривний зв'язок із носієм цього цивільного права, оскільки, на відміну від особистих немайнових прав, майнові права можуть бути відділені від особи-носія та відчужені чи передані іншим особам.

Стаття 2 ЦК залишає поза увагою таку численну групу учасників цивільних відносин як фізичні особи-підприємці, які у сукупності теж охоплюються поняттям «фізичні особи», але в силу свого статусу мають певні відмінності у правовому регулюванні їх відносин. При цьому, правовий статус фізичної особи є набагато ширшим, ніж правовий статус фізичної особи – підприємця.

Фізична особа – підприємець у цивільно-господарських відносинах є різностороннім учасником. Принципи здійснення ним підприємницької діяльності роблять його подібним до юридичних осіб, тоді як у приватних відносинах, незважаючи на будь-які зміни в його статусі, він залишається бути громадянином – фізичною особою. А тому, слід чітко розмежовувати ці різні сфери відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України прийнята на V сесії Верховної ради 28 червня 1996 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.
2. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.
3. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.
4. Про затвердження Порядку виконання земельно-кадастрових робіт та надання послуг на платній основі державними органами земельних ресурсів: Постанова Кабінету Міністрів України від 1 листопада 2000 року N 1619.

5. Про затвердження розмірів оплати земельно-кадастрових робіт та послуг : Спільний наказ Держкомзему, Міністерства фінансів України, Міністерства економіки від 15 червня 2001 року N 97/298/124, зареєстрований Міністерством юстиції України 10 липня 2001 року за N 579/5770. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua>

6. Про визнання недійсним договору оренди транспортного засобу між фізичною особою – підприємцем (орендодавець) та товариством (орендар) у зв'язку з відсутністю його нотаріального посвідчення: Постанова Вищого господарського суду України від 14 вересня 2006 року у справі N 41/102. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/>

7. Класифікатор організаційно-правових форм господарювання ДК 002:2004, затверджений наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 28 травня 2004 р. N 97. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua>

8. Бірюков І. До питання визначення термінів «громадянин» і «фізична особа»// Підприємство, господарство і право. – 2001. – №7 – С.42-43.

9. Михайлова И.А. Гражданская правосубъектность физических лиц: проблемы законодательства, теории и практики : Автореф. дис. док. юрид наук 12.00.03 // Режим доступу <http://www.lawbook.org.ua/ru/12.00.03.shtml>

10. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. – 3-є вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – Т. II. – 1088 с.

11. Рішення Київського окружного адміністративного суду від 27 травня 2010 року N 2-а-4476/10/1070 – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/>

12. Статус, фізичної особи – підприємця: проблеми застосування законодавства : Роз'яснення Мініюсту України від 14.01.2011 // – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

Прилуцький Р.Б., Миргородська А.П. Фізичні особи як суб'єкти цивільного права

У статті розглянуто проблемні питання уніфікації понятійно-категоріального апарату для визначення фізичної особи в цивільному праві, досліджені питання її правоздатності і дієздатності, визначені особливості статусу фізичної особи-підприємця як учасника цивільно-господарських відносин.

Ключові слова: людина, фізична особа, цивільна дієздатність, цивільна правоздатність, фізична особа-підприємець.

Прилуцкий Р.Б., Миргородская А.П. Физические лица как субъекты гражданского права

В статье рассмотрены проблемные вопросы унификации понятийно-категориального аппарата для определения физического лица в гражданском праве, исследованы вопросы его правоспособности и дееспособности, определены особенности статуса физического лица-предпринимателя как участника гражданско-хозяйственных отношений.

Ключевые слова: человек, физическое лицо, гражданская дееспособность, гражданская правоспособность, физическое лицо-предприниматель.

Prlytskyi R.B., Myrhorodska A.P. Natural persons as subjects in civil law

The article considers the debative issues of harmonisation of concepts and categories in defining a natural person in civil law. Aspects of civil and legal capacity are investigated, peculiarities of a natural person-entrepreneur as a participant of civil and economic relations are specified.

Key words: human, natural person, civil capacity, legal capacity, natural person-entrepreneur.

Стаття надійшла до редакції 14.05.2012.

**ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО, ГОСПОДАРСЬКЕ
ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО
ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО, ХОЗЯЙСТВЕННОЕ
ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО
COMMERCIAL LAW, ECONOMIC PROCEDURAL LAW**

**ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ РОЗУМНОСТІ
В ГОСПОДАРСЬКИХ ТА ЦИВІЛЬНИХ СПОРАХ**

Л.Л. Нескороджена

кандидат юридичних наук, доцент

Національна академія внутрішніх справ

Л.А. Чигирик

магістрант

ВНЗ «Національна академія управління»

Постановка проблеми. Сьогодні, за відсутності розвинутої та усталеної практики застосування принципу розумності, деякі фахівці в галузі цивільного та господарського права критично ставляться до появи в кодексі відповідних оціночних понять. Висловлюються думки про те, що закріплення принципів добросовісності, справедливості та розумності є помилковим та передчасним для нашої правової системи.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Існує досить значний за обсягом та спектром пласт сучасних наукових досліджень регулювання та застосування принципу розумності в діяльності господарських та цивільних судів в Україні. Не зменшуючи значущість внеску інших дослідників, можна відзначити праці Н. Абрамова, М. Белкіна, С. Васильєва, С. Глібко, Д. Притики, П. Перерви, Т. Степанової, М. Титова, Д. Черваньова, М. Чумаченка, К. Щербини, О. Шеремет, О. Шевердіна, С. Шмагуна та багатьох інших вчених, які торкалися проблем вирішення спорів господарськими судами як на місцевому, так і на рівні Вищого господарського суду України.

Мета. Дослідити нормативно-правову базу в сфері застосування принципу розумності при вирішення спорів господарськими судами. При дослідженні широко використовувалися діалектичний метод та методи історичного, порівняльного, системно-структурного аналізу.

Основні результати дослідження. Цивільний кодекс (далі – ЦК) України не сформулював визначення принципу розумності, але аналіз змісту його положень, зокрема ч. 5 ст. 12, ст. 13, ч. 3 ст. 23 тощо, дозволяє стверджувати, що за допомогою таких категорій як добросовісність, розумність, справедливість закон встановлює межі здійснення цивільних прав осіб, запобігаючи тим самим зловживанню правом з боку останніх. Добросовісність і недобросовісність, розумність і нерозумність, справедливість і несправедливість мають правове значення у спеціально вказаних у законі випадках. Причому і добросовісність, і розумність учас-

ників цивільних правовідносин презюмуються. Так, зокрема ч. 5 ст. 12 ЦК передбачає: якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, коли інше не встановлено судом [1].

Вимога розумності цивільного законодавства практично виражається у встановленні його нормами рівних умов для участі всіх осіб у цивільних відносинах; закріпленні можливості адекватного захисту порушеного цивільного права або інтересу; поєднання створення норм, спрямованих на забезпечення реалізації цивільного права, з шануванням прав та інтересів інших осіб, моралі суспільства тощо.

Отже, розумність – це дії, що могла здійснити у конкретній ситуації людина, яка має нормальний, середній рівень інтелекту, знання та життєвий досвід. Розумність – це зважене вирішення питань регулювання цивільних відносин з урахуванням інтересів усіх учасників, а також інтересів громади (публічного інтересу) [7].

Завдяки законодавчому закріпленню розумності у «тканину» цивільного права органічно «вплетені» загальнолюдські цінності, ідеї природного права. Без них цивільне право перетвориться у сукупність «сухих», «бездушних» правил поведінки. Отже, можна констатувати, що «ідеї природного права тепер інтегровані у позитивне право».

За допомогою принципу розумності може бути досягнуто юридичної рівності учасників цивільного та господарського обороту. Юридична рівність – одна з характерних рис справедливості у цивільному праві й означає таке становище учасників, коли воля одного з них не залежить від волі іншого, оскільки самі учасники самостійні у прийнятті тих чи інших рішень [4]. Але для досягнення такої рівності необхідно, щоб кожен учасник цивільних правовідносин діяв добросовісно й розумно (тобто сумлінно виконував би свої цивільні обов'язки, з турботою й обачністю ставився до своїх прав і інтересів та прав і інтересів інших осіб, усвідомлюючи при цьому можливість завдання шкоди останнім, ставив би чужі права та інтереси у рівне, однакове положення зі своїм положенням).

Принцип свободи договору декларується у ст. ст. 3, 627 Цивільного кодексу України. Разом з тим, здійснення особами цивільних прав певним чином обмежується. Так, згідно із ст. 13 ЦК при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині. Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. У разі недодержання особою при здійсненні своїх прав вимог, встановлених зазначеною статтею, суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати санкції, встановлені законом. Зокрема, згідно зі ст. 16 ЦК, суд може відмовити у захисті цивільного права та інтересу особи в разі порушення нею положень ст. 13 ЦК.

Згідно з п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК загальними засадами цивільного законодавства є справедливість, добросовісність та розумність. Відповідно до ст. 6, ч. 1 ст. 627 ЦК сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог Цивільного кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту та вимог розумності. Таким чином, вимога

щодо врахування принципу розумності є прямою вимогою закону до договору. Згідно з ч. 1 ст. 203 ЦК зміст правочину не може суперечити Цивільному кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Згідно з ч. 1 ст. 215 ЦК підставою недійсності правочину є недодержання стороною (сторонами) в момент вчинення правочину вимог, встановлених ч.ч. 1-3, 5, 6 ст. 203 Цивільного кодексу. Таким чином, недотримання принципу розумності при укладанні договору може бути підставою для визнання договору недійсним, щонайменше, в частині тих положень договору, які суперечать принципу розумності.

Зокрема, сума неустойки (штрафу, пені), яка передбачається в договорі, має бути розумною. Виникає запитання: яка сума може вважатися розумною і як цей принцип застосовується в господарському та/або цивільному судочинстві?

Згідно зі ст. 3 Закону України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» розмір пені обчислюється від суми простроченого платежу та не може перевищувати подвійної облікової ставки Національного банку України, що діяла у період, за який сплачується пеня. Таким чином, розумною може вважатися сума, яка орієнтовно відповідає правилам, зазначеним у ст. 3 вказаного Закону.

Розглянемо судову практику застосування принципу розумності, встановленого п. 6 ч. 1 ст. 3, ч. 1 ст. 627 ЦК.

Приватне підприємство «А.» звернулось до господарського суду з позовом до товариства з обмеженою відповідальністю «Агрофірма Ш.» про стягнення 357 022,63 грн., з яких 210 779,02 грн. – основний борг, 19 655 грн. – пеня, 5 120,32 грн. 3 % річних, 16 078,77 грн. – інфляційні, 105 389,52 грн. – штраф. Після апеляційного перегляду справи Одеський апеляційний господарський суд зменшив суму штрафу до 5 000 грн. З цим не погодився позивач і подав касаційну скаргу. У постанові Вищого господарського суду України (далі – ВГСУ) від 14 грудня 2006 р. № 4/193-06-4801 [3] зазначено, що відповідно до положень ст. 3, ч. 3 ст. 509 ЦК загальними засадами цивільного законодавства та водночас засадами, на яких має ґрунтуватися зобов'язання між сторонами, є добросовісність, розумність і справедливість. Частина 3 ст. 551 ЦК встановлює, що розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення. Одеський апеляційний господарський суд, враховуючи скрутне матеріальне становище відповідача – сільськогосподарського товаровиробника, підтверджене звітами про фінансові результати господарської діяльності підприємства за 2006 р., правомірно керуючись ст. 233 ГК, зменшив розмір стягнутого штрафу до 5 000 грн. За таких обставин прийнята постанова відповідає матеріалам справи та вимогам закону, підстав для її скасування не вбачається. Аналогічну постанову ВГСУ прийняв у справі 4/194-06-4802 за позовом іншого позивача до товариства з обмеженою відповідальністю «Агрофірма Ш.».

Застосування принципу розумності в судовій практиці допомагає уникнути зайвих, необґрунтованих витрат учасників господарських та/або цивільних відносин.

Висновки. Таким чином, принцип справедливості, добросовісності і розумності у цивільному праві є дієвим «інструментом», завдяки якому може бути «налагоджений» цілісний механізм цивільно-правового регулювання суспільних

відносин. Дія цього принципу має бути спрямована на досягнення і підтримання справедливого балансу майнових прав і інтересів учасників цивільних правовідносин, коли їхні дії не будуть призводити до несправедливого, нерозумного чи недобросовісного результату.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. // Голос України. – 14 березня 2003 р.
2. Господарський процесуальний кодекс України. – К., 2002.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року. // Сайт Верховної Ради України «Законодавство України». – <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435>.
4. *Беляневич О.А.* Договори приєднання // Вісник господарського судочинства. – № 3. – 2004. – С. 210-217.
5. *Емельянов В.И.* Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. – М. : Лекс-Книга, 2002. – 160 с.
6. *Кройтор В.А.* Защита прав и интересов в суде. – Х. : Еспада, 2000. – 526 с.
7. Науково – практичний коментар Цивільного кодексу України. // Апелляція – правовий портал. – <http://apelyacia.org.ua/node/4697>.
8. *Павленко Д.Г.* Принцип добросовісності в договірних зобов'язаннях [Текст] : Автореф. дис...канд. юрид. наук : 12.00.03 / Д. Г. Павленко. – К., 2009. – 20 с.
9. *Потапова О.А.* Принципы гражданского права [Текст] : Автореф. дис...канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. А. Потапова. – Ульяновск, 2002. – 20 с.
10. *Стефанчук Р.О.* Цивільне право України: Навчальний посібник. – К. : Прецедент, 2005. // Электронная библиотека Князева. – http://ebk.net.ua/Book/law/stefanchuk_tsivpu/part1/102.htm.

Нескороджена Л.Л., Чигирик Л.А. Застосування принципу розумності в господарських та цивільних спорах

У статті комплексно досліджено цивільні правовідносини, в яких проявляється дія принципу розумності, в першу чергу договірні правовідносини. Також визначена система чинних в Україні нормативних актів, положень Цивільного кодексу України, що стосуються принципу розумності, відповідні положення цивільного та господарського законодавства, юридична практика.

Ключові слова: господарський суд, розгляд справи, судовий процес, принцип розумності, законодавство, неустойка.

Нескородженая Л.Л., Чигирик Л.А. Применение принципа разумности в хозяйственных и гражданских спорах

В статье комплексно исследованы гражданские правоотношения, в которых проявляется действие принципа разумности, в первую очередь договорные правоотношения. Также определена система действующих в Украине нормативных актов, положений Гражданского кодекса Украины, касающихся принципа разумности, соответствующие положения гражданского и хозяйственного законодательства, юридическая практика.

Ключевые слова: хозяйственный суд, рассмотрение дела, судебной процесс, принцип разумности, неустойка.

Neskorodzhen L.L., Chygyryk L.A. Application of principle of reasonableness in commercial and civil disputes

The article offers a comprehensive analysis of civil legal relationships displaying the principle of reasonableness, in particular, the contractual relationships. A system of the current normative legal acts, provisions of the Civil Code of Ukraine, the respective provisions of civil and economic legislation and the court practice related to the principle of reasonableness are specified.

Key words: *economic court, consideration of a case, court process, principle of reasonableness, forfeit.*

Стаття надійшла до редакції 14.05.2012.

БАНКРУТСТВО ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ – ПІДПРИЄМЦЯ

Р.Б. Прилуцький

*кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного та господарського права
ВНЗ «Національна академія управління»*

М.П. Саржинська

*магістрант
ВНЗ «Національна академія управління»*

Постановка проблеми. На сьогодні правове регулювання банкрутства фізичної особи – підприємця здійснюється на підставі Господарського [1] і Цивільного кодексів України 2003 р. [4], Законів України «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців» [5], «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» [6] та інших нормативних актів. Інтенсивна законотворчість призвела до того, що правові норми цих нормативних актів мають багато розбіжностей, суперечностей, є недостатньо відпрацьованими, тому створюють багато проблем на практиці.

З огляду на вищенаведене дослідження правового банкрутства фізичної особи – підприємця є актуальним і доцільним.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Теоретичні дослідження проблеми банкрутства суб'єктів господарської діяльності знайшли своє відображення у працях таких авторів, як: О.Б. Барбелюк, І.А. Гамбург, Б.М. Поляков, А.В. Родзинский, А.П. Пригуза, О.В. Титова та ін. Проте і на сьогодні ці проблеми залишаються бути дискусійними.

Мета даної статті полягає в тому, щоб на основі дослідження існуючого законодавства чітко висвітлити особливості банкрутства фізичної особи – підприємця.

Основні результати дослідження. Порядок та умови визнання суб'єктів підприємницької діяльності банкрутами з метою задовольнити претензії кредиторів регулює спеціальний Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».

Окремі відносини щодо провадження у справах про банкрутство регулюються Господарським-процесуальним кодексом України, Цивільним кодексом, Господарським кодексом України та іншими законодавчими актами.

Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» встановлено особливості здійснення провадження у справах про банкрутство підприємців-фізичних осіб шляхом виділення їх в окрему категорію (ст. 47-49). Особливості банкрутства цієї категорії боржників викликається тим, що загальні положення цього Закону здебільшого стосуються підприємців-юридичних осіб, а деякі положення цього Закону не можна застосувати до фізичної особи, наприклад, про ліквідацію та інші.

У ст. 97 Податкового кодексу України під ліквідацією платника податків запропоновано розуміти ліквідацію платника податків як юридичної особи або зупинення державної реєстрації фізичної особи – підприємця, внаслідок якої

відбувається закриття їх рахунків та/або втрата їх статусу як платника податків відповідно до законодавства. Однак такий підхід має багато недоліків [3].

Аналізуючи наведене у Податковому кодексі визначення ліквідації платників податків, слід також вказати на некоректність використання у ст. 97 Податкового кодексу України вислову «зупинення державної реєстрації фізичної особи – підприємця». Застосування терміну «зупинення» є не виправданим, оскільки не відповідає загальному термінологічному підходу, який на сьогодні використовується законодавством України що регламентує процес припинення діяльності суб'єктів господарювання. Так, у ст. 52, 59 Господарського кодексу України відносно громадян-підприємців використовується термін «припинення діяльності» [2]. У Законі України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» від 15.05.2003 р. також використовується вираз «припинення підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця» (ст. 46).

Законодавство про державну реєстрацію взагалі не містить такого терміну, як «зупинення державної реєстрації фізичної особи – підприємця». У Законі України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» вислів «зупинення» стосується лише зупинення процесу проведення спрощеної процедури державної реєстрації припинення підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця.

Термін «зупинення діяльності суб'єкта господарювання» наведено у ст. 246 Господарського кодексу України, де зупинення діяльності суб'єкта господарювання розглядається як один з видів адміністративно-господарських санкцій, які застосовуються у разі здійснення господарської діяльності з порушенням екологічних вимог, систематичного порушення правил торгівлі тощо, і ця санкція застосовується тимчасово (наприклад до усунення виявлених недоліків).

Таким чином, ми погоджуємося з думкою Титова О. А., що більш коректним було б у ст. 97 Податкового кодексу вислів «зупинення державної реєстрації фізичної особи-підприємця» замінити висловом «припинення підприємницької діяльності фізичної особи-підприємця» [12, с. 56].

Цивільний кодекс України та Господарський кодекс України передбачають можливість застосування процедури банкрутства лише для фізичних осіб, що здійснюють підприємницьку діяльність. Для інших категорій неплатоспроможних фізичних осіб така процедура не передбачена. Банкрутством вважається визнана господарським судом неспроможність боржника відновити свою платоспроможність та задовольнити визнані судом вимоги кредиторів не інакше як через застосування ліквідаційної процедури.

Стаття 53 Цивільного кодексу України містить загальні умови визнання підприємця банкрутом:

1) неспроможність боржника через недостатність його майна задовольнити вимоги кредиторів;

2) підставою до порушення справи про банкрутство можуть бути лише вимоги, які пов'язані з підприємницькою діяльністю. Вимоги, що випливають з особистих зобов'язань, у тому числі про стягнення аліментів, відшкодування заподіяної життю та здоров'ю громадян шкоди, а також інші вимоги особистого характеру підставами для порушення справи про банкрутство бути не можуть. Такі вимоги кредитори вправі заявити в процесі провадження у справі про банкрутство.

Справи про банкрутство підвідомчі господарські суди за місцем знаходження боржника-підприємця і розглядають в порядку, передбаченому Господарським-процесуальним кодексом України та Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» з урахуванням особливостей, передбачених ст. 47-49 вказаного Закону щодо фізичної особи-підприємця.

Заява про порушення справи про банкрутство може бути подана фізичною особою-підприємцем, який є боржником, або його кредиторами. Справа про банкрутство порушується господарським судом, якщо безспірні вимоги кредитора (кредиторів) до боржника сукупно складають не менше трьохсот мінімальних розмірів заробітної плати, які не були задоволені боржником протягом трьох місяців після встановленого для їх погашення строку [8, с. 257].

Вимоги кредиторів задовольняються за рахунок належного підприємцю майна, на яке може бути звернено стягнення в порядку черговості. Визначено 5 черг, які суттєво відрізняються від порядку черговості при банкрутстві юридичних осіб: у першу чергу задовольняються вимоги фізичних осіб, перед якими підприємець несе відповідальність за заподіяння шкоди життю та здоров'ю, а також вимоги щодо стягнення аліментів; у другу чергу проводяться розрахунки щодо виплати вихідної допомоги та оплати праці особам, які працюють у підприємця за трудовим договором (контрактом), і щодо виплати авторської винагороди; у третю чергу задовольняються вимоги кредиторів за зобов'язаннями, забезпеченими заставою майна підприємця; у четверту чергу задовольняються вимоги щодо сплати податків і зборів (обов'язкових платежів); у п'яту чергу проводяться розрахунки з іншими кредиторами. Позачергово відшкодовуються витрати, пов'язані з провадженням у справі про банкрутство фізичної особи-підприємця і виконанням постанови господарського суду про визнання фізичної особи-підприємця банкрутом. Вимоги кожної наступної черги задовольняються після задоволення вимог попередньої черги. За недостатністю коштів для повного задоволення усіх вимог однієї черги кошти розподіляються між кредиторами відповідної черги пропорційно сумах їх вимог [8, с. 258].

Після завершення розрахунків за заявленими вимогами підприємець звільняється від виконання всіх зобов'язань як пов'язаних, так і не пов'язаних із підприємницькою діяльністю, незалежно від того були вони заявлені чи ні. Виняток становлять вимоги кредиторів щодо відшкодування шкоди, заподіяної життю та здоров'ю громадян, стягнення аліментів, а також інші вимоги особистого характеру, які не були задоволені в порядку виконання постанови господарського суду про визнання фізичної особи-підприємця банкрутом або які погашені частково чи не заявлені після визнання фізичної особи-підприємця банкрутом. Вони можуть бути заявлені після закінчення провадження у справі про банкрутство відповідно у повному обсязі або в незадоволеній їх частині в порядку, встановленому цивільним законодавством України.

У зв'язку із проведенням процедури банкрутства державна реєстрація фізичної особи як підприємця не скасовується. Особа вправі продовжувати підприємницьку діяльність. Проте з метою усунення зловживань з боку боржника законом встановлено п'ятирічний строк з моменту визнання фізичної особи-підприємця банкрутом, протягом якого не може бути порушено провадження у справі про банкрутство за його ініціативою.

Прийнятий останнім часом Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців» щодо спрощення механізму державної реєстрації припинення суб'єктів господарювання» запроваджує спрощену процедуру державної реєстрації припинення юридичної особи шляхом її ліквідації та припинення підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця, але, на думку Гамбург І.А., не дає вичерпних відповідей на всі питання, поставлені практикою [7, с. 106]. Зокрема, спрощена процедура державної реєстрації припинення не передбачає фактичного проведення ліквідаційної процедури й відбувається тільки за відсутності заперечень кредиторів щодо такої реєстрації; можна очікувати значних ускладнень, адже якщо представники юридичної особи були не спроможні звернутися до держреєстратора для подання документів на припинення, а отже, і не надали звітність до інших державних органів, це призведе до нарахування чималих штрафних санкцій; проблематичними можуть виявитися ситуації, за яких ліквідатори юридичних осіб, щодо яких було прийняте судове рішення про припинення, не пов'язане з банкрутством, із закінченням терміну не надають державному реєстратору передбачених Законом документів для реєстрації припинення тощо.

Відмітимо, що на сьогодні банкрутство фізичної особи – підприємця може бути дієвим законним механізмом списання кредитів з фізичної особи.

Ми згодні з думкою А. Родзинського [11], що виходячи із системного аналізу норм чинного законодавства, а саме: а) ст. ст. 50-53 Цивільного кодексу України, б) ст. 1, 2 Господарського процесуального кодексу України, в) ст. ст. 1, 7, 22-34, 47-49 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»: фізична особа, яка зареєстрована суб'єктом підприємницької діяльності, у випадку якщо не може задовольнити вимоги кредиторів, пов'язані з її підприємницькою діяльністю, звертається до господарського суду із заявою про порушення справи про власне банкрутство. Суд, розглянувши заяву, може визнати цю фізичну особу банкрутом, відкрити ліквідаційну процедуру, і призначити ліквідатора – ліцензованого арбітражного керуючого – для керування та продажу майна банкрута. Всі кредитори фізичної особи зобов'язані заявити свої вимоги до боржника у встановлений судом термін, незалежно від того, пов'язані ці борги з підприємницькою діяльністю боржника чи ні. У протилежному випадку вони будуть визнані судом погашеними. Майно фізичної особи продається ліквідатором на відкритому аукціоні, а отримані кошти розподіляються судом між кредиторами у черговості, встановленому Законом.

Банк, як заставний кредитор, має переважне право на отримання коштів від продажу предмету застави. Суд звільняє фізичну особу від подальшого виконання непогашених у процедурі банкрутства вимог кредиторів.

Для запобігання зловживань фізичних осіб своїм правом на пільгову спрощену процедуру банкрутства, Закон передбачає, що у випадку порушення судом процедури банкрутства повторно протягом 5 років після закінчення першої процедури, фізична особа не звільняється від виконання вимог кредиторів. Таким чином, у процедурі банкрутства під контролем суду досягається компроміс: людина втрачає все своє майно (що б відбулося і при стягненні боргу державною виконавчою службою), але звільняється від боргів і отримує можливість почати життя наново; банк, по закінченню процедури банкрутства, отримує коштів від

продажу застави швидше і більше, ніж в процедурі виконавчого провадження, а також не несе витрат на резервування по безнадійному кредиту, а держава не втрачає ініціативного громадянина – платника податків, який вестиме підприємницьку діяльність і, можливо, стане «локомотивом» економічного зростання України.

Із норм чинного законодавства вбачається, що справа про банкрутство в порядку Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» може бути порушена лише відносно суб'єкта підприємницької діяльності (у тому числі відносно фізичної особи, що має такий статус та зареєстрована в установленому законом порядку). При цьому, з урахуванням положень ч. 3 ст. 6 Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», яка визначає підстави порушення справи про банкрутство, однією із умов порушення та здійснення провадження у справі є наявність у такого боржника, саме як у суб'єкта підприємницької діяльності, в обов'язковому порядку незадоволених протягом визначеного в Законі «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» строку грошових зобов'язань перед кредиторами. Тобто, вимоги кредиторів, що покладаються в основу кредиторських вимог у заяві про порушення справи про банкрутство боржника – фізичної особи, мають бути пов'язані із здійсненням такою особою підприємницької діяльності.

Отже, законодавець визначив сферу застосування закону, обмеживши її суб'єктами підприємницької діяльності, при цьому фізичні особи – підприємці, що мають заборгованість, яка не пов'язана з веденням підприємницької діяльності, не підпадають під сферу регулювання наведеного Закону та не можуть бути суб'єктами банкрутства відповідно до положень Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».

Разом з тим, при здійсненні провадження у справі про банкрутство фізичної особи – підприємця, порушеної в порядку ст. 47 Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», виникають проблемні питання, не врегульовані нормами чинного законодавства про банкрутство.

Висновки. Отже, чинне законодавство щодо банкрутства фізичної особи не дає вичерпних відповідей на всі питання, поставлені практикою. Існують прогалини та суперечності в законодавстві, що пов'язані із процедурою банкрутства громадянина-підприємця, потребують узгодження визначення термінів у різних законодавчих актах. Пропонуємо у ст. 97 Податкового кодексу вислів «зупинення державної реєстрації фізичної особи-підприємця» замінити висловом «припинення підприємницької діяльності фізичної особи-підприємця».

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Господарський кодекс України № 436-IV від 16.01.2003 (із змінами і доповненнями). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
2. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. (із змінами і доповненнями). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
3. Податковий кодекс України від 23.12.2010 р. № 2856-VI (2856-17). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV (із змінами і доповненнями). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

5. Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців: Закон України від 15.05.2003 р. № 755-IV (із змінами і доповненнями). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

6. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.1992 р. № 2343-XII (із змінами і доповненнями). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

7. *Гамбург І.А.* Правове регулювання припинення суб'єктів господарської діяльності в Україні / І. А. Гамбург // Держава та регіони: Серія Право. – 2011. – № 1. – С. 101-106.

8. *Дзера О.В., Николаев А.Н.* Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України станом на 13.07.2010 року: – 1-є вид. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – Т. I. – 1327 с.

9. *Поляков Б.М.* Право несостоятельности (банкротства) в Украине / Б. М. Поляков. – К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 440 с.

10. *Пригуза А.П.* Теоретико-правова характеристика банкрутства юридичної особи / А.П. Пригуза // Часопис Академії адвокатури України. – 2011. – № 1. – С. 1-5.

11. *Родзинський А.В.* Банкрутство фізичної особи – підприємця як дієвий законний механізм списання кредитів з фізичної особи / А.В. Родзинський. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://blog.liga.net/user/jurclub/article/2766.aspx>

12. *Титова О.В.* Щодо термінологічних засад платників податків / О.В. Титова // Вісник ІЕПД НАН України. – 2011. – № 2. – С. 54-58.

Прилуцький Р.Б., Саржинська М.П. Банкрутство фізичної особи – підприємця

У статті розглянуто проблемні питання інституту банкрутства фізичної особи-підприємця, досліджені поняття та умови регулювання банкрутства фізичної особи – підприємця.

Ключові слова: фізична особа-підприємець, підприємницька діяльність, неплатоспроможність, банкрутство.

Прилуцкий Р.Б., Саржинская М.П. Банкротство физического лица – предпринимателя

В статье рассмотрены проблемные вопросы института банкротства физического лица-предпринимателя, исследованы понятие и условия регулирования банкротства физического лица – предпринимателя.

Ключевые слова: физическое лицо-предприниматель, предпринимательская деятельность, неплатежеспособность, банкротство.

Prylutskyi R.B., Sarzhynska M.P. Bankruptcy of a natural person – entrepreneur

The article considers the debative issues of the institution of bankruptcy of an individual entrepreneur, the concept and terms regulating the bankruptcy of a natural person – entrepreneur are analysed.

Key words: natural person-entrepreneur, entrepreneurial activity, insolvency, bankruptcy.

Стаття надійшла до редакції 11.05.2012.

ДОГОВІР ТА ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Р.Б. Прилуцький

*кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного та господарського права
ВНЗ «Національна академія управління»*

Постановка проблеми. Після прийняття Господарського (далі – ГК) [1] та Цивільного (далі – ЦК) [2] кодексів України питання про джерела господарського та цивільного права набуло більшої актуальності. Якщо до прийняття ЦК визначення, наприклад, складу джерел цивільного права мало здебільшого теоретичне значення, то нині маємо законодавче закріплення вже цілої низки цілком конкретних джерел як цивільного, так і господарського права, що переводить наукові дослідження також й у практичну площину.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблема поняття і складу джерел господарського права ще не дістала належного дослідження. Нині можна вказати на декілька статей автора, в яких зроблена постановка проблеми і дана загальна характеристика поняття таких джерел [3; 4; 5]. Необхідним є подальше вивчення як проблеми у цілому, так і кожного з існуючих джерел окремо.

Метою статті є аналіз таких важливих джерел господарського права як договір і звичай, а також надання рекомендацій щодо внесення змін та доповнень до законодавства у зв'язку з цим.

Основні результати дослідження. З нашої точки зору, під джерелами права слід розуміти нормативно-правові акти (законодавство), а також інші форми (засоби, інструменти) правового регулювання, на основі яких певні правовідносини можуть виникати, змінюватися і припинятися. Крім того, вони (джерела) є самодостатнім мірилом і підставою для врегулювання у встановленому порядку будь-якого спору (конфлікту), що виник із таких відносин [3; 4, с. 27].

Важливою відмінною ознакою джерела права є, на наш погляд, санкціонування законодавцем можливості легального застосування того чи іншого виду джерела права.

Аналіз положень ГК дозволяє, на наш погляд, виділити три самостійні джерела господарського права: 1) господарське законодавство; 2) договір; 3) звичай [3; 4, с. 27].

Якщо господарському законодавству з боку вчених-правників приділяється достатньо велика увага, то договір та звичай, як самостійні джерела господарського права, залишаються майже не дослідженими.

Коли ми говоримо про договір як самостійне джерело господарського права, то маємо на увазі не нормативні договори, до яких у теорії нормативного договору відносять: а) внутрішньодержавні нормативні договори (типові договори, примірні статuti, «формуляри», засновницькі договори про створення господарських товариств, статuti господарських товариств); б) міждержавні (міжнародні) нормативні договори (угоди, конвенції, пакти і т.п.) [5, с. 48], а договір, який не передбачений актами господарського чи цивільного законодавства. Такий договір

укладається виключно внаслідок власного волевиявлення сторін, а його зміст визначається без посилання на діючі норми, що регулюють певні договори, у тому числі із застосуванням аналогії закону. Укладений таким чином договір виступає єдиним регулятором суспільних відносин, що породжуються ним. Суд чи інший орган, який розглядає спори, що витікають з такого договору, може і зобов'язаний вирішити їх з посиланням виключно на його умови, оскільки законодавством він не регулюється або сторони відступили від чинних положень законодавства.

Спроба виділити договір як самостійне джерело цивільного права була зроблена О. Первомайським [6, с. 35, 36]. Проте легально конструкція договору як самостійного джерела цивільного права була створена за рахунок закріплення у ЦК ст. 6, якою передбачено, що сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд тощо. Пересторога у використанні договору як джерела цивільного права і регулятора цивільних відносин полягає тут у тому, що договір має відповідати загальним засадам цивільного законодавства, визначеним ст. 3 ЦК. Крім того, сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

У зв'язку з цим В. І. Борисова відмічає, що динаміка товарно-грошового обороту, багатоманітність правових зв'язків між учасниками цивільних відносин виключають можливість їх упорядкованості лише тими чи іншими нормативними приписами (зовнішнє регулювання). Юридична рівність, вільне волевиявлення та майнова самостійність учасників цивільних відносин створюють об'єктивну передумову для вчинення ними дій, що мають юридичне значення, з метою саморегулювання (внутрішнього регулювання) їх взаємних відносин. Важливе значення у забезпеченні саморегулювання цивільних відносин відіграє договір. На її погляд, слід погодитись, що в сучасних умовах приватноправовий договір потрібно розглядати як універсальний юридичний засіб (елемент) механізму внутрішнього регулювання суспільних відносин (саморегулювання). Вона відмічає, що у цивільному праві виділяють «по найменовані» й «не понайменовані» договори. Понайменованими є договори, можливість укладення яких передбачена актами цивільного законодавства. Не понайменованими, відповідно, визнаються договори, можливість укладення яких нормативно не визначена. При укладенні понайменованих договорів, якщо з актів цивільного законодавства не впливає іншого або коли обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства не впливає з їх змісту чи із суті відносин між сторонами, останні мають право врегулювати у договорі свої відносини, які не врегульовані цими актами, або відступити від положень останніх і врегулювати свої відносини на власний розсуд [7, с. 36].

На наявність «поіменованих» і «не поіменованих» договорів вказується також в інших цивілістичних джерелах [8, с. 22]. Правда, із наведеного не витікає однозначний висновок про те, чи визнають автори договір у даній конструкції самостійним джерелом цивільного права.

Не наважується назвати договір самостійним джерелом цивільного права також Н.С. Кузнєцова. Аналіз ст. 6 ЦК дає, на її думку, підстави для висновку, що розгляд у такому контексті договору дозволяє трактувати його не тільки як найважливіший юридичний факт цивільного права, а й бачити в ньому ознаки джерела нормативних приписів [9, с. 48].

Слід зазначити, що поділення договорів на такі дві категорії (поіменовані й не поіменовані) здійснюється за традицією стародавнього римського права, у якому розрізнялись контракти (*contractus*) і пакти (*actum*). Якщо контракти, як дозволені законом угоди, користувались повним захистом, то пакти розглядались як неформальні угоди і спочатку не мали позовного захисту. Широкого використання вони набули лише тоді, коли претори почали надавати їм судовий захист [10, с. 90, 236]. За своєю суттю договори, що укладаються відповідно до ст. 6 ЦК і є самостійним джерелом цивільного права, можна порівнювати з пактами. Юридичного значення у римському праві пакти набували за умови можливості вирішувати спори, що витікали з них, у судовому порядку за допуском претора. Така можливість надана (санкціонована) і положеннями ст. 6 ЦК.

Норми, подібної до ст. 6 ЦК, ГК не містить. У зв'язку з цим може постати питання про те, чи можна вважати ЦК складовою господарського законодавства як джерела господарського права, а ГК – складовою цивільного законодавства. Вчені-цивілісти, принаймні їхня достатньо впливова частина, вважають, що ГК є актом цивільного законодавства [8, с. 26; 11, с. 105-106]. За Н.С. Кузнєцовой, норми, що містяться у відповідних главах книги п'ятої ЦК, поширюють свою дію на зобов'язання, що виникають з підприємницьких договорів. Водночас у зв'язку з прийняттям і набранням чинності ГК окремі особливості регулювання відносин у сфері господарювання можуть визначатися нормами ГК. Разом з тим положення ГК не повинні при цьому суперечити нормам ЦК [8, с. 26].

Що стосується застосування до регулювання цивільних відносин положень ГК, то це питання не має достатньо однозначної відповіді. З точки зору С. М. Бервено, О. В. Дзери, надзвичайно велика кількість правових норм, що регулюють договірні відносини, зосереджені за межами ЦК і містяться як в окремих кодифікованих актах, так і в нормативних актах комплексного характеру. Відповідно постає питання про допустимість включення таких «чужих» норм до цивілістичного інституту договірних відносин. Є достатньо підстав підтримати позицію тих авторів, які визнають існування комплексних (змішаних) правових інститутів. Якщо це заперечити, то необхідно визнати, що в кількох галузях права існують інститути права власності (в цивільному, земельному, сімейному праві), інститути договірних відносин (в цивільному, земельному, господарському, банківському та інших самостійних та комплексних галузях права). Однак, незважаючи на розосередженість норм, що регулюють договірні відносини, для них поза сумнівом є факт їх цивілістичного походження [12, с. 78-79]. Можливість застосування ГК до певної частини цивільних відносин, вважають автори, цілком імовірна, хоча ЦК прямо і не називає серед джерел правового регулювання ГК. Заплутаним і суперечливим є текст ст. 4 ГК, але зрештою, і ця стаття не заперечує регулювання нормами ГК окремих майнових відносин цивільно-правового походження. Це підтверджується також нормами інших статей ГК. Однак у судовій практиці дана проблема може отримати й іншу інтерпретацію. Для уникнення цього пропонується внести до ЦК та ГК певні зміни [12, с. 90-91].

У зв'язку із сказаним дійсно слід констатувати, що законодавець так ув'язав окремі положення ГК і ЦК, що, з одного боку, просто не розумно заперечувати можливість і необхідність застосування положень ЦК до регулювання певної частини відносин, що виникають у зв'язку із здійсненням господарської діяльності суб'єктами господарювання або за участю останніх (ЦК розглядається як складова господарського права розглядається і у господарсько-правовій літературі [13, с. 74]). При цьому, як видається, мова йде не стільки про регулювання господарських відносин, скільки про запозичення господарським правом інститутів цивільного права, а у багатьох випадках – про регулювання відносин, які ГК не визнає господарськими і не регулює. Важливим у цьому сенсі є, на наш погляд, загальне положення, закріплене у ст. 7 ГК, у якій законодавець не тільки не визначає якогось особливого статусу у регулюванні господарських відносин для ЦК, але навіть і не згадує про нього як про нормативно-правовий акт господарського законодавства. Це важлива обставина, про яку часто забувається при здійсненні законотворчої діяльності, у правозастосовній практиці і, нажаль, багатьох наукових дослідженнях.

З другого боку, ч. 1 ст. 4 ГК встановлено, що не є предметом регулювання цього Кодексу майнові та особисті немайнові відносини, що регулюються ЦК. А відповідно до ч. 2 цієї статті ГК визначаються особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання. Таким чином, ГК чітко визначає відносини, що регулюються його нормами, і відносини, що регулюються нормами ЦК. Наприклад, відповідно до ст. 306 ГК перевезення вантажів регулюється цим Кодексом і виданими відповідно до нього транспортними кодексами, транспортними статутами та іншими нормативно-правовими актами (ч. 5), а відносини, пов'язані з перевезенням пасажирів та багажу, – ЦК та іншими нормативно-правовими актами (ч. 6). Зрозуміло, що у першому випадку йдеться про господарські відносини, що є предметом регулювання ГК, а у другому – цивільні правовідносини, що складають предмет регулювання нормами ЦК. Загалом у ГК можна виділити біля шести способів розмежування положень ГК і ЦК щодо регулювання тих чи інших правовідносин [14]. Аналіз цих положень навряд чи дає достатньо підстав для визнання ГК джерелом цивільного права.

Положення про договір як самостійне джерело господарського права містяться у декількох статтях ГК. Так, відповідно до ст. 174 ГК господарські зобов'язання можуть виникати з господарського договору та інших угод, передбачених законом, а також з угод, не передбачених законом, але таких, які йому не суперечать. За ч. 2 ст. 175 ГК майнові зобов'язання, які виникають між учасниками господарських відносин, регулюються ЦК з урахуванням особливостей, передбачених ГК. Згідно ж зі ст. 179 ГК майново-господарські зобов'язання, які виникають між суб'єктами господарювання або між суб'єктами господарювання і негосподарюючими суб'єктами – юридичними особами на підставі господарських договорів, є господарсько-договірними зобов'язаннями (ч. 1). При укладенні господарських договорів сторони можуть визначати зміст договору на основі вільного волевиявлення, коли сторони мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству (ч. 4).

Це положення, на наш погляд, стосується як договорів, що передбачені законодавством, так і договорів, що законодавством не передбачені (поіменованих і не поіменованих договорів).

Особливістю правового регулювання майнових господарських договорів є те, що, на відміну від ЦК, у ГК закріплено обмеження у використанні договору як самостійного джерела регулювання господарських відносин – він не може протирічити діючому закону. Тобто, сторони господарського договору не мають права відступити від закону і врегулювати свої відносини договором на власний розсуд, якщо ці відносини законом врегульовані.

Постає питання, який закон мається на увазі? З нашої точки зору, мова повинна вестись про господарське законодавство, яке закріплює згадувані вище особливості правового регулювання. І це зрозуміло, якщо враховувати, що суб'єкти господарювання та інші учасники відносин у сфері господарювання відповідно до ч. 3 ст. 5 ГК повинні здійснювати свою діяльність у межах встановленого правового господарського порядку, додержуючись вимог законодавства.

Разом з тим, оскільки більшість норм, що опосередковують цивільні договори, містяться у ЦК, то цілком закономірним буде застосування положень ст. 6 цього Кодексу і у разі, коли такі договори укладаються у сфері господарювання за умови, що це не стосується особливостей правового регулювання цих відносин, передбачених нормами ГК. У якості прикладу доречним буде порівняти положення про істотні умови договору, яким присвячено відповідно ст. 638 ЦК і ст. 180 ГК. Ці статті містять важливе правило про те, що договір є укладеним з моменту досягнення у передбачених законом порядку та формі згоди щодо усіх його істотних умов. При цьому визначення істотних умов у статтях у цілому є однаковим. Проте, якщо за ст. 638 ЦК за будь-яких умов сторони при укладенні цивільного договору повинні погодити предмет договору, то згідно з ч. 3 ст. 180 ГК при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору. І це є особливістю укладання усіх господарських договорів – як передбачених законодавством (поіменованих), так і не передбачених законодавством (не поіменованих).

