

**VISNYK  
OF THE LVIV  
UNIVERSITY**

**Series Law**

**Issue 49**

*Published since 1961*

**Ivan Franko National  
University of Lviv**

**ВІСНИК  
ЛЬВІВСЬКОГО  
УНІВЕРСИТЕТУ**

**Серія юридична**

**Випуск 49**

*Виходить з 1961*

**Львівський національний  
університет імені Івана Франка**

**2009**

Міністерство освіти і науки України  
Львівський національний університет імені Івана Франка

**Вісник Львівського університету. Серія юридична.**  
2009. Випуск 49. 290 с.

**Visnyk of the Lviv University. Series Law.**  
2009. Issue 49. 290 p.

У „Віснику” опубліковано статті, що висвітлюють актуальні проблеми теорії та історії держави і права, питання удосконалення інститутів конституційного, цивільного, трудового, кримінального та інших галузей права України. Проаналізовано шляхи поліпшення правового регулювання процесуально-юридичної діяльності в сучасній Україні. Для викладачів, аспірантів, студентів, працівників органів місцевого самоврядування, державних адміністрацій, суду, правоохоронних органів, правової служби в народному господарстві, адвокатів.

„Visnyk” contains articles on current issues of theory and history of the state and law, the ways of improving institutions of civil, labor, constitutional, criminal and other branches of law. Various legal regulation methods of improving procedural activities in contemporary Ukraine are analyzed in this edition. Recommended for professors, post-graduate and undergraduate students, employees of local self-government, state administration and law enforcement bodies, national economy officials, judges and lawyers.

**Редакційна колегія:** д-р. юрид. наук, проф. **В.Т. Нор** – головний редактор; д-р. юрид. наук, проф. **П.М. Рабінович** – заступник головного редактора; канд. юрид. наук, доц. **В.М. Бурдін** – відповідальний секретар; канд. юрид. наук, доц. **А.М. Бойко**; д-р юрид. наук, проф. **В.М. Коссак**; д-р юрид. наук, проф. **В.С. Кульчицький**; д-р юрид. наук, проф. **П.Д. Пилипенко**; д-р юрид. наук, проф. **З.В. Ромовська**; д-р юрид. наук, проф. **Л.А. Луць**.

Professor **V. Nor** – Editor-in-Chief,  
Professor **P. Rabinovych** – Assistant Editor,  
Assistant Professor **V. Burdin** – Managing Editor.

**Адреса редакційної колегії:**

ЛНУ ім. Івана Франка  
Юридичний факультет  
вул. Січових Стрільців, 14  
79000 Львів, Україна  
Тел.: (032) 260-33-83  
E-mail: [deklaw@law.franko.lviv.ua](mailto:deklaw@law.franko.lviv.ua)  
<http://law.lnu.edu.ua/library/journal/>

**Editorial office address:**

Ivan Franko National University of Lviv,  
Law Faculty  
Sichovykh Striltsiv Str. 14  
79000 Lviv, Ukraine  
Tel.: 38 (032) 260 33 83  
E-mail: [deklaw@law.franko.lviv.ua](mailto:deklaw@law.franko.lviv.ua)

**Відповідальний за випуск:** доц. А.М. Бойко

**Переклад англійською мовою:** доц. Л.В. Мисик, ас. Г.В. Довгань

**Редагування текстів англійською мовою:** доц. Л.В. Мисик

**Редактор:** А.М. Габрук

*Друкується за ухвалою Вченої Ради*

*Львівського національного університету імені Івана Франка.*

*Свідоцтво про державну реєстрацію серія КВ № 14624-3595 Р від 30 жовтня 2008 р.*

© Львівський національний університет  
імені Івана Франка, 2009

# ПРАВА ЛЮДИНИ

## ЛІСАБОНСЬКИЙ ДОГОВІР І ЄДИНІ ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ПРАВ ЛЮДИНИ

*О. Венецька*

*Львівський національний університет імені Івана Франка  
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна,  
e-mail: nemezida@gmx.net*

Метою Лісабонського договору є вдосконалення роботи Європейського Союзу, через унесення змін до Договору про Європейський Союз та Договору про створення Європейського Співтовариства. Положення про приєднання Європейського Союзу до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод є значним кроком у сфері захисту прав людини. Після проголошення Хартії основоположних прав Європейського Союзу з'явилися думки щодо утворення в Європі нової системи захисту прав людини, яка може створити конкуренцію вже наявній системі захисту прав людини Ради Європи. Положення щодо необхідності приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод попередить такий розвиток подій.

*Ключові слова:* права людини, Європейський Союз, Лісабонський договір.

Конституція для об'єднаної Європи повинна була стати визначальним документом Європейського Союзу (далі – ЄС), який не тільки регулював би усю його діяльність, але й ґрунтовно реформував би сам ЄС, посилюючи інтеграцію та створюючи утворення, максимально подібне до державного. Але на референдумах у Франції та Нідерландах ця Конституція не одержала підтримки громадян, а отже, її не була ратифікована цими державами. Своєрідною альтернативою Конституції ЄС став Лісабонський договір, який змінив Договір про Європейський Союз і Договір про створення Європейського Співтовариства (далі – Лісабонський договір). Він був підписаний 13 грудня 2007 р. і став компромісним варіантом довгоочікуваного документа, який регулював би правопорядок оновленого ЄС.

Лісабонський договір, на відміну від Конституції, є не єдиним уніфікованим документом, який замінював би відповідні установчі договори, а джерелом змін до них. Він має таку структуру:

стаття 1 – Зміни до Договору про Європейський Союз;

стаття 2 – Зміни до Договору про заснування Європейського Співтовариства;

статті 3–7 – Заключні положення; Протоколи; Декларації.

Лісабонський договір скасовує пануючу систему “стовпів” і закріплює за ЄС статус юридичної особи. Скорочується кількість еврокомісарів і депутатів Європейського парламенту. З 2014 року передбачено голосування за кваліфікованою більшістю: для прийняття рішення необхідно отримати підтримку 55 % країн-членів, які представляють не менше 65 % населення ЄС. При цьому застосовуватимуть так званий “компроміс Іоанніна”, який дає підстави до 2017 року будь-якій групі держав-членів ЄС (але не менше чотирьох) поставити питання щодо повторного обговорення текстів офіційних документів.

З прийняттям Лісабонського договору посилюється увага ЄС до проблеми захисту прав людини. Зокрема, до преамбули Договору про Європейський Союз додано такий абзац: “Виходячи з культурного, релігійного, гуманітарного спадку

Європи, з якого розвинулись універсальні цінності непорушних та неподільних прав людини, свободи, демократії, рівності, верховенства права”.

Договір доповнюється ст. 1 а такого змісту: “Союз засновано на цінностях поваги до людської гідності, свободи, демократії, рівності, верховенства права і поваги до прав людини, включаючи права осіб, які належать до меншин. Дані цінності є спільними для держав-членів у суспільстві, для якого прерогативу мають плюралізм, недискримінація, толерантність, правосуддя, солідарність і рівність між чоловіком та жінкою”.

Окрема увага приділяється громадянам ЄС. У зміненій ст. 8 Договору про Європейський Союз зазначено, що “у своїй діяльності Союз повинен дотримуватись принципу рівності його громадян, які отримують однакову увагу від його інституцій, органів, посадових осіб і агенцій”. Встановлюється громадянство ЄС. Згідно ч. 3 ст. 8а Договору про Європейський Союз кожного громадянина надається право участі у демократичному житті ЄС. Рішення повинні прийматись якомога відкритіше й ближче для громадянина. У ч. 1 ст. 8а Договору про Європейський Союз закріплено обов’язок інституцій надавати громадянам та їх об’єднанням можливість висловлювати свої погляди щодо будь-якої діяльності ЄС і публічно обмінюватись ними.

Зміни, що стосуються прав людини, вносять також і до Договору про заснування Європейського Співтовариства, який перейменовується на Договір про функціонування ЄС.

Так, додається ст. 5 б, в якій йдеться про те, що у визначенні та імплементації своєї політики і повноважень ЄС повинен мати на меті боротьбу з дискримінацією на основі статі, раси, етнічного походження, релігії чи переконань, неповносправності, віку або сексуальної орієнтації.

До Договору включається ст. 1 бб, у ч. 1 якої встановлено, що кожен має право на захист особистих даних.

Згідно зі ст. 16с ЄС поважає і не має упереджень щодо статусу церков і релігійних об’єднань чи громад у державах-членах згідно національного законодавства. Відповідно до ч. 2 цієї статті ЄС однаково поважає статус філософських та неконфесійних організацій згідно з національним законодавством.

Додається також новий розділ “Недискримінація і громадянство Союзу”. Серед прав громадян вирізняють: право вільного пересування і вибору місця проживання на території держав-членів; право голосу і право висувати свою кандидатуру на виборах до Європейського Парламенту і на муніципальних виборах держав-членів на тих самих умовах, що і громадяни цих держав-членів; право на території третьої країни, яка не має дипломатичних зв’язків із їхньою державою користуватись захистом дипломатичних та консульських установ будь-якої іншої держави-члена на тих самих умовах, що і її громадяни; право петиції до Європейського Парламенту, право звернення до Європейського Омбудсмена, право звернення до інституцій та органів Союзу на будь-якій з мов Договору й одержання відповіді на тій самій мові.

Найважливішим є те, що з прийняттям Лісабонського договору нарешті зроблено конкретні кроки для реалізації давно обговорюваної ідеї про приєднання ЄС до ЄКПЛ. Надзвичайно важливе значення у цьому випадку має нова редакція ст. 6 Договору про Європейський Союз:

“1. Союз визнає права, свободи і принципи, визначені в Хартії основоположних прав ЄС від 7 грудня 2000 року, адаптованої у Стразбурзі 12 грудня 2007 року, яка повинна мати таку саму юридичну силу, як і Договори.

Положення Хартії жодною мірою не розширюють повноваження Союзу, визначені в Договорах.

Права, свободи і принципи Хартії повинні тлумачитись відповідно до загальних положень Розділу VII Хартії, який регулює її тлумачення і застосування, а також у чіткій відповідності до пояснень, на які посилається Хартія, щодо джерел цих положень.

2. Союз повинен приєднатись до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Таке приєднання не повинно впливати на повноваження Союзу, визначені у Договорах.

3. Основні права, які гарантовані Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод і які впливають з конституційних традицій, спільних для держав-членів, становлять загальні принципи права Союзу”.

Отже, нарешті чітко визначено правовий статус Хартії та (що, можливо є найважливішим для захисту прав людини в ЄС) запроєктовано майбутнє приєднання ЄС до ЄКПЛ.

Таку можливість досить довгий час активно обговорювали дослідники проблематики захисту прав людини в ЄС. Про приєднання ЄС до ЄКПЛ було вказано й у Конституції для об'єднаної Європи [7]. І ось тепер Лісабонським договором офіційно закріплено необхідність такого приєднання.

Цей крок вочевидь став би визначальним у становленні єдиної європейської системи захисту прав людини. Адже поки що на ЄС як на самостійне утворення не поширюється дія ЄКПЛ. Це попри те, що усі держави-члени ЄС її ратифікували. Тому нині неможливо звернутись до Європейського Суду з прав людини у разі порушення прав людини не державою-членом, а власне ЄС.

До підписання Лісабонського договору установчі договори ЄС не передбачали можливості його приєднання до ЄКПЛ, оскільки спочатку ЄС функціонував лише як економічна організація. Проблема захисту у ньому прав людини постала з подальшим розвитком та розширенням компетенції ЄС. Вперше в актах первинного законодавства ЄС ЄКПЛ була згадана у Договорі про Європейський Союз, зміни до якого були внесені Амстердамським договором. Він передбачає, що ЄС “повинен поважати основні права, гарантовані Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод” [3]. Це положення, безперечно, вказувало на визнання і необхідність дотримання ЄС встановлених Радою Європи стандартів прав людини. Але воно прямо не передбачало поширення на ЄС в цілому (тобто на діяльність інституцій, які його уособлюють і представляють) механізмів їх захисту, передбачених ЄКПЛ.

Ще у 1996 році Рада Міністрів Європейського Союзу зверталась до Суду Справедливості Європейських Співтовариств із запитом щодо можливості приєднання їх до ЄКПЛ. Тоді цей Суд вказав на відсутність такої можливості з огляду на те, що вона не передбачена в установчих договорах, а тому Співтовариство не має необхідних повноважень. Однак Суд визнав спеціальне значення ЄКПЛ для ЄС [5].

З прийняттям Хартії питання про приєднання ЄС до ЄКПЛ набуло ще більшої актуальності. Хартія стала першим документом ЄС, що регулює відповідну сферу на рівні правопорядку ЄС, а отже, і наділяє органи ЄС відповідною компетенцією [1, с. 47]. Її прийняття стало позитивним фактом у розвитку системи захисту прав людини в ЄС, але при цьому “важливим є уникнути створення альтернативної європейської системи захисту прав людини та основоположних свобод, яка б могла конкурувати з ЄКПЛ” [4, с. 92]. Інакше це мало би неабиякі негативні наслідки,

оскільки руйнувалася б цілісність існуючої системи захисту прав людини, яка створювалася довгий період часу і вже сформувала свої стандарти. Проте є підстави сподіватися, що приєднання ЄС до ЄКПЛ попередить такий розвиток подій.

Ще раніше висловлювали думку про те, що приєднання ЄС до ЄКПЛ і Хартія основних прав ЄС повинні розглядатись не як альтернативи, а радше, як взаємодоповнення. На засіданні Конвенту 17 грудня 1999 р. Комісіонер ЄС Антоніо Віторіно зазначив, що прийняття Хартії основних прав не уникне приєднання ЄС до ЄКПЛ і не зробить його непотрібним [4, с. 93].

Приєднання ЄС до ЄКПЛ повинно відбутись із урахуванням особливостей природи самого ЄС, про що вказується також у Протоколі до Лісабонського договору, який стосується ст. 6(2) Договору про Європейський Союз [6]. Зокрема в угоді про приєднання має бути звернено увагу на специфіку можливої участі ЄС в контролюючих органах ЄКПЛ. Також потрібно буде враховувати необхідність розмежування участі в ЄКПЛ самого ЄС в цілому та його держав-членів.

Як бачимо, зі змінами, що їх вносить Лісабонський договір у Договір про заснування Євроейського Економічного Співтовариства і у Договір про Європейський Союз, ЄС робить серйозні кроки у напрямі приєднання до системи захисту прав людини, створеної Радою Європи. Але передбачені зміни, зокрема і приєднання до ЄКПЛ, можна буде реалізувати лише після набуття Лісабонським Договором чинності. З огляду на проблеми із ратифікацією цього документа у Польщі та Ірландії, виникає ризик того, що Лісабонський договір може повторити долю Конституції ЄС. Такий стан, відповідно, гальмує і розвиток подій щодо закріпленого у Лісабонському Договорі приєднання ЄС до ЄКПЛ, що є негативним фактором для формування узгодженої системи захисту прав людини в Європі, яка нині є вкрай необхідною. Досягнення цієї узгодженості є питанням не суто правовим, але й політичним [4, с. 94].

1. *Власов А.* Реалізація прав людини як принципу конституціоналізму в Європейському праві. // *Юридична Україна*, 4/2007. 45–50.
2. Charter of Fundamental Rights of the European Union. // <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:EN:PDF>.
3. Consolidated Version of the Treaty on European Union.// *Official Journal of the European Communities*. – 24.12.2002. – С 325/5.
4. *Kruger Hans Chistian.* Reflections Concerning Accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights.//21 *Penn St.Int'l L. Rev.*89.P.89–99.
5. Opinion 2/94 on Accession of the Community to the European Human Rights Convention, 1996, 2 *CMLR* 265.
6. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community// <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00014.en07.pdf>.
7. Treaty establishing a Constitution for Europe. Brussels, 29 October 2004. – CIG 87/2/04 REV 2.

**THE TREATY OF LISBON AND THE  
UNIFORM EUROPEAN STANDARDS OF HUMAN RIGHTS**

***O. Venetska***

*Ivan Franko National University of Lviv,  
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine  
e-mail: nemezida@gmx.net*

The aim of Treaty of Lisbon is to improve the work of the European Union by making amendments to the Treaty on European Union (TEU, Maastricht) and the Treaty establishing the European Community. The statement as to the adherence of the European Union to The European Convention of Human Rights (ECHR) is a step forward in the field of human rights protection. After the Charter of the Fundamental Rights of the European Union had been proclaimed, there were opinions that a new system of human rights protection should appear in Europe. The obligation of the European Union to join the ECHR declared by the Treaty of Lisbon would prevent from such a situation.

*Key words:* human rights, European Union, Treaty of Lisbon.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009  
Прийнята до друку 01.06.2009

## ПРАВО НА РЕЛІГІЙНУ ОСВІТУ: ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ

*С. Цебенко*

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

У статті висвітлено право на релігійну освіту з позиції фундаментальних міжнародних актів. Особливу увагу звернено на інтерпретацію цього права Європейським Судом з прав людини. Розкрито окремі проблеми запровадження релігійних предметів у державній системі освіти і можливі шляхи їхнього вирішення.

*Ключові слова:* релігійна освіта, релігійні предмети, державні навчальні заклади.

**Вступні зауваження.** Державні і релігійні інтереси переплітаються у багатьох сферах суспільного життя. Зокрема, тільки держава спроможна на законодавчому рівні закріпити принцип світськості держави, визначати правовий статус релігійних організацій, встановити підстави заборони деяких з них, дозволити чи заборонити викладання різного роду релігійних предметів у державній системі освіти, впровадити деякі елементи релігійних культур у державні церемонії.

**Основні міжнародні нормативи стосовно права на релігійну освіту.** Загальновизнані правові засади права на освіту та співвідношення цього права з правом на свободу совісті та віросповідання містяться насамперед у Загальній декларації прав людини (далі – ЗДПЛ), Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права (далі – МПЕСКП), Конвенції про права дитини (далі – КПД), Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенції). Серед найважливіших положень цих міжнародних актів, які стосуються питань освіти у співвідношенні її з релігійними переконаннями, є, зокрема, такі:

По-перше, освіта має сприяти взаєморозумінню, терпимості і дружбі між усіма релігійними групами (ч. 2 ст. 26 ЗДПЛ, ст. 13 МПЕСКП). Це означає, що у вивченні того чи іншого навчального предмета вчителі, викладачі та інші особи, які забезпечують навчальний процес, не повинні надавати будь-яку перевагу тому чи іншому світогляду чи віросповіданню, а, навпаки, зобов'язані висвітлювати питання про ті чи інші релігійні групи на принципах толерантності, взаєморозуміння та дружби.

До речі, визначення толерантності дано в Декларації принципів толерантності, прийнятій на сесії Генеральної конференції ЮНЕСКО восени 1995 року. Толерантність означає поважання, сприйняття та розуміння багатого різноманіття культур нашого світу, форм самовираження та самовиявлення людської особистості [1].

По-друге, держави зобов'язані поважати свободу батьків (у відповідних випадках – законних опікунів) обирати для своїх дітей не лише запроваджені державними властями школи, а й інші школи, що відповідають тому мінімуму вимог щодо освіти, який може бути встановлено чи затверджено державою, і забезпечувати релігійне та моральне виховання своїх дітей відповідно до власних переконань (ст. 13 МПЕСКП). Отже, йдеться про право фізичних чи юридичних осіб (в тому числі і релігійних організацій) створювати, на протигагу державним, альтернативні навчальні заклади (школи, інститути). Єдиною умовою повинно бути те, що освіта, яку надаватимуть у таких навчальних закладах, має відповідати

тому мінімуму вимог, які визначає держава і для державних навчальних закладів. Батьки (опікуни, законні представники) самі мають право обирати, в якій школі (державній чи приватній) буде навчатися їхня дитина.

По-третє, дитина має право на свободу думки, совісті і релігії, а свобода дотримуватися своєї релігії або віри може зазнавати лише таких обмежень, які встановлені законом і необхідні для охорони державної безпеки, громадського порядку, моралі та здоров'я населення або захисту основних прав і свобод інших осіб (ст. 14 КПД). Так держава в певних, визначених її законодавством, випадках може обмежувати право дитини на свободу дотримування своєї релігії або віри. Ці випадки є вичерпними і широкому тлумаченню не підлягають.

По-четверте, освіта повинна бути спрямована, зокрема, на виховання поваги до національних цінностей країни, в якій дитина проживає, країни її походження та до цивілізацій, відмінних від її власної, на підготовку дитини в дусі розуміння, миру, терпимості, рівноправності та дружби між усіма релігійними групами (Ст. 29 КПД). Положення цієї статті підтверджує Шевченкову істину "і чужого научайся, і свого не цурайся". Це означає, що незалежно від того, в якій країні дитина б не навчалася, вона має право на вивчення власних культури, традицій та мови. Але попри це, вона зобов'язана поважати і вивчати історію, культуру, мову та цінності тієї країни, де вона проживає й навчається.

По-п'яте, дитині, яка належить до релігійних меншостей чи до корінного населення, не може бути відмовлено у праві спільно з іншими членами її групи користуватися власною культурою, сповідувати свою релігію і виконувати її обряди (ст. 30 КПД). Таке ж положення закріплено і в Декларації ООН про права осіб, що належать до національних або етнічних, релігійних та мовних меншин (1992 р.).

По-шосте, держава при виконанні будь-яких функцій, узятих нею на себе в галузі освіти і навчання, поважає право батьків забезпечувати таку освіту і навчання відповідно до їхніх релігійних та світоглядних переконань (ст. 2 Першого протоколу до Конвенції). При здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом винятково з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві (ч. 2 ст. 29 ЗДПЛ).

Ст. 18 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права передбачає обов'язок держав поважати свободу батьків (у відповідних випадках законних опікунів) забезпечення релігійне і моральне виховання своїх дітей відповідно до своїх власних переконань. На думку Л. Коваленко, з цієї норми виникає вимога до держави створити умови для вивчення релігії. Оскільки в Україні державні школи є найбільш прийнятними для більшості батьків, вона вважає, що треба створити умови для вивчення релігії саме в державних освітніх закладах [2].

Однак виникає питання: викладання цього предмету повинно бути факультативним чи обов'язковим? Необхідно звернути увагу на те, що якщо такий предмет має конфесійне забарвлення, тоді він не може бути обов'язковим, оскільки виникне сумнів, чи держава справді відділена від церкви і чи державна школа відділена від церкви. Однак, якщо такий предмет не надає жодної переваги якійсь конфесії чи релігійній течії, а є курсом, в якому основною метою є долучення дітей до християнських цінностей як важливої складової загальнолюдських культурних надбань, [3] тоді такий предмет міг би бути обов'язковим у державних загальноосвітніх навчальних закладах.

Широко трактує право на релігійну свободу, в тому числі право на релігійну освіту, Декларація “Про ліквідацію всіх форм нетерпимості та дискримінації на підставі релігії чи переконань” (ООН, 1981 р.). У цьому документі, окрім підтвердження попередніх стандартів, право на релігійну освіту було утверджене як власне право релігійних організацій навчатися релігії публічно чи приватно, індивідуально або разом з іншими в місцях, відповідних для цього (ст. 6) [2].

Отже, міжнародні акти закріплюють стандарти співвідношення права на освіту і права на свободу совісті та віросповідання. Ці стандарти є обов’язковими для держав, які ратифікували відповідні міжнародні документи; але бажано, щоб цих стандартів дотримувалася кожна країна світу.

**Право на освіту (зокрема, релігійну) в інтерпретації Європейського Суду з прав людини.** У різних європейських країнах по-різному ставляться до релігійної освіти та виховання, виходячи з традицій власної системи освіти. Скажімо, у Великій Британії, Швеції, Данії, Ірландії держава не відокремлює школу від релігії; там у державних навчальних закладах відбувається у різних областях релігійне навчання. А ось у Франції, Бельгії, Швейцарії державна школа відокремлена від релігії [3].

Як вже було зазначено, відповідно до ст. 2 Першого протоколу до Конвенції держава у виконанні будь-яких функцій, узятих нею на себе в галузі освіти і навчання, поважає право батьків забезпечувати таку освіту і навчання відповідно до своїх релігійних і світоглядних переконань. Тому, якщо у державі-члені Ради Європи планують увести в державну систему освіти релігійні предмети, варто врахувати і деякі правові позиції Європейського Суду з прав людини (далі – Суд).

По-перше, Суд підкреслив важливу роль, яку освіта відіграє у демократичному суспільстві, звернувши увагу на те, що положення ст. 2 Першого протоколу до Конвенції “спрямоване ... на забезпечення можливості плюралізму в освіті. Ця можливість є життєво необхідною для забезпечення демократичного суспільства. Зважаючи на повноваження сучасної держави, цієї мети треба досягати передовсім через державне навчання” (див. рішення Суду у справі “К’ельдсен, Буск Мадсен і Педерсен проти Данії” (“Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark”) від 07.12.1976 р.) [4, с.121].

По-друге, якщо батьки дітей, котрі не сповідують релігію, яка є обов’язковим предметом у державному навчальному закладі, не бажають, щоб їхня дитина вивчала цей курс, вони мають написати заяву до директора школи з проханням звільнити їхніх дітей від відвідування уроків релігії, а також будь-яких інших заходів, які суперечать їхнім релігійним чи світоглядним поглядам. Якщо ж таких дітей, а також тих дітей, які сповідують іншу релігію, ніж та, яку викладають у школі, не звільнять від релігійних уроків, це буде порушенням ст. 2 Першого протоколу до Конвенції (див. рішення Суду у справі “Вальсаміс проти Греції” (“Valsamis v. Greece”) від 18.12.1996 р.) [5, с.415–417].

По-третє, це питання стосується і ст. 9 Конвенції, яка закріплює свободу думки, совісті і віросповідання. Порушення свободи совісті, абсолютної свободи переконань може відбуватися у двох формах. Перша – коли держава примушує особу якось декларувати свої переконання, що може мати для цієї особи певні негативні наслідки, і друга – коли держава нав’язує особі певні переконання, насаджує їх усупереч її внутрішній свободі, намагаючись змінити переконання особи.

Стосовно першої з цих форм, Суд поки що утримався від роз’яснення, чи захищає Конвенція право не оприлюднювати своїх переконань. Ось і нещодавно

Суд ухилився від прямої відповіді, зазначивши лише, що “залишає відкритим питання про те, чи гарантує ст. 9 Конвенції право не виражати своїх релігійних переконань” (див. ухвалу Суду щодо прийнятності у справі “Саневський проти Польщі” (“*Saniewski v. Poland*”) від 26.06.2001 р.).

У другій категорії розглянутих скарг органи Конвенції будували свій аналіз на з’ясуванні не того, чи було допустимим і правомірним нав’язування певних переконань, а того, чи взагалі було таке нав’язування. Відповідно до першого речення ст. 9 Конвенції, що гарантує абсолютну внутрішню свободу переконань, органи Конвенції розглядали справи про примусове навчання та/або виховання в дусі певних ідей, а також справи про встановлення обов’язку сплачувати церковний збір.

Як можливі випадки порушення свободи думки органи Конвенції розглянули справи, в одній із яких учні були вимушені відвідувати уроки релігії, а в іншій – бути присутніми на військовому параді. Перша скарга стосувалася відмови адміністрації польської школи організувати заняття так, щоб учнів, які не бажають відвідувати уроки релігії, не змушували стояти під час цих уроків у коридорі перед класом. У скарзі було зазначено, що така організація навчального процесу фактично спричиняла тиск на учнів, змушуючи їх все ж таки відвідувати уроки релігії. Проте Європейська комісія з прав людини не розцінила цей тиск настільки значним, щоб можна було обґрунтовано визнати, що учнів змушували змінити свої релігійні переконання [6, с. 434]. Отже, порушення ст. 9 Конвенції буде визнано лише тоді, коли буде доведено, що учнів прямо змушували змінити свої релігійні погляди.

Схожа скарга, відхилена Судом, стосувалася виставлення чи невивиставлення оцінок за відвідування шкільних уроків релігії, що разом з активною громадською підтримкою релігійної освіти змушувало учнів відвідувати ці уроки. В ухвалі щодо прийнятності “Саневський проти Польщі” (“*Saniewski v. Poland*”) від 26.06.2001 року Суд ще раз нагадав позицію Комісії і постановив, що “не є втручанням у права, гарантовані статтею 9 Конвенції, запровадження в державних школах релігійної освіти, якщо вона є добровільною, а якщо й обов’язковою, то з можливістю не відвідувати відповідних занять чи бути не атестованим із цих предметів або факультативного курсу етики”. Незважаючи на таке детальне пояснення, Суд спрямував свій подальший аналіз на з’ясування того, чи справді заявник міг зазнати негативних наслідків через відсутність у його шкільному свідоцтві оцінки в графі “релігійна освіта”, і з урахуванням фактів встановив, що заявник “не навів у своїй скарзі доказів, що таке свідоцтво може зашкодити йому в майбутньому здобути освіту чи працевлаштуватися” [6, с. 434–435].

По-четверте, Суд передбачив і низку обов’язків держави у сфері релігійної освіти населення. До них, зокрема, належать такі: слідкувати за тим, аби інформація чи знання, що фігурують у програмі, були висвітлені об’єктивно з урахуванням критики і плюралізму думок; поважати релігійні і філософські погляди батьків; стежити за тим, щоб релігійні та філософські погляди батьків не зіткнулись на цьому рівні з нерозсудливістю чи недоречним прозелітизмом (див. рішення Суду у справі “К’ельдсен, Буск Мадсен і Педерсен проти Данії” (“*Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*”) від 07.12.1976 р.).

По-п’яте, необхідно пам’ятати про те, що ст. 2 Першого протоколу до Конвенції, з одного боку, не забороняє державам розповсюджувати освіту, інформацію чи знання, які мають, прямо чи опосередковано, релігійний або філософський характер, а з іншого боку, – не дає змоги батькам протистояти інтеграції такого навчання у шкільну програму, без якого будь-яка освіта могла б

заснати ризику залишитись нездійсненою (див. рішення Суду у справі “К’ельдсен, Буск Мадсен і Педерсен проти Данії” (“Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark”) від 07.12.1976 р.).

По-шосте, батьки мають право обирати для своєї дитини школу, зокрема можуть віддати її на навчання до приватної школи в якій воно відбувається відповідно до їхніх поглядів і переконань [7, с. 1007–1010].

Отже, з позицій Суду в державних загальноосвітніх навчальних закладах загалом можна запроваджувати уроки релігії. Проте від їхнього відвідування діти можуть бути звільнені, якщо батьки не бажають, щоб їхня дитина вивчала цей предмет. Щоправда, у такому випадку варто на законодавчому рівні врегулювати питання про те, що відсутність у державному атестаті оцінки з релігійного предмета про загальну середню освіту не повинна перешкоджати людині потім здобувати вищу освіту та працевлаштовуватись, зокрема, на будь-які державні посади в країні.

**Висновки.** Керуючись нормами фундаментальних міжнародних актів з прав людини, можна, зокрема, дійти до таких висновків стосовно релігійної освіти.

1. Держава повинна закріпити у своєму законодавстві положення про те, що освіта має сприяти взаєморозумінню, терпимості і дружбі між усіма релігійними групами, і контролювати його виконання.

2. Держава повинна врахувати і побажання Суду щодо її обов’язків у сфері освіти і навчання, зокрема обов’язку поважати право батьків забезпечувати таку освіту і навчання відповідно до їхніх релігійних і світоглядних переконань.

3. Держава зобов’язана стежити за тим, щоб шкільна програма з релігійного предмета була складена та висвітлена об’єктивно, з урахуванням критики і плюралізму думок.

4. Кожна людина незалежно від того, яку релігію вона сповідує чи не сповідує жодної, має право на отримання повної вищої освіти, на обіймання державних посад, на участь в управлінні державними справами, на виконання громадянських обов’язків.

1. Декларація принципів толерантності, прийнята в Парижі на двадцять восьмій сесії Генеральної конференції ЮНЕСКО 25 жовтня – 16 листопада 1995 р.
2. Коваленко Л. До проблем релігійної освіти у світській школі // [www.risu.org.ua](http://www.risu.org.ua)
3. Про “Християнську етику” без ілюзій // *Голос України* – 2008 – 27 березня.
4. *Гом’єн Донна*. Короткий путівник Європейською конвенцією з прав людини. / Пер. з англ. Т. Іваненко та О. Павличенка. – Львів: Кальварія, 2000. – 182 с.
5. Європейський суд з прав людини. Матеріали практики (1993–2003 р.р.) // *Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянин Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України*. / Редкол. П.М. Рабінович та ін. – Серія II. Коментарі прав і законодавства. Випуск 4. – К.: Фенікс, 2004 – 448 с.
6. *Грозев Й.* Поняття свободи віросповідання за статтею 9 Європейської конвенції з прав людини // *Європейське конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст* / За ред. О.Л. Жуковської. – К.: ЗАТ “ВІПОЛ”, 2004 – С. 427–444.
7. *Де Сальвіа М.* Прецеденти Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. – СПб.: Издательство “Юридический центр Пресс” 2004 – 1072 с.

**RIGHT TO RELIGIOUS EDUCATION:  
INTERNATIONAL STANDARDS PARAMETERS**

*S. Tsebenko*

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

The article is dedicated to the elucidation of the right to religious education fixed in the fundamental international acts. Special attention is paid to the interpretation of this right by the European Court of Human Rights. Some issues concerning the introduction of religious subjects into the state educational system are revealed. Possible ways of their solution are presented.

*Key words:* religious education, religion subjects, state educational establishments.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

# ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

## ОСОБЛИВОСТІ ФОРМУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ КУЛЬТУРИ ЮРИСТА У СУЧАСНИХ УМОВАХ

*С. Добрянський*

*Львівський національний університет імені Івана Франка  
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна  
тел.: (032) 239-41-10; e-mail: svatolex@yahoo.com*

У статті висвітлено оновлений підхід до викладання навчальної дисципліни “Професійна етика юриста” у вищих юридичних навчальних закладах з огляду на завдання побудови в Україні правової держави.

*Ключові слова:* мораль, цінність, особистість.

Проголошення України у ст. 1 Конституції правовою державою вимагає не лише цілеспрямованої діяльності державних органів у сфері визнання міжнародно-правових стандартів прав та свобод людини, їх відповідного закріплення на рівні внутрішньонаціональних правових актів та інституційного забезпечення, але також і якісного переосмислення значення моральних норм у житті індивіда та суспільства.

У контексті вищенаведеного завдання побудови правової держави варто звернути особливу увагу на проблему оновленого підходу до розуміння соціального призначення юридичної професії, особливої ролі правників у становленні суспільних відносин між особами та їхніми об’єднаннями впорядкованості та гармонії, а у державі – режиму законності та правопорядку. А належне виконання правниками своєї професійної місії буде залежати від того, наскільки високі моральні стандарти зможуть знайти своє відображення як у їхній практичній роботі, так і в позаслужбовій діяльності.

Протягом усієї історії розвитку людства дослідники зверталися до професійної моралі як винятково важливого критерію, відповідно до якого повинні визначатися напрями діяльності держави. Ці критерії завжди були еталоном оцінки діяльності держави, її політики, а професійна мораль відіграла значну роль у суспільному житті будь-якої держави і народу [1, с. 1].

Іншим важливим чинником становлення правової держави є процеси трансформації у тому суспільстві, яке має слугувати, так би мовити, соціальним ґрунтом формування правової держави. Варто з усією серйозністю віднестися до загальновідомого теоретичного постулату, що правова держава як “держава реальних прав людини” може існувати лише за умови формування їй відповідника у соціальній сфері – *розвинутих структур громадянського суспільства* [1, с. 48].

Держава, яка проголошує себе правовою, але не знаходить своєї “законної половинки” у вигляді відповідної соціальної структури, перетворюється у фікцію – будівлю без фундаменту.

Суспільство *громадянське* може бути сформованим лише тоді, коли наявні умови необхідні для “звільнення духовного та фізичного потенціалу особистості, її активізації, створення необхідних передумов для повноцінної та творчої діяльності усіх членів суспільства.

І тут є своя закономірність: суспільство буде розвиватися значно інтенсивніше, ефект у досягненні поставлених цілей буде отримано тим швидше, чим більше і повніше буде розвинута, компетентна та добросовісна у праці сама людина, чим краще вона буде вихована” [2, с. 4].

І реалізація такої суспільної зацікавленості у розкритті творчих здібностей прямо пов’язана, на нашу думку, з формуванням у людини стійкої системи моральних переконань та цінностей, котрі допоможуть їй звільнити її духовний та фізичний потенціал.

Іншими словами, в центрі громадянського суспільства має бути покладено моральні цінності, які власне забезпечують духовну свободу індивіда і відкривають його потенціал до творчої, конструктивної праці.

Це дослідження має на меті висвітлити деякі аспекти проблеми формування моральної культури юристів, які в умовах реформування суспільства, переходу його до нових форм життєдіяльності відіграють особливу роль як причетні до процесу втілення приписів правових норм у практичну поведінку суб’єктів.

У сучасних умовах юристи своєю діяльністю повинні виконувати не лише суто *інструментальні* функції, як-от забезпечувати “обслуговування” нормального протікання процесів у різних сферах суспільного життя, але передусім виконувати місію “соціальних лікарів” – виявляти нагальні суспільні проблеми, конфліктні ділянки і усіма законними засобами сприяти їх “безболісному” вирішенню. Не буде перебільшенням стверджувати, що правник повинен певною мірою виступати “соціальним філософом”.

Інакше кажучи, він має розуміти сутність соціальних процесів, володіти тією мудрістю, яка дозволить йому допомагати вирішувати людям їхні проблеми, вдаючися не лише суто до правових, але й до інших соціальних (зокрема моральних) норм, за умови якщо його дії не суперечать правовим приписам. Адже відомо, що об’єктивне юридичне право є не поодиноким системою нормативного регулювання у суспільстві [2, с. 87], воно “співпрацює” з моральними нормами, нормами корпоративними та звичаєвими.

Людство мало змогу на прикладі власного гіркого досвіду переконатися у шкідливості ситуації, коли право перебирає на себе функції універсального регулятора поведінки людини, розглядається як свого роду “панацея” у справі вирішення усіх суспільних проблем. “... Вийшовши за межі правового регулювання, людина не потрапляє до царства цілковитої вседозволеності, а стикається з більш глибокими й тонкими духовними проблемами, впоратися з якими здатна лише сама, покладаючись на власне розуміння обов’язку й відповідальності, на голос власної совісті, на думку й реакцію своїх близьких...Звідси ще один відомий афоризм щодо співвідношення моралі й права: право передбачає *моральне повноліття* людини-громадянина” [5, с. 43–44]. Залишки патерналізму як інерційного напрямку суспільної свідомості і нині можуть знаходити свій прояв в Україні.

Виконуючи таке водночас нелегке і почесне завдання “соціального лікаря”, у свідомості правника повинна повсякчас бути присутнє усвідомлення того факту, що **ефективність виконання** покладених на нього завдань залежить не лише від наявності у нього системи, з одного боку, *спеціалізованих правових знань*, а з другого – *умінь та навиків їх практичного застосування*, а від того, наскільки він як **особистість** та **громадянин** здатний власним життєвим прикладом слугувати взірцем для наслідування у питаннях дотримання системи моральних принципів, моральної чистоти та законслухняності. Адже не секрет, що діяльність юриста має “**публічний**” характер, відбувається під *пильним* оком громадськості.

Внаслідок цього підвищена увага приділяється не тільки до його службової діяльності, але громадськість жваво цікавиться також і обставинами його приватного життя (особистого та сімейного). Відтак виявлені факти прояви аморальності у сфері приватного життя правника *кидають тінь* на здійснювану ним службову діяльність, а у подальшому сприяють формуванню *нігілістичного ставлення суспільства* до сфери юридичної діяльності та законодавства.

Зазначена закономірність щодо залежності суспільної ефективності результатів юридичної діяльності від особи, яка її здійснює підтверджується як на рівні психології, так і на рівні законодавства сучасних демократичних держав та практики Європейського Суду з прав людини.

Так на основі даних психологічної науки можна стверджувати, що здатність однієї людини впливати на інших визначальною мірою (65 %) залежить не від того, що вона говорить, чи наскільки багато вона знає, а від того, якою **вона є як цілісна, інтегрально сформована особистістю**.

У законодавстві США є інститут “публічної особи”, відповідно до якого громадськість має право доступу до фактів про приватне життя осіб, котрі виконують загальносуспільні функції у більшому масштабі, аніж щодо пересічних громадян. Схожий за своїм змістом принцип розроблено у практиці Європейського Суду з прав людини, його суть можна відобразити у простій формулі: **“Якщо людина не здатна дотримуватися моральних принципів у приватних питаннях свого життя, очікувати добросовісного виконання нею норм законів не доводиться”**.

Задля більш докладного висвітлення цього аспекту діяльності юриста варто повернутися до рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи Про свободу здійснення професійних адвокатських обов’язків від 25 жовтня 2000 р., в яких наголошено, що треба вжити необхідних заходів для забезпечення особистої моралі всіх, хто воліє здобути професію адвоката (*це положення, на наш погляд, однаковою мірою можна поширити на всіх представників юридичної професії*), а правова освіта, включаючи **програми підвищення кваліфікації**, має підвищувати рівень усвідомлення етичних знань.

Загальновідомим є те, що діяльність будь-якої людини підлягає регулюванню двома основними складовими системи соціальних норм – нормами *моральними* та нормами *правовими*. Не буде винятком і юридична професія, яка підлягає не лише нормативно-правовому, але і моральному регулюванню.

Більше того, у зв’язку з тим фактом, що діяльність юристів спрямована на втілення приписів правових норм у практичній поведінці суб’єктів, а також і державно-владним забезпеченням дії таких правових норм, стає очевидною важливість моральної складової у регулюванні як професійної, так і позапрофесійної діяльності правника. Адже найдосконаліші правові норми у випадку їх тенденційного тлумачення та застосування перетворюються на *інструмент насильства та поневолення*.

З огляду на специфіку своєї роботи юрист так чи інакше стикається у процесі професійної діяльності з оперуванням *відносно-визначеними, альтернативними* правовими нормами, з проблемою “правового розсуду”, і у численних випадках тільки *принципова світоглядна особиста позиція* дає змогу правникові уникнути “спокуси” зловживання своїми функціональними повноваженнями.

Такі вимоги до виховання студента-правника повинні, на нашу думку, знайти своє адекватне відображення у системі його професійної підготовки, зокрема у навчальному курсі “Професійна етика юриста”.

Розглянемо ті чинники, які мають бути враховані нині у викладанні сьогодні цієї навчальної дисципліни.

У системі чинників, які зумовлюють необхідність оновленого підходу до викладання предмета “Професійна етика юриста”, а відтак і формування моральної культури майбутнього правника важливе місце займають особливості розвитку та становлення сучасного законодавства України. Врахування цих особливостей допоможе, так би мовити, “вбити одним пострілом двох зайців”:

а) сприяти формуванню у студентів-правників системи моральних імперативів;

б) підвищити рівень професійних знань студентів через осмислення зв'язку між юридичними нормами та моральними поняттями, котрі “вплетені” у правову тканину.

Ці особливості полягають у наступному: сучасне законодавство часто використовує поняття морального характеру (*зловживання правом, моральні засади суспільства, добросовісність*); трапляються юридично значимі ситуації, вирішення яких з точки зору права є неможливим без урахування дії інших соціальних феноменів, нерозуміння та неврахування яких потенційно призводить до неграмотного вирішення правових проблем (прикладом є практика Європейського Суду з прав людини); осмислення природи окремих правових інститутів, принципів їх функціонування (*інститут присяжних засідателів, інститут застереження до міжнародно-правових договорів*) є принципово неможливим без знання феноменів, які сягають своїм корінням із сфери моралі.

Відтак осмислення центральних проблем етики (абсолютного чи відносного змісту центральних моральних категорій, насамперед “добра”, “зла”; забезпечення дієвості моральних принципів та постулатів), розуміння природи моральних явищ, знання основних складових структури моралі, вироблення навичок змістовного “наповнення” моральних норм набуває також і практико-професійного значення.

Навчальна дисципліна “Професійна етика юриста” має своїм безпосереднім завданням формування у студентів-правників системи стійких моральних принципів та цінностей, які б унеможливили вияв упередженості, сваволі та “політичного фаворитизму” у процесі тлумачення, застосування та реалізації правових норм.

Видатний юрист XIX століття А.Ф. Коні писав: “Університет – це *alma mater* своїх вихованців – повинен напувати їх здоровим, чистим та зміцнюючим молоком загальних керівних засад. У практичному житті, серед злободенних питань техніки та практики, їм доведеться чути про ці начала вкрай рідко. Відшукувати їх та роздумувати про них у метушливій марноті ділового життя вже запізно. З ними, як з надійною зброєю, як з правильним компасом, потрібно ввійти в життя...” [5, с. 237].

Практичне значення курсу “Професійна етика юриста” зростає також і з огляду на рішення Конституційного Суду України № 15-рп/2004 від 02.11.04 у справі № 1–33/2004 (про призначення судом більш м'якого покарання), де він констатував, що “право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем”.

З огляду на вищевикладене, цілі навчальної дисципліни “Професійна етика юриста” мають полягати у такому:

### **1. Формування системи знань про призначення юридичної професії.**

“Професійна етика юриста” має сприяти усвідомленню студентом того факту, що юридична професія – не просто фах, котрий є престижний та шанований

у суспільстві, а глибоке осмислення та прийняття положення про те, що юрист виконує функції “соціального лікаря”: передусім правник покликаний виявити суспільну проблему, сприяти її безболісному вирішенню. Особа, яка звертається за правовою допомогою є не “клієнтом”, насамперед людиною, і надана правником допомога може впливати на її подальшу життєву долю.

## **2. Формування системи етичних принципів здійснення юридичної діяльності.**

Курс має допомогти студенту зрозуміти важливість формування стійкої системи моральних переконань через дослідження зв'язку *професійної* етики із *загальною*. Така нероздільність загальної та професійної етики юриста відповідає одній із сучасних тенденцій розвитку вітчизняного правознавства, яку позначають терміном “антропологізація”. Суть цієї тенденції можна виразити у науковому пошуку зв'язку регулювання поведінки людини з її антропними властивостями.

Іншими словами, необхідність нероздільного розгляду проблем загальної та професійної етики юриста випливає з такої антропної риси природи людини, як *цілісність її світогляду*, тобто неможливість застосування різних моральних мірил для особистого та професійного життя.

Відтак неупередженість у реалізації професійної діяльності правника засадничо визначається системою його світоглядних принципів, формування яких є одним із завдань вищої освіти. Тому видається за доцільне у навчальний курс “Професійна етика юриста” включити розділ, із загальною характеристикою основних етичних систем.

## **3. Розвиток критичного мислення, нестандартного осмислення ситуації.**

Незважаючи на те, що навчальна дисципліна “Професійна етика юриста” безпосередньо не призначена для формування у студентів комплексу знань щодо практичних проблем правового регулювання, знання окремих її питань можуть стати помічними у застосуванні положень нормативних актів, у зміст яких включено моральні поняття, особливо ж огляду на рішення Конституційного Суду України за № 15-рп/2004 від 02.11.04 у справі № 1–33/2004 (про призначення судом м'якшого покарання), за якими норми моралі розуміються як елемент права. Отже, за сучасних умов перед правником стоїть цілком практичне значення опанування навичками роботи з матеріалом, котрий не має формалізованого характеру.

## **4. Сприяти становленню студента передусім як особистості з розвинутою системою фундаментальних (світоглядних) знань.**

Завдання вищої юридичної освіти з точки зору тих, хто її набуває, часто бачиться як таке, що має сприяти формуванню у студента розвинутої системи фахових знань у сфері правознавства, тоді як завдання з виховання студента як особистості відтісняється на задній план.

**Такий підхід видається не зовсім правильним, а у довгостроковій перспективі – навіть шкідливим.** Культивування у студента властивостей зрілої особистості з розвинутою системою світоглядних знань (що включає в себе знання про основні етичні системи сучасності) бачиться як одне з центральних цілей вищої освіти, адже правник з огляду на специфіку своєї праці має стосунки з людьми самих різноманітних світоглядних установок, що вимагає від нього розуміння “внутрішньої логіки” їх мислення. А це, своєю чергою, зумовлює потребу володіння юристом інформацією про базові орієнтири “світосприйняття” та “людинорозуміння” в основних світових етичних системах.

Викладання дисципліни “Професійна етика юриста” під кутом зору вищенаведених завдань сприятиме, на нашу думку, вихованню правників з високими моральними якостями, необхідними для побудови правової держави.

1. *Парасюк В.М.* Імперативність моралі у професійній діяльності слідчого: філософсько-правовий вимір: Автореф.дис..канд. юрид. наук: 12.00.12 / Львівський державний університет внутрішніх справ. – Львів, 2008.
2. *Рабінович П.М.* Основи загальної теорії права та держави. – Львів: “Край”, 2007. – С. 48.
3. *Малахов В.* Етика: Курс лекцій: Навч. посібник. – К.: Либідь, 1996.
4. *Погорелова Л.В., Погорелов С.А.* Профессиональная этика юриста. – Минск: Общественное объединение “знание”, 2007.
5. *Кони Ф.А.* Избранные сочинения. – Москва, 1964, – Т.4. – С. 237 // Погорелова Л.В., Погорелов С.А. Профессиональная этика юриста. – Минск: Общественное объединение “знание”, 2007.

### **PECULIARITIES OF LAWYER’S MORAL CULTURE MOULDING FOR THE TIME BEING**

***S. Dobryanskyi***

*Ivan Franko National University of Lviv,  
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine  
tel. (032) 239-41-10; e-mail: svatolex@yahoo.com*

In the article a renewed approach to the teaching of the subject “Professional ethics of a lawyer” in the law institutions of higher learning is presented; the stress is made on the tasks of building a law-governed state in Ukraine.

*Key words:* morality, value, personality.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009  
Прийнята до друку 01.06.2009

## ШАРІАТ І ФІК – ГОЛОВНІ ТЕРМІНИ МУСУЛЬМАНСЬКОГО ПРАВА

*М. Садовський*

*Вроцлавський Університет  
пл. Університетська, 1, 50–137 Вроцлав, Польща*

У статті розглянено окремі термінологічні особливості у мусульманському праві. Висловлена авторська думка щодо мусульманських правових термінів „шаріат” і „фік”.

*Ключові слова:* мусульманське право, шаріат, фік.

Аналізуючи терміна “шаріат” (право ісламу, мусульманське право – це тотожні поняття), слід мати на увазі те, що іслам – це не тільки релігія, це передусім політична, суспільна і релігійна система, яка повністю охоплює життя людини. Ті самі поняття використовуються як в юридичному, так і в релігійному вимірі, розглядаються як складові релігійної чи юридичної системи, або також їх вносять до складу обидвох систем. Вчені, які займаються мусульманським правом, звертають особливу увагу на дві його взаємозалежні риси:

- 1) релігійне походження (“божественний характер”);
- 2) тісний зв’язок (щодо деяких – нерозривний) правових норм із мусульманською теологією, із моральними нормами, приписами культу і нормами ісламу взагалі [1, с. 7]<sup>1</sup>.

Не підлягає дискусії те, що до найважливіших термінів мусульманського права належать два поняття – шаріат і фік. Проте серед вчених немає одностайності щодо визначень цих понять. Можна виявити часто різні, протилежні точки зору, які вказують на їх історичну еволюцію. Відомо, що в первинному (найважливішому) періоді виникнення і розвитку ісламу, коли мусульманська свідомість була нероздільна, ці два поняття були тотожними. Згідно із Вессей-Фітцджеральдом, шаріат – це ісламський термін, який перекладається на англійську за допомогою слова “law” (право). Проте це є щось більше, ніж право, це “повнота обов’язків людини”. Теологія, етика, конкретний ритуал, всі аспекти права, публічна і приватна гігієна (наприклад, спосіб використання зубної щітки, щоденний одяг), люб’язність і добре виховання – усе це є частини і відображення шаріату [2, с. 3–4].

Саме слово “шаріат” з арабської перекладається як “дорога до водопою”, а в переносному значенні – це самостійна дорога до мети, яку повинні пройти вірні.

“З часом наукові пошуки і тлумачення шаріату набули назви “фік”. Сьогодні це слово тлумачать як “догмат”, однак на початках воно означало аргументацію, використання розуму людиною, на противагу слову “ilm”, яке означає знання, що базується лише на об’явленні та інтуїції. Це первинне розмежування вже давно не має місця і сьогодні часто йдеться про “ilm el figh” – про юриспуденцію або науку про догмати, хоча сьогодні слово “ilm” означає кожне знання” [3, с. 4]<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Порівняйте. теж Hurgonje S.C. Mohammedanism: lectures on its religious and political growth, and its present state / S.C. Hurgonje. – New York, 1937. – P.1–54.

<sup>2</sup> Порівняйте. теж Bielawski J. Islam / J. Bielawski. – Warszawa 1980. – S. 82. На думку Bielawskiego, етимологічне значення терміна “fih” – це знання, мудрість, інтелігентність тощо.

У науці немає однозначних поглядів на тему відношення шаріату до фіку. Наприклад, Абу Ханіфа (699–767), один з найвідоміших арабських правників, розумів під поняттям “фік” виконання вірними всіх обов’язків, накладених на них як на віруючих, та прав, поданих їм через Аллаха. Вони знаходять свій вияв в шаріаті, не вилучаючи релігійної догматики і етики [1, с. 32]<sup>1</sup>. Далі сучасний арабський вчений Мустафа Ібрахім ас-Зелані стверджує, що якщо шаріат у своїх головних положеннях і нормах є незмінний, то фік тлумачить як пояснення положень Корану і сун та їх переклад у площині конкретних норм із гнучким і мінливим характером [1, с. 16].

Підсумовуючи, можна стверджувати, що під шаріатом розуміють ті накази, які є звернені до людей, які були результатом божественного об’явлення і знаходяться в Корані і суннах Пророка, але поняття “фік” змінилося. Сюкїяйнен вважає, що виникнення мусульманської юриспуденції було тісно пов’язане із застосуванням цього терміна в розумінні, протилежному апріорному пізнанню (ілім) по відношенню до Корану і сун Пророка, а в послідовності і рішенні його співтоваришів, які є точно встановленими, мали чіткий зміст і можна було їх однозначно розуміти і з цього приводу для свого застосування на практиці не потребували додаткового пояснення. Фік, згідно із Сюкїяйненом, не означав самостійних рішень співтоваришів у випадку відходу від вказаних у джерелах (Коран, сунни) готових відповідей на конкретні проблеми. Іншими словами, у сучасній ісламській юриспуденції ці поняття стали на протилежні сторони – сфера фіку починалася там, де закінчувалася сфера шаріату [1, с. 33]. Як зазначив М. Рутвен, термін “фік” частіше перекладається у технічному, ніж у правознавчому контексті [3, с. 91].

Таку відмінність представлених понять певним чином є присутня в ісламській теоретичній думці, особливо в тій її частині, яка займається джерелами фіку (усул ель-фік) [4]. Однак на розвиток мусульманської концепції наклалося різне розуміння співзалежності між шаріатом і фіком як юридичними поняттями. Здебільшого це було пов’язано з поділом шаріату, раніше однієї сфери знання на багато самостійних дисциплін. Унаслідок цього фік почав означати власне мусульманську юриспуденцію, предметом якої стала лише одна з сторін шаріату – т.зв. практичні засуди (постанови). Водночас теоретична теологія (калам) почала вивчати проблеми догматики, а проблеми внутрішніх переконань і самовдосконалення досліджували через етику (тасаввуф або ілім аль-віджданіят). Вказана схема показує тільки загальні напрями історичного розвитку ісламсько-юридичних поглядів на тему шаріату і фіку та не претендує на вичерпність всіх загальних розв’язок, не кажучи вже про з’ясування деталей.

До сьогоднішніх поглядів, які ототожнюють ці два поняття, мають своїх прихильників. Наприклад, Субхі ас-Саліх висловив переконання, що терміни “шаріат” і “фік” є синонімами і означають всі повчання, які зіслані людям через Аллаха, включно із ісламською догматикою, правилами культу і нормама, які регулюють міжлюдські відносини, загальними правовими засадами, що регулюють його літеру і дух [1, с. 32].

Аналіз поглядів ас-Саліха дає змогу твердити, що до норм шаріату (фіку) він зараховує конкретні правила поведінки, сформовані в рамках ісламу, а не лише ті, які містяться в Корані і суннах. З ним погоджуються і вчені, які ставлять

---

<sup>1</sup> Життя і погляди Абу Ханіфи можна ширше і цікавіше пізнати у джерелі: Imam Abu Hanifah – Life and Work / Translated by M.Handi Hussain. – New Delhi, 1998.

знак рівності між шаріатом і фіком. Учені-мусульмани залишають на боці проблеми релігійної догматики і етики, а склад шаріату (фіку) розглядають широко, вбачаючи у ньому термін всіх правил поведінки. Розглядаючи шаріат (фік), джерелами його норм, окрім них, треба вважати не лише Коран і суні, але також і розумові методи творення юридичних рішень, які приймають мусульманські правники.

У науці є також погляди, які чітко розмежовують шаріат і фік. Їх представники зараховують до шаріату тільки точні і однозначно визначені положення Корану і сун, які є “божественним об’явленням”, а алегоричне тлумачення тих джерел і застосування раціонального пояснення правових норм належить до сфери фік. З перспективи часу помітно, що тільки загірики [5]<sup>1</sup> серйозно трактували цю концепцію. В працях сучасних мусульманських правників як самотворена ця концепція не є наявною. “Однак сама засада чіткого поділу “божественного об’явлення” і раціональних способів юридичної аргументації лежить в основі широко розповсюдженої ідеї про те, що положення шаріату є “святе”, беззастережно зобов’язуюче, незмінне і позбавлене суперечності на протигагу до висновків фіку, які не позбавлені помилок, в різних місцях суперечать, змінюються або зобов’язують тільки того моджтахеда, який їх сформулював” [1, с. 34].

У сучасній мусульманській юриспунденції виділяють три найтипівіші напрями, які стосуються шаріату і фіку:

1) Згідно з першим із них, шаріат містить в собі релігійну догматику (акаїд) і етику (шлак) і так звані практичні норми, які регулюють очищення культу (ібадат) та міжлюдські відносини (муамалат). Наголосимо, що конкретні положення Корану і сун (кітаят ад-далала), а також положення розроблені юристами через пояснення найзагальніших вказівок тих джерел (заухіят ад-далала) або сформульованих за допомогою інших наукових методів (іджтіхад) та правила поведінки, основою яких є одностороння позиція (іджма). Ці “практичні норми” творять фік, який отже цілковито міститься в шаріаті у статусі його складової частини. Звідси випливає висновок, що шаріат є ширшим поняттям, ніж фік [6].

2) Прихильники цього напрямку переконують, що шаріат і фік не узгоджуються між собою як частина із цілим, оскільки ці поняття мають тільки чітко визначену сферу, а при цьому доволі вузьку лінію перетину. В результаті захищають власну самостійність і тільки властиві для себе відмінності. Згідно з цим поглядом, шаріат містить релігійну догматику, етику і так звані практичні норми, черпаючи їх з Корану і сун. Представники цієї теорії вважають, що власне у шаріаті, який переданий людям через Мухаммеда, правдивої форми набуває божественне об’явлення. Тому так звані практичні норми шаріату (як і інші його елементи) є святі, беззастережно зобов’язувальні і незмінні, відображаючи вічні інтереси і потреби людей у кожному епоху. Конкретно встановлені і однозначно пояснені всіма мусульманськими школами права практичні положення Корану і сун, будучи елементом шаріату, практично входять в склад фіку. Переважну частину фіку виробляють рішення юристів, які базуються на іджтіхаді, тобто поясненні загальних положень Корану і сун у тій ситуації, коли їх не можна однозначно зрозуміти; за допомогою іджтіхаду творяться нові норми поведінки у

<sup>1</sup> Загірики – юридично-теологічна школа, яка виникла в IX ст. у Багдаді. Її засновником був багдадський теолог Давуд ібн Чалаф аль Ісфахані. Загірники акцентували на чіткому дотриманні Корану і хадісу як єдиних джерел божого і людського права.

випадку мовчанки головних джерел. Інакше кажучи, шаріат і фік узгоджуються між собою тільки в тому, що стосується недискусійних і чітких положень Корану і сун, котрі встановлюють конкретні засади поведінки, і для реалізації яких не потрібно додаткової інтерпретації. Інші вчені в цю спільну сферу шаріату і фіку вводять ще інші норми, джерелом яких є іджма. На цей спільний елемент фіку поширюється характеристика стану шаріату як вічного і незмінного. Однак переважна частина його норм позбавлена характеру святості і може бути модифікована одразу після зміни індивідуальних або загальних інтересів. Різноманітна інтерпретація цих інтересів може призвести до несумісних висновків, які стосуються ідентичних питань. Такі погляди на фік є результатом теоретичної діяльності знавців права. Вони не позбавлені помилок, хоча мають релігійний характер, тому що їх сформульовано із передбаченням і на основі загальних засад і правил шаріату. Також потрібно оцінити пояснення загальних понять Корану і сун, які належать юристам. Виходячи із цих передбачень, наголошується, що фік значно перевищує шаріат, якщо йдеться про кількість вміщених у ньому правил поведінки. З іншого боку, наголошується, що з погляду “божественного об’явлення”, яке набуло своєї форми не тільки в практичних нормах, але передусім в релігійній догматиці і етиці, шаріат перевищує фік. У певних ситуаціях вважається що фік пояснює шаріат.

3) Такий погляд покладено в основу концепції, представники якої виходять із передбачення, що фік не є елементом шаріату і вони не перетинаються з ним в жодній частині. Їх узгодженість треба розуміти як зв’язок між причиною і наслідком [7]. Прихильники цих поглядів розуміють шаріат як цілісність зобов’язуючих вказівок Аллаха, які передані Пророком Мухаммедом, втілених у Корані і суннах, які визначають хід думок і дій людини. Тут шаріат виконує роль основи, джерела фіку, який в цьому випадку є нормативною інтерпретацією Корану і сун<sup>1</sup>. Тому, корото кажучи, положення шаріату стосуються зовнішньої поведінки, які саме через неї чітко визначені, а не конкретні, встановлюючи тільки загальні напрями норм фіку. Це є джерело, з якого правники повинні черпати конкретні правила. Натомість фік складається з самих практичних норм і не може вводити в свій склад безпосередньо джерел, тобто положення Корану і сун. Фік займається поясненням шаріату, перекладом на його мову встановлених правил поведінки і юридичних понять і в тому сенсі є сумою творчості правників, які намагаються зрозуміти сенс божественного об’явлення. Натомість, якщо в Корані і суннах є недостатньо тих конкретних правил, то їх можна сформулювати, керуючись різними раціональними способами, можливість застосування яких залежить від того, чи передбачають їх вказані джерела. Власне в такому розумінні Коран і сунні вважаються головними джерелами фіку.

Російські дослідники вважають, що шаріат – це встановлений, обов’язковий шлях правильного і побожного життя, який іслам визначив для вірних [8, с. 18]. В тому самому дусі виявляють свої позиції західноєвропейські вчені. Й. Шахт, наприклад зазначає, що шаріат – це цілісність наказів Аллаха. Він називає також фік наукою шаріату, яка виробляє його норми. При цьому він не зараховує до шаріату релігійну етику і догматику [1, с. 37]. Багато радянських вчених розуміли під шаріатом всеохопну систему, яка регулює соціальні відносини і яка містить,

<sup>1</sup> Подібні погляди пор. в S. Zubaida, *Law and Power in the Islamic World*, IB Taurus 1996, s.10–19, пор. теж в W.Hallaq, *Islamic Legal Theories*, Cambridge 1997 s.2.

окрім юридичних, інші типи норм – моральні, релігійні, звичаєві тощо. Ці погляди не узгоджуються з концепціями більшості мусульманських учених, які власне фік означають як всеохопну систему. Вона, будучи мусульманським канонічним правом, регулює проблеми права, родини і способу життя [9, с. 42]<sup>1</sup>. Р. Давід стверджує, що мусульманське право – це не стільки право (хоча намагається замінити собою право), скільки збірка норм, які регулюють міжлюдські взаємини і базуються на ісламі [1, с. 39]. А. Массе, німецький ісламіст, вважав, що фік (означений ним як релігійне право) містить в собі релігійні, правові, моральні і звичаєві норми та охоплює всі обов'язки, які накладають на мусульманина закони Корану (шаріат) в троякому розумінні:

- 1) як на віруючого;
- 2) як на людину;
- 3) як на громадянина теократичної держави [1, с. 39–40].

У цьому місці варто звернути увагу, що мусульманська концепція права, в центрі уваги якої є шаріат і фік, не робить спеціального наголосу на юридичних аспектах їхньої кореляції і загалом стосується власної юридичної проблематики лише настільки, наскільки вона має відношення до аналізу цих понять. І це зрозуміло, адже більшість мусульманських юристів протиставляють позитивному праву (цим терміном вони означають похідні від держави правила поведінки, встановлені здебільшого в прийнятих законах) власне шаріат в цілості, який вони трактують в широкому, неюридичному сенсі. З цього погляду він (шаріат) не наближається до норм, прийнятих державою, на відміну від інших юридичних систем. Навіть якщо з позитивним правом фік зрівняється, то його (фік) розглядають у нерозривному зв'язку з релігійною догматикою і моральністю і по суті фік зрівнюється з шаріатом [1, с. 40].

Й. Шахт вживав термін “мусульманське релігійне право” для пояснення поняття “шаріат” (“фік”), під яким він розумів норми, котрі регулюють зовнішню поведінку мусульманина практично у всіх сферах життя. Під цим поняттям він розумів також всі норми шаріату, незалежно від їх характеру [9, с. 44]. І. Голдсіхер взагалі не надавав значення поділові норм мусульманського права на юридичні та ін [10, с. 43]. Й. Шахт доводив, що право у своєму значенні є частиною системи релігійно-етичних правил. Керуючись цим передбаченням, можна сказати, що не можна визнати самостійного характеру юридичної частини шаріату, всупереч тому, що право *stricte* зберігає свій юридичний характер, а його сфера до кінця не зливається зі сферою релігії [9, с. 44].

З наведених поглядів можна зробити висновок, що дуже важко зробити визначення понять: шаріат, фік, мусульманське право (право ісламу). Часто це є тотожні поняття, а одночасно їх часто протиставляють. Грунтуючись на широкому розумінні, ототожнюємо (так, як і самі мусульмани) поняття “шаріат” і “мусульманське право”. Наукою і напрацюванням цього права займався фік або мусульманська юриспуденція [11, с. 49–64].

Її поділяють на дві частини:

- 1) усул ель-фік – на базі корені юриспуденції;
- 2) фуру – галузь або її конкретне втілення [12, с. 172–202].

1. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики / Л.Р. Сюкияйнен. – Москва, 1986.

<sup>1</sup> Пор. теж N. Calder Studies in Early Muslim Jurisprudence, Oxford 1993.

2. *Vessey-Fitzgerald S.G.* Istota szariatu i jego ĩrydia // S. G. Vessey-Fitzgerald. – Warszawa, 1960.
3. *Ruthven M.* Islam / M. Ruthven. – Warszawa, 1998.
4. *J. Strawson.* Encountering Islamic Law [Електронний ресурс] / Strawson J. – Режим доступу до статті: <http://www.uel.ac.uk/faculties/socsci/law/jsrps.html/>
5. *Mały siownik kultury świata arabskiego* [Wyd. zbiorowe]. – Warszawa, 1971.
6. *Пор. також Spies O.* Klassisches Islamisches Recht / O. Spies, E. Pritach // 1. Wesen des Islamischen Rechts in Handbuch der Orientalistik. – Vol. 1, 3: Orientalisches Recht, Leiden, 1964. – P.220–343.
7. *Rumilla Y.* Sharia is not Fiqh [Електронний ресурс] // Y. Rumilla. – Режим доступу до статті: <http://www.naseebvibes/prose-detail.php?aid=2201>
8. *Пор. Петровский М.Б.* Ислам – вера и образ жизни: Ислам. Краткий справочник. – Москва, 1983.
9. *Schacht J.* An Introduction to Islam Law / J. Schacht. – Oxford 1964.
10. *Goldziher I.* Vorlesungen ueber Islam / I. Goldziher. – Heidelberg, 1925.
11. *Пор. теж Luciani D.J.* La Theorie du droit musulman (Ougoul el-fiqh) d’apres Ibn Knaldoun / D.J. Luciani // Revue africane (Algiers). – LXIX (1928).
12. *Hallaq W.* Usul al-fiqh: Beyond Tradition / W. Hallaq // Journal of Islamic Studies. – 1992. – № 3 (2).

## SHARIA(T) AND FIQH – THE BASIC TERMS OF MUSLIM LAW

*M. Sadovs'kyi*

*Wroclaw University*

*University Square 1, 50-137 Wroclaw, Poland*

The article is devoted to some peculiarities in Muslim law terms. The author's consideration of these law terms is elucidated.

*Key words:* Muslim law, sharia(t), fiqh.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

# ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

## ПРАВОВИЙ СТАТУС ВЕРВНИХ СУДІВ У КИЇВСЬКІЙ РУСІ (ІХ–ХІІ ст.)

*І. Бойко, М. Бедрій*

*Львівський національний університет імені Івана Франка  
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна  
e-mail: bmarjan@bigmir.net*

У статті висвітлено правовий статус вервних судів Київської Русі, з'ясовано їхню роль у судовій системі цієї держави і розкрито процес формування та розвитку цих органів. Проаналізовано правову природу верві як територіальної громади. Охарактеризовано основні риси вервного судочинства, що ґрунтувалось на давньоукраїнському звичаєвому праві.

*Ключові слова:* Київська Русь, Руська правда, верв, вервний суд.

Процес демократизації українського суспільства та національного законодавства потребує глибокого пізнання історії громадських інституцій. З метою вдосконалення судової системи України доцільним є вивчення давнього громадського судочинства, врахування цього важливого досвіду. Правовий статус вервного суду в Київській Русі – це тема, дослідження якої повинно внести ясність у наукові дискусії щодо юридичної природи верві, її судових функцій і порядку їх реалізації. Водночас є необхідність звільнити науку історії держави і права України від хибних догм, проголошених комуністично-радянською ідеологією, забезпечивши її подальший розвиток.

Проводячи історико-правове дослідження громадського судочинства на українських землях, стає очевидним, що копні та вервні суди перебувають у певному генетичному зв'язку між собою. Мабуть, було б надто радикально та не зовсім об'єктивно поставити між ними знак “дорівнює”, але той факт, що вервні суди були історичними попередниками копних судів, є очевидним. Оскільки копа походила від верві, то й копний суд – від вервного. Вервний суд не був класичним (у сучасному розумінні) судом, але його рішення виконувались із такою ж обов'язковістю, що й рішення інших судів у подальших історичних епохах. Крім того, термін “вервний суд” є до певної міри умовним, адже він виражає не цілком самостійний юрисдикційний орган, а більшою мірою саму верв, зокрема порядок здійснення нею судочинства.

У VII–VIII ст. було створено об'єднання племінних союзів полян у середньому Подніпров'ї з центром у Києві. На цих землях у VIII–IX ст. виникла перша держава східних слов'ян з назвою “Руська земля”. З кінця IX ст. Руська земля стала центром, політичним і територіальним ядром утворення могутньої держави, яка закріпила за собою назву “Київська Русь”. У процесі формування соціально-неоднорідного суспільства східні слов'яни перейшли від первіснообщинного ладу до феодального, оминувши рабовласницький. Така своєрідність історичного розвитку пояснюється певними обставинами, серед яких вагоме місце займає організація територіальних громад (вервей), члени яких були рівноправними. Верв (сільська громада) затримала та унеможливила рабоволодіння у східнослов'янському суспільстві [1, с. 8–10].

Важливими рисами судово-адміністративного устрою Київської Русі були, по-перше, поділ судочинства на дві сфери: світське і церковне, а по-друге – невідокремленість суду від адміністрації. У Київській Русі серед судів розрізняли: державні (князівські), церковні, вотчинні (боярські) та громадські (вервні). Громадські суди діяли із найдавніших часів спершу як єдині судові органи, згодом поряд з державними (князівськими) судами. Основним видом цих судів були вервні суди [2, с. 35–36].

Вони замінили “общинні суди”. Про вервний суд Руська правда згадує лише один раз (ст. 15 Короткої редакції Руської Правди), говорячи про “Суд 12 мужів”. В общинного суду була дуже широка компетенція, оскільки у період до становлення держави общинні суди були єдиними судовими органами. Під їхню юрисдикцію потрапляли як цивільні справи, так і кримінальні, зокрема, вбивство чи крадіжка, здійсненні на території общини. З появою вічевих, церковних і вотчинних судів компетенція общинних судів звужувалась, а там, де діяв князівський суд, їх діяльність припинялась [3, с. 24].