Важливою особливістю договірних господарських відносин є те, що вони можуть бути підставою виникнення не тільки майново-господарських, але й організаційно-господарських зобов'язань. За ст. 186 ГК договірне оформлення організаційно-господарських зобов'язань може здійснюватися учасниками господарських відносин як на основі вільного волевиявлення сторін, так і на основі примірних договорів, якщо укладання таких договорів передбачено відповідними нормативно-правовими актами. Це положення, як видається, не виключає організаційно-господарського договору як самостійного джерела господарського права.

У цілому ж слід визнати, що питання щодо співвідношення господарського законодавства і договору як джерела господарського права (як, між іншим, й господарського договору у цілому) у ГК врегульовано погано. З метою хоч би мінімального закриття прогалини необхідно ГК доповнити статтю 7-1 такого змісту:

«Стаття 7-1. Господарське законодавство і договір

1. Суб'єкти господарювання та інші учасники господарських відносин можуть регулювати відносини між собою шляхом укладання договорів, які не передбачені актами господарського законодавства, але відповідають загальним закладам (принципам) господарського законодавства і не суперечать йому.

2. Сторони в договорі, врегульованому актами господарського законодавства, можуть відступити від положень цих актів і врегулювати свої відносини на власний розсуд, якщо це допускається цими актами».

Звичай як самостійне джерело права для правової системи України не є чимось особливо новим. Як зазначає А. В. Смітюх, тривалий час звичай був єдиною формою існування права в Україні. Його офіційними кодифікаціями стали «Правда» Ярослава, Статути Великого Князівства Литовського. Правовий звичай вшановувався вітчизняними правознавцями, як вираз народного світосприйняття. На думку С. Дністрянського, норми звичаєвого права тримаються на внутрішній силі суспільства, старішого та сильнішого за державу, що унеможлиблює подолання цієї сили жодною державою [15, с. 344].

На жаль, за роки радянської влади звичай був майже повністю витіснений з правового поля нашої держави, за виключенням хіба-що застосування міжнародних звичаїв у зовнішньоекономічних відносинах, які здійснювали спеціальні зовнішньоторгові загальносоюзні державні об'єднання.

Із здобуттям незалежності України національне законодавство починає вводити звичай у правову практику. Так, у ч. 1 ст. 6 Закону України від 16 квітня 1991 р. «Про зовнішньоекономічну діяльність» було встановлено, що суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору (контракту) мають право використовувати відомі міжнародні звичаї [16]. Частиною 6 ст. 4 Господарського процесуального кодексу України від 6 листопада 1991 р. господарським судам надано право у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності, надано право застосовувати міжнародні торгові звичаї [17]. 4 жовтня 1994 р. був прийнятий Указ Президента України «Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів», яким була запроваджена обов'язковість застосування Правил Інкотермс при укладанні зовнішньоекономічних і внутрішніх договорів [18]. Пізніше у ч. 4 ст. 28 Закону України від 24 лютого 1994 р. «Про міжнародний комерційний арбітраж», яка називається «Норми, що застосовуються до суті спору», також було закріплено, що в усіх випадках третейський суд приймає рішення згідно з умовами угоди і з врахуванням торгових звичаїв, що стосуються даної угоди [19].

Більш широке використання звичаїв передбачено у Кодексі торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р. (далі – КТМ) [20]. У ст. 6 КТМ зазначено, що включення в договори, передбачені цим Кодексом, умов про застосування іноземного законодавства і звичаїв торговельного мореплавства дозволяється у разі, коли сторони можуть відповідно до цього Кодексу відступати від його правил. У цілій низці статей Кодексу містяться посилання на різні звичаї, як-то: ч. 4 ст. 71 (відання тіла морю згідно з морськими звичаями), ч. 1 ст. 78 (звичаї порту), ч. 2 ст. 117 (звичайна практика морського агентування), ч. 2 ст. 118 (звичайні повноваження морського агента), ч. 1 ст. 146 (чинні правила і звичаї), ст. 293 (міжнародні звичаї торговельного мореплавства), п. 1 ч. 1 ст. 295 (звичаї торговельного мореплавства).

Легальне визначення звичаю як джерела цивільного права було закріплено у ст. 7 ЦК, якою встановлено, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин.

Слід звернути увагу, що у цивільно-правовій літературі не завжди можна зустріти пряме визнання звичаю джерелом цивільного права. Наприклад, В.І. Борисо-

ва вважає звичай різновидом форм права, котрий, як і нормативно-правовий акт, є способом зовнішнього вираження і закріплення правових норм. Санкціонування застосування звичаю до певних цивільних відносин відбувається, на її думку, шляхом посилання на нього у нормі права, але при цьому зміст його в останній не розкривається. Зокрема, такі посилання містяться у ст. 526, ч. 2 ст. 532, п. 1 ч. 2 ст. 538, ст. 539, ст. 627 ЦК тощо [7, с. 38].

На думку ж Н.С. Кузнецової, за загальним правилом, звичай і без його формального закріплення виступає джерелом права. Ознака усталеності підкреслює, що звичай, внаслідок його багаторазового застосування, сприймається у суспільстві або у його значної частини як правило поведінки, якого дотримуються без додаткової формалізації, в тому числі в силу історичних, національних, суспільних традицій. Звичай ділового обороту є також усталеним правилом поведінки, яке широко застосовується у певній сфері підприємницької діяльності [8, с. 23-24].

С. М. Бервено, О. В. Дзера розглядають звичай як джерело договірного права [11, с. 111].

І. С. Зикін торговельний звичай визначає як правило, що склалося у сфері зовнішньої торгівлі на основі постійного й однакового повторення даних фактичних відносин. Термін «звичай» означає, на його думку, два тісно взаємозалежних, але все-таки не співпадаючих один з одним поняття: по-перше, звичайна поведінка й, по-друге, правило поведінки, що виникло на її основі. Суд або арбітраж «керуються не стільки характером звичайної поведінки, скільки звертаються до звичаю як до правила, створеного такою поведінкою ...Що ж стосується правового звичаю, тобто звичаю, що є джерелом права, то він повинен бути санкціонований державою ...Стаючи в результаті санкціонування з боку держави юридичною нормою, звичай не втрачає властивих йому характеристик, що дає підставу виділяти звичай у самостійну форму право творення» [21, с. 13-14].

У правовій літературі продовжує залишатися невирішеним до кінця питання про співвідношенні понять «звичай» і «ділове узвичаєння» (рос. «деловое обыкновение»). Так І. Б. Новицький вважав, що ділове узвичаєння – не норма права, а особливий засіб заповнення змісту волі сторін у конкретному правовідношенні, якщо така воля у відповідній частині не була виражена прямо [22, с. 67].

І.С. Зикін, розглядаючи точки зору, висловлені з цього приводу С.І. Вильнянським, Д.М. Генкіним та деякими іншими радянськими авторами, зробив висновок про можливість досить чіткого розмежування даних категорій («правовий звичай» і «ділове узвичаєння») як правила поведінки, що є джерелом права, і правила, що не є джерелом права. У якості субсидіарного критерію відмінності правового звичаю й звичаю він вказував на те, що звичай не обов'язково повинен настільки ж одноманітно й постійно дотримуватися, як правовий звичай. Для застосування звичаю цілком достатньо, щоб сторони за договором знали про його існування й мали намір ним керуватися [21, с. 16-17].

З точки зору М.І. Брагинського, особливість ділового узвичаєння порівняно зі звичаєм виявляється в правовому значенні волі сторін. Узвичаєння включають у себе як загальні правила, так і ті, які стали звичайними в практиці контрагентів обороту [23, с. 60].

С.М. Бервено, О. В. Дзера доходять висновку, що «в українській юридичній науці ділові узвичаєння вживаються у значенні, тотожному поняттю «звичай ділового обороту». З такою позицією можна погодитись, але не можна водночас категорично заперечувати можливість поділу звичаїв на окремі їх різновиди, залежно від сфери суспільних відносин, в яких вони формуються» [11, с. 111].

Що стосується аналізу питань про поняття звичаю та його місце у системі права країн Заходу, то найчастіше у літературі згадується відома праця Р. Давида й К. Жоффре-Спинози «Основні правові системи сучасності» [24]. Автори вказують на дві концепції розуміння звичаю: 1) концепція соціологічного плану, в якій переважна роль серед джерел права відводиться звичаю. Саме звичай є основою права, визначає способи його застосування й розвитку законодавцем, суддями, доктриною; 2) концепція, основана на позитивістській правовій школі, відповідно до якої роль звичаю зводиться на нівець. Звичай відіграє лише мінімальну роль у всебічно кодифікованому праві, що ототожнюється з волею законодавця. Для цієї позиції, на думку авторів, характерна відсутність почуття реалізму, тоді як соціологічна школа, навпаки, перебільшує роль звичаю. Звичай не є тим основним і первинним елементом права, як того прагне соціологічна школа. Він є лише одним з елементів, що дозволяють знайти справедливе рішення. І в сучасному суспільстві цей елемент далеко не завжди має першорядне значення стосовно законодавства. Але його роль, разом з тим, є аж ніяк не такою незначною, як уявляється юридичним позитивізмом [24, с. 94, 95].

Автори виділяють три види звичаїв: 1) звичай *secundum legem* (в доповнення до закону); 2) звичай *praeter legem* (крім закону); 3) звичай *adversus legem* (проти закону). Область застосування звичаїв *praeter legem* і *adversus legem* достатньо обмежена прогресом кодифікації й першістю закону в демократичних режимах сучасного політичного суспільства. Сучасні юристи романо-германської правової сім'ї за всяку ціну прагнуть опертися у своїх міркуваннях на законодавство [24, с. 94-95].

Взагалі із названої праці витікає, що у країнах Західної Європи, особливо у Німеччині, Франції, Англії, а також США, місцеві торгові звичаї не мають особливо широкого застосування і не відіграють визначної ролі у правових системах цих країн: «За рідкісними винятками, звичай втратив у наших очах характер самостійного джерела права. Трапляється, що про нього взагалі згадують лише тоді, коли говорять про тлумачення закону. Більш точним уявленням про роль звичаю стане тоді, коли відродять традицію й перестануть ототожнювати право й закон. Якщо розуміти закон лише як один із засобів (головний в наші дні) для вираження права, то ніщо не заважає визнанню поряд із законодавчими актами корисності інших джерел. І серед цих останніх важливе місце займе звичай: природно й навіть необхідно враховувати звичайну поведінку людей, щоб установити те, що об'єктивно вважається в суспільстві слухним» [24, с. 95]. Безперечно, сприймати висновки авторів потрібно з поправкою на сьогоднішній день, коли активно формується законодавство Європейського Союзу, а глобалізація світової економіки змушує більшість країн усе активніше вдаватись до міжнародних нормативно-правових актів, у тому числі міжнародних звичаїв.

Що стосується ЦК, то, як вказує А. В. Смітюх, він визнає звичаї на доповнення до закону (*secundum legem*), звичаї окрім закону (*praeter legem*) та заперечує існування звичаїв проти закону (*adversus legem*) [15, с. 346].

ГК не містить статті на кшталт ст. 7 ЦК. Проте звичай у ньому також визнається джерелом регулювання господарських відносин шляхом зазначення в положеннях окремих статей. Так, згідно з ч. 4 ст. 265 ГК умови договорів поставки повинні викладатися сторонами відповідно до вимог Міжнародних правил щодо тлумачення термінів «Інкотермс», відповідно до ч. 3 ст. 344 ГК міжнародні розрахунки регулюються, у тому числі, банківськими звичаями, до яких відносяться, наприклад, Уніфіковані правила по інкасо (редакція 1978 р., публікація МТП № 322), Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів (редакція 1993 р., публікація МТП № 500), які є нічим іншим, як систематизованими зводами міжнародних звичаїв. У ч. 1 ст. 32 ГК вказується на торгові та інші чесні звичаї у підприємницькій діяльності.

На практиці звичаї можуть бути писані (зафіксовані у відповідному документі) і неписані.

Одним із найбільш авторитетних (писаних) зібрань міжнародних торговельних звичаїв є Міжнародні правила тлумачення торговельних термінів – «Інкотермс» (Incoterms), які були видані вперше у 1936 р. Міжнародною Торговельною Палатою у Парижі (International Chamber of Commerce – ICC). З 1 січня 2011 р. діє редакція «Інкотермс 2010» [25].

У літературі дискусійним є питання щодо правової природи «Інкотермс». Поставало питання про те, чи можуть ці правила застосовуватись без спеціального посилання на них? Розглядаючи це питання І. С. Зикін вказує, що у самих «Інкотермс» прямо записано, що правила носять факультативний характер, тобто застосовуються при наявності відсилання на них у договорі. Характерно, що Ф. Ейзман, який присвятив «Інкотермс» спеціальне дослідження, рекомендує зацікавленим сторонам прямо передбачати застосування цих правил у своєму договорі [21, с. 105].

На цій позиції знаходяться й українські вчені-юристи: «У системі права Інкотермс» являють собою недержавну і у цілому неопублічну кодифікацію торговельних звичаїв, що склались у світовій комерційній практиці, здійснену неурядовою організацією. Тому ні окремі наявні у ній правила, ні документ у цілому самі по собі не мають юридичної сили для виконання в публічному примусовому порядку. Такої сили вони набувають лише тоді, коли сторони погодились надати їм обов'язкового для себе характеру, що відображується у підписаному між сторонами контракті ... і лише у цьому випадку вони (правила) можуть застосовуватися й тлумачитися як норми, що мають юридичну силу» [26, с. 9]. Разом з тим, автори вказують на те, що Указом Президента України «Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» Правилам Інкотермс по суті надано обов'язкового характеру, вони стають юридично обов'язковими для українських суб'єктів підприємницької діяльності й повинні застосовуватись незалежно від волі та бажання сторін контракту. Від себе зазначимо, що такий же імперативний характер стосовно застосування Інкотермс для визначення змісту договору поставки носить і ст. 265 ГК. У цьому зв'язку авторами правильно, як на наш погляд, стверджується, що сама природа Правил Інкотермс не дозволяє змінювати її третіми особами. Тому немає підстав розглядати даний Указ Президента як інкорпорацію цих Правил у національне законодавство України [26, с. 10]. До цього можна додати, що імперативність ст. 265 ГК не відповідає самому змісту Інко-

термс, базисні умови яких здебільшого просто не можуть бути застосованими у внутрішніх економічних відносинах, що виникають з договорів поставки.

Натомість існують й протилежні точки зору. Так, на думку А.А. Чубара, який у цілому розділяє точку зору щодо рекомендаційного характеру Правил Інкотермс, окремі країни нормами свого внутрішнього законодавства можуть передбачити обов'язковість використання Правил Інкотермс для своїх національних суб'єктів господарювання. До групи подібних країн відноситься й Україна [27, с. 15].

Значення звичаю як джерела господарського права таке ж як і договору – він є самостійним регулятором господарських відносин і всі спірні питання, що виникають із цих відносин, можуть бути вирішені виключно з посиланням на правила, встановлені цим звичаєм.

Відповідно до ч. 2 ст. 7 ЦК звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується. Це положення дає нам підстави стверджувати, що, не зважаючи на те, що де-факто у регулюванні цивільних відносин цивільне законодавство залишається ще домінуючим, де-юре ЦК закріпив пріоритет такого джерела цивільного права як договір. І це логічно, зважаючи на приватний характер і диспозитивність цивільних відносин.

Що стосується господарського права, то ГК, як вже зазначалось, зберігає пріоритет закону. Тому не можна для регулювання господарських відносин застосовувати звичай, який суперечить закону чи договору.

У цілому слід визнати, що у ГК положення про звичай як джерело господарського права виписані у цілому спонтанно і без належного опрацювання. Першочерговим кроком до виправлення ситуації, на наш погляд, могло б стати доповнення ГК ст.ст. 7-2 такого змісту:

«Стаття 7-2. Звичай

1. Господарські відносини можуть регулюватися звичаєм, у тому числі звичаєм ділового обороту.

Звичаєм є правило поведінки, не встановлене актами господарського законодавства, але є усталеним у певній сфері господарських відносин.

Звичай може бути усним або зафіксованим у відповідному документі (писаний звичай).

2. Звичай, що суперечить актам господарського законодавства або договору, у господарських відносинах не застосовується». Відповідних доповнень з посиланням на звичай вимагають також ст.ст. 174, 175, 179, 193, 382 та деякі інші статті ГК.

Висновки. З розвитком ринкових відносин та подальшою інтеграцією України у міжнародний економічний простір змінюється розуміння права, розширюються засоби, форми (інструменти) регулювання суспільних відносин, у тому числі у сфері господарювання. Зокрема, значення регуляторів господарських відносин набувають господарські договори та звичаї ділового обороту. Важливими джерелами господарського права (як і низки інших галузей права), наряду з господарськими нормативно-правовими актами, стає договір і звичай.

З урахуванням цього відповідним чином повинне розвиватись і модернізуватись господарське законодавство. Перед наукою господарського, цивільного та суміжних галузей права стоїть, на наш погляд, важлива задача з надання чітких

критеріїв сприйняття і розуміння таких процесів як стосовно внутрішніх, так і зовнішньоекономічних відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003 – № 18, № 19-20, № 21-22. – Ст. 144.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 40-44. – Ст. 356.
3. Прилуцький Р.Б. Джерела господарського права за чинним законодавством України / Р. Б. Прилуцький // Форум права. – 2010. – № 2. – С. 409-419. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.ua/e-journals\FP\2010-2\10prbczu.pdf>
4. Прилуцький Р.Б. Щодо джерел господарського права України / Р.Б. Прилуцький // Юридична наука. – 2012. – № 1. – С. 26-36.
5. Хозяйственное право : Учебник / [В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др.] ; под ред. Мамутова В.К. – К. : Юринком Интер, 2002. – 912 с.
6. Первомайський О. До питання про джерела цивільного права / О. Первомайський // Право України. – 2001. – № 2. – С. 34-38.
7. Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / [Борисова В.І. (кер. авт. кол.), Баранова І.М., Жилінкова І. В. та ін.] ; за заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Спасібо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – Т. 1. – 480 с.
8. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. – 3-є вид., перероб. і доп.. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – Т. 1. – 832 с.
9. Кузнецова Н.С. Цивільне законодавство України: проблеми й перспективи вдосконалення // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 8. – С. 44-53.
10. Бартошек Милан. Римское право: Понятия, термины, определения / Милан Бартошек. – М. : Юрид. лит., 1989. – 448 с.
11. Цивільне право України. Загальна частина : Підручник / За ред. О.В. Дзери, Н. С. Кузнецової., Р. А. Майданика. – 3-ге вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 976 с.
12. Договірне право України. Загальна частина: Навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнецова та ін. ; за редакцією О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 896 с.
13. Щербина В.С. Господарське право: Підруч. – 2-е вид., перероб. і доп. / В.С. Щербина. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 592 с.
14. Прилуцький Р.Б. До проблеми розмежування предметів господарського та цивільного права / Р.Б. Прилуцький // Юридична наука. – 2011. – № 6.- С. 58-67; Прилуцький Р.Б. Ще раз до проблеми розмежування предметів господарського та цивільного права / Р.Б. Прилуцький // Вісник господарського судочинства. – 2011. – № 6. – С. 82-90.
15. Смітюх А.В. Звичай як джерело права в контексті нового законодавства України (перспективи застосування господарськими судами) / А.В. Смітюх // Вісник господарського судочинства. – 2004. – № 1. – С. 344-348.
16. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16 квітня 1991 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1991. – № 29. – Ст. 377.
17. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1992. – № 6. – Ст. 56.
18. Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів: Указ Президента України від 4 жовтня 1994 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>
19. Про міжнародний комерційний арбітраж. Закон України від 24 лютого 1994 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1994. – № 25. – Ст. 198.

20. Кодекс торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1995. – № 47. – Ст. 349.

21. Зыкин И.С. Обычай и обыкновения в международной торговле. Понятие. Применение. Формирование. Применимое право. Типовые контракты / И.С. Зыкин. – М. : Международные отношения, 1983. – 160 с.

22. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права / И.Б. Новицкий. – М. : Госюриздат, 1959. – С. 67

23. Брагинский М.И. Договорное право. – Кн. 1 : Общие положения / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – М. : Статут, 2002. – 848 с.

24. Давид Р. Основные правовые системы современности. / [пер. с фр. В.А. Туманова / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози]. – М. : Междунар. отношения. – 1996. – 400 с.

25. Инкотермс 2010 (Incoterms 2010) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/988_014/page3

26. Высоцкий А.Ф., Котигоренко Н.В. ИНКОТЕРМС-2000: правовая природа и некоторые вопросы применения / А.Ф. Высоцкий, Н.В. Котигоренко // Правила ИНКОТЕРМС-1990/2000. Комментарии и аналитические материалы. – К. : Юстиниан, 2002. – С. 5-13.

27. Чубарь А.А. ИНКОТЕРМС-2000: новые положения и проблемы применения в Украине // Правила ИНКОТЕРМС-1990/2000. Комментарии и аналитические материалы. – К. : Юстиниан, 2002. – С. 14-15.

Прилуцкий Р. Б. Договір та звичай як джерела господарського права України

У статті відповідно до чинного законодавства України розглянуто договір та звичай як джерела господарського права. Проаналізовано поняття договору та звичаю як джерел господарського права, їх співвідношення. Запропоновано зміни та доповнення до Господарського кодексу України.

Ключові слова: господарське право, джерело права, господарське законодавство, договір, звичай, узвичаювання, Инкотермс.

Прилуцкий Р. Б. Договор и обычай как источники хозяйственного права Украины

В статье в соответствии с действующим законодательством Украины рассмотрены договор и обычай как источники хозяйственного права. Проанализировано понятие договора и обычая как источников хозяйственного права, их соотношение. Предложены изменения и дополнения к Хозяйственному кодексу Украины.

Ключевые слова: хозяйственное право, источник права, хозяйственное законодательство, договор, обычай, обыкновение, Инкотермс.

Prylutskiy R. B. Contract and custom as sources of economic law of Ukraine

Based upon the current legislation of Ukraine contract and custom as sources of economic law are considered. The concepts of contract and custom as sources of economic law and their correlation are analysed. Changes and amendments to the Economic Code of Ukraine are offered.

Key words: economic law, sources of law, economic legislation, contract, custom, custom usage, Incoterms.

Стаття надійшла до редакції 23.04.2012.

**ЮРИДИЧНА ОСОБА ЯК СУБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНОЇ
ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: СУЧАСНИЙ СТАН
ТА МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД**

Ю.А. Дорохіна

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного та господарського права
ВНЗ «Національна академія управління»*

Постановка проблеми. У кримінальному праві України існує велика кількість положень, які створюють чимало дискусійних питань. Одним із таких є визнання юридичної особи суб'єктом кримінальної відповідальності.

На сучасному етапі розвитку економіки та підприємництва в нашій державі, існують усі передумови для України стати повноправним учасником міжнародних відносин. Але однією з вимог, що ставиться перед нашою країною у цьому прагненні, – це налагодження і дотримання на вітчизняному ринку правил ведення чесної конкуренції та створення умов для розвитку малого і середнього бізнесу.

В Україні стає вже традицією порушення закону підприємцями в процесі здійснення комерційної діяльності та отримання прибутків. У той же час, високий рівень злочинності в нашій країні сприяє зростанню розповсюдженості випадків, коли підприємці вдаються до вчинення протиправних дій для успішного функціонування створеної ними юридичної особи. При такій складній криміногенній ситуації особливої актуальності набуває питання визнання на законодавчому рівні юридичної особи як суб'єкта злочину.

Популярність ідеї кримінальної відповідальності юридичних осіб обумовлена насамперед суспільною шкодою, що завдається їх протиправною діяльністю економіці, навколишньому середовищу, правам споживачів, працюючим громадянам, суспільній безпеці, міжнародному правопорядку. І ця діяльність не обмежується лише діями керівників організацій – вона втілюється також у поведінці рядових працівників. Цивільно-правові санкції розглядаються в цьому випадку як недостатньо суворі, такими, що не відображають ступінь суспільної небезпеки вчиненого.

Актуальність даного питання полягає й у його суперечливому висвітленні у науковій вітчизняній та зарубіжній літературі, а також у різному підході законодавців різних країн до регламентації кримінальної відповідальності юридичних осіб.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. У науці кримінального права вказані проблеми досліджувалися в працях С.Б. Айсіна, Б.В. Волженкіна,

Є.Є. Дементьєва, П.П. Іванцова, С.Г. Келіної, Н.Ф. Кузнєцової, О. Михайлова, І. Митрофанова, А.В. Наумова, О.С. Нікіфорова, І. Омельченка, О. Шамари тощо.

Мета статті полягає в дослідженні питання щодо доцільності встановлення в Україні кримінальної відповідальності юридичних осіб.

Основні результати дослідження. Аналіз сучасного законодавства іноземних країн дозволяє зробити висновок, що інститут відповідальності юридичних осіб знаходить своє закріплення в різних правових системах, зокрема в англосаксонській правовій родині (системі загального права). Наприклад, у Великій Британії діяння визнається здійсненим корпорацією, якщо воно вчинено безпосередньо або за допомогою фізичних осіб, що її репрезентують [1, с. 15-20].

За англійським кримінальним правом юридична особа може відповідати за свої дії та бездіяльність. Вважається, що організація діє через своїх управителів і службовців. У справі «H. L. Bolton (Engineering) Co Ltd.» проти «T. J. Graham & Sons Ltd.» (1957 р.) лорд-суддя Денінг скористався порівнянням із людським тілом, аби спромогтись розмежувати руки (службовців) і мозок (управителів). На його думку, саме мозок можна ототожнити з контрольним розумом та волею компанії. Якщо вдасться довести наявність причинового зв'язку між мозком та руками, юридичну особу можна притягати до відповідальності.

В англійському кримінальному праві вперше засудили за просте вбивство з вини організації у грудні 1994 р. Вирок оголосили після трагедії в затоці Лаймбей, коли загинуло два хлопчики і дві дівчинки, які зі своїми вчителями вирушили у подорож на каное до центру відпочинку. Директора Пітера Кайта і його компанію «OLL Ltd.» звинуватили у простому вбивстві, через те що ця юридична особа не подбала навіть про найелементарніші заходи безпеки, оштрафувавши її на 60 000 фунтів стерлінгів, а Пітера Кайта засудили до трьох років ув'язнення [2].

У США питання залучення до відповідальності юридичних осіб регламентовані як у федеральному кримінальному законодавстві, так і в законах штатів. Наприклад, у ст. 2.07 зразкового Кримінального кодексу США 1962 р. передбачається відповідальність корпорацій, об'єднань і осіб, що діють або зобов'язаних діяти в їхніх інтересах [3, с. 60-65]. Кримінальне законодавство окремих штатів, зокрема Нью-Йорк та Огайо, також передбачає можливість притягнення будь-якої організації до відповідальності.

Злочини, вчинені від імені юридичних осіб, мають назву *corporate crimes*. За ці злочини відповідальність можуть нести як окремі фізичні особи (службовці та керівники юридичної особи), так і сама компанія.

Згідно з Кримінальним кодексом юридична особа може нести відповідальність у таких випадках:

- 1) злочин вчинено представником або найманим працівником компанії у рамках своїх трудових обов'язків;
- 2) проявляється злочинна бездіяльність у тому, що стосується виконання специфічного обов'язку, покладеного на компанію законом;
- 3) якщо злочин був дозволений, замовлений, вчинений одним із керівників компанії або якщо керівник знав про злочин.

Керівник компанії відповідає в кримінальному порядку особисто не тільки, якщо він сам вчиняє злочин, керує ним, бере в ньому участь чи знає про нього, але і в тому випадку, якщо він не знає про злочин, однак міг або повинен був його

попередити, оскільки він є відповідальною особою за дії своїх підлеглих. Так, у 1975 р. по справі *United States v. Park* президент національної мережі супермаркетів був визнаний персонально винним за порушення санітарних правил у супермаркетах тільки тому, що був «відповідальною особою» корпорації і міг (повинен був) запобігти правопорушенню. Цей прецедент закріпив у кримінальному праві США доктрину «Responsible Corporate Officer Doctrine».

У 2006 р. Конгрес США прийняв Закон проти необґрунтованого підвищення цін на бензин та інші види палива, згідно з яким юридичну особу може бути покарано в кримінальному порядку штрафом до 150 млн. дол. [4].

Окремі країни романо-германської правової родини (континентальної системи права) також йдуть подібним шляхом. Зокрема, відповідно до положень ст. 121-2 КК Франції юридична особа, за винятком держави, може бути визнана суб'єктом злочину [5, с. 81]. Схоже положення містить й КК Німеччини 1871 р. у редакції 1975 р. та КК Голландії 1886 р. у редакції 1976 р. [6, с. 5]. Юридичні особи можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності в Данії, Норвегії, Фінляндії, Литві, Румунії, Молдові, Індії та Японії, у країнах мусульманської (Йорданія, Ліван, Сирія) та соціалістичної (Китайська Народна Республіка) правових систем.

Однією з найгостріших проблем, що постають перед сучасною наукою кримінального права України, є розробка підстав та умов покладення заходів кримінальної відповідальності на юридичних осіб у зв'язку із вчиненням злочинів уповноваженими ними суб'єктами в інтересах цих осіб. Особливої актуальності ця проблема набуває у зв'язку з прийняттям Верховною Радою України 11 червня 2009 р. антикорупційних законів: «Про засади запобігання та протидії корупції», «Про відповідальність юридичних осіб за корупційні правопорушення», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення». Зазначеними законами юридично закріплюються підстави для визнання юридичних осіб суб'єктами кримінальної відповідальності.

Але насамперед слід зазначити, що юридична особа не може визнаватися суб'єктом злочину, адже це не відповідає основним засадам кримінального права України, зокрема положенню ч. 1 ст. 18 КК України «Суб'єкт злочину», де зазначено, що суб'єктом злочину є фізична особа [7]. Але у той же час слід розрізняти поняття «суб'єкт злочину» та «суб'єкт кримінальної відповідальності». Традиційно вважається, що юридичні особи не можуть підлягати кримінальній відповідальності через складність або навіть неможливість визначення вини такої особи у вчиненні кримінального правопорушення.

Також кримінальна відповідальність юридичних осіб не відповідає принципу особистої винної відповідальності і принципу індивідуалізації юридичної відповідальності і покарання [8, с. 8].

Продовжуючи тему досвіду щодо притягнення юридичних осіб до кримінальної відповідальності актами міжнародного права, слід зазначити, що першими актами міжнародного рівня, які фактично створили прецедент застосування кримінального закону до колективних суб'єктів є рішення Міжнародного трибуналу, який у ході Нюрнберзького процесу над нацистськими злочинцями визнав, що держава та її організації можуть бути суб'єктами міжнародних злочинів.

Крім того, у 1978 р. Європейський комітет з проблем злочинності Ради Європи рекомендував визнавати юридичних осіб відповідальними за екологічні

злочини, у 1985 р. ця рекомендація була підтверджена Сьомим Конгресом ООН з попередження злочинності та поведження з правопорушниками, а в 2000 р. у Конвенції ООН проти транснаціональної злочинності були визначені нові підходи в боротьбі з організованою злочинністю, де прямо рекомендується країнам-учасникам (серед яких є й Україна) введення кримінальної відповідальності юридичних осіб за певні злочинні діяння [8, с. 11]. Таким чином, питання притягнення юридичних осіб до кримінальної відповідальності набуло значного поширення на міжнародному рівні та в законодавстві окремих держав.

Зазначене вище дає підстави для того, щоб вважати доцільним впровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб і в Україні. Так, аналізуючи чинне кримінальне законодавство, можна побачити, що існує певна кількість злочинів, щодо яких можна закріпити відповідальність юридичних осіб. До цього переліку можна віднести, зокрема, діяння, що передбачені ст. 209 («Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом»); ст. 364 («Зловживання владою або службовим становищем»); ст. 365 («Перевищення влади або службових повноважень»); ст. 368 («Одержання хабара»); ст. 369 («Пропозиція або давання хабара»); ст. 376 («Втручання в діяльність судових органів») Кримінального кодексу.

Проаналізувавши ці статті, можна побачити, що всі вони стосуються відповідальності осіб, до яких можна віднести й осіб юридичних, за вчинення корупційних правопорушень. Також слід встановити, що юридична особа може бути суб'єктом кримінальної відповідальності ще й за злочин, передбачений ст. 212 КК України «Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)», так як за цією статтею можна притягнути особу до кримінальної відповідальності за умови, якщо така особа є суб'єктом сплати податків, зборів та обов'язкових платежів, факти ухилення від сплати яких виявлені податковою службою [9, с. 101]. Але за це діяння юридичну особу доречно притягувати до кримінальної відповідальності лише у випадках, коли: немає можливості притягнути до відповідальності відповідну фізичну особу, яка є суб'єктом даного злочину; діяння, передбачені диспозицією статті, призвели до завдання збитків державі або місцевим органам самоврядування в особливо великих розмірах, розмір яких встановлений приміткою до ст. 212 КК України; злочин було вчинено в умовах надзвичайного або воєнного стану, але за наявності реальних умов до сплати податків, зборів (обов'язкових платежів).

У зв'язку з думками, які висловлювались вище, слід навести певні тези видатних вчених П. Матишевського та О. Шамара про те, що питання притягнення до відповідальності юридичних осіб має вирішуватися за допомогою адміністративного та цивільного права [10, с. 81]. Також безпосередньо визнання юридичної особи суб'єктом злочину може призвести до подвійної відповідальності, що прямо порушує один із найважливіших принципів кримінального права, встановлений ст. 61 Конституції України, а саме: «ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення. Юридична відповідальність особи має індивідуальний характер» [11]. Але, виходячи з того, що зазначені вище правопорушення містяться саме у Кримінальному кодексі України, а не в Кодексі України про адміністративні правопорушення та Цивільному кодексі України, то це дає підстави зробити висновок

про те, що відповідальність юридичних осіб за вказані злочини має наставати кримінальна, а не адміністративна чи цивільна, як це пропонується вченими П.Матишевським та О.Шамарою.

Крім того, у книзі першій Цивільного кодексу України у розд. 2 «Особи», підрозділі 2 «Юридична особа» встановлені загальні положення про юридичні особи, відповідно до яких кожна юридична особа має свій власний статутний капітал та майно, яке належить юридичній особі [12]. Виходячи з цього, постає питання про недоцільність притягнення до відповідальності окремих фізичних осіб, які є членами юридичної особи, за злочини, зазначені у вказаних статтях та вчинені власне юридичною особою. Ознакою визнання особи суб'єктом злочину можна назвати здатність застосування до неї кримінальних покарань. Доречним є доповнення ст. 18 КК України положенням про можливість визнання юридичної особи суб'єктом кримінальної відповідальності за певні злочини, вказані вище, та встановлення у законі вичерпного переліку покарань, які можуть бути застосовані до юридичної особи за вчинення нею відповідних злочинів, а саме штраф, конфіскація майна, заборона займатися певним видом діяльності та ліквідація юридичної особи.

Як вже було зазначено, що кримінальним законодавством більшості країн світу, які визнають юридичну особу суб'єктом кримінальної відповідальності, серед яких Китайська Народна Республіка, Австралія, Данія тощо, передбачено покарання, яке застосовується до юридичної особи у вигляді штрафу. Зокрема у Кримінальному кодексі Данії, передбачено, що «Юридична особа може підлягати покаранню у виді штрафу, якщо таке покарання передбачено законом або прийнятими відповідно до нього правилами» [10, с. 80; 13].

Що стосується стягнень, які застосовуються до юридичних осіб в Україні, то механізм їхнього застосування детально було регламентовано у Законі України «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень». Але особливістю даного питання є те, що обов'язковою підставою притягнення юридичної особи до кримінальної відповідальності слід визнати діяння, якщо воно вчиняється суб'єктом, уповноваженим юридичною особою діяти від її імені, в інтересах та/або на користь юридичної особи, з відома або за наявності відповідної санкції органу управління чи власника юридичної особи. При цьому вина юридичної особи опосередковується через винну поведінку суб'єкта, уповноваженого юридичною особою діяти в її інтересах [14, с. 93].

Висновки. Інститут визнання юридичної особи суб'єктом кримінальної відповідальності є досить складним та викликає чимало протиріч зі сторони науковців. Впровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб є доцільним, адже це сприятиме подоланню тих прогалин, які існують у чинному кримінальному законодавстві, що можливо здійснити шляхом внесення змін до ст. 18 КК України, а також до ст.ст. 209, 212, 364, 365, 368, 369 та 376 КК України.

Отже, слід також зазначити, що наскільки б не була складною проблема кримінальної відповідальності юридичних осіб, нею необхідно займатися. Крім того, положення закону про кримінальну відповідальність вимагають постійного уточнення та вдосконалення на сучасному етапі розвитку нашого суспільства та держави з метою забезпечення адекватності норм кримінального права демократичному розвитку суспільних відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Егорова Н. Уголовная ответственность юридических лиц за коррупционные преступления / Н. Егорова // Уголовное право. – 2003. – № 2. – С. 15-20.
2. Лейленд П. Кримінальне право: злочин, покарання, судочинство: Англійський підхід. – К. : Основи, 1996. – С. 68-71.
3. Бакатин Д.В. Закон США о коррупционной деятельности за рубежом. Некоторые вопросы применения и толкования / Д.В. Бакатин, Т.К. Ковалева. – М., 2001. – 186 с.
4. Шумилов В.М. Правовая система США: Учебное пособие. – М. : Международные отношения, 2006. – С. 128-129.
5. Крылова Н.Е. Основные черты нового уголовного кодекса Франции / Н.Е. Крылова. – М., 1996. – 210 с.
6. Крупко Д.І. Відповідальність за хабарництво за кримінальним правом Німеччини, Швейцарії та України (порівняльно-правове дослідження) : Автореф. дис....канд. юрид. наук / Д. Крупко. – К., 2005. – 39 с.
7. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 (із змінами та доповненнями на 26.10.2010) // ВВР України. – 2001. – № 25-26. – Ст. 131.
8. Михайлов О.О. Юридична особа як суб'єкт злочину: іноземний досвід та перспективи його застосування в Україні: автореф. дис...канд.юрид.наук: 12.00.08 / О.О.Михайлов, Академія адвокатури України. – К., 2008. – 18 с.
9. Омельченко І. Кримінальна відповідальність за ухилення від сплати податків / І.Омельченко // Юридичний журнал. – 2009. – №6. – С. 100-102.
10. Шамара О. Кримінальна відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень / О.Шамара // Юридичний журнал. – 2009. – №11. – С. 79-81.
11. Конституція України від 28.06.1996 р., № 254к/96-ВР (із змінами та доповненнями на 04.02.2011) // ВВР України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
12. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р., № 435-IV (із змінами та доповненнями на 10.04.2011) // ВВР України. – 2003. – №№ 40-44. – Ст. 356.
13. Уголовный кодекс Дании / Научное редактирование и предисловие С.С. Беляева; [пер. с датского и английского С.С. Беляева, А.Н. Рычевой]. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2001. – 230 с.
14. Митрофанов І. Проблеми визнання юридичної особи суб'єктом кримінальної відповідальності / І.Митрофанов // Право і суспільство. – 2010. – №1. – С. 89-94.

Дорохіна Ю.А. Юридична особа як суб'єкт кримінальної відповідальності: сучасний стан та міжнародний досвід

У статті розглянуто питання визнання юридичної особи як суб'єкта кримінальної відповідальності в українському та міжнародному законодавстві.

Ключові слова: юридична особа, суб'єкт, кримінальна відповідальність.

Дорохина Ю.А. Юридическое лицо как субъект уголовной ответственности: современное состояние и международный опыт

В статье рассмотрены вопросы признания юридического лица как субъекта уголовной ответственности в украинском и международном законодательстве.

Ключевые слова: юридическое лицо, субъект, уголовная ответственность.

Dorokhina I.A. Legal entity as the subject of criminal liability: current state and international experience

Issues of recognising the legal entity as a subject of criminal liability in Ukrainian and international legislation are considered.

Key words: legal entity, subject, criminal liability.

Стаття надійшла до редакції 12.05.2012.

ПОВТОРНІСТЬ ЗЛОЧИНІВ (ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗА СУКУПНІСТЮ ЗЛОЧИНІВ)

С.І. Дячук

*кандидат юридичних наук,
суддя Святошинського районного суду
м. Києва*

І.С. Дячук

*студент 6-го факультету
Національного університету
«Юридична академія імені Ярослава Мудрого»*

Постановка проблеми. Множинність злочинів як складова вчення про злочин є актуальним напрямом наукових досліджень у галузі науки кримінального права [1, с. 17-19]. Під множинністю злочинів ми розуміємо різновид суспільно небезпечної поведінки, яка полягає у вчиненні особою двох і більше злочинів, кожний з яких зберігає своє самостійне кримінально-правове значення (наявні окремі склади злочинів) і в тій чи іншій мірі впливає на зміст та обсяг сукупної кримінальної відповідальності. В основі множинності завжди знаходяться одиничні злочини, вчинені однією і тією ж особою, незалежно від того, вчинені вони нею самостійно чи ні, одночасно чи неодноразово та чи є закінченими. У чинному Кримінальному кодексі України (далі – КК) множинність злочинів виражена через такі форми – повторність, сукупність та рецидив.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питанням, пов'язаним із з'ясуванням кримінально-правового змісту типових проявів (форм) множинності злочинів, у науці кримінального права завжди приділялася увага. Ця проблема займала чільне місце в дослідженнях Г.І. Солнцева, В.Д. Малкова, Т.Е. Караєва, А.В. Наумова, В.Н. Кудрявцева, Ю.О. Красикова, П.П. Андрушка, С.Д. Шапченка, В.О. Навроцького та інших відомих вчених. Деякі питання множинності злочинів були предметом поглибленого наукового аналізу в працях українських вчених: О.К. Маріна, О.В. Льїної, О.О. Дудорова, М.П. Короленка, Т.Д. Лисько та ін. (через призму кримінально-правової характеристики окремих злочинів); О.А. Чумакова, О.В. Нагорнюк (в аспекті історичного нариса розвитку доктрини кримінального права); Н.І. Цись (через призму порівняльного правознавства). І лише одне дослідження було присвячено безпосередньо кримінально-правовій характеристиці такої форми множинності злочинів, як їх сукупності (А.А. Стрижевська [2]).

Мета статті. Розкрити питання кримінально-правової кваліфікації за сукупністю злочинів.

Основні результати дослідження. Незважаючи на значну кількість публікацій, у теорії кримінального права питання про форми множинності та їх співвідношення, кримінально-правове значення повторності як окремої форми множинності злочинів всебічно не проаналізовані (у період з 1991 по 2008 рр. на тематику повторності злочинів не було захищено жодного дисертації [3]), продовжує залишатися багато дискусійних питань, відсутні єдині підходи щодо ро-

зуміння цієї проблеми і на практиці. Допускаються помилки при кваліфікації дій винних за ознакою повторності, розмежуванні продовжуваного злочину від повторного тощо. Не сприяли розв'язанню дискусійних питань і суперечливі роз'яснення Верховного Суду України, які були дані ним як до прийняття КК 2001 р., так і після цього.

Так, проаналізувавши судову практику у справах про хабарництво та про корисливі злочини проти приватної власності ще за часів дії КК 1960 р. [4, с. 143-144; 204], Пленум Верховного Суду України орієнтував суди на те, що у випадку вчинення винною особою декількох тотожних злочинів¹, її дії при відсутності інших кваліфікуючих ознак належить кваліфікувати за ч. 2 тієї чи іншої статті, як вчинені повторно. Додатково кваліфікувати перший злочин ще і за ч. 1 даної статті не потрібно.

Отже, Пленум Верховного Суду України виходив з того, що кваліфікуючою ознакою «вчинення злочину повторно» охоплюються як перший, так і наступні тотожні злочини, а тому сукупність злочинів відсутня. Винятком з цього правила були визнані ситуації, коли одні злочини були закінченими, а інші – ні, коли особа одні злочини вчинила як виконавець, а інші – як організатор, підмовник чи пособник. У таких випадках злочинам, що утворюють повторність і є різними за стадією вчинення та роллю в них винної особи, пропонувалося надавати окрему кваліфікацію з посиланням на відповідні норми Загальної частини КК 1960 р. про стадії вчинення злочину чи співучасть.

Водночас розуміючи неможливість застосування такого підходу до кваліфікації однорідних злочинів², Пленум вищого судового органу уточнив, що у разі вчинення декількох посягань, скажімо, на приватну власність різними способами (крадіжка, грабіж, шахрайство, вимагання) перший злочин (при відсутності інших кваліфікуючих ознак) належить кваліфікувати за ч. 1 відповідної статті, а інші, як вчинені повторно, за ч. 2 відповідних статей КК, тобто вже наявна сукупність злочинів.

Необхідно зазначити, що паралельно із вказаними роз'ясненнями, діяли принципово інші рекомендації вищої судової інстанції. Так, аналізуючи судову практику у справах про статеві злочини та злочини проти життя та здоров'я людини [4, с. 121, 131], Пленум Верховного Суду України орієнтував суди вже на те, що у випадку вчинення винною особою декількох злочинів, передбачених різними частинами однієї статті Особливої частини КК 1960 року, її дії слід кваліфі-

¹ В науці кримінального права тотожними вважаються злочини, які передбачені однією і тією ж статтею Особливої частини КК і містять ознаки складу одного і того самого злочину, не зважаючи на його різновиди – основний, кваліфікований чи особо кваліфікований [5, с. 278], [6, с. 92]. При цьому, слід мати на увазі, що вчинення тотожних діянь, які охоплювалися єдиним умислом, виключає повторність [7, с. 67-72], а вчинення двох і більше тотожних діянь, не об'єднаних єдиним злочинним наміром, слід розглядати як повторність [8, с. 90-92].

² У науці кримінального права однорідними вважаються злочини, які поєднані спільним або подібним об'єктом посягання, однією формою вини і відповідальність за вчинення яких передбачена різними статтями Особливої частини КК [5, с. 278], [6, с. 92]. Так, наприклад, згвалтування і подальше намагання задовольнити статеву пристрасть неприродним способом правильно оцінено судом як сукупність однорідних злочинів, передбачених ч. 1 ст. 152 та ч. 2 ст. 15 ч. 2 (за ознакою повторності) ст. 153 КК [8, с. 93-94].

кувати за сукупністю злочинів. Враховуючи такий підхід, Верховний Суд України цілком логічно пропонував судам кваліфікувати згвалтування потерпілої без обтяжуючих ознак цього злочину, а потім повторне згвалтування за наявністю таких ознак – за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 117 КК України 1960 р. та відповідно ч. 3 чи ч. 4 цієї статті, а так само – умисне вбивство без обтяжуючих ознак, що охоплювалося ст. 94 КК 1960 р., а потім повторне вчинене таке діяння, залежно від того, закінчено воно чи ні, кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 94 та п. «з» ст. 93 або ст. 17 і п. «з» ст. 93 КК 1960 р. за ознакою повторності. Таким чином, Верховний Суд України виходив з того, що у таких випадках, навпаки, є сукупність злочинів.

На наш погляд, розмаїття підходів до кваліфікації дій винних за ознакою повторності були зумовлені відсутністю відповідних положень з цього приводу в законі про кримінальну відповідальність та триваючою дискусією в науці кримінального права щодо співвідношення повторності тотожних злочинів із сукупністю злочинів. Як справедливо підкреслював В.Н. Кудрявцев, «для того, щоб загальні правила кваліфікації злочинів стали нормами закону, вони мають бути сформульовані дуже точно, лаконічно, чітко, а до цього багаторазово перевірені на практиці, – однак насамперед мають бути розвинуті вихідні теоретичні передумови, на яких би ґрунтувалися такі положення закону» [9, с. 31].

З огляду на досить складну правову природу повторності злочинів як відносно самостійного явища в межах цієї статті пропонується навести своєрідні вихідні положення, без урахування яких подальша характеристика цього явища буде неповною або некоректною.

1. Повторність злочинів співвідноситься з поняттям їх множинності як частина і ціле, а тому охоплює всі загальні ознаки множинності злочинів (це і різновид суспільно небезпечної поведінки, і вчинення особою двох і більше злочинів, кожний з яких зберігає своє самостійне кримінально-правове значення). Натомість повторність злочинів є більш вузьким поняттям – це неоднчасне вчинення однією особою і не будь-яких двох і більше злочинів, а лише тих, які передбачені однією статтею або частиною статті Особливої частини КК (тотожних злочинів), і тільки у випадках, прямо передбачених Особливою частиною КК, – злочинів передбачених різними статтями Особливої частини КК (однорідних злочинів). Тотожні злочини можуть утворювати повторність незалежно від того, передбачена вона як кваліфікуюча ознака в Особливій частині КК. Якщо така кваліфікуюча ознака відсутня, фактична повторність тотожних злочинів враховується як обтяжуюча покарання обставина (п. 1 ч. 1 ст. 67 КК)³.

2. На відміну від поняття сукупності злочинів повторність – це вчинення однією особою двох і більше злочинів, не залежно від того, засуджувалася вона раніше за їх вчинення чи ні. Принциповим є те, щоб особа у встановленому порядку не звільнялася від кримінальної відповідальності (ст. ст. 45 – 49, 97, 106 КК), а в

³ Так, судом касаційної інстанції було змінено вирок, оскільки суд першої інстанції помилково двічі кваліфікував дії винного, який незаконно проник до житла однієї, а пізніше – іншої потерпілої, за ч. 1 ст. 162 КК України, із застосуванням ч. 1 ст. 70 цього Кодексу. Такі дії слід кваліфікувати за ч. 1 ст. 162 КК України за обома фактами незаконного проникнення до житла, а повторність злочину враховується як обтяжуюча покарання обставина [10].

разі засудження – не звільнялася від покарання (ч. ч. 4 та 5 ст. 74, 97, 105 КК), судимість знята або погашена не була (ст. ст. 89, 91, 108 КК)⁴. Ідеальна сукупність злочинів, коли особа одним діянням одночасно вчинює два або більше злочини, що мають різні юридичні склади, унеможливує їх повторність, оскільки остання може виникнути лише при неодноразовому вчиненні злочинів. Навпаки, якщо тотожні злочини, передбачені однією і тією частиною статті Особливої частини КК, утворюють фактичну повторність, проте повторність відсутня як кваліфікуюча ознака в цій статті, кваліфікація таких злочинів за сукупністю не можлива, адже сукупністю злочинів визнається вчинення особою двох і більше злочинів, передбачених як різними статтями, так і різними частинами однієї статті Особливої частини КК.

3. На відміну від поняття повторності злочинів похідна від нього кваліфікуюча ознака «вчинення злочину повторно» стосується кримінально-правової оцінки лише продовжуваної злочинної діяльності на фоні раніше вчиненого злочину, тобто охоплює вчинені після вчиненого раніше виключно інші злочини (тотожні або у випадках, встановлених в законі, однорідні злочини). Посилена кримінальна відповідальність у таких випадках, враховуючи юридичну техніку побудови статей Особливої частини КК, де врахована вказана кваліфікуюча ознака⁵, встановлена виключно за вчинений повторний злочин (злочини), а не за всі злочини, що утворюють таку повторність. Так, кваліфікуючи розбій, вчинений особою, яка раніше вчинила розбій, лише за ч. 2 ст. 187 КК, справедливо постає питання, яку кримінально-правову оцінку отримує у такому випадку попередньо вчинений такою особою розбій як злочин, який зберігає своє самостійне кримінально-правове значення.

Якщо з приводу кваліфікації повторності однорідних злочинів за правилами сукупності в науці кримінального права та на практиці були вироблені єдині підходи, то гостро дискусійним залишається питання – чи може повторність тотожних злочинів утворювати їх реальну сукупність, якщо так, то за яких умов.

З прийняттям КК 2001 р. поняття повторності, сукупності та рецидиву злочинів, а також правові наслідки цих форм множинності злочинів визначені в законі (ст. ст. 32-35 КК). За містом закону, кожна з передбачених у розділі VII Загальної частини КК окремих форм множинності злочинів має специфічний кримінально-правовий зміст, при цьому деякі із цих форм не виключають одна одну. Тому вчинення особою двох або більше злочинів може за відповідних умов утворювати сукупність і повторність, повторність і рецидив.

⁴ Повторність відсутня, якщо особу було звільнено від відповідальності чи погашено (знято) судимість [11; 8, 92-93; 7, 65-67]. Кваліфікація дій осіб, які звільненні від покарання чи засуджені без призначення покарання чи відбули покарання, не можуть кваліфікуватися за ознакою повторності [12].

⁵ Наприклад, існують такі типові юридичні конструкції: «дії..., вчинені повторно,... караються...» (ч. 3 ст. 109; ч. 2 ст. 110; ч. 2 ст. 127; ч. 2 ст. 140; ч. 2 ст. 150-1; ч. 2 ст. 169; ч. 2 ст. 176; ч. 2 ст. 177; ч. 2 ст. 182 КК та ін.); «умисне вбивство, вчинене особою, яка раніше вчинила умисне вбивство..., карається...» (п. 13 ч. 2 ст. 115 КК); «згвалтування, вчинене повторно,... карається...» (ч. 2 ст. 152 КК); «те саме діяння, вчинене повторно,... карається...» (ч. 2 ст. 153 КК); «крадіжка, вчинена повторно,... карається...» (ч. 2 ст. 185 КК); «грабіж, вчинений повторно,... карається...» (ч. 2 ст. 186 КК); «розбій, вчинений особою, яка раніше вчинила розбій або бандитизм,... карається...» (ч. 2 ст. 187 КК) тощо.

Ця обставина не відразу вплинула на позицію Верховного Суду України, який залишив незмінним свій підхід до кваліфікації злочинів за ознакою повторності як їх сукупності лише у справах про статеві злочини та злочини проти життя та здоров'я людини [13, с. 135-136; 170-171].

Що ж стосується справ інших категорій, то рішення судів, у тому числі і Верховного Суду України, мали суперечливий характер. В одних випадках суди продовжували виходити з того, що при повторності тотожних злочинів вони охоплюються однією і тією самою статтею Особливої частини КК, якою передбачена відповідальність за їх повторне вчинення, тобто сукупності злочинів немає [14, с. 190; 15; 16; 18, с. 30, 31], в інших – навпаки, пропонувалося такі дії кваліфікувати як за частиною першою, так й іншою частиною цієї статті Особливої частини КК як вчинені повторно [17; 18, с. 31, 33]. Відстоюючи першу з наведених позицій, окремі автори посилалися на досвід з цього приводу Російської Федерації, де з урахуванням внесених до КК РФ змін у 2004 р. сукупністю злочинів не визнаються випадки, коли вчинення двох і більше злочинів передбачене законом як обставина, що тягне більш суворе покарання [19, 39].

Разом з тим, Верховний Суд України у подальшому все ж такі змінив свою позицію на користь можливої сукупності тотожних злочинів вчинених повторно і щодо справ про злочини проти власності [13, с. 203, 204]. Так, Верховний Суд України запропонував у разі вчинення декількох посягань на власність перший злочин, за відсутності інших кваліфікуючих ознак, кваліфікувати вже за частиною першою відповідної статті, а інші як вчинені повторно – за іншими частинами відповідних статей КК. Повторне вчинення тотожного злочину визнано таким, що утворює сукупність злочинів, оскільки при повторності тотожних злочинів кожен із них має свою суб'єктивну сторону, зокрема самостійний умисел, який виникає щоразу перед вчиненням окремого злочину.

Натомість, на сьогодні Верховному Суду України так і не вдалося уникнути протиріч. Адже, рекомендуючи при вирішенні питання про повторність злочинів, передбачених ст. ст. 368 і 369 КК, керуватися п. 3 примітки до ст. 368 КК, Пленум Верховного Суду України в той же час знову наголосив, що цією ознакою охоплюються як перший, так і наступні злочини, тому кваліфікувати перший із них додатково ще й за ч. 1 ст. 368 чи 369 КК не потрібно [13, 297, 298] – тим самим щодо справ цієї категорії чомусь залишився на старій позиції.

Розв'язуючи конфлікт підходів, продемонстрованих Верховним Судом України, на нашу думку, за основу слід брати співвідношення категорій «реальна сукупність злочинів» та «повторність тотожних злочинів, за жоден з яких особа не була засуджена» через призму нормативно визначених ознак цих явищ.

Ст. 33 КК чітко визначає, що сукупністю злочинів визнається вчинення особою двох і більше злочинів, передбачених не тільки різними статтями, а й різними частинами однієї статті Особливої частини КК, за жоден з яких її не було засуджено. Конструкція багатьох статей Особливої частини КК передбачає існування різних частин, як правило, першої та другої, якими встановлено різне покарання за вчинення певного злочину вперше та його повторне вчинення у майбутньому. При цьому об'єктивна сторона кваліфікованого складу злочину за ознакою повторності не охоплює попередньо вчиненого злочину, що входить в

таку повторність, а складається лише з суспільно небезпечного діяння, вчиненого повторно, тобто після раніше вчиненого злочину.

Таким чином, зважаючи на законодавчо визначений зміст поняття сукупності злочинів, утворювати реальну сукупність можуть будь-які злочини, за які особу не було засуджено, і незалежно від того, чи є вони неоднорідними, однорідними, тотожними (винятків з цього приводу закон не містить). Згідно з ч. 2 ст. 33 КК злочини, які утворюють сукупність, обов'язково підлягають окремій кваліфікації, а тому за наявності поряд із сукупністю повторності злочинів питання кваліфікації повинні вирішуватись згідно з положеннями ч. 2 ст. 33 КК.

Таке правило має застосовуватися і тоді, коли особа вчинила декілька тотожних злочинів, які утворюють повторність і не мають інших кваліфікуючих ознак. У таких випадках перший злочин кваліфікується за ч. 1 відповідної статті Особливої частини КК, а один чи декілька наступних за відсутності інших кваліфікуючих ознак – за частиною другою цієї статті за ознакою вчинення його (їх) повторно.

До речі, аналогічний підхід до розв'язання цієї проблеми запропонований Верховним Судом України і в останніх за часом роз'ясненнях Пленуму, які спеціально присвячені питанням практики застосування судами законодавства про повторність, сукупність та рецидив злочинів [13, с. 42-52]. Так, як зазначив Пленум, передбачене у відповідних статтях (частинах статей) Особливої частини КК вчинення злочину повторно або особою, яка раніше вчинила відповідний злочин, є кваліфікуючою ознакою певного злочину. Тому, якщо за вчинення попереднього злочину (кількох попередніх злочинів) особу не було засуджено, кожен зі злочинів, які утворюють повторність, має бути предметом самостійної кримінально-правової оцінки. При цьому, якщо вчинені злочини, крім повторності, утворюють ще й сукупність (за жоден з них особу не було засуджено), вони відповідно до ч. 2 ст. 33 КК повинні отримувати окрему кваліфікацію (наприклад, крадіжка без кваліфікуючих ознак і крадіжка, вчинена повторно, або крадіжка, поєднана з проникненням у житло). Якщо ж злочини, які утворюють повторність, відповідають одному і тому самому складу більш тяжкого злочину (наприклад, три крадіжки, поєднані з проникненням до житла, п'ять розбоїв, вчинених організованою групою тощо), їх кваліфікація здійснюється за однією статтею або частиною статті Особливої частини КК. У таких випадках повторність злочинів повинна зазначатись у процесуальних документах, які стосуються обвинувачення особи, як кваліфікуюча ознака відповідних злочинів.

Висновки. Таким чином, за змістом ст. ст. 32 та 33 КК повторність тотожних злочинів може утворювати їх реальну сукупність, коли за жодний з них особа не була засуджена і повторність передбачена як кваліфікуюча ознака статті Особливої частини КК, якою (частинами якої) передбачено кримінальну відповідальність за вчинення даних тотожних злочинів.

За таких обставин, слід визнати об'єктивно застарілим роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, які містяться в абз. 2 п. 15 його постанови «Про судову практику в справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 р. № 5, який пропонуємо викласти в такій редакції: «У разі вчинення декількох злочинів, передбачених ст. ст. 368 і 369 КК, перший злочин за відсутності інших кваліфікуючих ознак слід кваліфікувати за частиною першою відповідної

статті, а інші як вчинені повторно – за іншими частинами відповідних статей КК, незалежно від того, чи були ці злочини закінченими та яку роль кожного разу виконувала винна особа – виконавця, організатора, підбурювача або пособника».

Вважаємо, що такі уточнення будуть тільки сприяти формуванню єдиної практики застосування закону про кримінальну відповідальність та усунуть протиріччя в розумінні юридичної природи повторності, як чітко визначеної в законі окремої та універсальної форми множинності злочинів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Паспорт спеціальності 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право: затверджений постановою Президії ВАК України від 8 жовтня 2008 року № 38-06/6 // Бюлетень ВАК України. – 2009. – № 1.
2. *Стрижевська А.А.* Сукупність злочинів за кримінальним правом України: Автореф. дис...канд. юрид. наук: 12.00.08 / Київський національний ун-т імені Тараса Шевченка. – К., 2007. – 20 с.
3. Довідник про автореферати виконаних в Україні за 1991-2008 роки дисертацій на здобуття наукового ступеня доктора та кандидата юридичних наук / укладачі В.К. Грищук, Б.О. Кириш, О.Ф. Пасека. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – 472 с.
4. Постанови Пленуму Верховного Суду України (1963-2000): Офіц. вид.: Т. 2 / За заг. ред. В.Ф. Бойка. – К. : А.С.К., 2000. – 424 с.
5. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под ред. А.И. Рарога. – М. : Юристъ, 2001. – 511 с.
6. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – К. : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 624 с.
7. Часопис цивільного та кримінального судочинства. – 2011. – №1. – С. 65-72.
8. Рішення Верховного Суду України. – 2005. – №1. – С. 90-94.
9. *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений – 2-е изд., перераб. и дополн. – М. : Юристъ, 2001. – 304 с.
10. Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 5.
11. Рішення Верховного Суду України. – 2008. – №2. – С. 99-100.
12. Вісник Верховного Суду України. – 2010. – №1. – С. 28-29.
13. Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. – К. : Алерта; ЦУЛ, 2011. – 400 с.
14. Кримінальне право України: Судові прецеденти (1864 – 2007 рр.). / За ред. В.Т. Маляренка. – К. : Освіта України, 2008. – 1104 с.
15. Кримінальна справа № 05-4809км05 // Архів Волноваського районного суду м. Донецька.
16. Кримінальна справа № 05-4117км05 // Архів Вільнянського районного суду Запорізької області.
17. Кримінальна справа № 05-1191км05 // Архів Петровського районного суду м. Донецька.
18. Судова практика з питань кваліфікації повторності та сукупності злочинів (ст. ст. 32, 33, 35 КК) // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – №3. – С. 26-34.
19. *Мороз М.А.* Повторність та сукупність злочинів: окремі питання кваліфікації // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – №5. – С. 35-39.

Дячук С.І., Дячук І.С. Повторність злочинів (питання кримінально-правової кваліфікації за сукупністю злочинів)

У статті в межах загальної теорії кримінально-правової кваліфікації розглядається питання повторності злочинів як окремої форми їх множинності.

Автори відстоюють точку зору, відповідно до якої, якщо за вчинення попереднього злочину (кількох попередніх злочинів) особу не було засуджено, кожен зі злочинів, який утворює повторність, має бути предметом самостійної кримінально-правової оцінки.

Ключові слова: кримінальна відповідальність, кримінально-правова кваліфікація, повторність злочинів.

Дячук С.И., Дячук И.С. Повторность преступлений (вопросы уголовно-правовой квалификации по совокупности преступлений)

В статье в рамках общей теории уголовно-правовой квалификации рассмотрен вопрос повторности преступлений как отдельной формы их множественности.

Авторы отстаивают точку зрения, в соответствии с которой, если за совершение первичного преступления (нескольких первичных преступлений) лицо не было осуждено, каждое из преступлений, которое создаёт повторность, должно быть предметом самостоятельной уголовно-правовой оценки.

Ключевые слова: уголовная ответственность, уголовно-правовая квалификация, повторность преступлений.

Diachuk S.I., Diachuk I.S. Recurrence of crimes (criminal law issues of the aggregate of crimes qualification)

Within the general theory of criminal law qualification the article considers the issues of crimes recurrence as a specific form of multiple offences.

The authors argue that if a person has not been convicted of the previously committed offence (series of prior offences), each of the recurrent crime has to be the subject for individual criminal law evaluation.

Key words: criminal liability, criminal law qualification, recurrence of crimes.

Стаття надійшла до редакції 07.05.2012.

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА УХИЛЕННЯ ВІД ПРОХОДЖЕННЯ ВІЙСЬКОВОЇ СЛУЖБИ: ІСТОРИЧНИЙ АСПЕКТ

М.І. Карпенко

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права та процесу
ВНЗ «Національна академія управління»*

Н. Кравець

*магістр права
ВНЗ «Національна академія управління»*

Постановка проблеми. Сучасні умови розвитку України, орієнтація на побудову правової держави, на загальнолюдські цінності, прагнення відігравати активну роль на світовій арені, брати участь у міжнародних миротворчих місіях вимагають виведення всіх військових формувань України на якісно новий, європейський рівень. Для досягнення цієї мети проводиться активне реформування армії, успішне завершення якого неможливе без ефективних заходів протидії злочинам проти встановленого порядку несення військової служби.

Злочини, пов'язані з ухиленням військовослужбовців від проходження військової служби, належать до числа найбільш небезпечних військових злочинів. Вчиняючи їх, військовослужбовці тим самим грубо порушують ст. 65 Конституції України, вимоги Військової присяги та військовою дисципліну, відповідно до яких захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України є обов'язком громадян України. За даними Державної судової адміністрації України за період 2002-2011 рр. за вчинення злочинів, передбачених ст.ст. 407-409 КК України було осуджено 877 військовослужбовців. За кількістю засуджених військовослужбовців ця група військових злочинів знаходиться на третьому місці після злочинів, передбачених ст. 406 КК України і військових службових злочинів, передбачених ст. ст. 423-426 КК України.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. У теорії кримінального права проблеми відповідальності за злочини, пов'язані з ухиленням від проходження військової служби вивчалися недостатньо. Як правило, такі дослідження проводились у межах характеристики військових злочинів або коментування чинного кримінального законодавства. Окремі аспекти відповідальності за ці злочини розглянуті в працях науковців В.О. Бугаєва, С.І. Дячука, В.О. Навроцького, М.І. Панова, В.Г. Сизранцева, М.І. Хавронюка, В.М. Чхиквадзе та інших.

У 2005 р. здійснив дослідження складу злочину, передбаченого ст. 407 Кримінального кодексу України, Сенько М.М. за темою: «Кримінальна відповідальність за самовільне залишення військової частини або місця служби».

Попри дослідження зазначених науковців, злочини проти порядку проходження військової служби продовжують бути суспільно небезпечними і потребують подальшого наукового дослідження, зокрема, в першу чергу варто розпочати такі дослідження з витоків та історії кримінально – правової охорони суспільних відносин, що стосуються злочинів проти порядку проходження військової служби.

Пленумом Верховного Суду України не було прийнято жодної постанови про судову практику в справах про військові злочини, де б розглядалися питання кримінальної відповідальності за військові злочини. Необхідність прийняття такої постанови є вкрай необхідною.

Внаслідок недостатнього теоретичного дослідження цієї проблеми серед науковців по-різному визначається безпосередній об'єкт злочинів, передбачених ст. ст. 407-409 КК. Не існує єдиної думки щодо змісту деяких ознак об'єктивної сторони даних посягань, конкретного кола осіб – суб'єктів цих злочинів, форми та виду вини, характерних для цих злочинів, виникають також різні позиції щодо кваліфікації таких суспільно небезпечних діянь, а також щодо можливості призначення покарання за їх вчинення.

Усе це викликає необхідність більш глибокого та повного теоретичного дослідження проблеми кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, передбачених ст. ст. 407-409 КК, та формування конкретних пропозицій щодо вдосконалення кримінального законодавства та практики їх застосування.

Метою статті є встановлення витоків та історії кримінальної відповідальності за злочини щодо ухилення від проходження військової служби на теренах нашої держави.

Основні результати дослідження. Повний та всебічний аналіз кримінальної відповідальності за ухилення від проходження військової служби неможливий без вивчення історичних аспектів виникнення та розвитку законодавства про відповідальність за ухилення від військової служби. Таке вивчення дозволяє глибше зрозуміти зумовленість існування кримінальної відповідальності за ці злочини, передумови виникнення окремих нормативних актів, які передбачали відповідальність за вчинення злочинів, пов'язаних із ухиленням від військової служби, вплив різних історичних подій на їх виникнення та зміст, а також вплив законодавства інших держав на розвиток кримінального законодавства про ухилення від військової служби в Україні.

У Київській Русі збройні сили склалися з княжих дружин, служба в яких регулювалась особистою домовленістю князя з дружинниками. Вільний від'їзд дружинників від князя в давні часи нічим не був обмежений, служба в князя не була обов'язком чи повинністю, оскільки загальною для всієї Русі армії не існувало.

Розвиток військово-кримінального законодавства в Україні після розпаду Київської Русі тісно пов'язаний із розвитком військового законодавства інших держав, під владою яких протягом багатьох століть перебувало населення українських земель, зокрема, Великого князівства Литовського, Королівства Польського та Московського князівства, а пізніше Російської імперії.

Лише з прийняттям першого Литовського Статуту [1] на Віленському сеймі Великого князівства Литовського у 1529 р. вдалося регламентувати порядок виконання військової повинності і створити «основний закон» держави в сфері земської оборони. У даному документі в II розділі під назвою «О обороне земскої», у всіх трьох редакціях (1529, 1566, 1588 рр.), була передбачена відповідальність за такі види ухилення від військової служби:

1. Просте, некваліфіковане ухилення від військової служби, закріплене в арт. 1 розд. II у всіх трьох редакціях Статуту [1; 2, с. 30-42; 3, с. 83-109]. Кожний

землевласник повинен був у встановлений строк з'явитися на військову службу за наказом та спорядити встановлену кількість воїнів, бути присутнім на збірному пункті під час перепису і огляду військ, брати участь у бойових діях, доки гетьман чи король не оголосять про закінчення походу. Від'їзд з війська перед закінченням походу розглядався як злочин, що карався конфіскацією майна. Неявка чи запізнення на збірний пункт або відсутність під час огляду військ не вважалися злочином і каралися (в дисциплінарному порядку) скеруванням на кордон чи в інше місце, де правопорушник проходив службу вдвічі довше того строку, на який він запізнився.

2. Ухилення від служби найманця – від'їзд після військового огляду чи невихід у похід – за всіма трьома редакціями Статуту каралося позбавленням честі. Покарання у виді позбавлення честі полягало в позбавленні засудженого політичних, службових, сімейних, майнових та інших прав. Його виконання проявлялось у виконанні різних обрядів, що ганьбили особу. Засуджений після виконання покарання втрачав довіру держави та суспільства.

3. Втеча з поля бою, за другою редакцією Статуту, якщо вчинена вперше, каралася конфіскацією майна, а повторно – позбавленням честі.

4. Неприбуття у встановлений строк на місце несення служби, за першою редакцією Статуту, каралося в залежності від наслідків. Якщо ворог шкоди не заподіяв, винний підлягав лише конфіскації майна. В іншому випадку покаранням була смертна кара з конфіскацією майна.

5. Самовільне залишення поста, за першою редакцією Статуту, при наявності шкідливих наслідків, каралося смертною карою, причому питання про застосування покарання король вирішував одноосібно.

Артикули Литовського Статуту містили розвинуту систему кримінально-правових норм, в яких приділялася увага відповідальності за ухилення від військової служби під час воєнних дій. Однак, аналізуючи дані положення, можна прийти до висновку, що суб'єктами цих злочинів виступали лише землевласники, шляхтичі та найманці. В Статуті не передбачалося відповідальності селян, які прибули разом з феодалами, за ухилення від військової служби [4, с. 43]. Як зазначають Г.В. Демченко та М.І. Хавронюк, феодал сам встановлював міру покарання для таких осіб, і законодавець не вважав за потрібне зазначати це в Статуті. Землевласники мали необмежене право карати своїх слуг та селян, навіть смертною карою. Вони стояли поза будь-яким контролем з боку держави, яка надала їм карну владу в усій її повноті [5, с. 118; 6, с. 7].

У другій половині XVI ст. на Україні з ряду соціальних та економічних причин утворилася Запорізька Січ. Крип'якевич І. зазначає, що першу Січ чи власне городок на Запоріжжі збудував князь Дмитро Вишневецький у 1553 р. Кілька років він мав під своїм проводом відділ козаків і завів між ними військовий лад. Від того часу козаки почали вважати себе за окреме запорізьке військо [7, с. 173-174]. При гетьмані Петрі Сагайдачному, у 1617-1619 рр., вперше був складений реєстр запорізького війська та підтримувалася сувора дисципліна. «Зборівський мир», укладений внаслідок розгрому польського війська козаками під командуванням Богдана Хмельницького, поклав правові основи козацької держави.

У XVII ст. на Січі припинили свою дію правові норми, що встановлювали кару за злочини проти королівської влади і польсько-литовського урядування.

Була встановлена сувора кара за зраду українському народові, християнській вірі, за невиконання вимог військової адміністрації. На чолі війська стояв гетьман. Він мав повну адміністративну владу і брав безпосередню участь у законодавстві та судочинстві. Під час війни його влада була необмеженою. Судові функції виконувала також військова рада, генеральні, полкові та сотенні суди, а в умовах війни і козацька старшина. На Запорізькій Січі не було жодних писаних законів, там панувало звичаєве право. В судах і при призначенні покарань козаки керувались не писаними законами, а, як зазначав Д.І. Яворницький, «стародавнім звичаєм, словесним правом та здоровим глуздом. Писаних законів від них годі було сподіватися насамперед тому, що громада козаків мала позаду надто коротке минуле, щоб виробити ті чи інші закони і викласти їх на папері, а також тому, що все історичне життя запорізьких козаків було сповнене майже безперервними війнами, які не дозволяли їм надто зупинятися на влаштуванні внутрішнього ладу свого життя, нарешті, запорізькі козаки взагалі уникали писаних законів, щоб не обмежити їхніх свобод» [8, с. 149].

Кажучи про кримінальні закони того часу, важко виділити ті з них, які охороняли від посягань саме військовий правопорядок. Січ була воєнізованою державою і взяла під охорону основний принцип своєї організації – військове товариство, і будь-яке посягання на нього ставила під загрозу застосування найсуворіших кар. Саме тому дезертирство на Запоріжжі вважалося одним з найтяжчих злочинів. Як зазначав Д.І. Яворницький, воно полягало у самовільному відлученні козака під різними приводами в степ під час походу проти ворога [8, с. 150]. С. Наріжний, М.Є. Слабченко та інші вчені описують, що за вчинення цього злочину покаранням була смертна кара шляхом забиванням киями біля ганебного стовпа, який стояв на площі біля дзвіниці. Поряд завжди лежала в'язка сухих дубових кийів. Злочинця приковували до стовпа і кожен перехожий міг його бити досхочу [8, с. 151; 9, с. 14, 19]. Так були покарані козаки, які втекли із загону під час експедиції під Очаків у 1770 р. Такі суворі закони у Запорізькій Січі, на думку В. Коховського, пояснюються тим, що туди приходили люди сумнівної репутації, військо жило без жінок та не знало їх пом'якшуючого впливу, а також тим, що козаки вели постійні війни і для підтримання правопорядку у війську були необхідні суворі закони [10, с. 117].

Еволюція суспільних відносин на українських землях поступово применшувала значимість звичаєвого права. Дедалі більшої ваги набирали писані законодавчі акти.

У 1743 р. Кодифікаційною комісією, до складу якої входили представники від козацтва, духовенства та представники міст, на підставі указу царя Петра II були укладені «Права, за якими судиться малоросійський народ» [11]. П'ятий розділ «Права, за якими судиться малоросійський народ», під назвою «О службе государевой, воинской и о порядке воинском» [11, с. 28], передбачав кримінальну відповідальність за різноманітні види військових злочинів. «Права, за якими судиться малоросійський народ» розрізняли самовільне залишення військової служби без поважних причин, неявку та запізнення на військову службу, а також втечу з поля бою під час бою (арт. 11, 12, 17 гл. 5 «Права, за якими судиться малоросійський народ»).

Самовільне залишення та неявка на військову службу без поважних причин характеризувалися з суб'єктивної сторони прямим умислом («ухиляясь на-

рочно от службы»). Поважними причинами, які звільняли від відповідальності за вказані злочини і передбачені арт. 8 цієї глави, були тяжка хвороба, смерть близьких родичів, пожежа чи пограбування житла. Перелік цих причин не був вичерпним («да и другія правильнія причини»). Покарання за вчинення даного злочину були диференційовані залежно від суб'єкта: старших чинів позбавляли звань, а щодо рядових – застосовували грошові стягнення та тілесні покарання.

Запізнення на військову службу без поважних причин, як і попередні склади злочинів, характеризувалося прямим умислом. Переліку поважних причин артикул не давав, але можна зробити висновок, що ними були ті ж причини, що й у випадку самовільного залишення чи неявки на військову службу і передбачені арт. 8 гл. 5 «Права за якими судиться малоросійський народ». Строк запізнення не був кваліфікуючою ознакою, однак впливав на призначення покарання, оскільки військовослужбовець, що запізнився на службу, зобов'язаний був відслужити вдвічі більше, ніж становив строк запізнення. Обставиною, що обтяжує покарання вважалося небажання виконувати наказ про прибуття на службу («...а найпаче за ослушанием»). Втеча з поля бою під час бою каралася смертною карою чи, у залежності від конкретних обставин справи, – позбавленням честі й тілесними покараннями [11, с. 28].

У 1775 р. був виданий царський маніфест про ліквідацію Запорізької Січі. В Росії, у другій половині XVII – першій половині XVIII ст., під час панування Петра I, одним із основних завдань держави було створення боєздатної та дисциплінованої армії. Стара військова система виявилась непридатною для вирішення нових завдань Російської держави. Такою армією могла бути лише регулярна армія. Однак, основною умовою для створення регулярної армії була тверда військова дисципліна і порядок. Виникла необхідність у розробці нового військового законодавства, внаслідок чого 30 березня 1716 р. за вказівкою Петра I було прийнято «Устав воинский», який складався з 4-х частин. Норми військово-кримінального права були закріплені в частині другій під назвою «Артикул воинский с кратким толкованием» [12]. Ще у 1948 р., досліджуючи історичні аспекти виникнення військово-кримінального законодавства, професор В.М. Чхиквадзе стверджував, що цей нормативно-правовий акт того часу був самостійним, не запозиченим в інших державах, «самобытным» законом, який тісно був пов'язаний з усіма державними реформами того часу [13, с. 62]. Важливо зазначити, що велику увагу в цьому документі приділялося вихованню твердої військової дисципліни і порядку в армії. Це був перший військово-кримінальний кодекс Росії. Діяв вказаний військово-кримінальний кодекс того часу майже 100 років, до появи «Полевого уголовного уложения» 1812 р., а в мирний час – до видання «Военно-уголовного устава» 1839 р.

Спочатку, як зазначає М.І. Хавронюк, «Устав воинский» 1716 р. не поширював своєї дії на Україну, однак у подальшому, відповідно до указу від 20 грудня 1763 р. він разом з усіма його частинами, зокрема й «Артикул воинский с кратким толкованием», почав діяти у козацьких військових справах [6, с. 14].

«Артикул воинский с кратким толкованием» складався із 209 артикулів (статей), розміщених у 26 главах. Спочатку суб'єктами злочинів визнавалися лише військовослужбовці, однак у подальшому його дія була поширена й на цивільних осіб – службовців військових відомств.

Порівняння злочинів, пов'язаних з ухиленнями від військової служби за часів Петра I з нинішньою системою злочинів, пов'язаних з ухиленнями від військової служби, передбачених чинним КК України.

Злочини, пов'язані з ухиленнями від військової служби часів Петра I.	Злочини, пов'язані з ухиленнями від військової служби, передбачених чинним КК України.
а) утеча; б) залишення свого місця в поході; в) несвоєчасне з'явлення з відпустки; г) симуляція хвороби з метою ухилитися від походу; д) самокалічення; е) самовільна відлучка.	а), б) – ст. 408 – дезертирство; в) – ст. 407 – самовільне залишення військової частини або місця служби; г), д) – ст. 409 – ухилення від військової служби шляхом самокалічення або іншим способом.

Глава XII «Артикула воинского с кратким толкованием» передбачала відповідальність за дезертирство і за злочини, пов'язані з самовільним залишенням військової служби, – злочини, як зазначав П.О. Бобровський, що набули значного поширення на початку XVIII ст. [14, с. 708]. Артикул 94 цієї глави передбачав відповідальність за самовільне залишення поля бою або частини під час бою («стоя перед неприятелем»). Особа, винна у вчиненні такого злочину, підлягала смертній карі. Роз'яснення до артикулу, що мало силу закону, вимагало з'ясування конкретних обставин вчиненого злочину і допускало можливість пом'якшення покарання у випадку встановлення пом'якшуючих обставин.

Артикул 95 цього нормативно-правового акту визначав дезертирство як самовільне залишення військової служби без відповідного на те дозволу. Закон не вказував на обставинку вчинення злочину, а саме: в умовах бойових дій чи в мирний час. Винний підлягав смертній карі через повішання. Пом'якшуючою обставиною було вчинення дезертирства військовослужбовцем, що не прослужив одного року, а обставиною, що обтяжувала покарання – повторність. Цей артикул цікавий тим, що у ньому є безпосереднє посилання на іноземне законодавство як на джерело.

Артикул 96 гл. XII «Артикула воинского с кратким толкованием» передбачав кримінальну відповідальність за дезертирство з пом'якшуючою обставиною – добровільною явкою дезертира. В такому випадку смертну кару замінювали тілесними покараннями.

В арт. 97 цього нормативного акту йшлося про відповідальність за самовільне залишення поля бою військовою частиною. В такому випадку дії командирів кваліфікувалися як державна зрада і щодо них застосовувалася смертна кара. Рядові ж підлягали децимації (кожен десятий, згідно з жеребкуванням, підлягав повішанню), а до решти застосовувалися тілесні покарання. Однак, офіцерам та солдатам надавалася можливість довести свою невинуватість чи навести пом'якшуючі обставини, що могло призвести до звільнення від застосування покарання чи його пом'якшення.

Артикул 100 гл. XII «Артикула воинского с кратким толкованием» розмежовував неявку в частину без поважних причин від дезертирства і встановлював за вчинення цього злочину грошове покарання: з винного за кожних сім днів запізнення стягувалося місячне утримання. Поважними причинами закон вважав хворобу, душевну хворобу, смерть батьків чи близьких та інші. Цей перелік не був вичерпним і в кожному конкретному випадку й інші причини могли вважатися поважними.

«Артикул воинский с кратким толкованием» передбачав доволі жорсткі покарання за вчинення самовільних відлучок. Це обґрунтовувалося тим, що під час війни військовослужбовці завжди повинні були бути в розпорядженні командирів і готові до бою, а також тим, що під час відлучок солдати могли вчинити грабіж чи потрапити в полон до ворога і, таким чином, видати відомості про стан та чисельність армії. «Артикул воинский с кратким толкованием» Петра I значно диференціював відповідальність за злочини, пов'язані з самовільним залишенням частини: з'явився термін «дезертирство»; як окремих склад злочину вперше розглядалося самовільне залишення поля бою всією військовою частиною; розмежовувалась відповідальність за неявку в строк без поважних причин у частину від дезертирства; передбачалася відповідальність за дезертирство з пом'якшуючими обставинами; значно була розширена система покарань [4, с. 61].

Найбільш суттєвим обмеженням у застосуванні Військових артикулів Петра I було прийняття 27 січня 1812 р. «Полевого уголовного уложения для Большой Действующей армии» [15]. Передумовою прийняття даного документа було ускладнення міжнародної обстановки та формування царем Олександром I потужної діючої армії. Цей військово – кримінальний кодекс складався з 7 глав та 72 статей і діяв лише у воєнний час. У мирний час продовжував діяти «Артикул воинский с кратким толкованием» Петра I.

Відповідальність за самовільне залишення військової служби передбачалася в главі третій під назвою «О побеге и отлучке с места сражения», в главі четвертій «О побегах и отлучках из армии» і, крім того, окремо передбачалася відповідальність за втечу до ворога (гл. 2 «Полевого уголовного уложения»). Характерною особливістю «Полевого уголовного уложения» була відсутність розмежування між самовільною відлучкою і самовільним залишенням військової служби. Це, на нашу думку, визначалося позицією законодавця щодо однакової суспільної небезпеки цих злочинів у воєнний час.

«Полевое уголовное уложение» значну увагу приділяло злочинам, пов'язаним з ухиленням від військової служби. Суб'єктами цих злочинів могли бути як особи рядового, так і офіцерського складу. Покарання мали диференційований характер, в залежності від посадового становища винного. Найпоширенішими покараннями за вчинення цих злочинів була смертна кара та тілесні покарання (кнут та батоги). Як зазначав В.М. Чхіквадзе, виконання смертної кари відбувалося шляхом розстрілу в присутності війська [13, с. 226-227].

На поч. XIX ст. рекрутська повинність була тягарем для кріпосного селянства. Строк їх військової служби становив 25 років, в армії панували жорстокі покарання за вчинення найменшого проступку. Як покарання за вчинення злочинів для деяких категорій цивільних осіб застосовувалось скеруванням на військову службу як рекрутів. Все це сприяло зростанню випадків ухилення від військової служби. Це, в свою чергу, викликало видання багатьох численних нормативних актів, що передбачали відповідальність за злочини, пов'язані з ухиленням від військової служби.

У 1832 р. був виданий «Свод законов Российской империи». У 1839 р. усі нормативно-правові акти, що стосувалися військової справи, були кодифіковані та об'єднані в «Свод военных постановлений», який вийшов у 12 томах. Закони військово-кримінального і військово – судового змісту були включені в один

том під назвою «Военно-уголовный устав», який став кодифікацією всього попереднього військово-кримінального законодавства. Однак цей документ не відзначався послідовністю і містив багато неточностей та суперечностей. Основними джерелами його постанов про злочини і покарання були: «Воинский устав» 1716 р., «Полевое уголовное уложение» 1812 р., «Свод законов» 1832 р. Цей нормативний акт передбачав відповідальність за втечу до ворога, втечі і відлучки з поля бою та з армії взагалі (ст. ст. 569-593 гл. II розд. III кн. I «Военно-уголовный устав»), а також втечі та самовільні відлучки з полків та команд (ст. ст. 246-271 гл. IV розд. II кн. I цього нормативного акту).

Покарання за вчинення цих злочинів передбачалися у виді смертної кари, заслання на каторгу, утримання на гауптвахті, вигнання з армії (щодо старших офіцерських чинів) та тілесних покарань (щодо рядових) [16].

Як зазначав В.М. Чхиквадзе, з виданням Статуту 1839 р. уперше в російському військово-кримінальному законодавстві з'явилася так звана Загальна частина військово-кримінальних законів [13].

Спеціальні військові злочини, які вчинялися у воєнний і мирний часи, були викладені в 3 і 4 розділах «Военно-уголовного устава» 1839 р. Разом з тим у ньому були відсутні вказівки на окремі загальні і військові злочини, що приводило до широкого засудження по аналогії.

У 1845 р. прийнято «Уложение о наказаниях уголовных и исправительных». Як зазначає В.М. Борисенко, із прийняттям цього документа виявлено значні недоліки «Устава Военно – уголовного» 1839 р. Він суперечив «Уложению о наказаниях уголовных и исправительных» за найбільш важливими питаннями злочинності і караності суспільно небезпечних діянь [17, с. 24]. У 1861 р. у Росії було скасовано кріпосне право. В зв'язку з цим було здійснено багато реформ, у тому числі й військових: переозброєна армія, змінено принципи управління військами та програму навчання кадрів, створено військово-навчальні заклади. У той же час змінювалися способи комплектування військ: рекрутські набори з податних верств населення замінені загальним військовим обов'язком для всіх суспільних верств. Не допускався грошовий викуп та заміна однієї особи іншою, «охотником». У мирний час контингент військ обмежувався мінімумом, скорочено строк військової служби (в сухопутних військах – 6 років, на флоті – 7 років). У 1863 р. скасовано тілесні покарання шпіцрутенами, батогами. Зберігалися лише тілесні покарання у виді биття різками для «нижчих чинів», що перебували у розряді «штрафованих» чи засуджених. Зазначені обставини змусили переглянути все діюче на той період військово-кримінальне законодавство [4, с. 73].