Розбудова державної судової системи Київської Русі призвела не лише до звуження компетенції общинного суду, але й до його реформування. Його діяльність було приведено у формальні рамки, оскільки він уже базувався не лише на звичаях, а й на законі, тобто “Руській правді”. Штрафи, які суд присуджував, йшли не на користь громади, а князеві. Водночас юридична природа общинного суду, тобто громадський характер, не змінилися. Він перестав бути тим самим юрисдикційним органом, яким був у додержавний період, зазнавши якісно нового рівень розвитку – вервний суд. Проте в наукових та історичних джерелах терміни “общинний суд” і “вервний суд”, як правило, вживаються паралельно та ототожнюються, що створює певні перешкоди на шляху до історико-правового дослідження громадського судочинства. З вищенаведених міркувань можна висловити думку, що такий підхід не є виправданим і доцільним, адже вервний суд сформувався одночасно з розбудовою праукраїнської держави, тобто Київської Русі, а общинний суд діяв у додержавний період як інститут родоплемінного суспільства на українських землях.

Доки рід–община був невеликим і займав незначний територіальний простір, справи вирішувались за участю всіх його членів. Але з плином часу роди розростались і почали займати великі за обсягом території. Цей процес супроводжувало створення певних середовищ, в яких вирішувались адміністративні потреби громади. Польський вчений Ф. Гавронський називає такі середовища “центрами комунікації”. Общинні суди також були перенесені у ці центри. У зв’язку з розширенням роду та території, на якій він проживав, виникли великі труднощі у забезпеченні участі всіх членів общини в судовому процесі, які згодом зумовили неможливість такої участі. Тому кожне село й осіла група почали делегувати своїх суддів у центри комунікації, де здійснювалось судочинство [4, s. 178–179]. Отож, общинні суди еволюціонували та стали вервними судами.

Назва “вервні суди” виникла від давньоруського слова “верв”. Своєю чергою, термін “верв” походить від шнурка – “вірьовки”, яким вимірювали ділянку землі, зайняту членами верві [1, с. 27]. Верв була сільською територіальною громадою, яку наділяли правом місцевого самоврядування та судовими функціями. Цей орган був характерним не лише для населення Київської Русі, але й для хорватів, оскільки про них згадує як “Руська Правда”, так і Полицький статут, який діяв у Далмації (прибережна частина Хорватії) [5, с. 76]. Члени верві в Київській Русі мали перед князівською владою фінансові, поліцейські та інші зобов’язання. Верв

була колективним власником неподільних земель, здійснювала реалізацією норм звичаєвого права, організацією захисту своїх членів і їхньої власності у конфліктах з державним апаратом, феодалами та сусідніми громадами. Органом управління верви було віче. Її члени несли взаємну відповідальність за сплату князеві податків і за злочини, вчинені на її території, яка була досить великою. Вона охоплювала кілька населених пунктів, розташованих неподалік одне від одного [1, с. 27–28].

В історико-правовій науці розгорілась жорстка дискусія щодо правової природи верви. На думку В.М. Лешкова, верв була союзом осіб, пов'язаних землею, майновим союзом, у певному сенсі географічною общиною, тобто в сучасному розумінні – територіальною громадою [6, с. 154]. З ним не погоджувався Ф. Леонтович, який вважав верв задругою, тобто великою патріархальною родиною. Такої ж думки були багато інших вчених, зокрема Ф. Енгельс і С. Юшков [7]. Більше того, ця думка була офіційною в радянській історико-правовій доктрині, адже верв трактували нею як родинну комуну.

М. Павлов–Сільванський дотримувався думки, що верв – сільська община. Основним його доказом було те, що в Руській правді передбачено колективну відповідальність верви, якщо на її території станеться вбивство, а інститут кругової поруки він вважав однією з основних ознак сільської общини. Б. Греков рішуче обстоював думку про те, що верв – сільська громада. Він спирається головню на неможливість застосувати статті Руської Правди про дику віру (тобто грошовий штраф, що стягувався з общини за вбивство людини) до верви як великої родини. Найсерйознішого удару у сприйнятті верви як задруги завдає одна зі статей “Руської Правди”, яка передбачає можливість індивідуальної відповідальності членів верви у разі, коли вони не вкладаються в дику віру. Отже, дика віра складалась з індивідуальних внесків у неї, а це припускає наявність індивідуального господарства членів верви, тобто приватну власність, що неможлив у родинній комуні [7]. З об'єктивних міркувань слід все-таки визнати верв сільською територіальною громадою, яка зародилась саме у Київській Русі та стала на шлях свого подальшого розвитку.

Швидше за все така територіальна форма співжиття населення в сільській місцевості була зумовлена відповідним етапом розвитку феодального ладу і багатьма об'єктивними причинами: формами феодального землеволодіння, розвитку інституту права власності, сільського виробництва тощо. Однією з найважливіших причин можна також назвати особливості географічного розташування Київської Русі, яка опинилась на шляхах “великих переселень” народів, а тому жила під постійною загрозою ворожих набігів як великий військовий табір, в якому верви набагато більше нагадували військові поселення, ніж родові общини [6, с. 155].

Відомий історик права А. Яковлів висловив свій погляд щодо перетворення родової общини в територіальну громаду (верв). Він зазначав, що згодом економічний розвиток суспільства, зокрема хліборобство, послабив родинний зв'язок і зумовив створення нових форм громадського співжиття: родину змішаного типу, яка складалась із родичів і чужинців, наділених спільною власністю; громаду зі спільним майном; громаду з правом індивідуальної власності її членів на двір і поле та зі спільною власністю на луки, випаси, ліси, озера, лови та ін. Завершальною стадією цього процесу еволюції стало виникнення села – спілки малих громад і дворищ. Водночас формувалась громадська форма управління через виборну старшину всіма справами громади, в тому числі охороною правопорядку та безпеки, здійсненням правосуддя та боротьбою зі злочинністю [8, с. 12].

Верв була водночас і давньоруською громадою, і судово-адміністративною одиницею. Судові функції від імені громади виконував вервний суд, який у період існування Київської Русі розглядав усі категорії справ стосовно членів общини та злочини, що були вчинені на її території. Вервний суд складався з “судових мужів” – представників місцевої знаті. Його очолював виборний голова (староста). У “Руській правді” вервний суд називався “Судом 12 мужів” [2, с. 36].

Отже, суддів вервного суду в Київській Русі називали термінами “мужі”, “добрі люди”, “обчі старці”. Їх обирала на цю посаду територіальна громада-верв. Щоправда, інколи траплялись випадки, коли їх обирали лише для вирішення однієї судової справи самими сторонами спору. У таких ситуаціях кожна сторона процесу обирала рівну кількість суддів, тобто по шість. Вервні судді у своїй діяльності були незалежними від стороннього впливу, оскільки вирішували судові справи та карали винних без втручання посадових осіб державної влади [9, с. 188].

Компетенцією цього суду був захист власності, зокрема недоторканності земельних меж. Вервні суди найчастіше розглядали справи про дрібні злочини й проступки селян-смердів. За “Руською Правдою”, на громаду також накладали обов’язок дотримання її процесуальних норм. Їй слід було додержуватись вказівок про те, що вважати караним, і який штраф призначати [2, с. 36].

У Київській Русі засідання вервного суду часто проводились на торгах і конах (земельних ділянках). Цікаво, що в чеського народу суд поротників, який, як і вервний суд, був судом громади, також проводив свої засідання на торгах. До вервного суду люди звертались за допомогою заклику або заповіді на торгу щодо челядина-втікача чи вкраденої речі. На вервний суд вказують статті Руської Правди: про представлення боржника на торг, про вивід послухів на торг, про звід перед 12 мужами (якщо боржник відмовлявся повертати борг), про гоніння сліду з чужими людьми та послухами, про пошуки “тятя” (злочинця) по верві та про видачу товару опікунові перед людьми [9, с. 186–187].

Більшість дослідників підтримують позицію, що “звід 12 мужів”, про який говорить ст. 15 Короткої редакції “Руської правди” є вервним судом, проте є й такі вчені, які вважають цих “мужів” послухами, тобто свідками. На думку російських істориків Н. Карамзіна та А. Зіміна, у ст. 15 Короткої редакції “Руської Правди” йдеться мова про випадок, коли внаслідок зводу був знайдений злодій, але крім знайденої речі він вкрав й інші, повернення яких вимагав позивач, тому є усі підстави вважати 12 мужів, про яких описано у ст. 15 Короткої редакції “Руської правди”, вервним судом. Цей орган вирішував усі справи про крадіжки, в яких застосовувався звід як процесуальна дія [10, с. 56–57].

Верв мала на меті захист прав власності її членів. Для здійснення цієї мети громада використовувала правотворчі, виконавчі та судові повноваження. Вервні суди доволі часто розглядали земельні спори між селянами. Щоб запобігти хаосу у визначенні прав власників, розподіл земель у межах верви відбувався за загальною згодою усіх її членів. В разі виникнення спірних питань розподіл землі міг проводитись за допомогою жеребу. У тих випадках, коли одні селяни пасли худобу там, де інші орали землю, сіяли зерно та очікували посівів, перші завдали шкоду другим, тому їхні дії могли бути оскаржені у вервному суді [11, с. 72–73].

М. Любавський зазначав: “Верви, бачимо, були першим природним об’єднанням, що повстало з вузьких рамок кровної спілки... Вони залишились, як місцеві громади, зобов’язані круговою порукою за злочини, заподіяні в їхніх межах, з владою розшукувати злочинця й ухвалювати вирок про винність свого співчлена” [12, с. 659].

Верви досить часто здобували у князя право на вервну судову автономію за постійну грошову оплату, яка була своєрідною компенсацією для князя за втрачені ним внаслідок діяльності вервних судів судові стягнення та грошові покарання [13, с. 12–13].

Український дореволюційний дослідник Ф. Леонтович наголошував на тому, що суд по верві, землям (конам), на торгу – перед 12-ма мужами або з чужими людьми та послухами суттєво відрізнявся від князівського суду [9, с. 187].

Спосіб здійснення вервного судочинства не є очевидним для сучасної історико-правової науки, оскільки майже не збереглося документальних джерел того періоду, які б відображали особливості верного судового процесу. Безперечно, вервний суд діяв на основі звичаєвого права. Оскільки втіленням давньоукраїнського звичаєвого права була “Руська правда”, можна припустити, що судовий процес у вервних судах був дуже близьким до вимог процесуальних норм “Руської правди” або навіть ґрунтувався на них.

“Руська правда” містить ряд статей, у якій регулювали порядок здійснення громадою, зокрема вервним судом, досудового розслідування. Це так звані “звід” і “гоніння сліду”. Звід полягав у відшуканні позивачем належного відповідача за допомогою заклича, зводу у вузькому розумінні, і присяги. До зводу вдавалися у разі викрадення речі або раба. Потерпілий оголошував про це на торгу. Таке оголошення називали закличем. Якщо по трьох днях від часу заклича річ знаходилася, то особа, в якій вона була знайдена, вважалася відповідачем; вона була зобов’язана не лише повернути цю річ, але й сплатити постраждалому штраф у розмірі трьох гривень.

Якщо заклич не був проведений, або річ була знайдена ще до завершення трьохденного строку, чи якщо ця річ була знайдена не у своєму місті або общині (“миру”), а людина, в якій було знайдено річ, що пропала, не зізналася у викраденні, тоді приступали до зводу. Зазвичай людина, в якій було знайдено викрадену річ, виправдовувалася тим, що купила її або іншим яким-небудь чесним способом придбала цю річ. У такому випадку знайдена річ залишалася певний час у володільця, але він повинен був указати власникові речі того, у кого її було ним придбана. Якщо ця третя особа, своєю чергою, не признавалася у викраденні, то вона була зобов’язана вчинити так само: вказати особу, яка передала їй цю річ. Звід міг продовжуватися дотих, доки не знаходився викрадач. Якщо виявилось, що викрадача слід шукати за містом, власник міг проводити звід тільки до третьої особи, яка зобов’язувалася надати власнику зниклої речі її вартість грошима, а сама мала право вести звід далі. У разі знайдення викраденого челядника (холопа) власник взагалі не вів зводу далі третьої особи. Третій чесний покупець передавав холопа власникові, а сам міг продовжувати пошуки викрадача і вести звід далі.

Якщо звід закінчувався пошуком злодія, останній був змушений сплатити продажу і винагороду тому, кому він продав викрадену річ. Інколи звід закінчувався тим, що покупець речі не міг доказати свою безневинність щодо її купівлі. Також звід міг привести до кордонів держави. У цих двох випадках чесний покупець очищався від звинувачень вказівкою на двох свідків купівлі, які приносили присягу. Присяга митника – князівського агента, що збирав податки, через руки якотрогоого проходила купівля, могла замінити присягу двох свідків.

Гоніння сліду полягало у розшуку злочинця по його слідам. Вважалось, що там, де губляться ці сліди, там знаходиться злочинець. Якщо слід був загублений на великій дорозі або у пустинному степу, то розшук припинявся. Гоніння сліду спричиняло собою для верви, в якій губляться сліди вбивці, необхідність самій

шукати злочинця і видати його владі (у даному випадку – іншій верві) або заплатити “дику віру” [14, с. 128].

Вервний суд гнав слід, тобто проводив розшук від села до села. Село, яке вивело слід за межі своєї території вважалось “очищеним” від усяких підозр, зокрема в переховуванні злочинця, тому не несло юридичної відповідальності. Колективна відповідальність на членів територіальної громади також не наступала у тих випадках, коли село, до якого привів слід, добровільно видавало злочинця чи вказувало на нього. Коли слід не вдавалось вивести за межі села, але громада не виступала на захист розшукуваного, слід гнався від “землі” до “землі” або від двору до двору. Селянин, який виводив слід за межі своєї нерухомої власності, також вважався “очищеним”, тому й не притягувався до відповідальності. Якщо слід не хотіли чи не могли вивести, не хотіли знайти та видати злочинця, якщо знищували сліди тощо, наступала відповідальність або верві, або села, або окремих осіб, які володіли нерухомим майном [15, с. 272].

Судовий розгляд у вервному суді починався з присяги суддів. Таке судження логічно випливає з того, що копний процес також починався присягою, а вервні та копні суди перебували в тісному генетичному зв'язку між собою. У процесі присяжної копи копні мужі приймали присягу іменем Святої Трійці. Цілком можливо, що так було й у вервних судах після прийняття в Київській Русі християнства. Натомість у дохристиянський період судді вервного суду, імовірно, присягались Перуном чи Даждьбогом. Ф. Гавронський висловив припущення, що така присяга здійснювалась приблизно так, як це робив князь Ігор, укладаючи договір з візантійцями [4, с. 182].

У розгляді справи вервним судом сторони доводили свою правоту за допомогою судових доказів. У Київській Русі судовими доказами були: власне признання, послухи і видоки, ордалії (так звані “суди Божі”) і присяга. У літературі немає однозначності в тому, що представляють собою послухи і чим вони відрізняються від видоків. Одні дослідники не знаходять різниці між ними, інші вважають послухів співприсяжними, треті – свідками по слуху, а видоків – очевидцями. Мабуть, останні з них є найближчими до правди. Послухи були свідками-пособниками, свідками не факту, а того, що сторона мала хорошу репутацію. Однак не тільки у пізніших пам'ятках права, але вже в самій “Руській правді” видно, що послухи у судовому процесі того часу функціонують як до звичайні свідки [14, с. 128–129].

У розгляді справ вервними судами присяга мала велику доказову силу. Як зазначав В. Сергєєвич, розрізняли присягу додаткову та очищувальну. Першу зазвичай надавалась позивачем за відсутності доказів у незначних справах. Іншу надавав відповідач також за відсутності інших доказів, якщо він заслугував на довіру. Якщо якась сторона відмовлялась присягати, вона визнавалась вервним судом винною. Якщо присягали обидві сторони, справа вирішувалась поєдинком (“судитися мечем”). Винним вважався той, хто програв бій. Іншим різновидом суду Божого були ордалії – випробування вогнем, залізом і мечем, а з появою християнства – випробування хрестом. Зокрема, Руська правда передбачала випробування водою та залізом, коли позов був наклепним, а також у випадку недостатності доказів (коли свідок – холоп, або ж показання свідка не мало безумовної сили, а обвинувачений не зміг його спростувати) [6, с. 157].

На думку українського правознавця Я. Падоха, рішення вервних судів могли бути оскаржені у князівських судах. Також сторони процесу могли погодитись, щоб передати спір від вервного до державного суду [13, с. 13].

Очевидно, законодавець передбачав, що вервний суд ведеться у традиційному, добре відомому порядку, і тільки спеціально визначена особа (“ємець”, “метельник”) збирав та вів облік штрафів, що йшли на користь князя. Грошима (“Руська Правда” називала їх “кунами”) вважалось не лише срібло, а передусім хутряні шкурки. Ємець збирав установлену кількість шкурок або срібних монет, упакував їх в особливі мішки, запечатував дерев’яною печаткою, мітив мішки (звідси “метельник”) і готував усе це до приїзду уповноваженої князем особи зі збирання судових штрафів – вірника. За участь у цій процедурі, за “Руською Правдою”, і метельникові-ємцю, і вірнику належала певна частка штрафу, що стягувалась зі злочинця або громади [2, с. 36–37].

У 1097 р. відбувся Любецький з’їзд руських князів, на якому вони зробили спробу врятувати державу від розпаду та припинити чвари між собою. Любецький та інші з’їзди князів (1100, 1101, 1107 рр.) не змогли досягнути своєї цілі, адже Київська Русь у XII ст. остаточно перестала існувати як єдина держава. Розпад Київської Русі дуже негативно позначився на розвитку громадського судочинства на українських землях, зокрема на вервних судах. Припинення існування цієї держави спричинило занепад розвинутої української правової культури, у тому числі у сфері місцевого самоврядування. Проте населення українських земель зберегло у своїй національній свідомості правові звичаї народу. Тому звичай здійснення територіальною громадою судочинства діяв ще декілька століть після розпаду Київської Русі [4, с. 179–180]. Згодом він трансформувався у копні суди та копне судочинство.

Формування та розвиток правого статусу вервних судів у Київській Русі мали фундаментальне значення для утвердження традицій громадського судочинства на українських землях. Верв, яка здійснювала це судочинство, була вираженням появи правового інституту місцевого самоврядування в українському законодавстві, який виник на основі правових звичаїв народу. Обсяг її прав є одним із доказів факту, що вона була територіальною громадою, а не родовою общиною. Вервний суд діяв справедливо, строго та об’єктивно. Він не засуджував винних до смертної кари, що свідчить про рівень правової культури тогочасного суспільства.

1. *Бойко І.Й.* Державний лад і право Київської Русі. – Львів, 2004.
2. *Терлюк І.* Історія держави і права України (Доновітній час). – К.: Атіка, 2006.
3. *Захарченко П.* Історія держави і права України. – К.: Атіка, 2004.
4. *Gawronski F.* Słownik dyktando i kurpie na Polesiu. – б. м. і р.
5. Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. – Москва: ИНФРА-М, 1998.
6. Правовий звичай як джерело українського права IX – XIX ст. / За редакцією І.Б. Усенка. – К.: Наукова думка, 2006.
7. *Юшков С.* Нариси з історії виникнення і початкового розвитку феодалізму в Київській Русі // litopus.org.ua
8. *Яковлів А.* Околиці (округи) копних судів XVI-XVIII в. в. на Україні // Життя і право. – Львів, 1929. – Ч. 1.
9. *Леонтович Ф.* Русская Правда и Литовский Статут в видах настоятельной необходимости включить литовское законодательство в круг истории русского права // Антологія української юридичної думки. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Том 2: Історія держави і права України: Руська Правда. – Київ: Юридична книга, 2002.
10. Российское законодательство X – XX веков. – Т.1. – Москва, 1984.

11. *Лешков В.М.* Русский народ и русское государство. История русского общественного права до XVIII в. // Антологія української юридичної думки. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Том 2: Історія держави і права України: Руська Правда. – Київ: Юридична книга, 2002.
12. *Любавский М.* Областное дѣление и мѣстное управление Литовско-Русскаго государства ко времени издания Перваго Литовскаго статута. – Москва, 1892.
13. *Падох Я.* Суди й судовий процес старої України. – Нью-Йорк, Париж, Сідней, Торонто, Львів, 1990.
14. *Юшков С.В.* История государства и права СССР. – Москва, 1961. – т. 1.
15. *Ясинський М.М.* “Село” и “верв” Русской Правды // Антологія української юридичної думки./ Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Том 2: Історія держави і права України: Руська Правда. – Київ, Юридична думка, 2002.

## LEGAL STATUS OF VERV (COMMUNITY) COURTS IN KYIVAN RUS' (IX CENT. – XII CENT.)

*I. Boiko, M. Bedriy*

*Ivan Franko National University of Lviv,  
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine  
e-mail: bmarjan@bigmir.net*

In the article the legal status of verv courts in Kyivan Rus' has been elucidated, as well as their role in the judiciary of this state clarified. The process of these bodies formation and development is studied. The legal nature of the verv as territorial community is analyzed. The basic features of verv legal procedure based on old-ukrainian customary law are characterized.

*Key words:* Kyivan Rus', Rus'ka Pravda, verv, verv court.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## ПРАВОВИЙ СТАТУС МІСЬКОГО НАСЕЛЕННЯ ЗА МАГДЕБУРЗЬКИМ ПРАВОМ

*М. Кобилецький*

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

У статті висвітлено правовий статус населення міст України, що володіли магдебурзьким правом. Показано особливості правового статусу українського населення у містах Західної, Центральної та Лівобережної України.

*Ключові слова:* вїйт, лавники, бургомїстр, магдебурзьке право.

У сучасних умовах розвитку правової держави в Україні особливого значення набуває забезпечення міжнародної згоди в українському суспільстві, а також проведення реформи місцевого самоврядування. Цілісним, як нам видається, є не лише орієнтація на міжнародні стандарти, але й використання національного досвіду щодо політично-правового статусу національних меншин та функціонування європейської моделі місцевого самоврядування в Україні.

Магдебурзьке право в українських містах отримали особи, що мешкали у його межах і мали його громадянство. Вони становили міську громаду (*gemeinde, communitas*). Магдебурзьким правом у Львові могла володіти одружена людина християнського віросповідання, якщо її моральність могла підтвердити видатна особа або лист від органів влади рідного міста, письмова порука двох львівських громадян, а сама вона мала нерухомість у місті на суму не менше 300 польських злотих і заплатила в касу міської ради визначену суму або передала зброю до арсеналу [1, с. 30]. Оплата за міське право надходила на озброєння міста, будівництво та ремонт міських мурів, на потреби радників та міського нотаріуса [2, с. 301]. Вимагалось також упродовж року привезти до міста дружину і дітей. Українські історики В. Лозинський і С. Білецький писали, що у Львові кандидат на отримання міського громадянства мав володіти нерухомим майном від 3 до 5 тис. злотих, залежно від того, був він ремісником чи купцем [3, с. 169]. В окремих випадках міського громадянства могли набувати шляхтичі, що потребувало відмови від шляхетства [3, с. 170]. Після цього львівська міська рада приймала присягу: “Я присягаю Всемогутньому Господу Богу, Його Величності королю, панам радникам цього міста і закону міста, що хочу вірним і законслухняним бути, міську таємницю зберігати і нікому її не виявляти. Якщо ж би я довідався про лихі замисли проти Його Величності Короля та панів радників і міста цього, того не хочу таїти, але панам радникам моїм хочу об’явити. Якщо ж би я займався купецтвом, тоді, користуючись вольностями міста, не маю права з жодним іншим співпрацювати, ані під своїм проводом чужі товари не можу до міста і з міста возити, ані також як свої продавати і факторій на шкоду міста, не повинен складати, так мені, Господи Боже, допоможи, і справедливість його свята” [1, с.30]. Вірець присяги для новоприйнятого міщанина містився у праці Бартоломія Гроїцького “Порядок судів і справ міських права магдебурзького в Короні Польській” [4, с. 52–53]. У Львові окремим правовим статусом володіли передміщани, які також склали присягу. Вона відрізнялася від присяги міщан, називалася “Присяга на громадянство передміщан, що живуть з дрібною торгівлі”. Львівські передміщани, попри значно вищі ціни на помешкання за міськими мурами, намагалися переселитись у передмістя [5, с. 236]. Іншу присягу склали

переселенці з Італії. У Києві й інших українських містах, що були у складі Великого князівства Литовського, магдебурзьке право одержали особи, які постійно мешкали у містах і володіли нерухомістю, а також мали добру репутацію. Від кандидатів вимагали сплатити податки і дати присягу. Селяни, що прибували до міста, мали підтвердити особисту свободу або ж мати лист від власника про звільнення [2, с. 294]. Цей документ могла видавати сільська лава з солтисом і міська рада найближчого міста. Від кінця XV ст., на основі статуту короля Яна Ольбрахта селяни мали подавати ще звільнення від підданства, яке у королівських маєтках видавали старости, а в селах, що належали шляхті та духовенству, – власники.

Магдебурзьке право у Львові надавали на підставі рекомендаційних листів *litterae recommendatoriae* або *litterae mansionis et conservatoriae*, де містилися відомості про походження та попереднє місце проживання кандидата. Ці листи видавали старостинські уряди, магістрати інших міст і керівники сіл. Від другої половини XVI ст. мешканці сіл подавали також згоду власника та громади (*consensus tenentarii et possessoris bonorum ma manumissio*). Міське право у Львові могли отримати особи, за яких поручилося кілька львів'ян [6, с. 149]. Від 1424 р. на основі ухвали міської ради поручителі сплачували штраф 10 коп грошей у випадку недотримання їхніми підопічними зобов'язань. Поруку (*fideiussores*) застосовували у випадку відсутності у день надання міського права всіх передбачених документів [2, с. 299]. Документи на отримання міського права називалися “листами про добру поведінку та походження”. В окремих випадках підставою для набуття міського громадянства стали королівські листи або документи, надані цехами, в яких працювали кандидати.

У західноукраїнських містах від кандидатів на отримання міського громадянства вимагали католицького віросповідання, а православних і греко-католиків частково обмежували у правах [2, с. 299–300].

Українці творили окремі міські громади, що мали релігійні й економічні права, але не набували міського громадянства. Якщо українці або вірмени отримували міське право у Львові, в актових книгах зазначали: міське право “сягає так далеко”, що поширюється на вірмен і русинів (українців) “Наскільки сягають привілеї вірмен і русинів” (*“In quanyum se Armenorum et Ruthenorum extentunt privilegia”*) [6, с. 149]. Міське право могла одержувати особа, яка купувала на території міста нерухомість або одружувалася з кимось із міщан [2, с. 255]. Підтвердження шляхетства в окремих випадках могло замінити документи з місця проживання особи. Зокрема 1577 р. у Львові венеціанський пекар Камілло одержав міське право на основі поруки познанського хорунжого Мація Горецького, який знав його родичів. Лише 1583 р. Камілло подав міській владі відповідний документ, що підтверджував його шляхетне походження [2, с. 299–300]. У Львові існував поділ між громадянством ремісників і купців. Ремісник, бажаючи займатися торгівлею, мусив знову приймати міське громадянство та нову присягу, передбачену для ремісників. Шляхтичі набували міського громадянства головню через шлюби з міщанами. Втім, низкою польських конституцій (1505, 1550, 1677 р. тощо) шляхті заборонено набувати міського громадянства перед загрозою втрати шляхетства. В окремих українських містах, зокрема у Львові, траплялися випадки надання міського громадянства жінкам упродовж XIV–XVI ст. Це зазвичай стосувалося вдів і жінок, що володіли у місті нерухомим майном [7, с. 3–40].

Порядок оплати за надання міського права у містах неповного магдебурзького права найточніше засвідчує ординація Любліна, видана 1651 р., в якій заборонено

брати за це понад 30 злотих. Якщо кандидат добровільно сплачував більшу суму, то її передавали люнару на міські потреби [2, с. 302]. Від усіх оплат звільняли синів міщан або мешканців міста загалом. Рішення про звільнення від сплати коштів за прийняття до міського права могли ухвалювати радники. Від оплати звільняли окремих осіб, проживання яких у місті мало важливе значення: лікарів, працівників органів самоврядування та ремісників професій, відсутніх у місті. Надання міського права відбувалося в ратуші. Його могли здійснювати лише радники. До початку XVI ст. у Львові й Перемишлі присягу приймали німецькою, а згодом – польською та латинською мовами [2, с. 305]. Міське право надавало низку пільг і привілеїв. У Києві нових міщан вписували до окремого реєстру, і магістрат вживав заходи, спрямовані на захист їхніх прав. Мешканці Києва, що володіли магдебурзьким правом, у реєстрі фігурували як “люди міста Київського, присуду права магдебургського”, “городчанинь юрисдикций меское магдеборское”, “магдеборчики”. Міське громадянство мало і низку обов’язків, пов’язаних із захистом політичних, економічних та оборонних інтересів міста. Деякі вимоги стосувались усіх українських міст із магдебурзьким правом.

Зокрема у Києві забороняли продавати нерухоме майно особам, що не належали до магдебурзької юрисдикції, щоправда, як засвідчують історичні джерела, цю вимогу нерідко порушували. У прикордонних із Диким Полем містах прийняття осіб до міського права було ліберальнішим, оскільки органи державної влади та власники були зацікавлені у збільшенні міського населення. Наприклад, лист короля Владислава IV дозволив приймати під юрисдикцію магістрату нових осіб у випадку виконання присяги на міщанство. Їм оголошували королівський захист [8, с. 5]. Магдебурзького права в усіх українських містах не отримували шляхтичі, духовенство, жебраки, євреї та мешканці юридик.

Магдебурзьке право у Львові не набувалося за народження від батька-львів’янина. Після досягнення повноліття діти також мали пройти процедуру отримання міського права. Ця вимога не стосувалася синів багатих і впливових львівських родин. Магдебурзького права також не отримували повнолітні неодружені чоловіки, крім осіб старшого віку. Вони сплачували спеціальний податок, який отримав назву “букове” [9]. Міщан могли позбавити міського права. Найпоширенішою формою втрати міського громадянства був переїзд до іншого населеного пункту. Для відмови від отримання міського громадянства та на його позбавлення потрібна була згода міської ради. Примусове позбавлення міського громадянства (*privatio*) відбувалося через недотримання умов договору, за яким особа отримала міське право, порушення міських свобод і присяги. Найвідоміший випадок позбавлення міського громадянства у Львові стосувався багатого міщанина Яна Алембека, що був у складі колегії “40 мужів”. Підставою для цього стало рішення міської ради – “Декрет проти Алембека” від 14 грудня 1605 р., де згадано його правопорушення (порушення присяги, розголошення міських таємниць, дискредитація органів міської влади та ін.). Це рішення підтвердив через кілька днів новий документ міської ради. Справа Яна Алембека набула загального розголосу – її розглядали у вищих державних інституціях Речі Посполитої. Декрет короля Сигізмунда Августа повернув Алембеку міське право. На західноукраїнських землях у містах після надання їм магдебурзького права значну кількість населення, крім українців, вірмен, поляків, угорців, становили німці. У Львові, Перемишлі, Кросно міська рада та війтівсько-лавничі суди до кінця XV ст. формувалися з німецького населення. На початку XV ст. у Львові функції радників виконували Р. Еунзінгутель, Я. Ворст, Н. Вернер, Н. Реуссе, Г. Андріс, П. Кушнір,

а лавниками були Г. Громер, Ф. Курснер, Н. Шелер, М. Цінрайх, Н. Веске, Г. Шультіс, Г. Тільман, Н. Фрідріх, Н. Шультіс, Г. Ерасмус, А. Гемеліх [2, с. 312]. Більшість населення малих міст становили українці. У Львові, Кам'янці-Подільському, Станіславі, Снятині, Бродах, Бережанах, Язлівці тощо мешкала значна кількість вірмен. Окрім поляків, до католицької громади належали німці, угорці, шотландці, італійці, які вже в XVII ст. були колонізовані [2, с. 313].

Українці й вірмени не могли отримати міського права і брати повноцінної участі в управлінні містом. Вони впродовж тривалого часу боролися за свої національні, політичні та соціальні права. Відомий український історик Н. Полянська-Василенко писала: "Статути магдебурзького права у більшій частині міст застерігали, що населення міста повинно належати до римо-католицької віри. Це вносило тяжке ускладнення в життя міст, де більша частина людності була православна. Ледве вдалось їм отримати право обирати 1–2 представників до лави і ради" [10, с. 356]. У Львові у XVI ст. українці володіли лише 40 земельними ділянками. На думку професора П. Кіся, у першій половині XVII ст. у Львові мешкало 50 % поляків, по 20 % українців та євреїв, 10 % вірмен [11, с. 38]. У містах Белзького воєводства українське населення становило від 2/3 до 3/4 населення міст. У більшості малих міст цього воєводства вони очолювали магістрати [12, с. 73]. Схожу ситуацію зафіксовано у містах Галицької землі Руського воєводства. Наприклад, магістрат Рогатина XVII ст. складався з 10 українців, а міські книги вели українською мовою [12, с. 73]. У Львові, Самборі, Дрогобичі українці впродовж XIV–XVI ст. мали рівні права з католиками на основі королівських привілеїв, які поступово скасовано в другій половині XVI – на початку XVII ст. Так, у Дрогобичі, за постановою королівської комісії, до міської ради входили 2 представники від української та 2 – від польської громад. У 1648 р. українці мали представника у складі міської ради та лавника [12, с. 15]. У Львові на підставі привілею Сигізмунда 1521 р. і привілею Сигізмунда Августа 1572 р. православні отримали право складати присягу на основі власного образу в православних церквах на зразок міщан-католиків, користуватися сповна міським правом і виконувати міські обов'язки [13, с. 40–56]. Однак на практиці цих привілеїв не реалізовано повною мірою.

Зокрема українці Львова на підставі королівських привілеїв 1433 р. одержали рівні права з католиками. Однак документ 1659 р. позбавив їх права обіймати будь-які посади у місті, враховуючи навіть старших цехів [2, с. 334]. Так, у XVIII ст. зусиллям українських громад 1713, 1745 і 1753 р. видано королівські декрети, що підвищували статус української громади Львова. До складу міської ради увійшов один українець, до лави – 3, до складу колегії "40 мужів" – 7. Однак і цих рішень до кінця не реалізовано. У Кам'янці-Подільському, де проживало 3 основні громади – українці, поляки і вірмени, – з 1491 по 1670 р. існувала окрема руська (українська) юрисдикція, згодом об'єднана з польською в єдину з рівним представництвом обох націй [14, с. 178–179].

Після прийняття українцями Львова греко-католицької віри на початку XVIII ст. їхні представники увійшли до складу міської ради, війтівсько-лавничих судів і колегії "40 мужів" [2, с. 336]. Поступово кількість українців збільшувалася завдяки мешканцям навколишніх сіл. На українських землях у складі Великого князівства Литовського українці й поляки мали рівний доступ до управління міст. Не існувало обмежень для православного й католицького населення. Це дає підстави стверджувати, що магдебурзьке право на цих територіях було українським правом місцевого самоврядування. У Києві, окрім українців, поляків, татар, молдаван,

білорусів, лише вірмени створили достатньо численну громаду з власною церквою Різдва Богородиці. Хоча привілеї на магдебурзьке право Києву початку XVI ст. засвідчували проживання у місті осіб католицької, вірменської та грецької (православної) віри. До складу органів міського самоврядування входили, за окремими винятками, лише православні. Належність до своєї віри зберігали окремі службовці вірменського походження [15, с. 30]. Серед міських службовців траплялися також особи татарського походження, які прийняли православну віру: Ясько Кошкилдиг (1552–1557), Андрій Кошколдейович (1575–1579), Устим Фіц-Кобзевич (1575–1579), Василь Кобизевич Ходика (1583–1609), київський війт Федір Ходика (1612–1625) і його сини [1, с. 311]. Важливу роль у захисті прав українських міщан відігравали церковні братства, створені у Львові, Києві, Рогатині, Городку, Бересті (Бресті), Перемишлі, Комарно, Сатанові, Галичі, Луцьку тощо.

Окремим правовим статусом в українських містах володіли євреї, що з'явилися на наших землях ще за Київської Русі. Їм не надавали магдебурзького права. У Львові євреї створили власну релігійну громаду, що мала автономію у відносинах з органами державної влади та місцевого самоврядування. Євреї підпорядковувались органам державної влади в особі руського воєводи [16, с. 98]. У Самборі євреї мешкали у передмісті під назвою Бліх. Керував єврейською громадою кагал у складі 3–5 осіб. Його щорічно обирала єврейська громада, а з XVI ст. затверджував руський воєвода. Кагал складав присягу на вірність королю. Найвищою посадовою особою громади був рабин. Він підписував документи, був головою суду, виконував інші адміністративні справи. Рабина до 1541 р. призначав польський король, а згодом обирала єврейська громада та затверджував руський воєвода. Єврейський суд розглядав дрібні правові спори, а справи між євреями і міськими мешканцями Самбора розслідували міські війтівсько-лавничі суди. У Перемишлі XVII ст. майже всі міські купці мали єврейське походження. Євреї також вільно займалися у місті ремісництвом і, на думку Яна Птасьніка, були рівноправні з міськими мешканцями [2, с. 356]. У Львові існували два окремі кагали у межах міста та передмісті. Їх очолювали 4 старійшини (парнаси). Ця посада була спадковою. Один із старійшин щомісячно виконував обов'язки кагального бургомистра. Львівському кагалу підпорядковувалися кагали сусідніх міст. Судові справи між львівськими євреями розглядали 12 суддів – даяни. Євреї за кількістю мешканців західноукраїнських міст були третьою громадою після українців і поляків. У Белзькому воєводстві 1630 р. євреї становили 14,6 % населення міст, 6,2 % сяноцької землі Руського воєводства та 5 % галицької землі. У Львові кількість євреїв на цей період досягала 5–6 тис. осіб.

Вірменські громади в українських містах магдебурзького права володіли правом на власне самоврядування, яке очолював вірменський війт. Великі вірменські громади проживали у Львові, Станіславі, Бродах, Золочеві, Кутах, Бережанах, Язлівці, Бучачі, Кам'янці-Подільському, Підгайцях та ін. Усі зазначені міста володіли магдебурзьким правом. Найвпливовішими та найбільшими були вірменські громади Львова та Кам'янця-Подільського. Перша офіційна згадка про вірменського війта у Львові сягає 1379 р., коли видано привілеї королеви Польщі й Угорщини Єлизавети. Вірменський війт здійснював окремі адміністративні функції щодо вірмен Львова. Ширшими повноваженнями він володів у сфері судочинства, де був головою суду. Функції присяжних виконували старші вірменської нації (вірменські лавники). Через тривалу боротьбу між магістратом і вірменською громадою посаду вірменського війта скасовано декретом польського короля

Казимира IV від 10 березня 1469 р. Відтоді діяльність вірменського суду відбувалася за участі вірменських лавників під головуванням львівського міського в'їта. Після переселення вірмен на українські землі вони використовували власні джерела права, якими були Судебник Мхітара Гоша, Сирійсько-римська книга та вірменське звичаєве право [17, с. 142]. У процесі здійснення судочинства на практиці часто виникали проблеми правильного трактування вірменського права, правові норми якого були написані маловідомими для органів влади вірменською та вірменсько-кипчацькою мовами [18, с. 87]. Щоб усунути ці суперечності, львівські вірмени підготували кодифікований проект вірменських законів, який отримав назву “Статут Львівських вірмен” (“*Statutus Juris Armenici*”), написаний латинською мовою та затверджений 1519 р. королем Сигізмундом I Августом. На його основі 1567 р. було прийнято окремий статут для вірмен Кам’янець-Подільського. Вірмени склали окрему присягу в присутності бургомістра і радників. Вони мали також відмінний від католиків процес прийняття громадянства. З другої половини XVII ст., після підписання унії вірменської церкви з католицькою, права вірмен поступово зрівняно з католиками. Таке рішення сприяло асиміляції вірменського населення в українських містах з магдебурзьким правом.

Вірменські суди під головуванням власних в'їтів діяли і в інших українських містах – Язлівцях, Бучачі, Підгайцях, Могилеві-Подільському, Бережанах, Станіславі. Посаду вірменського в'їта у Кам’янець-Подільському встановлено 1469 р. Його обирали щорічно “40 братів” під керівництвом маршалка та 50 представників від простого люду серед суддів вірменського суду [17, с. 142]. Із суддів (лавників) обирали нотаріуса (секретаря суду), заступника в'їта і маршалка, який виконував функції керівника ради старійшин “40 братів”. У Кам’янець-Подільському, як і у Львові, лавники вірменської нації, водночас із судочинством, виконували адміністративні функції. Вірменський суд Кам’янець-Подільського складався з “12 добрих мужів”, обізнаних із вірменським правом. Окрема вірменська юрисдикція у Кам’янець-Подільському зберігалася до 1790 р., коли її функції передано магістратові. До 1790 р. продовжували діяти вірменські суди і в містах Галичини після її входження до складу Австрії та скасування магдебурзького права.

1. *Czolowski A.* Pogl№ d na organizacjk i dziaialnoŝ dawnych wia dz miasta Lwowa do 1848 r... – S. 30.
2. *Ptasnik J.* Miasta i mieszanstwo w dawnej Polsce... – S. 301.
3. *Білецький С.* Соціальна структура населення Львова в середині XVII ст. // З історії західноукраїнських земель. – К., 1960. – Т. 6. – С. 169.
4. *Groicki B.* Porzadek sadyw i spraw miejskich prawa magdeburskiego w Koronie Polskiej... – S. 52–53.
5. *Крип’якевич І.* Русини властители у Львові в першій половині XVI ст. // Наук. зб., присвячений проф. М. Грушевському учениками, прихильниками з нагоди його десятилітньої праці в Галичині (1894–1904). – Львів, 1906. – С. 236.
6. *Гошко Т.* Нариси з історії магдебурзького права в Україні XIV – поч. XVII ст... – С. 149.
7. *Charewiczowa L.* Mieszczanka Lwywska XVI w. Zofia Hanlowa. Lwyw przedrozbirowej... – S. 3–4.
8. *Білоус Н.* Функції та основні напрямки діяльності Київського магістрату в XVI – першій половині XVII ст... – С. 5

9. *Zubrzycki D.* Kronica miasta Lwywa... – S. 79.
10. *Полонська-Василенко Н.* Історія України. – К., 1995. – С. 356.
11. *Кісь П.* Промисловість Львова в період феодалізму (XIII –XIX ст.). – Львів, 1968. – С. 38.
12. *Ісаєвич Я.* Адміністративно-правовий устрій Дрогобича в добу феодалізму XVII // 3 історії Української РСР. – К., 1962. – Вип. 6–7. – С. 15.
13. Привілеї національних громад міста Львова (XIV–XVII ст.)... – С. 40–56.
14. *Владимирський-Буданов М.* Німецьке право в Польщі і Литві... – С. 178–179.
15. *Білоус Н.* Київський магістрат XVI – першої половини XVII ст.: організація та структура влади... – С. 30.

## LEGAL STATUS OF CITY POPULATION UNDER MAGDEBURG LAW

*M. Kobyletskyi*

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

In the article the legal status of the population of Ukrainian cities that enjoyed Magdeburg law has been elucidated. The peculiarities of the legal status of Ukrainian population in the cities of Western, Central and Left-bank Ukraine are shown.

*Key words:* viyt, lavnyk, burgomister, Magdeburg law.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## ЧИ БУВ У ПОЛЬЩІ ФАШИЗМ? З ХРОНІКИ ПОЛЬСЬКОЇ ПОЛІТИЧНОЇ ДУМКИ 1918–1939 рр.

*М. Маршал*

*Вроцлавський Університет  
пл. Університетська, 1, 50–137 Вроцлав, Польща*

У статті розглянено історію розвитку ідеології фашизму у Польщі в період 1918–1939 рр. Виявлені чинники, які були визначальними у цьому процесі.

Ключові слова: криза, Польща, фашизм.

З 1925 р. Польща переживала глибоку політичну, суспільну і економічну кризу. Призначений 20 листопада 1925 р. уряд графа Олександра Скжинського почав проводити активну економічну політику через перекладання наслідків кризи на трудову частину народу. Робочий день продовжено, зменшено зарплати і підвищено ціни. Криза особливо відчувалася безробітними, які власне засновували комітети протесту, вони писали петиції на адресу влади, організовували мітинги і демонстрації, вимагаючи роботи і хліба. Зростало переконання про крах держави, до якого спричинився також відкритий конфлікт між прем'єром Скжинським та міністром військових справ генералом Лучіаном Желіговським, який обіймав посаду начальника генерального штабу польської армії. Треба нагадати, що польські військові із генерального штабу, а особливо II Відділу (розвідки) на рубежі 1925–1926 р. були значно заполітизовані, монолітні і мали великий вплив на політичне життя країни.

Варто зазначити, що таємні організації неодноразово використовували зацікавлення польського суспільства італійським фашизмом. “Марш на Рим”, яким керував Беніто Муссоліні (28 листопада 1922 р.), був неординарним кроком для здобуття влади позапарламентським шляхом. До таких організацій, які відкрито зверталися до ідеї італійського фашизму, зачисляємо Партію Польських Фашистів, які діяли у Варшаві, і Спілку Польських Фашистів, засновану в Познані.

Генезу Партії Польських Фашистів треба шукати у військовому середовищі II Відділу генерального штабу польської армії (розвідці). У центральному військовому архіві, у хроніці розвідки містився наказ з лютого 1926 р., згідно з яким в цілій країні мала постати організація, яка групувала поляків із “чистим походженням”. Вони ставлять собі за мету **“оточення Варшави 100-тисячною армією і наведення ладу і порядку, так як це зробив Муссоліні у Римі”**. Наказ мав чітке обмеження як таємниці і визначав детальні інструкції для членів Спілки. Згідно із рекомендаціями, кожен фашист мав вербувати 9 членів і бути їхнім комендантом. Анонімний автор наказу вимагав, щоб не агітувати в рядах армії, а державна поліція мала виконувати свої обов'язки, але у **“справи Фашизму не можна їй втручатися”**. В контексті наказу кожен фашист мав вислати 10 відозв про гасло “Нехай живе наш вождь, духовний Муссоліні!!! Нехай живе наш Польський Муссоліні!!!”. В документі також передбачено організування двох маніфестацій у Варшаві і Львові, в яких мали бути розвішані чорні штандарти з білою літерою **F**. Організацію СПФ було ввірено комбатантові Романові Т. Богуті-Стажинському, який для підтримки розвідки створив часопис “Польський Фашист”.

Формальна діяльність СПФ розпочалася у квітні 1926 р., а органом організації був часопис “Польський Фашист”, засновниками якого стали Едмунд Г. Пьотровський, Віктор Щавінський, Адам Шкоцький, Мар’ян Долега, Вацлав Гіжицький і Чеслав Орлевіч. У липні 1926 р. утворилися владні структури, т.зв. Директорія Польських Фашистів, до складу якої увійшли знавець радянської проблематики Антоній Квятковський (псевдонім Антоні Стародворський), підприємець Владислав де Вітт, комбатанти Вацлав Заремба і Роман Богута-Стажинський.

На сторінках “Польського Фашиста” провідники СПФ від початку симпатизували суспільно-політичному устроєві Італії та її керманичу Беніто Муссоліні. Вже у першому номері тижневика з квітня 1926 р. з’явився передрук промови італійського владоможця з нагоди сьомої річниці зародження фашизму. Редакція не шкодувала на адресу Муссоліні похвал, називаючи його визволителем не лише Італії, але цілої європейської культури. Варто зазначити, що похвала на адресу італійського фашизму на сторінках польського тижневика збіглася також з ідеологічною відозвою фашистської пропаганди. В 1926 р. фашистські прихильники почали широкі агітаційні заходи в Європі і Сполучених Штатах Америки з метою виправити політичний образ Муссоліні.

Програма польського фашизму передбачала необхідність створення у Польщі сильної державної влади, яка мала би значний диктаторський характер. Польські фашисти із варшавського середовища з особливим запалом критикували від початку своєї діяльності устрій, який базувався на ліберально-демократичних засадах березневої Конституції 1921 р., а особливо політичну систему, в якій політичні партії відігравали вирішальну роль. Добро цілого народу, а не конкретних організацій і політичних партій, було для варшавських фашистів основним критерієм діяльності державної влади. У першому номері “Польського Фашиста” читаємо: **“Немає партії, коли йдеться про інтерес Вітчизни. Є тільки Народ, а його воля буде нашою волею. А отже в ім’я Божє – вперед. НЕХАЙ ЖИВЕ ФАШИЗМ”**

Потреба у новій політичній організації польського народу стала для польських фашистів постулатом безумовних суспільно-політичних змін. Фашисти, декларуючи свою чітку несимпатію до парламентаризму, прагнули розпуску Сейму як інституції, неспроможної “до жодного творчого винаходу”. За місяць перед замахом на Йозефа Пілсудського у квітні 1926 р. вони твердили, що **“Сейм перестав бути виразником волі Народу, а Народ втратив надію на нормальний Сейм (...)”**. Редактори “Польського Фашиста” поклали відповідальність за важке суспільно-політичне становище Польщі у половині ХХ ст. на всі політичні партії (від Народно-демократичної до Польської Соціалістичної Партії). Особливо гостру критику варшавські фашисти скеровували на соціалістичні партії і Комуністичну Партію Польщі. Комунізм був названий на сторінках фашистської преси **“динамітом, який підриває державний організм”**.

Окрім тотальної критики політичних відносин, які панували в Польщі перед травневим замахом, варшавські фашисти порушували також проблеми економічного життя. На прикладі фашистської Італії провідники СПФ з метою оздоровлення польської економіки пропонували запровадження “культу праці”. На сторінках “Польського Фашиста” вони декларували свій намір “заопікуватися працею” через організування товариства працівників і працеводців. Фашист Едмунд Петровський не приховував свого захоплення італійським синдикалізмом. Він стверджував, що польський фашизм на взірєць фашистської Італії підтримує

створення спілок (об'єднань) працедавців і працівників однієї й тієї самої сфери, метою яких стане збереження місць праці. Е. Петровський писав: **“Прагнемо бачити всіх Поляків, задіяних в народних економічних об'єднаннях, злучених в одну головну загальнопольську організацію. Нашим гаслом є: *Всі Поляки, економічно єднайтеся! Геть неорганізованих*”**.

Після травневого замаху на Йозефа Пілсудського, який стався 12 травня 1926 р., СПФ дещо змінив риторику своїх висловів. Анонімно підписані статті у “Польському Фашисті” вже підписувалися авторами. Варшавські фашисти щораз сміливіше вступали в полеміку з демократичними устроєвими рішеннями. Одразу після замаху члени СПФ апелювали до послів і сенаторів Речі Посполитої зробити вибір “господаря Країни” і наділити його необхідними повноваженнями з метою оздоровлення держави.

Зміна політичного устрою після замаху спричинила також переосмислення варшавських фашистів щодо особи Йозефа Пілсудського. Критичний тон висловлювань особи голови Сейму, вміщений на сторінках “Польського Фашиста”, був замінений пафосом на його честь. Вже в червні 1926 р. в статті під назвою “Фашизм і голова Сейму Пілсудський” члени СПФ висловили своє позитивне ставлення до жертви замаху. Доказом їхньої лояльності були такі рядки: **“І засвідчив це нам навіть голова Сейму Пілсудський, який самовільно не користувався найвищою владою, але покорився перед Маєстатом Найяснішої Речі Посполитої (...) Тому ми теж будемо виголошувати і надалі любов до Батьківщини та Її велич, а по відношенню до посади, яку обіймає голова Сейму, займаючи лояльне становище, будемо пильно вдивлятись в подальші його починання, та коли буде тим, який нам дозволяє надіятися, що постає “Нова Польща”, коротко промовимо: *Ти є тим, якого ми очікували*”**.

З серпня 1926 р. керівний орган СПФ почав нерегулярно виходити. У вересні 1926 р. вийшли друком ще два останні об'єднані числа “Польського Фашиста”. Інтригою можна визнати те, що останньою публікацією була стаття авторства генерала Владислава Сікорського, в якій колишній прем'єр пояснював причини економічної кризи у Польщі. У фейлетоні В. Сікорський, щоправда, не підтримував фашизму, але вів характерну для фашистів полеміку із соціалізмом. Окрім цього, слід додати, що генерал В. Сікорський жваво цікавився політично-економічними процесами в Європі, зокрема на Аппенінському півострові. Ще 1922 р. генерал на сторінках “Воєнної Польщі” стверджував, що італійські фашисти були “виявом здоров'я і сили”, а **“фашизм у внутрішньому житті Італії може стати певним рухом відродження, який в першу чергу буде ставити принцип державного інтересу над інтересом класу [...]”**

У вересні 1926 р., не знайшовши широкої суспільної підтримки, а також брак можливості компромісу із санацією (*назва політичного табору, що утримував владу в Польщі у 1926–1939 рр. – прим. пер.*) Директорія СПФ прийняла рішення про саморозпуск. Виникло питання: кому служила ідея польського фашизму і хто був її справжнім ініціатором, СПФ? На думку Цата-Мацкевіча, після травневого замаху розпочалися зміни в самому таборі Й. Пілсудського. Він висловив переконання, що “конспірація амбітних офіцерів II відділу генерального штабу” залежала від секретаря прем'єра Казимира Бартла (призначений після травневого замаху) полковника Станіслава Зачвіліховського. В Центральному військовому архіві знаходяться документи, які підтверджують тезу Цата-Мацкевіча, що

частина офіцерів з переворотом пов'язувала великі надії на запровадження фашизму в Польщі, на те, що Й. Пілсудський виявиться фашистським керманічем подібно до Муссоліні. Тому в липні 1926 р. існувало припущення, що Й. Пілсудський після травневого замаху запровадить “лівий фашизм”, наслідком чого стане розрив з Польською Соціалістичною Партією і дочірніми організаціями. Через плин часу Й. Пілсудський буде змушений створити правий фашизм, а лівиця назве його зрадником справи трудової верстви народу.

Варшава не була єдиним осередком діяльності польських фашистів. Після травневого замаху в Познані з ініціативи учня гімназії Кирила Сосновського виникла організація із назвою “Спілка Польських Фашистів”, яка на початку складалася лише з трьох членів. Спілка покликалася на традицію Організації Народної Молоді і середовища Товариства Томаша Зана, гімназійних товариств, які виникли після отримання незалежності і здійснювали діяльність у культурно-освітній сфері у великопольських школах.

Від червня до листопада 1926 р. на території Великої Польщі почали видаватися часописи з чіткою фашистською орієнтацією. До них слід зачислити бюлетень “Великопольський Фашист”, який видавався у Познані та наявний в Ольштині “Клич Фашистів”. У третьому номері “Великопольського Фашиста” з липня 1926 р. редактори газети поінформували, що 15 травня того ж року заснована Спілка Польських Фашистів з осідком у Познані. На чолі організації стала Управа і Головна Рада, органи, які були представлені редактором і видавцем “Польської Газети” у Берліні і тижневика “Неділя” Юзефа Залаховського. Спілку зареєстровано 18 травня, а її керівником став агент Залаховський. Проте головою раптово став познанський поет і письменник Маріуш Рибка. Певні впливи організація отримала у середовищі колишніх великопольських повстанців, які знаходилися у дуже складній життєвій ситуації. Повстанцями були комендант Рибка і капітан запасу Зигмунт Орловський. Фінансово та організаційно Спілці допомагали члени Народної Демократії.

Першим тижневиком СПФ був “Великопольський Фашист”, який видавався у Познані. Редактори часопису вже у першому числі декларували свій фанатичний ентузіазм до фашизму і його керманіча. Із запалом було написано: **“Дуче Муссоліні! Цей титул сьогодні говорить сам за себе – і не має такого на даний момент, який би не знав цієї назви. Адже цей титул є сьогодні знаком рівності до всієї сили, енергії, авторитету держави сонячної Італії. Це є чудовий лікар, який у своєму народі зумів в момент кризи, смертельної хвороби держави подати життєдайний лік: волю до відродження і оздоровлення.”** На відміну від варшавського середовища, познанські фашисти сильніше акцентували на самостійності польського фашизму від італійської доктрини. В оцінці редакції “Великопольського Фашиста” польський фашизм мав цілком інші умови виникнення і розвитку, ніж фашизм в Італії. Переконували, що польський фашизм ставить за мету народну революцію, а лише еволюцію, яка повинна призвести до оздоровлення державного життя. Більше того, познанські фашисти твердили, що італійський фашизм мав негативні риси, до яких зараховували надмірну ідентифікацію політичної думки з особою Муссоліні. В червні 1926 р. на сторінках “Великопольського Фашиста” визнали, що **“(…) в Італії, де ступенем цінності організації є не програма, але лідер, такий тісний зв'язок особи з ідеєю є необхідний. У нас в Польщі є взагалі по-іншому. В першу чергу ми не маємо ще свого польського Муссоліні”**.

Окрім Познаня СПФ проявив свою активність в Ольштині. Основними ольштинськими фашистами були регіональні публіцисти Людвік Врубель і Станіслав Дулят, а також поручник запасу Богдан Козловський, які видавали з червня до листопада 1926 р. тижневик під назвою “Клич Фашистів”. Окрім могутньої організаційної мобільності ольштинські фашисти не вирізнялися оригінальністю творчої думки. Вони повторювали стандартні фрази італійського фашизму про потребу каральної і планової праці заради благополуччя народу, відкидали парламентаризм, критикували демократичний устрій, а в економічній сфері хотіли б запровадити синдикати. Відмінне від варшавської групи, а наближене до познанської ситуації було негативне ставлення ольштинських фашистів до травневого замаху і Йозефа Пілсудського. Вже у першому числі “Кличу Фашистів” ольштинська група критикувала голову Сейму за його **“негативне ставлення до польського народу.”** Вона твердила, що **“він бореться з Польщею і вбачає у ній передусім дріб’язковість, підлість і малодушність (...)** **В Муссоліні все є свідомою, архітектонічною волею, в Пілсудського все зводиться до зазубрених, непрогнозованих проявів народного і Державного життя”.** Сильніше наголошені націоналістичні гасла відрізняли ольштинських фашистів від інших фашистських угруповань, а особливо антисемітські гасла, які ще у двадцятих роках не містилися в італійській доктрині. Вони покладали відповідальність за всі невдачі повоєнної Польщі в економічній і політичній сферах на **“міжнародне єврейство”**. На сторінках “Клич Фашистів” у листопаді 1926 р. фашисти апелювали: **“Поляки! Пізнайте і ви, що вас поїдають єврейські п’явки і їх гнилі прихильники; туманять вас фразами лібералізму, обіцяючи вам несотворені речі “морального виправлення”, яке тхне болотом, а хочуть тільки панувати (...)**”.

У грудні 1926 р. відбулася консолідація і активізація фашистських угруповань у Великій Польщі. СПФ нав’язала тісну співпрацю з новоствореною 4 грудня 1926 р. в Познані народною організацією, яку заснував Роман Дмовський, а особливо із Табором Великої Польщі (*далі ТВП – прим. пер.*). ТВП підтримував фашистів своїми політичними поглядами і також фінансово з метою їхнього залучення до своїх структур. Допомога від народовців виявилася необхідною. 3 грудня 1926 р. збори фашистів відбувалися в залі Національно-Народної Спілки при вулиці св. Мартина, 65 у Познані. З 5 грудня 1926 р. пресовим органом СПФ, який фінансово підтримувався через ТВП, був “Голос Фашистів”. 14 січня 1927 р. з метою видання “Голосу Фашистів” була заснована Видавнича Спілка “Потуга”, директором якої був Йозеф Залаховський, а його заступником – Казимир Беровський. У склад Наглядової Ради ввійшли підприємці Станіслав Ярушевський, Генрік Шустер і Вінкентій Згола. На початках головним редактором “Голосу Фашистів” був Стефан Кіновський, після розширення покровительства з боку ТВП в січні 1927 р. редактором був член Комітету Західної Групи Молоді ТВП Зигмунт Ласінський.

До складу СПФ входили здебільшого великопольські ремісники, купці і комбатанти. У Спілці також на початках було достатньо гімназійної і академічної молоді, які зосередилися в таємній організації Лицарів Білого Орла. В листопаді 1928 р. вона від’єдналася від фашистів і поєдналася із ТВП. На початку 1930 р. енденція (*назва політичного руху в Польщі – прим. пер.*) спричинила консолідацію комбатантських груп через утворення Великопольського Легіону, в склад якого ввійшли члени Спілки Польських Фашистів в кількості 1 100 осіб. В 1931 р. Спілка

через недостатність фінансових засобів і низького зацікавлення у суспільстві припинила подальшу діяльність.

Підсумовуючи діяльність і пропаганду польських фашистських угруповань в Другій Речі Посполитій, варто наголосити, що вони мали на польській політичній сцені нетривалий, спонтанний і маргінальний характер. Можна припустити, що головною причиною виникнення тих організацій була суспільно-політична криза, яка проявилася у Польщі в 1925 р. після падіння уряду Владислава Грабського. Деяким польським політикам і політичним угрупованням імпонувала модель італійського фашизму, яка передбачала розправу із соціалізмом, комунізмом і парламентською демократією. Водночас варшавська організація “Партія Польських Фашистів” і познанська “Спілка Польських Фашистів” зверталися до нових цінностей, які “експортувалися” через доктрину Муссоліні. Ідеї антипарламентаризму, антилібералізму, антикомунізму, авторитаризму і суспільного солідаризму, які виголошувалися італійським фашизмом, були в оцінці польських фашистів готовим рецептом на польські політичні, суспільні й економічні хвороби. Проте, окрім ідейної близькості з доктриною Муссоліні, в політичній думці польських фашистів з’явилися нові елементи, до яких зачислимо: абсолютизація ролі народу, програмовий католицизм і брак ролі армії в суспільному житті. Принаймі ці відмінності не свідчать про оригінальність польського фашизму, а про його примітивізм. Наприклад, польські фашисти не мали власної економічної доктрини попри те, що охоче коментували соціальні питання. Можна також побачити відмінності у думці і політичній програмі між варшавською “Партією Польських Фашистів” і познанською “Спілкою Польських Фашистів”. До тих відмінностей належать: ставлення до травневого замаху та його жертви Йозефа Пілсудського, ставлення до єврейського питання і антисемітизму, а також до німців. Напевно суттєвою для розкриття тих відмінностей була територіальна сфера впливу обох фашистських організацій або регіонів Мазовш (зі значними впливами прихильників оздоровлення) і Велика Польща (коли представники Й. Пілсудського не були політично потужні).

## **DID FASCISM EXIST IN POLAND? POLISH POLITICAL THOUGHT CHRONICLE IN THE PERIOD OF 1918–1939**

*M. Marshal*

*Wroclaw University*

*University Square 1, 50-137 Wroclaw, Poland*

The article is devoted to the history of fascism ideology development in Poland within the period of 1918–1939. Decisive factors of this process are revealed.

*Key words:* crisis, Poland, fascism.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## ВЕРХОВНИЙ СУД США ПІД ГОЛОВУВАННЯМ Ч.Е. ХЬЮЗА<sup>1</sup> (1930–1941)

*О. Ригіна*

*Львівський національний університет імені Івана Франка  
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна  
e-mail: elena\_rygina@ukr.net*

Досліджено роль Верховного Суду США – вищої федеральної судової інстанції у формуванні системи права в 1930–1941 рр. – в період головування судді Ч.Е. Хьюза, а також вплив у цей період федеральної судової влади на виконавчу та законодавчу владу США.

*Ключові слова:* Верховний Суд США, “Новий курс”, рішення, закон.

Сьогодні набуває актуальності питання про можливість вступу України до Європейського Союзу. Зважаючи на це, вкрай необхідно налагодити функціонування економіки України до рівня світових стандартів. У цьому контексті доцільно звертатися до досвіду зарубіжних держав, наприклад, США, які в 1929–1933 рр. знаходилися у стані економічної кризи, але завдяки різноманітним засобам, передусім правового впливу, змогли її подолати.

Дослідження становища США в 1930–1941 рр. є не тільки актуальним з огляду на те, що в цей час здійснювалися заходи подолання світової економічної кризи, але також тоді Верховний Суд США вступив у найгостріший (за всю історію) конфлікт з вищою виконавчою владою–Президентом.

Верховний Суд як суд загальної юрисдикції та конституційної юстиції, повинен (у випадку виникнення правового спору), проаналізувавши положення законів, які на думку сторони у справі є неконституційними, визначити питання про їхню відповідність федеральній Конституції.

Підкреслимо, що ґрунтовних комплексних наукових розробок, в яких досліджувалося роль Верховного Суду США у формуванні конституційного устрою, його вплив на правову систему держави в 1930–1941 рр. – в період головування судді Ч.Е. Хьюза, в українській правовій літературі ще не опубліковано. Щоправда, досить актуальними є результати дослідження, проведені в межах написання дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Т.В. Плотнікової “Новий курс Ф.Д. Рузвельта та еволюція цивільного права США” [1]. Однак автор, досліджуючи вплив законодавчих заходів “Нового курсу” Ф.Д. Рузвельта у стимулюванні ділової активності на розвиток цивільно-правових норм, які регулювали діяльність банківської системи, визначали принципи політики зовнішньої торгівлі, закріплювали за державою право на винахід, передбачали порядок укладання та виконання договорів, регулювали діяльність корпорацій, регламентували порядок визнання юридичної особи банкрутом [1, с. 2], не згадує про роль Верховного Суду США, у цьому випадку, у створенні цивільно-правових норм,

---

<sup>1</sup> 1910 р. Губернатор Нью-Йорка Ч.Е. Хьюз (Charles Evans Hughes) був призначений Президентом В. Тафтом на посаду судді Верховного Суду США, 1916 р. вийшов у відставку для того, щоб прийняти участь у президентській кампанії, 1921 р. як соратник В. Вільсона став Міністром закордонних справ, а 1930 р. Президентом-республіканцем Г. Гувером був призначений Головним суддею США [3, с. 13; 2, с. 97].

оскільки цей Суд здійснює також правотворчу діяльність, а судові прецеденти є невід'ємним джерелом права у США.

Досить актуальною є праця О.П. Івальницької [2], в якій автор розкриває більше сутність економічного, а не правового становища США в роки економічної кризи, до того ж, вона не досліджує характер політико-правового ставлення Верховного Суду США до програми “Нового курсу” Ф.Д. Рузвельта.

Праці радянських вчених О.А. Жидкова [3], А.О. Мішина [4, 8], В.І. Борисюка, Е.Я. Борщевської, Е.М. Веремьєвої [5], Р.Л. Нарішкіної [6] також становлять для нас інтерес, але ці автори в багатьох випадках висловлювали гостру ідеологічну критику в адресу Головного судді Ч.Е. Хьюза та Верховного Суду.

Отож виникає необхідність з'ясувати, оминувши ідеологічні висновки, справжню історико-правову роль Верховного Суду США під головуванням Ч.Е. Хьюза у формуванні системи права, конституційного устрою, а також про дійсний характер політико-правових взаємовідносин між федеральною судовою, виконавчою та законодавчою владами.

Світова економічна криза 1929–1933 рр., охопивши всі держави заходу, відобразилася й на занепаді економіки США, головними причинами якої були високий ступінь монополізації капіталів та виробництва, ліквідація державного регулювання економічних відносин, невідповідність між темпами виробництва та зростання заробітної плати, а звідси, перевиробництво товарів і спад попиту на них. Власники підприємств скорочували виробництво з метою підтримати стабільні ціни, що призводило до масового безробіття [2, с. 104].

Криза у США розпочалася з падіння курсу акцій на Нью-Йоркській біржі (24 жовтня 1929 р.). Упродовж місяця вартість акцій знизилася на 16 мільярдів доларів і дійшла нульової позначки, через що банки припинили виплачувати депозити і закривалися (в 1929–1932 рр. було закрито понад 5 тис. банків, тобто 20 %). Мільйони громадян втратили свої заощадження, збанкрутувало більше 130 тис. підприємств, а промислове виробництво скоротилося на 46 %. Різке зниження цін на сільськогосподарську продукцію призвело до розорення 900 тисяч (15 %) фермерських господарств. В кінці 1933 р. налічувалося 17 млн. безробітних. У США не було державної системи соціального страхування на випадок хвороби, старості, втрати роботи тощо [2, с. 104–105].

Основний тягар подолання економічної кризи США випав на долю Президента Ф.Д. Рузвельта, обраного 1932 р., котрий розробив “Новий курс” – серію правових актів, положення яких передбачали вживання заходів, спрямованих на відновлення економіки держави. Ф.Д. Рузвельт керувався уявленням про те, що “концентрація економічної влади загрожує ідеалам демократії, а необхідними попередніми умовами політичної демократії є економічна реформа, впровадження якої повинно перебороти філософію індивідуалізму та вільного ринку і забезпечити перехід втручання держави в усі сфери суспільного життя [2, с. 106, 109].

В основі програми “Нового курсу” була ідея англійського економіста Дж. Кейнса про необхідність часткового державного втручання в економіку з метою підвищення купівельної спроможності населення, його зайнятості і соціального захисту. Ф.Д. Рузвельт мав намір поставити під контроль держави великих монополістів, які в конкурентній боротьбі могли призвести до краху держави, підвищити платоспроможність населення та стимулювати виробництво [2, с. 110].

“Новий курс” складався із законів, спрямованих, по-перше, на регулювання та зміцнення кредитно-фінансової системи, було скасовано золотий стандарт, заборонено вивіз золота та обмін його на паперові гроші, надано державну допомогу

банкам, дозволялося відкривати банки, визнані “здоровими”, інвестиційні банки відокремлювалися від комерційних, запроваджено державне гарантування депозитних вкладів населення (до 5 тис. доларів). По-друге, введено державну систему відновлення та регулювання промислового виробництва та трудових відносин (“антитрестівське” законодавство) та обов’язкові правила “чесної конкуренції”, які стосувалися обсягів виробництва, мінімуму заробітної плати та тривалості робочого тижня до 40 год., використання нових технологій, законодавче регулювання системи соціального страхування. По-третє, подолання аграрної кризи передбачалося шляхом визначення щорічних обсягів виробництва, що ґрунтується на видах сільськогосподарської продукції та паритетних цін на неї, рефінансування фермерської заборгованості. По-четверте, з метою послаблення соціальної напруги, уряд створив трудові табори для безробітної молоді, 3 млн. з яких саджали ліси, ремонтували дороги, будували мости, проводили меліорацію [2, с. 110–111].

Однак Верховний Суд США, судді якого, до президентства Ф.Д. Рузвельта, були призначені (“за порадою та згодою Сенату”) президентами-республіканцями, вважав “Новий Курс” надто радикальним на той час, оскільки його положення передбачали пряме втручання держави в соціально-економічні відносини, що, на його думку, було посяганням на конституційне право приватної власності та конституційний принцип свободи договору.

Радянські науковці політико-правове ставлення Верховного Суду США до “Нового курсу” поділяли на три умовні періоди: 1) 1933–1934 рр. – період “очікування”; 2) 1935–1936 рр. – період різкої конфронтації, коли суд визнав неконституційними більшість правових актів “Нового курсу”; 3) 1937–1945 рр., коли Верховний Суд визнав конституційність деяких нормативних актів соціального законодавства “Нового курсу” [4, с. 167–168].

Найвідомішою справою, розглянутою Верховним Судом в період “очікування” була “United States v. Dubilier Condenses Corp.” (1933). Верховний Суд, продовжуючи вирішувати питання, яке вперше виникло ще 1843 р. (пов’язувалося з правом на винахід, розроблений працівниками приватних підприємств), вирішуючи спір про право держави на винахід, але створений працівниками державних підприємств, вказав, що коли “працівник в свій робочий час, працюючи з використанням матеріалів і обладнання наймача, створив та отримав патент на винахід, він зобов’язаний надати наймачеві “невиключне” право використовувати винахід, оскільки наймач, зважаючи на принцип справедливості, має право послуговуватися всім тим, в чому відображена його власність” [6, с. 68–69].

Ми погоджуємося з думкою Р.Л. Нарішкіної, що Верховний Суд розумів становище державних та приватних працівників як тотожне, оскільки “закони, рішення та адміністративна практика заперечують існування зобов’язань урядового працівника відмінних від зобов’язань працівника приватних підприємств” [6, с. 69].

В 1935–1936 рр. Верховний Суд серією рішень, керуючись доктриною “laissez-faire” (невтручання держави у підприємництво) фактично паралізував “Новий курс”, визнавши неконституційними закони, спрямовані на подолання економічної кризи [5, с. 134–135].

1935 р. Верховний Суд визнав неконституційними положення основних законів “Нового курсу”: “Про відновлення національної промисловості” (НІРА), “Про банкрутство фермерів”, “Про регулювання сільського господарства” (ААА), “Про охорону видобутку кам’яного вугілля”, “Про банкрутство муніципальних установ” та деякі інші, які передбачали державне втручання в економіку. Положеннями цих законів обмежувалися права великих корпорацій [5, с. 135].

В січні 1935 р. рішенням у справі “Panama Refining Co. v. Ryan” Верховний Суд більшістю голосів визнав неконституційною ст. 9 (С) положення “Про незаконний видобуток нафти” закону “Про відновлення національної промисловості”, яка, на думку суду, суперечила принципів розподілу влади і надавала виконавчій владі квазізаконодавчі функції дискреційного характеру [4, с. 168].

6 травня 1935 р. Верховний Суд визнав неконституційним закон “Про пенсійне забезпечення на залізничних дорогах”, а 27 травня 1935 р. рішенням у справі “Schechter v. United States” – закон “Про відродження промисловості” через те, що, по-перше, його положення, на думку суду, незаконно делегували законодавчі функції органам виконавчої влади, по-друге, спрямовувалися на регулювання умов праці і передбачали втручання в торгівлю між штатами [4, с. 169].