В зв'язку з цим, прийнято новий військово-кримінальний кодекс – «Воинский устав о наказаниях» 1867-1868 рр. [18], який складався з 5 розділів: 1) про злочини, проступки і покарання, взагалі; 2) про військові та інші злочини по військовій службі; 3) про порушення обов'язків служби під час воєнних дій і про злочини та проступки, які вчинені в місцевості, що оголошена на воєнному стані; 4) про злочини і проступки загальні, учинені військовослужбовцем з цивільними особами, незалежно від служби; 5) про покарання в дисциплінарних частинах.

Відповідальність за злочини, пов'язані з ухиленням від військової служби, передбачалися у розд. II «Воинского устава» гл. 4 «О побеге, самовольной отлучке и неявке в строк на службу» (ст. 128-140 «Воинского устава о наказа-

нях» [18]). Втечею, згідно ст. 128 «Воинского устава о наказаниях», вважалася відсутність на місці служби понад шість днів у мирний час, три доби – у воєнний час та одну добу – безпосередньо перед бойовими діями. Для осіб, які прослужили у війську менше шести місяців, строки відсутності, з досягненням яких починалася відповідальність за втечу, були збільшені, і становили п'ятнадцять днів – у мирний час та сім днів – у воєнний. Це аргументувалося відсутністю навиків у молодих солдат та їх меншою дисциплінованістю і було наслідком адаптації правових норм Військових артикулів Петра I. Кваліфікуючою обставиною, що обтяжувала покарання, вважалася втеча з-під варти чи арешту. Об'єктивна сторона цього злочину полягала у відсутності військовослужбовця під вартою чи під арештом понад одну добу (ст. 129 «Воинского устава о наказаниях» [18]).

Неявка в строк на службу при призначенні, переведенні, з відпустки тощо визнавалася злочином після спливу місячного строку відсутності у мирний час та 15-денного строку у воєнний час (ст. 140 «Воинского устава о наказаниях» [18]).

Втеча до ворога та вступ до ворожої армії розцінювалися як державна зрада та каралися смертною карою (ст. 137 «Воинского устава о наказаниях» [18]).

Покарання за злочини, пов'язані з самовільним залишенням військової служби, призначалися в залежності від особи винного. За просту, некваліфіковану втечу офіцери підлягали арешту на строк від трьох до шести місяців, відставці чи звільненню зі служби. За втечу у воєнний час до офіцерів застосовувалися звільнення з військової служби та позбавлення військових звань. Нижчим чином покарання призначалися в залежності від кількості втеч: за першу – ув'язнення у військову тюрму на строк від одного до чотирьох місяців, за другу – скерування в дисциплінарний батальйон на строк від одного до трьох років, за третю – конфіскація майна та заслання до Сибіру. За втечу у воєнний час нижчі чини підлягали покаранню на один – два ступеня вище, ніж у мирний час.

Введення загальної повинності в Російській імперії у 1874 р. змусило частково переглянути «Воинский устав о наказаниях» 1869 р. Зміни стосувалися лише тих норм, які опинилися в прямій суперечності з принципами нового закону про загальну військову повинність. У новій редакції «Воинский устав о наказаниях» затверджувався 27 березня 1875 р. і у 1913 р.

Під час Першої світової війни 12 січня 1916 р. було прийнято Закон, який суттєво змінив зміст гл. 4 «О побеге, самовольной отлучке и неявке в срок на службу» другого розділу «Воинского устава о наказаниях». Замість тринадцяти статей в главі залишилось лише десять, які у новій редакції значно відрізнялися від старої. Так, втечею, за новою редакцією, вважалось самовільне залишення військовослужбовцем своєї команди чи місця служби з метою взагалі ухилитися від військової служби, або від участі, хоча б і тимчасово, у воєнних діях (ст. 128 «Воинского устава о наказаниях»). Таким чином, втеча, з суб'єктивної сторони, характеризувалася наміром винного взагалі ухилитися від військової служби або тимчасово ухилитися від участі у бойових діях. Строк ухилення для кваліфікації значення не мав.

З об'єктивної сторони даний склад злочину характеризувався трьома ознаками:

- а) самовільне залишення військової служби;

б) самовільне залишення «діючої армії», тобто військової частини, з'єднання, які беруть чи повинні брати участь у бойових діях з ворогом;

в) самовільне залишення підрозділу, з метою ухилитися від участі у воєнних діях. «Воєнними діями» вважалися безпосередні бойові сутички з ворогом.

Згідно ст. 134 нової редакції «Воинского устава о наказаниях», за вчинення цього злочину винний у воєнний час підлягав засланням на каторгу на строк від чотирьох до двадцяти років або смертній карі. Втеча, вчинена в мирний час, каралася позбавленням усіх прав і скеруванням в арештантські підрозділи строком від чотирьох до шести років.

По-новому визначалося поняття й самовільної відлучки, якою стала вважатися відсутність у військовому підрозділі, що не містить ознак втечі. Самовільна відлучка строком до шести днів у мирний час, до трьох днів у воєнний час та до однієї доби в бойовій обстановці не вважалася злочином і каралася в дисциплінарному порядку (ст. 130 «Воинского устава о наказаниях» редакції 1916 р.). Самовільна відлучка понад зазначені строки каралася ув'язненням у виправних арештантських підрозділах до чотирьох років. У воєнний час покарання посилювалося.

Закон від 12 січня 1916 р. значно спростив юридичну структуру статей, що передбачали відповідальність за злочини, пов'язані з ухиленнями від військової служби, ввів розмежування втечі та самовільної відлучки за умислом. «Воинский устав о наказаниях» зі змінами та доповненнями, внесеними Законом від 12 січня 1916 р., діяв до жовтневих подій 1917 р., а на території України в перекладі українською мовою – до листопада 1920 р.

В Росії після Жовтневої революції виникла необхідність у створенні нової армії. В зв'язку з цим, 23 січня 1918 р. В. Леніним був підписаний декрет про створення Червоної Армії, а 14 лютого 1918 р. – про створення Червоного Флоту. Разом з створенням збройних сил формувалося і законодавство, що передбачало відповідальність військовослужбовців за ухилення від військової служби. Цього вимагало значне поширення дезертирства та самовільного залишення військової служби на фронтах громадянської війни. В декреті «О социалистическом рабоче – крестьянском Красном Флоте» від 14 лютого 1918 р. [19] уперше за радянських часів сформульовано поняття втечі, якою вважалася самовільна відсутність на місці служби понад п'ять днів без поважних причин. Покаранням за вчинення цього злочину було виключення з професійних союзів чи демократичних організацій або скеруванням на громадські роботи.

Протягом 1918-1920 рр. урядом РРФСР було прийнято велику кількість різних нормативних документів, що встановлювали та регулювали кримінальну відповідальність за злочини, пов'язані з ухиленням від військової служби. Зокрема, серед них, прийнятий 22 квітня 1918 р. декрет «О сроке службы в Рабоче – Крестьянской Красной Армии» [20]; Постанова Ради Робітничо-Селянської оборони від 27 грудня 1918 р. «О борьбе с дезертирством» [21], якою цей злочин визнано одним із найтяжчих; декрет Ради Робітничо – Селянської оборони від 3 березня 1919 р. «О мерах борьбы с дезертирством» [22], відповідно до якого всі посадові особи, винні у переховуванні дезертирів, підлягали кримінальній відповідальності і покаранню у виді позбавлення волі на строк до п'яти років з залученням до примусових робіт або без таких; декрет Ради Робітничо – Селянської

оборони від 3 червня 1919 р. «О мерах к искоренению дезертирства» [23]; декрет ВЦВК від 8 квітня 1920 р. «О комиссиях по борьбе с дезертирством» [26], який встановлював поняття «злісне дезертирство», справи про яке передавалися на розгляд революційним трибуналам.

Таку велику кількість нормативних актів про боротьбу з дезертирством, прийнятих за незначний проміжок часу, на нашу думку, можна пояснити тим, що в цей час продовжувалась громадянська війна, і злочини, пов'язані з ухиленнями від військової служби в ті часи були дуже розповсюдженими. Крім того, Червона Армія лише формувалася, не маючи під собою сталої бази та чітко визначеної структури [4].

Зміни, що відбулися в армії та суспільному житті після закінчення громадянської війни, вимагали вдосконалення кримінального законодавства. У зв'язку із цим, 2 лютого 1921 р. ВЦВК і РНК РРФСР прийнято декрет «О борьбе с дезертирством» [25], який встановлював виключно судовий порядок розгляду кримінальних справ про дезертирство. Такі справи розглядалися народними судами, за винятком дезертирства з обставинами, що обтяжують покарання. До обставин, що обтяжують покарання при дезертирстві належали бойова обстановка, дезертирство осіб командного складу, дезертирство та участь в озброєних бандах, переховування чи пособництво дезертирам з боку посадових осіб, участь у злочинних групах, що займаються виготовленням та розповсюдженням фальшивих військових документів. Як роз'яснення до даного декрету, 28 лютого 1921 р. Народним Комісаріатом юстиції була прийнята «Инструкция народным судам о порядке производства дел о дезертирах, их укрывателях, пособниках и попустителях» [26]. Ця Інструкція розмежовувала поняття «дезертирство» та «втеча». Об'єктивна сторона дезертирства полягала в самовільному залишенні військовослужбовцем служби і в ухиленні від неї.

Втечею вважалось:

а) самовільне залишення військовослужбовцем частини чи місця служби на строк понад шість діб, при умові обов'язкової добровільної явки винного в частину чи підрозділ;

б) самовільне залишення військової служби, якщо самовільна відсутність тривала хоч і менше шести діб, але винний був затриманий правоохоронними органами;

в) запізнення на службу без поважних причин на строк понад шість діб при призначенні, переводі, з відпустки тощо;

г) перехід з однієї частини в іншу без письмового розпорядження;

д) повторна самовільна відлучка на строк менше шести діб при умові добровільної явки винного до місця служби.

Важливим етапом у розвитку законодавства про відповідальність за злочини, пов'язані з ухиленням від військової служби, було прийняття ВЦВК 26 травня 1922 р. першого Кримінального кодексу РРФСР [27]. Як зазначає В.К. Гришук, ще 24 травня 1922 р. постановою ВЦВК її Президії було доручено ввести в дію Кримінальний кодекс РРФСР на території усіх союзних республік, зокрема і в Україні, що й було зроблено [28, с. 21]. Всі військові злочини виділені в главу VII кодексу, яка складалася з 15 статей. Їх можна було поділити на такі групи: 1) військові зрадницькі злочини і злочини воєнного часу; 2) військові

злочини, які проявлялися в ухиленні від військової служби; 3) військові злочини, направлені проти порядку служби і підлеглості; 4) посадові військові злочини [13, с. 93-94, 96]. У ст. 200 КК РРФСР 1922 р. уперше сформульовано загальне поняття «військовий злочин». Даний нормативний акт чітко розмежував два склади злочинів: втечу (ст. 204 КК РРФСР 1922 р.) та самовільну відлучку (ст. 205 КК РРФСР 1922 р.).

Втечею вважалося самовільне залишення військовослужбовцем своєї частини чи місця служби з метою ухилитися від військової служби чи від участі в бойових діях, а так само неявка в строк на службу з цією ж метою. Кваліфікуючими видами втечі була втеча, вчинена у воєнний час чи в бойовій обстановці, а також втеча, вчинена особою командного складу. Покарання за просту втечу призначалося у виді позбавлення волі на строк до трьох років з конфіскацією майна чи без такої, за кваліфікуючу втечу – смертна кара або позбавлення волі на строк понад три роки з конфіскацією майна.

Самовільною відлучкою вважалося самовільне залишення військовослужбовцем своєї частини чи місця служби без мети ухилитися від військової служби, а також неявка військовослужбовця в строк на службу без мети ухилитися від військової служби. В залежності від обставин, за вчинення цього злочину до винного застосовувалися заходи дисциплінарного характеру або покарання у виді позбавлення волі на строк до одного року.

Строк ухилення від військової служби, на відміну від суб'єктивної ознаки, – наявності чи відсутності у винного мети ухилитися від військової служби, у випадку вчинення цих злочинів, кваліфікуючою ознакою не був. Лише Постанова ВЦВК від 11 листопада 1922 р. [29] внесла зміни та доповнення до даних статей, визначивши поняття втечі в залежності від строку відсутності та наміру винного. Відповідно до цієї Постанови, втечею вважалося самовільне залишення військової частини чи місця служби, що тривало понад шість діб, хоч винний і повернувся в частину добровільно. Самовільною відлучкою було залишення військової частини чи місця служби на строк до шести діб при умові добровільної явки винного в частину. Самовільне залишення військової служби, вчинене в бойовій обстановці, вважалося втечею незалежно від строку ухилення.

Після утворення Союзу РСР, з метою забезпечити єдину військово-кримінальну систему в усіх союзних республіках, 31 жовтня 1924 р. ЦВК СРСР було прийнято Положення про військові злочини, яке стало першим загальносоюзним військово-кримінальним законом [30]. Положення містило 19 статей, які в основному сприйняли редакцію відповідних розділів кримінальних кодексів РРФСР і УРСР 1922 р. Вказане Положення доповнило перелік військових злочинів, який існував на той період, двома новими складами злочинів. Видання Положення було пов'язане зі змінами, що відбулися в Червоній Армії у зв'язку з переходом її на мирне положення і централізацією. До прийняття Положення нормативні акти, спрямовані на боротьбу з дезертирством, діяли не лише в РРФСР, але й на території України та інших територіях, де була встановлена радянська влада. Проте, Положення лише законодавчо закріпило виключну компетенцію СРСР у питаннях встановлення відповідальності за військові злочини.

Положення про військові злочини 1924 р. діяло не дуже довго. Проведення військової реформи в країні та прийняття Закону «Про обов'язкову військову

службу» 18 вересня 1925 р. [31] вимагало внесення змін у військово-кримінальне законодавство. В зв'язку з цим, 27 липня 1927 р. ЦВК і РНК СРСР затвердили нове Положення про військові злочини, яке містило 31 статтю [32].

Система військових злочинів згідно зазначеного Положення передбачала 5 груп злочинів: 1) зрадницькі злочини; 2) ухилення від військової служби; 3) військові злочини проти порядку служби і підлеглості; 4) посадові військові злочини; 5) військові злочини воєнного часу, які поділялися на 3 підгрупи: а) злочини, які безпосередньо зв'язані з оперативними діями військ; б) військові злочини стосовно населення району воєнних дій; в) військові злочини, які порушують міжнародні конвенції [33]. В цьому нормативному акті не використовувалися терміни «дезертирство» та «втеча», а самовільне залишення частини чи місця служби розмежовувалося в залежності від наміру винного, суб'єкта злочину (суб'єктивний критерій), а також строку відсутності та обстановки вчиненого (об'єктивний критерій).

Положення про військові злочини 1927 р. встановлювало відповідальність за:

1. Самовільне залишення частини чи місця служби особою рядового чи молодшого начальницького складу строкової служби строком понад шість діб, а під час навчань чи маневрів – понад дві доби (п. «а» ст. 7 Положення про військові злочини 1927 р.).

2. Самовільне залишення частини чи місця служби тими ж особами з наміром довготривало чи взагалі ухилитися від військової служби (п. «б» ст. 7 Положення про військові злочини 1927 р.).

3. Ті ж діяння, вчинені особами середнього, вищого начальницького складу строкової служби та молодшого начальницького складу надстрокової служби (п. «д» ст. 7 Положення про військові злочини 1927 р.).

4. Самовільне залишення частини чи місця служби особою рядового складу без наміру взагалі чи довготривало ухилитися від військової служби, якщо самовільна відсутність тривала не більше 6 (2) діб, вчинена втретє (п. «б» ст. 8 Положення про військові злочини 1927 р.).

5. Ці ж діяння, вчинені особою середнього, старшого, вищого та молодшого начальницького складу більш ніж одноразово (п. «г» ст. 8 Положення про військові злочини 1927 р.). Стаття 8 Положення передбачала, що залишення військової служби на строк не більше 6 (2) діб без наміру взагалі чи довготривало ухилитися від військової служби, вчинене вперше чи вдруге, не було злочином і каралося лише в дисциплінарному порядку. Якщо ж винний раніше вчинив злочин, передбачений ст. 7 Положення, то він підлягав кримінальній відповідальності й за самовільну відлучку (хоча цей термін у Положенні не використовується), тобто за самовільне залишення частини чи місця служби строком менше 6 (2) діб без наміру взагалі чи довготривало ухилитися від військової служби, вчинене вперше чи вдруге.

6. Самовільне залишення частини чи місця служби, вчинене в бойовій обстановці.

7. Неявка в строк без поважних причин на службу при призначенні, з відрадження, з відпустки на збори.

8. Самовільне залишення поля бою чи здача в полон ворогові.

Ще перед прийняттям Положення, 8 червня 1927 р. був прийнятий Кримінальний кодекс Української РСР. З 1 липня 1927 р. його було введено в дію, а

пізніше до нього увійшло окремою главою Положення про військові злочини 1927 р. [32]. Зазначене Положення мало ряд недоліків, зокрема, формулювання об'єктивної сторони окремих складів злочинів було доволі складним, передбачалось багато об'єктивних кваліфікуючих ознак, а в санкціях статей часто зустрічались посилання на інші статті, що ускладнювало їх застосування на практиці. З метою усунення цих недоліків, 24 квітня 1929 р. Постановою ЦВК і РНК СРСР [34] внесено зміни та доповнення до ст. 8 Положення. Введено терміни «втеча» та «самовільна відлучка». «Втечею» вважалося самовільне залишення частини чи місця служби строком не більше 6 (2) діб, або хоч і менше 6 (2) діб, але вчинене з метою взагалі ухилитися від військової служби. «Самовільною відлучкою» вважалося самовільне залишення частини чи місця служби без наміру довготривало чи взагалі ухилитися від військової служби строком менше 6 (2) діб, якщо вчинювалося винним систематично. Постановою ЦВК і РНК від 17 березня 1932 р. [35] змінена санкція п. «б» ст. 7 Положення і встановлено, що за втечу з частини чи місця служби з наміром взагалі чи довготривало ухилитися від військової служби, винний підлягав позбавленню волі на строк до трьох років.

З початком Другої світової війни, з метою посилити дисципліну в армії та підтримувати її в постійній боєздатності, 6 липня 1940 р. Указом Президії Верховної Ради СРСР внесено зміни та доповнення до Положення про військові злочини. Зокрема, скорочено строк відсутності, з якої наставала кримінальна відповідальність (з 6 (2) діб до 2 годин), встановлено кримінальну відповідальність за повторну самовільну відлучку (менше 2 годин), а не, як раніше, за відлучку, що вчинялась систематично (менше 6 (2) діб), як самовільна відлучка розглядалося самовільне залишення частини чи місця служби, строком більше двох, але менше двадцяти чотирьох годин, термін «втеча» замінений терміном «дезертирство», при цьому змінено й склад злочину, що охоплювався цим поняттям. Дезертирством вважалося самовільне залишення частини чи місця служби на строк понад одну добу. Намір винного довготривало чи взагалі ухилитися від військової служби не був кваліфікуючою ознакою. Крім цього, в період Другої світової війни законодавство, що передбачало відповідальність за злочини, пов'язані з залишенням військової служби, не змінювалось. Верховною Радою СРСР було лише поширено дію військово-кримінальних законів на деякі категорії цивільних осіб, зокрема, на працівників залізниці, річкового, морського і водного транспорту та інші.

28 грудня 1958 р. Верховною Радою СРСР прийнято Закон «Про кримінальну відповідальність за військові злочини», який містив 33 статті [36; 37].

Статті 10, 11, 12, 13 цього Закону передбачали відповідальність за ухилення від військової служби.

Висновки. Історія розвитку військово-кримінального законодавства тісно пов'язана із становленням армії в державі. Як законодавство в цілому з'являється і розвивається разом з виникненням і становленням держави, так і військове законодавство з його обов'язковою складовою – кримінально-правовою частиною – тісно пов'язано зі створенням збройних сил – важливого атрибута держави. Військова організація держави вимагає законодавчого встановлення в ній певного порядку проходження військової служби і прийняття кримінально-правових заходів для його захисту від злочинних посягань. Важливе місце серед них

належить кримінально-правовим нормам, що передбачають відповідальність за різні види ухилення від порядку проходження військової служби.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Статут Великого княжества Литовского 1529 года / Под ред. акад. К. Яблонска. – Минск : Акад. наук БССР. – 1960. – 253 с.
2. Временник Императорского Московского общества истории и дневностей российских. – М. : Университетская типография, 1855. – кн. XXIII. – 1-106 с.
3. Временник Императорского Московского общества истории и дневностей российских. – М. : Университетская типография, 1854. – кн. XIX. – 4-123 с.
4. *Сенько М.* Историчні аспекти кримінальної відповідальності за самовільне залишення частини або місця служби // Вісник Львівського університету. Серія юридична: Зб. наук. пр. – Львів : ЛНУ ім. Івана Франка. – 2000. – Вип. 35. – С. 377-384.
5. *Демченко Г.В.* Наказаніє по Литовскому Статуту въ его трехъ редакціяхъ (1529, 1566, 1588). – К. : Тип. Имп. Ун-та Св. Владимира, 1894. – 273 с.
6. *Хавронюк М.І.* Військові злочини: Навч. посіб. – К. : Українська академія внутрішніх справ, 1995. – 156 с.
7. *Крип'якевич І., Гнатевич Б.* / Історія українського війська (від княжих часів до 20-х років XX ст.) – 4-е вид. – Львів : Світ, 1992. – 702 с.
8. *Яворницький Д.І.* Історія запорізьких козаків: В 3 т. – Львів : Світ, 1990. – Т.1.- 319 с.
9. *Наріжний С.* Судівництво й кари на Запоріжжі. – Прага : Українське Історично-Філологічне Товариство, 1939. – 30 с.
10. *Коховский В.* Опыт изучения войн Богдана Хмельницкого. – СПб. : Тип. Карла Крайя, 1862. – 163 с.
11. Права, за якими судиться малоросійський народ 1743 року / [упоряд. К.А.-Вислобоков] / За ред. Ю.С. Шемшученко та ін. – К.: НАН України, 1997. – 547 с.
12. Воинские артикулы Петра I: Материалы по изучению истории государства и права СССР/ Подгот. к изд. Н.П. Старжиным. – М. : ВЮЗИ, 1960. – 50 с.
13. *Чхиквадзе В.М.* Советское военно-уголовное право. / В.М.Чхиквадзе. – М. : Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1948. – 452 с.
14. *Бобровский П.О.* Военное право России при Петре Великом. – Ч. 2: Артикул воинский // Памятники русского права. – СПб. : Тип. Карла Крайя, 1886. – Вып. VII. – 150 с.
15. Полевое уголовное уложение для Большой Действующей армии // Особенности Установления для Большой Действующей армии. – СПб. : Медиц. типограф. 1812. – 1-21 с.
16. Свод военных постановлений 1839г.: В 12 т. – СПб. : Медиц. типограф., 1839. – Т.12: Устав Военно-уголовный. - 839 с.
17. Преступления против воинской службы / В.М. Борисенко, К.И. Егоров, Г.Н. Исаев, А.В. Сапсай / Под ред. Н.А. Петухова. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2002. – 399 с.
18. Воинский устав о наказаниях 1869 г. // Практическое руководство для Полковых судов военного ведомства и бригадных судов пограничной службы / Сост. п-к Щербаков. – 3-е изд. – СПб. : Тип. С.Ф. Яздовского, 1888. – С. 190-232.
19. О социалистическом Рабоче – Крестьянском Красном Флоте: Декрет от 14 февраля 1918 года // СУ РСФСР. – 1918. – № 23. – Ст. 313.
20. О строке службы в Рабоче-Крестьянской Красной Армии: Декрет от 22 апреля 1918 года // СУ РСФСР. – 1918. – № 33. – Ст. 445.
21. О борьбе с дезертирством: Постановление Совета Рабоче – Крестьянской обороны РСФСР от 27 декабря 1918 года // СУ РСФСР. – 1918. – № 99. – Ст. 1015.

22. О мерах борьбы с дезертирством: Декрет Совета Рабоче – Крестьянской обороны РСФСР от 3 марта 1919 года // СУ РСФСР. – 1919. – № 9. – Ст. 94.
23. О мерах к искоренению дезертирства: Декрет Совета Рабоче – Крестьянской обороны РСФСР от 3 июня 1919 года // СУ РСФСР. – 1919. – № 25. – Ст. 287.
24. О комиссиях по борьбе с дезертирством: Декрет ВЦИК от 8 апреля 1920 года // СУ РСФСР. – 1920. – № 26. – Ст. 126.
25. О борьбе с дезертирством: Декрет ВЦИК и СНК РСФСР от 2 февраля 1921 года // СУ РСФСР. – 1921. – № 9. – Ст. 61.
26. Инструкция народным судам о порядке производства дел о дезертирах, их укрывателях, пособниках и попустителях. – М.: Наркомюст РСФСР, 1921. – 35 с.
27. Уголовный кодекс РСФСР 1922 року // СУ РСФСР. – 1922. – № 15. – Ст. 153.
28. *Гришук В.К.* Кодифікація кримінального законодавства України: Проблеми історії і методології. – Львів: Світ, 1992.- 167 с.
29. Постановление ВЦИК от 11 ноября 1922 року // СУ РСФСР. – 1922. – № 72-73. – Ст. 906.
30. Положение о воинских преступлениях 1924 года // СЗ СССР. – 1924. – № 24. – Ст. 207.
31. Об обязательной воинской службе: Закон СССР от 18 сентября 1925 года // СЗ СССР. – 1925. – № 62. – Ст. 463.
32. Положение о воинских преступлениях 1927 года // СЗ СССР. – 1927. – № 50. – Ст. 505.
33. *Солнцев К.И.* Уголовное право. Особенная часть // Воинские преступления / К.И. Солнцев – М. : Юридическое издательство НКЮ СССР, 1938. – 72 с.
34. Постановление ЦИК и СНК СССР от 24 апреля 1929 года // СЗ СССР. – 1929. – № 29. – Ст. 265.
35. Постановление ЦИК и СНК от 17 марта 1932 года // СЗ СССР. – 1932. – № 20. – Ст. 117.
36. Об уголовной ответственности за воинские преступления: Закон СССР от 28 декабря 1958 года // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1959. – № 1. – Ст. 10.
37. Научно-практический комментарий к Закону об уголовной ответственности за воинские преступления / Под ред. А.Г. Горного. – 2-е изд. – М.: Юрид. л-ра, 1961. – 110 с.

Карпенко М.І., Кравець Н.В. Кримінальна відповідальність за ухилення від проходження військової служби: історичний аспект

У статті досліджено витоки та генезис розвитку на території сучасної України кримінального законодавства про відповідальність за ухилення від проходження військової служби за період з часів Київської Русі до 1958 р.

Ключові слова: *військові злочини, злочини проти проходження військової служби, кримінальна відповідальність військовослужбовців.*

Карпенко Н.И., Кравец Н.В. Уголовная ответственность за уклонения от прохождения воинской службы: исторический аспект

В статье исследовано истоки и генезис развития на территории современной Украины уголовного законодательства об ответственности за уклонения от прохождения воинской службы за период со времен Киевской Руси до 1958 г.

Ключевые слова: *воинские преступления, преступления против прохождения военной службы, уголовная ответственность военнослужащих.*

Karpenko M.I., Kravets N.V. Criminal liability for evasion of military service: historical aspect

Origins and genesis of the development of criminal law on the evasion of military service on the territory of modern Ukraine from the period of Kievan Rus until 1958 are investigated.

Key words: military crimes, offences against evasion of military service, criminal liability of military servicemen.

Стаття надійшла до редакції 11.05.2012.

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ МИРУ ТА БЕЗПЕКИ ЛЮДСТВА НА МІЖНАРОДНОМУ ТА ВНУТРІШНЬОДЕРЖАВНОМУ РІВНІ

І.І. Строкова

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри кримінального права та процесу

Київського національного університету культури і мистецтв

Постановка проблеми. Міжнародне кримінальне право (далі – МКП) є відносно новою галуззю права, яка почала формуватися на зламі ХІХ та ХХ ст. з метою охорони міжнародного правопорядку від злочинних посягань. Сьогодні роль МКП є надзвичайно великою, адже його норми встановлюють злочинність і караність найбільш небезпечних діянь, що «викликають стурбованість всієї міжнародної спільноти» та посягають на мир і безпеку людства. У зв'язку з цим в даний час МКП є однією з галузей юриспруденції, що найбільш динамічно розвиваються.

Характерною особливістю МКП є те, що воно передбачає застосування міжнародної кримінальної відповідальності до осіб, винних у вчиненні міжнародних злочинів. При цьому даний вид відповідальності характеризується певними особливостями: по-перше, завдяки створенню Міжнародного кримінального суду, її застосування можливе не лише на державному, а й на міжнародному рівні; по-друге, до осіб, які вчинили міжнародні злочини (передбачені ст.ст. 437-439 і ч. 1 ст. 442 КК України), не застосовується звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності; по-третє, вчинення міжнародного злочину фізичними особами тягне міжнародну відповідальність держав. Саме зазначені особливості на практиці можуть породжувати певні труднощі, що пов'язано передусім з неправильним тлумаченням та застосування правових норм.

Так, наприклад, ще нещодавно подібні проблеми гостро постали перед Україною у зв'язку з необхідністю надати належну правову оцінку голодомору як геноциду українського народу та вирішити питання притягнення до відповідальності винних осіб. В результаті з'ясувалося, що не визначеними є положення стосовно порядку дії МКП в часі, не конкретизовано зміст положення про незастосування термінів давності до міжнародних злочинів тощо.

До того ж, наша держава ще досі не ратифікувала Римський статут Міжнародного кримінального суду (далі – Римський Статут), за вчинення злочинів проти миру і безпеки людства особи можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності виключно на території України.

Все вищесказане обумовлює актуальність дослідження проблем кримінальної відповідальності за злочини проти миру та безпеки людства на міжнародному та внутрішньодержавному рівні

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Починаючи з кінця ХІХ ст. проблеми кримінальної відповідальності за міжнародні злочини досліджували такі вчені, як: М.М. Коркунов, Ф.Ф. Мартенс, Ф. Ліст, Л.Н. Галенська, І.І. Кар-

пець, Д.Б. Левін, Н.Н. Полянський, Ю.О. Решетов, П.С. Ромашкін, А.Н. Трайнін, М.Д. Шаргородський та ін. Торкаючись питань міжнародної кримінальної відповідальності в цілому, зазначені вчені висловлювали протилежні погляди стосовно суб'єктів та підстав такої відповідальності, а також доволі розмито тлумачили зміст міжнародних кримінально-правових принципів.

У сучасних дослідженнях, які проводять І.П. Блищенко, М.В. Буроменський, Н.В. Дрьоміна-Волок, Н.А. Зелінська, Л.В. Іногамова-Хегай, О.Г. Кибальник, М.І. Костенко, В.М. Кудрявцев, М.П. Куцевич, І.І. Лукашук, А.А. Маєвська, А.В. Наумов, В.А. Номоконов, В.П. Панов, Н.А. Сафаров, О.Ю. Скуратова, І.Г. Соломоненко, О.М. Трикоз, Г.І. Тункін, І.В. Фісенко, С.С. Яценко та ін. остаточно невіршеним залишається питання відповідальності держав та юридичних осіб у міжнародному праві, не розкритим є зміст принципу дії МКП у часі, у зв'язку з чим не визначені межі кваліфікації злочинів проти миру і безпеки людства згідно з міжнародними правом та кримінальним правом України.

Метою статті є здійснення аналізу змісту та окремих принципів кримінальної відповідальності за злочини проти миру та безпеки людства та формування обґрунтованого концептуального підходу стосовно кваліфікації зазначених злочинів згідно з міжнародними правом та кримінальним правом України.

Основні результати дослідження. Велике значення для розуміння сутності МКП має визначення того, чи входять до сфери правового регулювання даної галузі суспільні відносини, пов'язані з відповідальністю держав за міжнародний злочин. Адже низка вчених ще й досі наполягає на існуванні особливого виду міжнародної відповідальності – кримінальної відповідальності держави.

При цьому слід зазначити, що цивілістична концепція міжнародної відповідальності, за якою єдиним суб'єктом відповідальності за міжнародним правом визнавалася держава, була пануючою в міжнародному праві впродовж кінця XIX – серед. XX ст. [1, с. 7; 2, с. 66].

Однак, на протигагу їй, у серед. XX ст. міжнародне право визнало принцип індивідуальної відповідальності фізичних осіб, що було закріплено в ст. 6 Статуту Нюрнберзького трибуналу [3, с. 17] і в спеціальній резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 11 грудня 1946 р. «Про підтвердження принципів міжнародного права, визнаних статутом Нюрнберзького трибуналу» [4, с. 272]. Згідно з цим принципом суб'єктом міжнародного злочину може бути лише фізична особа.

Поява даного принципу дозволила окремим науковцям (В. Пелла, К. Сальданья, Д. де Вабр та ін.) говорити про новий вид відповідальності за МКП – кримінальну відповідальність держави [5, р. 239-240; 6, р. 316].

Одним із найбільш відомих представників даного напрямку був румунський юрист В. Пелла, який у власному Проекті Міжнародного кримінального кодексу назвав найбільш небезпечними міжнародними злочинами держави агресивну війну, загрозу агресивної війни, втручання однієї держави у внутрішню політичну боротьбу іншої, готування на території держави до посягання на безпеку іншої держави тощо. До санкцій, які повинні застосовуватись до держави, що вчинила злочин, вчений відносив: а) дипломатичні (попередження, розрив дипломатичних стосунків та ін.), б) юридичні (накладення секвестра на майно громадян тощо), в) економічні (економічна блокада, ембарго), г) інші санкції (штраф,

позбавлення представництва в міжнародній організації і навіть позбавлення незалежності [5, р. 239-240].

Проте, цілком закономірно, що більшість юристів не підтримали даної концепції.

Одним із перших неприйнятність теорії кримінальної відповідальності держави показав А.Н. Трайнін, який стверджував, що ця ідея перебуває в найгілбшій невідповідності з основними принципами кримінального правосуддя, оскільки щодо держави не можуть бути застосовані кримінально-правові інститути і поняття винуватості, осудності та інші, без яких неможлива кримінальна відповідальність [7, с. 298].

Пізніше І.І. Карпець з цього приводу зазначив, що санкції, які застосовуються до держав, нічого спільного з принципами кримінального права і кримінальним покаранням не мають, оскільки форми і види міжнародно-правової відповідальності держав відрізняються від кримінальної відповідальності за злочини. Відповідальність у кримінально-правовому розумінні стосується насамперед конкретних осіб [8, с. 22].

Досить слушною є думка з цього приводу Н. А. Зелінської, яка вважає, що визнання держави суб'єктами злочинів згідно з міжнародним кримінальним правом, призвело б до докорінної ломки усіх понять, що лежать в основі кримінально-правової системи: від злочину до покарання. Оскільки МКП базується на принципі індивідуальної кримінальної відповідальності, його основними категоріями є кримінальна відповідальність і злочин. Держава не підлягає кримінальній відповідальності і не є суб'єктом злочину у кримінально-правовому значенні. Тому норми, які регламентують відповідальність держав, не відносяться до міжнародного кримінального права [9, с. 94].

Аналогічні погляди висловлюють інші науковці: І.І. Лукашук [10, с. 413], М.І. Костенко [11, с. 46], О.М. Трикоз [12, с. 26], С.С. Яценко [13, с. 668].

До того ж, принцип індивідуальної кримінальної відповідальності передбачений низкою міжнародних норм: ст. 2 Проекту кодексу злочинів проти миру і безпеки людства 1996 р. [14, с. 32], ст. II Конвенції про незастосування строків давності до воєнних злочинів та злочинів проти людства 1968 р. [15, с. 180], ч. 2. ст. 25 Римського статуту [16, с. 83] тощо.

Тому, цілком закономірним є те, що суб'єктом міжнародного злочину, до якого можливе застосування міжнародної відповідальності, є виключно фізична особа. Однак при цьому виникає питання, чи застосовується відповідальність до держави якщо на її території вчинено міжнародний злочин?

У цьому відношенні слід відзначити позицію І.І. Лукашука, який стверджує, що відповідальність за МКП, як і за міжнародним правом в цілому, несуть його суб'єкти, тобто держави і міжнародні організації. Але така відповідальність не є кримінально-правовою і не цивільно-правовою, а міжнародно-правовою. Кримінальну відповідальність за злочини проти миру і безпеки людства (геноцид, злочини проти людяності, воєнні злочини та злочин агресії) несуть фізичні особи. На державу покладено обов'язок реалізації такої відповідальності. У випадку порушення такого обов'язку настає міжнародно-правова відповідальність держави [10, с. 422]. Аналогічні погляди висловлюють Л.В. Іногамова-Хегай, Ю.О. Решетов [18, с. 23; 19, с. 46] та інші науковці.

При цьому види та форми міжнародної відповідальності держав суттєво відрізняються від кримінальної відповідальності. Так, згідно зі ст. ст. 30-31 Резолюції ООН 56/83 «Відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння», на державу, відповідальну за міжнародно-протиправне діяння накладаються такі обов'язки: 1) припинити це діяння, якщо воно продовжується; 2) надати належні гарантії неповторення такого діяння; 3) повністю відшкодувати збитки, спричинені міжнародно-протиправним діянням (у формі реституції, компенсації та сатисфакції) [20].

До того ж, ст. 4 Проекту кодексу злочинів проти миру і безпеки людства 1996 р. передбачає, що відповідальність окремих осіб ніяк не впливає на відповідальність держав за міжнародним правом [14, с. 42]. Це означає, що застосування до особи, винної у вчиненні міжнародного злочину, кримінальної відповідальності, не позбавляє державу обов'язку нести міжнародну відповідальність.

Ще однією особливістю кримінальної відповідальності за злочини проти миру і безпеки людства (що передбачені ст.ст. 437-439 і ч. 1 ст. 442 КК України) є те, що фізичні особи можуть бути притягнуті до неї безпосередньо на основі норм міжнародного права Міжнародним кримінальним судом або судом держави. При цьому можливість бути притягнутим до відповідальності Міжнародним кримінальним судом існує тільки для тих держав, які ратифікували Римський Статут.

Україна підписала Римський Статут 20 січня 2000 р., але все ще не ратифікувала його. Тому питання ратифікації Римського Статуту МКС та імплементації його положень в національне законодавство сьогодні є актуальним для України.

Наприкінці 2000 р. Римський Статут пройшов перше читання у Верховній Раді України, проте у червні 2001 р. Конституційний Суд України визнав, що для його ратифікації нашою державою потрібні зміни до Конституції України (далі – КУ), оскільки низка статей Римського Статуту не узгоджується з її положеннями, зокрема:

- ст. 27 Римського Статуту, згідно з якою його положення застосовується однаково до всіх осіб, незважаючи на їх посадове становище, не відповідає ч. 1 і 3 ст. 80, ч. 1 ст. 105, ч. 1 і 3 ст. 126 КУ, якими народним депутатам України, Президенту України і суддям на час виконання повноважень гарантується недоторканність [21, с. 1267];

- п. 1 ст. 89, який передбачає передачу осіб МКС, та п. 3 ст. 107 Римського Статуту стосовно передачі державою виконання вироку особи третій державі для судового переслідування чи приведення вироку до виконання не узгоджуються з ч. 2 ст. 25 КУ, відповідно до якої громадянин України не може бути виданий іншій державі, в тому числі й у порядку кримінального судочинства. КУ не передбачена також видача громадян України (як окремих вид екстрадиції) міжнародним органам кримінальної юрисдикції [21, с. 1267];

- абз. 10 преамбули та ст. 1 Римського Статуту не узгоджуються з ч. 1 і 3 ст. 124, ч. 5 ст. 125 КУ, відповідно до яких не допускається делегування функцій судів України іншим органам та створення судів, не передбачених Основним Законом [21, с. 1267];

- ст. 4, п. 1 ст. 12 Римського Статуту щодо визнання державою-учасницею юрисдикції МКС та здійснення ним функцій і повноважень на території будь-

якої держави не узгоджуються з ч. 2 ст. 5 КУ, яка не допускає здійснення народом влади, в тому числі судової, через міжнародні органи [21, с. 1267];

- п.п. «а» п. 1 ст. 103 поширює на громадян України дію законів іншої держави під час відбування покарання, чим позбавляє їх прав, гарантованих КУ. Це також не узгоджується з ч. 3 ст. 63 КУ, за якою засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, визначених законом України і встановлених вироком суду України, та ч. 1 ст. 64 КУ, яка допускає можливість обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина лише у випадках, передбачених КУ [21, с. 1267];

- п. 4 ст. 42 та п. 2 ст. 66 Римського Статуту, згідно з якими доведення вини обвинуваченого покладається на прокурора, обраного членами Асамблеї держав-учасниць, не узгоджуються з п. 1 ч. 1 ст. 121 КУ, відповідно до якого підтримання обвинувачення в суді покладається на прокуратуру України [21, с. 1267].

До цього часу жоден із законопроектів щодо змін КУ, поданих до Верховної Ради України не містив положень, які б дозволяли Україні ратифікувати Римський Статут. Тому важливі положення, які містяться в ньому, не передбачені законодавством України та кримінальне переслідування злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку залишається прерогативою національного правосуддя.

Іншою, принципово, на наш погляд, проблемою МКП є дія його норм у часі.

Ще нещодавно, 22 травня 2009 р., Службою безпеки України було порушено кримінальну справу за ознаками злочину, передбаченого частиною 1 ст. 442 Кримінального кодексу України за фактом вчинення геноциду в Україні у 1932-1933 р.р. [22].

Не зважаючи на те, що в законодавстві СРСР на той час не було норми, що передбачає відповідальність за геноцид, правовою підставою такого рішення стали загальні принципи міжнародного права, зокрема які передбачають незастосування строків давності до геноциду, а також положення Конвенції про попередження злочину геноциду та покарання за нього від 9 грудня 1948 р. [23, с. 183].

Проте порушення даної кримінальної справи викликає низку зауважень.

По-перше, ч. 2 ст. 4 КК України передбачає, що злочинність і караність, а також інші кримінально-правові наслідки діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, що діяв на час вчинення цього діяння [24, ст. 131]. Відповідно до ч. 2 ст. 5 КК України, закон про кримінальну відповідальність, що встановлює злочинність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, не має зворотної дії в часі [24, ст. 131].

При цьому, відповідальність за геноцид, так само як і за інші злочини проти миру і безпеки людства, була вперше встановлена в чинному КК України 5 квітня 2001 р., який набув чинності з 1 вересня 2001 р. [24, с. 131]. Тому згідно з чинним КК України як злочини проти миру і безпеки людства можна кваліфікувати лише ті діяння, що вчинені після 1 вересня 2001 р. Діяння, що відбулися до цього часу, потрібно кваліфікувати згідно з нормами міжнародного права.

Отже, порушення даної справи за ч. 1 ст. 442 КК України є неправомірним.

По-друге, відповідно до чинних норм міжнародного права порушення даної справи також не можна вважати законним, адже Конвенція про попередження злочину геноциду та покарання за нього була прийнята 9 грудня 1948р. та набрала

чинності 12 квітня 1951 р. [23, с. 183], що було на 15 років пізніше, ніж відбувся голодомор в Україні.

При цьому як в міжнародному, так і в національному праві загальнови́значним є принцип *nullum crimen sine lege* (немає злочину без визначення його законом), згідно з яким закон не має зворотної дії в часі. Зокрема, в ч. 2 ст. 11 Загальної декларації прав людини 1948 р. закріплено, що ніхто не може бути засуджений за злочин на підставі вчинення будь-якого діяння або за бездіяльність, які під час їх вчинення не були злочинними згідно з національними законами або за міжнародним правом [12, с. 10]. Аналогічні положення закріплені в інших міжнародно-правових актах: в ст. 7 Європейської конвенції про захист основоположних прав і свобод людини; в ст. 22 Римського Статуту, в п. 1 ст. 15 міжнародного Пакту про громадянські і політичні права тощо.