В кінці 1936 р. Верховний Суд, спираючись на доктрину “свободи договору”, анулював закони Нью-Йорку та інших штатів, якими встановлювався розмір мінімальної заробітної плати для жінок [4, с. 171–172].

Загалом у 1935–1936 рр. Верховний Суд визнав неконституційними 11 важливих законів “Нового курсу”, перешкоджаючи законодавчому санкціонуванню права федерального уряду регулювати соціально-економічні відносини [4, с. 169].

Зважаючи на рішення Верховного Суду США, обґрунтовані принципом “свободи договору”, спрямовані проти програми “Новий курс” (зокрема, проти закріплення за громадянами деяких соціальних прав, які нею передбачалися – О.Р.), країну охопили страйки працівників різних сфер промисловості [4, с. 172].

Негативне ставлення Верховного Суду США до політики Ф.Д. Рузвельта було висловлене 1935 р. його рішенням у справі “Humphrey’s Executor v. United States”, яким постановив, що Президент не може одноособово, на підставі власного розсуду, звільняти членів Федеральної Торгової Комісії до закінчення строку їхніх повноважень, крім випадків, якщо такі, відповідно до закону, котрим була створена Комісія, “недбало ставилися до посадових обов’язків чи зловживали посадою”. Цим рішенням посадові особи, призначені Конгресом (відповідно до розділу 8 ст. 1 Конституції, повинні сприяти виконанню законів – О.Р.), захищалися від довільного відсторонення “за бажанням глави виконавчої влади” [4, с. 65–66].

На думку Верховного Суду, створені Конгресом “квазісудові” та “квазізаконодавчі” агентства (яким була зазначена Комісія – О.Р.) повинні були здійснювати повноваження незалежно від Президента, а дострокове усунення з посад було можливим лише з причин, вказаних у законі, який передбачав їхнє створення. Отже, Президент, як вказав Верховний Суд, мав право достроково відстороняти від посади лише “purely executive officers”, тобто федеральних посадових осіб, які повністю підпорядковувалися виконавчій владі [4, с. 66].

Вказаний судовий спір виник унаслідок конфлікту між Рузвельтом та республіканцем В. Хамфрі – членом Федеральної Торгової Комісії, яка як незалежний орган, перешкоджала (в правозастосовчій сфері) реалізації програм “Нового курсу”, а Верховний Суд (одностайним рішенням) позбавив Президента права звільняти членів незалежних агентств, які фактично були креатурою законодавчої влади (але виконували функції виконавчої влади – О.Р.) [4, с. 66].

Ф.Д. Рузвельт, незадоволений рішеннями Верховного Суду, які перешкоджали впроваджувати “Новий курс”, 5 лютого 1937 р. звернувся до Конгресу зі спеціальною заявою, в якій виклав план реформування Суду (збільшення кількості суддів з 9 до 15). План напередодні складався таємно з участю Генерального атторнея США Х. Каммінгса і трьох помічників з Міністерства Юстиції [10, с. 49–50]. (Якщо Конгрес прийняв би пропозицію Рузвельта до уваги, були б внесені

відповідні зміни до закону “Про судоустрій”, а Президент, згідно зі ст. 3 Конституції, призначив би, “за порадою та згодою” Сенату, своїх прибічників – О.Р.). Проте більшість Конгресу навіть, демократи – прихильники Рузвельта, побачили у його пропозиції “відверте посягання на незалежність суддів з боку Президента” [3, с. 12], а “незалежність судової влади була визнана більшою цінністю, ніж економічна необхідність” [7].

Ми погоджуємося з думкою російських вчених В.І. Борисюка, Е.Я. Борщевської та Е.М. Веремєвої, що визнання основних правових актів “Нового курсу” неконституційними не означало краху політики Рузвельта у сфері регулювання економічних відносин. Зважаючи на ставлення Верховного Суду до “Нового курсу”, Рузвельт був змушений дещо змінити деякі положення цієї програми для того, щоб вона відповідала федеральній Конституції у тому баченні, як розуміє її Верховний Суд. У випадку ж, якщо б Президент не вніс деяких корективів до “Нового курсу”, його реалізація б залишалася під питанням [5, с. 148].

Отож, Ф.Д. Рузвельт відмовився від прямого урядового втручання в господарські відносини підприємств, але федеральний уряд мав право надавати допомогу господарюючим суб’єктам, якщо вони її потребують.

Зважаючи на поступку Ф.Д. Рузвельта, 25 березня 1937 р. Верховний Суд прийняв рішення (справа “West Coast Hotel Co v. Parrish”), в якому визнав конституційним закон Вашингтону, що передбачав мінімальну заробітну плату для жінок і був ідентичний закону Нью-Йорку, котрий в кінці 1936 р. визнано неконституційним. Своім рішенням Верховний Суд визначив, що “свобода, яка впливає з принципу “свободи договору” може обмежуватися, але тільки шляхом належної процедури” [4, с. 173].

З середини 30-х рр. XX ст. Верховний Суд США почав визнавати необхідність пристосовувати концепцію “матеріальної належної правової процедури” до зростаючого державного втручання в економіку (щоправда застереженнями) [5, с. 135–136].

Відповідно до теорії американського конституційного права, всі загальнополітичні повноваження федерального уряду мають “екстраконституційний” характер, що й було підкреслено 1936 р. у рішенні Верховного Суду в справі “United States v. Curtiss – Wright Export Corp”, (написане суддею В. Сазерлендом<sup>1</sup>): “...надання федеральному урядові повноважень зовнішнього суверенітету не залежить від положень Конституції. Право оголошувати та вести війну, укладати мир, міжнародні договори, підтримувати дипломатичні відносини з іншими суверенними державами повинно надаватися федеральному урядові, оскільки супутні державності, навіть не зазначені у Конституції, права і повноваження США як члена сім’ї націй рівні правам і повноваженням інших членів міжнародної спільноти. В іншому випадку США не були б в повній мірі суверенною державою. Право на територію через її відкриття чи окупацію, право вислання небажаних іноземців безпосередньо не передбачені Конституцією, але існують як невід’ємні та невіддільні від національного суверенітету” [96, с. 121].

---

<sup>1</sup> Якщо Головний суддя США під час голосування підтримав думку більшості, може написати проект рішення чи доручити будь-кому із суддів Верховного Суду, який належить до цієї більшості, якщо ж – у меншості, право визначати “автора” рішення належить найстаршому за строком перебування на посаді судді, який підтримав думку більшості [3, с. 21–22].

Суддя В. Сазерлент керувався тим, що з моменту здобуття незалежності до прийняття Конституції штати володіли “внутрішнім суверенітетом”, а “зовнішній суверенітет” належав Союзові штатів спільно, а не кожному штатові окремо [8, с. 121].

У квітні 1937 р. Верховний Суд США рішенням у справі “National Labor Relation Board v. Jones Laughlin Steel Corporation” визнав конституційним “Національний акт про трудові відносини”, який складав основу соціально-трудового законодавства Ф.Д. Рузвельта [4, с. 173].

Цим рішенням Верховний Суд розширив владу Конгресу від регулювання торгівлі до регулювання ділової практики підприємств, які брали участь у торгівлі між штатами. Корпорація “Jones Laughlin Steel”, котра була однією з найбільших сталеливарних компаній, порушивши положення федерального закону “Про трудові відносини” 1935 р. (законом передбачалося створення профспілок і укладення колективних договорів), звільнила 10 робітників за участь в профспілковій діяльності та відмовилася виконувати наказ Національного Управління з Трудових Відносин і повторно приймати звільнених працівників. Коли спір потрапив на вирішення Верховного Суду, він повинен був визначити, чи має право Конгрес регулювати “місцеву” діяльність компаній, які беруть участь в торгівлі між штатами та діяльність, яка здійснюється в межах одного штату. Представники корпорації пояснювали, що умови на її заводі не впливали на торгівлю між штатами, а отже не могли регулюватися Конгресом. Верховний Суд рішенням зобов’язав корпорацію поновити на роботі звільнених працівників, вказавши, що “визнання права працівників на самоорганізацію і висунення своїх представників для ведення переговорів укладення колективного договору є необхідною умовою стабільності промисловості” [9].

Верховний Суд США 1937 р. визнав конституційність вдруге прийнятого закону “Про банкрутство фермерів” та законів “Про регулювання трудових відносин на залізниці”, “Про національні трудові відносини” (закон “Вагнера”) [5, с. 136].

У кінці 30-х рр. XX ст. Верховний Суд, на думку політолога Р. Даля, розпочав виробляти “конституційні підстави новим повноваженням національного уряду, які використовувалися наступними президентами в процесі реалізації їхніх програм” [5, с. 152].

В кінці 30-х рр. XX ст. пішли у відставку двоє консервативно налаштованих суддів Верховного Суду – У. Ван-Девантер і Дж. Сазерленд, а їхні місця зайняли Х. Блек і С. Рід, які активно підтримували Ф.Д. Рузвельта, а до 1943 р. Верховний Суд США взагалі поповнився ліберально налаштованими суддями (з колишніх дев’яти суддів залишилися О. Робертс) [4, с. 174].

Висновки. Ще 1928 р. Ч.Е. Хьюз писав, що “у Верховному Суді США, як і в маленькому колективі здібних людей з рівною владою в прийнятті рішень, дійсна позиція і вплив Головного судді залежить від його вміння та здібностей знаходити спільну мову з іншими суддями” [3, с. 19]. Історії були відомі “сильні” головні судді (Дж. Маршал в ХІХ ст., Ч.Е. Хьюз та Е. Уоррен в ХХ ст.), які істотно вплинули на формування думок інших суддів цього Суду та його рішення загалом, тобто тоді, коли більшість рішень Суду були одноголосними.

В 1930–1941 рр. особливо яскраво виявляється вплив Верховного Суду США на формування системи права, творення правових норм, які регламентували підприємницьку діяльність, трудові відносини, відносини власності. Навіть незважаючи на доволі гострий конфлікт між Президентом і Верховним Судом, все ж Конгрес не втрутився у відносини виконавчої та судової влад, хоча міг – шляхом

прийняття федерального закону, яким би збільшилася кількість суддів з 9 до 15, як цього просив Ф.Д. Рузвельт, чи внесення відповідної поправки до Конституції, якою б анулювалося рішення суду. Більш того, в цей час виявляється помітний вплив судової влади на виконавчу, оскільки, врахувавши думку Верховного Суду, Ф.Д. Рузвельт був змушений пристосувати деякі положення програми “Нового курсу” до того, як розуміє Конституцію Верховний Суд США

1. *Плотнікова Т.В.* “Новий курс” Ф.Д. Рузвельта та еволюція цивільного права США: Автореф. дис. канд.юрид.наук: 12.00.01. КДУ ім. Т. Шевченка. – К.: 1998 – 17 с.
2. *Івальницька О.П.* Новітня історія країн Європи та Америки. 1918 – 1945. Навчальний посібник. для студентів. вищих навчальних закладів. – Вінниця: Фоліант, 2004 – 464 с.
3. *Жидков О.А.* Верховный суд США: право и политика/отв. редактор. А.А.Мишин. – М.: Наука, 1985. – 221 с.
4. Конституция США: история и современность /редактор А.А. Мишина, Е.Ф. Языкова, В.М. Николайчика – М.: Юрид. Лит., 1988. – 320 с.
5. *Борисюк В.И., Борщевская Е.Я., Веремьева Е.М. и др.* Политические институты США: История и современность /отв. редактор. В.И. Борисюк; АН. СССР. Ин-т США и Канады. – М.: Наука, 1988 – 271 с.
6. *Наришкина Р.Л.* США: Государство и частный сектор: Гражданско-правовые отношения / АН. СССР. Ин-т США и Канады. – М.: Юрид. Лит, 1976 – 128 с.
7. Верховный суд США. Материал из Википедии – свободной энциклопедии [http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%92%D0%B5%D1%80%D1%85%D0%BE%D0%B2%D0%BD%D1%8B%D0%B9\\_%D1%81%D1%83%D0%B4\\_%D0%A1%D0%A8%D0%90](http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%92%D0%B5%D1%80%D1%85%D0%BE%D0%B2%D0%BD%D1%8B%D0%B9_%D1%81%D1%83%D0%B4_%D0%A1%D0%A8%D0%90)
8. *Мишин А.А.* Принцип разделения властей в конституционном механизме США. – М.: Наука, 1984 – 191 с.
9. Знаменательные решения <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdr/decisions.htm>
10. *Власихин В.А.* Служба обвинения в США: Закон и политика. – М.: Юрид. лит., 1981 – 176 с.

## THE SUPREME COURT OF THE USA UNDER CH. E. HUGHES’S PRESIDENCY (1930–1941)

*O. Ryhina*

*Ivan Franko National University of Lviv,  
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine  
e-mail: elena\_rygina@ukr.net*

In the article the role of the US Supreme Court as the highest federal court instance in formation of the 1930–1941 law system during the presidency of judge Ch. E. Hughes is highlighted. The influence of federal judicial power on the executive and legislative power of the USA within this period has been studied.

*Key words:* the US Supreme Court, „New Rate”, decision, law.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## АДВОКАТСЬКА ПРОФЕСІЯ В АНТИЧНИХ КРАЇНАХ (V ст. до н.е. – V ст. н.е.)

*В. Святоцька*

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

Висвітлено особливості адвокатської професії в античних державах. Розглядається діяльність ораторів, прокураторів літіс, когніторів, адвокатів. Зроблено висновок, що прокуратура не була елементом судоустрою.

*Ключові слова:* адвокат, судовий процес, римське право.

Історичні джерела, які залишились після існування Римської держави – з VI ст. до н.е. по V ст. н.е. – доводять, що і римська державність і право зазнавали безперервних змін. Усі негативні чинники становлення Римської імперії не могли не позначитися на діяльності правових інститутів. Одним з таких інститутів був інститут адвокатури [1, с. 5–6].

Загальновідомо, що в давньоримській час правознавство було таємною наукою, доступною лише для представників вищого духовенства. Римський суддя був особою, яка, з одного боку, мала відповідні правові знання, а з іншого, – у своїх діях була залежала від висновку священнослужителя. Коли за понтифіка Корунканія доступ до вивчення юриспруденції було відкрито, сформувався клас правознавців, які користувалися високим авторитетом як у судів, так і в сторін, що судились. Римські юристи надавали юридичні поради стороні, яка до них зверталась, складали судові позови у письмовій формі або супроводжували позивача до суду, щоб пред'явити позов усно, на запит судді надавали усні або письмові висновки у справі, або навіть самою присутністю у залі суду засвідчували свою підтримку відповідній стороні. Вони жодним чином не виконували роль представника (виразника інтересів) сторони в процесі, а були лише доповідачами чи експертами у прямому розумінні цього слова. Їх називали юрисконсультами (радник з правових питань, *iurisconsultus*) або адвокатами (*advocatus*).

Така експертна діяльність не була професійною. Як безоплатна, вона радше була улюбленим заняттям авторитетних мужів, “окрасою” поважного віку. Експертами були обидва Катони, в родині Муція Сцеволи, а вивчення юриспруденції було спадковою справою. Цицерон часто замислювався про те, як, будучи шанованим старцем, погойдуючись у своєму кріслі, він зможе взяти на себе приємну і поважну роль правового радника. Хоча таке заняття мало й свої недоліки. З будь-яким питанням: Чи варто і за кого варто видати дочку? Як і в кого ліпше купити земельну ділянку? Як обробити поле? – люди йшли до особи, яка мала відповідні знання у галузі права. День і ніч, розповідав Цицерон [2, с. 261], він не мав спокою від тих хто потребував його поради. Надання юридичних консультацій вважалось почесним обов'язком поважних мужів, відмовитись від якого не зміг навіть імператор. Історичні джерела свідчать, що коли до імператора Августа звернувся з проханням один з його однодумців, аби Август підтримав його своєю присутністю на процесі, імператор спробував було відправити замість себе іншого поважного чоловіка. Тоді старий воїн відкрив свої рани і крикнув: “В бою при Акціумі я бився за тебе сам, а не посилав заступника!” Тоді кайзер почервонів і пішов на процес особисто [2, с. 262].

Водночас, добре знаючи римлян, було б наївно сподіватися, що вони могли присвячувати стільки часу й сил подібному заняттю з самої лише любові до цієї справи, виконуючи почесний обов'язок, без будь-якої вигоди для себе, бо для того римляни були надто практичними людьми. Якщо за отримання бажаної посади чи провінції треба було викласти круглу грошову суму, то чи не простіше – а заодно й почесніше – було підкупити потрібну людину, виступивши її правозаступником на процесі. Так, Цицерон [3, с. 87] прославляв це мистецтво як засіб здобуття багатства (*ad opes augendas*), бо воно робить багатьох людей залежними від тебе, а Г.М. Фігул відмовився надавати правові консультації, бо громадяни, яких він так багато консультував, не обрали його консулом [3, с. 98].

Поряд з експертом із правових питань сторона також потребувала чільного виразника її інтересів, особи, яка повинна була юридично грамотно скласти необхідні судові документи (*postulare*), а головне – належно представити сторону в суді вражаючою промовою. Таку особу також називали оратором (*orator*) або патроном (*patronus*). Ніколи більше мистецтво говорити – ця цінна спадщина романської культури – не досягала такого розвитку, як це було в стародавньому Римі, і розвивалось воно насамперед в залах судів кращими мужами свого часу, такими як Цицерон, Квінтіліан, Тацит, та іншими, відображаючись у їхніх творах. З кожної важливої справи, поданої до суду, цілими днями в необмеженій кількості змагались оратори, і лише за третього консуляту Помпея було введено певні обмеження.

Кожну судову промову готували старанно і заздалегідь. Цицерон занотовував повний зміст усіх своїх промов, прораховуючи реакцію публіки до найменших подробиць. У той час вміння виголошувати промови було мистецтвом заради мистецтва, яке приємно вражало і захоплювало як публіку, так і оратора. Видатних ораторів вшановували, як сьогодні вшановують видатних адвокатів, акторів та інших митців.

Оратори, як і експерти з правових питань, грошей не брали, але охоче приймали різні подарунки. В Діалозі про ораторів Тацита [4, с. 238] (*Dialogus de oratoribus*) мистецтво оратора возвеличувалось, бо воно приносило шану, почесні дарунки й багатство. А Квінтіліан [5, с. 349] називав найбільш природним станом речей, коли оратори, які не мають жодного іншого достойного прибутку, дозволяють собі отримувати певну плату за їх мистецтво, єдине лише, що вони не мають отримувати її як справжню плату, а лише як віддяку за працю, яка насправді вартує набагато більшого.

Отож, красномовство було мистецтвом патрона (*patronus*), а юриспруденція – мистецтвом адвоката (*advocatus*) – говорив Цицерон [2, с. 258]. Сам Цицерон був лише оратором, не видатним юристом. Він навіть насміхався з юристів, називаючи їх *lugeleji*, *praesones actionum*, *cantors formularum*, *anceps sillabarum* (буквоїдами), і вихвалявся, що за три дні сам може опанувати професію юрисконсульта [6, с. 28]. Власне, певні правові знання були конче необхідні кожному судовому ораторові, але водночас можна припускати, що надто глибоке знання права гальмувало б політ блискучої судової промови, спонукаючи оратора зважувати кожне слово. Тим не менше, маємо в історії приклад особи, в якій поєднались видатний правознавець і блискучий оратор, – Гай Муцій Сцевола.

Після краху республіканської свободи поступово було покинено із нібито безоплатним правозаступництвом. Імператор Діоклетіан видав закон, в якому було встановлено тверді тарифи за послуги (судового) оратора (*Redner*): 250 денарів за *postulatio*, 1000 – за *cognitio*. В Дигестах розмір винагороди за послуги судового оратора визначав на власний розсуд суддя, який при цьому керувався судовим

звичасем, а також виходив з того, наскільки красномовним був оратор, але не міг перевищити суму 100 золотих [7, с. 118].

З цього доходимо висновку, що в Римській державі поступово формувався професійний стан ходатаїв (заступників або повірених), на яких перекладено виконання експертної функції адвокатів. При кожному суді могла діяти визначена кількість адвокатів. У 319 р. імператор Константин зробив адвокатську діяльність вільним заняттям, але водночас локалізував її, тобто кожен адвокат повинен був визначитися з судом, при якому він виступав і не мав права брати участь у процесах при інших судах, бо одночасна зайнятість в різних місцях шкодила ефективному веденню процесу, через що справи не могли вирішуватись вчасно [7, с. 121].

Вільна адвокатура проіснувала до п'ятого століття, коли поступово, певною мірою за наполяганнями самих адвокатів, відповідними розпорядженнями держава обмежила кількість адвокатів (запровадження принципу *numerus clausus*). До міського префекта було приставлено до 80 адвокатів, до преторіанського префекта – до 150 адвокатів, які, однак, могли виступати також в інших судах. Допускались до адвокатської діяльності лише ті особи, які могли підтвердити свої знання в юриспруденції відповідним документом від свого вчителя (доктора) або принаймні закінчили курс навчання, як того вимагали тодішні приписи. Надавали перевагу синам адвокатів. Особи, допущені до адвокатури, утворювали *collegium togatorum*, тобто об'єднання (стан) одягнених в тогу під головуванням примаса (*primas*). Примас водночас займав оплачувану згідно з тодішніми законами посаду адвоката імператорської скарбниці (*advocatus fisci*), і після двох років служби, отримавши титул світлішого, ішов зі згаданої посади, а водночасі з адвокатури. Установа, при якій виконував свою діяльність адвокат, мала судову і дисциплінарну владу над ним.

Позаяк римська держава не створила установи, яка б готувала державних чиновників, адвокатура взяла на себе роль того інституту, де готувались державні кадри (*seminarium dignitatum*). Держава надавала таким особам особливі привілеї, звільняла їх від державних повинностей. Часто професію адвоката прирівнювали до служби у війську.

Але не слід переоцінювати справжнє значення адвокатури у римській імперії. Бо між адвокатом і чиновником, а тим більше військовими, завжди залишався помітний розрив: у розпорядженні від 418 року [7, с. 143] сказано, що євреї не можуть бути військовими, але вони можуть бути адвокатами. Гонорати (*honoratus* – славетний муж, володар високого титулу) могли брати на себе роль ходатая, але з тим застереженням, що це не могло заплямити його авторитет, *cum ipse necessitatem elegerit standi et contempserit ius sedendi* [7, с. 187]. Бо адвокат стоїть, а суддя сидить.

З іншого боку, в джерелах, що дійшли до нас, не бракує також скарг на адвокатуру. В *Codex Theodosianus* повідомляється, що вони (адвокати) укладають *tracta de quota litis* і вимагають для себе найліпшого серед земельних площ та худоби; в *Codex Justinianus* від них вимагається, аби вони, ганьблячи (дискредитуючи, ослаблюючи, опоганюючи) протилежну сторону, не заходили далі, аніж того “вимагає сам процес” (*quam litium poscit utilitas*), не заключали зі стороною *tractum*, не обходились зле з клієнтами та не затягували процесу. В літературі не бракує ані насмішок над адвокатами, ані осудження їх. Тацит у своїй видатній праці “Аннали” розповідає про Дементія Афера (*Domitius Afer*), одного з найблискупіших ораторів того часу, який, однак, надто сильно турбувався про виграш процесів і зажив ліпшої слави як оратор, аніж як людина – з гіркотою каже Тацит [4, с. 89].

Коли Флорус, описуючи битву під Тевтобурзьким лісом, “скеровує” гнів німецьких воїнів насамперед проти римських адвокатів, яким вони ніби-то

повиривали язики, “аби гадюки більше не шипіли”, то хіба це не є чимось іншим, як різким випадом автора проти римських адвокатів. Але що головне: є багато доказів того, що мораль римського адвоката і справді прогнила, дуже багато речей, які незмінно піддавались осуду в Німеччині, у Римі сприймалися як належне. Цицерон [3, с. 349] проголошує роль захисника набагато почеснішою, аніж роль обвинувачувача. Більше того, не треба боятись захищати винного, якщо лише він не є останнім мерзотником.

Згадуючи про процес проти Клюенція, якого Цицерон захищав, він відкрито вихваляється тим, що зміг ввести суддів в оману. Квінтіліан [5, с. 72] заглиблюється у роздуми про те, що робота оратора нерозривно пов’язана з неправдивою інформацією і наївно додає, що є велика різниця між тим, аби змусити повірити у щось інших і повірити в це самому. Свідків – радить Квінтіліан – потрібно заздалегідь старанно “обробляти” (*multum doma ante versandi*), насамперед упевнитись в тому, що вони вороже налаштовані проти іншої сторони процесу, тоді як свідків противника слід виставляти дурнями, “майстерно” допитуючи їх (*ut in aliquod responsum incidat*). Навіть порада Квінтіліана, яку він дає і яка полягає у тому, аби навчитись думати і зважувати, як суддя, який з доказ матиме вагоміший вплив, не може вважатись бездоганною, бо адвокат повинен передусім бути впевненим у правоті сторони, на захист якої він став.

Зв’язок, який існував між діяльністю адвоката і експертною діяльністю юрисконсульта, виражається не лише у самих назвах, а насамперед у їх стосунку до суду. Магістрат, до складу якого входили мужі, обізнані в питаннях права, завжди залучав до участі в процесі засідателів, освічених у правових питаннях (*асесори, assesores*), і підпорядковувався їхнім висновкам. Засідателів обирали головно з-поміж адвокатів. Це відбувалось так часто, що колегію адвокатів почали називати консультативним комітетом префекта, через що адвокати навіть змушені були виступити проти спроб влади збільшити наявну суворо обмежену кількість адвокатів, головно з тією метою, аби вони виступали як засідателі.

Те, що римське право засадничо ігнорувало судове представництво, як відомо, є одним з його фундаментальних принципів. Не менш відомим є те, що римляни таки умудрилися обійти цей принцип з властивою їм спритністю і з чисто римською непослідовністю перевернули його з ніг на голову. Щоправда, запровадивши когнітуру (*Cognitur*), римляни перевершили самі себе у відсутності логіки. Первинно залучення до процесу когнітора допускалось лише у справах, де стороною був старець або хворий, але з часом воно вже не вимагало підтвердження винятком: найняти когнітора міг кожен, єдине, що при цьому вимагалось, аби когнітор – і знову чисто римський формалізм – з’являвся *certis verbis coram adversario*. Отож, когнітори були прямими процесуальними представниками. Вирок, ухвалений судом, був обов’язковим для сторони, яку представляв когнітор, незалежно від того, чи вирок було ухвалено на її користь, а чи проти неї, але з тим застереженням, – і знову римська непослідовність – що когнітор представляв позивача. Для когнітора-відповідача (*defensor*), незважаючи на те, що його легітимність, з огляду на дотримання вимоги *certa verba coram adversario*, була поза сумнівом, ставили вимоги також представлення *cautio iudicatum solve* [7, с. 138].

Поряд з когнітором, який вже за Цицерона був абсолютно законним процесуальним уповноваженим, в часи Гая з’являється прокуратор літіс (*procurator litis*). Найманий на основі мандата без чітко визначеної форми, прокуратор літіс, оскільки його легітимація не була поза сумнівом, міг вести процес від свого імені тільки представивши *satisdatio ratam rem dominum habiturum*, що забезпечувало його

сторону, від повторного ініціювання судового процесу. Згодом прокуратор, легітимація якого не підлягає сумніву, буде прирівнюватись до когнітора. Вже в Codex Theodosianus ці дві професії злились в одну, а в Дигестах узагалі немає жодного розрізнення між когнітором і прокуратором, більше того, про когніторів не згадується взагалі [7, с. 187].

Не можна точно сказати, чи діяльність когнітора була професійною діяльністю. Маємо лише свідчення про існування так званих “ділових агентів” (*tabelliones sive pragmatici*), які поряд зі складенням процесуальних документів також охоче брали на себе виконання судового представництва і яким за це добре платили [7, с. 218]. У своїй промові “На захист Росія Цицерон розказує, як когнітор за один єдиний процес отримав неймовірну суму – 100 000 сестерців [2, с. 278].

Не була ані промислом, ані професійним станом прокуратура, у тому числі і після її злиття з когнітурою. Базуючись на мандаті, вона здійснювалась безоплатно. На безоплатності прокуратури робиться особливий наголос [7, с. 236]. Тому, на відміну від адвокатів, у стосунку до прокураторів ніколи не вживалось слово винагорода, максимум – витрати. Загалом прокуратором є кожен, хто з люб’язності робить будь-яку послугу іншій особі тому навіть той, хто взявся передати (перевезти) чийогось листа, називається прокуратором. Первинно прокуратор є генеральним уповноваженим, закон особливо детально наголошує, що навіть особа, уповноважена до виконання (вчинення) однієї-єдиної дії, має називатись прокуратором [7, с. 287].

Натомість у розділі про прокураторів (*de procuratoribus*) цей термін застосовують головню до процесуальних уповноважених, діяльність яких є радше дружньою послугою. Але закон вимагав, аби кожен, хто взяв на себе виконання якоїсь дії, за що отримав завдаток, конче довести її виконання до кінця; водночас дуже детально було визначено і виписано причини, які давали змогу відмовитись від мандата. Відтак, особа, яка виступила позивачем від імені сторони, зобов’язана захищати свою сторону від зустрічних позовів і вносити завдатки. Дуже часто прокураторами виступають батьки, діти, родичі особи, яка судиться. Усе це не поєднується з припущенням про те, прокуратура була професійним заняттям.

Ще менше згадується про будь-який розподіл роботи між прокуратурою і адвокатурою, як це властиво для пізнішої Німеччини і Франції. Ніде не знаходимо згадки про те, що сторона поряд із адвокатом повинна найняти також прокуратора або когнітора, так само жодної згадки немає про будь-яку взаємодію обох інститутів. Не маємо також підтвердження чи скасування того, що якусь частину процесуальних дій відбирали у адвоката і передавали (зберігалась за) прокураторові або навпаки. Якщо залучались адвокати, то процесуальне провадження цілком зосереджувалось у їхніх руках. При цьому їхнім першочерговим завданням було *postulare*, так що в канонічній процесуальній літературі слова *postulare* і *advocare* вживались як абсолютні синоніми [7, с. 312].

Саме слово *postulare* означало насамперед складання позову, тобто ту діяльність, яка у Франції – до сьогодні називаючись *postuler* – здійснюється виключно прокуратором і є якраз тою прикметою, яка дозволяє провести найбільш чітку межу між прокуратором і адвокатом. Далі ми знаємо, що адвокати присягались допомагати своєму клієнту відстояти його правоту, роблячи все, що в їх силах, але адвокат не повинен був вести справу, якщо йому ставало відомо, що закон не на боці його клієнта [7, с. 286]. Отож, адвокат був задіяний вже на самому початку переговорів по суті справи. Ми також знаємо про те, що усе, сказане адвокатом у присутності сторони, вважалось таким, що було сказано самою

стороною, а викладення фактичних обставин справи було функцією адвоката [7, с. 288]. Що за таких обставин залишалось робити прокураторові, незрозуміло.

Зі сказаного доходимо висновку, що прокуратура не була елементом судоустрою. У літературі нічого не сказано ані про допуск, ані про складення присяги чи умови найму прокураторів, тоді як усі відповідні укази стосовно адвокатів збереглися. Натомість з абсолютною певністю можна говорити про те, що стати прокуратором міг кожен, в тому числі й особи, проголошені безчесними. В переліку є особи, які за негідну поведінку могли бути відсторонені від судової діяльності, називаються адвокатами, але нічого не йдеться про прокураторів, які, отже, могли залишатись на своєму місці, якби взагалі утворили організований професійний стан [7, с. 291]. Фактично прокуратори були тими, кого сьогодні ми називаємо процесуальним уповноваженим, крім того, не утворюючи професійного стану, прокуратори вчиняли дії, які, залежно від обставин, доручають вчиняти рідним, друзям, працівникам, агентам або ж адвокату.

Зрозуміло також, що жодної мови про несумісність адвокатури з прокуратурою бути не могло. Навпаки, в часи пізньої імперії адвоката, як правило, призначав і прокуратор. Відтак, такий “маневр” надав би змогу в якнайпевніший спосіб обійти невідгідний принцип безплатності послуг прокуратора, бо він тепер був не як прокуратор, а як адвокат, а отже, отримував передбачену законом винагороду за послуги, надані адвокатом.

1. Тицик Б.Й. Держава і право стародавнього Риму. Навчальний посібник. – Львів ЛДУ 1998.
2. Цицерон, Марк Туллий (106–43 до н. е.). Избранные сочинения: [Пер. с лат.] / Цицерон; [Вступ. ст. Г. Кнабе]. – М.; Харьков: АСТ: Фолио, 2000.
3. Цицерон, Марк Туллий (106–43 до н. е.). О старости; О дружбе; Об обязанностях / Цицерон; [Пер. с латин. и коммент. В. О. Горенштейна]; Изд. подгот. В. О. Горенштейн и др. – Репринт. воспроизведение текста изд. 1974 г. – М.: Наука, 1993.
4. Тацит, Корнелий. Сочинения: В 2 т., т.1: [Перевод] / Корнелий Тацит; [Отв. ред. С. Л. Утченко; Рос. АН]. – СПб.: Наука: Санкт-Петербург. изд. фирма, 1993.
5. Квинтилиан, Марк Фабий (ок. 35-ок. 96). Марка Фабия Квинтилиана Двенадцать книг риторических наставлений / Пер. с лат. Рос. акад. чл. Александром Никольским и оною Акад. изд. Ч. 1–2., ч. 2. – Санкт-Петербург, 1834.
6. Цицерон Марк Туллий (106–43 до н. е.). Речь М. Туллия Цицерона за Л. Мурену / Объясн. Ю. Фелькель. – Москва: бр. Салаевы, 1875.
7. Памятники римского права: [Тексты: Для юрид. вузов: Перевод]. – М.: Зерцало, 1997.

## ADVOCACY AND ADVOCATES IN ANCIENT STATES (V CENT. B.C. – V CENT. A.D.)

*V. Svyatotska*

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

The article is devoted to the analysis of peculiarities of advocacy and advocates in ancient states. Orators, cognitors, procurators litic as well as advocates activities are elucidated. The author comes to the conclusion that the procuracy was not component of the judicature.

*Key words:* advocate, trial, Roman law.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009  
Прийнята до друку 01.06.2009

**СУБ'ЄКТИ ПРАВА У ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ  
ТА КОДИФІКАЦІЯХ ПРИВАТНОГО ПРАВА XVIII–XIX ст.  
У КРАЇНАХ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОГО ТИПУ  
ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ**

*Г. Федущак-Паславська*

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

Стаття присвячена проблемі основних параметрів правоздатності та дієздатності фізичних та юридичних осіб. Ідея наявності цих характеристик у зазначених суб'єктах права виникла ще у давньому Римі. Питання право- і дієздатності юридичних осіб за римським правом перебували ще на етапі становлення. Процес рецепції римського права, і одночасно, кодифікаційні роботи XVIII – XIX ст.ст. у Європі стимулювали прискорення розвитку та вдосконалення цих інститутів.

*Ключові слова:* суб'єкти права, фізичні особи, юридичні особи, правоздатність, дієздатність.

Процеси конвергенції правових систем, що простежуються сьогодні, потребують виявлення тих спільних рис, що поєднують правові системи різних типів і, зокрема, притаманні романо-германському типу, до якого належить правова система України.

Романо-германський тип правової системи, усі етапи становлення якого тісно пов'язані з процесом рецепції римського права як система сформувався унаслідок кодифікацій XVIII–XIX ст.

Відомо, що саме у кодифікаціях цього періоду були врегульовані проблеми, пов'язані із суб'єктами права – фізичними та юридичними особами.

Законодавець, особливо це стосується французького цивільного кодексу, брав до уваги норми та конструкції, запропоновані римським приватним правом. Також знайшли своє законодавче закріплення і складні формулювання та класифікації юридичних осіб, розроблені тогочасною правовою доктриною.

Зважаючи на викладене вище, метою запропонованого дослідження є виявлення специфічних рис теоретичного обґрунтування та законодавчого закріплення інститутів – суб'єкта права фізичної та юридичної особи у кодифікаціях XVIII–XIX ст. Для досягнення цієї мети слід вирішити такі завдання:

- дослідити філософські основи кодифікацій XVIII–XIX ст. у країнах Європи;
- встановити наявність (відсутність) римської правової традиції у регулюванні питань суб'єктів права фізичної та юридичної особи у правовій системі романо-германського типу;
- з'ясувати закономірності та особливості регулювання питань правосуб'єктності фізичних та юридичних осіб у кодексах приватного права, які представляють романський та германський підтипи романо-германського типу правової системи.

Слушною є думка, що в умовах кризи суспільство інстинктивно звертається до джерел, до історії, шукаючи там підказки. У процесі таких досліджень видатні уми людства доходили до висновків про наступність, про наявність певних традицій у розвитку цивілізації. Аналіз процесу становлення права дав змогу Гарольду Берману виділити елементи, характерні ознаки європейського права і навіть твердити про наявність західної традиції права [1, с. 10–14].

Однією із рис, притаманних західній традиції права, що виявилася під час кодифікаційних робіт XVIII–XIX ст. було сподівання на розум. За уявленнями того часу Розум має божественне походження, але, водночас, невіддільний від

природного права і головне, – від людської свідомості, яка наказує людині не визнавати юридичної сили несправедливого права.

Вважаючи Французький цивільний кодекс (1804 р.) таким, що закріпив природничо-правові засади, законодавець прагнув виключити неоднозначності, власний розсуд при застосуванні права. Для цього суддя повинен перестати виступати особою, що тлумачить право, а стати, фактично, машиною, яка застосовує ясні, чітко виписані, стабільні приписи, що за допомогою структурно впорядкованих приписів автоматично вирішує спір, врегульовує правові відносини. І, як зазначив дослідник історії західної теорії права Джон Келлі, саме Розум повинен був бути провідником у творенні цієї структури, а завершена конструкція кодексу – найвищим його досягненням [9, с. 340]. Саме тому, з появою Французького цивільного кодексу пов'язують один із найважливіших етапів у розвитку позитивістського розуміння права.

Кодифікаційні роботи у Пруссії та Австрії, розпочавшись раніше, ніж у Франції, мали, відповідно, й інші передумови. Зокрема, потреба у їхньому проведенні зумовлювалася необхідністю систематизації цивільного права, джерелами якого були місцеві звичаї та римське право.

Пруський кодекс (1784 р.) був першим національним зібранням прав, і мав уніфікувати правові системи всіх земель Пруського королівства. Виходячи із пануючої доктрини про першість природничого права перед римським, у кодекс були включені лише ті приписи, які узгоджувалися з природничим правом. У тексті кодексу містилися положення про загальні повноваження особи, які базуються на природному прагненні особи до власного добра, не порушуючи інтересів інших осіб, про можливість вчинення будь-яких дій, які не заборонені природничим чи волевстановленим правом.

Перед кодифікаційною комісією яка тринадцять років працювала над Австрійським цивільним кодексом (1811 р.) постало завдання вибрати існуючі у різних регіонах імперії Габсбургів, найприродніші і справедливі норми, та впорядкувати їх, виходячи із засад розуму та природничого права.

Джерелами Французького цивільного кодексу були старі германські звичаї північної частини Франції, римське та канонічне право, що склали відокремлені системи, які регулювали відповідні групи правових відносин. І хоча кодекс, головню, містив старі норми, мав консервативний характер, оскільки автори його уявляли писаним розумом (*ratio scripta*) те право, до якого вони звикли, весь процес кодифікаційних робіт, як і в Австрії, все ж був просякнутий вірою в раціональність природничо-правової доктрини та її постулатів.

Постулати природничо-правової доктрини, виражені в гаслі: “свобода, власність, договори”, які у сфері регулювання сімейних відносин та суб'єктів права реалізовували у вигляді формальних засад рівності та загальності. Хоча і надалі сильними були патріархальні та егалітарні впливи, що залишились від попередніх етапів розвитку цих інститутів. Наприклад, Пруський цивільний кодекс детально регламентував права суспільних станів, зокрема станові привілеї, підданство залежних верств. Австрійський цивільний кодекс, задекларований як зібрання прав, які “зобов'язують загально”, зафіксував, що “кожен здатен набувати права”. Вважаючи норми, які стосуються суспільних верств такими, що належать до сфери публічного права, законодавець не включив їх до цієї кодифікації.

Проголошена у кодифікаціях засада рівності громадян у сфері приватно-правових відносин, нівелювалася в процесі їхньої реалізації. Обмеження у цивільних правах стосувалися жінок, позашлюбних дітей та деяких інших категорій осіб. Законодавство багатьох країн зафіксувало заборону жінкам виступати свідками при складенні

заповіту, при вчиненні нотаріальних дій та інших офіційних актів. Зміни почали відбуватися лише з кінця XIX ст., коли жінки поступово стають незалежними в економічній та суспільній сферах. Так лише з 1921 р. у Польщі в законодавчому порядку було ліквідовано обмеження дієздатності заміжньої жінки при вчиненні правових дій та у процесуальному праві. У Франції зафіксовані у Кодексі Наполеона обмеження прав заміжніх жінок були остаточно ліквідовані тільки в період IV–V Республіки.

Позашлюбні діти не могли набувати прав, які впливали із сімейних відносин та родинної спорідненості. За Французьким цивільним кодексом ці особи не набували громадянського стану. Так само, як і стосовно жінок, зміни у правовому становищі позашлюбних дітей на законодавчому рівні почали фіксуватися лише під кінець XIX ст.

У кодифікаціях того періоду траплялися й інші відхилення від засад рівності суб'єктів цивільного права. До 60-х років XIX ст. в австрійському праві існували спеціальні вимоги стосовно дозволу на шлюб євреїв; норми, які забороняли нехристиянам виступати свідками у складенні заповітів християнами тощо. Існували обмеження, які узалежнювали можливість реалізації деяких цивільних прав від чинників морального характеру. Так само, як і в римському праві, критерієм реалізації цивільних прав могли виступати особиста гідність, риси характеру тощо. Реалізація прав особи могла також залежати від її майнового становища. Наприклад, за Австрійським цивільним кодексом відсутність належних доходів була причиною відмови у дозволі на одруження. Відомі й інші обмеження, які залежали від майнового стану особи.

Здатність мати права і обов'язки – правоздатність – як якісна ознака суб'єкта права, набувалася з моменту народження і припинялася зі смертю. Саме ці виміри – народження і смерть були характеристиками правоздатності фізичної особи у Римі, зафіксовані під час кодифікаційних робіт у Європі XIX ст.

У давньому Римі виникло поняття повної правоздатності, що означало наявність в особи таких властивостей: 1) свобода; 2) громадянство; 3) статус особи власних прав (*persona sui iuris*), якою переважно володів домовладика. Згодом, коли за едиктом імператора Каракали (212 р.) всі вільні жителі римської держави були зрівняні у правоздатності, чіткі ознаки повної правоздатності стали дещо розмитими. У зв'язку з відмінними від давнього Риму суспільно-політичними обставинами, в процесі рецепції римського права країнами Європи, перелічені ознаки вже не були настільки актуальними. Наповнене новим змістом поняття повної правоздатності, розуміли як здатність особи за певних суспільно-політичних обставин мати всі доступні права, як у приватній, так і в публічній сферах. Водночас, передбачалася і обмежена правоздатність, яка довгий час стосувалася жінок та іноземців. Обмеження правоздатності, які переважно стосувалися сфери публічного права, могли виникати з таких причин: 1) природних (неповноліття, психічний стан, жіноча стать, фізичні вади); 2) соціальних (іноземне громадянство, засудження, віросповідання, національність).

Протягом розвитку інституту суб'єкта правовідносин, правове поняття правоздатності наповнювалося характеристиками, які дозволили виділити види правоздатності, підстави її обмеження. Якщо йдеться про правоздатність як право мати права, то це активна правоздатність. Відповідно, правоздатність як можливість мати обов'язки, пасивна правоздатність. Ще у давньому Римі дорослий син у сфері публічного права володів активною правоздатністю, а у сфері приватного – лише пасивною. Так само і раб, працюючи на пекулії, володів пасивною правоздатністю. Коли ж поставало питання про відповідальність за завдану, при роботі на пекулії (батьківському чи рабському) шкоду, то її відшкодування покладалося на домовладика, який був власником всього майна римської сім'ї. Тобто, маємо

відповідальність домовладки за чужу вину. Особливістю батьківського пекулія було те, що при розгляді справи про відшкодування шкоди, дорослий син (що володів пекулієм) разом з домовладкою виступав у цивільному процесі. Стосовно рабського пекулія це не було передбачено.

Особа, наділена повною правоздатністю, має загальну правоздатність, що дає змогу мати всі можливі права і обов'язки. Повна правоздатність, – необхідна передумова спеціальної правоздатності, – здатність мати права і обов'язки у певних конкретних сферах суспільних відносин. Наприклад, у давньому Римі особи, наділені повною правоздатністю, володіли спеціальною шлюбною правоздатністю (*ius connubii*) та спеціальною правоздатністю в економічній сфері (*ius commercii*). Вступати у законний римський шлюб з відповідними правовими наслідками для подружжя і дітей у майновій та особистій сферах, могли лише особи, що мали *ius connubii*. *Ius commercii* передбачало можливість торгувати, складати заповіт (активна заповідальна правоздатність), спадкувати (пасивна заповідальна правоздатність), укладати договори тощо.

Запозичуючи юридичні конструкції римського права, нові кодекси, встановлюючи опіку, охороняли інтереси зачатої, але ще не народженої дитини. Так само, як і в римському праві, у кодифікаціях нового часу, крім фізичної смерті, правоздатність особи припиняла і так звана цивільна смерть. У Кодексі Наполеона зафіксовано інститут цивільної смерті, – фікції, згідно з якою фізично жива особа вважається померлою. Як наслідок, вона втрачає майнові та особисті немайнові права, після неї відкривається спадщина, з нею припиняється шлюб тощо. Підстави цивільної смерті теж дуже подібні до тих, які існували у римському праві: пожиттєве ув'язнення, депортація та інші тяжкі міри покарання.

З приводу можливості відновлення правоздатності фізичної особи виникли різні позиції: 1) унаслідок засудження чи іншого особа не втрачає правоздатності як такої (загальної правоздатності), а лише права у певній сфері (Е.В. Васильовський); 2) особа втрачає правоздатність повністю і може набути нову правоздатність (Г.Ф. Шершеневич); 3) особа втрачає тільки спеціальну правоздатність і тому після закінчення терміну, на який були накладені обмеження, тобто, після переходу в повноправну групу, може знову набувати права (Я.М. Магазінгер).

У європейському законодавстві інститут цивільної смерті почали ліквідувати з середини XIX ст. Але у радянському кримінально-процесуальному законодавстві у XX ст. передбачалося таке покарання, як вигнання, що було безстроковим і тягнуло позбавлення прав довічно. Теоретично, особа втрачала тільки спеціальну правоздатність. Однак, через безстроковість позбавлення прав, покарання, фактично, мало наслідком ту ж цивільну смерть.

Дієздатність фізичної особи як здатність набувати права також підлягає обмеженням. Але, якщо обмеження правоздатності є посяганням на інтереси особи, то обмеження дієздатності спрямоване на захист її інтересів та інтересів осіб, з нею пов'язаних. За відсутності правоздатності особа позбавлена права мати права, а за відсутності дієздатності не здатна розпорядитися правами, які має.

Дієздатність завжди залежала, перш за все, від віку: повна дієздатність настає з досягненням повноліття (у римському праві воно наставало у 25 років; за англійським правом – у 21 рік; у швейцарському праві – 20 років). Існує низка чинників, які завжди впливали на обсяг дієздатності:

- фізичний стан. Фізична недорозвинутість, душевна хвороба, значні фізичні вади – підстави обмеження дієздатності або і позбавлення її;
- стать. Як правоздатна у сфері приватного права, жінка, однак, не могла здійснювати деякі свої права без згоди батька чи чоловіка;

– спосіб життя. Підставою обмеження чи позбавлення дієздатності були марнотратство і пияцтво, зафіксовані у законодавчих актах багатьох країн Європи. Римське право, вважаючи жінку від природи марнотратною, обмежувало з цих міркувань її дієздатність.

На обсяг дієздатності, окрім перелічених вище чинників, за нормами римського права впливали такі фактори, як громадянська честь, релігійна приналежність та постійне місце проживання.

Отже, правова конструкція суб'єкта права – фізичної особи – передбачає наявність у неї правоздатності, яка, своєю чергою, обмежена такими параметрами, як народження і смерть. Правоздатність означає здатність мати права, але розпорядитися наявними правами особа може за наявності дієздатності. Такими ж є підходи до питання правосуб'єктності юридичних осіб як виду суб'єктів права.

Кодифікації європейського права XVIII ст., виходячи із принципу індивідуалізму у праві не багато уваги присвячували організованним об'єднанням – юридичним особам. Керівна доктрина виходила з того, що об'єднання обмежують свободу особи. Такими були передумови виникнення на початку XIX ст. однієї з основоположних теорій юридичної особи – теорії фікції (Ф. Савіньї), згідно з якою об'єднання є штучними утвореннями і суб'єктами права їх визнають через фікцію. За теорією інтересу (Р. Єрінга), яка розвивала попередню, юридичні особи є витвором юридичної техніки. Показовим є твердження Р. Єрінга, який пов'язував поняття суб'єктивного права лише з фізичними особами: "Юридична особа (принаймні у цивільно-правовому розумінні) є лиш технічним інструментом, призначеним компенсувати недоліки у визначеності суб'єктів" [З. с. 365].

Поєднавши вже згаданий вище індивідуалізм, ідеї канонічного права та ідею природничого права про належність природних невідчужуваних прав лише людській особі, теорія фікції все ж змогла модифікуватися в нових умовах, і зі своїх позицій обґрунтовувати бурхливий розвиток об'єднань. Ця теорія була взята за основу одним із напрямів німецької цивілістичної науки – романістами. Дискусія між ними і германістами виникла при створенні Німецького цивільного уложення (1900 р.), яке досить багато уваги присвятило регулюванню відносин та правовому становищу юридичних осіб. Майже ціле століття відділяє його від кодексів, які дуже мало місця приділяли або і взагалі оминали питання врегулювання відносин з юридичними особами. Так, у Французькому цивільному кодексі лише де-не-де згадувалося про заклади публічної користі як, наприклад, державна казна; Австрійський цивільний кодекс робив відсилання до норм адміністративного законодавства. У Німецькому цивільному уложенні питанням, що стосувалися юридичних осіб, присвячено 69 параграфів.

Саме проблеми юридичної особи як суб'єкта права викликали дискусію між згаданими вище напрямами німецької правової думки: романістами (Савіньї, Дернбург, Пухта) та германістами (Гірке, Єлінек, Лукас).

Якщо романісти схилилися до подальших відмін теорії фікції, то германісти визнавали реальне існування юридичної особи. О. Гірке, спираючись на середньовічні ідеї про підпорядкування особи різним суспільним об'єднанням, містичну схильність до їх персоніфікації, сформулював органічну теорію, згідно з якою прирівняв юридичну особу до людського організму. Відтак, у концепції германістів юридична особа має волю, розум, органи. Вчений розглядає юридичну особу як реальну колективну особу, яка має і правоздатність, і дієздатність. Цю ідею О. Гірке розвинув у своєму вченні Г. Єлінек, який стверджував, що юридична особа – логічна, а не реальна категорія. Тобто, юридична особа є особою лише в правовому розумінні, – це юридична абстракція. За традицією був складений Швейцарський цивільний кодекс

(1907 р.), який визнав юридичну особу дієздатною з моменту створення органів, визнаних законом і статутом. Саме органи виражають волю юридичної особи.

Вирішуючи питання про дієздатність юридичної особи, романісти, вважаючи її штучним утворенням, приходять до висновку про відсутність у неї природної волі. Тому, на їхню думку, саме відповідні органи юридичної особи (а в римському праві – фізичні особи, з якими укладено договір) представляють її волю. Згідно з концепцією романістів юридична особа – правоздатна, але недієздатна, а її органи – дієздатні, але не мають правоздатності.

Із уявлень про суть юридичної особи, її право та дієздатність випливало і відповідне вирішення проблем виникнення юридичних осіб, питання їх видів, а також відповідальності юридичної особи представників перелічених теорій.

Як відомо, вже у римському праві існували нематеріальні суб'єкти права, першими з яких були: 1) муніципії – міські структури, що мали адміністративну автономію та через представників реалізовували права у сфері приватних відносин; 2) колонії латинських чи римських громадян, які були суб'єктами правових відносин. Поряд з цими, державними за своєю природою, утвореннями, у давньому Римі існували також колегії та товариства громадян, які могли мати, відповідно, – релігійні цілі чи створювались для взаємної допомоги своїм членам.

Подальший розвиток інституту юридичної особи в Римі відбувався в напрямку регламентації їх створення та діяльності. За Законом Августа про колегії (*Lex Julia de collegiis*) багато з них були розпущені, для створення нових було передбачено дозвіл Сенату, згодом – Принцепса. Колегії, що одержали дозвіл, вважались легальними і виступали суб'єктами права.

У посткласичний період юридичною особою визнавали спадщину, залишену з релігійною чи іншою добродійною метою. На підставі цього розвинулась концепція про добродійні установи.

Із прийняттям християнства, за імператора Костянтина суб'єктом права у Римі стала Церква. Дослідники історії римського права стверджують про правоздатність Римської держави (*populus Romanus*). Однією із підстав цього твердження, поміж іншими, є те, що Римська держава, через свої органи (цензорів і квесторів), здійснювала здачу в найм і продаж приватним особам земельних ділянок, які були публічною власністю [8, с. 49].

Протягом тривалого часу європейська правова наука в процесі рецепції римського (з використанням ідей природничо-правової та історичної шкіл) права, виробила класифікації юридичних осіб на підставі різних критеріїв. За правовим характером виділяли: 1) юридичних осіб приватного права, які виникали на підставі договору чи установчого акта; діяльність їх регулювалася нормами приватного права; 2) юридичних осіб публічного права, які діяли на підставі статутів (заклади публічної користі). За структурою об'єднання, як і в Римі, цивілістика нового часу виділяє: 1) корпорації (спілки), – товариства, які функціонували як об'єднання осіб зі спільною метою; 2) фонди як заклади, в основі яких було спільне майно, призначене для реалізації певної мети. Залежно від мети виділяють: 1) юридичні особи, утворені з метою одержання прибутку, які здійснюють господарську діяльність; 2) юридичні особи, які мають некомерційні цілі.

Юридичні особи приватного права виникали, тобто, набували правоздатності різними шляхами. Історично першою була концесійна система, яка узалежнювала створення юридичної особи від спеціального дозволу влади. Її розвиток тісно пов'язаний з ідеєю фікції школи романістів. Визнаючи юридичну особу фіктивною, вони вважали, що держава створює, контролює її виникнення та діяльність. Ця доктрина була законодавчо закріплена у Кодексі Наполеона.

Із активізацією боротьби за свободу об'єднань вона почала уступати місце іншій системі – нормативній, суть якої полягала в тому, що об'єднання набувало правоздатності із виконанням вимог правових приписів, шляхом внесення запису до реєстру. Так виникали корпорації у Франції ХІХ ст., фонди ж, як правило, створювалися за концесійною системою. Загалом, протягом ХІХ ст. у Франції привілеєм одержання правоздатності від держави користувалися винятково товариства публічної користі. Зважаючи на суспільно-політичні обставини початку 80-х років ХІХ ст., державна влада Франції заборонила будь-які об'єднання “спрямовані на знищення сім'ї, власності і релігії”. Після того поступово відбувся перехід від концесійної до системи законодавчої регламентації, особливістю якої у цій країні було те, що закон, який регулював виникнення певного конкретного типу об'єднання визнавав їх суб'єктами права в цілому, не вдаючись до деталей. Наступним етапом у законодавчому регулюванні виникнення юридичної особи у Франції був Закон (1901 р.) про об'єднання, який запровадив свободу утворення об'єднань: “товариства можна створювати вільно, без попереднього дозволу чи заяви”. Виняток стосувався релігійних спілок, створення яких вимагало дозволу.

Теорію нормативної системи розвивали германісти, які вважали, що оскільки юридична особа володіє право- і дієздатністю з моменту створення, то державі залишається лише констатувати її виникнення. Подібно до того, як людина має право на існування, виходячи з факту народження, так і юридична особа існує тому, що відповідно до закону, люди об'єдналися або об'єднали майно з певною метою. Вже цього достатньо для існування об'єднання. Цей спосіб набуття правоздатності через закон, тобто за нормативною системою, використаний законодавцем у Швейцарському цивільному кодексі стосовно юридичних осіб, які не мають господарської мети.

Німецьке цивільне уложення прагнуло зберегти втручання держави в питання створення об'єднань. Передусім приписи, що стосувалися набуття правоздатності певними об'єднаннями перебували у компетенції місцевих органів, які на практиці мали змогу гальмувати їхнє виникнення. По-друге, в Уложенні було зафіксовано вимогу концесії стосовно об'єднань з господарською метою. Товариства, які мали негосподарські цілі, так звані, ідеальні (наукові, благодійні тощо) ставали суб'єктами права, шляхом запису до реєстру. Однак існувала примітка про те, що адміністративна влада може внести протест проти запису, якщо товариство має “політичну, соціально-політичну чи релігійну мету”.

З точки зору романістів, сфера реалізації правоздатності юридичної особи, створеної державою, визначена її статутом. Відтак, те, що не зафіксовано у статуті, не є дозволенним юридичній особі, тобто її правоздатність є спеціальною.

Виходячи із уявлень про правову природу юридичної особи, притаманних германістам, юридична особа, так само як і фізична, проявляє право- і дієздатність у всьому, що не заборонене їй державою (законом, судом чи природою самої юридичної особи). Таким чином, на їх думку, юридична особа володіє загальною правоздатністю.

Стосовно питання відповідальності юридичної особи, романісти стверджували, що тут йдеться про чужу вину. Оскільки дієздатними є органи юридичної особи, то вони можуть вчиняти правопорушення, але відповідальність за ці дії несе юридична особа. Германісти, виходячи із дієздатності юридичної особи, визнавали дії органів юридичної особи діями самої юридичної особи. Зазначені міркування сприяли розвитку конструкції юридичної відповідальності.

Таким чином, підійшовши до крайньої точки свого розвитку, досягнувши апогею у вигляді фіксації основних засад у законодавчих актах, природничо-правова теорія,

фактично, породила свою протилежність – позитивістську теорію. Вона ж, своєю чергою, змогла розвиватись завдяки появі ряду кодифікацій XVIII–XIX ст.

Римська правова традиція, у досліджуваній тут сфері, простежується у кодифікаціях XVIII–XIX ст., як мінімум, у вигляді правової конструкції суб'єкта права, параметрами якого стосовно фізичних та юридичних осіб є правоздатність, дієздатність, деліктоздатність.

З римського права запозичені поняття повної правоздатності фізичної особи, поняття загальної та спеціальної правоздатності, обмеження правоздатності чи позбавлення її (цивільна смерть); обмежень дієздатності, які залежали від віку, а також від інших чинників, що поповнювались через інститут опіки (піклування).

Спосіб створення, момент виникнення правоздатності та дієздатності юридичної особи, міра втручання органів держави у процес створення юридичної особи, наявність дієздатності юридичної особи визначали види юридичних осіб, їх юридичну відповідальність у кодифікаціях та правовій доктрині XVIII–XIX ст.

У процесі рецепції римського приватного права в період раннього та пізнього середньовіччя, у новий час правова конструкція наповнювалась новим змістом, доктрина суб'єкта права розвивалась залежно від суспільно-політичних обставин та цивілізаційних змін.

У сфері правосуб'єктності юридичної особи правова доктрина XVIII–XIX ст. виходила із теорії фікції (романістів), яка ґрунтувалась на положеннях римського права та органічної теорії (германістів).

1. *Берман Г.Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. – М. 1998.
2. *Гражданское уложение Германии.* – М., 2006.
3. *Иеринг Р.* Избранные труды. В 2 т.– СПб., 2006. – Т. II.
4. *Кабрияк Р.* Кодификации. – М., 2007.
5. *Луць Л.А.* Сучасні правові системи світу: Навч. посібник. – Л, 2003.
6. *Магазингер Я.М.* Избр. труды по общей теории права. – СПб., 2006.
7. *Французский гражданский кодекс: учебно-практический комментарий.* – М., 2008.
8. *Франчози Дж.* Институционный курс римского права. – М., 2004.
9. *Kelly J.M.* Historia zachodniej teorii prawa. – Krakow, 2006.

## SUBJECTS OF LAW IN LEGAL DOCTRINE AND PRIVATE LAW CODIFICATIONS OF 18-19 CENT. IN THE COUNTRIES OF ROMANCE-GERMANIC LEGAL SYSTEM

*H. Fedushchak-Paslavska*

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

The article deals with the issues of main parameters of natural and juridical persons capacities. The idea of these features existence emerged in ancient Rome. Issues of juridical persons capacities were on the stage of formation under Roman law. The process of Roman law reception as well as codification works of 18<sup>th</sup> – 19<sup>th</sup> centuries in Europe stimulated the acceleration of these institutions development and evolvement.

*Key words:* subjects of law, natural persons, juridical persons, passive capacity, active capacity.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

# КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

## ФУНКЦІЇ ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА УКРАЇНИ

*В. Кобрин*

*Львівський національний університет імені Івана Франка  
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна  
e-mail: volodymyrkobryn@meta.ua*

Досліджено функції Прем'єр-міністра України як важливу складову його конституційно-правового статусу. В ній розглянено поняття та види функцій, європейський досвід та вітчизняну модель їх реалізації.

*Ключові слова:* уряд, прем'єр-міністр, функція.

Останнім часом все більшої ваги та значення у суспільстві та в державі набуває інститут Прем'єр-міністра України. Його роль та значення за останні роки суттєво зросли, а конституційно-правовий статус набув інших форм та значень. Особливо це відчутно стало після внесення змін до Конституції України [8] та набуття ними чинності.

Аналіз публікацій української та зарубіжної літературі свідчить про її недостатню вивченість. Більшість науковців як з конституційного, так і з адміністративного права акцентують свою увагу головню на органах виконавчої влади взагалі, та уряді зокрема, оминаючи питання функціонування та правового статусу глави уряду – Прем'єр-міністра. З українських вчених побічно ці питання висвітлено в працях В.М. Шаповала, І.І. Дахової, В.Б. Авер'янова, Ю.П. Битяка тощо. На сучасному етапі цими питаннями окрім правників досить інтенсивно займаються політологи та фахівці з державного управління.

Важливою і малодослідженою проблемою у контексті правового статусу глави уряду України – Прем'єр-міністра України є його функціональне призначення. Щоби висвітлити поставлену проблему, потрібно детально дослідити і вивчити, які ж функції притаманні Прем'єр-міністру України і як глава уряду може їх реалізувати.

Для початку з'ясуємо що таке функція? Так наприклад, тлумачний словник української мови так визначає це поняття по-перше, функція – це явище, яке залежить від іншого явища, є формою його виявлення і змінюється відповідно до його змін; по-друге, функція – це робота кого-, чого-небудь, обов'язок, коло діяльності когось, чогось [1, с. 1552].

Філософський словник зазначає, що функція (від лат. *functio* – виконання, звершення) – спосіб діяння речі або елемента системи, спрямований на досягнення певного ефекту. Функція є однією з істотних характеристик певних об'єктів, а метод функціонального дослідження поряд із структурним, казуальним та ін. відіграє важливу роль у науковому пізнанні [13, с. 748].

Теоретики права дещо по-іншому, на відмінну від філологів та філософів, трактують функції. За ними функції – це основні напрями діяльності (впливу), які розкривають соціальну сутність і призначення того чи іншого явища [12, с. 40].

Інтегруючи зазначені вище дефініції, можемо запропонувати таке визначення функцій глави уряду. Функції Прем'єр-міністра України – це основні напрями, коло діяльності, а також зовнішній прояв властивостей глави уряду, які

розкривають його сутність і призначення та спрямовані на досягнення завдань, які перед ним ставляться Конституцією та законами України.

Визначивши поняття функцій Прем'єр-міністра України, спробуємо безпосередньо проаналізувати кожну з них. Відразу ж зазначимо, що правову основу для висвітлення даного питання складають Конституція України [8], Закон України “Про Кабінет Міністрів України” [2] та Регламент Кабінету Міністрів України [11].

Першою і основною функцією глави уряду є організаційна. Чому? Власне відповідь на це запитання знаходимо у Конституції України та Законі України “Про Кабінет Міністрів України”. Згідно з положеннями Основного Закону (ч. 5 ст. 114) Прем'єр-міністр України керує роботою Кабінету Міністрів України, спрямовує її на виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України, схваленої Верховною Радою України. Відразу ж треба наголосити, що це єдине по-суті повноваження Прем'єр-міністра України, закріплене в основному законі, решту повноважень описує Закон та Регламент Кабінету Міністрів України. Вже через такий факт, ми можемо говорити про пріоритетність та важливість цієї функції.

Конституція передбачає вирішальну роль Прем'єр-міністра України у визначенні основних напрямів і порядку організації діяльності уряду, які повинні відповідати Конституції, законам України, указам Президента України [4, с. 256].

Крім того, Закон та Регламент доповнюють положення Конституції і говорять про те, що Прем'єр-міністр спрямовує роботу не лише на виконання Програми діяльності уряду, але й на забезпечення проведення внутрішньої та зовнішньої політики держави (п. 1 ч. 1 ст. 44 Закону; п. 1 ч. 2 параграфа 8 Регламенту).

Організаційна функція включає в себе, окрім керівництва, також координацію і спрямування. Про керівництво зазначає Основний Закон держави. Про координацію, тобто спільність дій усіх ланок системи, в даному випадку усіх структурних елементів уряду говорить п. 2 ч. 1. ст. 44 Закону України “Про Кабінет Міністрів України” де зазначається, що Прем'єр-міністр України координує діяльність членів Кабінету Міністрів України. Крім того, Регламент Кабінету Міністрів України говорить про координацію не лише членів Кабінету, але й інших центральних органів виконавчої влади, Ради Міністрів АРК та місцевих держадміністрацій.

Власне згідно з тлумачним словником координація (лат. со (cum) – спільно і ordination – упорядкованість) – погодження, зведення до відповідності, установалення взаємозв'язку тощо. Звідси випливає, що координація як складова частина організаційної функції полягає в тому, що Прем'єр-міністр України як глава уряду повинен погоджувати всі спірні питання з міністрами свого Кабінету, керівниками центральних та місцевих органів виконавчої влади, згаджувати всі “гострі кути” та виробляти спільну, єдину політику уряду.

Зазначена функція відображена також і деякими іншими повноваженнями Прем'єр-міністра України. Так, відповідно до Закону та Регламенту КМУ, глава уряду формує порядок денний та скликає засідання Кабінету Міністрів України, головує на них.

З'ясуємо, як дана функція глави уряду відображена в конституціях країн Європейського Союзу. Так, Конституція ФРН встановлює, що Федеральний Канцлер визначає основні напрями державної політики й несе відповідальність за їх дотримання. У межах даних основних напрямів кожний федеральний міністр самостійно та під свою відповідальність веде справи конкретної сфери. Також

визначається й адміністративна складова статусу глави уряду – Федеральний Канцлер спрямовує урядову діяльність відповідно до регламенту, прийнятого Федеральним Урядом і схваленого Федеральним Президентом [9]. В Італії Голова Ради Міністрів керує загальною політикою уряду й несе за неї відповідальність. Він “підтримує єдність політичного й адміністративного напрямків, заохочуючи й координуючи діяльність міністрів” [6]. У Конституції Греції зазначається, що глава уряду здійснює керівництво й координацію загальної політики уряду й несе за неї відповідальність [5].

Іншим не менш важливим напрямом діяльності Прем'єр-міністра України є його безпосередня участь у формуванні інших органів та інститутів влади. Йдеться про установчу (номінаційну, кадрову) функцію глави уряду. Хоча тут відразу потрібно зробити застереження і сказати, що дана функція у випадку з Прем'єр-міністром України реалізовується не повною мірою, себто частково. Установчу функцію Прем'єр-міністра України реалізує разом з парламентом України – Верховною Радою України, главою держави – Президентом України та урядом – Кабінетом Міністрів України.

Так, у випадку з Верховною Радою України, Прем'єр-міністр України вносить на розгляд парламенту подання про призначення членів Кабінету Міністрів України (крім Міністра закордонних справ України та Міністра оборони України), а також Голови Антимонопольного комітету України, Голови Державного комітету телебачення та радіомовлення України, Голови Фонду державного майна України.

У випадку з Кабінетом Міністрів України, Прем'єр-міністр України вносить на розгляд урядові: пропозиції щодо кандидатур для призначення на посаду і звільнення з посади голів місцевих державних адміністрацій та щодо внесення Президентові України подань про призначення на посаду або звільнення з посади голів місцевих державних адміністрацій; подання щодо кандидатур для призначення на посаду і звільнення з посади керівників центральних органів виконавчої влади, що не входять до складу Кабінету Міністрів України; подання відповідно до закону щодо кандидатур для призначення на посаду і звільнення з посади членів колегіальних центральних органів виконавчої влади, що не входять до складу Кабінету Міністрів України; подання про утворення, реорганізацію та ліквідацію міністерств, інших центральних органів виконавчої влади; пропозиції щодо утворення урядових комітетів та їх посадового складу.

Стосовно Глави держави – Президента України – внесення Президентові України подань про призначення на посаду або звільнення з посади голів місцевих державних адміністрацій.

Зазначена взаємодія з Верховною Радою України доводить, що участь Прем'єр-міністра України у формуванні складу уряду є опосередкованою, більше того, достатньо формальною. Однак за певних політичних розкладів, які дають главі уряду міцну проурядову більшість в парламенті, власне Прем'єр-міністр України визначатиме хто яке міністерство займатиме в його Кабінеті.

Той факт, що глава уряду у своїх діях спирається на правлячу партію або коаліцію, зовсім не означає послаблення його позицій у державному механізмі. Навпаки, враховуючи те, що він як звичайно є лідером такої партії, це дозволяє йому не тільки домінувати в уряді, а й контролювати депутатську більшість в парламенті. Як результат, глава уряду набуває реальних можливостей спрямовувати роботу самого представницького органу [14, с. 35].

Ще однією функцією, яка притаманна Прем'єр-міністрові України, є представницька. Згідно з Законом Прем'єр-міністр представляє Кабінет Міністрів у

відносинах з іншими органами, підприємствами, установами та організаціями в Україні та за її межами. Більше того, у деяких європейських країнах особливо з парламентською формою правління, Прем'єр-міністр хоч і не є де-юре главою держави, однак де-факто виконує таку роль. Потрібно зазначити, що Україна поступово наближається до цієї моделі влади.

Ще одним напрямом діяльності глави уряду є його діяльність на міжнародній та міждержавній арені. Йдеться про зовнішньополітичну функцію Прем'єр-міністра України, яка відображена у тому, що: він вступає у відносини з урядами іноземних держав; веде переговори і підписує міжнародні договори відповідно до закону та актів Президента України; вносить на розгляд Кабінету Міністрів України пропозиції щодо затвердження голів спільних міжурядових комісій з питань співробітництва, що утворюються на підставі міжнародних договорів, укладених від імені Кабінету Міністрів України.

Врешті, ми можемо говорити про правотворчу функцію Прем'єр-міністра України. Хоча як у випадку з установчою функцією даний напрям діяльності є неповним. Йдеться не про правотворення, а лише про участь у такому правотворенні.

Так Прем'єр-міністр України підписує акти Кабінету Міністрів, де бере важливу участь у правотворенні вищого органу в системі органів виконавчої влади. Також скріплює підписом акти Президента України у випадках передбачених пунктами 5, 18, 21 і 23 ч. 1 ст. 106 Конституції України беручи участь у правотворенні, які здійснює глава держави.

Дане скріплення підписом Прем'єр-міністра України відбувається у випадках, коли глава держави видає указ:

- про призначення та звільнення глав дипломатичних представництв України, прийняття вірчих та відкличних грамот дипломатичних представників іноземних держав;
- за результатами засідання Ради національної безпеки і оборони України;
- про утворення судів;
- про введення в Україні або в окремих її місцевостях надзвичайного стану.

Зазначений механізм у теорії конституційного права називають інститутом контрасигнування. Контрасигнація (скріплення підписом акта глави держави Прем'єр-міністром та міністром, відповідальним за його виконання) є досить поширеним інститутом у світовій практиці. Згідно з нормами конституційного права, контрасигнація означає, що юридично за виконання певного акта глави держави відповідає представник виконавчої гілки влади, який скріпив цей акт власним підписом. На думку конституціоналістів, скріплення підписами не що інше, як фактична відповідь того ж Прем'єра і міністра Президентові: "Я приймаю до виконання!". Тобто Президент, умовно кажучи, видав указ, а урядовці своїми автографами засвідчили, що беруть на себе відповідальність за його виконання [3, с. 117–118].

Контрасигнація не може вважатися процедурою схвалення Кабінетом Міністрів України рішень Президента України. Вона засвідчує факт ознайомлення з указом та покладає зобов'язання на Прем'єр-міністра України та уряд виконувати даний нормативно-правовий акт [10].