Тому згідно з міжнародним правом як геноцид слід кваліфікувати лише ті випадки знищення національних, етнічних, расових або релігійних груп, що мали місце після 12 квітня 1951 р. Відповідно, голодомор 1932-1933 років не можна кваліфікувати як геноцид на основі норм міжнародного права. Аналогічно, згідно з відповідними міжнародними нормами, потрібно кваліфікувати всі інші злочини проти миру і безпеки людства.

Висновки.

1. У випадку вчинення злочинів проти миру і безпеки людства (передбачених ст.ст. 437-439 і ч. 1 ст. 442 КК України) кримінальну відповідальність несуть фізичні особи. На державу при цьому покладено обов'язок реалізації такої відповідальності. У випадку порушення такого обов'язку настає відповідальність держави, яка є різновидом міжнародно-правової, але не кримінальної відповідальності.

2. Фізичні особи можуть бути притягнуті до відповідальності за злочини проти миру і безпеки людства безпосередньо на основі норм міжнародного права Міжнародним кримінальним судом або судом держави. При цьому можливість бути притягнутим до відповідальності Міжнародним кримінальним судом існує тільки для тих держав, які ратифікували Римський Статут. Україна підписала Римський Статут 20 січня 2000 р., але все ще не ратифікувала його, оскільки низка його статей не узгоджується з положеннями Конституції України. Тому кримінальне переслідування злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку залишається прерогативою національного правосуддя.

3. Згідно з чинним КК України як злочини проти миру і безпеки людства (передбачені ст.ст. 437-439 і ч. 1 ст. 442 КК України) можна кваліфікувати лише ті діяння, що вчинені після 1 вересня 2001 р. Діяння, що відбулися до цього часу, потрібно кваліфікувати згідно з нормами міжнародного права, які діяли на момент їх вчинення, незалежно від положення про незастосування строків давності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Международное уголовное право: Учебн. пособие / Под общей ред. В. Н. Кудрявцева. – 2-е изд. перераб. и доп. – М. : Наука, 1999. – 264 с.

2. Кибальник А.Г. Современное международное уголовное право : понятие, задачи и принципы / Под науч. ред. А.В. Наумова. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – 252 с.

3. Нюрнбергский процесс. Сборник материалов в 2-х т. / Под ред. К. П. Горшенина, Р.А. Руденко и И.Т. Никитченко. – М. : Гос. Изд-во юрид. лит-ры, 1954. – Т. 1. – 1954. – 935 с.

4. Принципы международного права признанные уставом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решениях этого трибунала // Преступления против мира и безопасности человечества / А.Г. Кибальник, И.Г. Соломонеко / [Под науч. ред. докт. юрид. наук, проф. А.В. Наумова]. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. – 385 с.

5. *Pella V.* La criminalite collective des Etats et le droit penal de l'avenir. – Bucarest, 1925, p. 239-240.

6. *Saldana Q.* La justice penale In ternationale. – Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye. – V. Paris, Hachette, 1925, pp. 223-429.

7. *Трайнин А.Н.* Избранные произведения. Защита мира и уголовный закон / Арон Наумович Трайнин. – М. : Изд-во «Наука», 1969. – 454 с.

8. *Карпец И.И.* Преступления международного характера / И.И. Карпец. – М. : Юрид. лит., 1979. – 264 с.

9. *Зелінська Н.А.* Міжнародно-правова концепція міжнародного злочину : дис. ... доктора юр. наук : 12.00.11 «Міжнародне право» / Н.А. Зелінська. – Одеса, 2006. – 486 с.

10. *Лукашук И.И.* Международное право : Особенная часть : Учебник для студентов юридических факультетов и вузов. – изд. 3-е, перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 517 с.

11. *Костенко Н.И.* Международное уголовное право: современные теоретические проблемы / Н.И. Костенко. – М. : Юрлитинформ, 2004. – 448 с.

12. *Трикоз Е.Н.* Преступления против мира и безопасности человечества : сравнительный и международно-правовой аспекты / Е.Н. Трикоз. – М. : Юрлитинформ, 2007. – 512 с.

13. *Яценко С.С.* Міжнародне кримінальне право / С.С. Яценко // Юридична енциклопедія: в 6 т. / [редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998 – . – Т. 3 : К – М. – 2001. – 792 с.

14. Проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 г. / Организация Объединенных Наций // Доклад Комиссии международного права о работе ее сорок восьмой сессии. 6 мая – 26 июля 1996 г. – Нью-Йорк, 1996.- С. 24-124.

15. Конвенція про незастосування терміну давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства від 26.11.1968 р. // Права людини і професійні стандарти для юристів в документах міжнародних організацій / [упоряд. Т. Яблонська] – 3-тє вид., доп. і перероб. – К. : Сфера, 2002. – С. 179-181.

16. Римский Статут Международного уголовного суда // Український часопис міжнародного права. – 2002. – № 1. – С. 73-121.

17. Міжнародне право : Навч. посібник / За ред. М. В. Буроменського – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 336 с.

18. *Иногамова-Хегай Л.В.* Международное уголовное право / Л. В. Иногамова-Хегай. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. – 495 с.

19. *Решетов Ю.А.* Борьба с международными преступлениями против мира и безопасности / Ю.А. Решетов. – М. : Междунар. Отношения, 1983. – 223 с.

20. Резолюция 56/83 от 12 декабря 2001 г. // <http://docs.cntd.ru/document/901941379>.

21. Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду від 11.07.2001 р. № 3-в /2001 / Конституційний Суд України // Офіційний вісник України. – 2001 р. – № 28. – С. 1267.

22. Суд над організаторами Голодомору в Україні. – Режим доступу : http://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D1%83%D0%B4_%D0%BD%D0%B0%D0%B4_%D0%BE%D1%80%D0%B3%D0%B0%D0%BD%D1%96%D0%B7%D0%B0%D1%82%D0%BE%D1%80%D0%B0%D0%BC%D0%AB%D0%BB%D0%BE%D0%BF%D0%BE%D0%BC%D0%BE%D1%80%D1%83_%D0%B2%D0%A3%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D1%96.

23. Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього від 09.12.1948 р. // Права людини і професійні стандарти для юристів в документах міжнародних організацій / [упоряд. Т. Яблонська] – 3-тє вид., доп. і перероб. – К. : Сфера, 2002. – С. 182-185.

24. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25 – 26. – С. 131. Из змінами, внесеними згідно із Законом з 465-VI від 02.06.2011 // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 51. – Ст. 580.

Строкова І.І. Проблеми реалізації кримінальної відповідальності за злочини проти миру та безпеки людства на міжнародному та внутрішньодержавному рівні

У статті здійснений аналіз змісту та окремих принципів кримінальної відповідальності за злочини проти миру та безпеки людства, сформований концептуальний підхід стосовно кваліфікації зазначених злочинів згідно з міжнародним правом та кримінальним правом України і запропоновано шляхи вирішення проблем реалізації міжнародної кримінальної відповідальності.

Ключові слова: злочини проти миру і безпеки людства, міжнародний злочин, кримінальна відповідальність, міжнародне право, Міжнародний кримінальний суд.

Строкова И.И. Проблемы реализации уголовной ответственности за преступления против мира и безопасности человечества на международном и внутригосударственном уровне

В статье осуществлен анализ содержания и отдельных принципов уголовной ответственности за преступления против мира и безопасности человечества, сформирован концептуальный подход относительно квалификации данных преступлений согласно с международным правом и уголовным правом Украины и предложены пути решения проблем реализации международной уголовной ответственности.

Ключевые слова: преступления против мира и безопасности человечества, международное преступление, уголовная ответственность, международное право, Международный уголовный суд.

Strokova I.I. Problems in enforcement of criminal liability for crimes against peace and mankind safety on international and national levels

The article provides an analysis of the contents and specific principles of criminal liability for crimes against peace and mankind safety, a conceptual framework as to the qualification of the above offences under the International law and the Criminal law of Ukraine has been developed, ways to settle the unresolved issues in enforcement of criminal liability are offered.

Key words: crimes against peace and mankind safety, international offence, criminal liability, international law, International Criminal Court.

Стаття надійшла до редакції 10.05.2012.

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЮРИСДИКЦІЇ СУДІВ В УКРАЇНІ: ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА

В.М. Кравчук

*доктор юридичних наук,
суддя Львівського окружного
адміністративного суду*

Постановка проблеми. Однією з центральних проблем українського судочинства є розмежування юрисдикції судів. Не лише позивачі, але й суди часто помиляються під час визначення власної компетенції щодо розгляду та вирішення справ. Це призводить до порушення права особи на швидкий і справедливий суд. Непоодинокими є випадки, коли причиною скасування судового рішення, яке набрало законної сили, є саме лише порушення правил юрисдикції. Страждають від цього, насамперед, сторони у справах, адже вони змушені розпочинати все спочатку. Очевидно, що такий стан речей не відповідає конституційним принципам побудови судової системи, зменшує ефективність правосуддя, підриває його авторитет в очах людей.

Метою статті є аналіз процесуального законодавства, що визначає юрисдикцію судів, на предмет її відповідності Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини та практиці Європейського суду з прав людини.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі аспекти цієї проблематики розглядалися у працях В.М. Кампа, М.І. Козюбри, В.Є. Скоморохи, В.Ф. Бойка, В.Т. Маляренка, Д.М. Шадури та інших вчених. Проте, комплексного наукового погляду на розмежування юрисдикції спеціалізованих судів у літературі ще не було.

Основні результати дослідження.

I. Конституційні основи юрисдикції судів

Відомо, що юрисдикція (лат. *jurisdictio*, від *jus (juris)* – право + *dico* проголошую) – це сукупність повноважень судів щодо розгляду і вирішення певного кола справ.

Відповідно до ч. 2 ст. 124 Конституції України [1] юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Ця конституційна норма є основою для розвитку законодавства, що визначає судоустрій та повноваження судів. Не зважаючи на те, що вона сформульована у декількох словах, її зміст тлумачився неодноразово.

Вперше цю норму розтлумачив Верховний Суд України. У постанові Пленуму «Про посилення судового захисту прав та свобод людини і громадянина» від 30.05.1997 р. № 7 [2] висловлено думку, що враховуючи, що згідно з ч. 2 ст. 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що

виникають у державі, суди не вправі з часу введення Конституції в дію відмовляти фізичним чи юридичним особам у прийнятті до судового розгляду заяв і звернень. Суди не вправі відмовити у судовому захисті прав та свобод людини і громадянина, у прийнятті скарг на рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб з підстав, не передбачених Конституцією чи законом. При цьому слід мати на увазі, що коло прав і свобод людини і громадянина, закріплених Конституцією України, не є вичерпним (ст. 22 Основного Закону держави).

Норма ч. 2 ст. 124 Конституції України тричі була предметом тлумачення Конституційного Суду України і в рішеннях Суду сформульовано кілька важливих правових позицій:

1) юрисдикція судів – це повноваження вирішувати спори про право та інші правові питання [3, п. 3];

2) до юрисдикції судів належить, відповідно до їх повноважень, вирішення питань, що мають правовий характер [4, п. 1.1];

3) право особи (громадянина України, іноземця, особи без громадянства, юридичної особи) на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежене законом, іншими нормативно-правовими актами [5, п. 1];

4) кожен із суб'єктів правовідносин у разі виникнення спору може звернутися до суду за його вирішенням. Суб'єктами таких правовідносин можуть бути громадяни, іноземці, особи без громадянства, юридичні особи та інші суб'єкти цих правовідносин [5, п. 3].

На думку Конституційного Суду України, положення ч. 2 ст. 124 слід застосовувати у взаємозв'язку з ч. 1 ст. 55 Конституції України, за якою кожному гарантується захист прав і свобод у судовому порядку. Суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод. Відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке згідно зі ст. 64 Конституції України не може бути обмежене [3, п. 1, 2].

З практичного погляду, для вирішення питання про належність справи (спору або іншого правового питання) до юрисдикції певного суду необхідно встановити наявність між учасниками правовідносин, тобто відносин, врегульованих правом.

Коло цих відносин є невичерпним. Важко назвати суспільні відносини, які ще не мають правового характеру, не регулюються правом у тій чи іншій мірі. Відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Таким чином, уся діяльність суб'єктів владних повноважень має правову форму, а тому відносини за їх участю є правовими.

Що стосується відносин між особами у приватній сфері, то вони завжди можуть розглядатися під кутом майнових чи особистих немайнових прав, або принаймні інтересів, що одразу дозволяє кваліфікувати їх як правові. Немає такого приватного, і тим більше публічного (за участю держави) спору, який не можна було б вирішити за допомогою права.

Поширення юрисдикції судів на всі правовідносини не означає поширення її лише на спори, оскільки вони становлять лише одну категорію правовідносин. Окрім правових спорів, суди вирішують справи, в яких виконують функцію превентивного захисту (тобто контролюють правомірність рішень та дій суб'єктів владних повноважень, прокурора, слідчого) або встановлюють безспірні факти, що мають юридичне значення.

Широкий підхід до правовідносин цілком узгоджується з тією роллю, яка покладається на суд у сучасній державі, відповідає ідеї верховенства права та правової держави.

II. Розмежування юрисдикції судів

Судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції. Відповідно до існуючої в Україні спеціалізації судів, існує чотири види судової юрисдикції: кримінальна, цивільна, господарська і адміністративна. Традиційними критеріями розмежування юрисдикції є:

- 1) характер відносин (публічно-правові, цивільні, земельні, сімейні справи тощо);
- 2) суб'єкт звернення (фізична, юридична особа, суб'єкт владних повноважень);
- 3) наявність чи відсутність спору про право.

Конституційний Суд України відзначив, що розмежування юрисдикційних повноважень між спеціалізованими судами підпорядковано гарантіям права кожної людини на ефективний судовий захист. Додержання конституційного принципу спеціалізації при прийнятті законів щодо організації і діяльності судів України є конституційним обов'язком законодавця [6]. Таким чином, недосконале розмежування компетенції судів свідчить, між іншим, й про неналежне виконання законодавцем конституційного обов'язку.

Відповідно до принципу верховенства права питання розподілу правосудних повноважень між Верховним Судом України та вищими судами, визначення стадій судочинства та форм провадження мають бути підпорядковані гарантіям права кожної людини на справедливий суд [7, п. 3.2 мотивувальної частини].

Ці правові позиції органічно впливають зі ст. 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод, яка гарантує кожному право на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. За практикою Європейського суду з прав людини, це право, включає, зокрема і такий елемент як доступність правосуддя, тобто право особи на те, щоб її справа була розглянута і вирішена судом.

Запровадження спеціалізації судів у жодній мірі не змінює (не звужує і не розширює) юрисдикцію судів, а лише розподіляє її між окремими спеціалізованими судами. У правовій державі це робиться для людей, а отже, повинно полегшувати, спрощувати, пришвидшувати механізм захисту їх прав та інтересів. В іншому випадку спеціалізація не потрібна.

Розмежування юрисдикції поміж спеціалізованих судів повинно ґрунтуватися на зрозумілих критеріях, яких мало б бути достатньо для того, що б особа, яка не володіє фаховими знаннями з правознавства, могла безпомилково звернутися саме до того суду, який уповноважений розглядати її справу.

Юрисдикцію спеціалізованих судів визначають процесуальні кодекси: Цивільний процесуальний кодекс України [8] (ЦПК), Кримінальний процесу-

альний кодекс України [9] (КПК), Господарський процесуальний кодекс України [10] (ГПК), Кодекс адміністративного судочинства України [11] (КАС). У кожному з них визначено юрисдикцію (підвідомчість) справ, що розглядаються. Але зроблено це по-різному.

2.1. Цивільна юрисдикція

Відповідно до ст. 15 ЦПК суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи щодо:

1) захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин;

2) інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства.

Законом може бути передбачено розгляд інших справ за правилами цивільного судочинства.

Цивільна юрисдикція визначається за одним лише критерієм – характером, а точніше галузевою належністю правовідносин, з яких виникли права, за захистом яких звернувся позивач. Названо п'ять видів правовідносин: цивільні, житлові, земельні, сімейні, трудові.

Однозначна галузева кваліфікація тих чи інших правовідносин на практиці виявляється не таким вже й простим завданням, адже немає об'єктивного, зрозумілого і загальноприйнятого критерію, за яким розмежовується одна галузь права (а отже й правовідносин) від іншої. Предмет і метод галузі права, як критерій, очевидно не можуть бути використані для цієї мети, оскільки це лише теоретичні категорії науки, які не мають прямого правового закріплення. До того ж, сама ідея поділу права на галузі в сучасних умовах себе не виправдовує, про що свідчить велика кількість так званих комплексних правових інститутів, галузей законодавства (а не права) та правових актів загальної дії.

Здається, цю проблему розуміли й автори ЦПК, оскільки саме цим виправдана ч. 2 ст. 15 ЦПК про «інші» правовідносини. З урахуванням цих «інших», коло правовідносин, на які поширюється юрисдикція спеціалізованого суду як суду цивільного (цивільна юрисдикція) є необмеженим.

Такий критерій як склад сторін – для визначення цивільної юрисдикції не використовується. Тому при буквальному тлумаченні ч. 1 ст. 15 ЦПК будь-які порушення прав будь-яких осіб (людини, юридичної особи, держави, територіальної громади), що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин повинні розглядатися в порядку цивільного судочинства. Це загальне правило.

Водночас з нього зроблено два винятки:

1) можуть бути випадки, коли розгляд справ проводиться за правилами іншого судочинства;

2) законом може бути передбачено розгляд інших справ за правилами цивільного судочинства.

Саме застосування цих винятків дозволяє розмежовувати цивільну юрисдикцію від інших на практиці. Ці винятки самі по собі сформульовані неважко і припускають множинне тлумачення.

Так, перший виняток розташований у п. 2 ч. 1 ст. 15 ЦПК. Тому постає питання: застосовується він до всіх правовідносин (цивільних, житлових, зе-

мельних, сімейних, трудових – п. 1 ч. 1 ст. 15 ЦПК), чи лише до так званих «інших» (п. 2 ч. 1 ст. 15 ЦПК). На перший погляд, не було б підстав для відокремлення п. 1 і п. 2 ч. 1 ст. 15 ЦПК, якщо б виняток застосовувався до обох пунктів. За такого методу тлумачення виходить, що справи, які виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин розглядаються виключно в порядку цивільного судочинства і жодних винятків тут бути не може (п. 1). Водночас справи, які виникають з інших правовідносин, розглядаються в порядку цивільного судочинства, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства (п. 2).

З іншого боку, у цій статті йдеться про справи, а не правовідносини, а отже, в порядку цивільного провадження розглядаються всі названі у ній справи (п. 1 і п. 2 ч. 1) крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства.

Другий виняток (законом може бути передбачено розгляд інших справ за правилами цивільного судочинства) передбачає, що окрім справ, що виникають з цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових та інших відносин, до цивільної юрисдикції можуть належати ще якісь. Враховуючи те, що у п. 1 і 2 ч. 1 ст. 15 ЦПК норми немає вичерпного переліку справ (бо є так звані «інші»), необхідності у ч. 2 ст. 15 ЦПК не було. Наявність цієї норми призводить до конкуренції між п. 2 ч. 1, в якій йдеться про справи, що виникають з інших правовідносин, і які повинні розглядатися за правилами цивільного судочинства, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства, і ч. 2, за якою розгляд інших справ в порядку цивільного судочинства відбувається, якщо це передбачено законом. У першому випадку йдеться про цивільну юрисдикцію щодо так званих «інших» справ як загальне правило, а в другому – як виняток, котрий повинен бути спеціально обумовлений в законі.

Схематично, загальне правило визначення цивільної юрисдикції полягає в тому, що всі справи розглядаються загальним судом у порядку цивільного судочинства, крім тих, які повинні розглядатися в порядку іншого виду судочинства. Юрисдикція загального суду не має вичерпного характеру. Водночас, під час звернення до суду позивачеві необхідно з'ясувати юрисдикцію інших судів, відшукуючи чи немає винятків для справи, яку він хоче ініціювати.

Отже, цивільна юрисдикція не є вичерпною і визначається з урахуванням:

- 1) предмету правовідносин (їх галузевої належності);
- 2) винятків.

У цілому, цивільна юрисдикція загального суду охоплює всі цивільні, і не лише цивільні правовідносини, що узгоджується з ч. 2 ст. 124 Конституції України.

2.2. Кримінальна юрисдикція

У КПК немає загальної норми, яка б визначала юрисдикцію суду щодо розгляду кримінальних справ. Немає й терміну «кримінальна юрисдикція». Проте, на практиці це не створює жодних проблем, оскільки жоден інший суд, крім загального, таких справ розглядати не може навіть теоретично. Однак самими лише кримінальними справами юрисдикція загального суду не вичерпується. В порядку кримінального судочинства розглядаються також скарги на постанови слідчого (прокурора):

- про відмову в порушенні кримінальної справи (ст. 236-1 КПК);
- про закриття кримінальної справи (236-5 КПК);
- про порушення кримінальної справи (ст. 236-7 КПК).

Цей перелік є вичерпним. Інші рішення, дії чи бездіяльність прокурора, слідчого за чинним законодавством не можуть оскаржуватися. Таким чином, кримінальна юрисдикція судів є обмеженою.

На практиці це призводить до того, що окремі істотні порушення прав людини у сфері кримінально-процесуальних відносин опиняються поза судовим контролем. Чи не найбільше це видно на прикладі справ, в яких позивачі звертаються з вимогами зобов'язати прокурора прийняти рішення згідно ст. 97 КПК України за їх заявами про вчинення злочину і у разі відмови в порушенні кримінальної справи, – направити копію відповідної постанови згідно ст. 99 КПК України. Фабула таких справ традиційна: громадянин звертається до прокурора з заявою про злочин, а у відповідь отримує листа про те, що «підстав для порушення кримінальної справи не вбачається». На вимогу надати копію постанови про відмову в порушенні кримінальної справи, прокуратура відповідає, що така не виносилася, оскільки немає підстав для перевірки заяви в порядку ст. 97 КПК України.

В обґрунтування позовних вимог позивачі посилаються на те, що прокурор не прийняв жодного процесуального рішення, які передбачені у ст. 97 КПК України, а отже, діяв не у відповідності до ч. 2 ст. 19 Конституції України. На думку позивачів, це є грубим порушенням норм Конституції України, Конвенції про захист прав людини та основоположник свобод, КАС України, КПК України, Закону України «Про прокуратуру».

Заперечуючи проти позову, прокурори зазначають, що заяви, в яких не наведено фактів, які свідчать про вчинення саме злочинних дій, не є приводами для порушення кримінальної справи. Заяви, які не містять достатніх даних, які б вказували на наявність ознак злочину або вчинений чи підготовлюваний злочин не дають підстав здійснювати перевірку і приймати кримінально-процесуальне рішення відповідно до вимог ст. 97 КПК України. Такі заяви розглядаються в порядку Закону України «Про звернення громадян», незалежно від назви звернення.

Спірні правовідносини виникають у зв'язку із застосуванням законодавства, що регулює порядок розгляду органами прокуратури заяви про злочин, а також оформлення результатів перевірки доводів, що містяться у такій заяві, відповідною постановою, передбаченою ст. 97 КПК України. Фактичні обставини сторони, зазвичай, не заперечують.

Проблемність ситуації неодноразово обговорювалися в суддівських товариствах та за участю прокурорів. 12 березня 2011 р. Вищий адміністративний суд України і Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ видали спільний інформаційний лист № 334/8/13-11 [12] про те, що вимоги заявника про оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів дізнання, слідства та прокуратури під час організації перевірки заяв і повідомлень про злочини повинні розглядатися у межах кримінального, а не адміністративного судочинства.

Головним у такому розв'язанні юрисдикційної невизначеності стала позиція Конституційного Суду України, висловлена у п. 4.2 Рішення від 23.05.2001 р. № 6-рп/2001 [13], про те, що спірні відносини, які виникають між заявниками та

прокуратурою, слідчим, органом дізнання під час організації перевірки заяв і повідомлень про злочини, не є управлінськими, а повноваження цих органів та їхніх посадових осіб щодо порядку прийняття заяв і повідомлень про злочини та їх розгляду регламентовані Кримінально-процесуальним кодексом України.

Проте, її застосовано до відносин, для яких ця думка (правова позиція) не призначалася. Конституційний Суд України вирішував питання про те, чи можуть бути оскаржені до суду акти і дії службових осіб органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури, а не до якого саме суду, чи в якому порядку такі скарги повинні розглядатися. Такий підхід видається формальним і не відповідає практиці Конституційного Суду України.

У цьому ж таки п. 4.2 Рішення Конституційного Суду України від 23.05.2001 р., № 6-рп/2001 [13] Суд висловив позицію, що положення статті 55 Конституції України щодо можливості громадянина звернутись за захистом своїх прав і свобод однаково стосується можливості судового оскарження актів, дій чи бездіяльності посадових осіб органів дізнання, попереднього слідства і прокуратури, оскільки ними можуть порушуватись його права і свободи.

Недосконалість інституту судового контролю за досудовим слідством не може бути перепорою для оскарження актів, дій чи бездіяльності посадових осіб зазначених органів. За великим рахунком, людині байдуже, який саме суд і в якому порядку буде розглядати її скаргу: адміністративний суд чи загальний суд в порядку кримінального судочинства. Головне, що б ці публічно-правові спори мали вирішення.

Пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ постановив звернутися до Верховного Суду України з приводу направлення конституційного подання щодо офіційного тлумачення ст. 97 Кримінально-процесуального кодексу України у контексті положень ст. 55 Конституції України з питань визначення юрисдикції розгляду скарг на бездіяльність органів дізнання, досудового слідства та прокуратури. Пленум Верховного Суду України не підтримав ініціативи ВССУ і подання не набрало достатньої кількості голосів.

Врешті-решт у Рішенні від 14.12.2011 р. № 19-рп/2011 [14] Конституційний Суд України розтлумачив, що конституційне право на оскарження в суді будь-яких рішень, дій чи бездіяльності всіх органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб гарантовано кожному. Реалізація цього права забезпечується у відповідному виді судочинства і в порядку, визначеному процесуальним законом. Положення статті 97 КПК України необхідно розуміти так, що скарги осіб стосовно прийняття рішень, вчинення дій або допущення бездіяльності суб'єктом владних повноважень щодо заяв і повідомлень про вчинені або підготовлювані злочини суди повинні розглядати і вирішувати у кримінальному судочинстві.

В цілому очевидно, що законодавство повинно розвиватися у напрямку забезпечення права людини на доступ до суду, а отже, юрисдикція суду у сфері кримінально-процесуальних правовідносин повинна бути істотно розширена. На теперішній час «кримінальна» юрисдикція суду є вичерпною і визначається з урахуванням предмету правовідносин (кримінально-процесуальні відносини) та об'єкта оскарження (можуть бути оскаржені лише постанови). Таким чином,

юрисдикція суду поширюється не на всі правовідносини, що виникають у зв'язку із розслідуванням та розглядом кримінальних справ, що не узгоджується ч. 2 ст. 124 Конституції України.

2.3. Господарська юрисдикція

Юрисдикція господарських судів України визначається з урахуванням ст. ст. 1 і 12 ГПК. Відповідно до ст. 1 ГПК підприємства, установи, організації, інші юридичні особи (у тому числі іноземні), громадяни, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності (далі – підприємства та організації), мають право звертатися до господарського суду згідно з встановленою підвідомчістю господарських справ за захистом своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів, а також для вжиття передбачених цим Кодексом заходів, спрямованих на запобігання правопорушенням. У випадках, передбачених законодавчими актами України, до господарського суду мають право також звертатися державні та інші органи, фізичні особи, що не є суб'єктами підприємницької діяльності.

З цього слідує, що критерієм визначення юрисдикції господарського суду є суб'єктний склад сторін: ними можуть бути юридичні особи, підприємці. І лише у випадках, які спеціально передбачені законом – інші особи (державні органи та фізичні особи, які не є підприємцями).

Відповідно до ст. 12 ГПК господарським судам підвідомчі (належать до юрисдикції):

1) справи у спорах, що виникають при укладанні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів, у тому числі щодо приватизації майна, та з інших підстав, крім:

- спорів про приватизацію державного житлового фонду;
- спорів, що виникають при погодженні стандартів та технічних умов;
- спорів про встановлення цін на продукцію (товари), а також тарифів на послуги (виконання робіт), якщо ці ціни і тарифи відповідно до законодавства не можуть бути встановлені за угодою сторін;
- спорів, що виникають із публічно-правових відносин та віднесені до компетенції Конституційного Суду України та адміністративних судів;
- інших спорів, вирішення яких відповідно до законів України та міжнародних договорів України віднесено до відання інших органів;

2) справи про банкрутство;

3) справи за заявами органів Антимонопольного комітету України, Рахункової палати з питань, віднесених законодавчими актами до їх компетенції;

4) справи, що виникають з корпоративних відносин у спорах між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), у тому числі учасником, який вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами) господарських товариств, що пов'язані із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності цього товариства, крім трудових спорів;

5) справи у спорах щодо обліку прав на цінні папери;

6) справи у спорах, що виникають із земельних відносин, в яких беруть участь суб'єкти господарської діяльності, за винятком тих, що віднесено до компетенції адміністративних судів.

Господарська юрисдикція визначається з урахуванням:

- предмету позову (п. 1, 2, 5);
- суб'єкта звернення (позивача) (ст. 1, п. 3, 4);
- характеру правовідносин, з яких виник спір (п. 4, 6);
- винятків (п. 1, 6).

Ці методи взаємопов'язані між собою і лише їх послідовне застосування дозволяє визначити юрисдикцію господарського суду. Часом, зробити це досить складно, адже одні й ті самі правовідносини, залежно від суб'єктного складу, предмету позовних вимог, можуть належати до різної юрисдикції.

Вищий господарський суд України у п.п. 2, 3 Постанови від 24.10.2011 р. № 10 «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам» [15] звертає увагу, що з огляду на приписи ч. 3 ст. 22 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [16], згідно з якими місцеві господарські суди розглядають справи у спорах, що виникають з господарських правовідносин, а також інші справи, віднесені процесуальним законом до їх підсудності, та на вимоги статей 1, 4-1, 12 ГПК господарські суди розглядають справи в порядку позовного провадження, коли склад учасників спору відповідає приписам статті 1 ГПК, а правовідносини, з яких виник спір, мають господарський характер.

Господарський спір підвідомчий господарському суду, зокрема, за таких умов:

- участь у спорі суб'єкта господарювання;
- наявність між сторонами, по-перше, господарських відносин, врегульованих Цивільним кодексом України, Господарським кодексом України, іншими актами господарського і цивільного законодавства, і, по-друге, спору про право, що виникає з відповідних відносин;
- наявність у законі норми, що прямо передбачала б вирішення спору господарським судом;
- відсутність у законі норми, що прямо передбачала б вирішення такого спору судом іншої юрисдикції.

2.4. Адміністративна юрисдикція

Адміністративна юрисдикція відокремилася від інших видів юрисдикцій найпізніше. На цей час уже існували процесуальні кодекси, що забезпечували діяльність інших юрисдикцій; вже було напрацьовано певну методику формулювання норм щодо юрисдикції, практика застосування інституту юрисдикції (підвідомчості) і це мало полегшити роботу законодавця над Кодексом адміністративного судочинства України (далі – КАС України).

Питання про адміністративну юрисдикцію згадується у ст.ст. 2, 3, 4, 17 КАС України. Так, відповідно до ч. 2 ст. 2 КАС України до адміністративних судів можуть бути оскаржені будь-які рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень, крім випадків, коли щодо таких рішень, дій чи бездіяльності Конституцією чи законами України встановлено інший порядок судового провадження.

У п.1 ч. 1 ст. 3 КАС України справа адміністративної юрисдикції (адміністративна справа) визначається як переданий на вирішення адміністративного суду публічно-правовий спір, у якому хоча б однією зі сторін є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень.

У ч. 2 ст. 4 КАС України зазначено, що юрисдикція адміністративних судів поширюється на всі публічно-правові спори, крім спорів, для яких законом встановлений інший порядок судового вирішення.

Ці статті розташовані в розд. I «Загальні положення», що свідчить про їх визначальне, найважливіше, принципове значення. Очевидно, інші норми КАС не повинні їм суперечити. Однак, порівнюючи ці норми між собою граматично, можна помітити, що вони не лише не збігаються, але й іноді істотно відрізняються одна від іншої. Так, у ч. 2 ст. 2 йдеться про суб'єктів владних повноважень (треба розуміти що усіх), а у п. 1 ч. 1 ст. 3 – про суб'єктів, які здійснюють владні управлінські функції. Отже, якщо суб'єкт владних повноважень не здійснює управлінських функцій, то й справа не має ознак адміністративної. Водночас, якщо керуватися ч. 2 ст. 4 КАС, то визначальним є публічно-правовий характер спору, а не суб'єкти. Про них у цій нормі взагалі не згадано.

Нарешті, у ч. 1 ст. 17 КАС України зазначено, що юрисдикція адміністративних судів поширюється на правовідносини, що виникають у зв'язку з здійсненням суб'єктом владних повноважень владних управлінських функцій, а також у зв'язку з публічним формуванням суб'єкта владних повноважень шляхом виборів або референдуму.

На відміну від п. 1 ч. 1 ст. 3 і ч. 2 ст. 4 КАС, в яких йдеться про публічно-правові спори, у ч. 1 ст. 17 КАС юрисдикція поширюється на публічні правовідносини. Такими слід вважати відносини у зв'язку із здійсненням суб'єктом владних повноважень владних управлінських функцій. Таким чином, відбувається перехід від «спорів» до «правовідносин». Ця різниця є істотною для встановлення меж адміністративної юрисдикції, оскільки публічно-правові спори – це лише незначна частина публічних правовідносин.

Слід враховувати й те, що у ст. 124 Конституції України йдеться про поширення юрисдикції судів саме на правовідносини, а не спори. Тому ч. 1 ст. 17 КАС більше узгоджується з конституційним підходом до юрисдикції судів, ніж ст. ст. 2 – 4 КАС.

Водночас самі публічні правовідносини у ч. 1 ст. 17 КАС визначаються через три критерії:

(1). предмет. Ці відносини виникають у зв'язку із здійсненням... владних функцій. Тобто вони повинні бути пов'язані із владними функціями підставою виникнення;

(2). суб'єкт. Публічні відносини виникають за участю суб'єкта владних повноважень;

(3). зміст діяльності. Суб'єкт владних повноважень повинен здійснювати у цих правовідносинах владні управлінські функції.

Очевидно, що застосування цих критеріїв дає «вузьке» розуміння публічних правовідносин, до якого не потрапляють інші правовідносини, які традиційно вважаються публічними, зокрема виборчі. Ці відносини доводиться згадувати окремо, про що й свідчить частина 2 ст. 17 КАС.

Якщо у ч. 1 йшлося про публічні правовідносини, то у ч. 2 ст. 17 КАС йдеться про публічно-правові спори. Таким чином, юрисдикція адміністративних судів поширюється і на публічні правовідносини, і на публічно-правові спори.

У ч. 2 ст. 17 КАС законодавець наводить перелік публічно-правових спорів. Юрисдикція адміністративних судів поширюється на публічно-правові спори, зокрема:

1) спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності;

2) спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби;

3) спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень;

4) спори, що виникають з приводу укладання, виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів;

5) спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених Конституцією та законами України;

6) спори щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму.

У ч. 3 ст. 17 КАС закріплено винятки, тобто публічно правові справи, на які юрисдикція адміністративних судів не поширюється.

1) що віднесені до юрисдикції Конституційного Суду України [17];

2) що належить вирішувати в порядку кримінального судочинства;

3) про накладення адміністративних стягнень;

4) щодо відносин, які відповідно до закону, статуту (положення) об'єднання громадян віднесені до його внутрішньої діяльності або виключної компетенції.

Отже, для визначення адміністративної юрисдикції позивачеві слід не лише знати положення КАС України, але й знати юрисдикцію Конституційного Суду України та коло справ, що підлягають розгляду в порядку кримінального судочинства.

Таким чином, юрисдикція адміністративного суду визначається з урахуванням:

1) характеру правовідносин (публічні);

2) суб'єктного складу (учасником є суб'єкт владних повноважень, що здійснює владні управлінські функції)

3) винятків (окрім справ конституційної та кримінальної юрисдикцій).

У світлі ч. 2 ст. 124 Конституції України юрисдикція адміністративних судів повинна поширюватися на всі публічні правовідносини. Водночас, у практиці Вищого адміністративного суду України на юрисдикцію впливає не лише публічний характер правовідносини, але й об'єкт і суб'єкт оскарження.

Так, не можуть бути об'єктом оскарження в адміністративному судочинстві листи державних органів, оскільки вони не містять в собі ознак, а ні нормативного акту, а ні акту індивідуальної дії, а тому не є рішенням суб'єкта владних повноважень, яке б породжувало певні правові наслідки, спрямовані на регулювання тих чи інших суспільних відносин і мало б обов'язковий характер для суб'єктів цих відносин [18]; акти перевірок, оскільки вони не є нормативно-правовим актом чи актом індивідуальної дії, а лише є засобом відображення юридичних фактів [19].

Не належать до юрисдикції адміністративних судів справи за позовами на рішення органів суддівського самоврядування (зборів суддів, конференції суддів, з'їзду суддів України, ради суддів), їх уповноважених осіб (головуючих на зборах, конференціях суддів, з'їзді суддів України, їх члени (делегати), голів, їх заступників, членів рад суддів) при здійсненні ними дій (бездіяльності) чи прий-

нятті рішень, пов'язаних із реалізацією функцій суддівського самоврядування, оскільки вони не є суб'єктами владних повноважень і не можуть бути відповідачами у відповідних адміністративних справах. Скарги на рішення органів суддівського самоврядування (зборів суддів, конференцій суддів, з'їзду суддів України, рад суддів), а також скарги на дії, бездіяльність і рішення головуючих на зборах суддів, конференціях суддів, з'їзді суддів України та їх членів (делегатів), голів, їх заступників і членів рад суддів, пов'язані з діяльністю органів суддівського самоврядування, розглядаються самими органами суддівського самоврядування згідно законом та внутрішніми актами, які регламентують їх діяльність [20].

Суди та судді при розгляді ними цивільних, господарських, кримінальних, адміністративних справ та справ про адміністративні правопорушення не є суб'єктами владних повноважень, які здійснюють владні управлінські функції, і не можуть бути відповідачами у справах про оскарження їх рішень, дій чи бездіяльності, вчинених у зв'язку з розглядом судових справ [21].

Отже, скарги на рішення дії чи бездіяльність судів, суддів та органів суддівського самоврядування вилучені з адміністративної юрисдикції і не належать до юрисдикції інших судів. Відповідно юрисдикція судів на ці правовідносини не поширюється, що не узгоджується з положеннями ч. 2 ст. 124 Конституції України.

2.5. «Об'єднана» юрисдикція

Досить часто для ефективного захисту порушених прав, свобод чи інтересів позивачу доцільно обрати не один, а декілька способів захисту; заявити не одну, а декілька позовних вимог. Об'єднання в одній позовній заяві різних позовних вимог може мати вплив на визначення юрисдикції справи, якщо для кожної з цих вимог окремо вона є різною. В цих випадках законодавець або виключає розгляд таких вимог, або ж допускає так би мовити «об'єднану» юрисдикцію, коли всі вимоги, в тому числі й ті, які зазвичай не належать до юрисдикції суду, до якого звернувся позивач, розглядаються цим судом, оскільки вимоги пов'язані між собою.

В українському процесуальному законодавстві закріплене правило: не допускається об'єднання в одне провадження вимог, які повинні розглядатися за правилами різного виду судочинства, якщо інше не встановлено законом (ст. 16 ЦПК, ч. 3 ст. 21 КАС України, ст. 58 ГПК). Винятків не багато. Зокрема, в КАС України передбачено, що вимоги про відшкодування шкоди, заподіяної протиправними рішеннями, діями чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень або іншим порушенням прав, свобод та інтересів суб'єктів публічно-правових відносин, розглядаються адміністративним судом, якщо вони заявлені в одному провадженні з вимогою вирішити публічно-правовий спір (ч. 2 ст. 21). Водночас у ЦПК України та ГПК України таких винятків немає.

Неможливість об'єднання декількох вимог в одне провадження на практиці призводить до того, що позивач повинен звертатися одразу в декілька судів для вирішення одного спору: наприклад, з вимогою визнати протиправним рішення обласної ради – до окружного адміністративного суду, а з вимогою визнати право на оренду земельної ділянки – до господарського суду. Виникають ситуації, коли різні вимоги розглядає один і той самий суд, але в одному випадку як адміністративний, а в іншому – як загальний. Практична доцільність такого підходу видається сумнівною та малоефективною з точки зору досягнення кінцевого результату – захисту порушених прав; не сприяє процесуальній економії, оскільки

призводить до штучного збільшення кількості справ, судових витрат, строків розгляду. Суди вимушені зупиняти провадження у справі до вирішення іншої справи, що розглядається в порядку іншого виду судочинства, яка пов'язана із нею і могла б розглядатися спільно, в одному провадженні.

III. Наслідки порушення правил юрисдикції судів

Розмежування повноважень судів за їх юрисдикцією має не лише організаційне значення для побудови спеціалізованої системи судів, але й практичне значення для сторін у відповідних справах. Порушення юрисдикції впливає, насамперед, на реалізацію права особи на судовий захист, оскільки суд, до якого вона звернулася, відмовляє у розгляді та вирішенні її вимог, отже захисту не забезпечує. Процесуально це відбувається шляхом відмови у відкритті провадження (відмові у прийнятті позовної заяви) або закритті (припиненні) провадження у справі. Проте, наслідки цих процесуальних дій в різних видах процесу не збігаються.

Відповідно до п.1 ч. 2 ст. 122 ЦПК суддя відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо заява не підлягає розгляду в судах у порядку цивільного судочинства. З цих самих підстав провадження закривається, якщо було відкрите помилково (п. 1 ч. 1 ст. 205 ЦПК). При цьому у разі закриття провадження суд повинен повідомити заявникові, до юрисдикції якого суду віднесено розгляд таких справ (ч. 2 ст. 206 ЦПК). До речі, при відмові у відкритті провадження суд такого обов'язку не має.

У п.1. ч. 1 ст. 109 КАС передбачено, що суддя відмовляє у відкритті провадження в адміністративній справі, якщо заяву не належить розглядати в порядку адміністративного судочинства. Одночасно, у разі відмови у відкритті провадження в адміністративній справі з підстави, встановленої п. 1 ч. 1 цієї статті, суд повинен роз'яснити позивачеві, до юрисдикції якого суду віднесено розгляд такої справи (ч. 6 ст. 109 КАС). Такий самий обов'язок суд має і під час закриття провадження (п. 1 ч. 1, п. 2 ст. 157 КАС).

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 62 ГПК суддя відмовляє у прийнятті позовної заяви, якщо заява не підлягає розгляду в господарських судах України. Якщо спір не підлягає вирішенню в господарських судах України, господарський суд припиняє провадження у справі, (п.1 ч. 1 ст. 80 ГПК). Фактично, йдеться про одну й ту саму підставу, оскільки те, що заява не підлягає розгляду, свідчить також і про те, що спір не підлягає вирішенню господарським судом: без розгляду заяви не можливим є і вирішення спору. На відміну від суду загальної та адміністративної юрисдикції, господарський суд не має обов'язку роз'яснювати позивачеві до юрисдикції якого суду віднесено розгляд такої справи.

Таким чином, за правилами адміністративного судочинства суд завжди роз'яснює, до юрисдикції якого суду належить вирішення справи, якщо позивач помилився; у цивільному судочинстві – лише під час закриття провадження; у господарському – такого обов'язку суд не має. Правильним було б запровадження єдиного підходу до даної ситуації незалежно від виду судочинства.

Відмова у відкритті (закриття) провадження перешкоджає повторному зверненню до суду загальної та адміністративної юрисдикції з таким самим позовом (ч. 7 ст. 122, ч. 3 ст. 206 ЦПК; ч. 5 ст. 109, ч. 3 ст. 157 КАС). Водночас ГПК не містить норми, яка б забороняла повторно звертатися до цього суду у разі відмо-

ви в прийнятті позовної заяви (ст. 62 ГПК), але передбачає такий наслідок у разі припинення провадження у справі (ч. 2 ст. 80 ГПК).