У Конституціях більшості країн майже нічого не говорять про якесь особливе місце прем'єр-міністра в структурі уряду і серед державних інститутів в цілому. Нерідко все обмежується загальними положеннями про те, що прем'єр-міністр очолює уряд і керує ним. Проте саме прем'єр-міністр є своєрідним стрижнем уряду [15, с. 187–188].

Найдетальніше статус глави уряду, а відповідно і його функції визначено в Конституції Польщі. Це практично єдина держава Європейського Союзу, в Конституції якої є спеціальна стаття, присвячена виключно правам та обов'язкам глави уряду. Згідно з її положеннями Голова Ради Міністрів Польщі:

- представляє Раду Міністрів;
- керує роботою Ради Міністрів;
- видає розпорядження;
- забезпечує здійснення політики Ради Міністрів і визначає способи її здійснення;
- координує й контролює роботу членів Ради Міністрів;
- здійснює нагляд за територіальним самоврядуванням у межах і формах, визначених у Конституції Польщі й законах;
- є начальником по службі для працівників урядової адміністрації [7].

Підсумовуючи, можемо сказати, що роль, місце і функціональне призначення прем'єр-міністра України з кожним днем зростає. глава уряду, з огляду на конституційне законодавство, виконує низку функцій, а саме: організаційну; установчу (номінаційну, кадрову); представницьку; зовнішньополітичну, правотворчу.

В умовах парламентсько-президентської республіки посада Прем'єр-міністра України набуває ключового значення при практичному здійсненні державної політики, застосуванні законів України та актів Президента України. У зв'язку з цим державний діяч, який очолює Кабінет Міністрів України, повинен наділитися Конституцією України усією повнотою персональної відповідальності за результати свого урядування [10].

Усе це наочно свідчить про звуження засад колегіальності на урядовому рівні. Подібне явище, що має характер об'єктивної тенденції суспільно-політичного і державно-правового розвитку багатьох країн, адекватно відображене в науці. Як зазначалося, концепція “правління прем'єр-міністра” в політичній конституційній теорії значно потіснила концепцію “правління кабінету”, яка, своєю чергою, посіла місце класичної теорії парламентського правління [14, с. 35].

Наша стаття – це невелика спроба загострити увагу на актуальних питаннях правового статусу Глави Уряду України – Прем'єр-міністра України, а саме аналізі його функцій, які розкривають його сутність і призначення та спрямовані на досягнення завдань, які перед ним ставляться Конституцією та законами України.

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / Уклад. і голов. ред. В.Т.Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ “Перун”, 2007. – 1736 с.: іл.
2. Закон України “Про Кабінет Міністрів України” від 16 травня 2008 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 25. – Ст. 241.
3. Кобрин В. Взаємовідносини Прем'єр-міністра України з Президентом України: конституційно-правовий аспект // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XV регіональної науково-практичної конференції. 4–5 лютого 2009 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2009. – С. 117 – 118.
4. Коментар до Конституції України. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України. – 1996. – 380 с.
5. Конституція Греції // [http://www.rada.gov.ua/LIBRARY/catalog/law/grez\\_constitut.html](http://www.rada.gov.ua/LIBRARY/catalog/law/grez_constitut.html)
6. Конституція Італії // [http://www.rada.gov.ua/LIBRARY/catalog/law/ital\\_constitut.html](http://www.rada.gov.ua/LIBRARY/catalog/law/ital_constitut.html)
7. Конституція Польщі [http://www.rada.gov.ua/LIBRARY/catalog/law/pol\\_constitut.html](http://www.rada.gov.ua/LIBRARY/catalog/law/pol_constitut.html)

8. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
9. Конституція ФРН // [http://www.rada.gov.ua/LIBRARY/catalog/law/deu\\_constitut.html](http://www.rada.gov.ua/LIBRARY/catalog/law/deu_constitut.html)
10. *Лагутов Ю.Е.* Конституційний статус і відповідальність глави уряду: європейський досвід і вітчизняна практика // <http://politua.info/>
11. Постанова Кабінету Міністрів України “Про затвердження Регламенту Кабінету Міністрів України” від 18 липня 2007 р. // Офіційний вісник України. – 2007. – № 54, Ст. 21.
12. *Рабінович П.М.* Основи загальної теорії права та держави: Навч. посібник. Вид. 6-е. – Х: Консум, 2002. – 160 с.
13. Філософський словник / За ред. *В.І. Шинкарука*. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Голов. ред. УРЕ, 1986. – 800 с.
14. *Шаповал В.М.* Вищі органи сучасної держави. – К.: “Програма Л”, 1995. – 65 с.
15. *Шаповал В.М.* Конституційне право зарубіжних країн: Підручник / 4-е стереотипне видання. – К.: АртЕк, 2001. – 264 с.

## FUNCTIONS OF PRIME MINISTER OF UKRAINE

*V. Kobryn*

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

The article is devoted to the functions of Prime Minister analysis as important element of his/her constitutional legal status. Notion and types of his/her functions, European experience on this issue and native model of their realization are presented.

*Key words:* government, prime minister, function.

Стаття надійшла до редколегії 13.02.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## КОНСТИТУЦІЙНИЙ СТАТУС ЗАКОНОДАВЧИХ ОРГАНІВ ВЛАДИ В АРАБСЬКИХ ДЕРЖАВАХ

*Г. Левицька*

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

Аналізуючи статус законодавчих органів арабських держав, важливо розмежувати їхню роль та вплив на інші органи влади у монархіях та республіках. Передусім це стосується абсолютних монархій, де донедавна влада монарха була необмеженою і лише після війни у Персидській затоці ситуація дещо змінилася. І до сьогодні роль законодавчих органів неоднозначна у державах арабського світу. У статті зроблено спробу розглянути деякі проблеми конституційного статусу законодавчих органів арабських держав та аналізу статусу суб'єктів законодавчої влади у цих державах.

*Ключові слова:* арабські держави, законодавчі органи, депутати, законодавча ініціатива, суб'єкти права законодавчої ініціативи.

Роль законодавчих органів влади в арабських державах менш значна, ніж роль президента і уряду. Це пояснюють тим, що у цих державах історично склалася сильна президентська влада, немає навиків парламентаризму; значними є консультативні органи при президенті, які часто виступають противагою парламентам. Немає у цих країнах і розвинутої партійної системи, а також опозиції. Конституції арабських країн ставлять законодавчі органи на друге місце після президента і виконавчих органів. “Законодавчі органи в арабських республіках доволі умовно можна назвати “парламентами”, оскільки ні системи парламентаризму, ні демократичної основи формування і функціонування парламенту в традиційному значенні цього слова фактично немає” [1, с. 141].

У деяких арабських державах є приклади організації органів влади на конфесійній основі. В таких країнах, як Сирія та Ірак, до 50-х років ХХ ст. в палату депутатів обирали певна кількість представників від різних релігійних громад. Так, наприклад, в Іраці за християнами резервувалось 6 місць, у Сирії в палату депутатів обиралось 86 мусульман, 15 християн, 1 іудей і 6 представників бедуїнських племен.

Класичним прикладом збереження принципів конфесіоналізму в організації парламенту є Ліван. У цій державі співвідношення християн і мусульман повинно складати 6:5. Це співвідношення залишається незмінним, хоча чисельність депутатів може змінюватись. У Лівані діє мажоритарна виборча система. Особливістю її є те, що в кожному виборчому окрузі повинно бути обрано не лише певну кількість депутатів, але віросповідання обраних депутатів повинно співпадати з віросповіданням більшості жителів округу. Така система формування палати депутатів діяла в Лівані від часу здобуття незалежності і до кінця 80-х р. ХХ ст., коли ситуація почала змінюватись. У 1990 р. були прийняті поправки до Конституції Лівану, і з 1992 р. парламент уперше був сформований з рівної кількості християн і мусульман.

Значний вплив на функціонування законодавчих органів в арабських державах має право президента достроково розпустити парламент. Це право широко використовується [2, ст. 107]. Лише в Єгипті Народні збори можуть бути достроково розпущені після референдуму. Здебільшого законодавчі органи формуються на основі загального, рівного і прямого виборчого права при таємному

голосуванні, що вказує на демократичний характер виборів. Але з цього правила є винятки. У деяких країнах частину депутатів парламенту призначає президент, до 10 депутатів в Єгипті [3, ст. 87]. При цьому з усіх депутатів (350 обраних і не більше 10 призначених президентом) не менше 50 % складу парламенту повинні бути робітниками і селянами, отже порушується принцип рівності. Хоч при виборах президента цей принцип дотримано, оскільки кожний виборець має один голос і всі беруть участь у виборах на рівній основі. У цій країні застосовується змішана виборча система, яка має певні особливості. Кандидатів висувують партії і окремі громадяни, у виборчому бюлетені вони діляться на два списки: партійний список, єдиний по країні й індивідуальний список (кандидати, які балотуються в окремих, частіше двомандатних округах). У кожному списку половина кандидатів повинна бути робітниками і селянами. Виборці мають чотири голоси: по два у єдиному списку (за робітників і селян та інших) і два голоси – в індивідуальному списку (за робітників і селян та інших). Обраними вважаються ті кандидати, які набрали 10 % голосів зареєстрованих виборців; якщо по округу зареєстровано тільки двох кандидатів, то обраними вважаються ті, які набрали 20 % голосів.

В Алжирі з 1997 р. діє новий виборчий закон, за яким пропорційна виборча система замінила мажоритарну виборчу систему. На виборах перемагає партія, яка пройшла 5 % виборчий бар'єр.

У Судані депутати Національних зборів обираються прямим загальним голосуванням. При цьому 75 % парламенту (Національних зборів) формується на основі загального прямого голосування по виборчих округах, а 25 % обираються непрямим голосуванням для представлення в парламенті жінок, інтелігенції, професійних груп. Ці групи депутатів представляють в парламенті окремі штати, округи і провінції згідно з законом.

Парламенти обирають на строк від 4 до 6 років, причому ці строки менші, ніж ті, на які обирається президент та формується уряд. Основи формування законодавчих органів визначають конституції, деталізують їх спеціальні закони (чисельність, заробітну плату, вимоги до депутатів, умови проведення дострокових виборів тощо).

Конституції встановлюють можливість перенесення місця проведення засідань парламенту у випадку воєнних дій чи іншими надзвичайними обставинами, а також відстрочку проведення виборів до часу, коли такі обставини будуть ліквідовані.

Депутати володіють ідемптітетом та імунітетом.

Ідемптітет означає заборону переслідувань, арешту чи засудження депутата за висловлені ним думки, пропозиції, голосування чи інші дії, виконані під час виконання повноважень депутата парламенту.

Імунітет означає, що депутат не може бути арештований чи засуджений за злочини чи інші правопорушення доти, поки Національна асамблея не зніме з нього парламентську недоторканість, крім випадків затримання на місці. Хоч і в цьому випадку Національна асамблея може вимагати його негайного звільнення.

У конституціях декларується, що депутат є "представником всієї нації" [4, ст. 25], всього народу, а отже, не може бути пов'язаний з будь-якими обмеженнями чи умовами. Тобто, за юридичною природою це вільний мандат, не пов'язаний з наказами виборців чи будь-якими груповими інтересами.

У конституціях є перелік вимог, яким повинен відповідати депутат. Перш за все, він повинен бути громадянином цієї країни. Депутат нижньої палати, як і депутат в однопалатному парламенті, повинен досягти, як правило, 25 років; для сенаторів двопалатних парламентів встановлено віковий ценз в 35 років.

У Сирії активне виборче право мають громадяни, які досягли 18 років і зареєстровані в реєстрі цивільних станів. Позбавлені виборчого права військовослужбовці і службовці поліції на період проходження служби, проте вони можуть висуватися кандидатами в депутати Народної ради. Пасивне виборче право надане всім, хто є громадянами Сирії не менше 5 років, досягли 25 років і які вміють добре читати і писати. Пасивне виборче право мають також військовослужбовці і працівники державного апарату. У Сирії результати голосування визначаються за мажоритарною системою відносної більшості, частина місць обов'язково виділяється для робітників і службовців.

Конституція Ємену містить вимогу до кандидати бути грамотним і володіти "високими моральними якостями" [5, ст. 42]. Конституція Судану має ще оригінальнішу вимогу: депутат повинен бути при здоровому глузді і не бути засудженим за "злочини морального характеру чи безчинства в передуючі виборам сім років" [6, ст. 68].

Після виборів Національна асамблея сама вирішує питання про правомочність депутатських мандатів. Депутатський мандат вважається втраченим за рішенням двох третин голосів всього депутатського корпусу.

Повноваження депутата можуть бути достроково припинені. У випадку вакансії вибори проводять не пізніше 60 днів з моменту оголошення вакансії. Повноваження депутата продовжуються до закінчення терміну повноважень його попередника. Підставами дострокового припинення повноважень депутата можуть бути його відставка, втрата довіри і поваги з боку виборців, порушення положень депутатського мандата, невиконання депутатських повноважень. Рішення про позбавлення депутатського мандата приймається більшістю в дві третини голосів депутатів Національної асамблеї.

Національна асамблея може прийняти рішення про дострокове припинення депутатських повноважень. Такі підстави передбачені в конституціях, це може бути: тривале фізичне або розумове захворювання депутата; аморальна поведінка, відсутність на засіданнях сесії Національної асамблеї без відповідного дозволу чи без поважної причини; письмова заява від депутата про добровільну відставку, оголошена на засіданні Національної асамблеї; смерть депутата.

На першу сесію Національна асамблея збирається на 15-й день від дня оголошення результатів голосування спеціальним декретом президента; якщо такого декрета не надійшло, депутати збираються на першу сесію на 16-й день після оголошення результатів голосування за власним правом.

Кількість сесій протягом року коливається: від однієї (Єгипет, Туніс), до двох (Ірак, Мавританія) і трьох (Сирія).

Конституції визначають початок, тривалість і закінчення чергових сесій. Сесія може бути продовжена, важливі питання можуть бути додатково включені в порядок денний за рішенням більшості депутатів, присутніх на сесії. Закривають сесію у зв'язку з закінченням обговорення питання і прийняття рішень з питань порядку денного.

Національна асамблея може скликати позачергові і надзвичайні сесії. Позачергова сесія скликатися на вимогу голови парламенту, однієї третини чи більшості депутатського корпусу або на вимогу президента республіки. На засіданні позачергової сесії розглядаються лише ті питання, для розгляду яких вона була скликана.

На першому засіданні депутати більшістю голосів обирають голову, не менше двох його заступників і секретарів сесії.

На весь період роботи (термін повноваження) парламент приймає регламент, який регулює основні питання його внутрішньої організації і діяльності. Депутати особисто беруть участь в голосуванні. В окремих випадках спеціальний закон може дозволити делегування голосу від одного депутата до іншого, але не більше одного голосу.

Депутати мають право законодавчої ініціативи. У деяких державах це право належить будь-якому членові парламенту (Єгипет), в інших – визначеній конституцією кількості (10 депутатів – в Сирії, 20 депутатів – в Алжирі). Депутати приймають закони з важливих питань державного і суспільного життя (звичайні, органічні і конституційні).

Повноваження законодавчого органу відрізняються в арабських державах, але так чи інакше депутати мають право брати участь у дебатах з питань політики уряду. Депутати беруть участь в обговоренні і прийнятті державного бюджету, планів економічного і соціального розвитку, схвалення міжнародних договорів.

Важливим напрямом діяльності парламентів є їх контроль за діяльністю уряду, який, проте, ослаблюється суміщенням посад депутата та члена уряду і схваленням кандидатури прем'єр-міністра. Законодавчий орган має право висловити недовіру урядові чи окремим міністрам, право запиту уряду чи окремим його членам, право на періодичні зустрічі з членами уряду.

Іноді конституції містять положення, що стосуються загальних правил законодавчої процедури (детальніше ці питання врегульовані регламентами національних асамблей). Це, наприклад, положення про те, що Національна асамблея повинна намагатися приймати свої рішення шляхом консенсусу; якщо консенсус неможливий, то рішення приймається більшістю присутніх, якщо інше не встановлено конституцією. Конституція Судану встановлює у цьому випадку кворум в одну третину голосів депутатського корпусу, крім випадків, коли законопроект розглядається в останньому читанні або коли розглядається більш важливе питання [6, ст. 79].

Після прийняття проекту закону Національною асамблеєю він передається на підпис главі держави, який або підписує закон і вводить його в дію, або повертає законопроект в Національну асамблею зі своїми поправками. Національна асамблея може погодитися з поправками президента і знову надати закон йому на підпис, або може не погодитися і долати вето президента більшістю в дві третини голосів всього складу парламенту. Закон може бути введений в дію і в тому випадку, коли протягом місяця президент не підписав його, але й не повернув законодавчому органу.

Національна асамблея розглядає також декрети президента, які видаються в період надзвичайного стану, або коли асамблея не є на сесії і декрети, які мають силу закону. Конституції встановлюють, що якщо такий декрет буде підтверджений Національною асамблеєю, він стає постійним законом, якщо ж ні – то декрет перестає діяти без будь-яких наслідків. У будь-якому випадку президент не має права видавати тимчасовий декрет, якщо він змінює загальний об'єм основних прав і свобод громадян, відносини центральних і регіональних влад, порядок проведення загальних виборів, кримінальні й фінансові закони.

Національна асамблея може делегувати президентові повноваження зі схвалення міжнародних договорів. У цьому випадку президент приймає тимчасовий декрет, який має силу закону і який повинен бути обов'язково розглянутий Національною асамблеєю пізніше і схвалений нею.

Національна асамблея має право делегувати свої повноваження з видання правил, інструкцій, наказів та інших актів допоміжного характеру, які мають силу закону, президенту або раді міністрів або будь-якому іншому державному органу. Згодом ці акти повинні бути затверджені спеціальною резолюцією Національної асамблеї.

Деякі конституції закріплюють норму, згідно з якою жоден суд чи інший авторитетний орган не можуть втручатися в діяльність Національної асамблеї [6, ст. 96]. Це підкреслює авторитет і вищу юридичну силу актів, які приймає парламент країни.

Суб'єктами законодавчої влади в арабських абсолютних монархіях є монарх як єдине джерело всієї законодавчої влади або монарх разом з Національною асамблеєю. До першої групи відносяться: Саудівська Аравія і Оман. До другої – Катар, ОАЕ, Кувейт, Бахрейн, Марокко, Йорданія.

У султанаті Оман встановлений принцип верховенства конституції, тобто, всі чинні закони та інші нормативні акти повинні відповідати нормам конституції. Міжнародні договори ратифікує султан, лише тоді вони набувають законної сили. Прийняті закони повинні бути опубліковані в “Офіційній газеті” протягом двох тижнів з дня їх опублікування. Вони вступають в силу з дня їх публікації, якщо самим законом не передбачено інше. У 1996 р. в Омані було утворено Раду Оману, яка складається з Державної ради і Консультативної ради. Членів Державної ради призначає султан, їх кількість не повинна перевищувати половини членів Консультативної ради і складає 41 особу. Формується склад Державної ради з колишніх міністрів, заступників міністрів, послів, вищих офіцерів, старших суддів, представників творчої інтелігенції, викладачів вузів, бізнесменів тощо, тобто найбільш досвідчених спеціалістів у відставці [1, с. 82]. До складу Державної ради входить чотири жінки. Державна рада має регламент, згідно з яким проводяться чотири сесії в рік, створюються постійні комітети з правових, соціальних і економічних питань. До завдань Державної ради віднесено підготовку рекомендацій султану і уряду (разом з Консультативною радою).

Консультативну раду обирає населення, виборче право належить як мужчинам, так і жінкам. Це стосується як активного, так і пасивного виборчого права.

Перші в історії вибори відбулись в Омані в 1997 р., депутатами Консультативної ради стали 82 особи, з них двоє жінок [1, с. 83].

Згідно Положення про Державну і Консультативну ради Консультативна рада надає допомогу уряду з усіх важливих питань оманського суспільства і висловлює те, що вважає необхідним для зміцнення його ладу і корінних цінностей. Завданням Державної ради є розробка рекомендацій султану і уряду при тісній взаємодії з Консультативною радою. Консультативна рада скеровує поправки, зауваження і пропозиції до проектів законів в Державну раду, яка, разом із своїми висновками скеровує їх султану і уряду. Отже, Консультативна рада має, в основному, консультативний характер, проте її участь у підготовці законів є досить вагомою.

У Саудівській Аравії після війни в Перській затоці проведені політичні реформи, пов'язані з демократизацією процесу управління країною. Вперше були прийняті юридичні документи, які закріпили загальні принципи державного устрою і управління країною: “Основи системи влади”, “Положення про Консультативну раду”, “Система територіального устрою” від 29 лютого 1992 р. У 1993 р. була заснована Рада шури, яка виконує роль законодорадчого органу при королі. Рада шури складається з голови і 60 членів, які обираються королем з числа вчених та відомих своїми знаннями і досвідом людей. Раду шури король призначає на чотирирічний термін. Нова Рада шури формується не пізніше, ніж за два місяці

до закінчення строку повноважень попередньої Ради; при формуванні нової Ради до її складу повинно увійти не менше половини нових членів. Засідання Ради шури є повноважними за наявності двох третин усього складу її членів, рішення вважаються прийнятими, якщо вони схвалені більшістю членів шури. Рішення Ради шури скеровуються голові Ради міністрів і, якщо їхні думки співпадають, рішення приймається зі згоди короля. Якщо ж рішення не співпадають, король вирішує, який варіант прийняти.

Король або за його дорученням інша особа щорічно звертається до Ради шури зі спеціальним посланням з питань внутрішньої і зовнішньої політики держави.

Члени Ради шури мають право законодавчої ініціативи.

Діє Рада шури за внутрішніми правилами (регламентом), які затверджуються декретом короля. Рада шури не є законодавчим органом влади, хоч вона має вагомий вплив на підготовку і видання законів королем.

Королівство Бахрейн проголосило незалежність 14 серпня 1971 р. і з того часу пішло по шляху розвитку (побудови) конституційної монархії із значними обмеженнями повноважень виконавчої влади на користь парламенту. Перші вибори до Установчих зборів відбулися у грудні 1972 р., перша конституція вступила в силу в травні 1973 р. Законодавча влада в цій країні належить еміру і Національним зборам, виконавча – раді міністрів. Парламент Бахрейну був заснований в грудні 1973 р. Більша частина депутатів була обрана народом (30 депутатів), менша – призначена монархом (14 депутатів). Проте внаслідок побоювань правлячої верхівки щодо руйнування традиційної соціально-політичної структури суспільства, Національні збори були розпущені декретом еміра в 1975 р. Менше двох років проіснувала парламентська демократія, після розпуску Національних зборів був встановлений диктаторський режим правлячої сім'ї Аль Халіфа.

Проте ці два роки не минули даремно, в країні поступово міцніли прогресивні методи правління. Після війни у Перській затоці появилася надія про відновлення роботи Національних зборів та конституції. Натомість емір заснував Консультативну раду (1992 р.), проте рекомендації її не носять обов'язкового характеру, а всі члени призначаються еміром. Тобто, цей орган не має владних повноважень і не має конституційної основи.

В інших державах, як, наприклад, в Катарі та ОАЕ, теж не передбачено будь-яких виборних представницьких органів. Проте в Катарі діє консультативна рада, а в ОАЕ – Федеральні національні збори. Ці органи теж не є органами законодавчої влади, призначаються емірами, мають тільки консультативні функції, їхні рішення не є обов'язковими для виконання главою держави чи урядом. За конституцією Катару емір сам керує розробкою законопроекту, і сам приймає його. У випадку надзвичайного стану емір видає укази, які мають силу закону.

У більшості монархій Близького Сходу діють консультативні ради, які можуть обговорювати доволі широке коло питань, проте їм не дозволено самостійне втручання у державні справи, і практично обмежене право законодавчої ініціативи. Ці органи підпорядковані монарху і уряду.

Проте в деяких монархіях консультативні ради мають деякі контрольні повноваження. В ОАЕ Федеральні національні збори здійснюють фінансовий контроль за діяльністю адміністрації уряду щодо бюджету, податків і фінансового законодавства в цілому.

У дуалістичних і парламентських монархіях монарх ділить владу з вищим представницьким органом. Найбільш модернізованою монархією є Марокко, де король символізує національну незалежність і єдність марокканської нації. Після

прийняття в 1972 р. конституції і внесення до неї змін, схвалених референдумом (1992 р.) посилює контроль парламенту за діяльністю уряду. Конституційна рада є відносно незалежною, до її завдань відноситься контроль за відповідністю законів конституції і контроль за правильністю вибору членів парламенту і проведення референдумів. Уперше було закріплено положення про прихильність загально визнаним нормам прав людини. За конституцією суверенітет належить народові, який здійснює його через референдум або через систему конституційних установ.

Конституція Марокко заснувала однопалатний парламент, який в 1996 р. був реорганізований у двопалатний: нижню палату – Палату представників (325 осіб) і верхню палату – Палату радників.

Достатньо широкими є королівські прерогативи стосовно Палати представників: він може звертатися до Палати і народу з посланнями, король підписує і ратифікує міжнародні договори. Винятком є фінансові договори, які король підписує тільки після попереднього схвалення Палатою представників.

Король може своїм декретом увести в країні надзвичайний стан, який, проте, не передбачає розпуску палати представників. Депутати Палати представників мають парламентський імунітет, за яким депутати не можуть бути арештовані, затримані чи переслідувані за висловлювання чи голосування, крім випадків, коли вони ставлять під сумнів існування монархічної системи, мусульманської релігії чи висловлюють недостатню повагу королю.

Абсолютна більшість членів Палати може вимагати скликання надзвичайної сесії (чергові сесії скликаються два рази в рік). Палата представників може сформувати комісію з розслідування негативних явищ державного життя.

Прийняті закони король промульгує протягом 30 днів з дня їх схвалення. Король може вимагати проведення нового обговорення будь-якого законопроекту шляхом видання спеціального послання короля. У цій вимозі королю не може бути відмовлено. Після консультацій з головою Конституційної ради король може своїм декретом розпустити Палату представників, і тоді нові вибори повинні відбутися не пізніше трьох місяців від дня її дострокового розпуску. Після цього нова палата не може бути достроково розпущена протягом року з моменту її обрання (Палата представників обирається на 5 років – за конституцією). Король може оголосити стан війни, але тільки після того, як проінформує про це палату представників.

Отже, повноваження короля в законодавчій сфері досить значні, вони визначаються тим, яка форма монархії встановлена в країні – абсолютна, дуалістична чи парламентська. У будь-якому випадку король займає центральне місце в законодавчому процесі, фактично він здійснює законодавчу владу чи активно на неї впливає.

Законодавчі органи арабських країн займають приблизно таке ж місце в системі влади, як і в інших країнах, вони не є визначальними у виробленні основних напрямів державної політики.

1. Сапронова М.А. Арабский Восток: власть и конституции. М.: РОССПЭН, 2001.–216 с.
2. Конституція Сирії // Сапронова М. А. Государственный строй и конституции арабських республік. – М.: Муравей, 2003.
3. Конституція Арабської Республіки Єгипет // Там само.
4. Конституція Туніської Республіки // Там само.
5. Конституція Єменської Республіки // Там само.
6. Конституція Судану // Там само.

**CONSTITUTIONAL STATUS OF THE LEGISLATIVE BODIES  
IN THE ARAB STATES**

*H. Levytska*

While analysing the status of the Arab states legislative bodies an emphasis should be made on their role and influence on other public bodies, in monarchies and republics in particular. Special attention is to be paid to absolute monarchies where the power of a monarch has been unlimited and the role of legislative bodies in the Arab states is ambiguous. In the article an attempt is made to elucidate some issues of legislative bodies constitutional status and status of legislative power subjects in the Arab states.

*Key words:* Arab states, legislative bodies, deputies, legislative initiative, law subjects of legislative initiative.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009  
Прийнята до друку 01.06.2009

## СТРУКТУРНА ПОЗИЦІЯ І КОМПЕТЕНЦІЯ УПОВНОВАЖЕНОГО З ПРАВ ДИТИНИ У ПОЛЬЩІ

*К. Мясковська-Дашкевич*

*Люблінський католицький університет імені Івана Павла II  
Алеє Рацлавіцкс, 14, 20–950 Люблін, Польща*

У статті розглянуто компетенцію Уповноваженого з Прав Дитини у Польщі. Зроблені конкретні пропозиції щодо удосконалення його правового становища.

*Ключові слова:* Уповноважений з Прав Дитини, компетенція, права дитини.

Ідея особливого захисту прав дитини, в тому числі також гарантування її конституційних рамок, має у Польщі давню традицію. Варто наголосити, що прийняття *Конвенції про права дитини* через ООН є суттєвим досягненням Польщі у сфері захисту прав дитини, оскільки власне Польща у 1978 р. запропонувала Комісії з прав людини при ООН ухвалення конвенції і уклала її проект, який був основою всіх зусиль над узгодженням остаточного тексту *Конвенції*.

*Конвенція про права дитини* була прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 20 листопада 1989 р. і введена в 1990 р., з моменту її ратифікації 20-ма державами. Вона називається “світовою конституцією прав дитини”.

Польща ратифікувала її в 1991 р. (урядові акти № 120, поз. 526). Приєднання до *Конвенції* означає, що законодавство даної держави, яке стосується дітей, не може суперечити звичайним постановам, а держава зобов’язана дотримуватися тих постанов. Конвенція є першим міжнародним документом, який комплексно визначає юридичний і соціальний статус дитини (особи до 18 років), базуючись на колишніх міжнародних правилах, а також нові виховні концепції та ідеї, що стосуються лікування дітей і молоді.

Присутність уповноваженого з прав дитини в польському юридичному процесі є результатом введення до *Конституції РП* від 2 квітня 1997 р. положення ст. 72, яке дає юридичну основу для призначення уповноваженого з прав дитини. Конституція РП не визначила щоправда компетенції і способу призначення уповноваженого, але відіслала шукати це питання в законі про уповноваженого з прав дитини.

Інституція Уповноваженого з Прав Дитини була встановлена у Польщі на основі закону від 6 січня 2000 р. *Про уповноваженого з прав дитини* (урядові акти № 6, поз. 69 – далі закон про УзПД).

Сейм призначає Уповноваженого у формі рішення, за згодою Сенату, після внесення голови Сейму, голови Сенату, групи мінімум із 35 послів або не менше 15 сенаторів (ст. 41 закону про УзПД). Сенат приймає ухвалу щодо висловлення згоди на призначення Уповноваженого протягом місяця від дня отримання ухвали Сейму. Варто наголосити, що польське право надає презумпцію згоди Сенату у випадку, коли Сенат протягом вказаного місяця не затверджує ухвали в цьому питанні.

Перед початком виконання обов’язків Уповноважений складає перед Сеймом наступну присягу:

“Урочисто присягаю, що під час виконання ввірених мені обов’язків уповноваженого з прав дитини зберігатиму вірність Конституції Речі Посполитої, буду захищати права дитини, керуючись нормами права, добром дитини і добром родини. Присягаю, що ввірени мені обов’язки буду виконувати правдиво, з

найбільшою порядністю і старанністю, буду зберігати гідність довіреної мені посади та зберігатиму державну і службову таємницю”. Присяга може бути виголошена із додатком: “Так нехай мені допоможе Бог”.

Уповноважений є монархічним органом, обмеженим часовими рамками, проте термін виконання обов’язків триває 5 років, починаючи від дня складення присяги перед Сеймом і закінчується у разі його смерті або відкликання. Термін виконання обов’язків поновлюється, при цьому та сама особа не може бути Уповноваженим довше, ніж два наступні терміни.

Відкликання Уповноваженого у Сеймі за згодою Сенату перед закінченням терміну, якщо:

- а) він добровільно відмовився від виконання обов’язків;
- б) тривалий час був непрацездатним через хворобу або втратив сили, що підтверджується медичним висновком;
- в) порушив складену присягу.

У своїй діяльності Уповноважений незалежний від інших державних органів і відповідає лише перед Сеймом, користуючись недоторканністю. Уповноважений щорічно представляє Сейму і Сенату інформацію про свою діяльність і звертає увагу на стан дотримання прав дитини. Інформація Уповноваженого стає доступною для суспільства (ст. 11 зак. 1 закону про УзПД).

Уповноважений з Прав Дитини використовує деякі права і обов’язки, які мають у своєму розпорядженні послі і особи, що виконують важливі державні функції в країні. Особа, яка є на посаді Уповноваженого, з огляду на характер цієї функції і пов’язану з нею довіру з боку держави, не може обіймати іншої державної посади, ані виконувати інших професійних обов’язків, проводити державну діяльність, яка суперечить обов’язкам та гідності його посади. Адміністративно-логістичний аспект функціонування уповноваженого забезпечує Бюро уповноваженого з прав дитини. Витрати, пов’язані із функціонуванням уповноваженого, передбачені в бюджетній частині і покриваються з державного бюджету.

В рамках положень вищезгаданого закону Уповноважений з Прав Дитини стоїть на захисті прав дитини, визначених в Конституції Речі Посполитої, у Конвенції про права дитини та в інших правових нормах про захист, відповідальність, права і обов’язки родичів.

Вказавши межі суб’єктів, про права яких дбає Уповноважений у своїй діяльності, треба наголосити, що до цього часу в польській юридичній сфері рішення, яке викликає зацікавлення, є визначення часових рамок дитинства. Воно передбачає також час перед народженням дитини від її зачаття на підставі ст. 2 зак. 1 закону про УзПД. Цей факт створює природну необхідність у діяльності уповноваженого з прав дитини щодо захисту життя людини від її зачаття, одночасно включаючи сюди і захист матері самої дитини.

В ст. 3 зак. 1 закону про УзПД визначені загальні обов’язки уповноваженого: *уповноважений у спосіб, визначений цим законом, здійснює діяльність, яка має на меті гарантувати дитині повний і гармонійний розвиток, із пошаною до її гідності і суб’єктності.*

Уповноважений захищає такі права дитини:

- Право на життя і охорону здоров’я;
- Право на виховання в родині;
- Право на добрі соціальні умови;
- Право на освіту;

– Уповноважений спрямовує свою діяльність на захист дитини перед насильством, жорстокістю, експлуатацією, деморалізацією, опущенням та іншим поганим ставленням до неї, надаючи особливу опіку і допомогу неповносправним дітям.

Уповноважений працює із власної ініціативи у рамках, визначених законом, звертаючи особливу увагу на ту інформацію, яка свідчить про порушення прав або добра дитини.

Діяльність уповноваженого з прав дитини слід розглядати у двох площинах: інституційній та індивідуальній. В інституційній площині уповноважений виступає як контролюючий орган щодо інших органів державної влади.

В цій сфері уповноважений може звернутися до органів державної влади, організацій або інституцій за поданням пояснень і потрібних інформацій, а також за доступом до актів і документів, в тому числі тих, які містять особисті дані. Може також звертатися до конкретних органів, в тому числі до уповноваженого у правах громадян, організацій або інституцій – вжити заходів у справі дитини в межах їхньої компетенції.

В інституційній площині уповноважений робить дії, які мають на меті захистити права або благо дитини і запобігати виникненню порушень в майбутньому.

Діяльність уповноваженого може мати також запобіжний характер, хоча він має змогу клопотатися перед відповідними органами про прийняття законодавчої ініціативи або створення та зміну юридичних актів.

Закон дає уповноваженому можливість звертатися до органів державної влади, організацій або інституцій про: а) надання пояснень і необхідних інформацій; б) доступ до актів і документів, в яких містяться особисті дані; в) вживання заходів на захист дітей в межах їхньої компетенції; г) гарантування ефективного захисту прав і благ дитини та покращення способу вирішення питань у цій сфері, представляючи органам власні оцінки та пропозиції з предмету справи, яка розглядається.

Органи державної влади, інституції, організації, до яких уповноважений звернувся із пропозиціями і оцінками, зобов'язані представити свою думку щодо цих пропозицій у термін протягом 30 днів від дати їхнього отримання. Всі контрольні дії уповноважений виконує самостійно і з власної ініціативи. У справах дітей уповноважений з прав дитини співпрацює із уповноваженим у правах громадян.

Проте індивідуальна площина діяльності уповноваженого з прав дитини стосується заходів, які вживаються в конкретних життєвих справах, які впливають на юридичний стан конкретної дитини. Ця площина є важливою сферою діяльності Уповноваженого, хоча потребує реалізації його основних законних завдань. Уповноважений працює заради гарантування дитині повного і гармонійного розвитку, з пошаною її гідності і суб'єктності.

До законних завдань Уповноваженого належать також захист дитини перед насильством, жорстокістю, експлуатацією, деморалізацією та іншим аморальним ставленням до неї.

Призначення Уповноваженого з Прав Дитини означало створення незалежної інституції з державним статусом, яка отримує повноваження контролюючого, застерігаючого та ініціативного змісту і яка підтримує зусилля, спрямовані на максимальний захист прав дитини.

Можна твердо наголосити, що права дитини, визначені в *Конституції*, не є єдиним мірилом, яким керується Уповноважений з Прав Дитини у своїй діяльності. *“Інституція уповноваженого з прав дитини, – як зауважує Павло Ярослав, Уповноважений з Прав Дитини другого терміну перебування на посаді в Польщі, – яка існує і функціонує на основі Конституції РП з 1997 р. та на основі закону про УзПД з 2000 р., не може абстрагуватися від широкого законодавчого контексту, в межах якого вона з’явилася в польській законодавчій системі. Положення ст. 72 Конституції РП, яке передбачає існування інституції УзПД, відповідає загальним тенденціям європейського права, згідно з якими суспільства повинні гарантувати дітям довготривалу підтримку і визнавати права родини в інтересі дитини.* Важливо, що ця діяльність не може бути результатом випадку чи нав’язаного методу на захист родин, але повинна стати продуманою стратегією, спрямованою на зміцнення родини. Тут йдеться про гарантування доходів, необхідних для життя на відповідному рівні, добрі умови для проживання, компетентний рівень медичних заключень, ефетивні рішення в сфері освіти дітей, можливості вибору з-посеред багатьох пропозицій використання вільного часу та права, яке сприяє подружжю, родині й вихованню дітей.

Окрім існування законного правила юридичного статусу і компетенції Уповноваженого з Прав Дитини, вона може викликати певну недостатність. Хоча варто осмислити статус цього органу як самостійної інституції, тому що в нинішньому юридичному стані Уповноважений з Прав Дитини не використовує таких конституційних повноважень, як Уповноважений з Прав Громадян. Принципи його призначення і звільнення, його самостійності сформулював звичайний закон, а не Конституція. Уповноважений з Прав Дитини також не використовує ті інструменти, які для захисту свободи і прав застосовує Уповноважений з Прав Громадян. Уповноважений з Прав Дитини не може звернутися до Конституційного Суду щодо дослідження відповідності нормативного акту із Конституцією або з актом вищої інстанції, не має також процесуальних повноважень Уповноваженого з Прав Громадян. Тут доходимо висновку, що Уповноважений з Прав Дитини повинен бути радше заступником Уповноваженого з Прав Громадян, що зміцнювало би його в компетентному вимірі. Альтернативним вирішенням було би посилення компетенції Уповноваженого з Прав Дитини та введення у Конституцію гарантії його незалежності.

---

## LEGAL STATUS AND COMPETENCE OF OMBUDSMAN OF CHILD’S RIGHTS IN POLAND

*K. Myaskovs’ka-Dashkevych*

*Ivan Pavlo II Lublin Catholic University  
Ratslavitske avenue 14, 20-950 Lublin, Poland*

The competence of Ombudsman of Child’s Rights in Poland is elucidated in the article. Author’s propositions concerning ombudsman’s legal status improvement are made.

*Key words:* Ombudsman of Child’s Rights, competence, child’s rights.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

# АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО

## ЛЮДИНА ТА ОХОРОНА ЇЇ ЗДОРОВ'Я: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

*З. Гладун*

*Тернопільський національний економічний університет,  
вул. Львівська, 11, 46011 Тернопіль, Україна*

Висвітлено питання правового механізму забезпечення права людини на охорону здоров'я, проаналізовано чинне законодавство та його склад, систему органів державного управління і регулювання, окреслено коло відносин, які потребують адміністративно-правового регулювання, запропоновано низку заходів, щодо вдосконалення регулювання цих відносин.

Ключові слова: охорона здоров'я людини і населення, відносини у сфері охорони здоров'я, законодавство про охорону здоров'я, організація державного управління і регулювання, юридична відповідальність.

Право на медичну допомогу та охорону здоров'я є базовим у системі соціальних прав людини. Здоров'я населення загалом і кожної людини зокрема має визначальне значення для існування та розвитку суспільства і країни. Саме таке значення індивідуального і громадського здоров'я визнано Резолюцією Генеральної Асамблеї Організацією Об'єднаних Націй (UNO 34/58, 1979) і Програмою Всесвітньої організації охорони здоров'я.

Згідно із Загальною декларацією прав людини, Міжнародним пактом про економічні, соціальні та культурні права, ратифікованим Україною, а також Європейською соціальною хартією (переглянутою) (Рада Європи, 1996 р.), підписаною Україною 7 травня 1999 р. та численними Конвенціями і Рекомендаціями Міжнародної організації праці (значна частина ратифікована Україною), обов'язком держави є піклування про здоров'я людини і забезпечення його охорони.

Конституція України у ст. 49 встановлює, що кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Закріплені Конституцією України вказані права людини можна трактувати в об'єктивному і суб'єктивному розуміннях. В об'єктивному – це певна система правових норм, що регламентують здійснення заходів щодо охорони здоров'я як окремих осіб, так і населення загалом, їхню організацію і фінансування, встановлюють адміністративно-правовий механізм реалізації права на охорону здоров'я окремими людьми.

Аналіз змісту ст. 49 Конституції України показує, що суб'єктом права на охорону здоров'я, медичну допомогу і медичне страхування є будь-яка людина (а не лише громадянин України), яка перебуває під юрисдикцією України. Звідси можна зробити висновок, що іноземний громадянин, особа без громадянства чи біженець за українським законодавством користується цим правом нарівні з громадянами України. Так, зокрема, ст. 10 Закону України "Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства" зазначає, що іноземці

та особи без громадянства, які постійно проживають в Україні, а також яким надано статус біженця в Україні, користуються медичною допомогою нарівні з її громадянами.

Як суб'єктивне право особи, це право надає людині певну можливість звернутися до закладу охорони здоров'я чи до окремого медичного працівника за наданням медичної допомоги і відповідний їй обов'язок останніх таку допомогу надати. Суб'єктивне право на охорону здоров'я базується на розумінні здоров'я як певного немайнового блага людини, яке може стати основою для відносин між особою (пацієнтом) і лікарем (або іншим медичним працівником) стосовно надання першому медичної допомоги.

Отже, право на охорону здоров'я – це закріплена й гарантована Конституцією і законами України можливість людини (особи) використовувати всі засоби і заходи, спрямовані на збереження або відновлення його здоров'я, стану повного фізичного, душевного та соціального благополуччя, отримання медичної допомоги та відшкодування заподіяної здоров'ю шкоди. Отож, предметом правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я є не здоров'я людини, оскільки це природне благо, а визнання державою права людини на всебічну його охорону і захист. Отже, об'єктом правового врегулювання є здоров'я людини та його охорона, а предметом – суспільні відносини у сфері охорони здоров'я.

*Медицина і охорона здоров'я населення в сучасному світі набули надзвичайного значення і за своїм обсягом, за розміром задіяних коштів, у т.ч. величини частки державного бюджету, за кількістю працівників і перетворились на одну з провідних сфер соціальної та господарської діяльності суспільства, які становлять основу соціальної політики країни, важливішу внутрішню функцію держави.*

Якщо взяти показники Державного бюджету України, то, з одного боку, необхідно відмітити, що з року в рік сума коштів, виділених на фінансування охорони здоров'я зростає – в 2000 р. – 7085,5 млн грн, в 2002 р. – 7537,9 млн грн, в 2004 р. – 12129,0 млн грн, в 2006 р. 19737,7 млн грн, в 2008 р. – 32100,0 млн грн. Ці показники збільшуються з кожним роком, оскільки загальною світовою закономірністю є збільшення задіяних коштів для забезпечення діяльності національних систем охорони здоров'я населення різних країн, незалежно від того, чи вони засновані на державній, чи на приватній власності, чи поєднують одну й іншу.

Це з одного боку, а з іншого, якщо врахувати, що з року в рік зростали ціни на енергоносії, за комунальні платежі, що їх значну частину “з'їдає” інфляція, то загальна картина з фінансуванням охорони здоров'я виглядає дуже безрадісно. Загальне недофінансування діяльності системи охорони здоров'я дорівнює приблизно 40 % (тобто фінансується лише зарплата працівників і оплата комунальних платежів та енергоносіїв). А це бюджет проїдання і регресу.

Однак, як це не дивно в сучасних українських реаліях, ці кризові явища майже зовсім не впливають на благополуччя значної частини медичних працівників, особливо так званих вузьких спеціалістів, своєї медичної аристократії, яка вкупі з медичною бюрократією, нехтуючи нормами моралі, керуючись девізом “якщо лікар ситий, то й хворому добре”, незважаючи на закріплену ст. 49 Конституції України безкоштовність надання медичної допомоги і встановлену кримінальним законом відповідальність за незаконне одержання винагороди при наданні медичної допомоги, яка поки що, на жаль, не діє, встановлюють таксу на оплату медичних послуг, процедур і маніпуляцій.

Як наслідок цих негативних явищ суспільного життя, сьогодні в Україні виникла проблема доступності медичних послуг для пересічного громадянина, який в умовах фінансової кризи не має коштів для оплати медичних послуг, а крім того, за чинним законодавством, і не повинен за них платити. Це до певної міри парадокс – в країні є величезна кількість закладів охорони здоров'я і надлишок медичних працівників (приховане безробіття), коштів з державного бюджету виділяється дедалі більше і більше, а пересічний громадянин не в змозі одержати кваліфіковану медичну допомогу.

Якщо до цього додати й те, що керівники держави і політична еліта воліють лікуватися за кордоном, то видається, що у вітчизняній системі охорони здоров'я майбутнього немає, скільки б коштів у її забезпечення не вкладали.

Говорячи про правове забезпечення діяльності якогось об'єкта, маємо на увазі правоустановчу діяльність органів державної влади, а також їх правоохоронну і правозахисну діяльність. Кожен з цих видів діяльності має окремих суб'єктів і специфічні форми й методи їхнього здійснення.

Нормативною основою правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я є чинне українське законодавство, тобто сукупність правових актів, що їх регулюють.

Законодавство України про охорону здоров'я можна умовно розділити на дві частини, які, однак, дуже тісно між собою зв'язані і взаємопереплетені. Перша з них – це акти міжнародного права, згоду на чинність яких надала Верховна Рада України, друга ж – акти власне українського законодавства.

До першої групи слід віднести Загальну Декларацію прав людини, міжнародні Пакти про громадянські, політичні, соціальні, економічні і культурні права людини, Декларація прав дитини, а також акти, які регулюють окремі питання охорони здоров'я населення і медицини – Лісабонську декларацію відносно прав пацієнтів (Лісабон, Португалія, вересень-жовтень 1981 р.), Положення про захист прав і конфіденційності пацієнта (Будапешт, Угорщина, жовтень 1993 р.), Положення і погляди Всесвітньої психіатричної асоціації про права і юридичний захист психічно хворих (Афіни, Греція, 17 жовтня 1989 р.), Декларацію про права інвалідів (9 грудня 1975 р.), Декларацію відносно трансплантації людських органів (Мадрид, Іспанія жовтень 1987 р.), Декларацію відносно ролі лікарів у вирішенні екологічних і демографічних проблем (Відень, Австрія вересень 1988 р.), а також значна кількість подібних актів, прийнятих Всесвітньою організацією охорони здоров'я, Всесвітньою медичною асоціацією, Всесвітньою асоціацією медичних сестер та низкою інших міжнародних організацій.

До другої ж групи – актів українського законодавства, в першу чергу відносяться норми Конституції, які закріплюють права людини на охорону здоров'я, медичну допомогу і медичне страхування, на відпочинок, на соціальне забезпечення та інші соціальні блага, норми базового системоутворюючого закону – Основ законодавства України про охорону здоров'я, інших т.зв. "галузевих" законодавчих актів, які встановлюють засади правового регулювання цих відносин. Це такі закони як "Про запобігання захворювання на синдром набутого імунodefіциту (СНІД) та соціальний захист населення", "Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення", "Про захист населення від інфекційних хвороб", "Про лікарські засоби", "Про донорство крові та її компонентів" та ін.

Більшість юристів-вчених не включають до числа елементів механізму правового регулювання правову свідомість і правову культуру. Однак вони відіграють певну позитивну роль, особливо, в процесі реалізації правових норм.

Тривалий час у сфері охорони здоров'я головну роль регулятивних норм відігравали підзаконні нормативно-правові акти – накази Міністерства охорони здоров'я, затверджені ними численні положення, інструкції, списки, циркулярні листи вказівки та ін. Практично за весь радянський період розвитку питанням правової освіти, виховання і культури ніхто серйозно не займався – закон і адміністративний акт використовувались лише як засіб для їхнього залякування.

За цих умов найважливішим регулятором суспільних відносин був не закон, а відомчий наказ, а найвищим органом державного управління – Міністерство охорони здоров'я колишнього СРСР як найвища та остаточно інстанція у вирішенні всіх проблем охорони здоров'я населення. На цих ідеях виховували не одне покоління радянських людей, у тому числі працівники охорони здоров'я, для яких подекуди, ще й сьогодні наказ міністерства є значно авторитетніший і вагоміший, ніж законодавчий акт, прийнятий Верховною Радою України. Тож і не дивно, що правосвідомість значної частини медичних працівників, особливо осіб середнього і старшого віку, які сформувались і були виховані за тих умов, несе на собі “родимі плями” минулого.

За роки незалежності в Україні сформована нормативно правова база з питань охорони здоров'я, що складається з 170 законів, 135 Указів Президента, 505 постанов Уряду, 2 931 наказу Міністерства охорони здоров'я України. Не вдаючись детально до аналізу вказаних правових актів, все ж зазначимо, що практично всі вони в більшій або меншій мірі відповідають вимогам норм міжнародного права і, зокрема законодавства, Європейського Союзу про охорону здоров'я. Такий висновок роблять як українські, так і зарубіжні експерти з цих питань [3].

Тому можна зробити висновок, що норми українського законодавства про охорону здоров'я в тій чи іншій мірі відповідають базовим стандартам, закріпленим у нормах міжнародного і європейського права і регулюють всю сукупність відносин, які виникають у цій сфері.

Водночас було б передчасним стверджувати, що українське законодавство у цій сфері набуло свого системного і завершеного вигляду і немає підстав для його подальшого вдосконалення.

Ми окреслили приблизне коло відносин у сфері охорони здоров'я людини і населення, які потребують правового і, зокрема, адміністративно-правового регулювання:

- відносини, які визначають права і обов'язки людини і громадянина у сфері охорони здоров'я (у тому числі пацієнта і медичного працівника);
- формування національної (державної) і місцевої політики охорони здоров'я населення та механізмів (організаційних, фінансових, правових) її реалізації;
- відносини щодо організації охорони здоров'я людини і населення (визначення складу і системи національної системи охорони здоров'я, положення про спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади – Міністерство охорони здоров'я України, органи охорони здоров'я місцевих державних адміністрацій, органи охорони здоров'я місцевого самоврядування, положення про заклади охорони здоров'я (лікарня, поліклініка, диспансер, діагностичний центр, амбулаторія та ін.);

- відносини, що регулюють організацію санітарних і протиепідемічних заходів та здійснення Державного санітарно-епідеміологічного нагляду;
- відносини, що формуються у сфері лікувального процесу – ліцензування медичної практики й акредитація закладів охорони здоров'я, згоди пацієнта на лікування, порядок застосування методів профілактики, діагностики, лікування і реабілітації, порядок проведення медичних маніпуляцій і процедур, підстави надання психіатричної допомоги, проведення абортів, корекції (зміни) статі, надання медичної допомоги для забезпечення репродуктивної функції людини, переливання крові та її компонентів, трансплантації органів і тканин, відносини з приводу забезпечення хворих лікарськими, протезно-ортопедичними, корегуючими засобами, проведенням медичної експертизи та експертизи працездатності, проведення біомедичних дослідів з участю людини та ін.
- відносини, що виникають у сфері реабілітації хворих пацієнтів, відновлення їхнього здоров'я і працездатності.

Більшість цих відносин достатньо врегульовані, як на сьогодні, нормами чинного законодавства, однак є й такі, які потребують свого нормативно-правового регулювання. Питання ж про те, чому тоді так неефективно діють ці норми в житті, є, переважно в площині правозастосування – не можуть правові норми ефективно діяти в умовах загальної економічної кризи, політичної нестабільності і кризи законності в країні.

Всі органи державної влади в тій чи іншій мірі здійснюють керівний вплив на відносини у сфері охорони здоров'я. Деякі з них – органи загальної компетенції (Верховна Рада, Президент, Кабінет Міністрів України, обласні та районні державні адміністрації та органи місцевого самоврядування – сільські, селищні і міські ради та їхні виконкоми) – здійснюють його в структурі загального керівництва соціальною сферою життя. Інші ж – міністерства охорони здоров'я України та Автономної Республіки Крим, управління охорони здоров'я облдержадміністрацій та головні лікарі центральних районних лікарень – безпосередньо здійснюють управління у цій сфері, забезпечуючи виконання завдань, покладених на них.

Центральний орган виконавчої влади, уповноважений здійснювати державного управління і регулювання відносин у цій сфері – Міністерство охорони здоров'я, яке 2002 р. зазнало серйозних структурних змін, відповідно до вимог і стандартів Європейського Союзу модернізувалося і сьогодні навіть в умовах хронічної нестачі фінансових коштів, доволі успішно забезпечує керованість усією системою охорони здоров'я. Прикладом цього є кількісні й якісні показники надання медичної допомоги протягом календарного року, які невпинно зростають, так і діяльність органів і закладів охорони здоров'я в екстремальних умовах техногенних аварій та катастроф – взяти хоча б діяльність санепідслужби МОЗ та ветеринарної служби Мінпродполітики щодо запобігання і припинення проявів захворювань домашньої птиці на пташиний грип на території України.

В умовах формування ринкових відносин змінилися і функції Міністерства охорони здоров'я, в підпорядкуванні якого залишилось лише 203 найпотужніших закладів охорони здоров'я державної форми власності (республіканські спеціалізовані лікарні і центри, медичні університети і коледжі та медичні науково-дослідні інститути, спеціалізовані санаторії тощо), тоді як 95 % медичних закладів перейшли у підпорядкування органам місцевого самоврядування.

Однак, незважаючи на загалом задовільні показники в роботі, не можна не вказати і на серйозні проблеми, які нагромадились у цій сфері – паперовий бюрократизм, систему подвійних стандартів, наскрізь корумповане управління і, в умовах недостатності коштів, тотальне здирицтво.

То ж головний недолік існуючої системи управління у сфері охорони здоров'я населення – відчуженість влади від населення, коли органи влади живуть і працюють самі по собі, а ті, заради яких вони й повинні працювати – люди, населення, потенційні пацієнти – самі по собі. І між ними немає єдності і взаєморозуміння, тож населення не бере участі у прийнятті і реалізації рішень, що стосуються охорони його здоров'я, а створені псевдогромадські організації медичних працівників і ніби-то пацієнтів, які очолили діючі або відставні керівники МОЗ, насправді, прикривають кланові корпоративні інтереси певних груп впливу і слугують лише ширмою для демонстрації залучення громадськості до управління охороною здоров'я населення.

Одним із засобів забезпечення ефективності системи охорони здоров'я є законодавче визнання і закріплення передбачених Конституцією, рівних можливостей усім громадянам в доступі до одержання медичної допомоги. Мова йде про нормативно-правове визнання і закріплення прав пацієнтів і медичних працівників. В даний час на обговоренні у Верховній Раді України є декілька законопроектів “Про права пацієнтів”, в науковій літературі поставлено питання про необхідність підготовки також і законопроектів “Про заклади охорони здоров'я”, “Про лікарські товариства”, “Про правовий статус та гарантії діяльності медичних і фармацевтичних працівників в Україні”.

Однак, лише наявність одних сучасних і досконалих актів законодавства не зможе, сама по собі, забезпечити права пацієнтів і медичних працівників. Для цього необхідно законодавчі заходи доповнити заходами інституційного характеру, тобто створити органи, які б відповідали за дотримання прав пацієнтів і опікувалися б ними (або покласти ці повноваження на вже існуючі). Видається, що найпростішим варіантом інституційного забезпечення прав пацієнтів стало б покладення на центральний орган виконавчої влади – Міністерство охорони здоров'я – обов'язків щодо забезпечення дотримання прав пацієнтів, шляхом визначення у нормативному акті про міністерство цього завдання як пріоритетного. У складі апарату міністерства міг би бути створений Департамент з питань прав пацієнтів, який би очолювала посадова особа із статусом уповноваженого у справах прав пацієнтів (омбудсмана), який би взяв на себе захист їх прав [6, с. 205]. У складі Міністерства охорони здоров'я Автономної республіки Крим та управлінь охорони здоров'я обласних державних адміністрацій мали б бути представники такого уповноваженого, діяльність яких поширювалась би на територію АРК чи області. Очевидно, що найбільшу ефективність діяльності такого уповноваженого з прав пацієнтів мала б місце у сфері психіатрії та в інших закритих медичних закладах, де здійснюється примусове лікування. Годі й говорити, що найкращими кандидатурами на ці посади стали б керівники громадських правозахисних організацій, які мають медичну чи юридичну освіту і відповідний досвід правозахисної роботи.

Неефективність діяльності системи охорони здоров'я в Україні пояснюється і неефективністю механізму правового регулювання відносин у цій сфері. Його структура універсальна і включає в себе такі елементи як: норми права, юридичні факти, правовідносини, акти тлумачення норм права, акти їх застосування та реалізації.

Однак в умовах кризового функціонування, органи влади і, зокрема, Міністерство охорони здоров'я, все частіше використовують акти, які забезпечують їм можливість т.зв. "ручного" (ненормативного) управління, так як це дозволяє застосовувати в кожному окремому випадку індивідуальні і непрозорі правила вирішення тих чи інших питань, в обхід існуючих норм права, передбачаючи можливість незаконного отримання прибутків.

Так, наприклад, в жовтні 2008 р., коли лише про міжнародну фінансову кризу заговорили засоби масової інформації, і яка ще не зачепила Україну, дистриб'ютори фармацевтичних компаній, які працюють на українському ринку, різко (на 40–70 %) підняли ціни на ліки. Потрібно було втручання Прем'єр-міністра і Уряду, щоб вказані суб'єкти ринкових відносин повернулися до старих цін.

Одним із серйозних недоліків державного управління і регулювання є їхня нестабільність, безсистемність і суперечливість, непослідовність, коли приймаються рішення і акти, які суперечать один одному, а також невисокий авторитет корумпованих органів влади. Прикладом цього можна назвати розробку і затвердження МОЗ численних протоколів лікування відповідних захворювань.

Протоколи лікування є своєрідним стандартом лікувальної діяльності, які включають в себе необхідність проведення послідовно певних дій, збір аналізів, процедур і маніпуляцій, спрямованих на встановлення діагнозу захворювання і визначення плану і тактики його лікування. Ці протоколи затверджуються відповідними наказами МОЗ і є відповідними галузевими медичними стандартами. Навряд чи можна заперечити проти їх використання у медичній практиці. Однак, вони не зареєстровані як відомчі нормативні акти в Міністерстві юстиції, а отже, не можуть бути визнані підзаконними правовими актами, а тому, відповідно, за їх недотримання не може бути встановлена юридична, зокрема, дисциплінарна відповідальність, а отже вони є суто рекомендаційним характером.

Юридична відповідальність є серйозним важелем впливу на формування суспільних відносин. Сьогодні чинне законодавство досить детально визначає перелік як злочинів, так і адміністративних проступків у сфері охорони здоров'я, тож доцільніше говорити про ефективність застосування відповідних правових санкцій для запобігання скоєнню цих діянь. Очевидно, що санкції за адміністративні проступки у розмірі від 3-х до 15-ти неоподаткованих мінімумів доходів громадян, які передбачаються ще й нині нормами гл. 5 КУпАП [1] "Адміністративні правопорушення в галузі охорони праці і здоров'я населення", не є ефективними і викликають лише роздратування і насмішки від винних суб'єктів цих діянь. Тому слід підтримати позицію розробників проекту нового Кодексу про адміністративні проступки, які запропонували як адміністративні стягнення штрафи семи категорій – від 100 до 3000 грн на фізичних і від 1000 до 30000 грн на юридичних осіб [2]. Це, в принципі, відповідає загальному напрямку розвитку адміністративного законодавства і мало б вплинути на зменшення їхньої чисельності.

Необхідність реформування усієї сфери охорони здоров'я диктує саме життя. Його напрями визначені Указом Президента України від 6 грудня 2005 р. № 1694/2005 "Про невідкладні заходи щодо реформування системи охорони здоров'я населення".

На цьому шляху вкрай необхідним є запровадження організаційно-структурної перебудови галузі й економічних засад її функціонування. Маємо на увазі запровадження загальнообов'язкового соціального медичного страхування. Це дасть змогу об'єктивно висвітлити, оцінити і врахувати реальний розмір фінансових ресурсів, які обертаються у цій сфері і вивести значну їх частину "з тіні". Пацієнт, який знатиме, що за його лікування платить страховий медичний фонд і знатиме скільки, навряд чи захоче платити за це ж ще із своєї кишені. Своєю чергою, професійна діяльність медичних працівників, у тому числі їх якість і оплата праці, буде під пильним контролем страхових організацій. За цих умов нарешті зможе втілитись в життя принцип сучасної західної медицини – "Гроші йдуть за пацієнтом!", – і це допоможе уникнути проблем відсутності і недостатності коштів на лікування, так званого "безкоштовного" лікування, оплати ліків тощо.

В свою чергу це потягне за собою необхідність оновлення законодавства про охорону здоров'я і, зокрема, прийняття нових законодавчих актів "Про гарантований державою рівень медичної допомоги", "Про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування", "Про первинну медико-санітарну допомогу і сімейну медицину", "Про спеціалізовану медичну допомогу", "Про приватну медичну практику", "Про народну медицину" та ін. Ці законодавчі акти стануть основою правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я і за умови їх виконання і дотримання, в першу чергу органами влади та їх посадовими і службовими особами, а також і всіма медичними працівниками, закладуть основи для позитивного праворозуміння і утвердження верховенства права, стануть одним із чинників зміцнення дисципліни та законності в країні.

Це сприятиме розвитку і утвердженню нових суспільних відносин, нової професійної етики та моралі медичних працівників, які регулюватимуть норми Медичного кодексу України.

1. Медичне право України: Збірник нормативно-правових актів / Упоряд. і наук. ред. Н. Б. Болотіна. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре". – 2001. – С. 3–6.
2. Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1984. – Додаток до № 51. – Ст. 1122. З наступними змінами і доповненнями.
3. Проект концепції реформування інституту адміністративної відповідальності та відповідні законопроект. Київ, Центр політико-правових реформ, 2006. – 201 с.
4. Панорама охорони здоров'я населення України / А.В. Підаєв, О.Ф. Возіанов, В.Ф. Москаленко, В.М. Пономаренко та ін. – К.: Здоров'я, 2003. – 367 с.
5. Жуковина Л. Право на безоплатну медичну допомогу: реалії сьогодення // Юридичний журнал. – 2006. – № 4. – С. 131–135.
6. Права человека и профессиональная ответственность врача в документах международных организаций. – К.: Сфера. – 1998. – 135 с.

---

**MAN AND HIS HEALTH PROTECTION:  
ISSUES OF LEGAL PROVISION*****Z. Hladun****Ternopil National Economic University  
Lvivska Str. 11, UA – 46011 Ternopil', Ukraine*

In the article the issues of legal mechanism of the right to health protection provision have been highlighted. Current laws as well as the system of bodies of public administration in this sphere are analyzed. Relations which are the object of administrative and legal regulation are clarified. The author presents some proposals concerning the improvement of these relations regulation.

*Key words:* health protection of man and population, relations in the field of health protection, health protection laws, organization of public administration and regulation, responsibility in law.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ВЗАЄМОДІЇ ДЕРЖАВИ І РЕЛІГІЙНИХ ОБ'ЄДНАНЬ В УКРАЇНІ: НОВЕЛІЗАЦІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

*А. Кочкадан*

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

Висвітлено загальні засади взаємодії держави і релігійних об'єднань в Україні. Розглядаються основні положення Проекту концепції державно-конфесійних відносин в Україні. Тенденцією є формування партнерської моделі взаємовідносин держави і церкви.

*Ключові слова:* правове регулювання, релігійні об'єднання, державно-конфесійні відносини.

Свобода світогляду (совісті) є сферою, яка за своєю сутністю не має будь-якої правової санкції. Долучення (участь) людини до віри залежить від інтимного переконання, над яким держава, навіть за її бажання, не має можливості здійснювати вплив. Свобода світогляду, думки є фундаментальним положенням, що зумовлює розвиток усіх інших свобод, включаючи релігійну свободу, право віросповідання. Світогляд як система поглядів, понять, уявлень щодо оточуючих нас явищ природи і суспільства відноситься до внутрішнього світу життєдіяльності людини. Свобода світогляду людини в Україні у зазначеному аспекті гарантує Основний Закон держави (ст. 35 Конституції): кожен має право на свободу світогляду. Розкриваючи механізм його юридичного забезпечення, конкретизуючи зазначений конституційний принцип, закон України “Про свободу совісті та релігійні організації” [1] формулює: ніхто не може встановлювати обов'язкових переконань і світогляду; не допускається будь-яке примушування при визначенні громадянином свого ставлення до релігії, до сповідання, або відмови від сповідання релігії, до участі або неучасті в богослужіннях, релігійних обрядах і церемоніях, навчання релігії (ст. 3, ч. 2).

Як стверджують науковці канонічного (церковного) права [2], у Святому Письмі слово “церква” вживається і для зазначення її неземної природи – Дім Божий, і для визначення її як людської спільноти. В якості людської спільноти релігійні організації підпорядковуються загальним умовам земного порядку: є учасниками відносин з державою, іншими суспільними утвореннями. Зазначені відносини врегульовуються правом. Згідно зі стародавньою аксіомою право існує всюди, де є суспільство: “ubi societas, ibi jus est”. Право, що врегульовує внутріцерковні відносини, своїм походженням не зобов'язано державі і, отже, не є частиною державного, публічного права. Воно за своєю природою, на думку науковців [3], є самобутнім, суверенним правом. Що ж стосується регулювання відносин релігійних організацій як суспільних спільнот з державою, іншими громадськими утвореннями в цій сфері церква (релігійні організації) залежить від волі державної влади, що здійснює свій суверенітет на території, де вона знаходиться. Розкриваючи вчення Христа щодо відношення церкви до державної влади, як зазначено в літературі з канонічного права, апостол Павло писав: “Усяка душа нехай підкоряється вищій владі; бо немає влади не від Бога, існуючі ж власті поставлені Богом. Тому той, хто противиться владі, противиться Божому повелінню...” [4].

У будь-якій країні релігійні організації становлять складову частину її суспільства. Створюються вони, як і інші громадські організації, на засадах самоорганізації людей. Як одна з форм об'єднань громадян (людей), релігійні організації є учасниками формування соціально-організованого суспільства – підґрунтя створення цивілізованої держави, яка відповідно до Основного Закону України, піклується про зміцнення громадянської злагоди на землі України.

Держава як основна форма організації суспільства здійснює правове регулювання певних аспектів діяльності громадських об'єднань людей. Так, згідно з Законом України “Про свободу совісті та релігійні організації” (розділ II) держава визначає організаційно-правові форми релігійних організацій, особливості їх юридичного статусу, надаючи можливості релігійним спільнотам для необтяжливого виконання ними своєї місії тощо. Однак правове регулювання громадсько-суспільних об'єднань не безмежне. Воно стосується передовсім зовнішніх взаємин добровільних об'єднань, без вторгнення у їх внутрішнє життя. Держава не втручається у здійснювану в межах закону діяльність релігійних організацій – акцентується у згаданому Законі України про свободу совісті та релігійні організації (ст. 5).

Підвалини засад церковно-державних відносин закладались історією розвитку людського суспільства. При цьому провідним положенням було те, що держава як сила земна не може довго існувати без духовної, моральної сили. Власне суспільна мораль є тим фундаментом (площиною), що має безпосереднє відношення до діяльності церкви, рівно ж складає опору міцності державного правління.

Якщо звертатися до історії, зазначимо, що основні засади церковно-державних відносин були сформульовані у Візантії і дістали назву симфонії держави і церкви. Суть її складають обопільна співпраця, взаємопідтримка і взаємовідповідальність, без втручання однієї сторони у сферу виключної компетенції другої. У шостій новелі святого Юстиніана сформульовано принцип, який лежить в основі симфонії церкви і держави: “Величезні блага даровані людям вищою прихильністю Божою, суть священство і царство, із яких перше (священство, церковна влада) турбується про божественні справи, а друге (царство, державна влада) керує і дбає про людські справи, а обидвоє походячи з одного й того ж джерела, становлять прикрасу людського життя... І якщо священство буде у всьому благоустроєно та угоднo Богові, а державна влада буде по правді управляти ввіреною їй державою, то буде повна згода між ними у всьому, що слугує на користь і благо людського роду...” [5].

Власне виходячи із класичних засад взаємовідносин державної і церковної влад, Україна прагне сформулювати концепцію державно-конфесійних відносин в Україні [6]. Проголошене Конституцією України (ст. 35) відокремлення церкви (релігійних організацій) від держави, школи від церкви (релігійних організацій) переслідує мету встановлення партнерських взаємовідносин між державою і релігійними організаціями. Проголосивши себе демократичною, правовою державою (ст. 1 Конституції України), Україна передбачає і визнає взаємообумовленість держави і суспільства як відносно самостійних суб'єктів (явищ), кожен з яких має власні сфери діяльності та відповідальності. Звідси випливає, що релігійні об'єднання є одним з інститутів організованого суспільства. Отже, відокремлення церкви від держави, підкреслюється в Проекті концепції державно-конфесійних відносин в Україні, жодним чином не означає відокремлення церкви від суспільства, заборону її участі в суспільному житті, а навпаки, цей принцип звільняє релігійні об'єднання від їхнього одержавлення,

тотального контролю держави над їх внутрішнім життям, внутрішніми приписами та релігійною практикою.

Принцип відокремлення церкви (релігійних організацій від держави в його демократичному трактуванні означає взаємне невтручання цих двох інституцій у специфічні сфери діяльності один одного.

Справді, специфіка природи церкви і природи держави зумовлює своєрідність їхньої компетенції, засобів і форм досягнення ними цілей. Держава спирається на матеріальну силу (базу), не заперечуючи у передбачуваних правом випадках можливості застосування примусу, церква ж використовує релігійно-моральні засоби в процесах керівництва і духовного виховання своїх віруючих.

Взаємне невтручання означає, водночас, взаємну повагу та визнання цими інститутами компетенції один одного у їх специфічних сферах, тому держава визнає існування внутрішніх приписів релігійних організацій та враховує їх у своїй діяльності (наприклад, у виконанні громадянами країни військового обов'язку), а релігійні об'єднання визнають та дотримуються законів держави, що регламентують їхню діяльність як особливих спільнот громадян.

Проект концепції державно-церковних відносин досить ґрунтовно окреслює сфери співпраці релігійних об'єднань і держави. Партнерські взаємовідносини держави і церкви (релігійних організацій) ґрунтуються на визнанні того, що обидва ці суспільні інститути, будучи відокремленими і суверенними один від одного в питаннях, що належать до їх виняткової компетенції, діють в інтересах українського суспільства. Їх спільною метою є забезпечення права людини на свободу совісті, консолідація українського суспільства, збереження та примноження його традиційної культури, формування його ціннісних орієнтацій, розв'язання загальносуспільних проблем.

Забезпечуючи права людини на свободу совісті, держава і релігійні організації припускають і визнають лише такі обмеження у цій сфері, які диктуються необхідністю захисту конституційного ладу, громадського порядку, суспільної моралі, здоров'я, прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина, збереження традиційної релігійної культури суспільства, а також узгоджуються з нормами і принципами міжнародного права; враховують особливості здійснення пастирського служіння церкви, зокрема, у військових формуваннях, уникаючи примусового поєднання військових ритуалів і релігійних обрядів, а також ототожнення пастирського служіння та виховної роботи у військових формуваннях.

Дбаючи про консолідацію українського суспільства, держава і релігійні організації докладають зусиль до пошуку та встановлення балансу (узгодження) інтересів віруючих і невіруючих громадян та їхніх об'єднань, досягнення взаєморозуміння та взаємної толерантності між ними, забезпечення міжконфесійної стабільності, запобігання виникненню конфліктів на релігійній основі, протистоянню церков (релігійних організацій), у тому числі в питаннях розподілу сфер їхнього впливу на території України, повернення їм націоналізованого у минулому майна релігійного призначення.