Не лише позивач може помилитися щодо юрисдикції; такої самої помилки може припуститися суд. Суд може помилково відмовити у відкритті провадження (закрити провадження) у справі, яка належить до його юрисдикції; або помилково розглянути і вирішити справу, щодо якої не має юрисдикції.

Про кількість помилкових рішень свідчить статистика. Так, за офіційними даними у першому півріччі 2011 року ВАС України скасував постанову і закриття провадження у 362 справах (6% від загальної кількості розглянутих справ). Верховний Суд України в статистичному звіті за 2010 р. зазначає, що апеляційні суди скасували із закриттям провадження 2,5 тис. рішень, що вдвічі більше, ніж у 2009 р. У більшості з цих випадків провадження закрито саме через порушення правил юрисдикції.

В усіх випадках помилка з боку суду має негативне значення для сторін у справі, насамперед, позивача. У разі помилкової відмови у відкритті (закритті) провадження обмежується право позивача на доступ до правосуддя, а у разі помилкового розгляду справи може бути скасоване судові рішення суду першої, апеляційної, а в окремих випадках, – і касаційної інстанції.

В цих випадках позивачеві доведеться звертатися до суду вдруге (до іншого суду) і розпочинати все спочатку. Очевидно, що це не відповідає інтересам позивача і не сприяє реалізації завдань судочинства. До того ж, відмову у відкритті провадження у справі можна розглядати як відмову у доступі до суду, а закриття провадження у справі, в якій судові рішення набрало законної сили – як порушення принципу правової визначеності.

Наведене дозволяє дійти висновків, що існуюча система розмежування юрисдикції судів не сприяє ефективній реалізації права на судовий захист, ускладнює доступ особи до суду, є складною для розуміння як громадянами, так і судами через відсутність чітких критеріїв, а тому потребує істотних змін.

IV. Напрямки вдосконалення засад визначення юрисдикції судів

Не зважаючи на те, що потреба у реформуванні засад визначення юрисдикції судів визнається як науковцями, так і практиками, зокрема й самими суддями, щодо характеру цих змін єдиного бачення немає. Найбільш поширеними напрямками такого реформування, які пропонуються, є:

(1) уніфікація цивільного, адміністративного та господарського процесів (кодексів).

У доктрині процесуального права існує думка про поділ судової юрисдикції на такі види:

а) цивільна юрисдикція, яка об'єднує юрисдикцію щодо справ цивільного, господарського й адміністративного видів судочинства;

б) кримінальна юрисдикція, що здійснюється судами в кримінальному судочинстві;

в) конституційна юрисдикція єдиного органу конституційної юрисдикції – Конституційного Суду України.

Вчені наводять аргументи на користь універсальності цивільно-процесуальної форми та її принципової здатності об'єднати в рамках єдиної цивільної юрисдикції справи, які розглядаються в порядку теперішніх цивільного, госпо-

дарського й адміністративного судочинства. Об'єднуючими її чинниками є єдність (а) завдань цивільного, господарського й адміністративного судочинства, (б) принципів, процесуальних норм та інститутів, а також суб'єктного складу учасників цих процесів, (в) об'єкта судового захисту – цивільних прав і обов'язків.

До того ж, зміст поняття «цивільні права і обов'язки» у прецедентній практиці Європейського суду з прав людини тлумачиться у світлі приватних інтересів (як правило, майнового характеру). Відповідно до правових позицій цього Суду поняттю «цивільні права і обов'язки» надається досить широке тлумачення, яке виходить за суто технічне, формальне його значення. Практично будь-яке майнове й немайнове право особи може розглядатися в аспекті її цивільних прав, крім суто публічних спорів, віднесених до виключної прерогативи держави, а саме щодо: (а) сплати податків (крім податкових санкцій); (б) питань прийняття, проходження і звільнення з державної служби (крім питань соціального й пенсійного забезпечення держслужбовців); (в) реалізації виборчих прав громадян; (г) в'їзду в країну й виїзду з її території, а також процедури екстрадиції іноземців.

Практичною реалізацією доктрини єдності процесу є створення єдиного Цивільного процесуального кодексу, який би об'єднував правила цивільного, господарського і адміністративного судочинства в межах класичної цивільної процесуальної форми (К.В. Гусаров, Ю.В. Білоусов, Н.І. Клейн, Е.М. Мурадьян). Вважається, що такий підхід дозволить усунути прогалини в судовій юрисдикції, сприятиме підвищенню доступності правосуддя за рахунок того, що складна переважно внутрішня спеціалізація не відбиватиметься на простоті зовнішньої форми звернення до суду, дозволить запровадити зрозумілу відносно уніфіковану судову процедуру, створить передумови для більш ефективного забезпечення однаковості судової практики і вдосконалення судового правозастосовного процесу. Крім того, як вбачається, це вимагатиме менше організаційних і фінансових витрат [22, с. 9-13].

До речі, в Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, затвердженій Указом Президента України від 10.05.2006р. № 361/2006 [23] уніфікація процедур судового розгляду розглядається як важливий напрям удосконалення судочинства. Зазначається, що необхідно поступово наблизити, а потім і взагалі поєднати в одному кодексі норми цивільного і господарського процесів, оскільки між ними немає суттєвих відмінностей, зумовлених специфікою судочинства (п. 4 розд. IV).

Уніфікація процесуального права, зокрема шляхом запровадження єдиного кодексу, який би визначав правила цивільного, господарського, адміністративного судочинства, безумовно, сприятиме спрощенню процесу, усуне неістотні й об'єктивно необумовлені відмінності і в цілому матиме позитивне значення. Проте, уніфікація, сама по собі, не розв'язує проблему розмежування юрисдикції між спеціалізованими судами.

(2) відмова від спеціалізації судів і запровадження спеціалізації суддів. Подібна організація судової системи існувала в колишньому СРСР. Відсутність спеціалізованих судів робить непотрібною розподіл юрисдикції між ними: всі справи розглядаються одним судом. Водночас в самому цьому суді пропонується запровадити спеціалізацію суддів, які об'єднуються в предметні колегії (палати),

за прикладом Верховного Суду України, який має цивільну, адміністративну, господарську та кримінальну палати. Таким чином, особа звертається до одного суду, а яка саме палата цього суду, яким складом суду та в якому порядку буде розглядати справу – це вже вирішує сам суд; він не зв'язаний доводами позивача. В сукупності з ідеєю уніфікації процесів (кодексів), відмова від спеціалізації судів, безперечно, вирішила б проблему розмежування юрисдикції між судами.

Проте, спеціалізація судів – це конституційний принцип організації судової системи України. Цей принцип є універсальним для усіх країн Європи і забезпечує таку диференціацію судочинства, яка сприяє досягненню мети судочинства. Відтак, проблема не в спеціалізації як такій, а в тому, як цей принцип реалізовано практично у національному законодавстві. На думку Д.М. Шадури, з якою важко не погодитись, правильне поєднання вимог уніфікації та диференціації, дозволяють винайти оптимальний баланс між ефективністю і доступністю правосуддя. Судова юрисдикція має бути таким чином організованою в державі (як організаційно, так і процесуально), щоб, з одного боку, всі ланки судової системи ефективно взаємодіяли між собою й однаково застосовували норми матеріального і процесуального права, а з другого – щоб не було прогалів на стику судових підсистем, тобто належною судовою юрисдикцією забезпечувалися всі правовідносини, що виникають у державі, і щоб ці підсистеми не мали юрисдикції, що перетинається [22, с. 11].

(3) Уточнення критеріїв розмежування різних видів юрисдикції. В цій роботі вже йшлося про відсутність єдиної методики до визначення критеріїв розмежування юрисдикцій судів та їх неоднозначність. Отож, на наш погляд, проблему можна вирішити, обґрунтувавши систему чітких, однозначних і зрозумілих критеріїв. Для цього слід було би відмовитися від застосування бланкетних норм («крім справ, що розглядаються в порядку іншого виду судочинства»), винятків («крім випадків, встановлених законом») та оціночних понять (як-от «спір про право», «публічно-правовий спір»).

Видається, що ця система мала б ґрунтуватися на послідовному застосуванні предметного і суб'єктного критеріїв. За предметним критерієм юрисдикція розподіляється на конституційну, цивільну (в т.ч. господарську та адміністративну) і кримінальну. У більшості випадків такий розподіл не становить проблеми. За винятком хіба що справ про оскарження бездіяльності органів дізнання та слідства (ст. 97 КПК), про що йшлося раніше. Кожен з цих видів судочинства має свою мету, що зумовлює такі особливості провадження, які не можуть бути уніфіковані.

За суб'єктивним критерієм розмежується цивільна, господарська та адміністративна юрисдикція. Господарські справи виникають між юридичними особами та підприємцями, а також з приводу створення та припинення юридичних осіб (корпоративні спори), а адміністративні – за участю суб'єкта владних повноважень. Всі інші справи вирішуються в порядку цивільного судочинства.

(4) Запровадження спеціальних колізійних процедур для вирішення юрисдикційних спорів. Можна свідомо допустити існування прогалів у розмежуванні юрисдикцій, але на цей випадок встановити спеціальні процедури, які б дозволяли вирішити юрисдикційний спір і остаточно з'ясувати, який саме суд повинен розглянути справу.

Серед методів колізійного регулювання могло б бути:

- звернення зацікавленої особи до спеціального органу (суду), який остаточно вирішує юрисдикційний спір. Такі органи існують у Франції (Суд з конфліктів), Німеччині (Єдиний сенат верховних судових установ), Італії (Верховний касаційний суд), Австрії (Верховна судова палата). Право на звернення слід було б визнати за відповідачем або судом першої інстанції, оскільки і він може мати обґрунтований сумнів у власній юрисдикції. Водночас, право ініціювати це питання слід обмежити часовими рамками, виключно до початку розгляду справи по суті. Таким чином, на самому початку процесу сторони остаточно упевнюються в тому, що суд, який розглядає їх справу, є компетентним, і не ризикують, що рішення буде скасоване через це;

- визначення юрисдикції за зв'язком вимог. Для цього слід було б розмежувати основну позовну вимогу, яка є первинною і захищає порушене право безпосередньо, і додаткові вимоги, які є похідними від основної, і усувають наслідки порушення. Наприклад, вимога про визнання права власності є основною, а вимога про скасування державної реєстрації (виключення запису з реєстру, зобов'язання внести запис) є додатковою. Відповідно, додаткові вимоги належать до юрисдикції того суду, який розглядає основну вимогу;

- встановлення «залишкової» юрисдикції. Якщо процесуальний закон не дозволяє однозначно визначити юрисдикцію справи, вона розглядається загальним судом за правилами цивільного судочинства. Подібне правило діє і зараз (ст. 15 ЦПК), але воно нівелюється нечіткістю критеріїв адміністративної та господарської юрисдикції.

(5) Запровадження «м'якої» юрисдикції. Норми про юрисдикцію спеціалізованих судів сформульовані у чинному законодавстві як імперативні, тобто обов'язкові та незмінні для сторін та судів. Їх порушення не вважається формальним, розглядається як вирішення справи неповноважним судом, а тому є безумовною підставою для скасування судового рішення.

Водночас, не завжди вирішення справи з порушенням юрисдикції свідчить про її неправильне вирішення по суті. У багатьох випадках в апеляційних (касаційних) скаргах сторони взагалі не покликаються на порушення юрисдикції суду, а отже й не вважають, що вирішення справи «не тим» судом порушує їх права. Скасування судового рішення в цих випадках жодним чином не сприяє досягненню завдань судочинства та здійснюється в інтересах формальної законності, а не осіб, які беруть участь у справі. Їх інтереси тут як раз страждають. Для людей більш важливим є вирішення справи та захист їх порушених прав, аніж те, який саме суд це зробив і в якому процесуальному порядку.

Імперативна юрисдикція іноді може суперечити меті та завданням правосуддя, а отже потребує більш гнучкого, м'якого застосування. Юрисдикція справи повинна остаточно визначатися до вирішення справи та набрання рішенням суду законної сили. Це, зокрема, означало б, що рішення суду, яке набрало законної сили, не може бути скасоване з мотивів невідомості справи суду. Відтак, якщо суд першої і апеляційної інстанції дійшли висновку, що справа належить до їх юрисдикції, касаційний суд не може скасувати рішення і закрити провадження. Законність та обов'язковість судового рішення не залежить від того, який саме суд вирішив прийняв рішення (постанову).

«М'яка» юрисдикція може виявлятися також в тому, що суд першої інстанції не вправі закрити провадження у справі, якщо жодна зі сторін не вимагає цього, тобто з власної ініціативи. В цьому є певні елементи договірної юрисдикції. Але якщо суд вже відкрив провадження, якщо суд «влаштує» сторін, то чому він, маючи сумнів у власній юрисдикції, повинен вирішувати його на користь закриття провадження, а не розгляду справи по суті?

(6) Скерування справи судом за належною юрисдикцією. Позивач звертається до того суду, до юрисдикції (якого, на його думку, належить справа. Якщо, на думку суду, позивач помилився з юрисдикцією, суддя відмовляє у відкритті провадження (в господарському судочинстві – відмовляє у прийнятті позовної заяви). Позивачеві доводиться або оскаржувати цю ухвалу, або звертатися до суду іншої спеціалізації. Водночас, цей суд може мати свою думку щодо власної юрисдикції, яка іноді може не збігатися з думкою «попереднього» суду. Він теж може відмовити у відкритті провадження. Очевидно, що хтось із суддів помилився, але страждає позивач.

З метою усунення цієї ситуації слід було б надати судді право передавати справу до належного суду, в тому числі до суду іншої юрисдикції. Можливість відмови у відкритті провадження з підстав неналежності справи до юрисдикції суду слід скасувати в принципі. Це перешкоджає доступу до правосуддя і прямо суперечить принципам правової держави. Суддя може самостійно вирішити, до компетенції якого суду належить справа і дати їй належне спрямування. Ухвала суду про передачу справи до іншого суду підлягає апеляційному оскарженню. Тому якщо сторони не згодні з такою ухвалою, є механізм перевірки правильності такого процесуального рішення. Ухвала апеляційного суду з цього питання є остаточною. Подальші спори щодо юрисдикції припиняються. Звісно, що такий підхід не виключає дискусій між судами. Можна сподіватися, що вищі спеціалізовані суди і Верховний Суд України зможуть дати відповідні роз'яснення і спори, врешті-решт припиняться. До речі, аналогічні підходи давно існують в Німеччині (§ 17-17 «b» Закону про судоустрій, § 173 Статуту адміністративних судів, § 155 Статуту фінансових судів, § 202 Закону про суди з соціальних питань) і довели свою ефективність.

(7) Перекваліфікація виду судочинства з ініціативи суду. Загальні суди розглядають цивільні, адміністративні і кримінальні справи. Трапляються випадки, коли позивачі помилково звертаються до суду як адміністративного, в той час як мали б звертатися до цього суду за правилами цивільного судочинства, або навпаки. За діючим законодавством суд повинен відмовити у відкритті провадження і роз'яснити позивачеві право на звернення до цього ж суду в порядку іншого виду судочинства. Практично, це потребує всього лише неістотної зміни позовної заяви, переважно – посилань на КАС чи ЦПК. Людям цей формалізм не зрозумілий, а тому його потрібно усунути.

Видається, що в цих випадках доцільно було залишати позовну заяву без руху і роз'яснювати позивачеві, що справа може розглядатися за іншим видом судочинства. У разі якщо позивач не заперечує проти цього, суддя відкриває провадження за тим видом судочинства, за яким, на його думку, повинна розглядатися справа. Це не створює процесуальних перешкод у доступі до суду і, як правило, не порушує нічиїх прав. Водночас, якщо позивач наполягає на розгляді

справи саме за тим видом судочинства, який він зазначає, суддя відмовляє у відкритті провадження.

Висновки. Підводячи підсумки, найважливішим видається таке:

1. Процесуальне законодавство України, що визначає юрисдикцію спеціалізованих судів, є неузгоджене між собою і не містить системи чітких критеріїв її розмежування. Ця система повинна ґрунтуватися на послідовному застосуванні предметного і суб'єктного критеріїв. За предметним критерієм юрисдикція розподіляється на конституційну, цивільну (в т.ч. господарську та адміністративну) і кримінальну. За суб'єктивним критерієм розмежується цивільна, господарська та адміністративна юрисдикція.

2. Існує значна частина правовідносин, що виникає з публічно-правової та кримінально-правової сфери, які не належать до юрисдикції судів, що не узгоджується з ч. 2 ст. 124 Конституції України та ст. 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини.

3. З метою практичної реалізації права особи на доступ до суду та ефективного захисту її порушених прав необхідно: а) позбавити суд касаційної інстанції права скасовувати судові рішення із закриттям провадження з мотивів порушення юрисдикції; б) запровадити чіткі критерії розмежування юрисдикції судів; в) розробити порядок розв'язання юрисдикційних спорів; г) внести відповідні зміни до процесуального законодавства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Конституція України від 28.06.1996р. // ВВР. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Про посилення судового захисту прав та свобод людини і громадянина: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.05.1997 р. № 7 // База даних «Право». Системний реєстраційний номер № V0007700-97.
3. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадян Проценко Раїси Миколаївни, Ярошенко Поліни Петрівни та інших громадян щодо офіційного тлумачення ст.ст. 55, 64, 124 Конституції України (справа за зверненнями жителів міста Жовті Води) № 9-зп від 25.12.1997 р. // Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997-2001 / Відповід. редакц. П.Б. Євграфов – К.: Юрінком Інтер, 2001. – С. 114-117.
4. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ч. 2 і 4 ст. 1, абз. 2 п. 8 ч. 1 ст. 18, ч. 1 ст. 25, п. 1, 2, 4 ч. 1 ст. 30, ч. 1 ст. 31, ч. 1 ст. 32, п. 2 ч. 2 ст. 33, п. 2 ч. 2 та ч. 3 ст. 37, ст. 38 і 48 Закону України «Про Вищу раду юстиції» (справа про Закон України «Про Вищу раду юстиції») № 8-рп/2002 від 07.05.2002 р. // Вісник Конституційного Суду України. – 2002. – № 3. – С. 4-15.
5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «Кампус Коттон клуб» щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) № 15-рп/2002 від 09.07.2002 р. // «Вісник Конституційного Суду України». – 2002. – № 4. – С. 17-20.
6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвідомчості справ, пов'язаних із соціальними виплатами» від 09.09.2010 р., № 19-рп/2010 // Вісник Конституційного Суду України. – 2010. – № 5. – С. 25-35.

7. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Слободянюка Івана Івановича щодо офіційного тлумачення положення п. 12 ч. 1 ст. 293 Цивільного процесуального кодексу України у взаємозв'язку з положеннями пунктів 2, 8 частини третьої статті 129 Конституції України від 11.03.2010 р., № 8-рп/2010 // Вісник Конституційного Суду України. – 2010. – № 5. – С. 20-24.

8. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004р. // Офіційний вісник України. – 2004. – № 16. – С. 11.

9. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28.12.1960р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1961. – № 2. – Ст. 15.

10. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56

11. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005р. // Урядовий кур'єр, № 153 від 17.08.2005 р.

12. Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України і Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 334/8/13-11 від 12.03.2011 р. // База даних «Право». Системний реєстраційний номер № V0334760-11.

13. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абз. 3, 4, 5 ст. 248-3 Цивільного процесуального кодексу України та за конституційними зверненнями громадян Будинської Світлани Олександрівни і Ковриги Сергія Володимировича щодо офіційного тлумачення положення абз. 4 ст. 248-3 Цивільного процесуального кодексу України (справа щодо конституційності ст. 248-3 ЦПК України) від 23.05.2001 р. № 6-рп/2001 // Вісник Конституційного Суду України. – 2001. – № 3. – С. 3-10.

14. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Осетрова Сергія Володимировича щодо офіційного тлумачення положень ч. 2ї ст. 55 Конституції України, ч. 2 ст. 2, п. 2 ч. 3 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України, ч. 3 ст. 110, ч. 2 ст. 236 Кримінально-процесуального кодексу України та конституційним поданням Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ щодо офіційного тлумачення положень ст.ст. 97, 110, 234, 236 Кримінально-процесуального кодексу України, ст.ст. 3, 4, 17 Кодексу адміністративного судочинства України в аспекті ст. 55 Конституції України (справа про оскарження бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо заяв про злочини від 14 грудня 2011 року № 19-рп/2011 // Вісник Конституційного Суду України. – 2012. – № 1. – С. 84-92.

15. Рекомендації від 27.06.2007 р. № 04-5/120 «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам» // База даних «Право». Системний реєстраційний номер № V0010600-11.

16. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010р. № 55/1. // Офіційний вісник України. – 2010. – С. 7.

27. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Вищої ради юстиції щодо офіційного тлумачення положень абз. 2, 3 п. 1 ч. 1 ст. 150 Конституції України (справа щодо актів про обрання/призначення суддів на посади та про звільнення їх з посад) від 27 березня 2002 року № 7-рп/2002 // Вісник Конституційного Суду України. – 2002. – № 2. – С. 23-28.

18. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 03.11.2010 р., справа № К-26418/10 // Єдиний державний реєстр судових рішень. Реєстраційний номер 12491307.

19. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 13.10.2010 р., справа № К-28791/10 // Єдиний державний реєстр судових рішень. Реєстраційний номер 11678269.

20. Про деякі питання, що виникають у судовій практиці щодо позовів до органів суддівського самоврядування: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 19.12.2008 р. № 17 // Вісник Верховного суду України. – 2009. – № 1. – С. 2.

21. Про деякі питання, що виникають у судовій практиці при прийнятті до провадження адміністративних судів та розгляді ними адміністративних позовів до судів і суддів: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 12.06.2009 р. № 6 // База даних «Право». Системний реєстраційний номер № V0006700-09

22. *Шадура Д.М.* Цивільна юрисдикція. Автореферат дис...к.ю.н.: спец. 12.00.03. – Х., НЮА ім. Ярослава Мудрого. – Х, 2008. – 22 с.

23. Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Указ Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006 // Урядовий кур'єр, № 95 від 24.05.2006 р.

Кравчук В.М. Правові засади юрисдикції судів в Україні: теорія і практика

У статті розглядаються проблеми процесуального законодавства України, що визначає юрисдикцію судів, на предмет її відповідності Конституції України та Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини.

Ключові слова: суд, судочинство, юрисдикція суду.

Кравчук В.М. Правовые основы юрисдикции судов в Украине: теория и практика

В статье рассматриваются проблемы процессуального законодательства Украины, определяется юрисдикция судов, на предмет его соответствия Конституции Украины и Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод.

Ключевые слова: суд, судопроизводство, юрисдикция суда.

Kravchuk V.M. Legal frameworks of court jurisdiction in Ukraine: theory and practice

Issues of procedural legislation of Ukraine, which determines the court jurisdiction subject to its compliance with the Constitution of Ukraine and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms are considered in the article.

Key words: court, legal procedure, court jurisdiction

Стаття надійшла до редакції 04.05.2012.

**ОСОБЛИВОСТІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ
ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В СФЕРІ ОХОРОНИ КУЛЬТУРНОЇ
СПАДЩИНИ**

О.І. Мельничук

*кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник
відділу міжнародного права та
порівняльного правознавства
Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України*

Постановка проблеми. Відповідальність держав у міжнародному праві, її форми та реалізація суттєво відрізняються від аналогічного інституту у внутрішньому праві. Неоднозначне тлумачення та розуміння міжнародно-правової відповідальності нерідко викликає складність її застосування на практиці.

Поряд з тим, міжнародно-правова відповідальність у сфері охорони культурної спадщини має свою специфіку, що зумовлюється особливостями функціонування відносин цієї сфери. Міжнародна практика свідчить, що охорона культурної спадщини є достатньо делікатною та водночас принциповою сферою міжнародно-правових відносин, яка досить часто залежить від політичного контексту. Національна ідентичність, яка виражається в охороні культурної спадщини становить, у певному сенсі, складову національної безпеки держави, що зумовлює принциповість багатьох держав при вирішенні міжнародно-правових проблем охорони культурної спадщини. Це вимагає проведення глибоких наукових досліджень не лише юридичної сфери, але й в галузях історичних, політологічних, культурологічних наук.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Міжнародно-правова відповідальність є предметом дослідження як зарубіжних, так і українських вчених: П.М. Дюпуї, Р. Аго, Д. Анцілотті, І.І. Лукашука, Ю.М. Колосова, В.А. Василенка та ін. Проблемами правової охорони культурної спадщини займаються як українські (Акуленко В.І., Максимов В.В.), так і зарубіжні науковці (М. Богуславський, Б. Хофман, П. Герстенбліт, Л. Протт, Р. О'кіф, Ф. Францеоні, Ф. Ленцеріні, Дж. Нафзігер, Р. Патерсон, В. Фідлер та ін.), проте в працях цих науковців окремо та комплексно не розглядалися та не акцентувалася увага на питаннях міжнародно-правової відповідальності в сфері охорони культурної спадщини. Водночас В.І. Акуленко найбільш повно висвітлив питання реституції культурних цінностей як виду міжнародно-правової відповідальності.

Крім проблем реституції існує низка не вирішених у теорії та на практиці питань, зокрема, – міжнародно-правова відповідальність за порушення норм сфери охорони культурної спадщини в мирний час, за порушення зобов'язань *erga omnes* тощо.

Метою статті є правовий аналіз та визначення шляхів вирішення таких проблем.

Основні результати дослідження.

1.1. Загальні засади правового регулювання міжнародно-правової відповідальності держав

Комісією міжнародного права ООН було зроблено спробу кодифікувати звичаєві норми інституту міжнародно-правової відповідальності держав, одночасно застосовуючи значні елементи прогресивного розвитку. Так, у 2001 р. Комісія представила на розгляд Генеральної Асамблеї ООН Статті про відповідальність держав за міжнародно-протиправне діяння (далі – Статті про відповідальність), які були взяті до відома і стали додатком до Резолюції Генеральної Асамблеї ООН 56/589 від 12.12.2001. За своєю юридичною природою Резолюція не є обов'язковим документом, проте її положення можуть розглядатися у деяких випадках в якості звичаєвих норм міжнародного права. Відповідно до ст. 1 Статтей про відповідальність, будь-яке міжнародно-протиправне діяння держави тягне міжнародну відповідальність цієї держави. Порушення державою міжнародного зобов'язання має місце у тому випадку, коли діяння держави не відповідає тому, що вимагало від неї вказане зобов'язання, незалежно від його походження та характеру (ст. 12 Статтей про відповідальність). Ці загальні положення можуть бути застосовані в сфері міжнародно-правової охорони культурної спадщини.

1.2. Реституція та повернення культурних цінностей, втрачених під час та внаслідок Другої світової війни

Однією з надзвичайно актуальних практичних проблем цього напрямку для України є остаточне врегулювання низки питань міжнародно-правової відповідальності, що з'явилися внаслідок здійснення агресії фашистською Німеччиною, і які стосуються реституції культурних цінностей та компенсації за руйнування та знищення останніх. Незважаючи на час, що пройшов з тих подій, проблема повернення творів мистецтва, історичних реліквій, архівів та інших пам'яток, пограбованих і вивезених фашистами на захід під час Другої світової війни, за словами В.І. Акуленка, залишається гострою [1, с. 304]. Фашистська Німеччина свідомо, цинічно та систематично порушувала принципи та норми, закладені в Гаазьких конвенціях 1899 та 1907 рр., що стосувались законів та звичаїв війни, які забороняли будь-яке загарбання, руйнування чи умисне пошкодження власності громад, установ, церковних, благодійних і освітніх, художніх і наукових, історичних пам'яток, творів художніх і наукових та вимагали переслідування за такі діяння. Не випадково, як зазначає М. Богуславський, саме події Другої світової війни, – масове знищення, організований грабіж і вивезення культурних цінностей – зробили особливо актуальним визначення в міжнародному праві відповідальності держави-агресора за знищення та вивезення культурних цінностей з окупованих країн, правове регулювання матеріальної відповідальності взагалі і реституції, хоча цей принцип знайшов своє застосування ще в договорах версальської системи [2, с. 249].

Загальновідомим та доведеним фактом є те, що Друга світова війна принесла Україні не лише надзвичайні людські страждання й масові майнові втрати, справжнім лихом стало планомірне варварське руйнування, знищення об'єктів культури та широкомасштабне планомірне вивезення культурних цінностей до Німеччини [3, с. 55-70; 4, с. 15-29; 5, с. 2-23]. Точні втрати України наразі залишаються невідомими, за попередніми підрахунками було втрачено понад 46 млн. архівних справ, понад 50 млн. книг, близько 300 тис. музейних експонатів [5, с. 3].

Рішенням Кримської конференції у лютому 1945 р. на Німеччину було накладено лише 20 млрд. дол. США, що складало за даними фахівців не більше однієї десятої тієї шкоди, яка була завдана. На Нюрнберзькому процесі над головними німецькими воєнними злочинцями, який проходив 20 листопада 1945 р. – 1 жовтня 1946 р., розглядалися також злочинні дії нацистів щодо історико-архітектурних та мистецьких пам'яток (як воєнні злочини). Агресія фашистської Німеччини була визнана однозначним порушенням принципів та норм міжнародного права. У проголошеному вирокі знайшло відображення звинувачення гітлерівської Німеччини у злочині щодо культурної спадщини країн Європи, в тому числі й України. Індивідуальне звинувачення з цього приводу було пред'явлено А. Розенбергу, який, будучи рейхміністром у справах окупованих східних територій, був ініціатором і організатором планомірного нищення і пограбування культурних цінностей загарбаних країн [6, с. 406-435, 452-456].

У перші повоєнні роки Контрольною Союзною Радою та Радянською Військовою Адміністрацією у Берліні щодо реституції з Німеччини було ухвалено низку спеціальних правил, що передбачали безумовне повернення тих вивезених цінностей, які були ідентифіковані, наявні або переміщені агресором насильно або погрозою його застосування. Частина архівних документів, бібліотечних фондів і музейних експонатів, пограбованих під час війни на території України, була повернута до Радянського Союзу, але більшість донині за певних історичних обставин перебуває на території Російської Федерації. Так, після закінчення війни між вереснем 1945 р. і вереснем 1948 р. до СРСР західними союзниками з чотирьох так званих пунктів збору в німецьких містах було відправлено понад півмільйона об'єктів культури, серед них майже третина належала Україні.

Питання щодо остаточної реституції культурних цінностей та повного відшкодування втрат України саме в сфері культурної спадщини під час Другої світової війни протягом десятиліть радянською владою не піднімалось. Як зазначає В. Акуленко, Україна у складі СРСР не могла належно реалізувати своє суверенне право, хоча формально була суб'єктом міжнародного права і членом ООН [1, с. 309]. Водночас, слід зазначити, що за радянських часів таємно, аби не турбувати громадськість, відбувались неодноразові акції передачі до НДР німецьких культурних цінностей, які зберігались в Україні як часткова компенсація за завдані окупантами збитки. Зокрема, з 1955 р. рішенням радянського уряду до НДР було повернуто 1 млн. 375 тисяч експонатів, у тому числі колекцію картин Дрезденської галереї (про повернення Дрезденської колекції громадськість була проінформована) [3, с. 55-70; 4, с. 15-29].

Поряд з тим, наприклад, Польща, яка також надзвичайно постраждала від фашистської агресії, активно намагалась відстоювати свої права. Зокрема, в січні 1947 р. вона представила Лондонській раді міністрів закордонних справ, що роз-

робляла принципи реституції, Меморандум, в якому говорилось, що «незалежно від загального відшкодування шкоди, спричиненої в результаті воєнних дій, Німеччина повинна відшкодувати польські втрати в сфері культури і науки. Ця шкода може бути відшкодована шляхом надання предметів однакової цінності» [2, с. 259].

У 1954 р. в Гаазі була під егідою ЮНЕСКО була ухвалена юридично обов'язкова Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту, Протокол та Виконавчий регламент до неї. Як підкреслює В.І.Акуленко, це був важливий крок у розвитку міжнародного права, оскільки у Конвенції, яка мала універсальний характер, поряд з нормами, що регламентували охорону культурних цінностей у випадку збройного конфлікту, містилися положення про відповідальність в цій сфері [7, с. 472]. В п. I Першого Протоколу до Гаазької конвенції 1954 р., зазначалось, що відповідальна держава повинна компенсувати всі витрати пов'язані з відшкодуванням збитків добросовісному набувачу неправомірно втраченого об'єкта культури. Проте, як вважає В.І. Акуленко, не дивлячись на такий розвиток міжнародного права, Україні небагато культурних цінностей вдалося повернути на батьківщину. Як правило, повернуті твори мистецтва, архівні документи, історичні експонати є швидше наслідком особистої ініціативи окремих мистецтвознавців, дипломатів, журналістів, ніж державної діяльності, що базувалася на міжнародно-правових нормах [1, с. 309].

Про початок співпраці України та Німеччини в напрямку реституції культурних цінностей засвідчила укладена 15 лютого 1993 р. між Урядом України та Урядом Федеративної Республіки Німеччина Угода про культурне співробітництво. Укладення цієї Угоди підтвердило готовність сторін вести діалог у цьому напрямку, проте на невідгідних для України засадах, які не відповідають міжнародному праву та історичній справедливості. Відповідно до ст. 16 сторони погодились, що втрачені або незаконно вивезені культурні цінності, які знаходяться на їх території, будуть повернуті власникові або його правонаступнику. З метою встановлення постійного міжнародно-правового механізму в сфері повернення та реституцію культурних цінностей, ст. 17 Угоди про культурне співробітництво 1993 р. утворено українсько-німецьку змішану комісію для підведення підсумків обмінів у рамках цієї Угоди та розробки рекомендацій і програм подальшого культурного співробітництва. Цілком доречно підмітив В.І. Акуленко, що ця загальна норма фактично урівняла права та обов'язки сторін у реституційному процесі, не визначила предмет повернення, не врахувала те, що Україна під час війни зазнала агресії з боку нацистської Німеччини і тотального пограбування культурних цінностей, а тому потребує за міжнародним правом відповідної компенсації. Україна, уклавши Угоду в такому форматі, фактично відмовилась від свого законного права на реституцію [3, с. 55-70; 4, с. 15-29].

Проте, нові реалії міжнародно-політичного життя та внутрішньої політики зумовлюють зміну позиції України на вищезазначені проблеми. Сьогодні питання відповідальності внаслідок руйнування та протиправного привласнення культурних цінностей Німеччиною під час Другої світової війни залишається відкритим. У відповідності з діючим міжнародним правом Україна має право на відшкодування тієї шкоди, яка була завдана культурним цінностям агресивною війною фашистської Німеччини на території Української РСР. Слід підкресли-

ти, що в чинних нормах міжнародного права не містяться жодних обмежень щодо строків позовної давності в цій сфері.

Незважаючи на більш ніж півстолітню давність, актуальність цих проблем та їх підтримка знаходить відображення в низці документів, що ухвалюються міжнародною спільнотою та в діяльності міжнародних організацій в рамках яких вони піднімаються. Так, Генеральна Асамблея ООН, починаючи з 1972 р., затвердила близько 20 Резолюцій з питань повернення або реституції культурних цінностей країнам їх походження, на Вашингтонській конференції 1998 р. обговорювались принципи щодо вирішення питань про твори мистецтва, конфісковані нацистами, у Вільнюській декларації 2000 р. розглядались питання про сприяння реституції творів, що є предметом спору. Аналогічними проблемами сьогодні опікується і спеціалізована установа ЮНЕСКО та спеціально створений Міжурядовий комітет зі сприяння поверненню культурних цінностей країнам їх походження або їх реституції у випадку незаконного привласнення.

Про нагальність цієї проблеми в наш час свідчить також те, що на поч. XXI ст. у рамках ЮНЕСКО була зроблена спроба сформулювати загальні принципи вирішення питань, що стосуються культурної спадщини, переміщеної під час Другої світової війни. Пропозиція про підготовку таких принципів була зроблена у січні 1999 р. на сесії Міжурядового комітету ЮНЕСКО з повернення власності на предмети культури країнам-власникам або реституції у випадку незаконного їх привласнення. Протягом 2000-2002 рр. працювала робоча група незалежних експертів різних держав (в тому числі Німеччини, України, Польщі, Російської Федерації, Італії, Франції, Швеції тощо). У грудні 2002 р. був представлений проект Принципів, що відносяться до культурних об'єктів, переміщених у зв'язку з Другою світовою війною і коментар Секретаріату ЮНЕСКО щодо них. Основною ідеєю цього документу є те, що держава, відповідальна за втрату належності або переміщення предметів культури, і яка не є державою місцезнаходження повинна брати участь в розшуку таких предметів і в переговорах з забезпечення їх повернення.

Протягом 1993-2008 рр. на підставі Угоди про культурне співробітництво Німеччиною було повернено до України втрачену колекцію експонатів Херсонського краєзнавчого музею (1994 р.), 173 книги, в тому числі з бібліотеки Київського митрополита Флавіана, скіфське дзеркало, ікону, картину 17 ст. роботи голландського майстра (2001 р.), ікону 16 ст. (2003 р.). У квітні 2008 р. німецька сторона повідомила, що 246 фотопозитивів з фондів Центрального Державного кінофотофоноархіву України, які під час Другої світової війни були вивезені з Києва, готові у Федеральному архіві Німеччини до передачі Державному комітету архівів України. При цьому зазначимо, що кількість та вагомість повернених об'єктів звичайно не можуть співвідноситись з тією шкодою, яка була нанесена культурній спадщині України.

Крім того, варто підкреслити те, що Німеччина не розглядає факт повернення таких об'єктів культури як виконання свого реституційного обов'язку перед Україною. Німеччина розглядає такі акції як одну з форм українсько-німецького культурного співробітництва, як жест доброї волі Німеччини, що, звичайно, не відповідає міжнародно-правовим принципам і нормам та історичній справедливості.

Слід зазначити, що у запропонованому проекті Принципів, що відносяться до культурних об'єктів, переміщених у зв'язку з Другою світовою війною, містилося положення про субституцію, тобто компенсаторну реституцію, яка полягала у тому, що при неможливості реституції в натурі пропонувалось застосовувати принцип заміни знищених або пошкоджених творів мистецтва схожими та рівноцінними предметами. Враховуючи те, що значна кількість культурних об'єктів були знищені або зникли під час або після Другої світової війни, це положення було достатньо принциповим для багатьох постраждалих держав, в тому числі і для України.

Очевидно під тиском зацікавлених держав у вересні 2007 р. на Генеральній конференції ЮНЕСКО був представлений інший проект Декларації принципів відносно предметів культури, переміщених у зв'язку з Другою світовою війною. Виходячи з аналізу нового проекту Декларації, остання має за мету виключити реституцію в компенсаторній формі та обов'язок відшкодувати шкоду в сфері культури тими державами, які несуть відповідальність за розв'язання Другої світової війни. Декларація повністю нівелює дію елементарного принципу справедливості в міжнародних відносинах, що виражається у вигляді реституції об'єктів культури, переміщених внаслідок Другої світової війни, а також обходить стороною право постраждалих держав на компенсацію зі сторони держави, відповідальної за агресію та нанесену шкоду. Основним лейтмотивом представленого проекту є зрівняння в правах держав-агресорів та постраждалих держав, що очевидно не відповідає ні загальним принципам права, ні чинним принципам та звичаям, глибоко вкорінених в міжнародному праві, норми якого вимагають забезпечення постраждалим сторонам право вимагати реституцію в компенсаторній формі або відповідну компенсацію. Крім того, цей проект декларації має не виправдано фрагментарний характер, в той час, коли інтереси міжнародного співтовариства вимагають більш широкого врегулювання питання повернення об'єктів культури.

Загально відомо, що більшість культурних цінностей України, вивезених за її межі під час Другої світової війни, знаходяться в приватних музеях, в тому числі західноєвропейських та американських держав, значна частина перебуває в Російській Федерації [1, с. 311], відтак Німеччина зобов'язана співпрацювати в питаннях повернення культурної спадщини України з Російською Федерацією та іншими державами. Російський дослідник С. Молчанов, який займаючись аналогічними проблемами в Російській Федерації, пропонує німецькій стороні створити спеціальний фонд на федеральному рівні, в завдання якого входило б викуп культурних цінностей у відповідності з внутрішнім правом Німеччини, включаючи можливі виплати добросовісному набувачу та їх безоплатна реституція. Публікації останнього часу показують, що багато німців, в руках яких знаходяться вивезені з СРСР цінності, моли б повернути їх при наявності відповідної легалізації та державної підтримки [8, с. 165].

Відповідно до ст. 34 Статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння 2001 р. повне відшкодування за шкоду, спричинену міжнародно-протиправним діянням, здійснюється у формі реституції, компенсації і сатисфакції або окремо, або в поєднанні.

У першому варіанті Принципів містилося положення про те, що у випадках, коли спірні культурні об'єкти не знайдено, чи вони знищені або коли компен-

саторна реституція неможлива, на відповідальну державу покладається обов'язок надати відповідну компенсацію. Такий принцип повністю узгоджувався зі ст. 36, яка передбачає можливість компенсувати спричинену шкоду за міжнародно-протиправне діяння, якщо така шкода не відшкодована реституцією. Компенсація має бути цільовою, тобто спрямовуватись на культурний розвиток держави, з території якої культурні цінності були переміщені або де мала місце втрата їх належності. Такі кошти можуть бути спрямовані на забезпечення навчання фахівців з культурної спадщини, полегшення співробітництва між культурними установами або допомоги в реставрації культурних об'єктів.

При проведенні переговорів офіційна Німеччина визнає свою провину перед українським народом за дії під час Другої світової війни та висловлює співчуття. Такі дії Німеччини можуть розцінюватись як нематеріальна відповідальність у формі сатисфакції, яка відповідно до ст. 37 Статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння, полягає у визнанні правопорушення, висловленні співчуття, офіційному вибаченні або в іншій схожій формі. Проте, Німеччина не позиціонує це як відповідальність. Враховуючи ті величезні збитки, що були завдані культурній спадщині українського народу, однієї сатисфакції Німеччини не є достатньо.

В самому проекті Декларації зазначено, що ці принципи мають необов'язковий характер і покликані слугувати загальним орієнтиром при проведенні двосторонніх або багатосторонніх переговорів з метою сприяння укладенню угод, що стосуються предметів культури. Крім того, незважаючи на не зовсім вдалий і справедливий зміст цих принципів, навіть саме звернення міжнародного співтовариства на універсальному рівні до такого питання та спроба певним чином урегулювати ці проблеми свідчить про актуальність та доцільність продовжувати працювати в цьому напрямку для України. Німеччина має величезний борг перед всім українським народом та невиконаний обов'язок перед Україною щодо пошуку та повернення культурних цінностей, вивезених під час Другої світової війни.

Для захисту своїх прав та постановки питання перед Німеччиною про реституцію, компенсаторну реституцію або про компенсацію в будь-якій іншій формі Україні необхідно володіти точними даними про втрати культурних цінностей та підрахований розмір збитків. Для цього слід провести вивчення в Національному архіві США документів, що стосуються переміщення культурних цінностей СРСР в Американській зоні окупації Німеччини, оприлюднити всі гітлерівські архіви та дослідити архівний комплекс Радянської Військової Адміністрації в Німеччині (РВАН). Доцільним є також створення єдиної комп'ютерної бази втрачених цінностей на території України.

Проте, вивчення обставин переміщення культурних цінностей ускладнюється недоступністю для українських дослідників архівних матеріалів РВАН, які досі перебувають у Російській Федерації на секретному зберіганні, зокрема матеріалів Відділу реституції Управління репарацій і поставок, через який і здійснювалася передача цінностей з американської зони окупації до Берліна і далі до Москви. За певних політичних обставин співробітництво України та Російської Федерації у сфері повернення культурних цінностей, переміщених внаслідок Другої світової війни, м'яко кажучи, не є плідним. Тому тут доречною є пропозиція В.І. Акуленка щодо залучення до переговорного процесу Україна – Російська

Федерація і третю сторону – Німеччину – державу, що є відповідальна за вивезення культурних цінностей з України. Слід пам'ятати, що питання реституції привласнених або незаконно вивезених культурних цінностей є достатньо складним та делікатним в правовому та історичному плані, яке має важливе соціально-політичне значення, тому його вирішення необхідно здійснювати використовуючи, крім правових, дипломатичні засоби.