Для розв'язання загальносуспільних проблем держава і релігійні об'єднання здійснюють спільні (частково фінансовані державою) у галузях (сферах): формування здорового способу життя; підтримки інституту сім'ї, материнства й дитинства, соціальної адаптації осіб з особливими потребами; охорони здоров'я; збереження, відродження і розвитку історичної та культурної спадщини, в тому числі традиційної культури українського суспільства; освітньої діяльності,

пов'язаної із забезпеченням можливості здобуття якісної освіти громадянами з малозабезпечених прошарків суспільства; громадських робіт, діяльності з охорони навколишнього середовища, ліквідації наслідків стихійних лих, екологічних і техногенних катастроф; захисті суспільної моралі від проникнення культу насильства, жорстокості, порнографії; протидії псевдорелігійним структурам, небезпечним для особи та суспільства тощо.

Охарактеризована концепція державно-конфесійних відносин в Україні, яка має стати правовою реальністю в майбутньому розроблена задля утвердження особистісного та суспільного блага. В матеріалах Міжнародної науково-практичної конференції "Церква і держава в служінні народу" (01.12.2005 р., м. Хмельницький) зазначалося, що церква відокремлена від держави, але не від власного народу, тому вона широко веде соціальну, просвітницьку і патріотичну діяльність..., впродовж багатьох століть була і є консолідуючою силою нашого суспільства, виховуючи високі моральні ідеали і справжні людські цінності, ... як серцевина нашого суспільства церква прагне допомогти молодій українській державі долати негативні явища сьогодення..., результатом співпраці держави і церкви стане не тільки відродження духовності нашого народу, але й з'являться успіхи в економічній сфері, тому що мораль і економіка взаємопов'язані [7].

У результаті взаємодії державної влади з традиційною релігією як духовною основою соціальних зв'язків, формою суспільної, свідомості формулюються суспільні орієнтації, здатні виражати інтереси різноманітних груп і прошарків населення, узгоджувати їх, ефективно регулювати соціальну взаємодію в суспільстві, забезпечуючи широкий спектр впливу на соціально-політичну обстановку в державі. Стверджені в результаті взаємодії державної і релігійної влад загальнолюдські цінності, налагодження на їхній основі гармонії між особистістю та суспільством є важливим об'єднуючим чинником суспільства, збереження його стабільності. А це створює умови для цивілізованого реформування українського суспільства на патріотично-духовних засадах, збагачуючи його гуманістичними ідеалами.

В основу взаємин церкви та держави на нинішньому історичному стані, як слушно підкреслюється в літературі [8], має бути покладена концепція великого українського сподвижника Христової Церкви, мудрого філософа та богослова митрополита Іларіона, згідно з якою держава має дбати про суспільні справи, а православна церква – про добро людських душ та їх спасіння, і вони мають жити відокремлено, але водночас і в гармонії, оскільки вони немовби складові єдиного організму, де церква є духовним тілом, а держава – фізичним. Значення релігійного аспекту в розбудові соціально організованого суспільства постійно зростає із збільшенням віруючих серед населення.

Отже, Україна, виробляючи партнерську модель державно-конфесійних відносин виходить із становища, що симфонія держави та церкви, яка стала давньоруською аксіомою розвитку та процвітання Київської Русі, повинна стати прикладом тісної та конструктивної взаємодії духовної та світської основ у формування стабільного базису сучасного українського суспільства; на сьогодні функції забезпечення інтеграції все більшою мірою беруть на себе державні правові інститути, посилюючи процес секуляризації, проте роль релігії у забезпеченні суспільної стабільності і солідарності, зміцненні моральних засад, залишається досить високою [9].

Водночас зазначимо, що в державно-церковних взаєминах релігійний чинник як невід'ємний атрибут суспільного життя має розглядатися багатоаспектно.

Маємо на увазі наявність у сучасній релігійній ситуації в Україні не лише традиційних, але й новітніх релігійних об'єднань – неокультів, окремі з яких своєю діяльністю можуть порушувати конституцію та законодавство держави, вносити деструкцію у суспільний розвиток.

Звичайно держава на конституційному рівні (ст. 35 Основного Закону) передбачає, що право на свободу світогляду і віросповідання включає свободу сповідувати будь-яку релігію. В унісон з цим положенням і відповідно до міжнародних нормативно-правових стандартів вітчизняне законодавство повинно, по-перше, упереджувати небезпеку діяльності неокультів і, по-друге, провадити протекціоністську політику стосовно традиційних церков як носіїв національної культури [10]. Ці тенденції більш виразно пропонується закріпити, оновлюючи законодавство, в Проекті концепції державно-конфесійних відносин в Україні, зокрема, коли йдеться про спільну діяльність держави і церкви у сфері протидії псевдорелігійним структурам, захисту суспільної моралі від культу насильства, жорстокості тощо. Робочою групою Міністерства юстиції України розроблена та ухвалена нова редакція Закону України “ Про свободу совісті та релігійні організації” [11]. Ця редакція закону, передбачаючи строки державної реєстрації релігійних організацій, найдовший строк (до 6-ти місяців) встановлює для релігійних організацій, які не представлені в Україні. Пояснюється це тим, що вони можуть бути зареєстровані тільки після проведення комплексного дослідження відповідності законодавству України віросповідної доктрини та практики діяльності релігійних організацій цієї течії. Доцільність впровадження в Україні інституту комплексного дослідження відповідності законодавству України віросповідної доктрини та практики діяльності релігійних течій, які не представлені в нашій державі викликана тим, що у сучасному світі, де посилюється релігійна чи псевдорелігійна складова різноманітних екстремістських рухів, національна безпека вимагає прискіпливого ставлення до нових віровчень. Якщо діяльність чи віросповідна доктрина течій, не представлених в Україні, суперечить національному законодавству, держава має повне право не реєструвати статuti організацій, що належать до цих течій аби захистити права і свободи своїх громадян [12].

Підсумовуючи, зазначимо, що прагнучи визначити засади взаємодії держави і релігійних об'єднань нова редакція Закону України про свободу совісті та релігійні організації, Проект концепції державно-конфесійних відносин в Україні, виходячи із закладених історією розвитку людського суспільства класичних засад взаємовідносин державної і церковної влад та керуючись реаліями сьогодення схиляються до створення (формування) партнерських взаємовідносин держави і церкви (релігійних організацій) (партнерської моделі державно-конфесійних відносин), за яких держава, церква та суспільство розглядають партнерські взаємовідносини, співробітництво між собою як дієвий засіб забезпечення свободи світогляду та віросповідання людини, подолання упередженості, виявів релігійної нетолерантності, міжконфесійних незгод, недовіри між конфесіями, між державою і церквою, церквою і суспільством.

1. Відомості Верховної Ради (ВВР), 1991, № 25, ст. 283.
2. *Цытин В.* Церковное право, М. 1994 р., издательство МФТИ, ст. 2
3. Там само, стор. 3–5.
4. Там само, стор. 212.

5. Правила Православної церкви с толкованиями Никодима, епископа Далматинско-Истринского, т.1, СПб., 1911, ст. 681.
6. Див. Проект Концепції державно-конфесійних відносин в Україні – [http://scnm.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=91737&cat\\_id=45925](http://scnm.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=91737&cat_id=45925)
7. Міжнародна науково-практична конференція “Церква і держава в служінні народу”, журнал “Вісник УПЦ”, № 51, 2005 р. – [http://pravoslavuye.org.ua/index.php?r\\_type=article&action=fullinfo&id=9811](http://pravoslavuye.org.ua/index.php?r_type=article&action=fullinfo&id=9811)
8. *Морзун В.А.* Суспільно політичні проблеми розбудови громадянського суспільства в незалежній Україні: історичний аспект, монографія, Донецький Національний університет, 2005, – [http://www.masters.donntu.edu.ua/qhistory/biblio/mono\\_1.html](http://www.masters.donntu.edu.ua/qhistory/biblio/mono_1.html)
9. *Ніколаєнко Н.* Функції релігії та їх зв’язок з охоронно-правничими функціями держави: історичний аспект – <http://experts.in.ua/baza/analytic/detail.php?ID.=17774>
10. Див. *Петрик В.М.* Шляхи та механізми вдосконалення державно-церковних відносин в Україні (на прикладі новітніх релігійних об’єднань), Автореферат дисертації..., кандидата наук з державного управління, Донецьк, 2004, стор 12, 14–18.
11. Див. Проект Закону України “Про свободу світогляду, віросповідання та релігійні організації” – <http://www.prochurch.info/index.php/news/more/5969>
12. *Г. Друзенко.* Між традицією та свободою. Аналітика – <http://www.risu.org.ua/ukr/religion.and.society/analysis/article;10725>

**GENERAL PRINCIPLES OF STATE  
AND RELIGIOUS ASSOCIATIONS CORRELATION IN UKRAINE:  
NOVELS OF LEGAL REGULATION**

*A. Kochkadan*

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

In the article general principles of state and religious associations correlation in Ukraine are elucidated. The main provisions of the concept in draft of state confession relations in Ukraine are analyzed. The author makes an emphasis on partnership model relations between church and state.

*Key words:* legal regulation, religious associations, state confession relations.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009  
Прийнята до друку 01.06.2009

## ПОНЯТТЯ ВЛАДНОГО ПОВНОВАЖЕННЯ

*Г. Ткач*

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

Охарактеризоване владне повноваження та його складові елементи. У науці адміністративного права виділяють наявність уповноваженого суб'єкта, владного веління імперативного характеру, забезпечення його законом, наявність системи гарантій. Також розглядаються види владних повноважень з огляду на різні критерії класифікації.

*Ключові слова:* суб'єкт владного повноваження, владні повноваження, державний орган, публічна адміністрація, публічний інтерес, компетенція, функції.

У різних сферах життя суспільства, держави і громадянина мають місце процеси і явища, які вимагають публічно-правового регулювання. Ці процеси пов'язані з потребами, задоволення яких відповідає соціальним інтересам. Йдеться про загальні потреби та інтереси, без забезпечення яких неможливим є задоволення як особистих, так і публічних інтересів, тобто інтересів суспільства в цілому. Завдяки такому регулюванню суспільні відносини, які виникають у сфері публічного управління, систематизуються і в суспільстві загалом створюється певний порядок. Цей порядок сприяє забезпеченню законних інтересів громадян, їхній охороні у випадку порушення.

Якщо говорити про публічно-правове регулювання, зокрема про його предмет, то він досить специфічний. Ця специфічність пов'язана не тільки з численністю об'єктів впливу, а також із предметами регулювання, які пов'язані між собою суспільним інтересом. І хоча завжди безпосереднім предметом впливу є вольова поведінка учасників правовідносин, особливістю цих учасників є їхній статус. У публічно-правовій сфері вони наділені здатністю використовувати владно-управлінські повноваження для вирішення важливих політичних, економічних та інших завдань, які мають соціальне значення. Іншими словами обов'язковим учасником публічно-правової діяльності є суб'єкт владних повноважень.

До кола цих суб'єктів належать органи держави, органи місцевого самоврядування, їхні посадові та службові особи, інші суб'єкти, які виконують делеговані повноваження. Відносини цих суб'єктів з іншими учасниками правовідносин будуються за схемою "влада-підпорядкування". Тобто, реалізуючи на практиці суспільні (публічні) інтереси, суб'єкти владних повноважень формують державну або суспільну волю у формі правового рішення і адресують її іншим учасникам правовідносин – громадянам, організаціям, моделюючи поведінку останніх. А вони, своєю чергою, зобов'язані виконувати встановлені правила (приписи). Наявність владних повноважень вказує на реальну здатність суб'єкта забезпечити поведінку іншої сторони в необхідних межах. Ця здатність зумовлена двома факторами: вираженням публічного інтересу і здійсненням владного повноваження. Ці фактори має об'єднувати ідея розумного поєднання і узгодження приватних і публічних інтересів.

Щодо поняття публічного інтересу, то у правовій літературі його тлумачать як визнаний державою і забезпечений правом інтерес соціальної спільноти, задоволення якого є умовою і гарантією її існування і розвитку. Тобто в прямому розумінні цього слова публічні інтереси – це свого роду узагальнені особисті, групові інтереси, без задоволення яких неможливо, з одного боку, реалізувати

приватні інтереси, а з другого – забезпечити цілісність, стабільність і нормальний розвиток організацій, соціальних верств, держави і суспільства в цілому. Конституційний Суд України рішенням від 1 грудня 2004 р. визначив “охоронюваний законом інтерес” як прагнення користуватися певним матеріальним та (або) нематеріальним благом, він є самостійним об’єктом судового захисту з метою задоволення індивідуальних та колективних потреб. Тобто, це інтереси особи, які безпосередньо не охоплені змістом установлених законом прав і свобод, але підлягають захисту з боку держави.

Вирішуючи ці важливі для суспільства і держави питання, суб’єкти владних повноважень виступають як носії публічного інтересу, основою якого служить суспільне благо. Однак зазначимо, що публічні інтереси задовольняються не тільки за допомогою владних повноважень. Використовуються й інші засоби його реалізації. Проте саме владним повноваженням досягається високий ступінь організованості публічно-правової та інших видів діяльності.

Первинними владними повноваженнями наділені державні органи. Саме через них державна влада визначає межі і обсяг владних повноважень інших суб’єктів – органів місцевого самоврядування, громадських організацій. Для них владні

повноваження є другорядними, похідними від повноважень органів державної влади. Це повноваження, які виключені з компетенції державних органів відповідно до законодавства і передані до компетенції органів місцевого самоврядування (Закон “Про місцеве самоврядування”) Одночасно ці повноваження виступають перш за все як спосіб об’єктивації державних функцій, а вже потім повноваженнями їх конкретних носіїв. І хоча держава передає їм ці повноваження, їх все ж таки не можна вивести з сфери державних інтересів і режиму функціонування державних органів. Держава вже формально не втручається у повноваження, інкорпоровані в компетенцію органів місцевого самоврядування, однак сам режим реалізації цих повноважень (метод реалізації і контролю, процедура реалізації, способи забезпечення реалізації, організаційні умови реалізації повноважень) не може в цілому відрізнитись від режиму здійснення повноважень державних органів при здійсненні однорідних функцій [1. с. 67].

Причиною інкорпорації державних повноважень в компетенцію органів місцевого самоврядування є необхідність децентралізації державної влади. Поряд з цим об’єктивно необхідним і постійним є здійснення певних державних функцій на місцевому рівні. Владні повноваження вважаються однією з особливих ознак державного органу, завдяки якій діяльність держави набуває організуючого характеру. Вони виражаються у виданні правових актів, обов’язкових для виконання, забезпеченні їхнього виконання різними заходами примусу.

Отож, владне повноваження можна розглядати як забезпечену законом вимогу уповноваженого суб’єкта належної поведінки і дій, звернену до громадян та юридичних осіб. Із цього визначення можна виокремити наступні елементи: по-перше, наявність уповноваженого суб’єкта. Згідно з діючим законодавством, зокрема ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства (КАС), такими суб’єктами можуть бути органи виконавчої влади, місцевого самоврядування, їхні посадові і службові особи, а також інші суб’єкти при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. Останні можуть виступати учасниками адміністративно-правових відносин не безпосередньо, а через свій апарат (органи законодавчої і судової влади). А деякі з них реалізують свої права і обов’язки в сфері адміністративно-правового регулювання безпосередньо (Національний банк України, Центральна

виборча комісія, Рада національної безпеки і оборони). Представляючи офіційно державну владу і виконуючи покладені на них завдання, вказані вище суб'єкти наділені правами та іншими засобами виражати і втілювати в життя державні інтереси. Саме для цього вони і наділені владними повноваженнями.

Окрім перекислених суб'єктів владних повноважень, беручи до уваги особливості провадження у виборчих спорах, такими суб'єктами також є виборчі комісії та комісії з референдуму, їх посадові і службові особи (ст. 172 КАС)

Виборчі комісії, відповідно до ч. 1 ст. 25 Закону “Про парламентські вибори”, є спеціальними колегіальними органами, уповноваженими організувати підготовку і проведення виборів депутатів і забезпечувати додержання та однакове застосування законодавства про вибори. А ч. 1 ст. 22 Закону “Про вибори Президента України” визначає виборчі комісії як спеціальні колегіальні державні органи. В ч. 14 ст. 33 Закону “Про парламентські вибори” зазначено, що рішення ВК, прийняте в межах повноважень, є обов'язковим до виконання всіма суб'єктами виборчого процесу, органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами. Інші статті виборчих законів визначають керівні посади ОВК, ТВК, ДВК. Отже, голова, заступник та секретар ОВК, ТВК і ДВК є посадовими особами виборчих комісій. Водночас член ВК має також розглядатись як суб'єкт владних повноважень у справах щодо оскарження його протиправних дій, якими порушено вимоги виборчого закону.

По-друге, владне повноваження – це веління (наказ, вимога, команда), звернене до другої сторони публічного правовідношення. Це веління, в більшості випадків, має імперативний характер, тобто обов'язкове до виконання. Така обов'язковість забезпечена заходами примусу (відповідальності) у випадку неналежної поведінки або дій другої сторони. Наприклад, Національний банк України, видаючи нормативно-правові акти, обов'язкові для органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, банків, підприємств, установ та організації, а також для фізичних осіб, має право також розглядати адміністративні справи, пов'язані з порушенням банківського законодавства, здійсненням ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку.

Центральна виборча комісія, реалізуючи надані їй владні повноваження, приймає рішення, які є обов'язковими для виконання всіма суб'єктами виборчого процесу чи процесу референдуму, а також органами виконавчої влади і місцевого самоврядування. Неналежне виконання, або невиконання чи несвоєчасне їх виконання тягне за собою передбачену законом відповідальність.

Третім елементом владного повноваження потрібно вважати забезпечення його законом. Власне закон є його джерелом. Законодавчі акти окреслюють межі владних повноважень, зв'язують їх суб'єктів правом. Навіть тоді, коли суб'єкт реалізує так звану дискреційну владу (дискреційні повноваження), він не повинен виходити за межі свободи, окреслені правом. Закон стоїть на перешкоді свавілля, суб'єктивізму. Вільний розсуд, через який реалізуються дискреційні повноваження, повинен здійснюватися в легальних межах. Орган публічної адміністрації, використовуючи такі повноваження, зобов'язаний передусім правильно оцінювати ситуацію, наявні факти і застосовувати до встановлених фактів чинні правові норми, не допускаючи при цьому зловживання владою. Загальні інтереси, спільне благо, а не особисті корисливі інтереси мають бути покладені в основу дій та рішень суб'єктів владних повноважень. Також адміністрація не повинна ігнорувати чи зневажати загальновизнані цінності й

розуміння спільного блага, людського добра, яке має служити мотивацією для правильного оцінювання ситуації й вибору рішення.

По-четверте, для владного повноваження характерним є потужне забезпечення, тобто наявність системи гарантій, які сприяють реалізації повноважень і стабільній діяльності державних органів. До цієї систем гарантій належить структурований апарат та корпус професіоналів, здатних кваліфіковано оцінювати ситуацію, здійснювати управління на високому професійному рівні. А це своєю чергою, гарантує високий рівень владування. Отже рівень управління значною мірою залежить від рівня підготовки кадрів.

Система гарантій владних повноважень включає також матеріальні та фінансові ресурси, без наявності яких їх здійснення було б неможливим, або здійснювалось на низькому рівні.

Рішення, які приймають органи державної влади, повинні забезпечуватись матеріально-технічними засобами.

Одним із найспецифічніших елементів владних повноважень є примус. Власне через нього суб'єкт владування підпорядковує волю адресатів, спонукаючи їх до необхідної поведінки, дій, або до утримання від заборонених дій. Наприклад, накладення на посадову особу державної служби дисциплінарного чи адміністративного стягнення, відмова у реєстрації суб'єкта підприємницької діяльності, скасування актів та ін.

Важливо звернути увагу на те, що владні повноваження мають свою специфіку. На їх формування впливають різноманітні фактори: політичні, правові, соціально-психологічні. Для правильного визначення на практиці елементів повноважень для різних рівнів та суб'єктів владування необхідною є класифікація владних повноважень. Ю.А. Тихомиров пропонує класифікувати владні повноваження за трьома критеріями: а) за характером повноваження, їх змістом та способом здійснення; б) за видами суб'єктів, які використовують владні повноваження; в) за режимом застосування владних повноважень [2, с. 145].

За першим критерієм владні повноваження поділяють на кілька груп. До першої групи він відносить повноваження по прийняттю імперативних рішень.

Друга група владних повноважень включає повноваження, які стосуються збирання, аналізу і використання інформації, вивчення ситуації і оцінки пропозицій. Для цього органи влади уповноважені робити запити, отримувати, вивчати, вносити пропозиції.

Третю групу характеризує така спільна риса, як ступінь дотичності і контактів з повноваженнями інших суб'єктів. До них можна віднести погодження, координацію, сприяння, досягнення домовленостей.

Четверта група повноважень виділяється за методами організаційно-інструктивного впливу на пасивний бік владних повноважень з метою спонукати їх діяти в загальному руслі правових актів. Це, зокрема такі повноваження, як організація, інструктування, медична допомога, стимулювання, узагальнення досвіду.

П'ята група охоплює владні повноваження контрольно-оцінювального характеру: контролювання, перевірка, оцінювання, заслуховування, застосування заходів відповідальності.

Класифікація владних повноважень за другим критерієм дає змогу розрізнити їх за суб'єктом. До них належать, передусім суб'єкти, які наділені первинними владними повноваженнями: держава, державні утворення (адміністративно-територіальні утворення), державні органи, їх посадові та службові особи, органи

місцевого самоврядування. Владними повноваженнями, які є похідними і делегованими на підставі закону державою, можуть наділятися господарюючі суб'єкти, публічні корпорації, громадські організації. Виходячи із п. 7 ст. 3 КАС, до суб'єктів владних повноважень відносяться також інші суб'єкти, які здійснюють владні управління функції, тобто владні повноваження в рамках діяльності держави чи місцевого самоврядування, що не належать до законодавчих повноважень та повноважень здійснювати правосуддя. Таке тлумачення суб'єкта владних повноважень є значно вужчим, ніж вказувалось вище.

Зазначені критерії класифікації владних повноважень є цілком слушними, однак їх перелік з огляду на розширення функцій органів публічної адміністрації можна розширити. Власне владні повноваження є необхідні для реалізації публічною адміністрацією та іншими органами комплексу покладених на них прав та обов'язків. Вони свідчать проте, які конкретні права та обов'язки має орган для вирішення окреслених компетенцією цілей та завдань.

1. Уваров А.А. О государственных полномочиях в компетенции органов местного самоуправления // Государство и право. – 2002. – № 10.
2. Тихомиров Ю.А. Публичное право. Изд-во БЕК. Москва, 1995. – С. 482

## CONCEPT OF IMPERATIVE AUTHORITY

*H. Tkach*

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

The article deals with the analysis of imperative authority and its elements. In the science of administrative law existence of an authorized subject, enactment of imperative character, its law enforcement, system of guarantees provision are singled out. Kinds of imperative authority are analysed, paying special attention to different classification criteria.

*Key words:* subject of imperative authority, imperative authority (powers), state body, public administration, public interest, competence, functions.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009  
Прийнята до друку 01.06.2009

# ЦИВІЛЬНЕ, ГОСПОДАРСЬКЕ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

## ВИРІШЕННЯ СУДОМ ПИТАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ НАСТАННЯМ ОБСТАВИН, ЯКІ УСКЛАДНЮЮТЬ АБО УНЕМОЖЛИВЛЮЮТЬ ВИКОНАННЯ РІШЕННЯ

*О. Верба*

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

Розглянено повноваження суду щодо вирішення питань про відстрочку, розстрочку виконання рішення, зміну чи встановлення способу і порядку виконання рішення суду. Автор дослідив правове регулювання цих інститутів, виявив прогалини та недоліки у ньому. Законодавчі положення супроводжуються прикладами з судової практики. Сформульовано зміни до ЦПК України, які б зміцнили гарантії учасників процесу щодо реального захисту (поновлення) їхніх прав.

*Ключові слова:* суд; розстрочка виконання рішення суду, відстрочка виконання рішення суду, зміна чи встановлення способу і порядку виконання рішення суду, виконавче провадження.

Ефективність правозастосовної практики найяскравіше проявляється на стадії виконавчого провадження. Участь суду у завершальному етапі захисту порушених прав осіб є істотною гарантією поновлення цих прав, оскільки зміст усієї правозастосовної діяльності, а також захисту державою прав, свобод та інтересів осіб полягає у реалізації рішення суду або акта іншого юрисдикційного органу.

До виключної компетенції суду у виконавчому провадженні належить вирішення питань, пов'язаних із настанням обставин, які перешкоджають, ускладнюють або унеможливають виконання рішення, зокрема – про відстрочку, розстрочку виконання рішення, зміну чи встановлення способу і порядку виконання рішення. Суд уповноважений в кожній ситуації на власний угляд оцінювати підстави для зміни перебігу виконання рішення.

Різні аспекти інститутів відстрочки, розстрочки, зміни чи встановлення способу і порядку виконання рішення були предметом дослідження у процесуальній літературі. Зокрема, цією проблематикою займалися такі науковці: В.А. Гучинський [7], Є.В. Дячук [8], В.В. Захаров [9], П. Ільїнський [10], О.В. Ісаєнкова [17] Н.В. Кожевнікова [11], А.А. Маскуров [13], Н.Д. Налобін [14], Є. Новікова, М. Юков [16], В. Просянка [18], С.Я. Фурса, С.В. Щербак [22] та ін. Однак, повноваження суду щодо вирішення питання про відстрочку або розстрочку виконання, зміну чи встановлення способу і порядку виконання рішення на стадії виконавчого провадження досліджено фрагментарно. У нашому дослідженні зроблені пропозиції вдосконалення правового регулювання цих інститутів та наведені міркування щодо шляхів вирішення проблем теорії та практики їх застосування.

Згідно зі ст. 373 Цивільного процесуального кодексу України [1] (далі – ЦПК України), ст. 33 Закону України “Про виконавче провадження” [2], п.п. 4.4.1, 4.4.2 Інструкції про проведення виконавчих дій [3] за наявності обставин, що утруднюють

виконання рішення (хвороба боржника або членів його сім'ї, відсутність присудженого майна в натурі, стихійне лихо тощо), за заявою державного виконавця (за його ініціативою або за заявою сторін, поданою державному виконавцеві) або за заявою сторони суд, який видав виконавчий документ, у десятиденний строк розглядає питання про відстрочку або розстрочку виконання, зміну чи встановлення способу і порядку виконання рішення в судовому засіданні з викликом сторін і у виняткових випадках може відстрочити або розстрочити виконання, змінити чи встановити спосіб і порядок виконання рішення.

Для того, щоб з'ясувати сутність повноважень суду при виникненні необхідності вирішення згаданих питань, вважаємо за необхідне, перш за все, визначити зміст понять "відстрочка виконання рішення", "розстрочка виконання рішення", "спосіб виконання рішення", "порядок виконання рішення".

Зазначимо, що нормативного визначення змісту цих понять поки що не існує, незважаючи на нагальну потребу в цьому. Підтвердженням є неоднозначне застосування цих норм у судовій практиці.

З метою уніфікації застосування законодавчих положень про обставини, які перешкоджають, ускладнюють або унеможливають здійснення примусового виконання рішення, вища судова інстанція дає такі роз'яснення названих вище понять, які, фактично, зараз є аксіоматичними для різних видів судочинства [5]: так, відстрочка – це відкладення чи перенесення виконання рішення на новий строк, який визначається судом (наприклад, відстрочка може надаватись за рішенням, у якому суд визначає певний термін звільнення приміщення, повернення майна тощо).

На нашу думку, чіткіше та більш вдале визначення поняття "відстрочка" міститься у теорії цивільного процесу. Так, А.Н.Балашов під відстрочкою виконання розуміє перенесення органом, який видав виконавчий документ, початку строку виконання на пізнішу дату, ніж передбачено загальними правилами виконавчого провадження; протягом періоду часу, на який надано відстрочку, виконавчі дії не вчиняються, заходи примусового виконання не застосовуються [17, с. 132].

Відповідно до пункту ч.1 ст.22 Закону України "Про виконавче провадження", п.3.4.1 Інструкції про проведення виконавчих дій у випадку надання судом, який видав виконавчий документ, відстрочки виконання рішення строки пред'явлення виконавчого документа до виконання перериваються. Після переривання строку пред'явлення виконавчого документа до виконання перебіг строку поновлюється. Час, що минув до переривання строку, до нового строку не зараховується.

У випадку надання судом, який видав виконавчий документ, відстрочки виконання рішення виконавче провадження підлягає обов'язковому зупиненню до закінчення існування названих обставин вмотивованою постановою про зупинення виконавчого провадження державного виконавця, затвердженою начальником відповідного відділу державної виконавчої служби, згідно з п.13 ч.1 ст.34, ст.36 Закону України "Про виконавче провадження", абз.14 п.4.5, п.4.7 Інструкції про проведення виконавчих дій.

За ч.3 ст.24 Закону України "Про виконавче провадження" виконавчий документ, виданий на підставі рішення, яким надана відстрочка виконання, приймається державним виконавцем до виконання після закінчення терміна відстрочки в межах строку, встановленого для пред'явлення цього виконавчого документа.

Якщо не закінчилася відстрочка виконання рішення, надана судом, яким постановлено рішення, то за п. 5 ч. 1 ст. 26 Закону України “Про виконавче провадження”, абз. 6 п. 3.8.1 Інструкції про проведення виконавчих дій державний виконавець відмовляє у відкритті виконавчого провадження.

Наведемо приклад надання відстрочки виконання рішення з судової практики. Так, рішенням Оболонського районного суду м. Києва від 20.09.2006 р. у справі за позовом О.О. Кравченко до Київського інституту інформаційних технологій про відшкодування шкоди, спричиненої ушкодженням здоров'я у виконанні трудових обов'язків, вирішено стягнути з відповідача на користь позивача заборгованість по відшкодуванню шкоди за період з 01.05.1992 р. по 01.04.2001 р. в сумі 30 022 грн 32 коп та моральну шкоду в сумі 3000 грн. Рішення набрало законної сили і державним виконавцем було відкрите виконавче провадження. Представником боржника Т.П. Терезюк було подано до суду заяву про відстрочку виконання судового рішення від 20.09.2006 р. у зв'язку з тим, що боржник – Київський інститут інформаційних технологій є бюджетною установою з чітко визначеною системою фінансування, бюджетні асигнування для зазначених виплат виділяються на підставі затвердженого кошторису, який складається на один рік. Оскільки сума коштів згідно з рішенням суду не була передбачена в кошторисі на 2006 р., виконання рішення нині є утрудненим, тому представник боржника просить суд відстрочити виконання судового рішення на півроку для внесення вказаної суми у кошторис на 2007 р. і виплати стягувачеві. Стягувач заперечує проти вказаної заяви. Суд за вказаних обставин вважає, що заява про відстрочення виконання рішення є законною, обґрунтованою і підлягає задоволенню. Керуючись ст. 373 ЦПК України, суд ухвалив задовольнити заяву боржника про відстрочку виконання судового рішення, відстрочити виконання рішення суду від 20.09.2006 р. у справі за позовом Кравченко О.О. до Київського інституту інформаційних технологій – до 23.06.2007 р. [19, с. 406–407].

Прикладами обставин, які ускладнюють виконання рішення суду і є підставами для надання відстрочки, можуть бути: хвороба дитини у справі про виселення відповідачів з неповнолітньою дитиною; ініціювання оформлення самочинного будівництва у справі з вимогою знести самочинно зведену будівлю.

Суд у кожному конкретному випадку за своїм внутрішнім переконанням оцінює наявні у справі докази і вирішує питання про наявність чи відсутність причин, які перешкоджають виконанню рішення суду. Так, 28.01.2004 р. філія акціонерного комерційного банку (далі – філія АКБ) звернулася до суду із заявою про надання відстрочки виконання рішення суду від 27.08.2002 р., яким було задоволено позов про усунення перешкод у користуванні квартирами (захист права власності), не пов'язаному із позбавленням володіння, і визнання недейсним висновку про можливість прийняття до експлуатації реконструкції фасаду та вбудованого приміщення. Цим рішенням суду філію АКБ також було зобов'язано здійснити перебудову покрівлі та парапету вбудованого приміщення, знизивши рівень покрівлі у місці приєднання до зовнішньої стіни будинку на 35 см, а висоту парапету в найвищій його частині – на 135 см. Філія АКБ просила суд відстрочити виконання рішення в частині здійснення перебудови покрівлі та парапету до червня 2004 р., оскільки почати проведення робіт з перебудови покрівлі та парапету можливо не раніше квітня 2004 р., а тривалість будівельних робіт становить 34 місяці. Проведення будівельних робіт до квітня, тобто у зимовий період, істотно підвищує витрати на їх здійснення. Окрім цього, під час проведення робіт у зимовий період необхідно встановлювати огорожу, чим би

заступалися вікна квартир другого поверху. До того ж, через неможливість обігріву приміщення, яке підлягає реконструкції, з причин пожежної безпеки у зв'язку із дією низьких температур може зіпсуватися внутрішнє оздоблення приміщень (шпалери, підвісні стелі, оздоблення внутрішніх бар'єрних стійок). За результатами розгляду заяви суд дійшов висновку, що відмова у наданні відстрочки виконання рішення суду спричинить значні збитки боржникові, а також – порушення прав мешканців будинку. Водночас суд не погодився з тим, що відстрочка виконання рішення суду повинна бути надана до червня 2004 р., оскільки всі наведені вище фактори, які перешкоджають виконанню рішення суду у найекономніший спосіб та уникненню завдання незручностей мешканцям будинку, мають місце лише протягом зимового періоду. Тому суд ухвалив задовольнити заяву філії АКБ частково – надати розстрочку виконання рішення суду до 05 квітня 2004 р. (а не до червня 2004 р.) [17, с. 129–131].

Розстрочка означає виконання рішення частками, встановленими судом, з певним інтервалом у часі. Строки виконання кожної частки також повинен визначити суд. При цьому слід мати на увазі, що розстрочка можлива при виконанні рішення, яке стосується предметів, що діляться (гроші; майно, не визначене індивідуальними ознаками; декілька індивідуально визначених речей тощо) (п. 1.2 Роз'яснення Вищого арбітражного суду України “Про деякі питання практики застосування статті 121 Господарського процесуального Кодексу України”).

Без сумніву, що розстрочка надається у виняткових випадках і в розумних межах. Однак на практиці судді неоднозначно сприймають поняття “розумна межа”. Так, у справі за позовом державного підприємства “Енергоринок” до ВАТ “Одесаобленерго” про стягнення 96 585 685,02 грн, в тому числі 66 733 705,88 грн основного боргу, 6 322 330, 56 грн пені, 18 980 385,07 грн інфляційних нарахувань і 4 523 645,51 грн – річних було розстрочено виконання рішення на 540 місяців. Верховний Суд не погодився з висновками судів про обґрунтованість збільшення розстрочки виконання рішення суду і скасував рішення апеляційної і касаційної інстанцій, а рішення суду першої інстанції залишив в силі [6, с. 1, 20].

Отже, розстрочкою виконання рішення є надання судом боржникові можливості здійснювати виконання юрисдикційного акта частинами протягом визначеного періоду часу, тобто, приписи виконавчого документа мають бути виконані боржником у частині та протягом строку, які встановлені в акті про надання розстрочки.

Перш ніж давати визначення зміни чи встановлення способу і порядку виконання рішення, слід з'ясувати, що означає спосіб виконання рішення і порядок виконання рішення, адже спосіб і порядок виконання рішень судів та інших юрисдикційних органів визначають межі реалізації прав осіб на стадії виконавчого провадження. Саме зміст рішення суду чи інших юрисдикційних органів, яке підлягає примусовому виконанню, визначає застосування конкретних засобів примусу.

Зміст поняття “порядок” полягає в тому, що це стан, коли все робиться, виконується так, як слід, відповідно до певних вимог, правил тощо.; упорядкованість, лад; певна послідовність, черговість чого-небудь [20, с. 302–304]. Термін “порядок виконання рішення” науковці визначають так: це визначена законодавством послідовність і зміст вчинення виконавчих дій державним виконавцем, а також права і обов'язки суб'єктів виконавчого провадження під час їх вчинення [22, с. 349].

На нашу думку, керуючись змістом поняття “порядок”, до змісту терміна “порядок виконання рішення” не можуть входити зміст виконавчих дій та права і обов’язки суб’єктів. Вважаємо, що порядок виконання рішення – це певна послідовність вчинення виконавчих дій суб’єктами виконавчого провадження, передбачена законодавством. Наприклад, при наданні судом відстрочки або розстрочки виконання рішення загальний порядок виконання рішення змінюється і рішення виконується в особливому порядку. Погоджуємося з позицією науковців про те, що відстрочка і розстрочка виконання рішення є похідними, вужчими поняттями, ніж порядок виконання рішення [22, с. 349].

Поняття “спосіб” означає певну дію, прийом або систему прийомів, яка дає змогу зробити, здійснити що-небудь, досягти чогось; те, що служить знаряддям, засобом в якій-небудь справі, дії [21, с. 578–579].

Наша позиція щодо визначення поняття “спосіб виконання рішення” полягає в тому, що це передбачені законом дії і прийоми, які застосовують суб’єкти виконавчого провадження, і які спрямовані на примусове виконання рішення без згоди боржника.

Так, відповідно до ст. 4 Закону України “Про виконавче провадження” заходами примусового виконання рішень є: 1) звернення стягнення на майно боржника; 2) звернення стягнення на заробітну плату (заробіток), доходи, пенсію, стипендію боржника; 3) вилучення у боржника і передача стягувачеві певних предметів, зазначених у рішенні; 4) інші заходи, передбачені рішенням. Як бачимо з цієї статті, перелік заходів примусового виконання рішення не є вичерпним, оскільки суд, виходячи із обставин конкретної справи, може передбачити різні шляхи захисту прав, які встановлені у ст. 16 ЦК України, перелік яких теж не є вичерпним.

Під зміною способу і порядку виконання рішення згідно з п. 1.3 Роз’яснення Вищого арбітражного суду України “Про деякі питання практики застосування статті 121 Господарського процесуального Кодексу України” слід розуміти прийняття судом нових заходів для реалізації рішення в разі неможливості його виконання у порядку і способом, раніше встановленими (наприклад, зміна способу виконання рішення можлива шляхом видозмінення зазначеної у рішенні форми (грошової чи майнової) виконання, тобто за відсутності у боржника присудженого позивачеві майна в натурі або грошових коштів, достатніх для покриття заборгованості).

Для ілюстрації викладених положень наведемо приклад із судової практики. Так, рішенням Оболонського районного суду м. Києва від 08.10.2006 р. у справі за позовом С.В. Конакової до В.В. Омельченка про розподіл спадщини вирішено розподілити майно, отримане С.В. Конаковою і В.В. Омельченком у спадок, виділивши С.В. Конаковій кольоровий телевізор “Samsung AK-1200”, вартістю 2500 грн, В.В. Омельченку – холодильник “Stinol-24 E”, вартістю 2500 грн. Рішення у фекі законної сили. Державний виконавець ДВС Оболонського управління юстиції м. Києва 19.11.2006 р. за місцем проживання боржника виконав рішення суду щодо передання у власність С.В. Конаковій присудженого їй майна. Однак кольорового телевізора “Samsung AK-1200” в наявності не виявлено, про що державний виконавець в присутності свідків склав відповідний акт. В акті зазначено, що, зі слів боржника, він був змушений терміново продати телевізор за оголошенням, оскільки тяжко захворіла його донька – В.В. Омельченко і була потрібна велика сума грошей для проведення операції та післяопераційного лікування. За цих обставин С. В. Конакова звернулася до суду із заявою про зміну

способу і порядку виконання рішення і просила суд стягнути з боржника вказану в рішенні вартість реалізованого ним майна. Суд ухвалив задовольнити заяву С.В. Конакової, змінити спосіб і порядок виконання рішення суду від 08.10.2006 р. у справі за позовом С.В. Конакової до В.В. Омельченка про розподіл спадщини в частині передачі Омельченком В. В. на користь Конакової С.В. телевізора “Samsung AK-1200”, стягнути з Омельченка В.В. на користь Конакової С.В. вартість телевізора “Samsung AK-1200” в сумі 2500 грн [19, с. 405–406].

Зазначимо що суд, постановляючи ухвалу про зміну способу виконання рішення, не може змінювати зміст цього рішення. Наведемо приклад. Суд, розглянувши справу за позовом Л. до З. про повернення речей, зобов'язав відповідачку повернути сервант, ліжко, крісло-ліжко, стільці, телевізор. Під час виконання рішення виконавцем було встановлено, що на ліжку та кріслі-ліжку порвана оббивка, а сервант має подряпини. Л. відмовилася від отримання цього майна. Суд постановив ухвалу про зміну порядку виконання рішення, якою із З. було постановлено стягнути вартість ліжка, крісла-ліжка та серванта. Апеляційна інстанція скасувала ухвалу про зміну порядку виконання рішення та вказала, що суд не встановив момент пошкодження майна – під час користування ним або вже після ухвалення рішення. При присудженні майна в натурі суд першої інстанції не вказав у рішенні вартості майна, яке мало бути стягнене з відповідача у випадку, якщо в процесі виконання рішення присудженого майна не буде в наявності [18, с. 8].

У процесі виконання рішення про виселення боржника особі, яка підлягає виселенню, має бути надано інше житлове приміщення, і державний виконавець надсилає відповідному житловому чи іншому органу повідомлення про строк виконання рішення щодо надання такого приміщення. У разі ненадання у визначений строк іншого житлового приміщення державний виконавець складає про це акт і звертається до суду з поданням про визначення порядку подальшого виконання рішення. До вирішення судом цього питання виконавчі дії не провадяться. У разі виникнення обставин, які перешкоджають виконанню рішення або його унеможливають, державний виконавець виносить постанову про зупинення виконавчого провадження і звертається до суду з поданням про роз'яснення подальшого порядку виконання або про відстрочку виконання (ч. 8 ст. 79 Закону України “Про виконавче провадження”, п. 8.4.7 Інструкції про проведення виконавчих дій).

Відповідно до абз. 2 п. 10 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 14 “Про практику розгляду судами скарг на рішення, дії або бездіяльність органів і посадових осіб державної виконавчої служби та звернень учасників виконавчого провадження” у разі звернення державного виконавця з поданням щодо визначення порядку подальшого виконання рішення про виселення особи із займаного приміщення з наданням іншого за умови його невиконання зобов'язаною особою (ч. 8 ст. 79 Закону України “Про виконавче провадження”) суд залежно від фактичних обставин та за наявності згоди особи (осіб), яка підлягає виселенню, може постановити ухвалу про заміну житлового приміщення, яке мало бути надане при виселенні, іншим [4].

Якщо у законодавстві передбачені альтернативні дії виконавця щодо звернення стягнення, то він не зобов'язаний звертатися до суду із заявою про зміну способу і порядку виконання рішень суду, наприклад, у випадках, передбачених ч.ч. 5–6 ст. 50 Закону України “Про виконавче провадження”: у разі відсутності у боржника коштів та цінностей, достатніх для задоволення вимог стягувача,

стягнення звертається також на належне боржникові інше майно; якщо у виконавчому документі про стягнення грошових коштів не вказано певного номера рахунка, з якого мають бути стягнені грошові кошти, то в разі відсутності у боржника коштів та цінностей, достатніх для задоволення вимог стягувача, державний виконавець виносить постанову про звернення стягнення на майно боржника. Якщо ж у законі є конкретна вказівка, то виконавець має обов'язок звернутися до суду з метою вирішення питання про заміну способу та порядку виконання рішення, наприклад, якщо у виконавчому документі про стягнення грошових коштів вказаний певний номер рахунка, з якого мають бути стягнені грошові кошти, то в разі відсутності коштів на цьому рахунку державний виконавець не пізніше місячного строку від дня відкриття виконавчого провадження звертається до органу, який видав виконавчий документ, з клопотанням про заміну способу та порядку виконання рішення шляхом звернення стягнення на майно боржника або встановлення іншого способу та порядку виконання рішення (ч. 7 ст. 50 Закону України "Про виконавче провадження").

У ст. 373 ЦПК України не передбачено вичерпного переліку підстав для надання судом відстрочки або розстрочки виконання, зміни чи встановлення способу і порядку виконання рішення. В нині чинній редакції цієї статті доволі нечітко окреслено ці підстави фразою "обставини, що утруднюють виконання рішення" і в дужках дано примірний перелік таких обставин, зокрема: хвороба боржника або членів його сім'ї, відсутність присудженого майна в натурі, стихійне лихо тощо.

Верховний Суд України у п. 10 Постанови "Про практику розгляду судами скарг на рішення, дії або бездіяльність органів і посадових осіб державної виконавчої служби та звернень учасників виконавчого провадження" вказує, що суду у вирішенні заяв державного виконавця чи сторони про відстрочку або розстрочку виконання рішення, встановлення або зміну способу й порядку його виконання потрібно мати на увазі, що їх задоволення можливе лише у виняткових випадках, які суд визначає, керуючись особливим характером обставин, що ускладнюють або виключають виконання рішення (хвороба боржника або членів його сім'ї, відсутність у нього майна, яке за рішенням суду має бути передане стягувачу, стихійне лихо, інші надзвичайні події тощо). Тобто, Верховний Суд України не дає чітких роз'яснень щодо цих підстав, підкреслюючи роль судового угляду в оцінці цих обставин що, своєю чергою, не сприяє забезпеченню правильного й однакового застосування відповідного законодавства.

Зазначимо, що в ЦПК України важко передбачити виключно всі підстави, оскільки вони мають оцінний характер і їх дуже багато, виходячи з безконечної кількості життєвих ситуацій.

Підставою для відстрочки, розстрочки, зміни способу та порядку виконання рішення згідно з п. 2 Роз'яснення Вищого арбітражного суду України "Про деякі питання практики застосування статті 121 Господарського процесуального Кодексу України" можуть бути конкретні обставини, що ускладнюють виконання рішення або роблять його неможливим у строк або встановленим судом способом. При цьому згоди сторін на вжиття цих заходів не вимагається, і суд законодавчо не обмежений будь-якими конкретними термінами відстрочки чи розстрочки виконання рішення. Проте, вирішуючи питання про відстрочку чи розстрочку виконання рішення, зміну способу і порядку виконання рішення, суд повинен враховувати матеріальні інтереси сторін, їх фінансовий стан, ступінь вини

відповідача у виникненні спору, наявність інфляційних процесів у економіці держави та інші обставини справи.

Отже, як бачимо, у господарському судочинстві визначені більш конкретні критерії, якими повинні керуватися суди у вирішенні питання про відстрочку, розстрочку виконання, зміну, встановлення способу, порядку виконання рішення.

Погоджуємося з поглядом Ю.В. Білоусова, що суд у вирішенні цих питань повинен враховувати те, що обставини, які утруднюють виконання рішення, повинні існувати насправді, в реальності, та безпосередньо не дозволяти виконувати рішення суду в строки, в обсязі та в порядку, визначених у рішенні. І, відповідно, суд не може вважати підставами для надання відстрочки або розстрочки виконання рішення, зміни чи встановлення способу і порядку його виконання обставини, які зумовлені суб'єктивним фактором і неправомірною поведінкою з боку сторін. Наприклад, у випадку несвоєчасного одержання сторонами документів виконавчого провадження, внаслідок чого вони були позбавлені можливості використати надані їм законом права, державний виконавець відкладає виконавчі дії відповідно до ст. 32 Закону України "Про виконавче провадження". У цій ситуації не застосовується інститут відстрочки виконання рішення [23, с. 718–719].

Ще один приклад: у разі, якщо стягувач перешкоджає провадженню виконавчих дій, виконавчий документ, прийнятий державним виконавцем до виконання, за яким стягнення не провадилося або було проведено частково, за постановою державного виконавця повертається стягувачеві згідно зі ст. 40 Закону України "Про виконавче провадження". Такі дії стягувача не мають розцінюватися судом як обставини, які ускладнюють чи унеможливають виконання судового рішення.

Оскарження рішення суду стороною не перешкоджає та не ускладнює реального виконання такого рішення і тому не може бути підставою для надання відстрочки. У випадку скасування рішення суду вищою судовою інстанцією для захисту прав боржника існує інститут повороту виконання (ст.ст. 380–382 ЦПК України).

Поділяємо позицію В. Просянка, згідно з якою відстрочка чи розстрочка виконання рішення не може бути надана щодо рішень, негайне виконання яких допущене судом (п. 7) ч. 1 ст. 214, ст. 367 ЦПК України); а також щодо рішень у справах, які виникли з особистих немайнових правовідносин, – через специфіку способів захисту у таких категоріях справ [18, с. 8].

М.Й. Штефан, Г.С. Волосатий обґрунтовують погляди про те, що для відстрочки, розстрочки виконання рішення існують підстави, які ускладнюють його виконання, а для зміни способу і порядку виконання – обставини, які унеможливають виконання рішення [24, с. 540–541; 15, с. 572].

Ми погоджуємося з точкою зору науковців, проте, з огляду на обґрунтовану нами позицію щодо відстрочки та розстрочки виконання рішення як похідних від порядку виконання, уточнюємо, що, на нашу думку, для зміни порядку виконання необхідна наявність обставин, які ускладнюють виконання рішення.

Вважаємо необхідним в контексті обсягу повноважень суду щодо надання відстрочки, розстрочки виконання, зміни, встановлення способу і порядку виконання рішення на стадії виконавчого провадження звернути увагу на межі таких повноважень. Суд, вирішуючи ці питання, на нашу думку, не має права змінювати чи ухвалювати фактично нове рішення, маскуючи такі дії постановленням ухвали про відстрочку, розстрочку, зміну, встановлення способу і

порядку виконання рішення. Виходячи з принципу диспозитивності, вважаємо, що суд не може ініціювати вирішення цих питань. Відповідне клопотання має подаватися сторонами.

Законодавцем правильно, на наш погляд, встановлено підсудність розгляду і вирішення питань про відстрочку, розстрочку виконання, зміну, встановлення способу і порядку виконання рішення: повноваженнями щодо розгляду таких категорій справ наділений суд, який видав виконавчий документ.

Із змісту норми ст. 373 ЦПК України випливає те, що суд не зобов'язаний задовольняти звернення заявника, оскільки відстрочка, розстрочка виконання рішення, зміна, встановлення способу, порядку його виконання допускаються у виняткових випадках і залежно від обставин справи та обґрунтованості їх доказами. Наша позиція співпадає з роз'ясненням Вищого Арбітражного суду України "Про деякі питання практики застосування статті 121 Господарського процесуального Кодексу України" (п. 7). Так, ч. 3 ст. 121 ГПК вимагає від господарського суду винесення ухвали про відстрочку або розстрочку виконання рішення, зміну способу і порядку його виконання. Оскільки форма процесуального документа, який приймається за наслідками розгляду даного питання, не ставиться у залежність від вирішення по суті, то як прийняття, так і відхилення вимог заявника щодо відстрочки, розстрочки або зміни способу і порядку виконання рішення повинно оформлюватись ухвалою господарського суду, яку може бути переглянуто на загальних підставах згідно з розділами XII і XII-1 ГПК.

Ще одним недоліком чинної редакції ст. 373 ЦПК України, окрім відсутності визначення ключових понять, критеріїв, якими повинен керуватися суд при встановленні винятковості випадків та оцінюванні обставин, які утруднюють виконання рішення, є те, що законодавцем не передбачено вимог до змісту заяви та процесуального результату розгляду такого звернення судом. Пропонуємо доповнити цю статтю ЦПК України положеннями такого змісту:

"Заява про відстрочку, розстрочку виконання рішення, зміну, встановлення способу, порядку його виконання повинна подаватися у письмовій формі та містити: найменування суду, до якого подається заява; ім'я (найменування) сторін, а також ім'я представника заявника, якщо заява подається представником, їхнє місце проживання або місцезнаходження, поштовий індекс, номер засобів зв'язку, якщо такий відомий; зазначення у якій справі подається заява; виклад обставин, які ускладнюють або унеможливають виконання рішення, обґрунтування їх поважності, докази на підтвердження цих обставин, зазначення клопотання заявника – відстрочити, розстрочити виконання рішення, змінити, встановити спосіб, порядок його виконання; дата подання заяви; підпис особи, яка її подає.

Судове засідання, у якому розглядатиметься питання про відстрочку, розстрочку виконання рішення, зміну, встановлення способу, порядку його виконання має відбутися протягом десяти днів з моменту постановлення ухвали судом про призначення судового засідання.

За результатами розгляду заяви про відстрочку, розстрочку виконання рішення, зміну, встановлення способу, порядку його виконання суд постановляє мотивовану ухвалу про задоволення або ухвалу про відмову у задоволенні відповідної заяви.

Ухвали можуть бути оскаржені в апеляційному порядку відповідно до п. 20 ч. 1 ст. 293 ЦПК України.

Ухвала надсилається сторонам та відповідному органу державної виконавчої служби за місцем виконання рішення".

Видається, що норми ст. 373 ЦПК України, ч. 3 ст. 33 Закону України “Про виконавче провадження”, п. 4.4.3 Інструкції про проведення виконавчих дій, які імперативно передбачають положення про те, що за іншими рішеннями (окрім судових) відстрочка або розстрочка виконання, встановлення чи зміна способу і порядку виконання не допускаються, слід змінити, оскільки безпідставно звужуються повноваження суду всупереч конституційному положенню про те, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі.

Як під час ухвалення рішення (ст. 217 ЦПК України), так і на стадії його примусового виконання (ст. 373 ЦПК України) суд наділений повноваженнями щодо надання відстрочки чи розстрочки виконання, визначення порядку і строку його виконання. Хоч це два різні процесуальні інститути, проте, вони не виключають один одного в одній і тій самій справі. Наприклад, при ухваленні рішення суд може, мотивуючи і враховуючи думки сторін, надати розстрочку виконання рішення, вказавши конкретні строки виконання (сплати грошових сум), а на стадії виконавчого провадження можуть змінитися обставини і виникає потреба у зміні способу виконання рішення.

Отже, до компетенції суду на стадії виконавчого провадження належить право у виняткових випадках надавати стороні, яка програла процес, можливість відстрочення або розстрочення виконання рішення. Загалом, відстрочка чи розстрочка виконання є ефективними для поновлення прав лише у випадку, коли боржник добросовісний і не веде своєї діяльності за принципом поповнення оборотних засобів за рахунок стягувача. Доцільно бути особливо пильним, коли контрагент-боржник за умови надання йому відстрочки чи розстрочки платежу першим звертається з пропозицією укласти мирову угоду, визнає заборгованість, погоджується сплатити штрафні санкції, інфляційні збитки, річні тощо. Такий боржник, зазвичай, може мати на меті отримати прибутки від неодноразового використання в товарно-грошовому обігу значних сум, які він заборгував стягувачеві, а мирову угоду та заяву про відстрочку чи розстрочку виконання використати як тактичний прийом, щоб відтермінувати в часі момент примусового стягнення.

Важлива і відповідальна роль суду в цьому випадку полягає в тому, що сторони можуть розраховувати на захист своїх прав, незважаючи на труднощі, які виникають під час примусового виконання рішення, через передбачену законом процесуальну можливість вирішення питань щодо надання відстрочки, розстрочки виконання, зміни чи встановлення способу і порядку виконання рішення. Лише суд наділений повноваженнями оцінювати докази, подані на підтвердження обставин, що ускладнюють виконання рішення або роблять його неможливим.

Незважаючи на відсутність вичерпного законодавчого переліку підстав для надання відстрочки, розстрочки виконання, зміни чи встановлення способу і порядку виконання рішення, суд, керуючись критерієм – настанням обставин, які ускладнюють або унеможливають виконання рішення – у кожній конкретній справі з врахуванням всіх особливостей ситуації вирішує питання про їхню наявність чи відсутність.

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV // Відомості Верховної Ради. – 2004. – № 40–41, 42. – ст. 492.
2. Закон України “Про виконавче провадження” від 21.04.1999 р. № 606-XIV // Відомості Верховної Ради. – 1999. – № 24. – ст. 207.

3. Інструкція про проведення виконавчих дій, затверджена Наказом Міністерства юстиції України № 74/5 від 15.12.1999 р.
4. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 14 від 26.12.2003 р. “Про практику розгляду судами скарг на рішення, дії або бездіяльність органів і посадових осіб державної виконавчої служби та звернень учасників виконавчого провадження”.
5. Роз’яснення Вищого арбітражного суду України N 02–5/333 від 12.09.1996 р. “Про деякі питання практики застосування статті 121 Господарського процесуального Кодексу України”.
6. *Власов А.* Полувековая рассрочка. О некоторых аспектах предоставления хозяйственными судами рассрочки исполнения судебного решения // Юридическая практика. – 2008. – № 14 (536). – С. 1, 20 // <http://www.yurpractika.com/article.php?id=10009353>.
7. *Гучинский В.А.* Правовые проблемы предоставления рассрочки и отсрочки уплаты налогов и других обязательных платежей в судебном порядке // 35 лет Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации и ее роль в развитии юридического образования. Материалы международной научно-практической конференции: В 2-х т. (Москва, 13 октября 2005 г.): Сборник. Т. 1 / Отв. ред.: Звечаровский И. Э.; Редкол.: Крохина Ю. А., Никулин С. И., Чефранова Е. А., Яцеленко Б. В. – М.: РПА МЮ РФ, 2005. – 396 с. – С. 271 – 278.
8. *Дячук Е.В.* Новеллы ГПК, связанные с отсрочкой или рассрочкой, изменением способа и порядка исполнения судебного постановления, индексацией присужденных денежных сумм // Юристъ-Правоведъ. № 2 – Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. юрид. ин-та МВД России. – С. 46 – 51.
9. *Захаров В.В.* Основные способы исполнения судебных решений по российскому законодательству первой половины XIX столетия // Право и политика. № 6 – М.: Nota Bene, 2008. – 1552 с. – С. 1500 – 1509.
10. *Ильинский П.* Порядок исполнения судебных решений // Закон и жизнь. № 1 – Кишинев, 1999. – С. 27 – 29.
11. *Кожевникова Н.В.* Институт изменения способа и порядка исполнения судебных актов: правомерность и целесообразность применения // Арбитражный и гражданский процесс. № 9 – М.: Юрист, 2002. – С. 37 – 48.
12. *Максуров А.А.* Меры принудительного исполнения. Отсрочка, рассрочка и изменение способа и порядка исполнения судебных актов и актов других органов. Отложение исполнительных действий // Практика исполнительного производства. № 3 – М.: Новый Индекс, 2008. – 48 с. – С. 17 – 23.
13. *Максуров А.А.* Отсрочка или рассрочка исполнения судебных актов и актов других органов. Изменение способа и порядка исполнения судебных актов и актов других органов // Юрист. № 6 – М.: Юрист, 2008. – 64 с. – С. 53 – 55.
14. *Налобин Н.Д.* Изменение способа и порядка исполнения судебных решений в гражданском и арбитражном процессе // Юридический мир. № 6 – М.: Юрид. мир ВК, 2001. – С. 62 – 65.
15. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України: пер. з рос. / С. В. Ківалов, Ю. С. Червоний, Г. С. Волосатий та ін.; за ред. Ю. С. Червоного. – К.; О.: Юрінком Інтер, 2008. – 656 с.
16. *Новикова Е., Юков М.* Определение способа принудительного исполнения решения суда // Советская юстиция. № 9 – М.: Юрид. лит., 1982. – С. 22 – 23.
17. Постатейный комментарий к Федеральному Закону от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ “Об исполнительном производстве” / под ред. Исаенковой О. В. – Саратов: Ай Пи Эр

- Медиа; М.: СПС ГАРАНТ, 2009. – 432 с. + електрон. опт. диск (CD-ROM): [Текст+табл.]. – (Комментують спеціалісти).
18. *Просянюк В.* Отсрочка и рассрочка исполнения решения, изменения способа и порядка его исполнения // Советская юстиция. № 21 – М.: Юрид. лит., 1980. – С. 7 – 8.
  19. Процесуальні документи у цивільних справах (теорія, методика, практика): Науково-практичний посібник / За заг. ред. доктора юридичних наук, професора С. Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2007. – 1088 с.
  20. Словник української мови. – Т. 7. – К.: “Наукова думка”, 1976. – 724 с.
  21. Словник української мови. – Т. 9. – К.: “Наукова думка”, 1978. – 916 с.
  22. *Фурса С.Я., Фурса Є.І., Щербак С.В.* Закони України “Про державну виконавчу службу”, “Про виконавче провадження”, “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”: Науково-практичний коментар. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2008. – 1172 с.
  23. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / С. С. Бичкова, Ю. В. Білоусов та ін.; За заг. ред. С. С. Бичкової. – К.: Атіка, 2008. – 840 с.
  24. *Штефан М.Й.* Цивільне процесуальне право України: Академічний курс: Підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. – К.: Концерн “Видавничий Дім “Ін Юре”, 2005. – 624 с.

**COURT’S SETTLEMENT  
OF THE MATTERS REGARDING THE CIRCUMSTANCES  
WHICH COMPLICATE OR MAKE IMPOSSIBLE  
COURT DECISION EXECUTION**

*O. Verba*

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

The article is devoted to the consideration of the competence of court regarding the continuance, adjournment of court decision execution, settlement or alteration of the way and order of court decision execution. The author has investigated legal regulation of these institutions and has detected gaps and flaws in it. The legislative provisions are supplied with the examples taken from the judicial practice. Several amendments to the Civil Procedural Code of Ukraine are proposed, which would strengthen guarantees for the participants to civil process in practicable protection of their rights.

*Key words:* court, continuance execution of court decision, adjournment of court decision execution, settlement or alteration of the way and order of court decision execution, enforcement proceedings.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009  
Прийнята до друку 01.06.2009

## ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ПРО ПРИЄДНАННЯ ДО ПАЙОВОГО ІНВЕСТИЦІЙНОГО ФОНДУ

*О. Гнатів*

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

У статті досліджено правову природу договору про приєднання до пайового інвестиційного фонду як підстави виникнення правовідносин між інвестором та компанією з управління активами. Автор проаналізував істотні умови договору та особливості його укладення.

*Ключові слова:* договір про приєднання до пайового інвестиційного фонду, компанія з управління активами, інвестиційні сертифікати.

Інвестиційний сертифікат засвідчує право власності інвестора на активи (частку) пайового інвестиційного фонду. За своєю суттю інвестиційний сертифікат є цінним папером. Крім цього, інвестиційний сертифікат є також правостановлюючим документом тому, що посвідчує право власності частку пайового інвестиційного фонду. Відповідно до Закону України “Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)”, активи пайового інвестиційного фонду належать інвесторам на праві спільної часткової власності. Інвесторові належить право власності на грошові кошти, передані як оплата інвестиційних сертифікатів, виникає право власності на інвестиційні сертифікати та майно, набуте в результаті управління активами пайового інвестиційного фонду. Отож, видається необхідним з’ясувати правову природу договору про приєднання до пайового інвестиційного фонду, за яким, власне, інвестор передає майно в управління компанії з управління активами пайового інвестиційного фонду, а також правову природу відносин, що виникають.

З моменту укладення договору про приєднання до пайового інвестиційного фонду і до моменту його припинення інвестор не має жодних юридичних засобів впливу на інвестиційну політику та дії компанії з управління активами. Інвестор не може вимагати достроково своєї частки у пайовому інвестиційному фонді. Тобто інвестор передає повноваження, які, відповідно до ст. 317 Цивільного кодексу України, складають зміст права власності, компанії з управління активами. Унаслідок укладення договорів про приєднання до пайового інвестиційного фонду все майно, одержане від інвесторів як плата за інвестиційні сертифікати, змінює свій правовий режим з приватної власності кожного з інвесторів на їх спільну часткову власність. Зміна правового режиму майна інвесторів відбувається відповідно до Закону України “Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)” внаслідок укладення договору з компанією з управління активами. Це пояснюється тим, що компанія з управління активами повинна обліковувати активи пайового інвестиційного фонду на окремому балансі, відмінному від її майна. Відповідно законодавець в імперативному порядку змінює правовий режим майна інвесторів. З огляду на, у разі укладення договору про приєднання до пайового інвестиційного фонду повинно бути чітко визначено частку інвестора в пайовому інвестиційному фонді. Відповідно до ст. 358 Цивільного кодексу України, право спільної часткової власності здійснюється співвласниками за їхньою згодою, тобто інвестори мали б володіти, користуватися та розпоряджатися активами за спільною згодою. Однак інвестори фактично не здійснюють ці правомочності,

оскільки передають своє майно шляхом оплати інвестиційних сертифікатів в управління компанії з управління активами пайового інвестиційного фонду. Саме за рахунок цього майна формуються активи пайового інвестиційного фонду, які перебувають в управлінні. Фактично інвестори є установниками управління, а компанія з управління активами – управителем, тобто довірчим власником. За цих умов необхідним є розмежування прав інвестора як власника та компанії з управління активами як довірчого власника, проаналізувавши істотні умови договору про приєднання до пайового інвестиційного фонду.

За своєю правовою природою договір про приєднання до пайового інвестиційного фонду є договором про надання юридично-фактичних послуг, різновидом договору управління майном. Законодавець безпосередньо не визначає договір про приєднання до пайового інвестиційного фонду як договір управління майном, а, отже не поширює правове регулювання останнього на договір про приєднання. Однак аналіз чинного законодавства у сфері правового регулювання інститутів спільного інвестування дозволяє зробити висновок про подібність механізму здійснення операцій з управління майном за згаданими договорами. Договору про приєднання до пайового інвестиційного фонду властиві як загальні, так і спеціальні ознаки. Загальні ознаки договору про приєднання до пайового інвестиційного фонду як договору управління майном:

1) цей договір двосторонньозобов'язуючий, тобто права та обов'язки є в обох сторін;

2) належить до підгрупи договорів про надання змішаних (юридично-фактичних) послуг;

3) цими договорами опосередковується фідучіарне правовідношення, тобто відносини між установником управління та управителем базуються на взаємній довірі;

4) предметом договору управління майном є послуга – комплекс дій юридичного і фактичного характеру, спрямованих на ефективну реалізацію повноважень стосовно прийнятого в управління майна, що здійснюються управителем з дотриманням встановлених (нормативно-правовими актами і договором) вимог з метою отримання доходу для власників (правоволодільців), збільшення вартості майна чи досягнення для них іншого соціально-економічного ефекту [1, с. 5];

5) при укладенні цих договорів відбувається розщеплення правомочностей власника майна, переданого в управління [2, с. 9];

6) відсутність чітко визначених повноважень за договором управління майном. За цим договором є два види повноважень: прямо визначені – ті, які виникають як прояв волевиявлення учасників правовідношення в силу прямої вказівки закону або правочину, та припустимі – встановлюються з урахуванням поведінки довірителя, порядку ведення справ відповідно до об'єкта управління, інших обставин, що дають змогу визначити справжні наміри довірителя і сторін у цілому в рамках дійсної спрямованості волі учасників довірчих правовідносин, або якщо вони незрозумілі – звичаями ділового обороту і правилами професійної етики [3, с. 8];

7) можливість кожної з сторін в односторонньому порядку розірвати договір з причини втрати довіри до контрагента [4, с. 9].

Договір про приєднання до пайового інвестиційного фонду має наступні особливості:

1) реальний – укладення договору здійснюється шляхом придбання інвестиційного сертифікату пайового інвестиційного фонду за грошові кошти і саме з цього моменту договір вважається укладеним;

2) оплатний – оплата послуг компанії з управління активами здійснюється грошовими коштами на підставі положення, затвердженого Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку;

3) це інвестиційний договір, оскільки має на меті вкладення коштів в інститути спільного інвестування для одержання прибутку в майбутньому;

4) цей договір є договором приєднання, оскільки умови визначаються в односторонньому порядку компанією з управління активами в проспекті емісії інвестиційних сертифікатів і інвестор не може вносити зміни до запропонованих умов чи пропонувати свої;

5) договір про приєднання до пайового інвестиційного фонду є публічним: компанія з управління активами зобов'язана укласти договір з кожним, хто до неї звернеться за відсутності обмежень, встановлених законом; умови укладення договору, а також істотні умови договору є однаковими для всіх інвесторів, які бажають стати учасниками пайового інвестиційного фонду;

6) строк дії договору залежить від виду пайового інвестиційного фонду;

7) об'єктом договору є грошові кошти та майно, придбане в результаті управління активами пайового інвестиційного фонду. Грошові кошти, як річ визначена родовими ознаками, можуть передаватися виключно у власність компанії з управління активами, оскільки повертаються вже інші кошти;

8) залежно від виду пайового інвестиційного фонду у договорі може передбачатися можливість періодичної виплати частини прибутку, одержаної в результаті управління активами;

9) управителем завжди буде компанія з управління активами, установником управління – інвестор (фізична чи юридична особа, у недиверсифікованому пайовому інвестиційному фонді виключно юридична особа);

10) компанія з управління активами може бути замінена з підстав та в порядку, передбачених законодавством;

11) специфічні підстави припинення договору;

12) до договору про приєднання до пайового інвестиційного фонду застосовуються загальні положення про договір управління майном, якщо це не суперечить суті договору про приєднання.

Відповідно до ст. 1031 Цивільного кодексу України договір управління майном, за загальним правилом, укладається у письмовій формі. Якщо договір управління укладається щодо нерухомого майна, обов'язковою є письмова форма з нотаріальним посвідченням та державною реєстрацією. Договір про приєднання до пайового інвестиційного фонду не передбачає спеціальних вимог щодо форми та порядку укладення договору. Договір про приєднання до пайового інвестиційного фонду вважається укладеним з моменту оплати інвестиційних сертифікатів, оскільки саме факт внесення коштів свідчить про реальний намір укладення договору. Крім цього, після досягнення згоди з усіх істотних умов інвестор може відмовитися від договору до моменту оплати вартості інвестиційних сертифікатів. Якщо учасником пайового інвестиційного фонду є юридична особа, за загальним правилом, договір про приєднання до пайового інвестиційного фонду повинен укладатися у письмовій формі. Не зважаючи на це, істотні умови договору про приєднання набиратимуть чинності з моменту оплати вартості інвестиційних сертифікатів, а не з моменту досягнення згоди з усіх істотних умов договору у письмовій формі. Оскільки об'єктом договору є грошові кошти, моментом придбання інвестиційних сертифікатів є момент зараховування на окремий рахунок компанії з управління активами у банку (окремо від власних коштів компанії з управління активами,

коштів інших пайових інвестиційних фондів) відповідно до умов договору про обслуговування активів інституту спільного інвестування.

Винагорода компанії з управління активами (крім компанії з управління активами венчурного фонду) встановлюється у співвідношенні до вартості чистих активів пайового інвестиційного фонду. Винагорода компанії з управління активами венчурного фонду встановлюється у співвідношенні до вартості розміщеної емісії інвестиційних сертифікатів за їх номінальною вартістю та різниці між витратами на придбання активів фонду та доходами від їхньої реалізації. Розмір винагороди компанії з управління активами визначається регламентом пайового інвестиційного. Винагорода компанії з управління активами нараховується щомісячно. Граничний розмір винагороди компанії з управління активами (крім винагороди за управління активами венчурного фонду) без урахування премії не може перевищувати п'яти відсотків середньої вартості чистих активів пайового інвестиційного фонду, який перебуває в управлінні протягом фінансового року, розрахованої в порядку, установленому нормативно-правовими актами [5]. Винагорода компанії з управління активами венчурного фонду встановлюється у співвідношенні до сукупної номінальної вартості фактично розміщеної емісії інвестиційних сертифікатів та різниці між витратами на придбання активів фонду та доходами від їх реалізації. За рішенням спостережної ради пайового інвестиційного фонду відповідно до його регламенту та умов укладеного договору компанії з управління активами, крім винагороди, може виплачуватися премія. Розмір премії не може перевищувати 15 % розміру прибутку, отриманого пайовим інвестиційним фондом за результатами діяльності за звітний рік понад прибуток, який було заплановано в інвестиційній декларації на відповідний фінансовий рік. Запланований прибуток устанавлюється на рівні середньозваженої облікової ставки за рік, установлені Національним банком України.

Договір про приєднання до пайового інвестиційного фонду може бути строковим або безстроковим. Строк, на який утворюється пайовий інвестиційний фонд, а відповідно і строк дії договору, визначається компанією з управління активами.

Предметом договору є послуги юридичного та фактичного характеру, які, як правило, полягають у володінні, користуванні та розпоряджанні майном власника в його інтересах та від імені управителя. Об'єктом договору управління майном є, індивідуально визначене майно, тобто те, яке власник може ідентифікувати як своє у припиненні договору. Грошові кошти не можуть бути передані в управління, крім випадків прямо встановлених законом, оскільки вони є річчю, визначеною родовими ознаками. Однак однією з особливостей договору про приєднання до пайового інвестиційного фонду є те, що в силу вказівки закону саме грошові кошти, передані в рахунок оплати вартості інвестиційних сертифікатів, перебувають в управлінні компанії з управління активами пайового інвестиційного фонду. Термін "перебувають в управлінні" застосовується в даному випадку умовно, оскільки родово-визначені речі можуть передаватися виключно у власність: компанія з управління активами повертає інші грошові кошти, а не ті, які передали в управління інвестори.