1.3. Відповідальність за порушення норм в сфері охорони культурної спадщини в мирний час

В низці конвенцій та рекомендацій ЮНЕСКО та Ради Європи містяться міжнародно-правові зобов'язання держав встановити кримінальну, адміністративну та інші форми відповідальності фізичних осіб за вчинення тих чи інших дій проти певних об'єктів культурної спадщини, що були предметом цих документів. Як зазначає В.І. Акуленко, відповідальність за спричинення пошкоджень або руйнування об'єктів культурної спадщини покладається на державу-учасницю багатосторонніх договорів, яка має привести внутрішнє законодавство у відповідність з міжнародними стандартами [7, с. 472]. Так, в рамках ЮНЕСКО ухвалено Конвенцію про заходи, спрямовані на заборону і запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на культурні цінності 1970 р., Рекомендацію про охорону на національному рівні культурної та природної спадщини 1972 р., Рекомендацію про збереження культурних цінностей, яким загрожує небезпека внаслідок проведення громадських чи приватних робіт 1968 р. У рамках Ради Європи укладено Європейську конвенцію про правопорушення щодо культурних цінностей 1985 року.

У 1972 р. під егідою ЮНЕСКО було схвалено Конвенцію про охорону всесвітньої культурної та природної спадщини, відповідно до якої створений міжнародно-правовий механізм охорони об'єктів культури і природи видатного універсального значення, які занесені до Списку всесвітньої спадщини. На сьогодні в Списку нараховується 936 об'єктів, серед них всесвітньо відомі Версальський палац та парк (Франція), Акрополь в Афінах (Греція), Тадж-Махал (Індія), озеро Байкал (Російська Федерація), Києво-Печерська лавра (Україна) тощо. Цей Список постійно оновлюється за рахунок включення нових об'єктів.

Основою міжнародно-правового механізму охорони культурних об'єктів є Комітет всесвітньої спадщини, що складається з представників 21 держави та має повноваження згідно з Конвенцією 1972 р., і який функціонує від імені всього міжнародного співтовариства. Важливою складовою є Фонд охорони всесвітньої спадщини, створений для фінансової підтримки діяльності Комітету і надання міжнародної допомоги державам в охороні і популяризації об'єктів всесвітньої спадщини [9, с. 130-181]. Виходячи з положень концепції Конвенції 1972 р., держави, культурні та природні цінності яких включені до Списку всесвітньої спадщини, несуть відповідальність за збереження та популяризацію таких об'єктів перед всім міжнародним співтовариством.

Міжнародно-правового механізму негативної відповідальності (тобто відповідальності за порушення такого роду зобов'язання) в цій сфері Конвенцією 1972 р. не передбачено і, відповідно, на практиці не існують правові можливості щодо реалізації таких прав ні групою (учасниками-конвенції), ні міжнародним співтовариством в цілому. Як зазначає М.М. Богуславський, у Конвенції

1972 р. не відпрацьовано інститут відповідальності держав за спричинення пошкоджень культурної спадщини інших народів, а також взяття ними превентивних зобов'язань для упередження руйнувань пам'яток культури, а також усунення загрози щодо них [10, с. 45], і не передбачається прямо, хто наділений повноваженнями щодо встановлення факту та кваліфікації таких порушень [10, с. 41]. Західні дослідники також звертають увагу на той факт, що даний міжнародно-правовий акт не передбачає суб'єкта, компетентного встановлювати чи було порушення такого роду [11, с. 54]. До того ж, у Конвенції 1972 р. не визначається, що повинно розумітись під «завданням прямо чи опосередковано шкоди культурній та природній спадщині». В такому разі ця проблема вирішуватиметься, на думку французького дослідника Е. Рукуна, відповідно до загальних правил міжнародного права, які застосовуються при мирному врегулюванні міжнародних спорів і спірних ситуацій [11, с. 57-58].

Разом з тим, у документі, ухваленому Комітетом всесвітньої спадщини - Настановах, що регулюють виконання Конвенції про охорону всесвітньої спадщини (п.п. 46-56), передбачена процедура можливого виключення об'єкту зі Списку за порушення державою умов його збереження. В такому випадку за недотримання державою положень Конвенції на державу може бути накладено санкцію у вигляді виключення об'єкту зі Списку. Комітет всесвітньої спадщини неодноразово робив зауваження і попередження багатьом державам за недотримання умов Конвенції 1972 р. в частині забезпечення збереження об'єктів всесвітньої спадщини. Таке зауваження було отримане і Україною за будівництво в охоронній зоні Собору св. Софії у Києві, історичного центру м. Львова, що є об'єктами всесвітньої спадщини.

У липні 2007 р. зі Списку всесвітньої спадщини був виключений об'єкт під назвою «Заповідник арабської антилопи», внаслідок того, що влада Оману вирішила зменшити площу заповідника на 90 % всупереч вимогам Настанов. Комітет всесвітньої спадщини вирішив, що одностороннє зменшення площі заповідника та плани промислового виробництва знищать цінність об'єкту, який є одночасно і притулком для інших зникаючих видів, зокрема, арабської антилопи. Це було розцінено Комітетом як знищення видатної універсальної цінності об'єкту, який був внесений у Список у 1994 р., тобто як втрата властивостей об'єкту всесвітньої спадщини. У 2009 р. Комітет всесвітньої спадщини виключив зі Списку долину ріки Ельба в Німеччині також за порушення положень вищезазначених Настанов.

Питання відповідальності в Конвенції 1972 р., як справедливо вважає В.І. Акуленко, знайшли своє місце, але не як відповідальність держав за спричинення шкоди культурним цінностям інших держав, а як їх обов'язок не допускати подібних дій [12, с. 357]. Мова йде про так звану позитивну відповідальність держав в цій сфері, тобто про покладення обов'язків на суб'єкти. Так ст. 5 п. d Конвенції зобов'язує їх вживати відповідних юридичних, адміністративних і фінансових заходів для виявлення, охорони, збереження і популяризації і відновлення цієї спадщини. Відповідно до п. 2 та 3 ст. 6 Конвенції держави-сторони конвенції зобов'язуються сприяти визнанню, охороні, збереженню та популяризації культурної та природної спадщини, а також не вдаватися до яких-небудь навмисних дій, що могли б завдати прямо чи опосередковано шкоди культурній та природній спадщині.

1.4. Відповідальність за порушення зобов'язань *erga omnes* щодо культурної спадщини

Виходячи суто з конвенційних норм кожна держава несе позитивну відповідальність за дотримання норм конвенції перед колективом її учасників. Поряд з цим, якщо проаналізувати концептуальні положення, які були покладені в основу Конвенції ЮНЕСКО про охорону всесвітньої культурної та природної спадщини 1972 р. та виходячи з духу останньої, будь-яка держава несе такі зобов'язання перед всім міжнародним співтовариством в цілому (перед третіми державами також). Ще у 1997 р. Генеральна конференція ЮНЕСКО прийняла Декларацію про відповідальність сучасних поколінь перед майбутніми поколіннями, ст. 7 якої зазначає, що сучасні покоління повинні ідентифікувати, захищати та зберігати матеріальну культурну спадщину та передавати цю загальну спадщину майбутнім поколінням [13].

У доктрині міжнародного права та сучасній практиці такі зобов'язання отримали назву *erga omnes* (лат. – такий, що розповсюджується на всіх), тобто це кваліфікація загальних обов'язків, які поширюються на всі держави. Між власне державою та міжнародним співтовариством як сукупністю держав складаються відносини, які ґрунтуються на нормах загального права і на необхідності захисту фундаментальних інтересів цього співтовариства [14, с. 363].

В частині, що стосується імплементації міжнародної відповідальності держав (ст. 42 Статті про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння, прийняті Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 56\589 від 12 грудня 2001 р.) визначається, що держава будь-яка [уточнення – О.М.] в якості потерпілої може притягнути до відповідальності іншу державу, якщо порушене зобов'язання є зобов'язанням по відношенню до групи держав, що включає цю державу або міжнародного співтовариства в цілому. Ці положення представляють важливий крок в прогресивному розвитку міжнародного права як права міжнародного співтовариства [15, с. 300]. В цьому праві на перший план висувуються загальні інтереси держав, що забезпечуються колективними зусиллями членів співтовариства. Особливе значення в цьому випадку має та обставина, що не тільки підтверджується існування зобов'язань по відношенню до міжнародного співтовариства, але й робиться важливий крок до забезпечення їх поваги [16; 17].

В п. 1(а) ст. 48 Статтей про відповідальність держав за міжнародні протиправні діяння мова йде про «колективні зобов'язання» під якими розуміються такі, що діють в рамках групи держав і спрямовані на захист певних колективних інтересів. Прикладом можуть бути договори про колективну безпеку або про регіональну без'ядерну зону. Маються на увазі також зобов'язання, покликані забезпечити інтереси не тільки учасників, але й більш загальні інтереси, включаючи інтереси спільні, наприклад, зобов'язання щодо встановлення свободи судноплавства в протоці або каналі.

Стаття 48 стосується притягнення до відповідальності правопорушника державами, які не відносяться до категорії потерпілих, а діють в загальних інтересах. В таких випадках держава діє не в цілях захисту своїх індивідуальних інтересів, не на тій підставі, що їй спричинений прямий збиток, а в силу того, що вона є членом групи держав, загальні інтереси яких стосуються правопорушення, або в силу того, що вона є членом міжнародного співтовариства. Німецький професор

К. Томушат вважає, що ріст «колективності суверенних держав є результатом необхідності забезпечити взаємні інтереси» [18, с. 310]. Тенденція розвитку спрямована на спільні та організовані дії співтовариства держав, яке санкціонує примусове забезпечення міжнародної відповідальності держав.

Такі дії повинні здійснюватися спільними зусиллями всіх держав світу через установи, створені спільно всіма державами світу [15, с. 78]. В такому випадку, якщо певна держава не виконує свої конвенційні зобов'язання, будь-яка інша держава разом з іншими чи самостійно має право притягнути до відповідальності шляхом звернення до міжнародних судових органів, аж до застосування контрзаходів.

В п. 1(b) ст. 48 говориться про право інших держав, ніж потерпілі, притягувати до відповідальності у випадку порушення зобов'язання щодо міжнародного співтовариства в цілому. Незважаючи на те, що вислів *erga omnes* не вживається, саме п.п. 1(b) ст. 48 відображає концепцію зобов'язань *erga omnes* [15, с. 302]. Положення п. 1(b) ст. 48, відповідно до якого всі держави можуть заявляти вимоги у випадку порушення зобов'язання перед міжнародним співтовариством, користується загальним визнанням і це право, як зазначає І.І. Лукашук, не слід обмежувати лише випадками серйозних порушень [15, с. 304]. Британський вчений Р. О'кіф вважає, що в силу своєї природи та внаслідок аналізу тексту, Конвенція 1972 р. відображає загальний інтерес щодо збереження культурної спадщини в цілому, а зобов'язання ст. 4 цієї Конвенції визначаються як зобов'язання перед всіма державами-учасниками останньої, тобто щодо захисту колективних інтересів цієї групи (відповідно до п. 1а ст. 48 Статтей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння) [19, с. 190].

При цьому слід зазначити, що зобов'язання відповідно до Конвенції 1972 р. є договірними, тобто вони не можуть створювати прав та обов'язків для третіх держав згідно з Віденською конвенцією про право міжнародних договорів 1969 р. Проте, якщо взяти за основу не лише норми Конвенції 1972 р., а виходити з положень концепції *всесвітньої культурної спадщини*, яка є загальною спадщиною людства (тобто такою, що належить всьому міжнародному співтовариству) в суто теоретичному плані, виходячи з важливості відносин, які регулюються Конвенцією, зобов'язання кожної окремої держави слід вважати таким, що є зобов'язанням по відношенню до міжнародного співтовариства в цілому, тобто *erga omnes*, яке передбачене п. 1(b) ст. 48 Статтей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння. Звідси, теоретично, будь-яка держава, навіть не будучи учасницею Конвенції 1972 р. (третя держава), має право притягнути державу-порушницю зобов'язання по Конвенції 1972 р., керуючись положенням п. 1(b) ст. 48 вищезазначеного акту.

В будь-якому разі і перше і друге обґрунтування можливості притягнення до відповідальності (кваліфікація відповідно за п. 1(a) ст. 48 або за п. 1(b) ст. 48 Статтей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння) є суто теоретичними моделями, і тому на сьогоднішній день практичного значення вони не мають.

Оскільки юридичні, зокрема, судові процедури притягнення до відповідальності держав за порушення зобов'язань в сфері охорони культурної спадщини відсутні, на сучасному етапі єдиним засобом впливу на порушника є дипломатичний вплив. Аналогічну думку висловлює і британський науковець Р.О'Кіф,

який вважає дипломатичний шлях єдиним реальним заходом в такій ситуації [19, с. 208]. Якщо держава не забезпечує в мирний час захист, збереження та передачу майбутнім поколінням культурної спадщини, розташованої на її території, не дивлячись на те чи є стороною Конвенції 1972 р. порушниця чи інші держави, будь-яка з останніх може самостійно чи в рамках ЮНЕСКО або інших органів ООН закликати порушницю до виконання вищезазначених обов'язків та висловлювати протести у випадку їх нехтування. Яскравими прикладами можуть бути протести багатьох держав світу, міжнародних організацій проти знищення культурних пам'яток Афганістану.

Так, трагічний випадок навмисного руйнування протягом 1998-2001 рр. в Афганістані пам'яток культури та інших творів мистецтва, що зображують людину, шокував все міжнародне співтовариство. Несприйняття владою Талібану інших культур зайшло так далеко, що таліби почали знищувати всі доісламські та буддистські пам'ятки. У 2001 р. емір Талібану, видав указ щодо зруйнування стародавніх статуй Будди в долині Баміан (культурний ландшафт та археологічні залишки, якої занесені в Список всесвітньої спадщини ЮНЕСКО) [20]. Такі вчинки викликали хвилю протестів та засудження як з боку міжнародних організацій, так і багатьох держав світу, навіть ісламських [19, с. 201].

Генеральний директор ЮНЕСКО назвав ці дії «злочином проти культури» [21, с. 32-33]. Цей випадок став причиною прийняття Генеральною Асамблеєю держав-учасниць Конвенції про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини 1972 р. Резолюції з захисту культурної спадщини Афганістану, в якій такі дії були визнані злочином проти культурної спадщини людства [22]. В доктрині такі вчинки були названі навіть культурним геноцидом [23, с. 273].

Звичаєвий характер заборони знищення культурних об'єктів (в тому числі знищення або умисне пошкодження об'єктів релігійного значення) під час збройних конфліктів було явно підтверджено Міжнародним кримінальним трибуналом по колишній Югославії у вироку, в якому обидва підсудних Даріо Кордік та Маріо Церкез були визнані винними у такому злочині проти культурної спадщини через їх умисні збройні атаки стародавніх мечетей Боснії та Герцоговини, відповідно до якого «систематичне руйнування пам'яток або будівель, що мають значення для соціальних, релігійних, культурних громад» становить злочинне діяння [24]. В той же час австралійська Група юристів, що спеціалізуються з права охорони навколишнього середовища, зокрема, А. Флемінг, пропонують на міжнародно-правовому рівні встановити перелік діянь, які будуть тлумачитись як злочин по відношенню до всесвітньої спадщини, а також визначити необхідні комплексні заходи щодо ефективного збереження та консервації таких об'єктів [25, с. 7].

На 31-й сесії Генеральної конференції ЮНЕСКО в 2001 р. через кілька днів після вищезазначених подій в Афганістані було прийнято Резолюцію під назвою «Акти, які становлять злочин проти загальної спадщини людства» [26]. Генеральна конференція закликала всі держави максимізувати захист всієї культурної спадщини людства, особливо від деструктивних актів, та не допускати подібних випадків. Ця резолюція також містила пропозицію прийняти Декларацію щодо навмисного руйнування культурної спадщини. Схожі документи, в яких осуджувались дії Талібанської влади, були ухвалені Генеральною Асамблеєю ООН, у тому числі і Радою Безпеки ООН [27]. Як справедливо підмітив Р.О'Кіф,

що в цих міжнародних актах не йшлося про порушення зобов'язань Талібанською владою відповідно до Конвенції 1972 р., а констатувалося порушення загальних зобов'язань щодо збереження та захисту культурної спадщини [19, с. 198].

В той час як інститути відповідальності держав і мирного вирішення спорів грають певну роль при забезпеченні виконання цілого ряду угод щодо забезпечення, наприклад, охорони навколишнього середовища, їх роль в цьому плані в дійсності досить обмежена. Відповідальність держав та мирне урегулювання спорів можливі у випадку встановлення протиправності міжнародного акту, що є значною трудностю. Крім того, оскільки відшкодування збитків в більшості випадків є в кінцевому результаті тільки частковим і недостатнім, на перший план висувається вимога попередження протиправного діяння. Це положення сприяло розвитку ефективних механізмів міжнародного співробітництва, які в своїй сукупності передбачають здійснення колективних контрольних процедур з метою забезпечення нагляду за виконанням угод в сфері охорони навколишнього середовища. В якості прикладу таких процедур професор Університету Женеви Б.Шазурне називає подання державами періодичних доповідей про хід виконання ними взятих на себе міжнародних зобов'язань у цій сфері. За останній час під впливом послідовної міждержавної політики були напрацьовані спеціальні процедури на випадок невиконання міжнародних зобов'язань, які передбачають заходи колективного і гнучкого реагування [28, с. 56].

Тенденція розвитку міжнародного права спрямована на спільні та організовані дії співтовариства держав, яке санкціонує примусове забезпечення міжнародної відповідальності держав. Такі дії повинні здійснюватися спільними зусиллями всіх держав світу через установи, створені спільно всіма державами світу [15, с. 78]. Про можливість застосування колективних санкцій у рамках ЮНЕСКО, навіть і не передбачених в Статуті цієї організації, за порушення норм, що стосуються охорони культурної спадщини говорять італійські професори Франческо Франціні та Фредерико Ленцеріні [29, с. 619-651]. В такому випадку, якщо певна держава не виконує свої конвенційні зобов'язання, будь-яка інша держава разом з іншими чи самостійно має право притягнути до відповідальності шляхом звернення до міжнародних судових органів, аж до застосування контрзаходів.

У будь-якому разі в міжнародному праві вже намітилися тенденції щодо розвитку в майбутньому зобов'язань *erga omnes* та відповідного юридичного закріплення механізму реалізації своїх прав кожної держави як представника міжнародного співтовариства в цілому. В плані *de lege ferenda* правовою основою для створення механізму реалізації негативної відповідальності за порушення зобов'язань щодо охорони та захисту культурної спадщини можуть бути принципи, закладені в Резолюцію Генеральної конференції ЮНЕСКО «Акти, що становлять злочини проти загальної спадщини людства», зазначені вище. Виходячи з тенденцій розвитку міжнародного права, більш доцільним при визначенні та розробці вказаного механізму було б застосування саме другої моделі, тобто одночасно права та обов'язку щодо збереження культурної спадщини кожної держави перед кожною державою (тобто всім міжнародним співтовариством в цілому), незалежно від їх участі в Конвенції ЮНЕСКО про охорону всесвітньої культурної та природної спадщини 1972 р., що становитиме зобов'язання *erga omnes*.

Висновок. Таким чином, при вирішенні проблем міжнародно-правової відповідальності в сфері охорони культурної спадщини необхідно враховувати весь комплекс обставин, в тому числі політичних, та специфіку цієї сфери, що вимагає делікатності. Складність та неоднозначність у позиціях багатьох держав щодо цих питань вимагає також проведення подальших глибоких наукових досліджень, застосовуючи знання не лише юридичних, але й історичних, політологічних, культурологічних наук для їх вирішення на практиці.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Акуленко В.І.* Формування міжнародно-правової позиції України в охороні культурних цінностей // Суверенітет України і міжнародне право. – [відп. ред. д.ю.н. В.Н. Денисов]. – К., 1995. – С. 298-319.
2. *Богуславский М.М.* Культурные ценности в международном обороте: правовые аспекты. – М., 2005. – 427 с.
3. *Акуленко В.І.* Реституція культурних цінностей як вид матеріальної відповідальності у міжнародному праві // Праці Центру пам'яткознавства. – К., 2008. – Вип. 13. – С. 55-70.
4. *Акуленко В.І.* Реституція культурних цінностей як вид матеріальної відповідальності у міжнародному праві // Праці Центру пам'яткознавства. – К., 2008. – Вип. 14. – С. 15-29.
5. *Кот С.* Україна між Заходом і Сходом: проблеми повернення й реституції культурних цінностей // Памятки України: історія та культура. – 2006. – № 4. – С. 3.
6. Нюрнбергский процес над главными немецкими военными преступниками. Сб. док. в 7 т. – М., 1990. – Т.4. – С. 406-435, 452-456.
7. *Акуленко В.І.* Імплементация міжнародно-правових норм у внутрішнє право України у сфері охорони культурної спадщини // Взаємодія міжнародного права з внутрішнім правом України / За ред. В.Н. Денисова. – К., 2006. – С. 458-507.
8. *Молчанов С.Н.* К вопросу о реституции культурных ценностей // Московский журнал международного права. – № 4. – 1998. – С. 165.
9. *Мельничук О.І.* Міжнародно-правовий статус всесвітньої культурної і природної спадщини. – К., 2008. – 285 с.
10. *Богуславский М.М.* Международная охрана культурных ценностей. – М.: Международные отношения, 1979. – 192 с.
11. *Roucoinas E.* Aspects Juridiques de la Protection du Patrimoine Mondial, Culturel et Naturel // Revue Hellenique de Droit International. – 1972. – № 1-4. – P. 47-59.
12. *Акуленко В.І.* Взаємодія норм міжнародного права і законодавства України про відповідальність у сфері охорони культурної спадщини // Правова держава: щорічник наукових праць. – К., 2002. – Вип. 13. – С. 357.
13. Declaration on the Responsibilities of the Present generations Towards Future Generations, 12 Nov. 1997: UNESCO DOC 29 C / Res 44.
14. *Євінтов В.І.* Ерга Омнес // Юридична енциклопедія – К., 2001. – Т. 2. – С. 363.
15. *Лукашук И.И.* Право международной ответственности. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 406 с.
16. *Лукашук И.И.* Глобализация, государство и право, XXI век. – М., 2000. *Lukashuk I.* The Law of International Community // International Law on the Eve of the Twenty-first Century. – N.Y., 1997.
17. *Tomuschat C.* Obligations Arising for States without or Against their Will // RdC. – 1993. – IV. – Т. 4; *Mosler H.* International Legal Community // European Journal of International Law. – № 7. – 1984. – P. 310.
18. *O'Keefe R.* World Cultural Heritage: Obligations to the International Community as a Whole? // International & Comparative Law Quarterly. – # 53. – January, 2004. – P. 190.
19. *Amin Saikal, Ramesh Thakur.* Vandalism in Afghanistan and No One to Stop It // The International Herald Tribune. – Tuesday, March 6, 2001.

20. *Bэрри М.* Афганское культурное наследие: не пора ли его вывозить? // Курьер ЮНЕСКО. – 2001. – Сентябрь. – С. 32-33.
21. UNESCO Doc 31C / Res. 26, 2 Nov 2001.
22. *Timothy, Dallen J., Stephen W. Boyd.* Heritage Tourism. – London : Pearson Education Limited / Prentice Hall, 2003. – P. 273.
23. Report of the International Law Commission on the work of its 43rd session, 29 April-19 June 1991, doc.
24. *Atticus Fleming.* The World Heritage Properties Conservation Act 1983. – Paper presented at the Australian Committee for IUCN Workshop on Management of Australia's World Heritage Areas. – Richmond. – 7-9 August 1995. – P. 7.
25. UNESCO Doc 31C / Res 26, 2 Nov 2001.
26. GA Res 53/165, 9 Dec 1998, GA Res 54/185, 17 Dec 1999, GA Res 55/119, 4 Dec 2000; SC Res 1267 (1999), SC Res 1333 (2000).
27. *Boisson de Chazournes L.* La Mise en Oeuvre du Droit International dans le Domaine de la Protection de l'Environment: Enjeux et Defis // Revue Generale de Droit International Public. – 1995. – Т. 99. – № 1. – P. 56.
28. *Francesco Francioni, Federico Lenzerini.* The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law // European Journal of International Law. – 2003. – Vol. 14. – No. 4. – P. 619-651.

Мельничук О.І. Особливості міжнародно-правової відповідальності в сфері охорони культурної спадщини

У статті проаналізовані міжнародно-правові проблеми відповідальності, що виникають у сфері охорони культурної спадщини. Значна увага приділена питанням реституції культурних цінностей, втрачених Україною під час та внаслідок Другої світової війни. Досліджуються питання відповідальності за порушення норм у сфері охорони культурної спадщини в мирний час, у тому числі з точки зору концепції зобов'язань erga omnes.

Ключові слова: міжнародно-правова відповідальність, реституція, культурні цінності, всесвітня спадщина ЮНЕСКО, зобов'язання erga omnes.

Мельничук Е.И. Особенности международно-правовой ответственности в сфере охраны культурного наследия

В статье анализируются международно-правовые проблемы ответственности, возникающие в сфере охраны культурного наследия. Значительное внимание уделяется вопросам реституции культурных ценностей, утраченных Украиной во время и вследствие Второй мировой войны. Исследуются вопросы ответственности за нарушение норм в сфере охраны культурного наследия в мирное время, в том числе с точки зрения концепции обязательств erga omnes.

Ключевые слова: международно-правовая ответственность, реституция, культурные ценности, всемирное наследие ЮНЕСКО, обязательства erga omnes.

Melnychuk O.I. Peculiarities of liability under International law with regard to cultural heritage protection

International legal issues of liability with regard to cultural heritage protection are analysed in the article. Special attention is drawn to restitution of cultural property lost by Ukraine during World War II. Issues of liability for breaching the norms in the area of cultural heritage protection in peacetime, including the concept of erga omnes obligations are investigated.

Key words: liability under International law, restitution, cultural property, UNESCO World Heritage, Erga Omnes Obligations.

Стаття надійшла до редакції 24.04.2012.

ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ДЕФІНІЦІЙ ЗАКОН І ЗАКОННІСТЬ У ЧАСОВІЙ РЕТРОСПЕКТИВІ

І. П. Малютіна

кандидат історичних наук

доцент кафедри суспільних наук

ВНЗ «Національна академія управління»

Постановка проблеми. У класичному розумінні законність виступає абстрактно-теоретичною концепцією, що є основою правової ідеології держави і суспільства. По суті це соціально-правова категорія, що відображає стан суспільства в усіх його сферах життєдіяльності і впливає на їх подальше функціонування і розвиток, де законність є формою вираження закону. Теоретико-філософське і правове розуміння дефініцій закон і законність вимагає вивчення ідей видатних мислителів в історичній ретроспективі їх появи, власне чому і присвячене дане дослідження.

Аналіз досліджень та публікацій. Різноманітним аспектам названої проблематики присвячено праці М.Ібрагімовича, О.Мартиненка, Р.Мельник, С.Околіти, П. Юркевич, П.Рабіновича, Ю.Римаренка, О.Скакун, В.Тация та ін.

Мета статті. Оглядом висвітлити й узагальнити ідеї, що є теоретико-правовим підґрунтям розуміння дефініцій закон і законність, оскільки вони вимагають не тільки правового, а й філософсько-методологічного аналізу.

Основні результати дослідження. Мислителі античності значну увагу приділяли пошуку розуміння сутності держави і права, ролі і місця закону, законності і справедливості. Закони існують для того, стверджував Демокрит, щоб регулювати життя людей, але власне від самих людей залежить їх добробут за умови підкорення чи не підкорення законам [1, с. 170]. Закон, – вважав Демокрит, – прагне узлагодити життя людей, але він зможе бути дієвим тільки у тому випадку, якщо люди прагнуть миру та злагоди у суспільстві. Філософ стверджував, що закон має вплив лише на тих, хто йому підкоряється. Основна ідея, яку висував мислитель античності, полягала в тому, що у суспільстві, незалежно від форми правління, повинні панувати закон і законність.

Зрозумілими сьогодні є й ідеї Платона, що у своїх концепціях уже враховував емпіричний досвід попередників. «Сократ, – писав Платон, – прославляв закони своєї держави і вимагав їх виконання всіма громадянами до того часу, поки вони не будуть скасовані» [2, с. 126]. Справедливість і закон, підкреслював Платон, – найпрекрасніші речі, а найганебніші – несправедливість і беззаконня, і, саме вони можуть згубити державу. Платон акцентував увагу на тому, що суспільство не може існувати без законів. Вони керують шлюбом, освітою і вихованням

громадян держави. Вважав, що закони для громадянина мають бути важливішими ніж воля його батьків. Проте Платон ототожнював такі поняття, як «Держава» і «Батьківщина». «Всюди потрібно, – цитував Платон Сократа, – виконувати те, що вимагає Держава і Батьківщина. Якщо Батьківщина сердиться, то її треба боятися, а якщо вона винесе вирок, то необхідно перетерпіти хоч на тому шляху будуть різкі і в'язниці» [2, с. 126]. Отже, держава і батьківщина стають найближчими і найріднішими для громадянина, а їхні закони, якими б вони не були, всі повинні виконувати. Держава має насамперед піклуватися про те, щоб закони не тільки виконувалися громадянами, а й щоб самі керівники і законодавці суворо дотримувалися законів і керувалися ними, оскільки саме це гарантує побудову сильної і організованої держави. Платон вважав, що керувати державою і видавати закони – важкий і відповідальний обов'язок, тому, на його думку, правителі і законодавці повинні бути фахівцями мудрими і досвідченими в управлінні державою і суспільством, мають володіти високими моральними якостями, – тоді закони будуть розумними і справедливими. «Мудрий законодавець, – пояснював Платон, – турбується не тільки про те, щоб створити кращі соціальні умови і захист лише для якогось окремого соціального прошарку, а й такі умови, за яких усі соціальні верстви населення були б щасливими» [3, с. 69]. Платон не залишив поза увагою і проблему злочинності в суспільстві. Злочинець повинен бути покараний. «Як хворому краще довірити своє тіло лікареві, так і злочинцеві, – на думку філософа, – краще постати перед законом, оскільки всяке покарання і є лікуванням блудної душі» [3, с. 470]. Платон вважав, що для запобігання злочинності необхідно насамперед, щоб молодь жила згідно з правилами, звичаєм та законами суспільства, а держава – змушувала вивчати її закони і жити відповідно до них.

У контексті нашої теми неможливо оминати філософсько-правові концепції Арістотеля, що значну увагу приділяв ролі права, законам і законності в розвитку і функціонуванні суспільства. «Тільки той державний устрій, – підкреслював філософ, – який дбає про загальне благо, спираючись на сурову справедливість і законність, є правильним» [4, с. 456]. Арістотель підкреслював виняткову важливість судової політики. «Закони, – вважав Арістотель, – слід видавати і пристосовувати до конкретного державного устрою, а не навпаки, підганяти державний устрій до законів» [4, с. 488]. Якщо закони будуть узгоджені з формою державного устрою, то вони будуть справедливі. Для того, щоб зберегти державний устрій, повинні існувати такі закони будівництва держави, які відповідають соціальним інтересам усіх громадян. «На основі законів правителі повинні правити, а також спостерігати за порушниками законів», – стверджував Арістотель [4, с. 488]. Філософ розглядав закони як засіб, за допомогою якого існує реальна можливість зберегти існуючий державний устрій і спокій у суспільстві. Звертаючись до законодавців і правителів, Арістотель підкреслював, що «ніякої користі не принесуть самі корисні закони, якщо громадяни не будуть привчені до державного порядку, бо, якщо не дисциплінований один – недисциплінована і вся держава» [4, с. 551]. Не залишив поза увагою Арістотель проблеми законності та покарання. Він, як і його вчитель Платон, вважав, що порушники законів повинні нести відповідальність перед державою і суспільством. Розглядаючи сутність правопорушень, Арістотель підкреслював, що їх здійснюють через саму людську сутність, бо люди прагнуть багатства, влади, могутності і слави, такі прагнення

«не знають ніяких меж». Порушників законодавець повинен карати, а невинуватих позбавляти суспільного статусу. Кара, за Арістотелем, – засіб, яким «закон відвертає людину від лихих дій: він «відучує її від лиха і привчає до добра». А коли пристрасті призводять людину до лиходійства, і воно стає невиліковним, тоді особу вилучають із держави. Таке покарання відбувається в інтересах як держави, так і злочинця, і має на меті попередити злочин. «Воно лікує, коли коїться злочин і очищає державу від лихих людей, коли вони виявляються невинуватими» [5, с. 106]. Арістотель переконував, що в державі, де править закон, перекриті всі можливості для зловживань. Отже, мислителі Античності створили міцне теоретико-правове підґрунтя, на якому продовжували будувати свої концепції мислителі Середньовіччя. Спираючись на ідеї своїх попередників, вони пов'язували проблеми держави і права із християнською релігією і мораллю.

Вже за доби середньовіччя Фома Аквінський сформулював свою теорію права. Для нього право – це сфера правди, справедливості і законності. Закон, на думку мислителя, повинен втілювати загальне благо всіх членів суспільства та впроваджуватися всім суспільством, або тими його представниками, кому воно довірило видавати ці закони. На його думку, саме такий порядок автоматично забезпечує виконання і дотримання законності [6, с. 439]. Отже, закон і законність виступають як загальне благо. Фома Аквінський дав таку класифікацію законів: вічний закон; природний закон; людський закон; божественний закон. Аналізуючи закони, які за своєю суттю є несправедливими, Аквінський виділяв два їх різновиди. До першого – відносив закони, в яких замість загального блага має місце власний інтерес і благо законодавця. До другого – ті, що суперечать природному і божественному законам. Такі закони, вважав мислитель, є не тільки необов'язковими, але їх не слід дотримуватися і виконувати. Аквінський закликав дотримуватися Божественного закону як знаряддя викорінення всього злого і гріховного в людській діяльності. Таким чином, концепції мислителя раннього середньовіччя, в яких знайшли відображення ідеї законності та справедливості, стали, в свою чергу, фундаментом, на основі якого продовжували будувати вчення про суспільство, державу і право мислителі епохи Відродження та європейського класицизму.

Вже свого часу голландський мислитель Гуго Гроцій розглядав закон і законність як важливу силу держави, що примушує громадян дотримуватися норм права [7, с. 95]. Джон Локк, аналізуючи роль закону і законності у суспільстві, схилився до думки, що метою закону є не знищення чи обмеження свободи і прав людини, а навпаки – її збереження і розширення. Отже, кожний член суспільства, керуючись своєю вигодою, повинен дотримуватись законів. Локк висунув тезу про те, що концентрація всієї повноти влади (тобто права самому видавати закони, на власний розсуд їх виконувати та карати інших) перетворюється на свавілля. «Закон, – заявляв філософ, – діє без жодних виключень і для багатого, і бідного, і для фаворита при дворі, і для селянина в полі» [8, с. 346] Англійський філософ Томас Гоббс обстоював думку, що всі члени суспільства повинні активно вивчати існуючі закони з метою їх кращого виконання. «Закони, – писав Гоббс, – слід доводити до відома будь-якої людини, яка зобов'язана їм підкорятися і їх виконувати» [9, с. 213]. З плином часу філософсько-правові концепції Гоббса розвинув нідерландський мислитель Бенедикт Спіноза, на думку якого, в

суспільстві існує вічне і незмінне природне право, притаманне природі людини. Закони, які є в суспільстві і які встановлює держава, повинні відповідати вимогам природного права, тільки за такої умови закони держави будуть «природні» і «розумні». Мета держави і права, – проголошував Спіноза, – утримувати людей у рамках розуму, щоб вони жили в злагоді й мирі. Дотримання законів і законності, їх сумлінне виконання – «це прояв істинного розуму» і «загального блага» кожного індивіда, що веде до припинення боротьби між протилежними інтересами людей. Непорушність законів «важлива умова існування суспільства, і держава зобов'язана стежити за їх дотриманням усіма громадянами, вона повинна примушувати кожного члена суспільства виконувати її розпорядження, виражені в законах» [10, с. 63].

Проблемі ролі і місця права, законів і законності присвятив свою працю «Про дух законів» французький просвітитель Шарль-Луї Монтеск'є, який був переконаний, що в суспільстві, де існує поділ влади, кожному громадянину забезпечена особиста безпека «від свавілля і зловживання властей» [11, с. 106]. Мислитель вважав, що, якщо у державі існує поділ влади на законодавчу, виконавчу і судову, які взаємно доповнюють і стримують одна одну, то такий взаємозв'язок між ними є гарантією дотримання законності. Монтеск'є суворо засуджував деспотичну форму правління, бо «в таких державах немає закону». Навпаки «природа республіканського правління, – підкреслював мислитель, – вимагає, щоб суддя не відступав від букви закону» [11, с. 226]. Монтеск'є виступав активним прихильником верховенства права і законності як гаранта прогресивного розвитку суспільства. Закон може бути встановлений законодавцем або наказом, відданим компетентною владою, яка зобов'язує нас діяти так, а не інакше, пропонує або забороняє. Отже, закон, встановлений законодавцем, відрізняється від звичаїв тим, що чітко сформульований, тоді як моральні обов'язки або заборони спеціально не виражені кодексом. У будь-якому суспільстві, на думку Монтеск'є, існують традиції і звичаї, які не встановлюються законами. Закон, переважно, визначає дію людини, а звичаї – дії і поведінку громадянина. Закони встановлює держава, а звичаї і правила поведінки формуються стихійно, і закон не вимагає їх дотримання. Ідеї французького просвітителя, серед яких важливу роль відіграє, зокрема, принцип розподілу влади, прийняття законів і законодавчих актів, які б стимулювали розвиток суспільства, не втратили своєї актуальності і в наш час.

Згодом, італійський мислитель Ч. Баккарія у праці «Про злочини і покарання» зосередив увагу на обґрунтуванні гуманістичних принципів кримінального права і процесу, особливо підкресливши, що «тільки закони можуть встановлювати покарання за злочини» і, що злочином є тільки те, що заборонено законом, а покарання може бути призначене тільки тоді, коли воно прямо вказане у законі. Тільки реальна шкода, що її ті чи інші дії завдають суспільству, є єдиним та істинним мірилом злочинів. У тісному взаємозв'язку зі злочином Баккарія розглядав покарання. Юридична відповідальність і покарання – логічний наслідок правопорушення. На основі принципу розмірності, відповідності злочину і покарання Баккарія запропонував побудувати «точну і загальну шкали злочинів і покарань», де злочини і покарання розміщувалися б відповідно і незалежно від їхньої шкоди. Покарання мусить бути неминучим. «Вплив справляє не тільки суворість покарання, скільки його неминучість», – писав Баккарія [12, с. 97]. Го-

ловний принцип, що його запропонував мислитель, – презумпція невинуватості. «Ніхто не може бути названим злочинцем, доки не винесено обвинувальний вирок і суспільство не може позбавити звинуваченого своєї опіки до того, як буде вирішено, що він порушив умови, за дотримання яких йому й забезпечувалася ця оцінка». Злочин, на думку Баккарія, може бути або доведений, або недоведений. Якщо доведений, то за нього можна накладати лише те покарання, яке встановлене законом. Значну увагу мислитель приділяв і запобіганню злочинності. «Краще попереджувати злочини, ніж карати за них. Саме в цьому головна мета кожного доброго законодавця», – писав він. А шлях до нього – розумне законодавство та освітчений народ, вихований на нормах свободи [12, с. 97].

Важливу роль у філософському осмисленні права і законності відіграла німецька класична філософія. Її родоначальник І. Кант розглядав суспільство як складний соціальний організм, в якому переплітаються справедливість і несправедливість, добро і зло, законність і беззаконня. Тільки монархічна форма правління, на думку мислителя, здатна забезпечити справедливість і законність у суспільстві. Кант наголошував на тому, що обов'язок народу поважати верховну владу та її закони. «Опір народу... вищому законодавству ні в якому випадку не повинен розглядатись інакше, як протизаконний і, більше того, як знищення всього законного державного будівництва» [13, с. 242]. Сферою права, за вченням Канта, є діяльність і вчинки людини. Право має загальнообов'язковий характер, що забезпечується примусом. Носієм цього примусу сили є держава. Держава, писав Кант, – це об'єднання людей, що підкоряється правовим законам. Отже, для Канта закон і законність виступають невід'ємними атрибутами моральної свідомості і поведінки. «Вся повага, до якої я зобов'язаний від природи, – заявляв Кант, – це повага до закону, до прав і свобод інших людей» [14, с. 521].

Проблему сутності держави і права розглядав у своїх працях німецький філософ Г. Гегель. На його думку, «закон і законність мають моральний характер». Категорії «право» і «закон» Гегель розглядав у діалектичному розвитку і вважав, що їх обов'язково повинні дотримуватися всі громадяни суспільства. «Розумні ті закони, – підкреслював Гегель, – які відповідають природі людини, її свободі» [15, с. 385]. Закони, на думку мислителя, можуть з'являтися в розвинутому суспільстві, оскільки із законом внутрішньо пов'язаний момент знання і думки, а для його появи необхідний певний рівень культурного розвитку. Тому лише правильне мислення та пізнання, яке є науковим, здатне аналізувати ті процеси, що відбуваються у правовій сфері, зрозуміти ідею права, його сутність. Гегель виступав активним прихильником широкої гласності і роз'яснення законів у суспільстві. Необхідно, – підкреслював він, – публікувати їх і доводити до загального відома. «Розвішувати закони так високо, щоб їх не міг прочитати ні один громадянин, як це робив тиран Діонісій, або похоронити їх у великому науковому апараті вчення: книг, збірників рішень, висловлювань, суперечливих одне одному суджень, поглядів, звичаїв тощо; в книгах, написаних чужою мовою, так що знання діючого права стають доступними лише тим, хто підходить до нього з достатньою освітою – все однаково неправомірно». Правителі, які, як Юстиніан, дали своєму народові збірник законів, а тим більше ті, які дали земське право у вигляді упорядкованого і визначеного кодексу, не тільки стали найбільшими діячами і з великою вдячністю звеличувались народами, а й здійснили

цим великий акт справедливості» [15, с. 252-253]. Гегель рішуче наполягав на тому, що всі громадяни повинні бути законослухняними. Ніхто з громадян у суспільстві незалежно від соціального статусу не має права нехтувати законом і притаманними суспільству нормами і правилами. Гегель з обуренням писав про те, що в епоху феодалізму «могутні особи часто з'являлися на суд, вели себе зверхньо у ставленні до судових інстанцій» [15, с. 258-259]. Це не може бути нормою у правовому суспільстві, де перед законом усі рівні. Що стосується проблеми злочинності, то, на думку філософа, це явище в громадському суспільстві є соціально небезпечним. Тому при оцінці кожного злочину необхідно враховувати ступінь його небезпеки для суспільства. Злочинність – це насамперед насильство у ставленні до потерпілого, вчинок, який суперечить поняттю людської гідності. Звідси Гегель робить висновок: на насильство необхідно відповідати насильством. Розглядаючи злочин як соціальне явище, Гегель розцінював злочинця не як об'єкт для здійснення репресій, а як суб'єкт права, до якого потрібно ставитися як до вільної розумної особи, яка має право на покарання, що відповідає вчиненому нею злочину. Право на покарання Гегель визнавав за самим злочинцем. Це породжувало, на його думку, сприйняття злочинцем призначеного йому покарання як примирення із загальною волею. «Член громадянського суспільства має право вимагати суду і обов'язково стати перед судом і одержувати тільки через суд своє законне право» [15, с. 258]. Суд, на думку мислителя, повинен поводитися із злочинцем як з вільною особою, судовий вирок не повинен суперечити людській гідності. Філософ розмірковував і над проблемою злочину: за яких умов сформувався злочинець, як впливали на його виховання і характер сімейні відносини, соціальне оточення, що штовхнуло його на порушення закону і норм громадського порядку. Гегель підкреслював, що людину потрібно карати тільки за її вчинки, а не за наміри, настрої, думки, нахили і т.п. У своїй фундаментальній праці «Філософія права» Гегель висловив вкрай негативне ставлення до застосування репресій, пов'язаних тільки з підозрою, які мали місце в епоху середньовіччя в діяльності інквізиції. «В основі цих судових процесів була віра, що особи володіють могутністю зла. Це була, так би мовити, жадлива чума, яка охопила народи у XVI ст. Головною причиною була підозра». Гостро критикував принцип: «ціль виправдовує засоби» [15, с. 189].