Право на одержання дивідендів виникає лише в тому випадку, коли інвестор є учасником пайового інвестиційного фонду закритого типу. При нарахуванні та виплаті дивідендів на інвестиційні сертифікати пайового інвестиційного фонду закритого типу слід застосовувати норми, які регулюють порядок виплати дивідендів за акціями, враховуючи особливості, передбачені Законом України "Про інститути

спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)”. Зокрема, нарахування і виплата дивідендів повинні здійснюватися на підставі відповідного положення, в якому зазначаються строки виплати та розмір дивідендів, порядок інформування інвесторів про виплату дивідендів тощо. Однак не можна повністю поширювати правовий режим дивідендів за акціями на дивіденди на інвестиційні сертифікати, оскільки дивіденди на акції виплачуються лише за наявності прибутку, тоді, як виплата дивідендів на інвестиційні сертифікати не залежить від одержання прибутку. Дивіденди за інвестиційними сертифікатами відкритого та інтервального пайового інвестиційного фонду не нараховуються і не сплачуються. Такий правовий режим дивідендів пов’язаний з тим, що компанії з управління активами пайових інвестиційних фондів відкритого та інтервального типу, на відміну від компанії з управління активами пайового інвестиційного фонду закритого типу, беруть на себе зобов’язання щодо викупу інвестиційних сертифікатів.

Викуп інвестиційних сертифікатів пайового інвестиційного фонду відкритого типу здійснюється їх емітентом на вимогу інвесторів кожного, робочого дня починаючи від дня, наступного за днем завершення строку, встановленого для досягнення нормативів діяльності пайового інвестиційного фонду.

Інвестори пайового інвестиційного фонду інтервального типу мають право викупу емітентом інвестиційних сертифікатів в строки, встановлені у проспекті емісії пайового інвестиційного фонду інтервального типу.

Викуп цінних паперів пайового інвестиційного фонду здійснюється за єдиними для всіх інвесторів цінами, установленими на день подання інвестором заявки на викуп інвестиційних сертифікатів, виходячи з вартості чистих активів. Викуп інвестиційних сертифікатів здійснюється через сплату відповідної суми грошових коштів. При цьому право власності на ці цінні папери припиняється. Крім того, у разі письмової згоди учасника пайового інвестиційного фонду розрахунок при викупі належних йому інвестиційних сертифікатів може бути здійснено іншими його активами.

Вартість цінних паперів пайового інвестиційного фонду, що викупується компанією з управління активами в інвесторів, визначається, виходячи з розрахункової вартості цінного папера, що встановлена на день подання інвестором заявки на викуп інвестиційних сертифікатів. Розрахункова вартість цінного папера визначається як результат ділення загальної вартості чистих активів на кількість цінних паперів пайового інвестиційного фонду, що перебувають в обігу на дату проведення розрахунку. Ціна, за якою компанія з управління активами здійснює викуп інвестиційних сертифікатів, може зменшуватися лише на суму комісійної винагороди агента, з яким вона уклала відповідний договір.

Заявки на викуп цінних паперів пайового інвестиційного фонду подаються компанії з управління активами або агентам відповідно до проспекту емісії цінних паперів. Заявки на викуп інвестиційних сертифікатів подаються з дати прийняття Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку рішення про відповідність пайового інвестиційного фонду до вимог щодо мінімального обсягу активів і в терміни, установлені проспектом емісії цінних паперів. Заявки на викуп цінних паперів пайового інвестиційного фонду не відкликаються. У прийманні заявок на викуп цінних паперів ІСІ може бути відмовлено в разі [6]:

- невиконання порядку та умов подання заявок, які встановлюються проспектом емісії цінних паперів;
- прийняття рішення про зупинення розміщення та викупу інвестиційних сертифікатів відповідно до чинного законодавства;

– призупинення обігу цінних паперів пайового інвестиційного фонду за рішенням суду або Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку відповідно до Закону “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні”.

Отже, можна зробити висновок про те, що договір про приєднання до пайового інвестиційного фонду є договором управління майном, тому до нього застосовують загальні положення глави 70 Цивільного кодексу України, в частині, що не суперечить Закону України “Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)”.

1. *Мащенко М.В.* Господарська діяльність з управління майном: поняття, суб’єкти, види (господарсько-правовий аспект): Автореф. дис...канд. юрид. наук: 12.00.04 / К.: Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – 2007. – 16 с.
2. *Харченко Г.Г.* Правове регулювання діяльності трастових компаній та довірчих товариств: порівняльно-правовий аналіз: Автореф. дис...канд. юрид. наук: 12.00.03 / К.: Національна академія наук України. Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. – 2004. – 21 с.
3. *Майданик Р.А.* Проблеми регулювання довірчих відносин в цивільному праві: Автореф. дис...докт. юрид. наук: 12.00.03 / К.: Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – 2003. – 17 с.
4. *Венедіктова І.В.* Договір довірчого управління майном як форма реалізації правового інституту довірчого управління майном в Україні: Автореф. дис...докт. юрид. наук: 12.00.03 / Харків: Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – 2003. – 20 с.
5. Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку “Про затвердження Положення про склад і розмір витрат, що відшкодовуються за рахунок активів інституту спільного інвестування” від 02 липня 2002 року. – Офіційний вісник України, 2002. – № 30. – ст. 1437.
6. Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку “Про затвердження Положення про порядок розміщення, обігу та викупу цінних паперів інституту спільного інвестування” від 09 березня 2003 року. – Офіційний вісник України, 2003. – № 6. – ст. 270.

## LEGAL NATURE OF THE CONTRACT OF ADHERENCE TO THE SHARE INVESTMENT FUND

*O. Gnativ*

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

The article deals with legal nature of the contract of adherence to the share investment fund as basis for legal relations emergence between investor and company of assets management. The author has analyzed the essence of the contract and the procedure of its contractation.

*Key words:* contract of adherence to the share investment fund, company of the assets management, investment certificates.

Стаття надійшла до редколегії 16.03.2009  
Прийнята до друку 01.06.2009

## ВІДМОВА ВІД ДОГОВОРУ ТРАНСПОРТНОГО ЕКСПЕДИРУВАННЯ

*М. Луцик*

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

Проаналізовано порядок та правові наслідки відмови від договору транспортного експедирування, запропоновано зміни до чинного законодавства.

*Ключові слова:* договір транспортного експедирування, відмова від договору, розірвання договору.

Сучасний етап функціонування транспортного ринку в Україні характеризується тим, що більшість перевезень вантажу здійснюється не тільки за участі відправника, одержувача вантажу і перевізника, але й з використанням послуг експедитора, який має необхідні професійні знання для оптимізації процесу перевезення. Розвиток даного виду діяльності значною мірою залежить від належного правового регулювання. Саме тому аналіз законодавчих норм, щодо регулювання відносин транспортного експедирування, внесення пропозицій щодо змін і доповнень до чинного законодавства має важливе теоретичне і практичне значення.

Право сторін на відмову від договору транспортного експедирування розглядали у своїх працях такі науковці, як В.В. Вітрянський, А.Г. Калпін, О.С. Кужко, Н.В. Морозова. Однак не всі аспекти цього питання були з'ясовані, багато з них і надалі залишаються спірними, в зв'язку з чим виникає потреба комплексного теоретичного аналізу даного цивільно-правового інституту.

Метою цієї статті є аналіз норм, які закріплюють право сторін на відмову від договору транспортного експедирування, а також внесення пропозицій, спрямованих на вдосконалення зазначених норм.

Законодавчі норми покликані забезпечувати стабільність і передбачуваність цивільного обороту. Тому в ст. 525 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України передбачено, що одностороння відмова від зобов'язання або одностороння зміна його умов не допускається, якщо інше не встановлено договором або законом [1]. Водночас окремі статті ЦК України надають сторонам право відмовитися від договору. Так, відмова від договору може мати місце у випадках порушення договору другою стороною (ч. 1 ст. 670 ЦК, ч. 1 ст. 782 ЦК, ч. 1 ст. 917 ЦК, ч. 2 ст. 1110 ЦК). Однак, в цих випадках відмова від договору є заходом оперативного впливу, який застосовують щодо недобросовісного контрагента за певних обставин, а не безумовним правом сторони договору, яке вона може реалізувати в будь-який момент на власний розсуд.

В інших випадках ЦК України закріплює право сторін на відмову від договору, яке не є заходом оперативного впливу, проте обмежене певними умовами. Так, сторони можуть відмовитися від договорів комісії, комерційної концесії, простого товариства лише в тих випадках, коли строк таких договорів не встановлений (ст.ст. 1025, 1026, 1126, 1142 ЦК). При цьому передбачено законодавчо визначений термін, протягом якого сторона, яка має намір відмовитися від договору, зобов'язана повідомити іншу сторону.

Ще в інших випадках ЦК України передбачає, що право в будь-який час відмовитися від договору мають не дві сторони, а лише одна із сторін договору:

платник безстрокової ренти, наймач за договором прокату, наймач житла, замовник за договором підяду (ч. 1 ст. 739, ч. 1 ст. 790, ч. 1 ст. 825, ч. 4 ст. 845 ЦК).

Стосовно договору транспортно експедирування ЦК України передбачає безумовне право обох сторін договору відмовитися від договору в будь-який час. Відповідно до ст. 935 ЦК України клієнт або експедитор мають право відмовитися від договору транспортно експедирування, попередивши про це другу сторону в розумний строк. Сторона, яка заявила про таку відмову, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки, завдані їй у зв'язку із розірванням договору.

Кожна законодавча норма повинна регулювати відповідні суспільні відносини з належною доцільністю і ефективністю, що визначається, насамперед, її відповідністю практиці. В зв'язку з цим Тому виникає питання про доцільність закріплення в ЦК України права експедитора і клієнта відмовитись від договору транспортно експедирування. Така норма отримала різну оцінку в літературі. Так, А.Г. Калпін підтримує положення про право сторін в будь-який час відмовитися від договору транспортно експедирування, оскільки це "пояснюється динамічністю договору експедиції, що може вимагати прийняття швидких рішень в ході виконання. В такій ситуації вимога щодо звернення до суду і обов'язковості доведення необхідності відповідних змін не відповідала б інтересам справи" [2, с. 696]. В.В. Вітрянський пропонує залишити за сторонами право відмови від договору транспортно експедирування тільки в тих випадках, коли експедитор діє від імені і на підставі довіреності клієнта [3, с. 136]. О.С. Кужко зазначає про можливість для сторін передбачити в договорі порядок реалізації права на відмову від договору [4, с. 110].

Аналіз законодавства дає підстави зробити висновок, що право сторони відмовитися від договору транспортно експедирування є безумовним, оскільки його реалізація не пов'язується із наявністю конкретних підстав (порушення договору контрагентом та ін.) [5, с. 721]. Якщо керуватися змістом ст. 935 ЦК України, сторони можуть відмовитись від договору транспортно експедирування в будь-який момент, тобто навіть тоді, коли договір вже виконується іншою стороною. Тобто може мати місце ситуація, коли вантаж переданий експедиторові, вже розпочалося його перевезення і сторона, використовуючи надане їй право, відмовляється від договору. Така відмова спричинить значні збитки другій стороні, зумовить перебої в роботі транспорту.

За чинним законодавством експедитор чи клієнт зобов'язаний повідомити другу сторону про намір відмовитися від договору в розумний строк. "Розумний строк", про який йдеться в ст. 935 ЦК України, є оцінним поняттям і як справедливо зазначає Т.В. Боднар, "запровадивши в обіг категорію "розумні строки", законодавець, як правило, не визначив критерію, якими повинні керуватися сторони зобов'язання, визначаючи розумність строку" [6, с. 175]. Тому право сторін відмовитися від договору транспортно експедирування має бути обмежене конкретним, чітко визначеним на законодавчому рівні строком. Саме така законодавча визначеність, а не вказівка на необхідність дотримання "розумного строку" сприятиме стабільності та ясності у відносинах транспортно експедирування і буде додатковою гарантією безперервності функціонування транспортної системи.

Варто зазначити, що схоже правило передбачено в законодавстві окремих іноземних держав. Так, ст. 731 ЦК Узбекистану передбачає, що клієнт чи експедитор мають право відмовитися від виконання договору транспортно експедирування, попередивши по це іншу сторону за десять днів [7]. Згідно з ч. 1

ст. 6.829 ЦК Литви, обидві сторони мають право відмовитись від договору транспортного експедирування, повідомивши про це іншу сторону за один місяць, якщо більший термін не передбачений договором [8].

Отже, аналіз ст. 935 ЦК України свідчить про те, що при її застосуванні можуть виникнути практичні труднощі, в зв'язку з чим, необхідно внести зміни до цієї статті. Сторони договору транспортного експедирування повинні бути наділені правом відмовитись від договору, однак в законодавстві необхідно передбачити порядок реалізації цього права. Передусім, на нашу думку, сторони повинні мати право відмовитися від договору тільки до моменту завантаження, а не тоді, коли вантаж вже в дорозі. Лише в такому випадку законодавчі норми забезпечуватимуть чіткість і визначеність у відносинах сторін і стабільність товарообороту в цілому. Крім того, слід законодавчо закріпити правило, згідно з яким сторона може відмовитися від договору транспортного експедирування, повідомивши про це другу сторону не пізніше, ніж за 10 днів до дати завантаження. В сучасних умовах господарювання, які характеризуються ростом інформаційних потоків і появою нових засобів комунікації, цей час буде достатнім для того, щоб клієнт міг підшукати собі іншу транспортну організацію і укласти з нею договір на організацію перевезення. Своєю чергою, експедитор не витратить даремних зусиль на організацію перевезення, пошук безпосередніх виконавців, фрахтування транспортних засобів. З іншого боку, такий строк не буде занадто довгим і відповідатиме потребам динамічності і оперативності транспортних відносин. Отож, дотримання десятиденного строку дозволить мінімізувати збитки другої сторони і забезпечуватиме ефективність роботи транспорту.

Відповідно до ч. 3 ст. 214 ЦК України, відмова від правочину вчиняється у такій самій формі, в якій було вчинено правочин. Тому, виходячи з того, що ст. 930 ЦК України передбачає письмову форму договору транспортного експедирування, можна зробити висновок, що відмова від даного договору також повинна бути виражена в письмовій формі.

Отже, на законодавчому рівні необхідно передбачити такий порядок реалізації права сторін на відмову від договору транспортного експедирування: кожна сторона може відмовитися від договору не пізніше, ніж за 10 днів до дати завантаження; сторона, що відмовляється, зобов'язана в письмовій формі повідомити про відмову іншу сторону.

Важливо також з'ясувати питання про момент набрання чинності відмовою від договору. А. Блащук зазначає, що "одностороння відмова від договору не спричинює його автоматичного припинення, оскільки інша сторона має право оспорити односторонню відмову від договору в суді" [9, с. 47]. Однак, варто зауважити, що договір слід вважати припиненим з моменту набрання законної сили рішенням суду лише в тих випадках, коли договір розривається в судовому порядку (ч. 3 ст. 653 ЦК України). Якщо ж закон надає стороні право в односторонньому порядку відмовитися від договору і не обмежує це право жодними умовами, зобов'язання з договору припиняються з моменту одержання повідомлення про відмову другою стороною. Може мати місце ситуація, коли заінтересована сторона оскаржить в суді відмову іншої сторони від договору транспортного експедирування, посилаючись на недотримання вимоги щодо попередження про відмову в розумний строк. Якщо сторона, що відмовилась, доведе факт попередження іншою стороною в розумний строк і позов не буде задоволений, зобов'язання сторін слід вважати припиненими з моменту одержання повідомлення про відмову іншою стороною, оскільки рішення суду

лише констатуватиме, що сторона мала право на відмову від договору і реалізувала його в установленому порядку.

У відносинах транспортного експедирування слід розмежовувати відмову від генерального договору транспортного експедирування і відмову від разового договору транспортного експедирування. Якщо між сторонами укладено генеральний договір, на підставі якого укладаються разові договори, то відмова від разового договору буде підставою припинення зобов'язань лише за цим разовим договором, тоді як зобов'язання сторін за генеральним договором зберігатимуть свою чинність. Відмова сторони від генерального договору буде підставою припинення всіх зобов'язань транспортного експедирування між сторонами, однак якщо на підставі генерального договору між сторонами укладено разовий договір, який в момент відмови від генерального договору вже виконується сторонами, зобов'язання за разовим договором будуть чинними до моменту його повного виконання.

В даному контексті необхідно також проаналізувати наслідки відмови від договору транспортного експедирування. Відповідно до ч. 4 ст. 214 ЦК України правові наслідки відмови від правочину встановлюються законом або домовленістю сторін. Стаття 935 ЦК України зобов'язує сторону, яка заявила про відмову від договору транспортного експедирування, відшкодувати другій стороні збитки, завдані їй у зв'язку з розірванням договору. Аналогічна норма передбачена в ст. 806 ЦК Росії. Н.В. Морозова критикує таке положення і зазначає, що сторона, яка відмовилася від договору, повинна відшкодувати другій стороні лише понесені витрати, а не збитки в повному обсязі, оскільки покладення на сторону відповідальності у формі відшкодування збитків “перетворило право на відмову у визначену формальність” [10, с.163]. Відшкодування збитків, як одна з форм цивільно-правової відповідальності, є наслідком порушення зобов'язання. Обов'язок відшкодувати кредитору збитки несе боржник, який порушив зобов'язання (ч. 1 ст. 623 ЦК України). Однак, сторона, яка, реалізуючи надане їй законом право, відмовляється від договору, не порушує цим зобов'язання. Аналізуючи подібну ситуацію, В.П. Грибанов зазначає, що в таких випадках йдеться про заподіяння збитків правомірними діями, тому за аналогією з нормою, що регулює заподіяння шкоди правомірними діями у деліктних зобов'язаннях, такі збитки мають відшкодуватися лише в передбачених законом випадках [11, с. 153]. Ми підтримуємо точку зору Н.В. Морозової і вважаємо, що на законодавчому рівні необхідно закріпити обов'язок сторони, що відмовляється від договору транспортного експедирування відшкодувати іншій стороні понесені витрати. Будучи одним із проявів принципу справедливості, таке положення дозволить збалансувати інтереси сторони, яка хоче припинити договірне зобов'язання та інтереси іншої сторони, яка розраховувала на виконання цього зобов'язання і у зв'язку з цим вже понесла певні витрати.

Аналізуючи наслідки відмови від договору, не можна не згадати про законодавче регулювання та існуючі наукові дискусії щодо співвідношення термінів “відмова від договору” і “розірвання договору”. Згідно з ч. 3 ст. 651 ЦК України у разі односторонньої відмови від договору у повному обсязі повністю або частково, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, *договір є, відповідно, зміненим або розірваним*. Відповідно до статті 907 ЦК України, договір про надання послуг може бути розірваний, у тому числі шляхом односторонньої відмови від договору. Стаття 935 ЦК України передбачає, що сторона, яка заявила про відмову від договору транспортного експедирування,

зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки, завдані їй у зв'язку із *розірванням договору*. Отже, якщо виходити з положень законодавства, то розірвання договору можна трактувати як результат відмови від договору.

Водночас у літературі є різні думки щодо співвідношення понять “розірвання договору” та “відмова від договору”. Н.М. Процьків зазначає, що “якщо договір розривається в позасудовому порядку, то сторона реалізує своє право у формі односторонньої відмови від виконання договору” [12, с. 11]. На думку А. Присяжнюк, відмова від правочину за взаємною згодою сторін “є, по своїй суті, розірванням договору за згодою сторін” [13, с. 48]. Таку ж позицію висловлює А.М. Блащук, який зазначає, що “у разі взаємоузгодженої відмови від договору відбувається з юридичної точки зору розірвання договору, а тому взаємна відмова відповідно має оформлятися правочином про розірвання договору, а не про відмову від нього, оскільки в ЦК відсутня така підстава припинення договору” [14, с. 9]. А.Д. Корецький виділяє три форми розірвання договору: розірвання за згодою сторін, одностороннє розірвання, одностороння відмова від договору [15, с.117]. В.П. Грибанов зазначає, що “не дивлячись на те, право на розірвання договору і право на відмову від договору мають єдину кінцеву ціль – припинення договірних відносин, вони все ж досить суттєво різняться за способами їх здійснення” [11, с. 151–152]. На думку В.М. Коссака, “відмова від договору допускається, якщо таке право для однієї із сторін передбачено законом або договором. Розірвання договору як підстава припинення договірних відносин можлива у разі порушення (невиконання) своїх обов'язків контрагентом” [16, с. 288].

Відмінності між розірванням договору і відмовою від договору полягають у тому, що розірвання договору може відбуватися лише за згодою двох сторін або шляхом звернення заінтересованої особи до суду у випадку істотного порушення договору другою стороною чи у разі істотної зміни обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору. Відмова від договору повинна здійснюватися в односторонньому порядку без звернення до суду, а саме, в порядку оперативного впливу чи в інших випадках, коли право сторони на односторонню відмову передбачено законом або договором.

Зі змісту ч. 2 ст. 214 ЦК України випливає, що відмовитися від договору можна і в тому разі, якщо його умови повністю виконані. Правильність цієї норми викликає сумнів. Відповідно до ст. 599 ЦК України зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належно. Таке виконання сторонами всіх обов'язків за договором свідчить про припинення договору, тому такий договір не можна ще раз припинити шляхом відмови від нього.

Отже, особливістю законодавчого регулювання договору транспортного експедирування є те, що сторони даного договору мають право в будь-який час відмовитися від договору. Зазначена норма потребує змін і доповнень, оскільки її чинна редакція не відповідає потребам практики і перешкоджає стабільності цивільного обороту. Тому право експедитора і клієнта відмовитися від договору транспортного експедирування повинно обмежуватися запропонованими в цій статті умовами, які необхідно закріпити на законодавчому рівні.

В зв'язку з цим, пропонуємо внести зміни до ст. 935 ЦК України і викласти її в наступній редакції: “Кожна із сторін договору транспортного експедирування має право відмовитися від договору не пізніше, ніж за 10 днів до дати завантаження, і зобов'язана повідомити про це другу сторону в письмовій формі. Сторона, яка заявила про таку відмову, зобов'язана відшкодувати другій стороні витрати, понесені нею у зв'язку з виконанням договору”.

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003//Голос України від 12.03.2003 – № 45.
2. Гражданское право. Часть 2 / Отв. ред. Мозолин В.П. – М.: Юристъ, 2004. – 927 с.
3. *Витрянский В.В.* Договоры о транспортной экспедиции и иных услугах в сфере транспорта. – М.: Статут, 2003. – 320 с.
4. *Кужжо О.С.* Договір транспортного експедирування: Дис. ...канд.юрид.наук. – Одеса, 2008. – 208 с.
5. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. В.М.Коссака. – К.: Істина, 2004. – 976 с.
6. *Боднар Т.В.* Договірні зобов'язання в цивільному праві: (Заг. положення): Навч. посіб. – К.: Юстиніан, 2007. – 280 с.
7. Гражданский кодекс Республики Узбекистан от 29.08.1996г.//Режим доступа: <http://www.mpgu.ru/crypto/laws/Uz2.pdf>
8. Civil Code of the Republic of Lithuania from 18.07.2000//Режим доступа: [http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc\\_e?p\\_id=245495&p\\_query=&p\\_tr2](http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_e?p_id=245495&p_query=&p_tr2)
9. *Блащук А.* Відмова від виконання договору як підстава припинення зобов'язання // Юридична Україна. – 2004. – № 12. – С. 43–47.
10. *Морозова Н.В.* Договор транспортной экспедиции: проблемы квалификации и правового регулирования. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03, Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова. – М., 2005. – 179 с.
11. *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав.– М.: Статут, 2000. – 411 с.
12. *Процьків Н.М.* Правове регулювання розірвання цивільно-правових договорів за цивільним законодавством України: Автореф. дис... канд. юрид. наук.: 12.00.03 / НАН України. Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького. – К., 2003. – 19 с.
13. *Присяжнюк А.* Домовленість сторін про розірвання цивільно-правового договору як правочин, зобов'язання, договір // Юридична Україна. – 2004. – № 11. – С. 45–49.
14. *Блащук А.М.* Припинення договірних зобов'язань в цивільному праві України: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03, Київський національний університет ім. Т.Шевченка, Київ, 2006. – 20 с.
15. *Корецький А.Д.* Договорное право России. Основы теории и практика реализации. – М.: ИКЦ “МарТ”, Ростов н/Д: Издательский центр “МарТ”, 2004. – 528 с.
16. *Коссак В.* Проблеми удосконалення поняттєвого апарату в Цивільному кодексі України. В кн. Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XIII регіональної науково-практичної конференції. 8–9 лютого 2007 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2007. – С. 287–289.

## WAIVER OF FREIGHT FORWARDING CONTRACT

*M. Lutsyk*

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

In the article the issues concerning the order and legal consequences of waiver of freight forwarding contract have been examined. Amendments to the current legislation are proposed.  
*Key words:* freight forwarding contract, waiver of contract, cancellation of contract.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВА ПРИРОДА СПРАВ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ІЗ ШЛЮБНИХ ПРАВОВІДНОСИН

*М. Німак*

*Львівський національний університет імені Івана Франка  
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна  
тел. (032) 274-03-80, e-mail: mary.nimak@gmail.com*

Досліджен питання процесуально-правової природи справ, що виникають із шлюбних правовідносин. Також обґрунтовано доцільність зачислення цих категорій справ до справ окремого провадження. З'ясовуються основні завдання суду при вирішенні справ, що виникають із шлюбних правовідносин.

*Ключові слова:* справи, що виникають із шлюбних правовідносин, надання права на шлюб, розірвання шлюбу за взаємною згодою подружжя, режим окремого проживання подружжя, проживання чоловіка та жінки однією сім'єю без шлюбу.

Під справами, що виникають із шлюбних правовідносин в рамках даної статті слід розуміти ті категорії справ, які виникають із взаємовідносин між подружжям (в тому числі майбутнім подружжям) або фактичним подружжям та які підлягають розгляду судом в порядку окремого провадження. Ці правовідносини визначають виключно відносини подружжя і не визначають відносини батьків та дітей, окрім справ про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке має дітей, де основне завдання суду полягає у захисті інтересів дітей.

Зокрема, дослідженню підлягатиме процесуально-правова природа справ про надання права на шлюб; про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке має дітей; про встановлення режиму окремого проживання за заявою подружжя; про встановлення факту реєстрації шлюбу, розірвання шлюбу; про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу. Відповідно до ч. 3 ст. 234 та п.п. 4, 5 ч. 1 ст. 256 Цивільного процесуального кодексу України від 18.03.2004 р. [2], що набув чинності 01.09.2005 р. (далі – ЦПК України) ці справи розглядаються в порядку окремого провадження.

Слід зауважити, що це питання малодосліджене у сучасній літературі. Наприклад, поверхові дослідження у даній сфері провели О.Ю. Бикова, І.В. Жилінкова, О.М. Калітенко, А.В. Кидалова, та ін.

Метою статті є дослідження процесуально-правової природи справ, що виникають із шлюбних правовідносин, обґрунтування доцільності віднесення вказаних категорій справ до справ окремого провадження та з'ясування основних завдань суду при вирішенні цих справ.

Справи про надання права на шлюб розглядаються в порядку окремого провадження, оскільки в даному випадку немає спору про право, немає сторін з протилежними інтересами, адже йдеться про надання можливості реалізації конкретною особою права, яке за певних умов не може бути реалізоване. Відсутність спору про право в даному випадку полягає в тому, що право на шлюб може належати кожній особі за умови наявності передбачених законом підстав, а тому неможливо сперечатися щодо наявності чи відсутності цього права в тої чи іншої особи. Суд уповноважений встановити наявність чи відсутність необхідних умов (наприклад, фізіологічні можливості особи), на підставі яких ухвалити рішення про надання особі права на шлюб, тобто створити особі умови для можливості реалізації нею права на шлюб.

Деякі автори вважають, що право на шлюб є особистим немайновим правом фізичної особи, яке може бути реалізовано лише після настання певного юридичного факту, тобто, досягнення фізичною особою шлюбного віку [11, с. 54]. Проте, якщо особа має право, але не має можливості його реалізувати, то чи можемо в такому випадку говорити про наявність особистого немайнового права? Очевидно, що ні. Право на шлюб мають особи, які досягли шлюбного віку (ч. 1 ст. 23 Сімейного кодексу України від 10.01.2002 р. [1], що набув чинності 01.01.2004 р. (далі – СК України)). Особи, які не досягли шлюбного віку мають лише інтерес на укладення шлюбу, а ті, які досягли 14-ти років, і право на звернення до суду із заявою про надання права на шлюб.

Отже, право на шлюб виникає в особи не з моменту народження, а з моменту досягнення особою шлюбного віку, або набрання законної сили рішенням суду про надання особі права на шлюб. До цього моменту в особи є лише інтерес на укладення шлюбу.

Щодо правової природи вказаної категорії справ у літературі висловлені неоднакові погляди. Так, на думку, Є.О. Харитонова, при розгляді справ про надання права на шлюб, суд визначає сімейний статус особи, яка досягла 14-ти років, її право на укладення шлюбу [11, с. 55]. Таку ж позицію займає З.В. Ромовська, яка вважає, що місія суду у цій ситуації полягає у перевірці того, чи може особа мати відповідне право на шлюб, і у наданні їй цього права [13, с. 71].

Натомість Н.Г. Юркевич вказує на те, що, розглядаючи таку справу, відповідний орган констатує, що в даному випадку ті негативні наслідки для сторін і суспільства, які звичні для ранніх шлюбів, не настануть. Іншими словами, відповідний орган визнає, що передбачені законом умови для надання права на шлюб наявні [16, с. 119]. Тобто, за цією концепцією суд встановлює наявність певного юридичного факту (умов для зниження шлюбного віку), який є підставою для можливості реалізації особою права на шлюб.

Отже, справи про надання права на шлюб – це справи про створення умов здійснення особою права на шлюб, оскільки позитивне рішення суду в даному випадку є юридичним фактом, який є підставою для виникнення в особи, що звернулася до суду, можливості реалізувати своє право на шлюб.

З огляду на те, що шлюб є добровільним союзом чоловіка і жінки, то можливо його можна припинити за взаємною згодою подружжя як цивільні правовідносини? Виявляється, що ні, оскільки, на відміну від цивільних правовідносин, які можуть бути припинені за згодою їх суб'єктів, шлюбні правовідносини, які виникають з факту державної реєстрації шлюбу, не можуть бути припинені за згодою суб'єктів цих правовідносин. Для їхнього припинення потрібно не тільки волевиявлення обох з подружжя, але й рішення суду.

Основними особливостями та обов'язковими передумовами права на звернення до суду вказаної категорії справ є взаємна згода подружжя на розірвання шлюбу; наявність неповнолітніх дітей та досягнення подружжям згоди щодо місця проживання дітей, участі у забезпеченні умов їх життя тим з батьків, хто буде проживати окремо, а також щодо умов здійснення ним права на особисте виховання дітей.

У зв'язку з цим в справах про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке має дітей, відсутній спір про право, оскільки, спільна заява подружжя, підписана особисто чоловіком і дружиною, є вираженням їх взаємної згоди на розірвання шлюбу. Подаючи спільну заяву про розірвання шлюбу, подружжя тим самим

засвідчує свій єдиний спільний інтерес – припинити шлюбні відносини. Крім того, на момент подання заяви до суду, питання, які стосуються утримання та виховання дітей подружжя уже вирішені в договорі та погоджені подружжям, тому завдання суду полягає лише у з'ясуванні відповідності умов такого договору інтересам неповнолітніх дітей.

Назва вказаної категорії справ не відповідає процесуально-правовій природі цих справ. Так, термін “розірвати” – вже містить деякий спір, суперечку, а, як було вказано вище, у справах про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке має дітей, спір про право відсутній.

Термін “припинення шлюбу” також не досить вдалий, оскільки розірвання шлюбу є одним із видів припинення шлюбу. Поняття “припинення шлюбу” ширше, ніж поняття “розірвання шлюбу”, оскільки шлюб може бути припинений внаслідок смерті одного з подружжя чи оголошення його померлим або внаслідок розірвання шлюбу.

Оскільки термін “розірвання шлюбу” стосується лише справ, в яких наявний спір про право, то доцільно для справ, в яких такий спір відсутній, також знайти відповідний термін. Таким терміном, на нашу думку, може бути “розлучення”. Отже, назву вказаної категорії справ слід змінити на “справи про розлучення” (з метою уникнення неясності надалі у тексті вживатиметься термін “розірвання шлюбу” відповідно до термінології чинного законодавства).

В порядку окремого провадження шлюб розривається на підставі взаємного волевиявлення подружжя на припинення шлюбних відносин. Але чи є взаємна згода безумовною підставою для розірвання шлюбу? З цього приводу в юридичній літературі склалося дві протилежні позиції. Представники першої з них схильні вважати, що взаємна згода є безумовною підставою для розірвання шлюбу і роль суду при розгляді вказаної категорії справ зводиться виключно до констатації факту припинення шлюбних відносин та з'ясування дійсного волевиявлення сторін [8, с. 17; 10, с. 55; 14, с. 82; 15, с. 122]. Представники ж іншої концепції навпаки не вважають взаємну згоду безумовною підставою для розірвання шлюбу [5, с. 7; 6, с. 29; 12, с. 38].

Так, С.М. Сергеева, Я.О. Сидоров вважають, що у тих випадках, коли подружжя погоджується на розлучення, державні органи мають лише реєструвати їхню згоду на це [15, с. 122]. Проте виникає запитання: якщо суд у справах про розірвання шлюбу за спільною заявою подружжя зайняв позицію стовідсоткового задоволення заяв, то чим тоді судове розірвання шлюбу відрізняється від реєстрації розірвання шлюбу в органах реєстрації актів цивільного стану (далі – органи РАЦСу)?

Різниця полягає у тому, що при розірванні шлюбу в органах РАЦСу акт реєстрації не є юридичним фактом, з яким пов'язувалося б припинення прав і обов'язків подружжя [14, с. 83]. Крім цього, суд здійснює захист прав неповнолітніх дітей подружжя, ухвалюючи рішення про розірвання шлюбу лише після затвердження договору між подружжям про утримання дітей. Такими повноваженнями органи РАЦСу не наділені.

Справедливо зазначає Г.М. Свердлов, що шлюб укладається на основі взаємної згоди подружжя, а тому він може бути розірваний теж на основі спільної згоди. Держава повинна мати тільки гарантію в тому, що насправді дійсна взаємна згода і що подружжя прийшло до цієї згоди досить серйозно, не легковажно [14, с. 82].

Натомість Б.С. Антимонов та А.І. Пергамент, не вважають взаємну згоду подружжя безумовною підставою розірвання шлюбу. “Взаємна згода – не підстава

для розірвання шлюбу, вона лише один з можливих доказів розпаду сім'ї. Цей доказ не безспірний і підлягає перевірці судом в сукупності з іншими доказами по справі” [6, с. 29].

Таку ж позицію займає М.Т. Оридорога, яка вважає, що визнання взаємної згоди підставою для розірвання шлюбу веде до необґрунтованого спрощення судової процедури розгляду цієї категорії справ [12, с. 38].

При розгляді справ про розірвання шлюбу за спільною заявою подружжя суду недостатньо встановити тільки згоду обох з подружжя на припинення шлюбу. Для правильного вирішення справи він повинен з'ясувати причини згоди подружжя на розірвання шлюбу, наскільки вони серйозні, чи дійсно виключена будь-яка можливість продовження шлюбних відносин і чи відповідає згода подружжя на розірвання шлюбу їхній волі.

Проаналізувавши позиції, висловлені в юридичній літературі, доходимо висновку, що взаємна згода подружжя – це вагома підстава для розірвання шлюбу, оскільки лише саме подружжя повинно вирішувати долю своєї сім'ї. Суд в цьому випадку є лише як спостерігач, незалежний суб'єкт, присутність якого необхідна для того, щоб захистити осіб від хибного вчинку, щоб спрямувати їхні дії у відповідності з їхніми інтересами, щоб забезпечити прийняття подружжям об'єктивного, неспішного рішення.

Як свідчить практика, після розірвання шлюбу майнове становище дітей погіршується. Багато з них тяжко переживають розлучення батьків і в особистому плані. Однак не викликає сумнівів, той факт, що порушення майнових та особистих прав дітей не може бути підставою для заборони розлучення і прив'язка до цього виглядає штучною [8, с. 17]. Мова не йде про те, що виходячи з інтересів дітей, суд повинен прагнути зберегти сім'ю за будь-яку ціну. Справа про розірвання шлюбу при взаємній згоді подружжя беззаперечна. Завдання суду в таких випадках інше: подружжя вправі подати на розгляд суду своє погодження про те, з ким з них житимуть неповнолітні діти і в якому порядку їм будуть сплачуватися аліменти [10, с. 55].

Отже, справи про розірвання шлюбу за спільною заявою подружжя, яке має дітей – це справи про встановлення наявності чи відсутності факту припинення шлюбних відносин та створення умов для можливості реалізації особами своїх прав у майбутньому. Основним завданням суду у вирішенні цієї категорії справ є з'ясування дійсної волі подружжя на розірвання шлюбу та відповідності такого розірвання шлюбу не лише інтересам подружжя, але особливо інтересам їхніх неповнолітніх дітей, а також, що після розірвання шлюбу не будуть порушені особисті та майнові права подружжя, права їхніх дітей. Разом з тим порушення тих чи інших прав не обов'язково призводить до ухвалення рішення про відмову в задоволенні заяви, оскільки ніхто не може примусити подружжя жити разом, крім них самих. Суд сприяє подружжю у врегулюванні, узгодженні їх домовленостей, приведенні їх у відповідність з інтересами подружжя та їхню дітей. Якщо ж подружжя не досягає згоди з тих чи інших умов, то в такому випадку має місце виникнення спору про право, а тому суд повинен залишити заяву без розгляду і роз'яснити подружжю їхнє право на подання позову на загальних підставах. На момент ухвалення рішення про розірвання шлюбу в порядку окремого провадження, усі питання, пов'язані із проживанням, утриманням та вихованням неповнолітніх дітей, повинні бути вирішені та належним чином урегульовані.

Ще однією категорією справ, що розглядаються в порядку окремого провадження, є справи про встановлення режиму окремого проживання за заявою

подружжя. Такий режим встановлює суд, коли чоловік і жінка не можуть проживати разом і згодні щодо встановлення такого режиму. Це може бути викликано певними проблемами в сім'ї, коли подружжя ще остаточно не вирішило питання про розірвання шлюбу і бажає перевірити свої почуття, з'ясувати подальші наміри щодо збереження або незбереження сім'ї.

Саме взаємна згода подружжя на встановлення режиму окремого проживання подружжя і визначає правову природу вказаної категорії справ. Взаємна згода подружжя є свідченням відсутності між подружжям спору щодо встановлення вказаного режиму, а отже, і необхідності розгляду справи в порядку позовного провадження.

В юридичній літературі було висловлено думку про недоцільність встановлення такого режиму. Зокрема, О.М. Калітенко вважає, що оскільки чинне законодавство закріплює свободу вибору місця проживання незалежно від сімейного стану, то подружжя в будь-якому випадку може проживати як разом, так і окремо за своїм бажанням. Крім того, якщо подружжя не має бажання проживати разом, то навряд чи можна говорити про необхідність продовження таких «шлюбних» стосунків. І тому в таких випадках, мова повинна йти про звернення до суду або органу РАЦСу із заявою про розірвання шлюбу, а не про встановлення режиму окремого проживання подружжя [9, с. 10].

Неможливо погодитися з такою думкою з огляду на те, що, по-перше, хоча подружжя і може проживати окремо за своїм бажанням без офіційного на те рішення, однак, в такому випадку можуть порушуватися їхні майнові права, оскільки офіційно вони надалі вважатимуться подружжям, яке є у шлюбі, їхнє майно вважатиметься таким, що належить їм на праві спільної сумісної власності, а отже, доводити роздільність проживання в таких випадках буде набагато складніше. Встановлений рішенням суду режим окремого проживання усуває такі непорозуміння, оскільки законодавством регламентовано правові наслідки його встановлення. По-друге, як справедливо зазначає З.В. Ромовська, сепарація – це санкціоноване рішенням суду окреме проживання, це переддень можливого розлучення, але ще не розлучення. Плавність припинення шлюбних правовідносин не завдає такого болю, якого може завдати розірвання шлюбу [13, с. 245].

Режим окремого проживання згідно зі ст. 119 СК України встановлюється в судовому порядку за заявою обох з подружжя, або за позовом одного з них. Такий режим може припинитися у разі поновлення сімейних відносин. У цьому випадку варто погодитися з думкою О.М. Калітенко про те, що оскільки режим окремого проживання встановлюється в судовому порядку, то і припинитися він може також лише в судовому порядку [9, с. 10]. Проте тут варто звернути увагу на строк, на який встановлюється режим окремого проживання. Оскільки законодавством питання щодо такого строку чітко не врегульоване, то робимо висновок про те, що режим окремого проживання може встановлюватися як із визначенням певного строку, на який встановлюється такий режим, так і без визначення такого строку. У випадку, коли такий строк чітко визначений рішенням суду про встановлення режиму окремого проживання, такий режим припиняється внаслідок спливу встановленого строку, а тому звернення до суду в такому випадку не доцільне. Якщо ж подружжя має намір скасувати режим окремого проживання до спливу цього строку або мало місце встановлення режиму окремого проживання без визначення строку, на який встановлюється цей режим, тоді скасування режиму окремого проживання повинно відбуватися в судовому порядку. Хоча в кодексі безпосередньо не визначено, в якому провадженні повинні розглядатися справи

про скасування режиму окремого проживання, вважаємо, що він повинен скасовуватися також в порядку окремого провадження, тому що у разі скасування цього режиму спору між подружжям бути не може.

Відповідно до п. 12 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 11 від 21 грудня 2007 р. “Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя” [3, с. 5] вирішуючи заяву в порядку ст. 119 СК України, суд повинен встановити фактичні взаємини сторін і переконатися в доцільності сепарації для того, щоб узаконений спосіб окремого проживання не був формальним засобом вирішення спірних майнових питань. Отже, за наявності спільної заяви подружжя про встановлення режиму окремого проживання суд з’ясовує взаємовідносини подружжя, причини та мотиви прийнятого ними рішення. Розглядаючи справу про встановлення вказаного режиму, суд повинен захищати не лише інтереси подружжя, але й інтереси їхніх дітей.

Справи про встановлення режиму окремого проживання подружжя – це справи про створення умов здійснення особою особистих немайнових чи майнових прав, оскільки встановлюючи такий режим суд сприяє подружжю у врегулюванні їхніх відносин, приведенні їх у відповідності з інтересами подружжя та їхніх дітей.

До справ, що виникають із шлюбних правовідносин, належать також справи про встановлення факту реєстрації шлюбу, розірвання шлюбу та справи про встановлення факту проживання однією сім’єю чоловіка та жінки без шлюбу. Це справи про встановлення фактів, що мають юридичне значення.

Компетенція суду в окремому провадженні при розгляді справ про встановлення факту, що має юридичне значення, обмежена встановленням наявності (або відсутності) юридичних фактів. Інакше кажучи, при розгляді цих справ не можна одночасно підтвердити наявність самого факту і прав заінтересованої особи, які витікають з даного факту [7, с. 18].

Встановлюючи факти реєстрації шлюбу, розірвання шлюбу, суд констатує саме наявність факту реєстрації, а не саму подію, встановлює достовірні факти, а не можливі.

Що ж до справ про встановлення факту проживання однією сім’єю чоловіка та жінки без шлюбу, то назва цієї категорії справ видається не достатньо коректною. Поняття, яке використовується в законодавстві – “жінка та чоловік, що проживають однією сім’єю, але не перебувають у шлюбі між собою” (ст. 74 СК України), є занадто розтягнутим для його застосування в юридичній практиці, а також таким, що неоднозначно застосовується в СК України та в судовій практиці. Наприклад громадянин Ч звернувся до суду із заявою про встановлення факту проживання однією сім’єю із гр. Д, яка є його матір’ю. Заявник посилається на те, що вони проживали однією сім’єю протягом п’яти років, вели спільне господарство [4]. Отже, з цього прикладу робимо висновок про те, що термін “сім’я”, який вживається у назві цієї категорії справ, є занадто широким, адже в даному випадку, гр. Ч і гр. Д проживали однією сім’єю, не перебували у шлюбі між собою, але ця справа не належить до справ, передбачених п. 5 ч. 1 ст. 256 ЦПК, які за процесуально-правовою природою стосуються виключно шлюбних відносин, які не були зареєстровані у встановленому законом порядку.

Доцільно було б встановити спеціальний термін, за яким можна чітко відмежовувати такі відносини від інших подібних правовідносин. З огляду на це, пропонуємо відносини чоловіка та жінки, що проживають однією сім’єю без шлюбу, називати фактичними шлюбними відносинами (проте, з метою уникнення

неясності надалі в тексті вживатиметься термін, визначений чинним законодавством).

На сьогодні факт проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу встановлюється незалежно від смерті чи пропажі без вісті особи. Основним завданням суду при розгляді цієї категорії справ є встановлення власне факту проживання чоловіка та жінки як подружжя, але без реєстрації шлюбу.

Якщо не встановлювати факт проживання чоловіка та жінки однією сім'єю без шлюбу, а зобов'язати їх зареєструвати шлюб, то залишається неврегульованою та сфера відносин, які виникли з моменту початку їх спільного проживання до моменту укладення шлюбу. Саме для того, щоб надати законної сили цій сфері відносин заявники і звертаються до суду з вимогою про встановлення факту проживання однією сім'єю без шлюбу, адже в такому випадку фактичний шлюб прирівнюється за наслідками до зареєстрованого.

Підсумовуючи усе викладене вище, доходимо висновку, що справи, які виникають із шлюбних відносин – це справи, в яких відсутній спір про право, що є основним критерієм віднесення їх до справ окремого провадження. Особливості вказаних категорій справ значно відрізняють їх від інших справ, що розглядаються в окремому провадженні, а тому повинні бути відображені в ЦПК України. У зв'язку з цим пропонується ЦПК України доповнити Главою 13 “Розгляд судом справ, що виникають із шлюбних правовідносин”.

1. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21. – Ст. 135.
2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40. – Ст. 492.
3. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 11 від 21 грудня 2007 року “Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя” // Вісник Верховного суду України. – 2008. – № 1. – С. 5.
4. Архів Франківського районного суду м. Львова за 2006 р., справа № 20-109/06.
5. *Аксененок Г.* Роль суда в укріпленні сім'ї в советском государстве // Социалистическая законность. – 1949. – № 3. – С. 3–11.
6. *Антимонов Б., Пергамент А.* Нужны ли изменения в порядке расторжения брака? // Социалистическая законность. – 1954. – № 9. – С. 24–31.
7. *Елисейкин П.Ф.* Судебное установление фактов, имеющих юридическое значение. – М.: Юрид.лит., 1973. – 127 с.
8. *Жилінкова І.В.* Правове регулювання розірвання шлюбу за новим Сімейним кодексом України // Проблеми законності: Республіканський мужві-домчий науковий збірник. – Х.: НЮАУ ім.Я.Мудрого, 2003. – Вип. 63. – С. 14–20.
9. *Калітенко О.М.* Окремі новели з питань припинення шлюбу (за новим Сімейним кодексом України) // Актуальні проблеми держави і права. – 2003. – Випуск 17. – С. 8–10.
10. *Кидалова А.* Особливості правового регулювання розірвання шлюбу між подружжям, яке має неповнолітніх дітей // Право України. – 2000. – № 2. – С. 55–57.
11. Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України / За ред. Є.О. Харитонова. – Х.: ТОВ “Одіссей”, 2008. – 558 с.
12. *Оридорога М.Т.* Значение согласия супругов в делах о расторжении брака // Социалистическая законность. – 1956. – № 9. – С. 37–41.

13. *Ромовська З.В.* Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. – К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003. – 532 с.
14. *Свердлов Г.М.* Брак и развод. – М. – Л.: Изд-во Академии наук СССР в Мск., 1949. – 146 с.
15. *Сергеева С.М., Сидоров Я.О.* Розлучення як форма припинення шлюбу (історичний аспект) // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2007. – № 4. – С. 114–122.
16. *Юркевич Н.Г.* Заключение брака по советскому праву. – Минск: Наука и техника, 1965. – 142 с.

## PROCEDURAL LEGAL CHARACTER OF CASES ARISING FROM MARITAL RELATIONS

*M. Nimak*

*Ivan Franko National University of Lviv,  
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine  
tel. (032) 274-03-80, e-mail: mary.nimak@gmail.com*

The article is devoted to the research of issues concerning procedural legal character of cases that arise from marital relations. The expediency of these cases consideration as the cases of ex-parte proceeding is substantiated. The main assignments of the court in resolving cases arising from marital relations are clarified.

*Key words:* cases arising from marital relations, granting the right to get married, dissolution by mutual consent of the married couple; regime of separation of the married couple, concubinage.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## ПОНЯТТЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

*С. Сенік*

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

Цивільні процесуальні правовідносини є різновидом правових відносин. Як і для усіх правових відносин, цивільним процесуальним правовідносинам характерно те, що вони виникають і існують на основі норм права між конкретними суб'єктами, юридично закріплюють взаємну поведінку їх учасників, забезпечені силою державного примусу. Проте, цивільне судочинство – специфічна сфера суспільної діяльності, тому і правовідносини, які тут виникають, мають свою специфіку. Саме з'ясуванню особливостей цивільних процесуальних правовідносин і присвячена дана стаття.

*Ключові слова:* цивільне судочинство, цивільні процесуальні правовідносини, учасники цивільних процесуальних правовідносин.

Цивільні процесуальні правовідносини виникають у процесі розгляду і вирішення цивільних справ у суді першої інстанції, перегляду судових рішень, з приводу судового контролю за виконанням судових рішень.

Цивільні процесуальні правовідносини є засобом реалізації норм цивільного процесуального права. Аналіз цивільних процесуальних правовідносин – необхідний етап дослідження ефективності чинного законодавства, в процесі якого аналізуються конкретні правовідносини в їх співвідношенні з нормами права для того, щоб показати, наскільки правильно вони змодельовані в нормі, чи застосовані адекватні засоби правового впливу та інше.

Доктрина процесуального права багата на різні погляди про природу цивільних процесуальних правовідносин. Теорія процесуальних правовідносин одержала розвиток у працях багатьох учених-процесуалістів, зокрема, Є.В. Васьковського, Н.Б. Рейдера, В.М. Гордона, Н.О. Чечіної та ін. Сама категорія “цивільне процесуальне відношення” була введена у науковий обіг у другій половині XIX ст. німецьким ученим Оскаром Бюловим. Він вказував, що процесуальне право визначає права і обов'язки суду і сторін у їх взаємних відносинах, а тому цивільний процес є співвідношенням прав сторін і обов'язків суду. Закладені ним основи є фундаментом теорії процесуальних відносин у німецькій доктрині, яка по сьогоднішній день визначає цивільний процес як єдине правовідношення.

Сучасна процесуальна доктрина виробила два різних підходи до розуміння процесуальних відносин як таких, що відображають суть цивільного судочинства:

1. цивільне судочинство є єдиним багатосуб'єктним процесуальним правовідношенням;
2. цивільне судочинство є системою цивільних процесуальних правовідносин, елементами якої є окремі правовідносини між судом і кожним із учасників цивільної справи.

Розуміння цивільного судочинства як єдиного правовідношення було викликано намаганням пояснити процес як цілісне явище, яке має свою специфіку і закономірності розвитку, як феномен правового життя, який не зводиться до випадкового набору окремих процесуальних дій, що вчиняються різними учасниками процесу.

На протипагу прибічників розуміння цивільного судочинства як єдиного правовідношення, у процесуальній літературі доводиться розуміння цивільного судочинства як системи процесуальних правовідносин. Наприклад, М. Гурвіч вказував [1, с. 90–93], що цивільний процес – це складне (комплексне) правовідношення, яке складається із елементарних правовідносин. Ним виділялись:

1) головне правовідношення – між судом, з однієї сторони, і позивачем, відповідачем, третьою особою, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору, прокурором та іншими органами і особами, які мають право звернутись до суду для захисту чужих інтересів, з другої сторони;

2) додаткові правовідносини – між судом і третьою особою, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, органами, які виконують функцію дачі висновку у справі;

3) службово-допоміжні правовідносини – між судом та іншими учасниками процесу (свідками, перекладачами, спеціалістами, експертами).

Якщо здійснити системний аналіз досліджуваного питання, можна прийти до висновку, що усе ж таки цивільне судочинство є системою процесуальних відносин, які складаються між судом і кожним учасником цивільної справи. Системотворюючим фактором виступає предмет судочинства, який залежить від виду провадження – це або спірне матеріальне правовідношення, або необхідність вирішення іншого правового питання.

Система цивільних процесуальних правовідносин характеризується взаємозв'язком і взаємообумовленістю елементів. Структуру системи цивільних процесуальних правовідносин складають окремі правовідносини, що виникають між судом, з однієї сторони, і кожним учасником цивільної справи, з другої сторони. Цивільні процесуальні правовідносини утворюються за схемою: “суд-позивач”, “суд-відповідач”, “суд-спеціаліст”, “суд-експерт” і т. д.

Погоджуюсь із думкою Т.В. Сахнової, що цивільних процесуальних правовідносин виникає стільки, скільки разів реалізується процесуальне право чи виконується процесуальний обов'язок конкретного учасника процесу. Будь-який суб'єкт процесу здійснить юридично значиму процесуальну дію тільки у тому випадку, коли вона є реалізацією закріпленого у ЦПК процесуального права або процесуального обов'язку. Юридичні наслідки реалізованого процесуального права (процесуального обов'язку) виражаються в юридичному “взаємозв'язку” із судом, у відповідній процесуальній дії суду. Іншої об'єктивації у процесі вони не мають [2, с. 154].

Цивільне процесуальне правовідношення завжди виникає між судом і іншим учасником цивільної справи. Без участі суду суб'єкти цивільного судочинства не можуть вступати у процесуальні правовідносини один з одним. Суд є обов'язковим учасником будь-якого процесуального правовідношення. Це обумовлено специфікою судового захисту.

*Наприклад, позивач подає заяву про виклик свідка, щоб одержати доказ у вигляді показання свідка. Сам позивач викликати свідка не може, оскільки відповідно до ЦПК країни свідка повинен викликати суд. Проте без відповідної заяви позивача суд з власної ініціативи зробити цього не може. Отже, в першу чергу позивачеві потрібно вступити у процесуальні правовідносини із судом шляхом подання заяви про виклик свідка. Задоволення заяви судом призводить до виникнення наступного процесуального правовідношення – постановлення судом ухвали про виклик свідка до суду. Це, у свою чергу, передбачає виникнення щ одного право відношення – між судом і свідком. Саме така послідовність реалізації відповідного права приведе до*

*бажаного для позивача результату: одержання доказу у вигляді показання свідка для підтвердження необхідного їй юридичного факту.*

Приєднуюсь до позиції В.І. Тертишнікова, що навіть у випадках, коли сторони за договором визначають підсудність справи, вони це роблять під контролем і при участі судді, що приймає заяву. Мирова угода укладається сторонами також під контролем і за допомогою суду [3, с. 51].

Усі окремі процесуальні правовідносини не існують поза зв'язком з іншими процесуальними правовідносинами, тобто поза їх системою, що передбачено системністю цивільної процесуальної форми. Система цивільних процесуальних правовідносин є явищем динамічним. Вона розвивається послідовно. Проте у певних випадках процесуальні правовідносини можуть повторюватись.

*Наприклад, відповідно до ч.ч. 2, 3 ст. 195 ЦПК України, якщо під час ухвалення рішення виникає потреба з'ясувати будь-яку обставину шляхом повторного допиту свідків або вчинення іншої процесуальної дії, суд, не ухвалюючи рішення, постановляє ухвалу про поновлення судового розгляду. У цих випадках розгляд справи проводиться виключно в межах з'ясування обставин, що потребують додаткової перевірки.*

Крім цього, кожний суб'єкт може реалізовувати одне і теж право (залежно від його природи), не один раз. *Наприклад, відповідно до ст. 27 ЦПК особа, яка бере участь у справі, має право заявляти клопотання. У ході провадження у цивільній справі це право може бути реалізовано неодноразово. Відповідно в кожному конкретному випадку з приводу заявленого клопотання буде виникати правовідношення між судом і особою, яка його заявила.*

Отже, можна констатувати, що кількісний склад процесуальних правовідносин визначається числом процесуальних дій з реалізації належних суб'єкту цивільного судочинства процесуальних прав і обов'язків.

У цивільній процесуальній доктрині часто підкреслюється владний характер цивільних процесуальних правовідносин, що пояснюється участю у них владного суб'єкта – суду. Проте це видається не цілком правильним. Участь владного суб'єкта у правовідношенні не перетворює його у владовідношення. Суд не стоїть “над” учасниками цивільної справи, а судове керівництво процесом не зводиться до імперативу, наказного характеру вияву владних повноважень суду у цивільному судочинстві. Владні функції суду балансуються ініціативою і процесуальними правами, гарантіями процесуальних прав учасників цивільної справи, а також наявністю у суду процесуальних обов'язків перед суб'єктом, який протистоїть йому у правовідношенні. Правосудна функція суду в окремо взятих процесуальних правовідносинах усе більше виражається в контрольних і координуючих повноваженнях суду (як виняток можна вказати на застосування норм, що передбачають санкції, яких в цивільному судочинстві не так вже й багато).

Як правильно зазначає з цього приводу О. Боннер [4], влада суду у цивільному судочинстві зводиться в основному до двох моментів:

- 1) суд і від його імені головуючий керують судовим засіданням;
- 2) суд здійснює правосуддя в цивільних справах іменем держави, вирішує справи по суті, а судові рішення, які набрали законної сили, є обов'язковими для виконання.

Владний характер повноважень суду не означає, що він виступає тільки як носій права, а усі інші учасники процесу – носії обов'язків. Суд наділений не тільки процесуальними правами, а й обов'язками стосовно інших учасників процесу. Наприклад, суд зобов'язаний прийняти позовну заяву у цивільній справі,

якщо вона подана у порядку, встановленому законом; він зобов'язаний розглянути і задоволити обґрунтоване клопотання про залучення до справи доказу [5, с. 65].

Аналіз правової природи цивільних процесуальних правовідносин дозволяє виділити ознаки, які відрізняють їх від інших правовідносин:

- цивільні процесуальні правовідносини виникають завжди між двома суб'єктами цивільного процесуального права;
- обов'язковим суб'єктом будь-якого процесуального правовідношення є суд як орган державної влади, який здійснює правосуддя;
- цивільне процесуальне правовідношення завжди виникає з приводу реалізації процесуального права чи виконання процесуального обов'язку;
- цивільне процесуальне правовідношення існує тільки в правовій формі;
- цивільні процесуальні правовідносини взаємопов'язані і взаємообумовлені, а система правовідносин характеризується рухом цивільного судочинства як механізму судового захисту.

Отже, цивільні процесуальні правовідносини – це система врегульованих цивільним процесуальним правом відносин, які виникають між судом і іншим учасником цивільного судочинства у зв'язку із здійсненням правосуддя у цивільній справі.

1. *Гурвич М.А.* Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия: Тр. ВЮЗИ. – М., 1965.
2. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты / Т.В. Сахнова. – М.: Волтерс Клівер, 2008.
3. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: Монографія / В.В. Комаров, В.І. Тертишніков, В.В. Баранкова та ін.; За заг. ред. професора В.В. Комарова. – Х.: Харків юридичний, 2008.
4. *Боннер А.Т.* Принцип диспозитивности советского гражданского процессуального права. – М., 1987.
5. Гражданский процесс: Учебник. 3-е изд., испр. и доп. / Под ред. М.К. Треушникова. – М.: ООО “Городец-издат”, 2000.

## NOTION OF CIVIL PROCEDURAL LEGAL RELATIONS

*S. Senyk*

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

Civil procedural legal relations are the kind of legal relations. As all legal relations, they arise and exist on the basis of law norms between specific subjects, legally fix mutual behaviour of the participants and are enforced by the state. Though civil justice is a specific sphere of social activity, consequently such relations have their own peculiarity. Examination of civil procedural legal relations peculiarities is the issue under consideration.

*Key words:* civil justice, civil procedural legal relations, participants of civil procedural legal relations.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009  
Прийнята до друку 01.06.2009

## ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ

*Н. Шама*

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

У статті розкрито основні положення щодо законодавчого поняття спадкового договору та його правової природи. Визначено ознаки спадкового договору, а також на цій підставі обґрунтовано та сформульовано пропозиції щодо вдосконалення правового регулювання поняття спадкового договору.

*Ключові слова:* спадковий договір, набувач, відчужувач.

Згідно ст. 1302 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) за спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває права власності на майно відчужувача.

Це законодавче визначення дає змогу виділити наступні ознаки спадкового договору. Договір, який згідно ЦК України іменується спадковим, є підставою виникнення зобов'язання між набувачем та відчужувачем. Оскільки зобов'язання є різновидом цивільного правовідношення і підставою його виникнення у цьому випадку слугує спадковий договір, то йому властиві всі ті елементи, що й правовідношенню загалом. Тому видається за доцільне проаналізувати те зобов'язальне правовідношення, яке виникає на підставі укладення спадкового договору за його окремими елементами – змістом, суб'єктами та об'єктом зобов'язання.

Найдоцільніше буде розпочати характеристику зі змісту зобов'язання, так як в ході його дослідження отримують послідовне висвітлення й інші елементи.

У літературі немає єдності думок з приводу того, чи є спадковий договір одностороннім, чи двостороннім договором. Одні автори стверджують, що спадковий договір є одностороннім [1, с. 965; 2, с. 16; 3, с. 1076; 4, с. 92, 104], інші ж наполягають на тому, що спадковий договір двосторонній [5, с. 137–138; 6, с. 136; 7, с. 5; 8, с. 1046], оскільки права і обов'язки за договором покладаються як на відчужувача, так і на набувача.

Визначення спадкового договору в ЦК України сформульоване так, що обов'язки за договором покладаються лише на набувача, а це мало б означати, що спадковий договір є одностороннім, оскільки у самому визначенні про жодні обов'язки, що покладаються на відчужувача, не йдеться, у зв'язку з чим і виникають непорозуміння з приводу того, чи є спадковий договір одностороннім чи двостороннім.

Ми притримуємося позиції про те, що спадковий договір є двостороннім, виходячи з наступних аргументів.

Оскільки згідно з положенням ст. 1302 ЦК України набувач зобов'язується виконувати розпорядження відчужувача і в разі його смерті набуває права власності на майно відчужувача, то безпосередньо після укладення спадкового договору, а не після смерті відчужувача, у набувача виникає право вимоги щодо цього майна, а саме право вимагати від відчужувача не відчужувати майно, визначене спадковим договором. Про це свідчить ч. 1 ст. 1307 ЦК України, в якій йдеться про накладення заборони відчуження на майно, визначене спадковим договором, яка і слугує забезпеченням виконання такого обов'язку відчужувача.

Власне покладення на відчужувача такого обов'язку та, відповідно, накладення нотаріусом заборони відчуження на майно, визначене спадковим договором, і забезпечують можливість набувача набутти після смерті відчужувача у власність саме те майно, з приводу якого укладено договір.

Що стосується ст. 1302 ЦК України, то про обов'язок відчужувача у ній не йдеться, однак у вказаній нормі зазначається, що в разі смерті відчужувача набувач набуває права власності на його майно. А це означає, що для того, аби набувач міг набутти у власність таке майно після смерті відчужувача, на останнього повинен покладатися обов'язок не відчужувати майно, визначене спадковим договором. У протилежному випадку, можна говорити лише про фактичну можливість набуття майна у власність після смерті відчужувача.

На відміну від цього, спадковий договір, передбачений, зокрема, цивільним законодавством Німеччини, не надає контрагенту спадкодавця, який за договором признається спадкоємцем, аналогічного права вимоги. Вся річ у тому, що предметом спадкового договору, передбаченого законодавством Німеччини, є право спадкування, яке встановлюється на користь чи то контрагента спадкодавця, чи то третьої особи, а отж, зазначені особи внаслідок укладення спадкового договору не набувають право вимоги до спадкодавця, а набувають лише фактичної можливості після його смерті стати спадкоємцями [9, с. 756]. Тому на спадкодавця за спадковим договором, який згідно законодавства Німеччини є підставою спадкування, й не покладається обов'язок не відчужувати майно, бо в даному випадку йдеться про передання майна у власність у порядку спадкування.

Що стосується права, яке за договором надається відчужувачеві і обов'язку набувача, який кореспондує цьому праву, то ЦК України закріплює наступні положення. Згідно зі ст. 1305 ЦК України набувач у спадковому договорі може бути зобов'язаний вчинити певну дію майнового або немайнового характеру до відкриття спадщини або після її відкриття. Ці дії можуть полягати у наданні утримання відчужувачеві, догляду за ним, виконанні на користь відчужувача певної роботи, наданні йому послуг, оскільки ці дії мають економічну вартість [1, с. 965]. Право ж відчужувача, якому кореспондує цей обов'язок набувач, полягає, відповідно, в можливості вимагати від відчужувача вчинення вказаних дій. В правах і обов'язках сторін зобов'язання, які є кореспондуючими, і проявляється зміст зобов'язання.

Отже, і за відчужувачем, і за набувачем за спадковим договором закріплені і права, і обов'язки. А договір, в якому кожна зі сторін наділена і правами, і обов'язками, є двостороннім.

Тому як кредитор за спадковим договором є як відчужувач, так і набувач, оскільки їм належить право вимоги в зобов'язанні; боржником у зобов'язанні є також і набувач, і відчужувач, так як на кожного з них покладається виконання передбаченого договором обов'язку.

Що стосується об'єкта зобов'язання, то оскільки, як уже було з'ясовано, спадковий договір є двостороннім, то боржником в такому зобов'язанні є і набувач, і відчужувач. Тому об'єктом зобов'язання, яке виникає зі спадкового договору, будуть дії набувача з виконання розпоряджень відчужувача. Відповідно до ст. 1305 ЦК України такі розпорядження можуть полягати у вчиненні певної дії майнового чи немайнового характеру до відкриття спадщини або після її відкриття. А з іншого боку, об'єктом зобов'язання будуть виступати дії, утримуватися від вчинення яких зобов'язаний відчужувач і які полягають у невідчуженні ним майна, визначеного спадковим договором.

Спадковий договір вважається укладеним з моменту досягнення сторонами в належній формі згоди щодо усіх істотних умов договору і не може вважатися укладеним з моменту передання речі, оскільки його перфекція не пов'язується з передачею майна. Це зумовлено тим, що майно, визначене спадковим договором, переходить у власність набувача лише після смерті відчужувача, і якщо укладення спадкового договору пов'язувати саме з цим моментом, то тоді відчужувачеві немає підстав вимагати від набувача виконання ним своїх обов'язків, бо договір ще не укладено, а отже, й не виникло договірного зобов'язання. По-друге, спадковий договір є двостороннім договором і зміст зобов'язання, яке виникло на підставі його укладення, з одного боку, становить обов'язок набувача вчинити передбачені договором дії та, відповідно, право відчужувача вимагати від набувача виконання вказаних дій, а не навпаки, право набувача вимагати передання йому відчужувачем майна, визначеного спадковим договором, та, відповідно, обов'язок відчужувача передати вказане майно. Набувач стосовно майна, визначеного спадковим договором, має право лише вимагати від відчужувача не відчужувати таке майно, якщо самим договором на відчужувача не покладаються ще й інші обов'язки. А отже, передання майна є поза межами зобов'язання, яке виникає на підставі укладення спадкового договору, про що свідчить і визначення спадкового договору (ст. 1302 ЦК України), в якому йдеться не про передання майна, а про набуття набувачем права власності на майно.

Отже, за способом укладення спадковий договір належить до консенсуальних договорів.

За наявності зустрічного задоволення спадковий договір належить до відплатних договорів. Таке твердження не викликає жодних сумнівів, оскільки про відплатність спадкового договору свідчить саме формулювання поняття спадкового договору (ст. 1302 ЦК України), відповідно до якого набувач після смерті відчужувача набуває право власності на майно, визначене спадковим договором, взамін чого зобов'язаний вчинити певні дії. А договір, за яким сторона повинна отримати оплату чи інше зустрічне надання за виконання своїх обов'язків за договором, є відплатним.

Проаналізувавши елементи досліджуваного зобов'язання, можна зробити висновок, що спадковий договір згідно з ЦК України є підставою виникнення зобов'язання в розумінні ч. 1 ст. 509 ЦК України, так як в даному правовідношенні присутні всі елементи, які повинні бути властиві зобов'язанню.

Спадковий договір, передбачений ЦК України, має, однак, певні неузгодженості.

Договір, який законодавцем іменується “спадковим”, не передбачає спадкування. Однак, як видається, назва договору завжди повинна відображати ті правовідносини, які виникають на підставі його укладення. Коли ми бачимо, скажімо, назву “договір купівлі–продажу”, то, очевидно, одразу виникає думка, що даний договір опосередковує саме відносини купівлі–продажу, а не будь-які інші; договір поставки опосередковує саме відносини поставки, договір найму – відносини тимчасового користування майном тощо. Однак, коли ми бачимо назву “спадковий договір” і звертаємося до його поняття, одразу ж починають виникати непорозуміння. Адже договір із назвою “спадковий” уже в самій назві містить вказівку на спадкування, тому й логічно, що даний договір повинен передбачати набуття майна саме в порядку спадкування.

Проте таке уявлення не відповідає дійсності з ряду причин. По-перше, у нашому випадку сторони спадкового договору іменуються відчужувачем і

набувачем. За даних обставин, тобто якщо виходити із поняття спадкового договору, закріпленого законодавством у Гл. 90 ЦК України, ми визнаємо, що таке найменування сторін є більш правильним, ніж те, яке повинно було б застосовуватися до сторін, судячи з назви самого договору, а саме – спадкодавець та контрагент за договором. Оскільки одна сторона добровільно передає право на певне майно, тобто відчужує його, то й сторону цю належить іменувати відчужувачем. Відповідно сторону, яка це право набуває, – набувачем.

По-друге, набуття майна набувачем після смерті відчужувача здійснюється не в порядку спадкування. Хоча таке набуття і здійснюється одночасно з відкриттям спадщини, момент якої визначається моментом смерті відчужувача, та й сам законодавець у ч. 2 ст. 1306 ЦК України вживає терміни “відкриття спадщини” та “спадщина”, та це ще не дає жодних підстав стверджувати, що таке набуття здійснюється в порядку спадкування. На підтвердження цієї позиції ми наводимо наступні аргументи.

Для переходу до спадкоємців всієї сукупності прав та обов’язків, або іншими словами, для переходу до них спадщини, необхідним є послідовне накопичення передбаченого законом відповідного складу юридичних фактів – юридичного складу спадкового правонаступництва. Ці юридичні факти можна розділити на три групи:

1) Юридичні факти, що є передумовами виникнення права спадкування, які вже існують на момент відкриття спадщини.

У разі спадкування за законом такими передумовами є факт спорідненості зі спадкодавцем, усиновлення, перебування з ним у шлюбі та ін.

При спадкуванні за заповітом такою передумовою є наявність на момент відкриття спадщини чинного заповіту, тобто заповіту, який і за змістом, і за формою відповідає вимогам закону.

При спадкуванні за спадковим договором, який також є підставою спадкування за законодавством окремих країн, зокрема Німеччини, Австрії, Швейцарії такою передумовою є наявність на момент відкриття спадщини чинного спадкового договору, яким встановлено право спадкування на користь певної особи.

2) Юридичний факт – відкриття спадщини, яке визначається моментом смерті спадкодавця чи оголошення його померлим, і закликання спадкоємців до спадкування.

3) Юридичний факт, що носить завершальний характер, – акт прийняття спадщини [10, с. 337].

Натомість до юридичного складу, наявність якого є необхідним для набуття у власність майна на підставі спадкового договору, передбаченого Гл. 90 ЦК України, входять такі юридичні факти:

1) наявність чинного спадкового договору, в якому міститься розпорядження відчужувача, причому розпорядження за життя, а не на випадок смерті, про те, що після його смерті майно, визначене спадковим договором, повинно перейти у власність набувача;

2) смерть відчужувача, з якою пов’язується момент переходу права власності від відчужувача до набувача.

Як бачимо, за спадковим договором згідно ЦК України набувач не набуває права власності на майно, яке визначене цим договором, в порядку спадкування, оскільки він не набуває статусу спадкоємця, бо спадковим договором не встановлюється право спадкування взагалі (спадковий договір не слугує підставою

спадкування), у зв'язку з чим набувач і не закликається до спадкування, хоча набуття ним права власності на майно й пов'язується з моментом смерті відчужувача, який одночасно є й моментом відкриття спадщини. Набуття майна на підставі спадкового договору не передбачає того юридичного складу, який є необхідним для отримання майна в порядку спадкування. Та й оскільки нотаріусом згідно з ч. 1 ст. 1307 ЦК України накладає заборону відчуження на майно, яке є предметом спадкового договору, що слугує забезпеченням виконання відчужувачем свого обов'язку не відчужувати вказане майно, то це майно вже не включається до складу спадщини. Наведені положення ще раз засвідчують той факт, що про жодне спадкування за спадковим договором, передбаченим ЦК України, не йдеться та й взагалі йтися не може.