Висновок. Соціально-правові ідеї філософів – невичерпне джерело для формування правової культури і соціально-правового мислення. Сила і могутність держави залежить від того, які закони існують у ній. Філософсько-правові ідеї законності і закону виникли не сьогодні, і тому варто повертатися і наснажуватися здобутками минулого, для творення теоретико-правового підґрунтя сучасної науки і соціальної практики. Історичний підхід до аналізу права в теоретичних працях мислителів, що стали надбанням людства, дозволяє встановити зв'язки між минулим і сучасним, виділити основні тенденції розвитку на основі вже нагромадженого досвіду, сформулювати пропозиції щодо забезпечення правопорядку та зміцнення законності в державі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Материалисты Древней Греции. – М. : Госполитиздат, 1955.
2. Платон *Критон* // Платон. Сочинения: В 3 т. / Под общ. ред. А.Ф. Лосева и В.Ф. Асмуса. – М. : Мысль, 1968. – Т. 1.

3. Платон. Избранные диалоги. – М., 1965.
4. Аристотель. Политика // Собрание сочинений: В 4 т. / [пер. с древнегреч.; общ. ред. А.И. Доватура]. – М. : Мысль, 1983. – Т. 4.
5. Юркевич Памфіл. Історія філософії права. Філософія права. Філософський щоденник. – Вид. 2 – К. : Ред. журн. «Український світ», 2000.
6. Нерсесянц В.С. Философия права. – М., 1998.
7. Філософія права: Навч. посібник / О.М. Бандурка, С.А. Бублик, М.Л. Заінчовський та ін.; за заг. ред. М.В. Костицького, Б.Ф. Чміля. – К. : Юрінком Інтер, 2000.
8. Локк Дж. Два трактата о правлении // Дж. Локк. Сочинения: В 3 т. / [пер. с англ. и лат., ред. и сост. А.Л. Субботин]. – М. : Мысль, 1988. – Т. 3.
9. Гоббс Т. Левиафан или материя, форма и власть государства церковного и гражданского. – М., 1936
10. Спиноза Б. Этика // Избранные произведения: В 2-х т. – М. : Госполитиздат, 1957. – Т. 1
11. Монтескье Ш. Книга шестая. Влияние, оказываемое принципами различных образцов правления на простоту гражданских и уголовных законов, на формы судопроизводства и определения наказаний // О духе законов. – М.: Госполитиздат, 1955. – Гл. III
12. Шульженко Ф.П., Андрусак Т.Г. Історія політичних і правових вчень: Підручник. – К. : Юрінком Інтер, 1999.
14. Кант И. Метафизика нравов в двух частях 1797. Ч. I. Метафизические начала учения о праве // Иммануил Кант. Сочинения: В 6 т. / Под общ. ред. В.Ф. Асмуса, А.В. Гулыги, Т.И. Ойзермана. – М. : Мысль. – 1966. – Т. 4 (2).
15. Гегель Г.Ф. Философия права / [пер. с нем.; ред. Д.А. Каримов и В.С. Нерсесянц; авт. вступ. ст. и примеч. В.С. Нерсесянц]. – М. : Мысль, 1990.

Малютина І.П. Філософсько-правові аспекти дефініцій закон і законність у часовій ретроспективі

У статті розглядається суть дефініцій закон і законність в історично-філософській ретроспективі, спираючись на досвід аналізу в теоретичних працях мислителів, що стали надбанням людства.

Ключові слова: право, закон, законність, держава, свобода, правова культура.

Малютина И.П. Философско-правовые аспекты дефиниций закон и законность во временной ретроспективе

Рассматривается сущность дефиниций закон и законность в исторически-философской ретроспективе, опираясь на опыт анализа в теоретических трудах мыслителей, которые стали достоянием человечества.

Ключевые слова: право, закон, законность, государство, свобода, правовая культура.

Maliutina I. P. Philosophical and legal aspects of 'law and legitimacy' definitions in time retrospective

Based upon the analysis of thinkers' theoretical heritage that became province of all mankind, the contents of 'law and legitimacy' definitions in historical and philosophical retrospective is investigated.

Key words: right, law, legitimacy, state, freedom, legal culture.

Стаття надійшла до редакції 11.05.2012.

ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВА ДУМКА СЕРЕДНЬОВІЧЧЯ (конспективний виклад лекції у контексті обміну досвідом викладання навчальної дисципліни «Філософія права» на юридичному факультеті ВНЗ «Національна академія управління», м. Київ)

С.І. Присухін

доцент кафедри суспільних наук

ВНЗ «Національна академія управління», м. Київ;

доцент кафедри філософії

*ДВНЗ «Київський національний економічний
університет імені Вадима Гетьмана»*

Постановка проблеми. Досвід викладання навчальної дисципліни «Філософія права» дозволяє висновувати, що висвітлення теми «Філософсько-правова думка Середньовіччя» викликає певні складності. Існує погляд, згідно з яким домінування метафізичного (релігійного) світогляду зупинило розвиток філософсько-правової думки II-XV ст. Сучасна історія філософії навпаки обстоює позицію, згідно з якою внесок теологів-богословів Середньовіччя в подальший розвиток філософії права суттєвий і невід'ємний від формування всієї системи права як науки. Тому ознайомлення широкого загалу студентської молоді з ідеями найвизначніших представників філософсько-правової думки Середньовіччя залишається актуальною проблемою і водночас складає зміст лекції, пропонованої для слухачів магістерського рівня підготовки.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблема становлення і розвитку філософсько-правових ідей Середньовіччя представлена в працях А.Я. Гуревича, О.Г. Данильяна, К.К. Жоля, Г.І. Іконнікової, В.П. Ляшенко, Є.М. Мануйлова, О.М. Мироненка, В.С. Нерсесянца, Н.С. Прозорової та ін.

Мета статті полягає у дослідженні генези становлення і розвитку філософсько-правової думки Середньовіччя.

Основні результати дослідження. В лекції «Філософсько-правова думка Середньовіччя» до розгляду пропонується три головних питання: 1) Особливості розвитку філософсько-правової думки в епоху Середньовіччя. 2) Філософсько-правові ідеї періоду патристики (Квінт Тертулліан, Августин Блаженний). 3) Філософсько-правові ідеї періоду схоластики (Фома Аквінський, Вільям Оккам).

При розгляді першого питання (Особливості розвитку філософсько-правової думки в епоху Середньовіччя) слід зазначити, що розвиток філософії права відбувався на європейському континенті з II до XIV-XV ст. у межах середньовічної філософії. Головною відмінністю філософії того часу був теоцентризм, згідно з яким головною причиною всього сущого, найвищою реальністю та предметом філософської рефлексії є Бог.

До інших особливостей розвитку середньовічної філософії належали креаціонізм – розуміння світу як результату Божого творіння; есхатологія – релігійне вчення про очікуваний кінець світу; провіденціалізм – релігійно-філософське розуміння причин суспільних подій як прояву волі Бога, а їх сенсу – як наперед визначеного наміру Бога; теодицея – релігійно-філософське вчення, яке доводи-

ло, що існування зла в світі не заперечує уявлень про Бога як абсолютне добро; особистісність – релігійно-філософська позиція, згідно з якою людина є унікальним творінням завдяки своїй богоподібній сутності; ревелюціонізм – філософська позиція, згідно з якою істина міститься в Божественному одкровенні, зафіксованому Святим Письмом.

Загалом, філософію Середньовіччя прагнули залучити до вирішення тих чи інших проблем церкви, перетворити її на раціональний інструмент, конгломерат знань, який може привести до вищого рівня осягнення Божих істин (християнська теологія). Природно, що розроблені в межах античності філософсько-правові ідеї, знайшли своє логічне продовження в християнській теології (утвердження природно-правових норм в новій реінтерпретації з погляду християнської культури). Інакше кажучи, в Середньовіччі природно-правову норму прагнули поєднати із змістом морально-релігійного закону.

Теологія запропонувала власне пояснення ідеї природного права, обґрунтувала його сутність, послуговуючись принципом теоцентризму – на місце морального закону, що пропонувала філософія стоїків¹, християнство ставить премудрість і волю Божу як його начало. Згідно з цим, і природне право розглядалося як відображення Божої справедливості відповідно до передбачень Творця [3, с. 51]. Загалом всю систему правових відносин тлумачили через призму двох понять – Бог та людина. «*Jus divinum, jus sacrum*» – «Божественне право, священне право» – теза, яка супроводжувала розвиток філософсько-правової думки, починаючи з II до XIV-XV ст. Філософія права того часу прагнула не тільки обґрунтувати правові основи Буття Бога, але й довести, що саме Божа благодать дає підстави судити і співвідносити дії і вчинки людей. Саме оцінка ролі Божої благодаті стала предметом для довготривалої дискусії.

До головних періодів історичного розвитку середньовічної філософії, в межах яких формувались і розвивались філософсько-правові ідеї Середньовіччя, належать:

- патристика (II-VIII ст.) – період формування головних проблем християнської філософії, до яких належали питання про сутність Бога, людини, у II-III ст. патристика набуває форми апологетики, в межах якої захищається і обґрунтовується християнське віровчення за допомогою богословських аргументів і розуму. Патристика II-VIII ст. поділяється на два напрями – грецький та римський. Репрезентують філософсько-правову думку цього періоду Квінт Тертулліан і Августин Блаженний;

- схоластика (V/VIII-XIV ст.) – період формування християнської філософії, в межах якого було поставлене завдання теоретичного обґрунтування релігійного світогляду. Історія філософії виокремлює ранню, зрілу і пізню схоластику. Репрезентують філософсько-правову думку цього періоду Тома Аквінський і Вільям Оккам.

¹ Римські стоїки обґрунтовували ідею «космополіса» – вселенської держави, якою править доля, фатум, незмінний світовий закон. На думку Сенеки, Зенона-стоїка, Марка Аврелія, Епіктета та ін. грецьких і римських філософів, закони, що створюються людьми є відносними і умовними. Стоїки в своєму вченні синтезували право і мораль (свободу праву і свободу морально). Вони вважали, що свобода існує як «свобода від» і насамперед – «від зла», обов'язком вважається те, що «відповідає потребам природи».

Розкриваючи зміст другого питання лекції (Філософсько-правові ідеї періоду патристики (Квінт Тертулліан, Августин Блаженний)), слід зазначити, що період патристики (отців Церкви) в історії середньовічної філософії датується періодом II-VIII ст. Початковий період розвитку патристики отримав назву «апологетика», головною метою якої був захист християнства за допомогою прийомів античної філософії та логічного доведення християнських істин, аби утвердити його в суспільстві.

Одним із найвідоміших представників латинської апологетики був Квінт Септімій Флоренс Тертулліан (бл. 160-222 рр.). Народився в родині центуріона, отримав риторичну та юридичну освіту, виступав як суддівський оратор у Римі та Карфагені. Тертулліан користувався великим авторитетом у теологів, філософів, політиків і правників. Головними працями, які репрезентували його релігійно-філософські думки, були «Апологетик», «Про душу», «Проти Маркіона», «Про плоть Христа», «Про свідчення душі».

Тертулліан був засновником християнського вчення про розмежування віри й розуму, він зафіксував наявність різноманітних підходів в оцінюванні християнських догматів з боку римської та грецької церков. Релігійна віра у Тертулліана була антиподом розуму. Він вважав, що розум не має місця в доведенні істин християнського віровчення. Навіть використання методу екзегетики, на його думку, неправомірно, бо, зрештою, цей метод спричиняє ересь (відхилення від основ християнства, доведених церквою). Абсурдність (неймовірність) є основою віри в Бога, яка з'являється людині найабсурднішим і найнерозумнішим способом.

Абсурд, на думку Тертулліана, є великою метафізичною таємницею і найвищим сенсом існування Бога. Хрестоматійно відомими стали роздуми Тертулліана про те, що «Син Божий був розіп'ятий – ми не соромимося цього, бо це соромно; і вмер Син Божий, – ми віримо в це, тому що це абсурдно; й будучи похований, він воскрес – це правильно, бо це неможливо» [2, с. 74]. Цей парадокс, узятий з Нового Заповіту, з Послань апостола Павла (Рим. 6, 1-23), згодом став відомим афоризмом «Credo»: «Вірю, тому що абсурдно» (хоча автентичного вислову в текстах Тертулліана немає).

Крім ідеї «чистої віри» Тертулліан один із перших обстоював принцип триєдності християнського Бога (трьох іпостасей Бога). Йому також належить авторство слова «особистість» (персона). Одним з перших він також висунув ідею непомильності церкви й з цієї позиції вів боротьбу з гностиками². Суперечливість натури Тертулліана призвела до того, що згодом (після 200 р.) він стає послідовником секти монтаністів³, а потім, згідно з деякими джерелами, заснував власну секту, яка була в опозиції до єпископальної церкви.

² Гностики (від грец. «той, який має знання») – релігійно-теософічний рух періоду пізньої античності, в якому еkleктично поєднувались ідеї античної філософії (платонізму та стоїцизму) зі східними релігійно-філософськими системами. Вони вважали, що існує Бог і гріховний світ, а між ними існують проміжні істоти (еони), до яких вони відносили й Ісуса Христа.

³ Монтаністи – ранньохристиянський рух середини ст. (Франція), названий від імені Монтана, колишнього жреця Кібели, який після прийняття ним християнства проголосив себе «параклетом» (утішателем), який прийшов замінити «царство Отця і Сина», представлене Христом, пророками та апостолами.

Більшість своїх теоретичних праць Тертулліан присвятив християнській етиці, в основі якої, на його думку, лежить свобода, свобода діяльності людини й необхідність подолання первородного гріха. Теолог вважав, що свобода вибору між добром і злом, яку людина мала, призвела до первородного гріха. Ідея необхідності керувати власною свободою вибору надалі стає основою створення правових відносин у суспільстві.

Загалом учення Тертулліана стало підґрунтям розвитку патристики. Але, безумовно, класичними представниками цього періоду були такі філософи, як Августин Блаженний, Василій Великий, Григорій Нисський та ін. Вони вивчали і розробляли головні проблеми, догмати християнської релігії, до яких належали: сутність Бога та його триєдинство (тринітарність); христологічна проблема (поєднання в особі Ісуса Христа характеристик Бога й людини); взаємовідносини релігійної віри та розуму, одкровення як спосіб отримання істини, критичне переосмислення античної філософії (язичників); розуміння історії як висхідного руху до найвищої кінцевої мети – Царства Небесного; антропологічні питання з огляду на Божу благодать і гріховну сутність людини (наслідки первородного гріха), відповідальність людини за свою діяльність і вчинки, свобода волі та можливість спасіння душі; проблема походження зла у світі, виправдання Бога (теодіцея), зняття з нього відповідальності за зло й перекладання її на недосконалу людину; способи очищення людини від гріха й отримання Царства Небесного.

Найталановитішим філософом періоду патристики був оригінальний мислитель свого часу Аврелій Августин (Блаженний⁴) (354-430 рр.). Августин народився в родині муніципального службовця-язичника й християнки. До прийняття християнства проповідував маніхейство і цікавився скептицизмом. Після прийняття християнства (387 р.) вирішив присвятити себе служінню Церкві. У 395 р. призначений єпископом Гіппона (Африка). Після чого став жорстоким противником релігійних ересей, не визнавав філософії без теології, вважав, що земна ієрархія наперед визначена Богом та ін. Творчо використавши ідеї неоплатонізму, Августин систематизував християнське вчення й став головним теоретиком патристики.

Творами, що репрезентували його філософські погляди, були «Сповідь», «Монологи», «Про християнське вчення», «Про прекрасне і потрібне», «Проти академіків», «Про Град Божий» та ін. У них Августин виступав як послідовний теїст, його філософія мала теоцентричний характер – Бог існує вічно, він є першопричиною, яка творить світ з нічого, керуючись власними ідеями, божою мудрістю; Бог є буття та найвища субстанція й нематеріальна форма тощо. Бог творить світ з нічого, процес творення є безперервним, Бог постійно підтримує розвиток світу, без цієї підтримки світ одразу повернувся б у небуття.

Мислитель уважав, що ідея Бога є вічною, а сутність людини віддзеркалює потребу жити вічно, отже, вона постійно прагне до вічного Бога, щоб отримати вічне блаженство. Можливість єднання Бога й людини гарантує її богоподібність і насамперед любов і добро. Все, що існує в світі є «благо» (добро). Це «благо» – позитивна реальність, основою якої є Бог. Зло у світі є відсутність «блага» (добра). Зло відносно, добро (у думках Бога й у людині) – абсолютне. У такий спосіб

⁴ У православ'ї Аврелій Августин визнаний блаженним, а в католицизмі – святим.

Августин виправдовував Бога за існування зла у світі й покладав відповідальність за нього на людину, наділену власним волевиявленням (теодіцея Августина Блаженного).

Августин вважав, що взаємодія людини й Бога розпочинається з усвідомлення людиною своєї гріховності перед Богом. До гріхопадіння людина мала свободу волевиявлення, однак Адам та Єва неправильно її використали, чим осквернили весь навколишній світ, що призвело до необхідності самопожертви Ісуса Христа. Саме смерть Сина Божого мала подолати гріховність людей.

Розвиток суспільства (історії) Августин Блаженний розглядає у творі «Про Град Божий», у якому він репрезентував християнське тлумачення світової історії, згідно з яким існує два види людської спільності – Град Земний, де панує диявол, зло й гріхи (до зла належить насильство, тому Августин закликає всіх боротися з проявом цієї диявольської спокуси, уникати її та засуджувати насильників. Насильством позначено також діяльність держави, яка, на думку теолога, є найбільшим насильником – «зграєю розбійників»), і протилежний Граду Земному Град Небесний – християнська церква (Царство Боже на землі). Відповідно до Граду Небесного і Граду Земного одні люди живуть як праведники за законами Бога, а інші – грішники, за вторинними по відношенню до перших людськими законами. Августин висновує, що закони Граду Земного повинні підкорятися законам Граду Небесного, сформульованими в Божих заповідях, а церква може і має здійснювати контроль над всією діяльністю світської держави.

Подолання гріха в світській державі можливе шляхом втілення в соціальні відносини ідей вищої Божої справедливості. Правопорядок у Граді Земному не можливий лише за бажанням самої людини (грішної по суті). Ось чому встановлення правопорядку можливе тільки за участі Бога і насамперед страху перед Богом (невідворотної відповідальності за скоєний гріх). Страх перед Богом і покаранням, на думку Августина Блаженного, допомагає людині утриматися від злочину (гріха).

На думку теолога, Град Земний рано чи пізно буде переможений Градом Божим. Звідси завдання церкви – боротися зі світом зла (диявола) задля перемоги Царства Божого. Всі королі й імператори мають підкоритися Церкві (безпосередньо Папі Римському). Царство Боже, на думку Августина, стане єдиною силою, яка зможе об'єднати розділений світ, гарантувати висхідний розвиток суспільства. Як бачимо, Августин уперше в європейській культурі зафіксував модель морального прогресу, в основі якої лежав християнський оптимізм.

Віра повинна передувати раціональному розумінню світу, що знайшло своє віддзеркалення в відомому вислові Августина, «Credo ut intelligam» – «Вірю, щоб розуміти». На його думку, мета життя на землі – щастя людини, яке можна отримати завдяки релігійній вірі й християнському самовдосконаленню (самозаглибленню).

При розгляді третього питання (Філософсько-правові ідеї періоду схоластики (Тома Аквінський, Вільям Оккам)) слід зазначити, що період схоластики (IX-XV ст.) продовжує вирішувати проблеми філософії патристики. Термін «схоластика» (від лат. *schola* – школа) означає шкільну, «навчальну» філософію, що викладалася в університетах і школах. Усіх, хто викладав релігійно-філософські дисципліни, називали схоластами («ученими-теоретиками»).

Період схоластики був репрезентований Іоанном Еріугеною, Боецієм, Бонавентурою, Росцеліном, П'єром Абеляром, Ансельмом Кентерберійським, Ібн Рушдом, Томою Аквінським, Вільямом Оккамом та іншими, які, як і попередні філософи, розвивали теорію «гармонії» віри та розуму, теорію «двоїстої істини»⁵. Схоластика мала на меті довести теологічну мудрість християнського віровчення не тільки за допомогою Божого одкровення, а й раціонального мислення й насамперед філософії. Тому філософія набувала рис раціонального знання, яке відповідало на питання про те, як людині найкраще врятуватися від гріховного існування й отримати Царство Небесне. Антична філософія перестає бути «ворогом» християнської теології, а теологи-богослови починають послуговуватися її категоріями. Загалом схоластика ґрунтувалася на переосмисленні, реінтерпретації вчення Отців Церкви. У цей час знижується вплив ідеалістичної філософії Платона й значно поширюються ідеї Арістотеля.

Найяскравішим прикладом впливу теології на філософсько-правову думку стало оригінальне вчення, розроблене Томою Аквінським (1225-1274 рр.). Він народився в Італії біля Аквіно в родині графа Ландольфо Аквінського. З п'яти років виховувався в монастирі бенедиктів, а згодом навчався в університеті Неаполя. В 1244 р. стає ченцем домініканського ордену. Вивчав богословські дисципліни у Парижі, Римі, Неаполі. Впродовж 10 років брав участь в роботі папського двору. Отримав титул «Ангелічний доктор» («*Doctor angelicus*»). У 1323 р. теолога було зачислено до лику святих, а у 1567 р. визнано офіційним Римом Учителем Католицької Церкви.

Головними працями, які репрезентують його філософсько-правові погляди, були «Сума теології», «Про правління государів», в яких мислитель окрім філософських проблем виклав вчення про державу і правові відносини. Крім цих доробок Тома Аквінський написав чимало коментарів до біблійних текстів, творів Арістотеля та ін. Загалом учений-теолог дав енциклопедичне (за обсягом) обґрунтування християнського віровчення, але в межах лекції доцільно розглянути лише декілька найважливіших положень, які торкаються філософії права.

Однією з центральних проблем філософсько-правової творчості Томи Аквінського стала проблема взаємовідношення світської держави і церкви. Безперечно, Тома Аквінський стає на бік церкви, озвучуючи своє кредо «Вся влада від Бога» («*Omni potentia a Deus*»). Аналізуючи право, він продовжує вчення Арістотеля, згідно з яким право визначали як результат зрівняння дій і вчинків людини у поєднанні з Божою справедливістю. Тома Аквінський доповнює вчення Арістотеля власними поглядами на право.

Право, згідно з поглядами Томи Аквінського, є дією справедливості в людському співтоваристві. Справедливість подається як головна моральна чеснота, що характеризує ставлення людини не до самої себе, а до інших. Зміст справедливості полягає у відплаті кожному того, що йому належить (позитивне право). В даному випадку мислитель розвиває тезу Арістотеля про існування двох різновидів справедливості – справедливості, що зрівнює, і справедливості, що розподіляє. З огляду на це право видається як праведне і справедливе. Тома Аквінський

⁵ Теорія «двоїстої істини» складалася в XII-XIV ст. як уявлення про те, що філософія приводить людину до істини через пізнання доколишнього світу розумом, а теологія пізнає істину на ґрунті релігійної віри й одкровення.

тлумачить право як певну дію, що врівноважує дію однієї людини по відношенню до іншої, враховуючи силу способу врівноваження. Врівноваження за природою речей є джерелом формування природного права.

Право, в основі якого лежить свобода волевиявлення людини (людський закон), Тома Аквінський кваліфікує як людське право. Водночас Тома Аквінський наголошує на тому, що людська воля (волевиявлення) може зробити правом лише те, що співвідноситься і не суперечить природному праву. Природне право в тлумаченні Томи Аквінського є загальним правом для всіх живих створінь і людини у тому числі. Різновид природного права, який торкається лише людей, отримав назву «права народів» («*jus gentium*») [4, с. 98].

Окрім того Тома Аквінський виокремив таку найвищу форму права, як Боже право («*jus divinum*»), яке, у свою чергу, поділяється на природне Боже право (безпосередні висновки з природного закону) і позитивне Боже право (наприклад, право, яке Бог надав єврейському народу).

Кожному рівню права відповідають свої закони. Закон, як його визначав Тома Аквінський, є загальновідоме правило і міра дії, які спонукають людину до дії чи обмежують в діях. Розмірковуючи над сутнісними характеристиками закону, мислитель виокремлював його головну характеристику – упорядкування людського життя з огляду на отримання блаженства в людському житті як кінцевої мети існування людини. Тома Аквінський наголошував на тому, що закон має віддзеркалювати загальне благо і тому він має встановлюватися не окремо взятою людиною, а самим суспільством або тими, кому воно довірило таке право.

Тома Аквінський запропонував власну систему класифікації законів, в якій виокремив: вічний закон, природний закон, людський закон, божий закон.

Вічний закон – це узагальнений закон світопорядку, що віддзеркалює Божий розум як загальносвітове начало, абсолютне правило і принцип, який керує всезагальним зв'язком явищ світобудови. Вічний закон має місце на рівні природних і суспільних явищ і стає джерелом їх скерованого розвитку.

Домінуючою формою цього закону є природний закон, згідно з яким уся Богосотворенна природа і всі істоти, в тому числі й людина, реалізуючи свої сутнісні характеристики, рухаються до мети, визначеної певними правилами, законами їх природи. В соціальному житті цей закон проявляє себе тим, що людина за своєю природою здатна самостійно, як наслідок свободи волі, розрізнити добро і зло. Понад те в людській діяльності переважає добро, тому що окрема особа завжди прагне уникати зла. Особа, яка живе за законами природи, в своїх діях і вчинках має керуватися вимогами людського розуму як складової розумної природи, взагалі. Це торкається питань самозбереження людини, шлюбу, дітонародження, людського спілкування, пізнання Бога тощо.

Людський закон визначають як позитивний закон, що забезпечує примусові санкції проти осіб, що його порушують. На думку Томи Аквінського, добродійні люди живуть згідно з природним законом, але духовно недосконалі люди в своєму житті потребують певних соціальних обмежень з метою уникнення зла, яке вони розповсюджують. Страх і примус стають засобами соціального обмеження морально недосконалих людей, і водночас формують звичку діяти розумно, вільно (добровільно).

Згідно з вченням Томи Аквінського, позитивний людський закон має бути відповідним природному закону, суттєвим характеристикам людини (тіла, душі

і духу). В іншому разі позитивний людський закон перетвориться на чинник деформації природного закону або взагалі заперечить його. Останнє стає підставою виокремлення таких законів, як справедливий і несправедливий.

Тома Аквінський вважає, що головною метою людського закону є загальне благо людей, тому законом мають бути лише ті вимоги, які віддзеркалюють потреби загального блага і невід'ємні від нього. З іншого боку, вони регламентують людську поведінку лише у зв'язку із загальним благом, яке виступає як необхідна (конститууюча) ознака позитивного закону [1, с. 441].

Внаслідок недосконалості людського закону, який інколи суперечить природному закону, виникає потреба наповнити позитивний закон реальними вимогами до простих людей (грішних за своєю суттю). Тому позитивний закон адресується всім людям, а не тільки праведникам. Позитивний закон – це закон можливого в конкретних обставинах. З огляду на це дуже важливою характеристикою позитивного закону стає вимога рівності дії закону щодо всіх людей на шляху захисту спільного блага (рівність у нещасті, обов'язках, відповідальності тощо).

Позитивним закон стає лише тоді, коли встановлюється уповноваженою на це державною інституцією під контролем за можливим перевищенням повноважень шляхом обов'язкового його обнародування, «без обнародування він не може бути ні правилом, ні мірилом людської поведінки» [3, с. 53].

Надзвичайно важливим положенням філософсько-правової концепції Томи Аквінського є виокремлення двох різновидів несправедливих законів. До першого різновиду мислитель відносить ті, які не відповідають засадничій рисі закону – захисту загального блага, і навпаки захищають приватний інтерес або перевищують повноваження законодавця. Такі закони не є обов'язковими до виконання, але їх виконання рекомендоване і не забороняється, тому що в кінцевому результаті вони необхідні для збереження суспільного спокою і уникнення звички оминати закони. До другого різновиду несправедливих законів Аквінський відносить ті, які суперечать природному та Божому законам, їх виконання не є обов'язковим, понад те вони взагалі не мають виконуватися.

Божий закон, на думку Томи Аквінського, це закон, який торкається права на релігійну віру, що отримана людьми під час Богоодкровення, зафіксованому Старим і Новим Завітами. Обґрунтовуючи необхідність Божого закону, Тома Аквінський виокремлює низку причин, які лежать в його основі:

1) Божий закон необхідний для визначення кінцевої мети людського існування, досягнення якої перевищує власні обмежені можливості людини;

2) необхідний як вищий і безумовний критерій вирішення міжлюдських суперечностей про належне і справедливе, про зміст багатьох законів, їх переваги і недоліки, шляхи виправлення тощо;

3) Божий закон необхідний для того, що скеровувати внутрішній душевний рух людини, що не підпадає під дію людського закону, який регулює лише зовнішні прояви дій і учинків людини. Це положення Тома Аквінський визначає для себе як головне і пропагує його всією системою свого вчення про право і закони;

4) Божий закон необхідний для того, щоб знищити пануюче в світі зло і гріх, знищити все те зло, яке не може заборонити людський закон.

Отже, Божественне право реалізується в вічному законі, тобто в нормах Бога; право народів – у природних законах, скерованих на самозбереження людсь-

кого життя, відтворення людського роду, поваги до особистої гідності людини, відповідно до суттєвих характеристик людини; людське право – в світських законах, які примусом і страхом змушують людей робити добро і уникали зла. Система законів Томи Аквінського містить чітку ієрархію дії законів та уникнення суперечності, яка може виникати між нижчими та вищими законами. Якщо людські закони суперечать природним законам, вони не повинні виконуватися і це є підставою їх заперечення і заміни. Вічний закон, навпаки, ні критиці, ні перегляду не підлягає.

Вільям Оккам (бл. 1285-1349 рр.) – знаменитий англійський схоласт, викладач Оксфордського університету, якого переслідували за єресь, як наслідок – засудили до тюремного ув'язнення. Згодом він утік з Англії до Мюнхена, де продовжив свою літературно-публіцистичну діяльність. Основними працями, що репрезентували філософські погляди Оккама, стали коментарі до «Сентенцій» Петра Ломбардського, «Сума логіки» та інші політичні трактати, написані в Мюнхені.

У філософських колах В. Оккам став відомий завдяки тому, що завершив тривалу дискусію про «двоїсту істину». В її основі лежала ідея про те, що філософія та теологія рухаються до істини відносно самостійними шляхами, але об'єднані спільною метою – досягненням єдності з Богом. Цю позицію й обстоював Вільям Оккам, який вважав, що філософія веде людину до істини за допомогою розуму, а теологія отримує істину завдяки одкровенню. Світська філософія не має підкорятися теології. Оккам дійшов висновку, що філософія взагалі не повинна займатися пізнанням Бога, бо вона раціоналістична за своєю сутністю й спрямована на отримання знання про світ. Тоді як Бог є надприродним явищем, пізнання його є недоступним для філософії, його можна пізнати лише за допомогою релігійної віри. Водночас теологія не має заважати філософії досліджувати свої істини, й, навпаки, філософія не має втручатися у процес пізнання теологією Божих істин. Теорія «двоїстої істини» стала прогресивним явищем у середньовічній філософії, вона давала можливість розвиватися філософії, а разом з нею й науковому знанню, не викликаючи незадоволення офіційної богословської ідеології.

Філософські основи Оккам черпав у вченні Арістотеля. Хрестоматійно відомим стає так званий принцип «бритва Оккама», просякнутий аристотелевським духом. Зміст принципу «бритва Оккама» витікає з двох положень. Перше: «те, що можна пояснити за допомогою меншого, не потрібно пояснювати за допомогою більшого». Друге: «без необхідності не потрібно стверджувати більше».

Згодом послідовники Вільяма Оккама з цих двох положень вивели третє – «кількість сутностей не варто без необхідності збільшувати». Цей принцип означав, що поняття, які не зводяться до інтуїтивного знання й не можуть бути перевірені досвідом, мають бути вилучені з науки. Виходило, що необхідно відсікати елементи надприродних «субстанційних форм», тобто метафізичної реальності.

Охарактеризувавши Бога як етичний принцип та абсолютне добро, Оккам вказав на можливість відокремити його від філософського знання, намітивши тим самим тенденцію до об'єктивізації знань і, зрештою, звільнення їх від релігійно-етичного оцінювання. Тільки в наш час учені досягнули, що наукове знання все ж таки має етичний компонент і повинне гарантувати існування добра.

Творчий доробок Вільяма Оккама широко використали ідеологи Реформації в боротьбі проти католицизму, на ідеї «оккамінізму» часто посилалися Мартін Лютер, Френсіс Бекон, Джон Локк, Девід Юм та ін. [2, с. 82-83].

Висновки. Філософсько-правова думка середньовічної Європи обґрунтовувалась християнським теоцентризмом. «Принцип теоцентризму, послідовно проведений і Августином Блаженным, і Томою Аквінським затверджував Бога як центр світобудови і головного хранителя світового і соціального порядку. Бог виступав як законодавча першооснова, з якої виходять усі релігійні, моральні і правові норми. Завдяки божому заступництву соціальне життя людей не перетворювалося на хаос, а сама людина успішно боролася з диявольськими спокусами, що штовхали її до пороків і злочинів» [3, с. 54].

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Нерсесянц В.С.* Філософія права: Учебник для вузов. – М.: Издательская группа НОРМА-Инфра-М, 1999. – 652 с.
2. *Присухін С.І.* Філософія: Навч. посіб. / С.І. Присухін. – К.: КНЕУ, 2008. – 361 с.
3. Філософія права: Підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О.Г. Данильян, О.П. Дзьобань, С.І. Максимов та ін. / За ред. д-ра філос. наук, проф. О.Г. Данильяна. – Харків: Право, 2009. – 208 с. – ISBN 978-966-458-129-2.
4. Юридична енциклопедія: У 6 т. – Т. 6: Т-Я / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редколегії) та ін.]. – К.: Українська енциклопедія, 2004. – 768 с.: іл.

Присухін С.І. Філософсько-правова думка Середньовіччя (конспективний виклад лекції в контексті обміну досвідом викладання навчальної дисципліни «Філософія права» на юридичному факультеті ВНЗ «Національна академія управління», м. Київ)

У статті надається конспективний виклад лекції «Філософсько-правова думка Середньовіччя» в контексті обговорення досвіду викладання навчальної дисципліни «Філософія права» у вищих навчальних закладах України.

Ключові слова: середньовічна філософія, теоцентризм, справедливість, закон, вічний закон, природний закон, людський закон, Божий закон, природне право, Боже право, позитивне право.

Присухин С.И. Філософсько-правова думка Середньовіччя (конспективне изложение лекції в контексті обміну досвідом викладання дисципліни «Філософія права» на юридичному факультеті ВУЗ «Національна академія управління», г. Київ)

Стаття пропонує конспективне изложение лекції «Філософсько-правова думка Середньовіччя» в контексті обговорення досвіду викладання навчальної дисципліни «Філософія права» у вищих навчальних закладах України.

Ключевые слова: средневековая философия, теоцентризм, справедливость, закон, вечный закон, природный закон, человеческий закон, Божественный закон, природное право, Божественное право, позитивное право.

Prysuchin S.I. Philosophical and legal thought of the Middle Ages (a lecture outline in the context of exchange of experience of teaching a «Philosophy of Law» course at the Faculty of Law, National Academy of Management, Kyiv)

The article provides a lecture outline on the 'Philosophical and legal thought of the Middle Ages' in the context of exchange of experience of teaching a «Philosophy of Law» course at higher educational institutions of Ukraine.

Key words: philosophy of the Middle Ages, theocentrism, justice, law, eternal law, natural law, human law, Divine law, natural right, Divine right, positive law.

Стаття надійшла до редакції 10.05.2012.

ДО УВАГИ АВТОРІВ ЖУРНАЛУ «ЮРИДИЧНА НАУКА»

Статті, що надсилаються до редакції журналу «Юридична наука», відповідно до постанови президії Вищої атестаційної комісії України № 7D05/1 від 15 січня 2003 р. «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України», **повинні відповідати таким вимогам:**

- наукова стаття повинна бути актуальною, з виразно окресленою проблематикою, містити наукові положення, розроблені особисто автором, висновки про наукове та практичне значення наукової розробки.

- Стаття має включати такі необхідні елементи:

- постановка проблеми та її зв'язок з важливими науковими чи практичними завданнями;
- аналіз останніх досліджень і публікацій з проблеми, що розглядається;
- визначення окремих питань, що не вирішені в обраній для дослідження проблемі;
- формулювання цілей статті;
- виклад основних обґрунтованих результатів дослідження;
- висновки з даного дослідження;
- внутрішню структурування (розділи з назвами або виділені частини).

- Посилання на ту чи іншу роботу у тексті повинні позначатися в дужках за порядковим номером цієї роботи в списку використаних джерел з вказівкою на відповідну сторінку ([3, с. 12]).

- Список використаних джерел у кінці статті складається відповідно до вимог державного стандарту України ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартів з інформації, бібліотечної та видавничої справи. Бібліографічний запис. Бібліографічний опис. Загальні вимоги та правила складання».

- Після списку використаних джерел подаються анотації та ключові слова трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотації мають містити також прізвище та ім'я автора, назву статті відповідними мовами.

- Загальний обсяг публікації (назва статті, відомості про автора, текст статті, використані матеріали, анотації, ключові слова) не повинен перевищувати 20-30 тис. знаків, як виняток, не більше 40 тис. знаків.

- **До наукової статті необхідно додавати:**

- електронний варіант статті у форматі Word;
- інформаційну довідку про автора українською та англійською мовами;
- прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посада, поштова адреса, контактний телефон;
- заява з підписами автора (ів) про те, що надіслана стаття не друкувалася і не подана до будь-яких інших видань;
- фото автора (ів) у форматі jpg, tif;
- якісні ілюстративні матеріали з назвою та нумерацією, придатні для сканування;
- витяг з протоколу засідання кафедри про рекомендацію статті до друку, засвідчений належним чином (до статей аспірантів, ад'юнктів і здобувачів наукового ступеня).
- Стаття, подана до редакції без дотримання зазначених вимог, опублікуванню не підлягає.

Редакція залишає за собою право на рецензування, редагування, скорочення і відхилення статей.

За достовірність поданої інформації відповідальність несе автор.

Гонорар за публікацію не сплачується.

Передрук опублікованих матеріалів журналу здійснюється тільки з дозволу автора і редакції.

Надані матеріали не повертаються.

ВНИМАНИЮ АВТОРОВ ЖУРНАЛА «ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА»

Статьи, присылаемые в редакцию журнала «Юридическая наука», согласно постановлению президиума ВАК Украины № 7D05 / 1 от 15 января 2003 г. «О повышении требований к профессиональным изданиям, внесенным в перечень ВАК Украины», **должны соответствовать следующим требованиям:**

- научная статья должна быть актуальной, с отчетливо очерченной проблематикой, содержать научные положения, разработанные лично автором, научно-обоснованные выводы и предложения по практическому применению научного исследования.

- Статья должна включать такие необходимые элементы:

- постановка проблемы и ее связь с важными научными и практическими заданиями;
- анализ последних исследований и публикаций по рассматриваемой проблеме;
- определение отдельных вопросов, не решенных в выбранной для исследования

проблеме;

- формулирование целей статьи;
- изложение основных обоснованных результатов исследования;
- выводы из данного исследования;
- внутреннюю структуризацию (разделы с названиями или выделенные части).

- Ссылки на ту или иную работу в тексте должны обозначаться в скобках согласно порядковому номеру цитируемой работы в библиографии с указанием на соответствующую страницу ([3, с. 12]).

- Список литературы в конце статьи должен быть составлен в соответствии с требованиями межгосударственного стандарта ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая запись. Библиографическое описание. Общие требования и правила составления».

- После списка литературы подаются аннотации и ключевые слова на трех языках (украинский, русский, английский). Аннотации должны содержать также фамилию и имя автора, название статьи соответствующими языками.

- Общий объем публикации (название статьи, сведения об авторе, текст статьи, использованные материалы, аннотации, ключевые слова) не должен превышать 20-30 тыс. знаков, в порядке исключения, не более 40 тыс. знаков.

- **К научной статье необходимо представить:**

- электронный вариант статьи в формате Word;
- информационная справка об авторе на украинском и английском языках;
- фамилия, имя, отчество (полностью), научная степень, ученое звание, место работы и должность, почтовый адрес, контактный телефон;
- заявление с подписями автора (ов) о том, что присланная статья не публиковалась и не подана в любые другие издания;
- фото автора (ов) в формате jpg, tif;
- качественные иллюстративные материалы с названием и нумерацией, пригодные для сканирования;
- выписку из протокола заседания кафедры о рекомендации статьи к печати, заверенную надлежащим образом (для статей аспирантов, адъюнктов и соискателей ученой степени).

- Статья, представленная в редакцию без соблюдения указанных требований, опубликована не будет.

Редакция оставляет за собой право на рецензирование, редактирование, сокращение и отклонение статей.

За достоверность представленной информации ответственность несет автор.

Гонорар за публикацию не оплачивается.

Перепечатка публикуемых материалов журнала осуществляется только с разрешения автора и редакции.

Предоставленные материалы не возвращаются.

GUIDELINES TO AUTHORS OF THE «JURIDICAL SCIENCE» JOURNAL

According to the decision of the Supreme Certification Commission of Ukraine № 7D05/1 of January, 15, 2003 «On the increase of requirements to professional publications, registered with VAK of Ukraine», the articles to be published in the «Juridical Science» *journal, have to include the structural elements below:*

- a research article has to be relevant, with the key issues clearly outlined, contain scientific provisions designed personally by the author, draw the findings of scientific and practical value of the scientific research;

- the article must include the following required elements:

- determination of the problem in its relation to the key scientific and practical tasks;
- critical review of the latest research and publications on the topic considered;
- a layout of the unresolved target issues on the given problem;
- setting up the key objectives of the article;
- reasonable presentation of the basic research results;
- conclusions and findings of the given research;
- the internal structuring / titled sections or parts underlined;

- References to the sources within the text should be marked with square brackets by the sequence number of the given paper in the list of sources indicating the appropriate page, e.g. [3, p. 12].

- A bibliography list at the bottom of the article must meet the requirements of the State Standard of Ukraine GOST 7.1:2006 «System of standards on information, librarianship and publishing. Bibliographic record. Bibliographic description. General requirements and arrangement rules».

- The bibliography list must be followed by the summary and the key words in three languages (Ukrainian, Russian, English). The summary should also include author's full name, title of the article in three languages respectively.

- Total size of the publication (article title, information about the author, text of the article, bibliography, summary, key words) should not exceed 20-30 thousand printing characters, no more than 40 thousand characters as an exception.

- **The submitted article should be accompanied by:**

- an electronic version of the article in a MS Word format;
- information about the author in Ukrainian and English:

- full name (family name, name and the patronymic), academic and scientific degrees, title of your position and the full name of the institution/organization you represent, contact (postal) address, telephone numbers;

- a statement signed by the author(s) confirming that the article has not been printed or submitted to any other publications;

- a recent photo of the author(s) in the JPG or TIF format;

- high quality illustrative materials titled and numbered, suitable for scanning;

- an extract from the minutes of the Chair approving the article for publication, properly certified (for articles submitted by postgraduates and degree seeking associates).

- The articles which do not meet the above requirements, will not be published.

The Editorial Board reserves the right to review, edit, make reductions and reject the articles.

The reliability of the information is the responsibility of the author.

Fees for publication are not paid.

No material published in the journal may be reproduced without the permission of the author and publisher.

The materials submitted are not to be returned.



ВИЩИЙ НАВЧАЛЬНИЙ ЗАКЛАД
«НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ УПРАВЛІННЯ»

IV рівень акредитації

*м. Київ, 03151, вул. Винницька, 10,
тел. (044) 246-24-34*

- Маркетинг
- Фінанси
- Міжнародна економіка
- Облік і аудит. Банківська справа
- Правознавство
- Комп'ютерні науки

Форми навчання:

денна; заочна; друга вища освіта.

Кваліфікаційні рівні:

бакалавр; спеціаліст; магістр

Аспірантура за спеціальностями:

- Гроші, фінанси і кредит
- Економіка та управління національним господарством
- Економіка та управління підприємствами
- Кримінальне право та кримінологія
- Кримінально-виконавче право