Крім того, одним із принципів спадкування є принцип універсальності правонаступництва, який становить основу інституту спадкування.

Якщо узагальнити різні підходи до розуміння універсальності правонаступництва, розроблені науковцями [11, с. 44–45; 10, с. 322–323; 12, с. 547–548], то даний принцип можна звести до такого:

1) спадкоємець заступає спадкодавця у всіх правовідносинах, учасником яких був останній;

2) майно спадкодавця переходить до спадкоємців як одне ціле. Спадкоємці не знають, яке майно і в якому складі перейде до них в порядку спадкування саме тому, що спадкодавець вільно розпоряджається всім належним йому майном аж до моменту своєї смерті;

3) спадкоємець завжди набуває спадщину безпосередньо.

Отже, наведені ознаки принципу універсальності спадкового правонаступництва, дають змогу зробити висновок, що майно, з приводу якого укладено спадковий договір, не переходить до набувача в порядку універсального правонаступництва. Відчужувач не може вільно розпоряджатися майном, що є предметом спадкового договору, оскільки з ч. 1 ст. 1307 ЦК України на нього накладається заборона відчуження, а набувачеві заздалегідь відомо, яке майно перейде до нього за договором після смерті відчужувача, оскільки умова про майно є істотною умовою спадкового договору і погоджується сторонами при його укладенні. Таке майно повинно бути визначено конкретно. І у разі смерті відчужувача набувач повинен отримати майно в обсязі, розмір якого явно не може бути меншим від того, який було визначено на момент нотаріального посвідчення договору [5, с. 137–139].

Крім того, відчужувач не може лише відчужувати майно, щодо якого укладений спадковий договір, внаслідок накладення нотаріусом заборони відчуження. Однак він може користуватися таким майном і, очевидно, розпоряджатися ним у будь-якій іншій, ніж відчуження, формі. З цього слідує, що відчужувач може, наприклад, передати нерухоме майно, яке є предметом спадкового договору, у тимчасове користування за договором найму. Внаслідок смерті відчужувача право власності на майно переходить за спадковим договором до набувача, але до нього у випадку, якщо на момент смерті відчужувача строк дії договору найму ще не закінчився, згідно з ч. 1 ст. 770 ЦК України переходять і права та обов'язки, що випливають із договору найму. В цьому випадку набувач стає правонаступником не лише у праві, а й у сукупності прав і обов'язків. Але і в цьому випадку не можна говорити про універсальне правонаступництво, хоча набуваються як права, так і обов'язки, оскільки правонаступництво в певній сукупності прав і обов'язків, а не у всій їх сукупності, є правонаступництвом

сингулярним і в даному випадку підставою такого правонаступництва слугуватиме спадковий договір.

По-третє, спадковий договір в розумінні ЦК України є договором за життя. Укладення спадкового договору вже за життя відчужувача спричинює зміну в майнових відносинах і зміна ця зберігається навіть у тому випадку, коли одна зі сторін договору помре раніше іншої, а це означає, що спадковий договір належить до договорів за життя, а не на випадок смерті, як стверджують окремі автори [8, с. 1047].

Відповідно до ч. 1 ст. 1307 ЦК України на майно, визначене у спадковому договорі, нотаріус, який посвідчив цей договір, накладає заборону відчуження. Власне у забороні відчуження майна і проявляється та зміна у майнових відносинах, яка настає внаслідок укладення спадкового договору для відчужувача і унеможливує розпорядитися майном як вдруге за життя, так і на випадок смерті. Така заборона відчуження є тривалою, оскільки зберігається аж до моменту смерті відчужувача. Проте ситуація не змінюється і зі смертю відчужувача. Як не міг він відчужити майно, визначене спадковим договором, за життя, так і не зможе відчужити його після смерті, оскільки внаслідок настання цієї події відчужувач перестає бути суб'єктом цивільних правовідносин, а отже припиняються його цивільні права й обов'язки. Тому й неможливість відчуження, яка існувала за життя відчужувача, зберігається і після його смерті, оскільки не можна відчужити те, право на що припинилося.

Зміна в майнових відносинах настає і для набувача, який, виходячи з норм ст.ст. 1302, 1305 ЦК України, зобов'язаний виконувати розпорядження відчужувача, які можуть носити як майновий, так і немайновий характер.

Отже, наведені аргументи достатньо переконливо свідчать про те, що спадковий договір за законодавством України належить до договорів за життя, що в принципі суперечить сутності спадкування загалом, та правовій природі спадкового договору згідно доктрини німецького спадкового права зокрема.

Проаналізувавши концепцію спадкового договору, яка розроблена і втілена законодавцем в нормах гл. 90 ЦК України, можна дійти висновку, що немає жодних підстав іменувати такий договір "спадковим", оскільки, по-перше, договір, який є підставою виникнення зобов'язання, виходить за межі спадкового права. Саме таким є спадковий договір згідно з ЦК України. А по-друге, спадковий договір в розумінні ЦК України, всупереч своїй назві, не передбачає жодного спадкування.

Такий договір за волевиявленням відчужувача спрямований на передачу майна у власність ще за життя, але із набуттям права власності після його смерті, а не на випадок смерті, тому його місце в системі норм ЦК України повинно визначатися з урахуванням мети, яка в даному випадку полягає в переданні майна у власність, а не у встановленні права спадкування на користь певної особи. Спадковий договір, передбачений ЦК України, тяжіє до групи договорів про передачу майна у власність, а отже, можна стверджувати про те, що розміщення спадкового договору в книзі шостій ЦК України – "Спадкове право" є безпідставним. Позиції про те, що розміщення спадкового договору в Книзі шостій ЦК України – "Спадкове право" – є сумнівним, дотримуються Ю.О. Заїка [13, с. 33], І.В. Жилінкова [14, с. 394], Я. Турлуковський [15, с. 38] та А. Євстігнєєв [16, с. 40].

Отже, на підставі проведеного аналізу, можна констатувати, що спадковий договір, передбачений гл. 90 ЦК України, всупереч своїй назві і розміщенню в книзі шостій ЦК України – "Спадкове право", – не передбачає переходу майна від

відчужувача до набувача в порядку спадкування в силу відсутності необхідного для цього юридичного складу спадкування, а тому до спадкового договору не застосовуються норми спадкового права. Такий висновок ґрунтується на тому, що:

1) відчужувач не може розпорядитися майном, яке є предметом спадкового договору, на випадок смерті, бо вже розпорядився ним за життя;

2) майно, яке є предметом спадкового договору, не включається до складу спадщини, незважаючи на те, що момент набуття права власності на це майно й пов'язується зі смертю відчужувача, а отже й з відкриттям спадщини;

3) набувач може оформити право власності на майно, яке є предметом спадкового договору, негайно після смерті відчужувача, а не по спливу 6-місячного строку, встановленого для оформлення права на спадщину;

4) майно, яке є предметом спадкового договору, не може бути предметом заповідальної відмови;

5) на таке майно після смерті відчужувача не можуть претендувати особи, які мають право на обов'язкову частку у спадщині;

6) майно, яке є предметом спадкового договору, на момент його укладення визначене конкретно і не може бути відчужене, на відміну від переходу майна у власність в порядку спадкування, при якому невідомо, яке майно складатиме спадщину на момент смерті спадкодавця. Тому заборона відчуження майна відчужувачем слугує гарантією того, що на момент смерті відчужувача це майно належатиме відчужувачеві і право власності на нього перейде до набувача. При переході майна у власність в порядку спадкування, навпаки, спадкодавець необмежений у розпорядженні майном, а отже, можлива ситуація, коли спадкоємці нічого не успадкують взагалі.

Повертаючись до поняття спадкового договору, треба визнати, що його законодавче формулювання не позбавлене недоліків і потребує вдосконалення.

Відповідно до ст. 1302 ЦК України за спадковим договором набувач зобов'язується виконувати розпорядження відчужувача і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача.

При такому формулюванні явними є, принаймні, два недоліки.

По-перше, законодавець вживає термін “розпорядження відчужувача”, який в даному випадку є недоречним. Коли йдеться про розпорядження відчужувача, то очевидно, законодавець мав на увазі під розпорядженнями відчужувача вказівки відчужувача, які можуть бути виконані шляхом вчинення набувачем певних дій на користь відчужувача чи визначеної ним третьої особи, оскільки така можливість слідує зі змісту норм ст.ст. 1302, 1305 ЦК України, які не містять застереження про те, що розпорядження відчужувача повинні бути вчинені набувачем лише на його користь. Крім того, термін “розпорядження відчужувача” є дуже загальним і вказує на невизначеність обов'язків набувача. Але коли йдеться про договір, то права і обов'язки сторін завжди повинні бути визначені конкретно. Не є в цьому відношенні винятком і спадковий договір.

Тому ми пропонуємо словосполучення “розпорядження відчужувача” замінити на словосполучення “передбачені договором дії”, оскільки об'єкт зобов'язання загалом становлять дії по виконанню боржником своїх обов'язків перед кредитором. Це повною мірою стосується й зобов'язання, яке виникає між відчужувачем і набувачем на підставі спадкового договору. Але якщо, наприклад, за договором купівлі-продажу ці дії полягають у передачі майна у власність та, відповідно, прийнятті цього майна і сплаті за нього відповідної грошової суми, а за договором довічного утримання – у забезпеченні утриманням та доглядом, то за

спадковим договором ці дії законодавець не конкретизує. Їх визначення законодавець відносить повністю на розсуд сторін. Однак ці дії повинні бути чітко визначені і погоджені сторонами на стадії укладення спадкового договору і конкретизовані у його змісті, будь-то надання відчужувачеві утримання і догляду, оплата лікування відчужувача, сплата наданих йому комунальних послуг чи вчинення інших передбачених договором дій.

По-друге, невдалим є використання у дефініції спадкового договору словосполучення “і в разі його смерті...”. Таке формулювання виражає лише ймовірність настання смерті відчужувача, а це неправильно з огляду на те, що момент переходу до набувача права власності на майно, яке є предметом спадкового договору, пов’язаний саме зі смертю відчужувача, а це подія, яка неминуче повинна настати. Таке ж двозначне формулювання, яке використовує законодавець, вказує на те, що смерть відчужувача може настати, а може й не настати, а отже, набувач може й не отримати майно у власність, що, на наш погляд, є концептуально неправильним.

Крім того, така позиція обґрунтовується ще й тим, що спадковий договір не можна вважати договором під умовою.

Згідно з ч. 1 ст. 212 ЦК України правочин вважається під умовою, якщо особи, які його вчиняють, обумовлюють настання або зміну прав та обов’язків обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні. Смерть не є обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні. Це подія, яка неминуче настане, невідомо лише, коли.

Тому ми пропонуємо замінити словосполучення “і в разі його смерті...” на словосполучення “а після його смерті...”.

Отже, враховуючи наведені положення ми пропонуємо викласти ст. 1302 ЦК України в такій редакції: **“За спадковим договором одна сторона (набувач) зобов’язується виконувати передбачені договором дії на користь другої сторони (відчужувача) або визначеної ним особи, а після смерті відчужувача набуває права власності на його майно”**.

1. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. В.М. Коссака. – К.: Істина, 2004.
2. *Ромовская З.* Проблемы наследственного договора // Юридическая практика. – 2003. – № 44 (306).
3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. – 2-е вид., перероб. і доп. / За ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Т. II.
4. *Майданик Р.А.* Спадковий договір у цивільному праві України // Університетські наукові записки. Часопис Хмельницького університету управління та права. – 2007. – № 2 (22).
5. *Васильченко В.* Юридична сутність інституту спадкового договору та його місце в системі цивільного права // Право України. – 2003. – № 7. –
6. *Заїка Ю.О.* Становлення і розвиток спадкового права в Україні: Монографія. – К.: Національна академія внутрішніх справ України, 2004.
7. *Чуйкова В.* Правова характеристика спадкового договору // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 4. – С. 3–7.
8. Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є.О. Харитонова, О.М. Калітенко. – Одеса: Юридична література, 2003.
9. Dittmann, Reimann, Bengel. Testament und Erbvertrag. – Luchterhand, 1999.

10. Черпахин Б.Б. Труды по гражданскому праву. – М.: “Статут”, 2001.
11. Дроников В.К. Наследование по завещанию в советском праве. – К.: Изд-во Киевского гос. ун-та им. Т.Г. Шевченко, 1957.
12. Гражданское право. Том 3. Учебник. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., ПБОЮЛ Л. В. Рожников, 2000.
13. Заїка Ю.О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. – К., 2007.
14. Цивільне право України: Академічний курс: Підруч.: У двох томах / За заг. ред. Я.М. Шевченко. – Т. 1. Загальна частина. – К.: ІнЮре, 2003.
15. Турдуковський Я. Спадковий договір в українському цивільному праві: теорія та практика // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 6.
16. Євстігнєєв А. Деякі аспекти спадкового договору // Юридичний журнал. – 2005. – № 10.

## CONCEPT AND FEATURES OF INHERITANCE CONTRACT

*N. Shama*

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

The article deals with main provisions concerning legal concept and legal nature of the inheritance contract. There have been determined features of this contract that resulted in substantiating and formulating propositions on improvement of this concept legal regulation.

*Key words:* contract of inheritance, acquirer, alienator.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## РОЛЬ ТА ЗНАЧЕННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ В ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН

*О. Яворська*

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

Проаналізовано роль та значення судової практики в правовому регулюванні цивільних відносин. Обстоюється позиція про віднесення до форм права рішень Конституційного Суду України та вищих судових інстанцій України, а також необхідність уніфікації форм їх зовнішнього виразу та правил про дію в часі, просторі та по колу осіб.

*Ключові слова:* форма права, судовий прецедент, рішення Конституційного Суду.

Питання про роль та місце судової практики в механізмі правового регулювання завжди викликали інтерес ще давньоримських юристів, а пізніше теоретиків та практиків різних історичних етапів розвитку суспільства. На сучасному етапі розвитку українського суспільства такі ключові аспекти проблеми як визначення суті та змісту судової правотворчості; її співвідношення з парламентською правотворчістю; соціальне та правове значення судової практики; її правова природа та співвідношення із загальновизнаними джерелами права продовжують залишатися предметом наукових дискусій. Ці проблеми мають, в першу чергу, загальнотеоретичне значення. Однак їх з'ясування та оцінка є визначальними для галузевих наук та для правозастосувальної діяльності.

Аналізуючи праці вчених правників дорадянського періоду, слід відмітити неоднозначність оцінки місця та значення судової практики в механізмі правового регулювання. Так, Г.Ф. Шершеневич розцінював судову практику як правило створене судом при винесенні ним рішення з окремих справ [1, с. 86]. М. Малишев, як і М.М. Коркунов, розглядали судову практику в широкому плані як окрему форму загального права [2, с. 85–86, с. 357–358]. Д.І. Мейєр, досліджуючи джерела цивільного права, зазначав, що судова практика завжди є помічницею законодавству, доповнюючи його прогалини, точніше визначаючи застосування законів до даних випадків. З часом законодавча влада може, звичайно, перетворювати судові звичаї в закони [3, с. 59]. Й.О. Покровський, досліджуючи проблему визначеності права, негативно оцінював, за його ж словами, “вільну судову правотворчість”. Якщо теорія вільної судової правотворчості містить в собі органічну і таку, що не може бути усунена, небезпеку судового свавілля, якщо вона саму невизначеність і неясність права виводить у принцип, вона, очевидно, йде врозріз з інтересами розвинутої людської особи. Ця особа може змиритися з багатьма обмеженнями своєї свободи, якщо вони встановлені законом і якщо вони зрозумілі, але вона не може змиритися із залежністю від будь-чийого свавілля, навіть і найбільш доброзичливого. Прагнення до суворої законності складає таку ж невід’ємну рису цивільного права, як і права публічного, і жоден судовий “трансперсоналізм” цього прагнення здолати не може [4, с. 105].

Отже, в цілому, якщо М.І. Коркунов фактично визнавав самостійну роль судової практики як джерела права і такий підхід відслідковується у працях Г.Ф. Шершеневича, Д.І. Мейєра та інших авторів, то Л.І. Портажицький, Й.О. Покровський дотримувалися протилежних поглядів – не може бути й мови про судову правотворчість, оскільки йдеться лише про тлумачення законів.

Радянський період розвитку цивілістичної науки проходив під впливом ідеологічних і політичних чинників цього періоду. Однак науковим дослідженням природи та місця судової практики приділялася значна увага. Ці питання досліджувалися як на загальнотеоретичному, так і на галузевих рівнях [5, с. 176–183, с. 24–26]. В основу офіційної концепції радянського права була закладена теза, а точніше аксіома, відповідно до якої соціалістичне право взагалі, а радянське зокрема не може розглядати судовий прецедент в якості джерела права, оскільки це асоціюється: а) з руйнуванням соціалістичної законності, яка сприймалася як суворе і неухильне дотримання законів і інших підзаконних нормативних актів; б) з можливим судовим свавіллям в процесі одночасного виконання правотворчих і правозастосувальних функцій; в) з підривом або ж з послабленням правотворчої діяльності законодавчих органів [6, с. 379]. Однак, прецедент, за влучним виразом М.І. Гранат “пробиває собі дорогу в правовій системі” [7, с. 9].

Країною, в якій судова практика є джерелом права, є Англія. В цілому група правових систем англо-американського типу характеризується як система загального права. У даному типі правової системи, на думку Л.А. Луць, необхідно розрізнати два підтипи: англійське та американське право, які мають як спільні ознаки, так і особливості [8, с. 117, 126–127]. Англійська правова система наділена цілим рядом особливостей. За влучним висловом К. Цвайгерта і Х. Кьотца для юристів континентальної Європи англійське право завжди уявлялося як дещо дивне і незвичайне. На кожному кроці вони змушені стикатися з правовими інститутами, процедурами і традиціями, яким неможливо підшукати аналогів у звичному світі правових понять континенту. Замість цього вони бачать юридичну техніку, основу якої складають не тексти законів і їх тлумачення і не система юридичних понять, що опосередковують явища соціального життя і слугують інструментом їхньої класифікації. Для англійських юристів більш характерним є преюдиційний спосіб мислення. Вони схильні детально обговорювати життєві проблеми і аргументувати свої висновки, спираючись, перш за все, на конкретні й історичні факти, ніж на абстрактні поняття [9, с. 273–274]. В англійському праві немає поділу на право приватне і право публічне. Натомість право поділяється на загальне право і право справедливості. В процесі свого історичного розвитку англійське право склалося як право судової практики. Наявність судового прецеденту, як основного джерела права, є характерною ознакою правової системи англо-американського типу. Однак, на думку науковців, на сьогоднішні закони і підзаконні акти органів Англійської держави фактично відіграють таку ж роль, що й аналогічні джерела права на Європейському континенті [8, с. 119]. Правова система США подібна до англійської: прецедентне право знаходиться у взаємодії із законодавством.

В сучасний період проблематика, пов'язана з місцем та роллю судової практики в системі джерел права, обговорюється, в першу чергу, на загальнотеоретичному рівні вченими – теоретиками права. Л.А. Луць зазначає, що в системі джерел права України відсутній правовий прецедент (зокрема, судовий), хоча можливість його появи впродовж тривалого часу обговорюється в літературі. На думку прихильників появи такого джерела, правовий прецедент сприятиме не просто збільшенню кількості суб'єктів правотворчості, а й дасть змогу розформалізувати систему джерел права та надати гнучкості та динамізму всій правовій системі. Отож, існуюча система джерел права України з часом може бути доповнена судовим прецедентом, хоча в нинішньому стані вона виконує необхідну роль у структуруванні суспільного життя в Україні, створенні ефективної, впорядкованої національної правової системи [10, с. 188, 189].

У сучасних дослідженнях вчених-цивілістів природа судової практики оцінюється по-різному. Так на думку М.Д. Єгорова, постанови судових пленумів повинні лише тлумачити і роз'яснювати зміст цивільного законодавства, але не створювати нові норми цивільного права. Тому постанови судових пленумів не є джерелами цивільного права. Не є джерелом цивільного права і судова практика, під якою слід розуміти багаторазове, однакове вирішення судами однієї і тієї ж категорії справ [11, с. 35, 36].

На думку авторів академічного курсу Цивільного права України роз'яснення вищих судових органів треба розглядати як форми тлумачення чинного цивільного законодавства, що застосовується судами. А рішенням Конституційного Суду України відводиться особлива роль у правовій системі. Вони є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені [12, с. 24–25].

Науковий інтерес викликає позиція З.В. Ромовської. На її думку, не можна стверджувати, що в Союзі РСР судового прецеденту не було. Він був, але дещо в специфічній “радянській” формі. Судовий прецедент існує в Україні віддавна, форми його прояву відмінні, ніж у Великобританії, адже при вирішенні відповідного спору суд не застосовує рішення вищої судової інстанції, винесене в аналогічній справі. Але суд використовує “обґрунтовальну” його частину, тобто його дух, підходячи до вирішення “своїї” справи на тих теоретично-правових засадах, котрі були сформульовані вищою судовою інстанцією. Утвердження такої форми судового прецеденту здійснювалося різними засобами, зокрема, опублікуванням правових позицій Верховного Суду України з окремих видів судових спорів, призначенням “зональних”, тобто тих суддів Верховного Суду України, які мають здійснювати специфічний патронат над судами області. Є всі підстави, стверджує науковець, для висновку про прецедент рішень Конституційного Суду України, з тією відмінністю, що суди, вирішуючи спір, дотичний до питання, визначеного у рішенні Конституційного Суду України, у своїх рішеннях посилаються на рішення Конституційного Суду України [13, с. 68–69].

Правосуддя в Україні здійснюється Конституційним судом та судами загальної юрисдикції. Конституційний Суд України – єдиний орган конституційної юрисдикції, правові засади діяльності якого визначені Конституцією та Законом “Про Конституційний Суд” [14]. Відповідно до ст. 13 Закону Конституційний Суд приймає рішення та дає висновки у справах щодо: 1) конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим; 2) відповідності Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість; 3) додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту в межах, визначених Конституцією; 4) офіційного тлумачення Конституції та законів України.

Конституційний Суд за результатами розгляду справ щодо конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим приймає рішення. Конституційний Суд може визнати неконституційним правовий акт повністю або в окремій його частині. У разі, якщо ці акти або їх окремі положення визнаються неконституційними, вони оголошуються нечинними і втрачають чинність від дня прийняття Конституційним

Судом рішення про їх неконституційність (ч. 2 ст. 73 Закону). У разі, якщо в процесі розгляду справи за конституційним поданням виявлено невідповідність Конституції інших правових актів (їх окремих положень), крім тих, щодо яких відкрито провадження у справі, і які впливають на прийняття рішення чи дачу висновку у справі, Конституційний Суд визнає такі правові акти (їх окремі положення) неконституційними. Отже, Конституційний Суд України вправі скасувати чинність законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

Конституційний Суд має право давати висновки у справах з питань офіційного тлумачення Конституції України та законів України (ст. 62 Закону). В результаті розгляду справ та прийнятті рішень і дачі висновків Конституційний Суд може закріпити додаткові чи нові, порівняно з чинним законодавством, норми. Самі ж рішення і висновки Конституційного Суду є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені (ст. 150 Конституції), рівною мірою є обов'язковими до виконання (ст. 59 Закону). Такі законодавчі положення дають підставу стверджувати, що рішення та висновки Конституційного Суду і є судовим прецедентом. Сам же Конституційний Суд є правотворцем. А відтак для застосування такого судового прецеденту у формі рішення чи висновку Конституційного Суду виникає цілий ряд практичних питань.

**По-перше**, набрання законної сили рішеннями та висновками Конституційного Суду. У ст. 152 Конституції зазначено, що закони, інші правові акти або їхні окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом рішення про їхню неконституційність. У ст. 67 Закону встановлено, що рішення і висновки Конституційного Суду підписуються не пізніше семи днів після прийняття рішення, дачі висновку, офіційно оприлюднюються наступного робочого дня після їх підписання. Рішення і висновки разом з окремою думкою суддів Конституційного Суду публікуються у "Віснику Конституційного Суду України" та в інших офіційних виданнях України. Отож, будучи вже ухваленим, але ще не підписаним і не оприлюдненим, рішення та висновки уже діють. З якого ж моменту суди при вирішенні конкретних справ можуть опиратися на ці акти? З моменту їхнього ухвалення чи з моменту їхнього оприлюднення, чи з врахуванням правил про набрання чинності законами? Відповідно до ст. 94 Конституції закон набирає чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування. Рішення та висновки Конституційного Суду де-юре не закон, де-факто є такими фактично поза межами дії правил про набрання чинності законами, оскільки діють вже з моменту їх ухвалення. Отже, потрібна чітка законодавча вказівка про те, що рішення та висновки Конституційного Суду набирають чинності за тими ж правилами, що й закони. Така визначеність лише сприятиме правозастосувальній діяльності.

**По-друге**, потрібно з'ясувати питання про дію рішень та висновків Конституційного Суду в часі, просторі та по колу осіб. Оскільки Конституційний Суд є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні, то норми, встановлені у його рішеннях та висновках, діють на всій території України і поширюються на всіх осіб. Необхідною є пряма законодавча вказівка про дію в часі рішень та висновків Конституційного Суду, в яких встановлюються додаткові чи нові норми, В такому разі мають діяти правила про дію в часі законів. Рішенням та висновкам

Конституційного Суду зворотна сила може бути надана, якщо про це прямо передбачено в них. За загальним правилом вони мають пряму дію.

Щодо Постанов Пленуму Верховного Суду, Роз'яснень, Листів Вищого Господарського Суду та інших “продуктів” узагальненої судової практики, то, на думку Л. А. Луць, їх не можна визнавати судовими прецедентами [10, с. 188] (і це справедливо з позицій класичного розуміння судового прецеденту). Але саме в таких узагальненнях судової практики містяться нові за змістом правила поведінки чи тлумачаться норми закону, які надалі повинні враховувати суди у вирішенні конкретних справ [15].

У 1998 р. Верховним Судом України вперше були опубліковані правові позиції щодо розгляду судами окремих категорій цивільних справ, які прийшли на зміну постановам та роз'ясненням. Такі практично в останній період не проводяться і це негативно позначилося на судовій практиці. Адже не секрет, що з аналогічних справ (однотипних, однакових) різні суди постановляють різні за змістом рішення. У виданні 2002 р. зазначені, що правові позиції не є нормативно-правовими актами і не мають обов'язкового характеру. В них міститься інформація про думку Верховного Суду України з тих чи інших правових питань, яка може допомогти у правильному визначенні відповідних норм права в подібних правових ситуаціях, але цих норм не замінює [16, с. 7].

У ст. 354 ЦПК України передбачена як підстава оскарження у зв'язку з винятковими обставинами – неоднакове застосування судом (судами) касаційної інстанції одного і того самого положення закону. Як зазначають В.М. Кравчук, О.І. Угриновська, неоднакове застосування судом касаційної інстанції тієї самої норми права має виявитись у різних справах, однак у схожих правових ситуаціях. Йдеться про застосування насамперед норм матеріального права. Однак можливі випадки, коли і неоднакове застосування норм процесуального права може стати підставою для перегляду рішення за винятковими обставинами [17, с. 828]. Право оскарження судових рішень касаційної інстанції із зазначеної підстави мають сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, коли суд вирішив питання про їх права та обов'язки. Зазначена обставина є підставою для скасування чи зміни Верховним Судом України ухвалених у справах судових рішень. В такий спосіб проявляється специфічна форма контролю з боку Верховного Суду України за однаковим застосуванням судами касаційної інстанції положень закону. І одночасно ухвалені ним рішення чи постановлені ухвали є орієнтиром для подальшого формування судової практики.

Нормою ч. 1 ст. 57 Закону України “Про власність” (втратив чинність) було встановлено: якщо в результаті видання акта органом державного управління або місцевим органом державної влади, що не відповідає законові, порушуються права власника та інших осіб щодо володіння, користування чи розпорядження належним їм майном, такий акт визнається недійсним за позовом власника чи іншої особи, права якої порушено. У зазначеній нормі межі судової влади окреслюються вказівкою лише на можливість визнання такого акта недійсним. Наступне його скасування здійснював орган, що прийняв такий акт. Законодавець розширив повноваження суду, закріпивши у ст. 393 ЦКУ норму такого змісту: правовий акт органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, який не відповідає законові і порушує права власника, за позовом власника майна визнається судом незаконним та скасовується. Отже суд, встановивши невідповідність правового акта законові і факт порушення прав власника, має право його скасувати.

Одним із аргументів проти визнання судового прецеденту як джерела права є посилання на конституційний принцип розподілу державної влади в Україні на законодавчу, виконавчу та судову (ст. 6 Конституції). Але як свідчить реальна практика “чистого” поділу влади на три класичні гілки не існує. В реальному житті маємо взаємопереплетіння, взаємозв’язок, взаємодію різних гілок влади, зумовлені потребами практики життя.

Отже, постанови, роз’яснення, правові позиції Вищих судових інстанцій повинні знайти належне відображення в системі джерел права України. Від майже одностайного сприйняття в науковій літературі позиції про їх особливе місце в системі джерел права слід перейти до реальної оцінки ситуації. Як зазначає М.М. Марченко: в більшості країн романо-германського права прецедент, як джерело права, формально не визнається, але фактично використовується. Пряме визнання прецедент разом із судовою правотворчістю отримав за Цивільним кодексом Швейцарії – суд уповноважений при певних обставинах діяти так, якби він був законодавцем. Але за Цивільним кодексом Франції суддям заборонено своїми рішеннями встановлювати загальні норми права [18, с. 124–125].

Нерідко судовий прецедент ототожнюють із звичайним рішенням суду, що в принципі є невірним. Але і в самій науці теорії права немає єдності щодо поняття прецеденту. Вбачається, що його розуміння не може бути уніфікованим, єдиним для різних правових систем. Правові системи різних країн, об’єднані за спільними ознаками в певний тип правової системи, не виключають національних їх особливостей, зумовлених історичним розвитком, національними традиціями, культурним рівнем, рівнем праворозуміння тощо.

1. *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. Учебное пособие (по изданию 1910–1912гг.). – Т.2. – Вып.2, 3, 4. – М. – 1995.
2. *Мальшев Н.* Курс общего гражданского права России. – СПб. – 1878. – Т.1; Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права (по изданию 1898г.). СПб. – 2004.
3. *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 2-е, испр. М.:”Статут”, 2000.
4. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998.
5. *Зивс Л.И.* Источники права. – М., 1981.; Судебная практика в советской правовой системе. – М., 1995.
6. *Марченко М.Н.* Источники права: учеб. Пособие. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005.
7. *Гранат Н.И.* Источники права. – Юрист. – 1998. – № 9.
8. *Луць Л.А.* Сучасні правові системи світу. Навчальний посібник. – Львів: юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2003.
9. *Цвайгерт К., Кёту Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. – Т.1. Основы: Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2000.
10. *Луць Л.А.* Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти): Монографія. – К., Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2003.
11. У кн.: Гражданское право. Учебник, Часть 1./ Под ред. А.П.Сергеева, Ю.К.Толстого. – М.:”ТЕИС”, 1996.
12. Цивільне право України: Академічний курс: Підруч.: У двох томах/ За заг. ред. Я.М. Шевченко. – Т.1. Загальна частина. – К.: концерн “Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003.
13. *Зорислава Ромовська.* Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник. – К.: Атіка, 2005.
14. Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49. – Ст. 272.

15. Про необхідність обов'язкового застосування положень, викладених в узагальненнях вищих судових інстанцій з окремих категорій справ, свідчать, зокрема, такі приписи: у постанові Пленуму Верховного Суду України від 28 квітня 1978 р. з наступними змінами і доповненнями "Про судову практику в справах про визнання угод недійсними" – судам належить мати на увазі, роз'яснити судам; звернути увагу судів; у Роз'ясненні Вищого арбітражного суду України від 12 березня 1999 р. "Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними" – господарським судам необхідно враховувати, необхідно мати на увазі, повинні виходити; у листі Вищого арбітражного суду України від 31 січня 2001 р. "Про деякі приписи законодавства, пов'язані із здійсненням права власності та його захистом" – суди повинні мати на увазі, судам слід враховувати; у роз'ясненні Президії Вищого арбітражного суду від 26 січня 2000 р. "Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням недійсними актів державних та інших органів" – господарським судам слід мати на увазі, слід виходити з того, повинні враховувати тощо. Застосування наказової форми дієслів мало свої наслідки, які, однак, офіційно не проголошувалися. Винесені всупереч приписам вищих судових інстанцій рішення скасовувались, але не з посиланням на ці причини. Тобто, фактично мова йшла про неофіційну обов'язковість врахування узагальнень вищих судових інстанцій. І в принципі немає нічого негативного в такій практиці. Адже конкретний суддя конкретного суду при винесенні судового рішення іменем України так чи інакше вивчає, аналізує існуючу судову практику. Під її впливом формується його власне праворозуміння, виходячи з якого, він і розглядає справи, але опирається виключно на законодавство. Як зазначила у цитованій вже праці З.В. Ромовська – основний негатив полягав, мабуть, лише у постійних спробах замовчування цього боку діяльності найвищої судової інстанції.
16. Застосування судами цивільного і цивільного процесуального законодавства / За заг. ред. П.І. Шевчука. – К.: Ін Юре, 2002.
17. *Кравчук В.М., Уриновська О.І.* Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. – К.; Істина, 2006.
18. *Марченко М.Н.* Судебное правотворчество и судейское право. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007.

## ROLE AND SIGNIFICANCE OF JUDICIAL PRACTICE IN LEGAL REGULATION OF CIVIL RELATIONS

*O. Javorska*

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

The author analyses the role and significance of judicial practice in legal regulation of civil relations. The consideration of the Constitutional Court of Ukraine decisions and of higher judicial instances of Ukraine decisions as forms of law is substantiated. The author emphasizes on the necessity of unification of their forms and rules concerning the operation in space, time and scope of persons.

*Key words:* form of law, judicial precedent, decisions of the Constitutional Court of Ukraine.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009  
Прийнята до друку 01.06.2009

# ТРУДОВЕ ПРАВО ТА ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

## ПОНЯТТЯ, СУТНІСТЬ ТА ЗНАЧЕННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ АКТІВ ЯК ДЖЕРЕЛ ТРУДОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ

*М. Вісьтак*

*Львівський національний університет імені Івана Франка  
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна  
тел. (032) 274-03-80, e-mail: vistak@rambler.ru*

Автор розкриває поняття та сутність міжнародно-правових актів, як джерел трудового права України. Наведено аргументи на користь розмежування термінів “міжнародно-правовий акт” та “міжнародний договір”. Особливу увагу приділяється значенню міжнародно-правових актів у регулюванні трудових відносин.

*Ключові слова:* міжнародно-правовий акт, міжнародний договір, міжнародно-правове регулювання.

Формування єдиного економічного простору зумовлює розширення міждержавного співробітництва, яке сприяє вирішенню глобальних проблем людства, а також ефективнішому захисту прав та свобод людини і громадянина. На сучасному етапі розвитку світової спільноти практично не існує країн, які б, вирішуючи свої політичні, економічні проблеми тощо, не вступали у відповідні відносини з іншими країнами світу та міжнародними організаціями.

Міжнародно-правове регулювання перетворилося на важливий чинник, що характеризує соціальні реалії сучасного світу. Однак так вважали не завжди. Міжнародно-правові норми вважалися частиною внутрішньої правової системи раніше тільки в країнах англосаксонської правової родини (США й Великобританії). Країни Європи лише після II Світової Війни (Франція, ФРН, Греція тощо) визнали міжнародне право одним із джерел внутрішнього права. При цьому конституції цих країн проголосили примат міжнародного права, тобто його пріоритетне застосування перед своїми законами. Так, ст. 55 Конституції Франції 1958 р. встановила, що договори або угоди, належним чином ратифіковані або схвалені, з моменту їхнього опублікування мають вищу силу порівняно з внутрішніми законами за умови застосування таких договорів чи угод іншою стороною. Стаття 25 Основного Закону ФРН (1949 р.) закріпила положення, відповідно до якого загальні норми міжнародного права є складовою частиною федерального права. Вони мають перевагу перед внутрішніми законами і породжують права й обов'язки безпосередньо для осіб, які проживають на території Федерації. Конституція Греції (1975 р.) у п. 1 ст. 28 проголошує, що “загальновизнані норми міжнародного права є складовою частиною внутрішнього грецького права і мають вищу юридичну силу щодо будь-якого протилежного положення закону”. [1, с. 28–65]. У СРСР 50–60 рр. XX ст. були відзначені пануванням позитивізму в правовій теорії, що й визначило її ставлення до міжнародного і внутрішнього права як до відокремлених правових систем. Водночас природно-правові ідеї, що поступово

проклали собі шлях, зумовили появу в радянській правовій науці концепції прямої дії норм міжнародного права [2, с. 26].

Україна як демократична правова держава теж визнає пріоритет міжнародного права над національним і як суб'єкт міжнародних відносин вона зобов'язана дотримуватись норм і принципів міжнародного права.

У ст. 9 Конституції України [3, с. 141] передбачено, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Щодо положень трудового законодавства, то ст. 8–1 Кодексу законів про працю України [4, с. 375] конкретизує положення Основного Закону. Вона містить норму, згідно якої, якщо міжнародним договором або міжнародною угодою, в яких бере участь Україна, встановлено інші правила ніж ті, що їх містить законодавство України про працю, то застосовуються правила міжнародного договору або міжнародної угоди.

Як видно з перелічених нормативних положень, відсутнє однозначне розуміння того, що саме має пріоритет перед внутрішнім правом: міжнародне право, норми міжнародного права чи лише міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких у встановленому порядку надали компетентні органи відповідної держави.

Основний Закон України, як і Конституція Франції, містить норму про чинність саме міжнародних договорів, а не міжнародних актів чи норм міжнародного права, як, наприклад, наведені норми конституцій ФРН чи Греції.

Стаття 8–1 Кодексу законів про працю теж містить норму про застосування лише міжнародної угоди чи міжнародного договору. Так, у вітчизняній правовій науці джерелами національного права, зокрема трудового права, визнаються міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. У визначенні поняття міжнародно-правового регулювання праці окремі вчені-трудовики або ототожнюють міжнародні договори з міжнародними актами, або згадують лише міжнародні договори. Наприклад, Г.І. Чанишева [5, с. 84–87] визначає міжнародно-правове регулювання праці як встановлену міжнародними договорами (актами) систему стандартів з регулювання праці, яку держави, котрі приєдналися до відповідного міжнародного договору (ратифікували його), використовують в національному трудовому законодавстві. О.В. Смирнов [6, с. 356] визначає це поняття як врегулювання за допомогою міжнародних угод (багатосторонніх та двохсторонніх договорів) й інших міжнародно-правових засобів питань, пов'язаних із застосуванням найманої праці, покращенням її умов, охороною праці, захистом індивідуальних і колективних інтересів працівників.

В зв'язку з цим доречно звернути увагу також на співвідношення понять “міжнародний акт” та “міжнародний договір”. Заради справедливості варто зазначити, що ці поняття не є тотожними. Якщо розтлумачити дані поняття, можна прийти до висновку, що вони можуть відрізнитися. В українській мові термін “акт” трактується по різному [7, с. 18–19]: 1) окремий прояв якої-небудь діяльності; дія, подія, вчинок; 2) писаний указ, грамота, постанова державного, суспільного значення; 3) офіційний документ, протокол, запис про який-небудь факт. У правознавстві цей термін використовується у декількох аспектах: “нормативно-правовий акт”, “акт міжнародної організації”, “акт органу державної влади”, “правозастосувальний акт” тощо. Загальним є те, що термін “акт” розуміється як прояв діяльності, що фіксує наявність або відсутність певного факту. Водночас термін “міжнародний” тлумачиться як такий, що [7, с. 670–671]: 1) існує між

народами, поширюється на них; 2) у ньому беруть участь представники різних країн, народів; 3) використовують для зв'язку між країнами, народами.

Отож, в широкому значенні міжнародний акт можна трактувати як прояв діяльності різних держав, народів, їх представників, зусилля яких спрямовані на фіксацію фактів.

Термін “договір” в українській мові тлумачиться як [7, с. 310–311]: 1) взаємне зобов'язання, письмова або усна угода про права та обов'язки між державами, установами, підприємствами та окремими особами. А під міжнародним договором у правовій науці розуміють угоду між двома або декількома державами чи іншими суб'єктами міжнародного права щодо встановлення, зміни чи припинення їхніх взаємних прав та обов'язків у політичних, економічних чи інших відносинах відповідно до основних принципів міжнародного права. У практиці міжнародного співробітництва для позначення міжнародного договору крім терміна “договір” використовують і наступні терміни: “угода”, “конвенція”, “пакт”, “регламент”, “протокол”, “хартія”, “трактат”, “статут” тощо. У ст. 2 Закону України від 29 червня 2004 р. “Про міжнародні договори України”, розробленого з урахуванням норм Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., зазначено [8, с. 540], що під міжнародними договорами слід розуміти укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права договір, який регулюється міжнародним правом незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо).

З наведеного вбачається, що поняття “міжнародного договору” і “міжнародного акту” є відмінними за своїм змістом. Дані поняття можуть збігатися, але не обов'язково такий збіг буде наявний в кожному окремому випадку. Тому, вважаю доречним розглядати термін “міжнародний акт” як родове поняття щодо терміна “міжнародний договір”, який в свою чергу є видовим поняттям і ці терміни необхідно розрізняти. Так міжнародний договір є міжнародним актом, однак не кожний міжнародний акт є міжнародним договором. Рішення Європейського Суду з прав людини є міжнародним актом, однак в жодному випадку його не можна назвати договором. Оскільки Закон України “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини” від 23.02.2006 р. [9, с. 260], визнає рішення Європейського суду з прав людини джерелами права України і питання щодо їхньої належності до останніх вже не викликає сумніву, можна стверджувати, що норми ст. 9 Конституції та ст. 8–1 Кодексу законів про працю потребують доопрацювання.

В правовій літературі значна увага приділяється порядку укладення і виконання міжнародних актів. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. визначає основні положення щодо укладення договорів і набрання ними чинності. Відповідно до Закону “Про міжнародні договори України” [8, с. 540] чинні міжнародні договори України підлягають сумлінному дотриманню нашою країною згідно з нормами міжнародного права. Згідно з принципом сумлінного дотримання міжнародних договорів Україна виступає за те, щоб інші сторони міжнародних договорів також неухильно виконували свої зобов'язання за цими договорами. Міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, інші органи державної влади, до відання яких віднесені питання, що регулюються міжнародними договорами України, забезпечують дотримання і виконання зобов'язань, взятих за міжнародними договорами України, стежать за здійсненням

прав, які впливають з таких договорів для України, і за виконанням іншими сторонами міжнародних договорів України їхніх зобов'язань (закон).

Аналізуючи наведені положення, міжнародні акти можна поділити на дві групи: перша включає ті міжнародні акти, які виконуються самостійно, друга – міжнародні акти які самостійно виконуватись не можуть. Варто очевидно погодитись з точкою зору О.М. Ярошенка [10, с. 15], який вважає, що так держава вирішує проблему диференціації своїх міжнародних зобов'язань на дві категорії. Перша – це ті зобов'язання, які держава приймає на себе і з моменту вступу міжнародного договору в силу готова забезпечити їх виконання; вони і є такими, що виконуються самостійно. Друга – ті зобов'язання, реалізацію яких держава в силу різних причин не здатна забезпечити на даний момент. І поки в неї не з'явиться відповідних можливостей, вона не буде приймати внутрішньодержавні акти. Водночас прийняття відповідного акта є свідченням, що держава з цього моменту готова до виконання цих зобов'язань.

Дане твердження дозволяє зробити припущення, що якщо деякі норми закріплені в міжнародно-правовому акті, але не вважаються такими, що виконуються самостійно, вони носять лише декларативний характер. Тобто мають політичне значення і держави повинні докладати максимум зусиль для їх реалізації. Недоліком такого підходу, як вважає О.М. Ярошенко [10, с. 15], є реальна ймовірність, що держави без особливої потреби будуть затягувати переведення політичних зобов'язань у рамках міжнародних домовленостей в юридичні. Ця проблема, поза будь-яким сумнівом, є надзвичайно важливою.

Зрештою, прийняття на себе міжнародних зобов'язань, є швидше правом держав, а не їх обов'язком. Прикладом може бути Конвенція МОП № 182 “Про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці”. Ст. 1 Конвенції зазначає [11, с. 412], що кожна держава-член, яка ратифікує цю Конвенцію, негайно вживає ефективних заходів щодо забезпечення в терміновому порядку заборони та ліквідації найгірших форм дитячої праці, стаття 4 передбачає, що національне законодавство або компетентний орган визначають після консультацій із заінтересованими організаціями роботодавців і трудящих, види робіт, які за своїм характером чи умовами, в яких вони виконуються, можуть завдати шкоди здоров'ю, безпеці чи моральності дітей. У ст. 5 закріплено [11, с. 412], що кожна держава-член після консультацій з організаціями роботодавців і трудящих створює чи визначає відповідні механізми контролю за впровадженням положень, які втілюють у життя цю Конвенцію. Як бачимо, названа Конвенція прямо вказує, що кожен член МОП, для якого вона є чинною, зобов'язується її виконувати. Отже, прийняття державою на себе тих чи інших зобов'язань є її правом, а не обов'язком.

Щодо питання значимості міжнародно-правових актів у правовій літературі не виникає жодних сумнівів, що міжнародно-правові акти є важливим засобом, який призначений для забезпечення і захисту основних прав людини, в тому числі трудових прав. Особливістю міжнародно-правового регулювання праці є те, що норми міжнародних актів про працю, як правило, безпосередньо не регулюють трудові відносини, а встановлюють певні стандарти в галузі праці, які через їх імплементацію в національному законодавстві кожної країни, що бере в них участь, конкретизуються й наділяються певним правовим механізмом реалізації [12, с. 72–73].

Визначальним міжнародно-правовим актом з прав людини варто насамперед назвати Загальну декларацію прав людини, ухвалену генеральною асамблеєю ООН

10 грудня 1948 р., яка є основою для чисельних конвенцій та національних конституцій. І хоч Декларація не є юридично обов'язковим документом, вона відображає загальну домовленість народів світу, щодо визнання людини найвищою соціальною цінністю, а також щодо невідчужуваності її прав та свобод.

У Загальній декларації захисту трудових прав є низка статей. Зокрема тут закріплено [13, с. 300], що: кожна людина має право на працю; на вільний вибір роботи; на справедливі й сприятливі умови праці та на захист від безробіття; кожна людина без будь-якої дискримінації, має право на рівну оплату; кожна людина має право на відпочинок і дозвілля, включаючи право на розумне обмеження робочого дня та оплачувану періодичну відпустку.

У 1966 р. було ухвалено Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права, який, на відміну від Декларації, є юридично-обов'язковим документом. Держави, учасниці Пакту, взяли на себе зобов'язання дотримуватись процедур, обумовлених у відповідних його статтях. Він є обов'язковий тільки для держав, які є його учасниками. У Пакті закріплені наступні трудові права [14, с. 58–76]: право на працю, що включає право кожної людини одержати можливість заробляти собі на життя працею, яку вона вільно обирає або на котру вільно погоджується; право на доступ до програм професійно-технічного навчання і підготовки; право кожного на справедливі і сприятливі умови праці, включаючи винагороду, що забезпечувала справедливую зарплату і рівну винагороду за працю рівної цінності, права жінок на рівні умови праці, з рівною платою за рівну працю, задовільне існування для жінок та їх сімей; право на однакову для всіх можливість просування по роботі на підставі трудового стажу і кваліфікації, право на відпочинок, дозвілля і розумне обмеження робочого часу та оплачувану періодичну відпустку, право на винагороду за святкові дні тощо.

З-поміж регіональних міжнародно-правових актів, які призначені для забезпечення і захисту трудових прав, необхідно виділити Європейську конвенцію про захист прав людини і основних свобод, яку Україна ратифікувала 17 липня 1997 р. [15, с. 58–76]. Одним із суттєвих результатів цієї ратифікації є створення нового механізму у системі захисту прав людини в Україні. Кожний громадянин має не тільки право, але й реальну можливість звернутися до Європейського суду з прав людини у Страсбурзі.

Все це свідчить, що міжнародно-правові акти як важливе джерело трудового права, є невід'ємною частиною національного законодавства, яке спрямоване на регулювання трудових відносин з метою становлення України, як демократичної, соціальної та правової держави, де людина, її права та свободи матимуть визначальне значення.

1. Лукашук *И.И.* Конституции государств и международное право / И.И. Лукашук– М.: Спарк, 1998. –28–65 с.
2. Гревцова *Т.П.* Международный договор в системе источников права / Т.П.Гревцова– М.: Наука, 1965. – 26 с.
3. Конституція України: станом на 1 жовт.2008 р. / Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. –141 с.
4. Кодекс законів про працю України: станом на 1 жовт.2008 р. / Відомості Верховної Ради України. – 1971. – № 50. – С. 375.
5. Чанишева *Г.І.* Трудове право України/ Г.І. Чанишева [практикум]. – К.: Юрінкомінтер. 1999 – 84–87 с.
6. Смирнов *О.В.* Трудовое право Украины/ О.В.Смирнов. – К.:Прспект, 2005. – 356 с.

7. Великий тлумачний словник сучасної української мови [уклад. і ред. В.Т. Бусел]. – К.: Ірпінь: Перун, 2007. – 18–671 с.
8. Про міжнародні договори України: Закон України від 29.06.1004 р., № 1906-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 50. – 540 с.
9. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р., № 3477-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 30. – 260 с.
10. Ярошенко О.М. Джерела трудового права України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня док. юрид. наук: спец. 12.00.05 “Трудове право та право соціального забезпечення”/ О.М.Ярошенко. – Х, 2007. – 15 с.
11. Конвенція МОП № 182 “Про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці”: за станом на 05 жовт. 2000 р./ ратифіковано Законом України від 05.10.2000 р. № 2022 – III/ Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 48. – 412 с.
12. Лазор В.В. Правове регулювання трудових спорів, конфліктів і порядок їх вирішення на сучасному етапі/ В.В Лазор; [монографія]. – Луганськ: Література, 2004 – 72–73 с.
13. Загальна декларація прав людини/ Міжнародний захист прав людини./ документи та коментарі. – Х.: “Синтекс, ЛТД”, 1998. – 300 с.
14. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права: прийнятий резолюцією 2200А (XXI) Генеральної асамблеї ООН від 16.12.1966 р. / Права людини: зб.нормат. док./укл. В.С.Семенов, О.Н. Ярмиш та ін. – Х., 1997. – 58–76 с.
15. Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод: прийнята Радою Європи від 04.11.1950 р. / Права людини: зб.нормат. док./укл. В.С.Семенов, О.Н. Ярмиш та ін. – Х., 1997. – 58–76 с.

### CONCEPT, ESSENCE AND IMPORTANCE OF INTERNATIONAL LEGAL ACTS AS LABOUR LAW SOURCES OF UKRAINE

*M. Vistak*

*Ivan Franko National University of Lviv,  
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine  
tel. (032) 274-03-80, e-mail: vistak@rambler.ru*

In the article the author reveals the concept and essence of international legal acts as labour law sources of Ukraine. The arguments that affirm the necessity of the international legal act and the international treaty delineation are given. Special attention is paid to the importance of the international legal acts in labour relations regulation.

*Key words:* international legal act, international treaty, international legal regulation.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## АКТУАЛЬНІСТЬ КОНВЕНЦІЙ І РЕКОМЕНДАЦІЙ МОП З БЕЗПЕКИ І ГІГІЄНИ ПРАЦІ

*З. Козак*

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

Подано огляд механізму перегляду конвенцій і рекомендацій Міжнародної організації праці з метою збереження комплексу міжнародних стандартів актуальними. Він конкретизується на прикладі конвенцій і рекомендацій з питань безпеки і гігієни праці.

*Ключові слова:* Міжнародна організація праці, конвенції і рекомендації, актуальність, перегляд.

Діяльність Міжнародної організації праці завжди перебувала у центрі уваги наукових досліджень. Незважаючи на це, проблеми актуальності конвенцій та рекомендацій загалом і, зокрема, з питань безпеки і гігієни праці, не знайшли належної уваги серед науковців. Метою цієї статті є з'ясування суті механізму перегляду конвенцій і рекомендацій Міжнародної організації праці, зокрема на прикладі конвенцій і рекомендацій з питань безпеки і гігієни праці, для збереження їхньої актуальності.

Нормотворча діяльність з встановлення міжнародних трудових стандартів є основою функціонування Міжнародної організації праці (далі у тексті – МОП). З часу утворення і по сьогодні проблеми удосконалення нормотворчості перебували у центрі уваги як самої організації, так і її органів.

У листопаді 2005 р. на своїй 294-й сесії Адміністративна рада розглядала питання про основні напрями майбутньої стратегії нормотворчої діяльності МОП. Ця стратегія передбачає чотири взаємопов'язані напрями [1, п. 8; 2, п. 1]:

- перший стосується політики трудових стандартів МОП, зокрема розроблення комплексу стандартів МОП та збереження їх актуальності. Він спрямований на забезпечення більш повного і чіткого застосування норм МОП, що не втратили своєї актуальності, а також ефективного впровадження пропозицій і висновків Робочої групи з політики перегляду норм;
- другий орієнтовано на покращення системи контролю за виконанням зобов'язань, які покладено на держави-члени МОП у зв'язку з ратифікацією конвенцій та запровадження спеціальних заходів на її зміцнення;
- третій стосується оцінки стратегії імплементації норм МОП через технічну допомогу, технічну співпрацю і розширення технічних можливостей, особливо у програмах гідної праці;
- четвертий розглядається як стратегія забезпечення інформаційного доступу до міжнародних трудових стандартів, що націлена на посилення резонансу, доступності та відкритості норм МОП.

З метою збереження актуальності міжнародних трудових стандартів МОП тривалий час розробляла механізм перегляду конвенцій та рекомендацій і остаточно запровадила його як систематичний і постійний захід.

У березні 1977 р. утворено Робочу групу з міжнародних трудових стандартів (так звана Робоча група Вентехоля, яка одержала таку назву за прізвищем її голови), що повинна була дати відповіді на декілька питань – визначити категорії, на які повинні були поділені існуючі конвенції та рекомендації МОП, встановити необхідність їх перегляду, а також розглянути можливість прийняття конвенцій і

рекомендацій з нових питань. У фінальній доповіді Робоча група запропонувала класифікацію стандартів на чотири категорії, що у подальшому були затверджені Адміністративною радою. У 1984 р. інша Робоча група (яка також очолювалася Вентехолем) одержала доручення від Адміністративної ради подати переглянуту класифікацію існуючих конвенцій і рекомендацій. Запропонована класифікація Робочої групи була погоджена Адміністративною радою на березневій сесії 1987 р. [3, п. 40]. До 1994 р. були виконані практично усі рекомендації з нормотворчої діяльності та перегляду норм, сформовані Робочою групою у 1987 р. Проте зміни як у внутрішньополітичній ситуації МОП, так і у зовнішньому світі, спричинили необхідність проведення додаткового перегляду норм та з'ясування потреби їх оновлення. У 1995 р. створено Робочу групу з політики перегляду норм Комітету з правових питань та міжнародних норм (так звана група Карт'є), що складалася з 16 урядових членів (по 4 представника з кожного регіону) та 8 представників роботодавців і працівників [4, п. 4]. Вона працювала з 1995 р. по 2002 рр. і сформувала низку пропозицій з проблем перегляду існуючого комплексу конвенцій і рекомендацій МОП.

Перед Робочою групою з політики перегляду норм було поставлене завдання дослідити критерії та умови, на основі яких можна було б провести перегляд актів МОП [5].

Узявши до уваги пропозиції та рекомендації, напрацьовані Робочими групами Вентехоля 1979 і 1987 рр., Робоча група Карт'є виділила три умови перегляду конвенцій і рекомендацій [6, п. 2]. По-перше, для перегляду конвенцій і рекомендацій застосовується індивідуальний підхід. Огляд проводиться окремо щодо кожного акта МОП, оскільки кожен з них має свої особливості. По-друге, одночасно встановлювалися не лише актуальні, але й застарілі конвенції та рекомендації. Оскільки метою роботи Робочої групи було оновлення та зміцнення системи трудових стандартів, то з однієї сторони вона повинна впорядкувати систему так, щоб остання залишалася актуальною, з іншої вона повинна напрацювати необхідні висновки щодо конвенцій і рекомендацій, положення яких фактично застаріли. І, по-третє, не допускалося погіршення правового становища працівників. Робоча група дійшла висновку, що її пропозиції не повинні зменшувати існуючий захист працівників, що уже встановлений ратифікованими конвенціями.

Оцінюючи актуальність кожної конвенції та рекомендації, Робоча група з політики перегляду норм також брала до уваги такі основні фактори:

- стан ратифікації конвенції та перспективи її подальшої ратифікації;
- денонсація конвенції (розрізняють “звичайну” денонсацію, згідно з якою держава відмовляється від виконання обов'язків за раніше ратифікованою конвенцією, та “автоматичну” денонсацію, яка настає у зв'язку з ратифікацією переглянутої конвенції);
- результати контрольних процедур з дотримання та виконання конвенції (наприклад, наявність коментарів Комітету експертів та їх кількість, наявність або відсутність заяв чи скарг, поданих згідно зі ст. 24 і 26 Статуту МОП,
- потреба в перегляді конвенції, у тому числі, враховуючи раніше проведені перегляди конвенцій [6, п. 3].

Робоча група Карт'є запропонувала п'ять категорій, що відображали актуальність конвенцій і рекомендацій МОП – актуальні акти; акти, що потребують перегляду; застарілі акти; акти щодо яких потребується інформація та інші акти [7, п. 4–9].

Категорію “актуальні акти” формують три групи конвенцій і рекомендацій:

1) фундаментальні та пріоритетні конвенції, а також супроводжуючі їх рекомендації. Адміністративна рада підтвердила центральну роль дванадцяти конвенцій у системі міжнародних трудових стандартів МОП, наголошуючи на суттєвому значенні цих конвенцій, а тому вони вважаються такими, що повністю відповідають вимогам сьогодення і є актуальними;

2) конвенції та рекомендації, прийняті з 1985 р. Таке рішення Адміністративної ради має об’єктивне підґрунтя. Так, конвенції та рекомендації з безпеки та гігієни праці, прийняті після 1985 р., враховують найновіші проблеми нормотворчості МОП у цій сфері, вони будуються на превентивному підході, комплексному врегулюванні проблематики, запровадженні культури безпеки праці та системного управління охороною праці як на міжнародному, національному рівнях, так і на рівні робочого місця. Ключовими є Конвенція 1981 р. про безпеку і гігієну праці (№ 155) та супроводжуюча її Рекомендація (№ 164), Конвенція 2006 р. про основи, що сприяють безпеці та гігієні праці, (№ 187) і супроводжуюча її Рекомендація (№ 197). Останні стали результатом запровадження інтеграційного підходу нормотворчості МОП;

3) конвенції та рекомендації, прийняті до 1985 р., щодо яких Адміністративна рада прийняла рішення про сприяння їх імплементації, оскільки вони продовжують відповідати потребам правового регулювання трудових відносин. Перелік таких конвенцій і рекомендацій також визначає Адміністративна рада [8]. Серед цього переліку вагому частину становлять конвенції та рекомендації з безпеки і гігієни праці, зокрема Конвенція 1964 р. про гігієну в торгівлі та установах (№ 120) та супроводжуюча її Рекомендація (№ 120).

МОП, дослідивши практику ратифікації актуальних конвенцій, виявила негативну тенденцію, яка засвідчила низький рівень ратифікацій. Тому МОП запровадила механізм заохочення держав ратифікувати актуальні конвенції. В окремих випадках МОП вимагає від держав-членів одночасно з пропозицією ратифікувати конвенцію надати інформацію про перепони і причини, що відкладають або не дозволяють її здійснити. Наприклад, такий підхід застосовувався до Конвенції 1974 р. про професійні ракові захворювання (№ 139), Конвенції 1977 р. про виробниче середовище (забруднення повітря, шум та вібрація) (№ 148).

Категорія “акти, що потребують перегляду”, включають ті конвенції та рекомендації, щодо яких рішення про перегляд прийняла Адміністративна рада. Адміністративна рада, розглядаючи необхідність перегляду норм МОП з проблем безпеки і гігієни праці, вирішила переглянути десять актів, що охоплюють три види небезпек: токсичні речовини і реагенти, машини і обладнання, максимальний вантаж [9, п. 161]. Зокрема перегляду підлягають конвенції 1919 р. про профілактику сибірки (№ 3), про сатурнізм у жінок і дітей (№ 4) та про білий фосфор (№ 6), Конвенція 1921 р. про свинцеві білила в малярній справі (№ 13), Конвенція 1963 р. про забезпечення машин захисними пристроями (№ 119) та супроводжуюча її Рекомендація (№ 118), Конвенція 1967 р. про максимальний вантаж (№ 127) та супроводжуюча її Рекомендація (№ 128), Конвенція 1971 р. про бензол (№ 136) та супроводжуюча її Рекомендація (№ 144).

Окрім того, до “актів, що потребують перегляду” Адміністративна рада включила дві конвенції (1934 р. про заводи з виробництва листового скла (№ 43) та 1935 р. про скорочення робочого часу на складуваних заводах (№ 49)), які будуть переглядатися за умови прийняття Робочою групою рішення про необхідність

перегляду інших конвенцій щодо тривалості робочого часу і умов праці позмінних працівників [4].

Метою перегляду є модернізація конвенцій і рекомендацій, сприяння ратифікації конвенцій та зростання узгодженості усієї системи конвенцій і рекомендацій МОП [3, п. 2]. Основними формами такого перегляду є: прийняття нових актів замість існуючих, ухвалення протоколів до конвенцій, внесення змін чи доповнень до конвенцій і рекомендацій, модернізація конвенцій шляхом прийняття інших актів. Практика застосування цих форм перегляду й оновлення конвенцій і рекомендацій МОП є різною. Найчастіше у нормотворчій діяльності МОП спостерігалось прийняття нових актів взамін чинних. Вона застосовувалася і у разі необхідності перегляду частини акта (була притаманною до кінця 1949 р.), і у разі принципової необхідності перегляду усього змісту акта. Проте така форма модернізації конвенцій і рекомендацій має низку недоліків, зокрема спричиняє дублювання конвенцій з одного і того ж питання, що у свою чергу шкодить узгодженості комплексу актів МОП. Підтримуємо пропозицію, що застосування цієї форми перегляду варто обмежити двома випадками [3, п. 24]:

- у разі існування потреби перегляду усього змісту конвенції чи рекомендації, коли фактично відбувається заміна існуючого акта новим. Наприклад, Рекомендація 1985 р. про служби гігієни праці (№ 171) замінила Рекомендацію 1959 р. про служби охорони здоров'я на підприємстві (№ 112);
- з метою консолідації декількох актів, що регулюють одні і ті ж питання. Наприклад, Конвенція 2006 р. про працю у морському судноплаванні (MLC) (вона ще не набула чинності) переглядає низку конвенцій, що регулюють умови праці моряків, у тому числі безпеку і гігієну праці (конвенції 1946 р. про харчування і столове обслуговування екіпажів на борту суден (№ 68), про медичні огляди моряків (№ 73) та про приміщення для екіпажів (№ 75), Конвенцію 1949 р. про приміщення для екіпажу (переглянута) (№ 92), конвенції 1970 р. про приміщення для екіпажу (додаткові положення) (№ 133) та про запобігання нещасним випадкам (моряки) (№ 134), Конвенцію 1987 р. про соціально-побутове обслуговування моряків (№ 163)).

Ще однією проблемою прийняття нових конвенцій є низький рівень їх ратифікації, як наслідок, застарілі конвенції залишаються чинними. У зв'язку з цим Адміністративна рада пропонує державам первинно ратифікувати новіші конвенції, денонсувавши попередні. Представники як працівників, так і роботодавців, що були членами Робочої групи, наголошували на необхідності одночасного поєднання механізму ратифікації та денонсації конвенцій з того ж самого питання. Такий підхід дозволить запобігти “оголенню” захисту працівників, що могло б трапитися, якщо б спочатку застосовувалася денонсація старої конвенції, а ратифікація нової могла бути розтягнута у часі або можливість такої могла бути відкладена. Прикладом використання поєднання ратифікації та денонсації є Конвенція 1988 р. про безпеку та гігієну праці у будівництві (№ 167), що пропонується для ратифікації, і Конвенція 1937 р. про техніку безпеки у будівництві (№ 62), що пропонується для денонсації.

Менш застосовуваними формами перегляду є прийняття протоколів і змін чи доповнень до конвенцій. Уперше МОП прийняла протокол у 1982 р. (Протокол до Конвенції 1958 р. про плантації (№ 110)). Про переваги цієї форми перегляду ще наголошувалося у заключній доповіді Робочої групи Вентехоля 1979 р., оскільки перегляд обмежувався лише окремими положеннями конвенції [3, п. 26]. Загалом МОП ухвалила п'ять протоколів [10], серед них Протокол 2002 р. до Конвенції

1981 р. про безпеку і гігієну праці (№ 155), який обумовив вимоги до системи реєстрації та повідомлення про нещасні випадки, що трапилися на виробництві, професійні захворювання, аварії та передбачив засади впровадження національної статистики щодо цих негативних наслідків. Зазначені питання становили предмет регулювання ст. 11 Конвенції. Як бачимо, прийняття протоколів є бажаним, коли є потреба часткової зміни чи доповнення положень конвенцій.

Зміни чи доповнення до конвенцій і рекомендацій є найменш застосованою формою перегляду актів МОП. Ні Статут МОП, ні Регламент Міжнародної конференції праці не мають спеціальних положень, які передбачали порядок і процедуру внесення змін і доповнень до конвенцій. Така можливість передбачається у самих конвенціях і застосовується дуже рідко. Можна виокремити два змін чи доповнень поправок, що вносяться до конвенцій і рекомендацій:

- зміни чи доповнення стосуються не змісту самої конвенції чи рекомендації, а їхніх додатків;
- зміни чи доповнення стосуються спеціальних положень конвенцій, що застосовуються лише до певних країн.

Так, ст. 31 Конвенції 1964 р. про допомоги у випадку виробничого травматизму (№ 121) передбачає можливість внесення поправки до Переліку професійних захворювань, що є додатком I до цієї конвенції; п. 19.2 Рекомендації 1981 р. про безпеку та гігієну праці (№ 164) – до Переліку актів з безпеки та гігієни праці та виробничого середовища, ухвалених Міжнародною організацією праці з 1919 р. Характерними особливостями прийняття таких змін чи доповнень було те, що вони ухвалювалися Міжнародною конференцією праці та необхідно було одержати кваліфіковану більшість голосів (дві третини голосів присутніх делегатів на конференції). В останні роки процедура внесення змін до рекомендацій дещо змінилася – право переглядати і вносити зміни до відповідних додатків надано Адміністративній раді (п. 3 Рекомендації 2002 р. про перелік професійних захворювань, повідомленні про нещасні випадки на виробництві і професійні захворювання та їх реєстрації (№ 194); п. 16 Рекомендації 2006 р. про основи, що сприяють безпеці та гігієні праці, (№ 197)).

Прикладом другого виду змін чи доповнень є конвенції 1946 р. про медичний огляд дітей та підлітків з метою виявлення їхньої придатності до праці у промисловості (№ 77) та про обмеження нічної праці дітей та підлітків на непромислових роботах (№ 79), що передбачають заміну окремих положень цих конвенцій для Індії шляхом внесення відповідних змін. Незважаючи на те, що такий вид поправок значно спрощує процедуру перегляду конвенцій, він ніколи не був використаний МОП і має лише історичну цінність [3, п. 32].

Отже, прийняття змін чи доповнень до конвенцій і рекомендацій, як і ухвалення протоколів до конвенцій, є бажаними і прийнятними, якщо є необхідність спрощеного перегляду конкретних положень.

Специфічною формою перегляду конвенцій і рекомендацій є збереження їхньої актуальності шляхом прийняття інших актів, про що зазначено у самих конвенціях і рекомендаціях. Її особливість полягає у тому, що положення конвенції формально не змінюються, а фактична їх модернізація, врахування новітніх досягнень науки і техніки відбувається за допомогою актів, які приймаються спеціальними суб'єктами, як правило, не Міжнародною конференцією праці. Конвенція 1974 р. про професійні ракові захворювання (№ 139) передбачає, що для визначення канцерогенних речовин та агентів беруться до уваги останні дані, котрі

містяться у зведеннях практичних правил або посібниках, які може розробляти Міжнародне бюро праці, а також інформація, що надходить від інших компетентних органів (п. 3 ст. 1). Підтримуємо позицію управлінських органів МОП, які наголошують на тому, що ця форма перегляду є корисною безпосередньо для конвенцій, які охоплюють наукові та технічні стандарти, що характерно для конвенцій і рекомендацій з безпеки і гігієни праці [3, п. 34].

Категорія “застарілі акти”, охоплює ті конвенції та рекомендації, що перестали відповідати сучасним потребам у сфері праці та меті і завданням діяльності МОП. До застарілих актів включають:

- відкладені конвенції (так звані конвенції, що “відкладені на полицю”);
- конвенції, які Адміністративна рада просить країни денонсувати, одночасно ратифікуючи новіші конвенції, прийняті з того самого питання;
- рекомендації, що були юридично замінені відповідними рекомендаціями,
- рекомендації, проголошені Адміністративною радою такими, що вже не відповідають сучасним вимогам.

Рішення про відкладення конвенцій приймається Адміністративною радою (наприклад, Конвенція 1929 р. про захист докерів від нещасних випадків (№ 28)). Визнання актів МОП “відкладеними” у подальшому породжує низку наслідків, зокрема, надалі їх ратифікація не заохочується, змінюються підходи щодо публікації таких в офіційних виданнях Міжнародного бюро праці, не вимагається систематичного надання детальних звітів про їхнє застосування. Не зважаючи на це, відкладення жодним чином не змінює місце конвенцій, їхню роль і дію у правовій системі держав, що ратифікували ці конвенції.

Надання конвенціям і рекомендаціям статусу “застарілих” передбачає подальше вирішення питання про їхню долю, насамперед про їх скасування чи вилучення. Скасування і вилучення є самостійними процедурами, що дозволяють зберегти комплекс конвенцій і рекомендацій МОП актуальною. Скасування допускається лише щодо чинних конвенцій. У 1997 р. до Статуту МОП ухвалено поправку (про доповнення п. 9 статті 19), що дозволяє скасовувати конвенції, які перестали вносити суттєвий вклад у досягнення цілей і завдань МОП [11]. Проте ця поправка не одержала необхідної кількості ратифікацій, а тому не набула чинності. Як наслідок, процедура скасування конвенцій не застосовувалася не лише з питань безпеки і гігієни праці, але й щодо інших питань загалом.

Вилучення застосовується як до конвенцій, так і до рекомендацій. Але на відміну від рекомендацій вилучення допускається лише щодо конвенцій, які не набули чинності (конвенції, що набули чинності, можуть бути лише скасованими). Процедура вилучення стала можливою у зв’язку з внесенням поправок до Регламенту Міжнародної конференції праці (змінено ст. 11 і доповнено ст. 45 *bis*) [12]. Хоча процедура вилучення і відміни опирається на одні і ті самі процесуальні гарантії, у зв’язку з прийняттям поправки до Регламенту Міжнародної конференції праці процедура вилучення стала реальним кроком збереження актуальності актів МОП без необхідності очікувати набуття чинності поправки до Статуту МОП і вперше була застосована у 2000 р. на 88-ій сесії Міжнародної конференції праці [4, п. 9]. Процедура вилучення застосовувалася і щодо актів МОП з безпеки і гігієни праці. Наприклад, на 92-й сесії Міжнародної конференції праці 16 червня 2004 р. вилучено рекомендації 1929 р. про машини з механічними двигунами (№ 32) та про консультації з організаціями з метою захисту докерів від нещасних випадків (№ 34).

“Акти, щодо яких потребується інформація” утворюють четверту категорію і включають ті конвенції та рекомендації, для прийняття рішення щодо актуальності яких Адміністративній раді необхідно одержати додаткову інформацію. Така інформацію одержують шляхом проведення загальних чи коротких оглядів, як і оглядів зі спеціальних питань.

І остання категорія – “інші акти” – включає конвенції та рекомендації, щодо яких Адміністративна рада вирішила утримувати status quo, оскільки вона хоча і розглядала питання про їхній статус, але не змогла віднести їх до будь-якої з інших чотирьох категорій. Такою визнана Рекомендація 1929 р. про запобігання нещасним випадкам на виробництві (№ 31).

Автор цієї статті не зовсім погоджується з таким поділом. Йдеться не про абсолютну відмову від нього, ні. Наведена класифікація конвенцій і рекомендацій, що здійснена Міжнародною організацією праці, має спеціальну мету і спрямована на практичне застосування – збереження актуальності системи актів МОП. Проте ця класифікація поєднує як кінцевий результат (актуальність чи ні відповідних нормотворчих актів МОП), так і способи з’ясування статусу останніх (наприклад, необхідність одержання додаткової інформації для з’ясування актуальності відповідної конвенції чи рекомендації), форми їхнього перегляду (наприклад, вилучені конвенції і рекомендації). Фактично за результатами перегляду та з’ясуванню актуальності усі конвенції і рекомендації можна полоти на дві групи – ті акти, щодо яких ухвалено рішення про їх актуальність, і ті акти, щодо яких не прийнято остаточного рішення. Першу групу варто розділити на три види – актуальні, застарілі конвенції і рекомендації та ті, що мають проміжний статус (містять окремі положення, які залишаються актуальними).

1. Improvements in the standards-related activities of the ILO: Outlines of a future strategic orientation for standards-related policies and procedure: GB.294/LILS/4, 294<sup>th</sup> Session of the Governing Body (November 2005) [Електронний ресурс] / Committee on Legal Issues and International Labour Standards // Geneva: International Labour Office, 2005. – 14 p. – Режим доступу до документа: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb294/pdf/lils-4.pdf>;
2. Совершенствование нормотворческой деятельности МОТ: отчет о проведенной деятельности (ноябрь 2005 – март 2006 гг.): GB.295/LILS/5, 295-я сессия (март 2006 р.) Административного совета [Електронний ресурс] / Комитет по правовым вопросам и международным нормам // Женева: Международное бюро труда, 2006. – 17 с. – Режим доступу до документа: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_gb\\_295\\_lils\\_5\\_ru.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_gb_295_lils_5_ru.pdf)
3. Methods of revision: Preliminary discussion: GB.276/LILS/WP/PRS/2, 276<sup>th</sup> Session of the Governing Body (November 1999) [Електронний ресурс] / Working Party on Policy regarding the Revision of Standards. – Режим доступу до документа: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb276/prs-2.htm>
4. Совершенствование деятельности МОТ, касающейся норм: доклад о ходе работы: GB.292/LILS/7, 292-я сессия Административного совета (март 2005 г.) [Електронний ресурс] / Комитет по правовым вопросам и международным трудовым нормам // Женева: Международное бюро труда, 2005. – 16 с. – Режим доступу до документа: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_gb\\_292\\_lils\\_7\\_ru.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_gb_292_lils_7_ru.pdf)
5. Mandate of the Working Party on Policy regarding the revision of Standards: Annex to the GB.267/LILS/WP/PRS/2, 267<sup>th</sup> Session of the Governing Body (November 1996) [Електронний

- ресурс] / Working Party on Policy regarding the Revision of Standards. – Режим доступу до документа: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb267/prs-2.htm>
6. Conventions in need of revision (second stage): GB.267/LILS/WP/PRS/2, 267<sup>th</sup> Session of the Governing Body (November 1996) [Електронний ресурс] / Working Party on Policy regarding the Revision of Standards. – Режим доступу до документа: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb267/prs-2.htm>
  7. Follow-up to the recommendations of the Working Party: Information note on the progress of work and decisions taken concerning the revision of standards: Appendix II to the GB.280/LILS/WP/PRS/1/2, 280<sup>th</sup> Session of the Governing Body (March 2001) [Електронний ресурс] / Working Party on Policy regarding the Revision of Standards // Geneva: International Labour Office, 2001. – 42 p. – Режим доступу до документа: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb280/pdf/prs-1-2.pdf>
  8. Choice of instruments on which reports should be requested in 2006 and 2007 under article 19 of the Constitution: Appendix “List of instruments to promote” to the GB.291/LILS/5, 291<sup>st</sup> Session of the Governing Body (November 2004) [Електронний ресурс] / Committee on Legal Issues and International Labour Standards. – Режим доступу до документа: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb291/pdf/lils-5.pdf>
  9. Нормотворческая деятельность МОТ в области безопасности и гигиены труда: углубленное рассмотрение с целью разработки плана действий в этой сфере: Доклад VI, 91-я сессия (2003 г.) Международной конференции труда [Електронний ресурс] / Международная конференция труда // Женева: Международное бюро труда, 2003. – 128 с. – Режим доступу до документа: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_ilc\\_91\\_rep-vi\\_ru.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_ilc_91_rep-vi_ru.pdf)
  10. List of conventions and protocols: International Labour Organization [Електронний ресурс] / Режим доступу до документа: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>
  11. Instrument for the Amendment of the Constitution of the International Labour Organization: International Labour Conference [Електронний ресурс] / Режим доступу до документа: <http://www.ilo.org/public/english/bureau/leg/amend/1997.htm>
  12. Standing Orders of International Labour Conference: International Labour Organization [Електронний ресурс] / Режим доступу до документа: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc-so.htm>

## ACTUALITY OF ILO'S CONVENTIONS AND RECOMMENDATIONS IN THE FIELD OF OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH

*Z. Kozak*

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

In the article the review of mechanism of ILO's conventions and recommendations revision for the purpose of keeping the body of international labour standards up-to-date is presented. It is concretized by example of conventions and recommendation in the field of occupational safety and health.

*Key words:* International Labour Organization, conventions and recommendations, actuality, revision.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## СУТНІСТЬ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПОЛОЖЕНЬ, ЩО ВИЗНАЧАЮТЬ ОСНОВИ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦІ В УКРАЇНІ

*О. Стасів*

*Львівський національний університет імені Івана Франка  
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна  
тел. (032) 239-47-97*

Висвітлено сутність конституційних положень, що визначають основи регулювання праці в Україні. Зокрема, йдеться про шляхи закріплення цих положень у Конституції України.

*Ключові слова:* конституційні засади трудового права, конституційні положення.

Україна, як і інші держави континентальної системи права, дотримується принципів централізованого встановлення норм, що регулюють трудові та тісно пов'язані з ними відносини. І хоча є тенденція до розширення сфери децентралізованого правового регулювання у трудовому праві, все ж акти органів державної влади визначатимуть і надалі пріоритети у сфері суспільної організації праці. Головне місце серед них належить Конституції – Основному Закону нашої держави.

П.М. Рабинович зауважує, що Конституція відіграє “визначальну, навіть надзвичайну роль в юридичному забезпеченні прав і свобод людини у кожній країні. Адже саме у ній фіксуються вихідні засади положення людини у суспільстві, її взаємини із державою” [1, с. 48]. Тому серед законів України, що є джерелами права, основне місце належить саме цьому акту.

Всі сучасні Конституції мають багато спільних рис. Зокрема, у них представлені положення соціального характеру, які є орієнтирами держави, або просто надають текстам соціального звучання. Тому такі Основні Закони іноді називають соціальними. Поява у них відповідних положень спричинена розширенням державних функцій, зростанням потреб у правовій регламентації державного впливу на процеси у сфері економіки та політичній системі суспільства [2, с. 289]. Конституція України за своєю сутністю також є соціальною. У ній зазначено, що Україна є ...соціальною, правовою державою [3, ст. 1].

Нерідко Конституцію як основне джерело права розглядають з позицій соціальної та юридичної її значимості.

Щодо першої, то йдеться про закон, що створює основні засади державної стабільності, розвитку становлення кожного індивіда. У даному випадку Конституція є первинним фіксатором суспільних відносин, а тому має установчий характер.

Юридична значимість полягає у тому, що Конституція має вищу юридичну силу й безпосередньо регулює суспільні відносини у різних сферах життя суспільства, закріплює підвалини правової системи.

Якщо з юридичної позиції Конституція матиме однаковий вплив на всі галузі права, то з соціального її положення конкретизуються і деталізуються стосовно кожної галузі права. Такі позиції базуються на співвідношенні природньо-правового і позитивістського підходів [4, с. 65–66].

Природньо-правовий підхід є основою норм і засад загальноновизнаних прав людини. Він включає в себе ідеали свободи, справедливості, рівності всіх перед законом, визнає народ єдиним джерелом влади тощо. Так, у Конституції України,

зокрема, зазначено, що “усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах” (ст. 21 Конституції України), “кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується” (ст. 43 Конституції України) тощо.

За позитивіських підходів Конституція України закріплює права і свободи переважно у соціально-економічній та культурній сферах, а також “містить в собі позитивне закріплення широкого кола прав і свобод, які визначають систему гарантій і механізмів їхнього захисту” [5, с. 143]. Йдеться, зокрема, про право на оплату праці, право на охорону праці тощо.

Таке співвідношення цих двох суперечливих підходів позитивно відобразилося на концепції Конституції нашої держави. Минулий досвід показав, що кожен із них не здатний задовільнити основні права та свободи людини і громадянина. Тільки у взаємодії вони створюють міцне підґрунтя для їхньої реалізації. Таке співвідношення виражається, зокрема, у ч. 2 ст. 22 Конституції України, де зазначено, що “конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані”.

В.М. Шаповал зазначає, що “Конституція належить до окремої категорії нормативно-правових актів – законів. Однак на відміну від останніх має більшу жорсткість – особливий характер прийняття та внесення змін” [6, с. 2–4]. У цілому її властивостями є нормотворчість, установчість, програмність, вища юридична сила, підвищена стабільність, особливий ступінь охорони з боку держави. Тому положення, які містяться в ній визначають напрями розвитку галузей права.

Так, виходячи із аналізу законодавчих актів та спеціальної літератури варто зазначити, що з прийняттям Конституції України розвиток трудового права продовжує відбуватися у двох основних напрямках: 1) внесення змін та доповнень до чинного трудового законодавства, адже неможливо відразу ретельно підготувати великий за обсягом пакет законопроектів, необхідний для перебудови галузі трудового права; 2) прийняття принципово нових нормативних актів, що будуть підґрунтям для створення нової системи трудового законодавства, зокрема нового трудового кодексу, а також трудового процесуального кодексу.

Конституційні засади у сфері трудового права забезпечують цілеспрямовану дію всієї системи трудового права. Вони не можуть існувати ізольовано від норм трудового права, бо саме засади відображають зв’язуючу сутність окремих норм, об’єднуючи їх в інститути, галузь трудового права. Конституційні засади, своєю чергою розвиваються і диференціюються у правових нормах.

На думку деяких науковців, окремі конституційні засади не можуть бути визнані нормами права. Це передусім ті, що закріплюють засади права, визначають основні правові поняття тощо. Стверджується також, що деякі конституційні норми фактично є правоположеннями, які тільки завдяки іншим правовим приписам і тільки в поєднанні з ними визначають поведінку учасників суспільних відносин. При цьому не враховується той факт, що наявність у Конституції засад і загальних положень жодному разі не позбавляє її нормотворчості. Тому з таким підходом не можна погодитися.

Професор Р.З. Лівшиць виділяє два різновиди принципів (засад) права – норми-принципи та принципи, які виводяться з норм. На його думку, коли правові засади безпосередньо закріплюються в нормах, ми маємо справу із нормами-засадами. В усіх інших випадках їх необхідно виводити з норм, тобто формулювання правових засад переходить у численну кількість норм і ніби розчиняється в них.

Тому конституційні засади закріплюються у Конституції України двома шляхами: безпосередньо чи опосередковано.

Безпосереднє закріплення має місце у тих випадках, коли в формулюванні норми втілюється певна правова засада (конституційна норма-засада). Зазвичай, норми узагальненого характеру деталізуються у чинному законодавстві. До них належать “право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується” [3, ст. 43], право на відпочинок – “кожен, хто працює, має право на відпочинок” [3, ст. 45] тощо.

Опосередковані засади безпосередньо не закріплені в конституційних нормах, але можуть бути виведені з них. Ці засади містяться в Конституції ніби у “прихованому” вигляді. Їхній зміст впливає із багатьох норм. Зокрема, право на охорону праці, яке закріплено у Конституції через ряд прав – право на належні, безпечні та здорові умови праці.

Конституційні норми втілюються в Основному Законі здебільшого у вигляді норм-засад і є нормами узагальненого характеру (право на працю, право на відпочинок, оплату праці тощо). Вони деталізуються у поточному галузевому законодавстві. Це дає можливість створити ефективний механізм реалізації функцій держави, захисту відповідних прав людини і громадянина. Формальна визначеність засад Конституції України має суттєве значення для розкриття регулятивного потенціалу Основного Закону, адже вони загальнообов’язкові на всій території держави. На їхній основі приймаються всі інші підзаконні акти, які мають відповідати і не суперечити Конституції.

Розвиток конституційних засад має надзвичайно важливе значення для суспільних відносин. Їхнє регулювання на практиці не завжди відповідає сучасним умовам повсякденного життя. Наукове розроблення проблем в окремих галузях права, зокрема і трудового, не залишається незмінним, оскільки має динамічний характер, виробляючи нові наукові погляди та позиції на потребу правового регулювання певного кола суспільних відносин. Тому проблему подолання прогалин у чинному законодавстві має бути вирішено шляхом узгодження перспективних поглядів вчених із сучасними концепціями розвитку окремих галузей права (у нашому випадку трудового права), спрямованих на врегулювання суспільних відносин в Україні. Важливого значення тут набуває обґрунтування конституційних засад трудового права з позиції механізму правового регулювання.

За своїм призначенням у механізмі правового регулювання конституційні засади поділяють на матеріальні (конституційно-матеріальні) та процесуальні (конституційно-процесуальні).

До конституційно-матеріальних засад можна віднести ті, які закріплені в Основному Законі і несуть для особи, яка їх набуває блага матеріального характеру. Це, зокрема, право на працю, на заробітну плату тощо.

Конституційно-процесуальні засади, закріплені в Основному Законі й закріплюють порядок застосування матеріальних засад. Вони є основоположними ідеями, що є в юридичному процесі загальнообов’язковими безперечними вимогам [7, с. 24]. Конституційно-процесуальні засади можна поділити, своєю чергою, на загальні конституційно-процесуальні засади (засади правосуддя, ст.ст. 124–131 Конституції України) та спеціальні які регулюють процесуальні відносини тільки в окремій галузі права, зокрема трудового. Наприклад, порядок здійснення права на страйк (ст. 44 Конституції України) тощо.

Особливого значення конституційні засади набувають при реалізації норм права, в першу чергу тоді, коли відсутня конкретна норма і є потреба застосувати аналогію закону і навіть аналогію права.

Ці засади у багатьох випадках відображають і зміст міжнародних норм. Це означає, що вони є правовими приписами, причому обов'язковими, які зобов'язують керівників підприємств, установ, організацій та громадян розуміти їх як конкретні вказівки або як директиви щодо організації праці.

Враховуючи правові документи, прийняті світовим товариством, ратифіковані нашою державою, в Конституції України відображені міжнародно-правові стандарти прав і свобод людини. Адже чинні міжнародні договори є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства.

Так, відповідно до Декларації МОП "Основних принципів та прав у світі праці" [8, п. 2] заявлено, що "Всі члени Організації, навіть ті з них які не ратифікували вказані Конвенції, мають зобов'язання, що випливають вже з того факту їхнього членства в Організації, дотримуватися, зміцнювати та реалізовувати добросовісно та відповідно до Статуту принципи, що стосуються основних прав, а саме: а) свобода асоціації та реальне визнання права на ведення колективних переговорів; б) скасування всіх форм примусової чи обов'язкової праці; в) реальна заборона дитячої праці; г) недопущення дискримінації в області праці та занять".

Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору. Ця норма неодноразово повторювалася в багатьох законодавчих актах України, зокрема і трудового законодавства (наприклад, ст. 8<sup>1</sup>, якою КЗпП України доповнений 20 березня 1991 р.). Нині ж за ст. 9 Конституції "укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до неї", адже вона визнається основним джерелом права.

Щодо міжнародних договорів, що були ратифіковані до 28 червня 1996 р. (до прийняття Конституції), то згідно із Законом "Про правонаступництво України" від 12 вересня 1991 р. [9, ст. 6] Україна підтвердила свої зобов'язання за міжнародними договорами Української РСР. У п. 1 розділу XV Конституції сказано, що закони та інші нормативні акти, прийняті до набуття чинності нею, діють у частині, що не суперечить їй. Ратифіковані до 28 червня 1996 р. міжнародні договори є складовою національного законодавства, тому вони повинні діяти у частині, що не суперечить Основному Закону.

Отже, Конституція України має не тільки внутрішній, а й зовнішній аспект прояву. Вона закріплює ціннісні орієнтири Української держави в міжнародних зв'язках, визначає співвідношення внутрішнього і міжнародного законодавства, питання імплементації норм міжнародного права у внутрішнє законодавство України. Це є важливим і у входженні України до європейського та міжнародного простір. Відповідність законодавства європейським та світовим стандартам дасть змогу нашим громадянам на належному рівні реалізувати свої трудові права не лише в межах України, але й поза ними.

Особливістю багатьох конституційних положень є їхнє спрямування на регулятивне відношення, яке традиційно є предметом інших галузей права. При цьому такі положення можна визнати частиною як конституційного, так і галузевого законодавства. Частково, до них можна віднести норми Конституції

України, які визначають основні засади регулювання суспільних відносин у сфері праці. Тому є всі підстави говорити про цінність окремих галузей права, які виконують певні функції і завдання у регулюванні суспільних відносин, зокрема, трудового права, про різну соціальну цінність окремих нормативно-правових актів, про особливу цінність деяких з них, зокрема Конституції [10, с. 9].

За кожним індивідом закріплені конституційні права, які є невід'ємними. Це, зокрема, вище згадане право на працю (ст. 43), на відпочинок (ст. 45) тощо. Основний закон виключає в трудових відносинах будь-яку дискримінацію і проголошує, що всі громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними чи іншими ознаками (ст. 24). У Конституції закріплено право громадян на участь у професійних спілках з метою захисту своїх трудових і соціально-економічних прав та інтересів (ст. 36). Збережено тут і право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, посадових і службових осіб; право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями та бездіяльністю цих органів, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень (ст.ст. 55, 56) тощо.

Вперше у Конституції закріплено право кожного на належні, безпечні і здорові умови праці, на заробітну плату, не нижче визначеної законом (ч. 4 ст. 43). Ряд статей посилюють гарантії трудових прав, зокрема, забороняється використовувати примусову працю (ч. 3 ст. 43). У зв'язку з цим не можуть застосовуватися такі, що суперечать Конституції, правила ст. 32, 33, 34 КЗпП, відомчих положень чи статутів про дисципліну тощо, які передбачають можливість тимчасового переведення працівника без його згоди на іншу роботу в порядку дисциплінарного стягнення, у разі виробничої необхідності або простою, а також виконання ним роботи, не передбаченої трудовим договором. Також гарантується захист від незаконного звільнення (ч. 6 ст. 43), право на своєчасне одержання винагороди за працю захищається законом (ч. 7 ст. 43) а також належне місце займає право на страйк для захисту своїх економічних та соціальних інтересів (ст. 44).

Конституція значно розширила трудові права та свободи громадян. Важливо належно забезпечити їхнє здійснення через прийняття ряду нормативно-правових актів, зокрема нового трудового кодексу. Вони гарантуватимуть реалізацію та захист трудових прав. Адже наявність одного тільки права, хоч і закріпленого в Основному законі, без механізму його здійснення на практиці матиме лише декларативний характер.

В Україні на сьогодні досить актуальною є проблема ефективного використання потенціалу Конституції для державотворчого процесу, втілення її приписів у реальне життя, визначення чинників, які негативно впливають на реалізацію конституційних норм.

Конституційні права і свободи людини та громадянина не є вичерпними (ст. 22 Конституції України). Це виражається у zasadі “дозволено все, що не заборонено законом”. При цьому під час прийняття нових законів або внесенні змін та доповнень до чинних не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Ці норми є важливою основою при здійсненні права на працю, оскільки вони спрямовані на покращення становища працівника і є гарантією його не тільки правової, але і матеріальної стабільності.

Аналіз практики застосування трудового законодавства дозволяє зробити висновок про невіршеність на даний час багатьох проблем у галузі регулювання трудових та тісно пов'язаних з ними відносин. Однією з головних причин цього явища є неналежне використання конституційних засад, як при розробці нових законів, так і їхнього безпосереднього застосування. І хоч у Конституції України закладено нові засади регулювання трудових відносин, основу чинного трудового законодавства України на сьогодні складає Кодекс законів про працю, який був прийнятий ще 10 грудня 1971 р. і набрав чинності з 1 червня 1972 р. Абсолютна більшість статей зазнали значних змін.

Законодавець належно не сприйняв соціальну і юридичну цінність Конституції України як Основного закону держави. Сучасне законодавство України про працю є сумішшю правових норм, прийнятих за різних історичних та економічних умов, певна частина яких відповідає вимогам часу, а інша – застаріла і не може адекватно регулювати сучасні трудові відносини [11]. Багато положень трудового законодавства не відповідають конституційним засадам і нормам міжнародного права.

На жаль у КЗпП України не винесено в окрему статтю систему Основних засад трудових та тісно пов'язаних з ними відносин, а тому повною мірою не сприйнято конституційні і міжнародно-правові стандарти в області трудових відносин, не виражено всіх сучасних тенденцій розвитку суспільства та держави, які містяться у Конституції.

За формально-юридичними ознаками текст нашого Основного Закону відповідає кращим взірцям сучасних європейських конституцій. Недаремно, даючи оцінку Конституції України, авторитетна Європейська комісія “Демократія через право” (Венеціанська комісія) високо її оцінила власне як юридичний документ. При цьому Венеціанська комісія спеціально зазначила: “в тексті Основного Закону закладено належні основи для розбудови України як демократичної, соціальної та правової держави, бажання забезпечити захист усіх прав, гарантованих Європейською Конвенцією з прав людини у повному обсязі та здійснити їхнє практичне втілення” [12, с. 12].

Можна зробити різні висновки щодо якості дії норм Конституції України, хоча досвіду у нас на шляху реальної реалізації Основного Закону не так і багато. Наша Конституція ще досить молода (хоча і зазнала вже суттєвих змін), та безперечним залишається той факт, що від того, наскільки наше суспільство усвідомлює та усвідомлюватиме її дух і суть, без сумніву залежатиме і її реальна дія, її життя, її вплив на людину і державу [13, с. 178].

Конституція України є і залишатиметься основним джерелом трудового права. Проте, у сучасних умовах важливого значення набуває чіткого окреслення основних принципів положень майбутньої кодифікації трудового законодавства, яке буде головним засобом правового регулювання трудових відносин найманих працівників. Передусім необхідно на законодавчому рівні розкрити нове конституційне поняття права на працю як можливості кожного громадянина заробляти собі на життя працею, яку він обирає або на яку вільно погоджується, а також окреслити коло відносин, які регулюються законодавством про працю.

1. Права людини. / [М. Буроменський, Т. Андрусак, В. Денисов та ін.]; під ред М. Буроменського. К.: Видавництво “ПРАВО”, -1997, – С. 148.
2. Юридична енциклопедія Т.3/ [Шемшученко Ю.С., Бурчак Ф.Г., Зяблюк М.П. та ін.]. – К.: Видавництво “Українська енциклопедія” імені М.П.Бажана, 2001. – 800 с.

3. Конституція України: за станом на 08.12.2004 / Верховна Рада України. – Відомості Верховної Ради України – К.: Парлам. вид., 2004. – 141 с. – (Бібліотека офіційних видань).
4. *Головистикова А.Н.* Права человека / А.Н. Головистикова, Л.Ю.Грудцына. – М.: Эксмо, 2008. – 95 с.
5. *Гошуляк В.В.* Теоретико-правовые проблемы конституционного и уставного законодательства субъектов Российской Федерации / Виталий Владимирович Гошуляк.– М.: Янус-К, 2000. – 143 с.
6. *Шаповал В.В.* Конституція України як нормативно-правовий акт / В.В. Шаповал // Право України. – 1997. – № 10. – С. 3–7.
7. *Колодій А.М.* Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юр. наук.: спец. 12.00.01 “Конституційне право” / А.М. Колодій – К., 1999, – 24 с.
8. Декларація МОП “Основних принципів та прав у світі праці”: за станом на 18.06.1998 р. / Міжнародна конференція праці. – Офіційний вісник України – К.: видавництво “ЛОГОС”, 1998. – 16 с. – (Міжнародний нормативний документ Міжнародної організації праці).
9. Закон України Про правонаступництво: станом на 05.101991 р. / Верховна Рада України. – Відомості Верховної Ради України – К.: Парлам. вид., 1991. – 10 с. – (Бібліотека офіційних видань).
10. *Тодика Ю.М.* Конституція як соціальна цінність. / Ю.М. Тодика // Право України. – 2000. – № 12. – с. 9–13.
11. *Пилипенко П.* Реформування трудового законодавства України [Електронний ресурс]: Юридична газета – 2006. – № 17 (77). – с. 4. Режим доступу до газети: <http://www.yur-gazeta.com/article/277/>
12. *Стецюк П.* Конституція України як цінність, гарантія національної державності українського народу / Петро Стецюк. – Львів: Видавництво АСТРОЛЯБІА, 2004 – 38 с.
13. Розуміння духу Конституції громадянським суспільством як умова її ефективності: Матеріали XIII регіон. наук.-практ. конф., (Львів, 8–9 лютого 2001 р.) / М-во освіти і науки України, Льв. нац. у-т ім. І.Франка. – Львів: Льв. нац. у-т ім. І. Франка. Ю. Матвєєва, 2001, – 510 с.

### **ESSENCE OF CONSTITUTIONAL PROVISIONS THAT DETERMINE THE BASES OF LABOUR REGULATION IN UKRAINE**

*O. Stasiv*

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

The essence of constitutional provisions that determine the bases of labour regulation in Ukraine are elucidated. Special attention is paid to the ways of such provisions fixation in the Constitution of Ukraine.

*Key words:* constitutional principles of labour law, constitutional provisions.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

# ЗЕМЕЛЬНЕ, АГРАРНЕ ТА ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

## ПОНЯТТЯ “ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ЗЕМЕЛЬ”: ПІДХОДИ ДО ТЛУМАЧЕННЯ

*Н. Барабаш*

*Львівський національний університет імені Івана Франка  
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна  
e-mail: BarabashNP@ukr.net*

У статті ми спробували дослідити наукові підходи до дослідження категорії “правовий режим”, проаналізовано окремі наукові позиції визначення поняття “правовий режим”, розкрито зміст правового режиму земель. Висловлено пропозицію закріпити в Земельному кодексі України норму-дефініцію, яка б розкривала поняття “правовий режим земель”.

*Ключові слова:* режим, правовий режим, правовий режим земель.

Динамічні соціально-економічні, політичні, культурні, національні, екологічні, демографічні, інформаційні й інші процеси, які відбуваються в сучасному суспільстві, відображаються на змінах у правовій сфері. Внаслідок модифікації суспільних відносин модифікується і юридична форма, всі її складові частини. Одним із елементів цієї форми є правовий режим [1, с. 16].

У національному законодавстві України поняття “правовий режим” вживається в багатьох нормативно-правових актах. І навіть в Основному Законі України – Конституції [2] використовуються поняття “правовий режим власності”, “правовий режим державного кордону”, “правовий режим воєнного і надзвичайного стану, зон надзвичайної екологічної ситуації”.

Широке застосування терміна “правовий режим” зустрічається в земельному праві. Використання даної правової категорії в земельному праві дозволяє виявити його суть, оскільки поняття “правовий режим земель” відображає особливий характер правового регулювання використання і охорони земель. Саме земля, як говориться у ст. 14 Конституції України, є основним національним багатством, що є під особливою охороною держави. І.І. Євтіхєєв відзначав, що “для земельного права характерний не спосіб правового регулювання (договірний чи односторонній), не суб’єкт правовідносин, а той речовий об’єкт – земля, призначення якої є максимальне виробництво продуктів...” [3, с. 102].

У земельному законодавстві також є термін “правовий режим”, однак зміст даної категорії не розкривається. Термін досить тривалий час вживається і у наукових дослідженнях, проте серед правознавців відсутній єдиний підхід до його розуміння.

Саме тому метою даного дослідження є визначення змісту поняття “правовий режим земель”. Для цього необхідно з’ясувати і проаналізувати наукові підходи до дослідження основних особливостей такого явища, як правовий режим.

У деяких наукових дослідженнях досить часто застосовуються одночасно поняття “режим” і “правовий режим”. Термін “режим” більш багатозначне за своїм змістом і вживається в різних значеннях і контекстах. Етимологічно “режим”

походить від франц. “regime” – порядок (упорядковувати) та лат. – “regimen” – управління, керівництво і може означати: 1) точно встановлений розпорядок життя, праці, відпочинку тощо; 2) систему заходів, правил, запроваджуваних для досягнення певної мети; 3) певні умови, необхідні для забезпечення роботи, функціонування, існування чого-небудь [4, с. 1208]. Автори юридичної енциклопедії під режимом розуміють встановлений національними законодавствами і нормами міжнародного права порядок у суспільних відносинах [5, с. 267]. Отже, як бачимо, однозначності в розумінні терміна “режим” також немає.

В юридичній літературі зустрічаються також різні точки зору тлумачення змісту поняття “правовий режим” й виділяються різні наукові напрями до дослідження зазначеного феномена. Так, з метою систематизації наукових позицій щодо категорії “правовий режим” А. Спаський пропонує наведені в юридичній науці підходи до дослідження цієї категорії поділити на два напрями: управлінський та сутнісно-правовий [6, с. 28].

На наш погляд, дослідження правового режиму лише з позиції управлінського підходу значно звужує поле вивчення цього правового явища. Це поняття досліджується не лише вчені-адміністративісти, а й науковці інших галузей права, таких як цивільне право, земельне право, конституційне право та ін. В такому випадку потрібно виділяти напрямок, який би відображав наукові дослідження представників інших галузей права або досліджувати правовий режим в рамках напряму, який об’єднує наукові підходи до тлумачення його змісту як вчених адміністративного права, так і науковців інших галузей права.

Що стосується сутнісно-правового напряму, то потрібно погодитися з думкою А. Спаського, що він є продуктивнішим підходом до вивчення поняття “правовий режим”. На його погляд, до розгляду і дослідження правового режиму потрібно підходити з точки зору впливу права на суспільні відносини, а не управління людською діяльністю та її процесами, яка без наявності правової форми не є предметом пізнання юриспруденції [6, с. 29].

Іншої думки дотримується російський науковець О.С. Родіонов. Він розрізняє категорію “правовий режим” на спеціально-галузевому рівні та як загальнотеоретичну концепцію [7, с. 20]. Інші вчені, зокрема В.Б. Ісаков [8, с. 34], С.С. Алексєєв [9, с. 170], звертали увагу на те, що в галузі юридичної науки вивчали правовий режим передусім на галузевому рівні, однак згодом він став об’єктом дослідження як галузевого, так і загальнотеоретичного рівнів.

Прихильниками загальнотеоретичного рівня вивчення правового режиму є: С.С. Алексєєв, В.К. Бабаєв, В.М. Баранов, Б.Я. Бляхман, В.І. Гойман, В.Б. Ісаков, В.М. Корельський, А.В. Малько, Н.І. Матузов, Л.А. Морозова, В.Д. Перевалов, О.С. Родіонов, А. Спаський, Л.В. Томаш, Е.Ф. Шамсумова та ін. До науковців які, досліджують правові режими окремих галузей права чи правовий режим будь-якого окремого об’єкта даної галузі і поряд з тим вдаються до аналізу загальних ознак правового режиму, належать: Р. Афанасієв, Д.Н. Бахрах, І.Л. Бачіло, О.С. Іоффе, І.І. Каракаш, А.В. Луняченко, О.О. Погрібний, І.О. Розанов, В.Б. Рушайло, Н.І. Титова, В.І. Сенчіщев, Е.А. Суханов, Ю.С. Шемшученко та ін.

Звичайно, проаналізувати визначення правового режиму різними науковцями в межах однієї статті неможливо. Звернемо увагу на останні дослідження цього питання такими вченими, як Б.Я. Бляхман, О.С. Родіонов, А.С. Спаський, Е.Ф. Шамсумова.

Так, автор кандидатської дисертації “Правові режими: Теоретичний аспект” Е.Ф. Шамсумова дає визначення як поняття “режим”, так і поняття “правовий режим”. Під **режимом** вона розуміє комплексне системоутворююче встановлення порядку, яке відображає сукупність реально існуючих суспільних відносин, які складаються в процесі життєдіяльності із взаємодії саморегулюючих і одночасно регулюючих систем, у визначений проміжок часу, на визначеній території, відносно визначеного об’єкта [10, с. 11]. **Правовий режим** визначають як особливий порядок законодавчого врегулювання діяльності, дій чи поведінки фізичних і юридичних осіб у різних сферах суспільних відносин або на певних об’єктах, який охоплює встановлення механізму забезпечення фактичної реалізації системи стимулів, нормативів, гарантій, заборон, зобов’язань, обмежень, а також їх компетентне виконання, застосування заходів примусу і притягнення винних до відповідальності [10, с. 15].

У своєму монографічному дослідженні Е.Ф. Шамсумова приходить до висновку про те, що категорія “правовий режим” складна і багатогранна, відповідно можливий двоякий підхід, тобто правовий режим можна розглядати в широкому і вузькому значеннях. Під правовим (юридичним) режимом **в широкому значенні** розуміється закріплене правовими нормами і забезпечене сукупністю юридичних засобів комплексне системоутворююче встановлення порядку, яке відображає реально існуючі суспільні відносини і рівень розвитку правової системи в цілому, які складаються в процесі життєдіяльності із взаємодії саморегулюючих і одночасно регулюючих підсистем у визначений проміжок часу на визначеній території і відносно визначеного об’єкта. **У вузькому значенні** правовий режим – це закріплене в нормах права особливе поєднання юридичного інструментарію (юридичних засобів), яке характеризується наявністю визначених умов, конкретністю (визначеністю) суспільних відносин, відносністю до визначеного об’єкта і яке переслідує сприятливу, корисну для суспільства і держави ціль. Правовий (юридичний) режим у вузькому значенні пропонуємо називати спеціалізованим (галузевим) [11, с. 59–60].

Отже, з поданих дефініцій неважко помітити протиріччя у роздумах науковця. Режим визначається як “встановлення порядку”, а правовий режим тлумачиться як “порядок”. Більше того, як впливає з визначення правового (юридичного) режиму в широкому значенні, відбувається отождолення двох категорій: правовий режим та режим, тобто правовий режим визначається як і термін режим.

Окремі вчені, зокрема А. Спаський [6, с. 29] та О.С. Родіонов [12, с. 26], запропоноване Е. Шамсумовою визначення правового режиму вважають досить громіздким і вказують на його нечіткий характер. На їхній погляд, пов’язано це з тим, що визначення правового режиму Е. Шамсумовою є збірним, не побудоване на родовій категорії “режим” і характеризується відсутністю ознак, котрі притаманні тільки юридичному режиму як правовому явищу. Крім того, у наведених нею ознаках правового режиму та його визначенні простежується відсутність зв’язку цього правового явища з іншими елементами правової системи (нормами права, правовідносинами). Також це визначення “перевантажене синонімічними термінами”, що й пояснює громіздкий характер.

По-іншому пропонує визначити правовий режим О.С. Родіонов. На його думку, правовий режим – це встановлений законодавством особливий порядок регулювання, представлений специфічним комплексом правових засобів, який за допомогою оптимального поєднання стимулюючих і обмежуючих елементів

створює конкретну ступінь сприятливості або несприятливості з метою безперешкодної реалізації суб'єктами права своїх інтересів [12, с. 38].

На думку вченого правовий режим можна визначити також і як сукупність юридичних засобів, які встановлюються і забезпечуються державою з метою врегулювання конкретних суспільних відносин шляхом обмеження одних і стимулювання інших сторін діяльності окремих суб'єктів права. Іншими словами, правові режими “створюють конкретну ступінь сприятливості або несприятливості для задоволення інтересів окремих суб'єктів права” [13, с. 157].

На думку Б.Я. Бляхмана, правовому режиму притаманні наступні основні ознаки: 1) він встановлює законодавством і забезпечує державою; 2) має ціль специфічним способом регламентувати конкретні області суспільних відносин, виділяючи в часових і просторових межах ті чи інші суб'єкти і об'єкти права; 3) він є особливим порядком правового регулювання, що складається з сукупності юридичних засобів і характеризується відповідним їх поєднанням; 4) створює певний ступінь сприятливості або несприятливості для задоволення інтересів суб'єктів права [14, с. 8–9].

Наведений погляд О.С. Родіонова та Б.Я. Бляхмана найбільш повно та точно визначає правовий режим як загальнотеоретичну категорію. Пояснюється це тим, що визначення має логічно побудовану форму, у дефініції правового режиму відображаються основні ознаки даного правового явища, простежується структура правового режиму як основне визначальне слово використовується термін “порядок”, адже саме порядок і є одним із значень поняття “режим”.

А. Спаський переконаний, що правовий режим необхідно розглядати з точки зору його онтологічного зв'язку з іншими елементами правової системи (правовими принципами, нормами права, правовідносинами тощо). За такого розуміння правовий режим має відображати атмосферу (специфіку) правового впливу, в якій функціонують інші елементи правової системи, тобто виступати правовою формою їх функціонування, а також характеризувати взаємодію цих елементів із соціальними неправовими явищами [15, с. 13].

Свою чергою, вчений в аналізі поняття “правовий режим” виділяє три рівні:

на **першому рівні**, або в найбільш узагальненому розумінні, правовий режим є правовою формою, комплексом правових засобів, що відображає специфіку правового впливу, порядок функціонування правових явищ та їхній взаємозв'язок з іншими елементами суспільного життя;

у **спеціально-юридичному** розумінні правовий режим – це правова форма, що характеризує процес правового регулювання у певній сфері суспільного життя і є комплексом правових засобів, якими забезпечується порядок динаміки правовідносин у часі й просторі та визначаються напрями цього регулювання;

на останньому рівні (**одиничне розуміння** правового режиму) під правовим режимом розуміється правова форма, що є сукупністю норм та способів їхньої реалізації у конкретній сфері суспільного життя, за допомогою яких забезпечується порядок динаміки конкретних правовідносин у часі й просторі та визначаються напрями правового регулювання [15, с. 14–15].

Практично в більшості випадків вчені визначають правовий режим як особливий правовий порядок. Визначення категорії “правовий режим” через категорію “порядок” певною мірою виправдано, оскільки етимологічно режим походить від слова “порядок”.

Правовий режим є свого роду “укрупнений блок” в загальному арсеналі правового інструментарію, який з'єднує в єдину конструкцію визначений комплекс

правових засобів. І з цього погляду ефективно використання правових засобів при вирішенні тих чи інших спеціальних задач в значній мірі полягає в тому, щоб вибрати для вирішення відповідної задачі правовий режим, відпрацювати його відповідно до специфіки цієї задачі і змісту регулюючих відносин [9, с. 171].

У межах кожного правового режиму завжди беруть участь всі способи правового регулювання. Але в кожному режимі – і це визначає його специфіку – один із способів, як правило, є домінантною, яка визначає весь його облік та створює специфічну направленість, клімат, настрої в регулюванні [9, с. 171].

У зв'язку з цим погоджуємося з думкою ряду вчених, таких як Б.Я. Бляхман [14, с. 8–9], Н.І. Матузов і А.В. Малько [16, с. 17], О.С. Родіонов [12, с. 38], що правовий режим можна визначити як встановлений законодавством особливий порядок регулювання, представлений специфічним комплексом правових засобів, який за допомогою оптимального поєднання стимулюючих і обмежуючих елементів створює конкретну ступінь сприятливості або несприятливості з метою безперешкодної реалізації суб'єктами права своїх інтересів.

Правовий режим характерний для різних за своєю юридичною природою об'єктів. Одним із таких об'єктів є земля. На зв'язок, який існує між землею як об'єктом правовідносин і її правовим режимом вказував Г.А. Аксененок. Полягає цей зв'язок у тому, що коли ми говоримо про землю як об'єкт земельних правовідносин, маємо на увазі землю не в її природному стані, як дар природи, а землю, по відношенню до якої встановлений визначений правовий режим, з огляду на те вона і стає об'єктом права, об'єктом земельного правовідношення” [17, с. 137].

Поняття “правовий режим” в земельному праві застосовується для характеристики: 1) всіх земель (загальний правовий режим); 2) окремих категорій земель (особливий правовий режим); 3) видів земель в межах тієї чи іншої категорії (спеціальний правовий режим); 4) земельної ділянки чи частини земельної ділянки (конкретний правовий режим) [18, с. 49].

У земельному законодавстві хоча і зустрічається термін “правовий режим”, однак зміст даної категорії не розкривається. Немає чіткості у визначенні правового режиму земель і в науковій літературі.

На підставі аналізу різноманітних позицій вчених з даного питання, у розвитку і визначенні поняття “правовий режим земель” можна виділити два етапи: радянський та сучасний (пострадянський, період реформування) періоди.

У радянський період дослідженням поняття та змісту правового режиму земель займалися такі науковці, як: Г.А. Аксененок, А.В. Венедіктов, М.А. Гурвич, М.І. Дембо, І.І. Євтіхіїв, М.Д. Казанцев, Н.І. Краснов, В.С. Шелестов та ін.

Розуміння поняття правового режиму земель тісно пов'язане з визначенням його змісту, тобто зі складом елементів, які до нього входять. Підсумовуючи радянський період у розвитку і вивченні поняття “правовий режим земель”, не важко помітити, що головним елементом правового режиму земель є право виключної державної власності. І це зрозуміло, адже основу земельних відносин в СРСР складала державна власність на землю. Виключний характер державної власності на землю означав, що власником землі може бути лише держава, а земля могла надаватися тільки в користування. У зв'язку з цим будь-яке господарювання на землі здійснювалося лише на основі юридичного титулу права землекористування.

Правове регулювання використання землі, яке виражається в сукупності норм, що охоплюються інститутом права землекористування, було другим елементом

правового режиму земель. Особливістю землі як об'єкта правового режиму було те, що правовий режим землі як об'єкта права землекористування був похідним і залежним від правового режиму землі як об'єкта права власності.

До структурних елементів правового режиму земель належали також державне управління земельним фондом і охорона землі як об'єкта права державної власності і об'єкта права землекористування.

Зміна характеру земельних відносин і розвиток сучасного земельного законодавства призвели до трансформації поняття “правовий режим земель” і, своєю чергою до зміни та уточнення змісту даної категорії. Так, головний елемент правового режиму земель, а саме – монопольне становище державної власності на землю, замінено різними формами власності на землю.

Інститут права землекористування теж зазнав перетворень, суть яких зводиться до розширення його змісту. Адже раніше, коли земля перебувала у виключній власності держави, йшлося про можливість інших суб'єктів (крім держави) бути лише суб'єктами землекористування. На сьогодні ж, оскільки переважна більшість земель може бути не лише у державній власності, а й належати іншим власникам, то у правовому режимі земель необхідно наголосити не тільки на порядку землекористування, а й на порядку використання земель власниками.

Висвітлення зазначеного питання на сучасному етапі частково знайшло місце у творчому доробку як російських, так і українських вчених: А.П. Анісімова, А.І. Бобильова, С.А. Боголюбова, А.Г. Василенко, Д.М. Демічева, Б.В. Єрофєєва, І.А. Іконіцької, О.І. Красова, А.А. Мінаєвої, Н.А. Шингеля тощо (російські вчені); В.І. Андрейцева, М. Гребенюка, І.І. Каракаша, П.Ф. Кулинича, О.О. Погрібного, В.І. Семчика, Н.І. Титової, А.П. Шеремета, М.В. Шульги та ін. (українські вчені-правознавці). Зупинимося на окремих з них.

Так, О.І. Красов виділяє наступні основні елементи поняття “правовий режим земель”: право власності на землю; інші права на землю; управління використання і охороною земель; правову охорону земель; міру відповідальності за порушення земельного законодавства [19, с. 39].

О.І. Красов визначає правовий режим земель як визначення в законодавстві змісту права власності, інших прав на земельні ділянки, управління в галузі використання і охорони земель, заходів по охороні земель, шляхом встановлення основного цільового призначення земель, територіального зонування, обмеження прав, публічних сервітутів і встановлення дозволеного використання [20, с. 23]. Отже, крім вищезазначених елементів правового режиму земель, науковець виділяє нові елементи. Зокрема, невід'ємним елементом правового режиму земель є обмеження прав осіб, які використовують земельні ділянки через встановлення зон з особливими умовами використання земель, санітарних, охоронних зон тощо. Метою встановлення таких зон – обмежити права осіб, які використовують земельні ділянки, зазвичай в публічних інтересах. Правовий режим залежить також від того, встановлений по відношенню до нього публічний сервітут чи ні. Цільове призначення відповідних земель, яке лежить в основі розмежування земель на категорії, зонування територій, що служить засобом уточнення і деталізації правового режиму конкретної категорії земель, дозволене використання земельної ділянки – це також елементи поняття “правовий режим земель” [20, с. 24].

Зустрічається у навчальній літературі і така позиція науковця, згідно з якою поняття “правовий режим земель” є сукупністю правових норм, які визначають зміст і особливості таких його елементів, як право власності на землю, права на

землю осіб – не власників земельних ділянок, управління у сфері використання і охорони земель, підстави і порядок примусового припинення прав на землю і регулювання обороту земельних ділянок [21, с. 120].

Не важко помітити, що О.І. Красов уточнює і змінює деякі елементи правового режиму земель. Наприклад, інститут відповідальності за порушення земельного законодавства не розглядається як елемент поняття “правовий режим земель”. Як елемент автор визначає лише частинку даного інституту, а саме – міри відповідальності, які передбачені безпосередньо земельним законодавством – примусове припинення прав на землю (примусове вилучення земельної ділянки). Виділяється новий елемент правового режиму земель, а саме – питання правового регулювання обороту земельних ділянок. Такий правовий інститут, як правова охорона, вже не визнається окремим елементом поняття “правовий режим земель”. На думку професора, міри по охороні земель включений до змісту прав на землю шляхом закріплення передусім обов’язків з охорони земель. Крім того, завдання охорони земель вирішується шляхом здійснення відповідних функцій управління і організаційних мір [21, с. 120]. Що стосується поділу земель на категорії, територіального зонування, встановлення обмежень земельних прав, публічних сервітутів, то науковець визначає їх уже не як елементи правового режиму земель, а як способи визначення правового режиму земель [21, с. 126].

За визначенням С.А. Боголюбова, правовий режим земель визначається сукупністю правил їх використання і включення в цивільний обіг, охорони, контролю і моніторингу, встановлених земельним, містобудівельним, лісовим, природоохоронним та іншим законодавством, законодавством про надра, і поширюється на землі відповідної категорії [22, с. 34–35].

Визначаючи зміст даної категорії, вчений виділяє дві функції управління у галузі використання та охорони земель – контроль за використанням земель і моніторинг земель. Щоправда, окрім цих функцій, управління у галузі використання і охорони земель виконує й інші, а тому, з’ясовуючи поняття правовий режим земель, важливо виділяти інститут управління у галузі використання та охорони земель, а не його функції. Автор виділяє також новий елемент змісту правового режиму земель: правила включення земель у цивільний обіг.

А.П. Анісімов стверджує, що правовий режим земель – це особливий диференційований порядок регулювання життєдіяльності в межах категорії земель, який реалізується шляхом встановлення суб’єктам стимулів і обмежень в галузі раціонального використання і охорони земель, а також особливостей управління даною територією в порядку, встановленому містобудівельним, земельним, екологічним та іншим законодавством, а також нормативно-правовими актами органів місцевого самоврядування [23, с. 66].

А.Г. Василенко вважає, що правовий режим земель у сучасних умовах можна розуміти як визначений законом порядок встановлення прав власності, управління, використання і охорони для різних категорій землі [24, с. 26]. Окрім цього, визначаючи зміст правового режиму земель, вона приходять до висновку, що: в першу групу правових норм, які характеризують зміст правового режиму земель, входять норми, що встановлюють майнові права на землю; в другу – норми, які встановлюють порядок державного регулювання земельних відносин; в третю групу представляють норми, які визначають особливості господарського та іншого використання земель різних категорій; до четвертої групи відносяться норми, що характеризують правову охорону земель, міри відповідальності, передбачені за порушення земельного законодавства [24, с. 14–15]. Більше того, А.Г. Василенко

підкреслює, що вказані інститути включають в себе всі можливі, більш глибоше диференційовані елементи правового режиму земель [24, с. 27].

Висвітлення зазначеного питання частково знайшло місце і у творчому доробку академіка В.І. Андрейцева. Під правовим режимом земель він розуміє встановлений нормативно-правовий порядок, який визначає поведінку суб'єктів земельних правовідносин щодо земель, земельних ділянок як до об'єктів права власності, управління, користування, відтворення, збереження та охорони з метою їх раціонального (економного й ефективного) використання і задоволення різноманітних потреб заінтересованих осіб, захисту їхніх земельних прав [25, с. 158].

Проаналізувавши дане визначення, вважаємо, що оскільки термін “збереження земель” вживається як синонім терміна “охорона земель”, а відтворення родючості ґрунтів входить до змісту поняття охорони земель, не варто, як нам видається, у визначенні правового режиму земель поряд з терміном “охорона” вживати такі поняття, як “збереження” і “відтворення”.

Ще один момент, на який би хотілося звернути увагу, це те, що визначаючи поняття правовий режим земель, професор В.І. Андрейцев вживає дві категорії: “земля” і “земельна ділянка”. На нашу думку, правовий режим земель і правовий режим земельної ділянки – різні поняття, оскільки земля і земельна ділянка – це різні об'єкти земельних відносин. Зміст поняття “правовий режим земельної ділянки” відрізняється від змісту понять “правовий режим земель” і “правовий режим категорій земель”. Основними елементами змісту поняття “правовий режим земельної ділянки” є права і обов'язки його власника, володільця, користувача чи орендаря. Про правовий режим земель можна говорити в масштабах: всіх земель; окремих категорій земель; видів земель в межах тієї чи іншої категорії; окремо взятої земельної ділянки.

Н.І. Титова зазначає, що для поняття змісту правового режиму важливий не лише особливий порядок правового регулювання, а й його наслідки. Тому, якщо йдеться про земельний правовий режим, то це – наслідок правового регулювання суспільних земельних відносин на основі врахування природних і соціальних особливостей земель (як їхнього об'єкта), що забезпечує інтереси суб'єктів цих відносин та спеціальний порядок використання таких земель. Це – сукупність правових норм, які встановили основні засади та певний порядок землекористання різних видів [26, с. 65].

А.П. Шеремет зауважує, що правовий режим земель – це сукупність правових норм земельного й іншого законодавства, та його складовими є земельна правоздатність і дієздатність [27, с. 443].

На думку М. Гребенюка, правовий режим земель визначає порядок набуття земель у власність або оренду, користування земельними ділянками, укладення угод щодо відчуження земельних ділянок, права та обов'язки землевласників та землекористувачів тощо [28, с. 42].

Звернемо увагу на те, що при визначенні правового режиму земель М. Гребенюк залишає відкритим перелік елементів, які складають зміст даної категорії.

У навчальній літературі під правовим режимом розуміють також встановлений правовими нормами порядок та умови використання за цільовим призначенням земель усіх категорій і форм власності на землю, забезпечення та охорону прав власників землі і землекористувачів, здійснення державного управління земельними ресурсами, контролю за раціональним використанням

землі і додержання земельного законодавства, ведення земельного кадастру, проведення землеустрою, моніторингу землі, справляння плати за землю і застосування юридичної відповідальності за порушення земельного законодавства [29, с. 385; 30, с. 15].

Проаналізувавши наведені наукові визначення поняття та змісту правового режиму земель, необхідно зазначити, що загальними елементами правового режиму земель (ті, які виділяє переважна більшість вчених), є питання права власності на землю, питання права землекористування, питання управління використанням і охороною земель, питання правової охорони. Неважко помітити, що перераховані елементи відповідають системі основних інститутів загальної частини земельного права. Більше того, для одних категорій чи видів земель більше специфіки можна знайти в межах інституту управління землею, а для інших – в межах інституту її охорони. До числа інших елементів правового режиму земель (особливі, адже виділяються лише окремими науковцями) належать інститут правового регулювання плати за землю, інститут відповідальності за порушення земельного законодавства, питання правового регулювання оборотоздатності окремих категорій земель тощо. Ці елементи є похідними від загальних елементів правового режиму земель.

У визначенні правового режиму земель доцільно враховувати і те, що він є різновидом правового режиму. Це своєю чергою зумовлює формулювання поняття “правовий режим земель” через категорію “порядок”. Однак, застосовуючи дану категорію до правового режиму земель, необхідно уточнити, що це диференційований порядок. Адже землі України за основним цільовим призначенням поділяються на категорії, вичерпний перелік яких визначається ст. 19 Земельного кодексу України [31]. Категорії земель мають особливий правовий режим. Різне цільове призначення, відповідно до якого встановлюється правовий режим, мають і земельні ділянки, які входять до складу тієї чи іншої категорії земель.

Правовий режим земель встановлюється нормами земельного законодавства. Адже акти земельного законодавства вміщують правові приписи, спрямовані на врегулювання порядку використання та охорони земель.

Зважаючи на те, що в літературі по земельному праву немає чіткої відповіді на питання щодо поняття та змісту правового режиму земель, необхідно з метою формулювання єдиного підходу до розуміння правового режиму земель закріпити в Земельному кодексі України норму-дефініцію, яка б розкривала поняття цієї категорії як встановлений нормами земельного законодавства диференційований порядок, який визначає поведінку суб’єктів земельних правовідносин щодо земель як до об’єкта права власності, користування, управління і правової охорони.

Таке визначення правового режиму земель однаковою мірою можна застосувати до будь-якої категорії чи виду земель, з тією лише особливістю, що необхідно враховувати специфіку в правовому регулюванні визначеної категорії або виду земель.

1. Матузов Н.И. Правовые режимы: Вопросы теории и практики / Н. И. Матузов, А. В. Малько // Правоведение. – 1996. – № 1. – С. 16–29.
2. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
3. Евтихеев И.И. Земельное право / Евтихеев И. И. – М.: Госиздат, 1923. – 193 с.

4. Великий тлумачний словник української мови [уклад. і гол. ред. В. Т. Бусел]. – К.; Ірпінь: ВТФ “Перун”, 2007. – 10736 с.
5. Юридична енциклопедія: [в 6 т.] / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (гол. редкол.) та ін.]. – К.: “Укр. Енциклопедія” ім. М. П. Бажана, 1998. – Т. 5. – 1998. – 736 с.
6. *Спаський А.С.* Категорія “правовий режим”: підходи до інтерпретації / А. С. Спаський // *Право України*. – 2008. – № 4. – С. 27–30.
7. *Родионов О.С.* Механизм установления правовых режимов российским законодательством: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.01 / Родионов Олег Сергеевич. – Саратов, 2001. – 157 с.
8. *Исаков В.Б.* Правовые режимы и их совершенствование // XXVII съезд КПСС и развитие теории права: сборник. / В. Б. Исаков. – Свердловск, 1982. – С. 34–39.
9. *Алексеев С.С.* Теория права / Сергей Сергеевич Алексеев. – М.: Издательство БЕК, 1994. – 224 с.
10. *Шамсумова Э.Ф.* Правовые режимы: Теоритический аспект: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 “Теория и история права и государства; История правовых учений”. / Э. Ф. Шамсумова. – Екатеринбург, 2001. – 24 с.
11. *Шамсумова Э.Ф.* Категорія “правовой режим” в юриспруденции: монографія / Эмма Файсаловна Шамсумова. – Екатеринбург: Изд-во Уральского юридического института МВД России, 2003. – 164 с.
12. *Родионов О.С.* Механизм установления правовых режимов российским законодательством: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.01 / Родионов Олег Сергеевич. – Саратов, 2001. – 157 с.
13. *Родионов О.С.* Правовые режимы как важнейший элемент юридической политики / О. С. Родионов // *Правоведение*. – 1997. – № 4. – С. 157–158.
14. *Бляхман Б.Я.* Правовой режим в системе регулирования социальных отношений / Бляхман Б. Я. – Кемерово: Кузбассвузиздат, 1999. – 172 с.
15. *Спаський А.С.* Категорія “правовий режим”: ознаки та поняття / А. С. Спаський // *Право України*. – 2008. – № 7. – С. 13–16.
16. *Матузов Н.И.* Правовые режимы: Вопросы теории и практики / Н. И. Матузов, А. В. Малько // *Правоведение*. – 1996. – № 1. – С. 16–29.
17. *Аксененок Г.А.* Земельные правоотношения в СССР / Георгий Александрович Аксененок. – М.: Госюриздат, 1958. – 424 с.
18. *Лисина Н.Л.* Правовой режим земель поселений: учебно-практическое пособие / Наталья Леонидовна Лисина; [отв. ред. О. И. Крассов]. – М.: Дело, 2004. – 296 с.
19. *Крассов О.И.* Земельное право: учебник / О. И. Крассов. – М.: Юрист, 2000. – 623 с.
20. *Крассов О.И.* Понятие и содержание правового режима земель / О. И. Крассов // *Экологическое право*. – 2003. – № 1. – С. 20–24.
21. *Крассов О.И.* Земельное право: учебник / О. И. Крассов. – [3-е изд., перераб. и доп.]. – М.: Юристь, 2007. – 671 с.
22. *Боголюбов С.А.* Основные начала земельного законодательства // *Земля и право. Пособие для российских землевладельцев* / под ред. С. А. Боголюбова. – М.: Норма, 1997. – 320 с.
23. *Анисимов А.П.* О делении земельного фонда на категории / А.П. Анисимов // *Правоведение*. – 2006. – № 5. – С. 65–78.
24. *Василенко А.Г.* Правовой режим государственных земель в дореволюционной России – инструмент политики государства: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.01, 12.00.06 / Василенко Анна Геннадьевна. – Ставрополь, 2004. – 189 с.

25. *Андрейцев В.І.* Земельне право і законодавство суверенної України: Актуальні проблеми практичної теорії / Володимир Іванович Андрейцев. – [2-ге вид., випр.]. – К.: Знання, 2007. – 445 с.
26. Землі сільськогосподарського призначення: права громадян України: Науково-навчальний посібник / [Багай Н. О., Ващишин М. Я., Гаєцька-Колотило Я. З. та ін.]; за ред. докт. юрид. наук, проф. Н. І. Титова. – Львів: ПАІС, 2005. – 368 с.
27. *Шеремет А.П.* Земельне право України: Навч. посібник / Антон Петрович Шеремет. – К.: Центр навчальної літератури, 2005. – 632 с.
28. *Гребенюк М.* Особливості правового режиму земель сільськогосподарського призначення: проблеми, перспективи, зарубіжний досвід / М. Гребенюк // *Право України*. – 2007. – № 9. – С. 41–45.
29. *Семчик В.І.* Земельне право України: підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / Семчик В. І., Кулинич П. Ф., Шульга М. В. – К.: Вид. Дім “Ін Юре”, 2008. – 600 с.
30. Земельне право України: підручник / [Беженар Г. М., Бондар Л. О., Гавриш Н. С. та ін.]; за ред. О. О. Погрібного та І. І. Каракаша. – [2-е вид., перероб. і доп.]. – К.: Істина, 2009. – 600 с.
31. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року № 2768-III // *Відомості Верховної Ради України*. – 2002. – № 3–4. – Ст. 27.

### CONCEPT OF “LANDS LEGAL REGIME”: APPROACHES TO ITS INTERPRETATION

*N. Barabash*

*Ivan Franko National University of Lviv,  
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine  
e-mail: BarabashNP@ukr.net*

In the article an attempt to research the scientific approaches to the “legal regime” category is made. The “legal regime” scientific definitions are analyzed. The content of lands legal regime is revealed. The proposal to fix the norm-definition of the lands legal regime in the Land Code of Ukraine is made.

*Key words:* regime, legal regime, lands legal regime.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009  
Прийнята до друку 01.06.2009

## ПРО ПРАВО ДОВКІЛЛЯ ТА ЙОГО ПРЕДМЕТ

*П. Пилипенко*

*Львівський національний університет імені Івана Франка  
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна  
тел. (032) 239–47–97*

Розглянено проблеми становлення і розвитку в Україні права довкілля як самостійної галузі у системі вітчизняного права. У статті наводяться аргументи саме такої назви цієї галузі, а не традиційно-вживаної на пострадянському просторі – екологічне право. З огляду на необхідність інтеграції до сучасних правових систем з'ясовується предмет права довкілля, що є невід'ємною складовою міжнародних суспільних відносин у сфері охорони довкілля. При цьому відносини, які формують предмет цієї галузі (екологічні відносини), є комплексними відносинами.

*Ключові слова:* довкілля, право довкілля, екологічне право, предмет правового регулювання, правові відносини.

До *проблеми* назви системи правових норм, які регулюють суспільні відносини у сфері охорони довкілля зверталися не тільки вітчизняні [1], але й російські вчені [2].

Незважаючи на доволі вагомні аргументи, що ними послуговувались противники загальноприйнятої тепер назви цієї галузі (екологічне право) переконати юридичну громадськість їм так і не вдалося. Однак, сучасний стан суспільних відносин у сфері взаємодії суспільства і природи, розвиток законодавчої бази практики застосування відповідного законодавства та інтеграція України до Європейського співтовариства все більше потребують приведення у відповідність назви цієї галузі права до її зарубіжних аналогів.

Відомо, що ефективність правового забезпечення чималою мірою залежить від стану систематизації законодавства, від того, наскільки обґрунтовано і закономірно та чи інша галузь права посідає місце у системі права. Важливо також, щоб відповідні суспільні стосунки, які лежать в основі поділу цієї системи на окремі галузі, адекватно відображали потреби економічного й соціального розвитку держави і при цьому потребували свого врегулювання з допомогою правових норм. Тому вже сьогодні можна окреслити чимало підстав, що засвідчують необхідність виділення в системі галузей вітчизняного права такої важливої галузі, як *право довкілля*.

Широкому загалу юристів право довкілля добре відоме як екологічне право. Саме з такою назвою його навчають студентів, позначають галузь права і використовують в юридичній науковій та навчальній літературі. Щоправда, були часи коли право довкілля називали також “правом охорони природи”, “природоресурсовим правом”, “природоохоронним правом” або “природоресурсовим та природоохоронним правом” чи “правом навколишнього середовища”.

Такий досить широкий спектр найменування системи правових норм, що регулюють відповідну сферу суспільних відносин, є наслідком впливу на формування назви цієї галузі права як об'єктивних, так і суб'єктивних чинників. Перші були пов'язані з трансформацією відносин, що об'єктивно відбувалася в міру розвитку суспільства і потребувала втручання правових приписів для забезпечення балансу взаємодії природи і суспільства. На самому початку ці відносини зводилися до елементарного використання природних ресурсів, а з

часом переросли в охорону цих ресурсів у процесі їхнього використання. Змінювався предмет правового регулювання – змінювалася назва галузевих норм. Суб'єктивні ж чинники, що впливали на формулювання назви цієї правової спільності пов'язані із розвитком правничої науки у галузі охорони довкілля та виражали деяку спільну ідею провідних вчених-екологів звести до єдиного знаменника усі існуючі на той час правові норми і подати їх як єдину галузь права.

Свою найбільш вживану тепер назву “екологічне право” ці норми отримали, починаючи з 80-х років минулого століття. Тоді у Віснику Московського університету було організовано так званий “круглий стіл”, який присвятили виробленню концепції екологічного права, де чимало науковців підтримали саме за таку назву цієї галузі права і навчальної дисципліни [3, с. 33–56]. І хоча особливих аргументів на користь згаданої назви висловлено не було, завдяки вольовому рішенню природоресурсове та природоохоронне право були перейменовані в екологічне право.

Вважається, що назва тієї чи іншої галузі права повинна відображати специфіку певних суспільних відносин, що є предметом правового регулювання відповідних норм, а також враховувати історичний досвід формування зарубіжної та вітчизняної системи права. І саме з огляду на ці критерії назва “екологічне право” навряд чи може вважатися достатньо коректною. Адже, якщо проаналізувати етимологію слова “екологія”, то у перекладі з грец. (oikos – оселя, середовище й logos – поняття, вчення) воно означатиме не що інше, як “вчення про середовище” [4].

Тим самим, застосувавши цей термін до назви галузі права матимемо дослівно – *право науки про середовище*. Очевидно, що така назва навряд чи може вважатися вдалою і задовольняти вимоги правничої думки та юридичної практики. Адже об'єктом регулювання не може виступати система знань про взаємодію суспільства й природи, ним може бути саме довкілля.

Важливо зазначити, що проблема назви “екологічне право” неодноразово піднімалася у наукових юридичних колах і при цьому зазвичай робились спроби привести її у відповідність, в тому числі й з існуючою міжнародною практикою, яка склалася у країнах з розвиненою демократією для регулювання відносин у сфері охорони довкілля [1, с. 67–68]. Однак спроби ці врешті-решт завершувались невдало і як видається саме через те, що у перекладі на російську мову відповідний англійський чи німецький аналог видавався таким же нелогічним, як і назва “екологічне право”.

Річ у тім, що в англомовних країнах відповідна галузь права має назву Environmental law, а у Франції і Німеччині вона звучить, відповідно, як: droit de l'environnement та Umweltrecht. Дослівно на російську мову усі ці назви перекладаються як – “право окружающей среды”. І чимало науковців саме так і пропонують називати теперішнє екологічне право. Та якраз тут і вбачається ось та друга недоречність зазначеної назви.

Відомий російський вчений Н.Ф. Реймерс, зокрема, наголошує, що у словосполученні “окружающая среда” дуже виразно можна побачити тавтологію, яка є характерною для перекладу з англійської – “environment” чи німецької “umwelt”. Він вважає, що такий переклад є неправильним, оскільки в російській мові слово “окружающий” вимагає додаткового уточнення – *окружающий кого* [2, с. 21]. Тобто, до назви “право окружающей среды” на його думку логічно було б додати слово “окружающей человека среды”.

Вітчизняні науковці, які займаються проблемами екологічного права, зазвичай користуються російськомовними джерелами, а тому на українську мову “право окружающей среды” перекладають як “право навколишнього середовища”. А у такому формулюванні український варіант назви нічим особливим не відрізняється від свого російського аналога, і тому зберігає усі його тавтологічні властивості.

Якщо ж вдатися до спроб дослівного перекладу вже згадуваних англійського “environment”, французького “l’environnement” чи німецького “umwelt”, то усі вони українською мовою звучатимуть як *довкілля*. Отже, Environmental law або Umweltrecht могли би подаватися українською мовою як *право довкілля*. І до речі, саме цим терміном послугується законодавець, проголошуючи у ст. 50 Основного закону право кожного на безпечне для життя і здоров’я *довкілля* та гарантуючи при цьому право вільного доступу до інформації про стан останнього.

Великий глумачний словник сучасної української мови подає слово “довкілля” як навколишнє середовище, оточення, в якому існує жива істота, організм [5, с. 232]. Варто також наголосити, що довкілля є однією з найбільш фундаментальних категорій сучасної науки та практики. Саме довкілля, а не природа є інтегрованим об’єктом правового регулювання суспільних відносин на сучасному етапі як у вітчизняному, так і в міжнародному праві.

Як об’єкт законодавства поняття “довкілля” у країнах з розвинутою ринковою економікою набуло поширення у 60–70 роках минулого століття. Це якраз той період, коли стан природи досягнув свого кризового рівня. В Україні зазначена проблема отримала своє юридичне закріплення у законі “Про охорону навколишнього природного середовища” від 25 червня 1991 р. [6].

Це були часи все ще радянської системи права, а тому й назва законодавчого акта нічим не відрізняється від домінуючої на той час доктрини про навколишнє природне середовище, (а не – довкілля) як об’єкт правової охорони. Лише з ухваленням у 1996 р. Конституції України термін *довкілля* отримав своє легальне закріплення.

До речі, на проблему розмаїття назв відповідної галузі права звертає увагу відомий фахівець вітчизняної правничої науки Ю.С. Шемшученко. Цитуючи Р. Декарта, який писав, що можна уникнути половини помилок, якщо домовитись про поняття, він зокрема наголошує, що “... ми мусимо адаптувати свою еколого-правову термінологію до міжнародних стандартів. Ситуацію, коли одна й та сама галузь права називається по різному (екологічне право, право охорони навколишнього середовища, право охорони довкілля), не можна вважати нормальною” [7, с. 12].

Назва “право довкілля” видається на перший погляд дещо незвичною для вітчизняного правника. Традиційно слово “право”, що є основним у цьому формулюванні ставиться в українському вживанні на другу позицію. Та видається, що таку послідовність можна пояснити хіба що мовними традиціями. Адаже від того, що ми цивільне право назвемо “правом цивільним” – суть останнього, як системи норм, що регулює майнові відносини не зміниться. Більше того, формулювання аналогічного плану вже давно використовує вітчизняна система права. І тут прикладом може бути право соціального забезпечення [8].

Отже, *право довкілля*, як галузь вітчизняного права в такому своєму найменуванні, цілком адекватно відобразить сутність тих відносин, які виступають предметом правового регулювання у сфері охорони навколишнього середовища, раціонального використання ресурсів природи та забезпечення екологічної безпеки життєдіяльності людини.

Як система норм *право довкілля* є предметом вивчення його юридичного наукового і представляє собою систему об'єктивованих знань про поняття, становлення, закономірності розвитку та принципи галузі права. Здобутки і досягнення науки права довкілля можуть отримати своє безпосереднє втілення як у сфері правотворення, так і у сфері правозастосування. Їх успішно можна застосувати і в навчальному процесі для вивчення *права довкілля як навчальної дисципліни*. І хоч у навчальних планах та програмах вона все ще фігурує під назвою *екологічне право* існує тим не менше надія, що з часом об'єктивні чинники все ж візьмуть гору над суб'єктивними підходами, які мали вплив на формування назви цієї важливої галузі права. І в Україні студенти вивчатимуть не екологічне право, а право довкілля, як це існує у багатьох зарубіжних державах.

Дуже важливо визначитись із предметом цієї галузі права. Як і будь-яка інша галузь вітчизняного права, право довкілля має своїм предметом регулювання певне коло суспільних відносин. Однак при визначенні цих відносин у юридичній літературі існують доволі різні підходи, що не завжди сприймаються однозначно, а тому потребують додаткового з'ясування.

На початкових стадіях формування права довкілля як самостійної галузі у системі вітчизняного права вчені юристи зводили його предмет до *відносин у сфері взаємодії суспільства і природи*. При цьому, аби обґрунтувати суспільний характер таких відносин вдавалися навіть до певних юридичних конструкцій. Зокрема, намагалися довести, що природоохоронні відносини мають не юридичне, а природне походження і тому вони зумовлені не предметом, а об'єктом правового регулювання [9, с. 25].

Безперечно, що взаємодія суспільства і природи – це об'єктивне явище. Воно існує постійно та незворотно, але не завжди така взаємодія виражається у формі суспільних стосунків, які потребують правового впливу. Наприклад, одним з характерних напрямів взаємодії суспільства і довкілля можна вважати створення самою природою для людини та суспільства необхідного для існування біологічного режиму життя. Але навряд чи в цьому випадку є необхідність правового регулювання. Тому, визначаючи предмет права довкілля потрібно якомога чіткіше окреслити відповідні суспільні відносини у сфері взаємодії природи і суспільства, які потребують застосування правових норм. Адже від того, наскільки об'єктивно обґрунтовано буде визначено предмет галузі права, залежатиме не тільки ефективність правового забезпечення суспільних відносин у відповідній сфері, а й становище її у системі вітчизняного права.

Чимало науковців характеризуючи предмет права довкілля виділяють серед видів суспільних відносин, що беруть участь у його формуванні *відносини з приводу приналежності природних об'єктів відповідним суб'єктам* [10, с. 6] або *інакше – відносини власності на природні об'єкти й ресурси*.

Така концепція, незважаючи навіть на те, що об'єктом вказаних відносин дійсно є природні ресурси та природні об'єкти, навряд чи може бути прийнятою беззаперечно. Адже за своєю юридичною природою зазначені відносини більше тяжіють до майнових стосунків і очевидно потребують бути врегульованими з допомогою норм цивільного права.

За радянських часів, коли земля, її надра, води і ліси були у виключній власності держави та були повністю вилучені з цивільного обігу, регулювання відносин щодо них перебрали на себе так звані поресурсові галузі права: земельне, водне, лісове тощо. Тому на той час місце таких відносин у структурі предмета екологічного права ніхто не намагався оспорювати. На сьогодні ж відповідні

відносини власності на об'єкти й ресурси природи, як це й належить, регулюються нормами цивільного права, а тому переважна більшість науковців не вважають за потрібне зараховувати їх до предмета права довкілля<sup>1</sup>.

Якщо звернутися до вже згаданого закону України “Про охорону навколишнього природного середовища” то у ст. першій віднайдемо перелік суспільних відносин, що їх можна розглядати як предмет правового регулювання цієї галузі права. Зазначена норма, зокрема, передбачає, що завданням законодавства про охорону навколишнього природного середовища є *регулювання відносин у галузі охорони, використання і відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки, запобігання і ліквідації негативного впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище, збереження природних ресурсів, генетичного фонду живої природи, ландшафтів та інших природних комплексів, унікальних територій та природних об'єктів, пов'язаних з історико-культурною спадщиною* [11].

У такому досить громіздкому переліку суспільних відносин, що є предметом права довкілля, яскраво виділяються чотири групи відносин, які найбільш повно характеризуватимуть цю галузь у системі вітчизняного права.

Передусім йдеться про групу відносин, які спрямовані на *охорону довкілля*. Ці відносини є фактично основою галузевого предмета. Саме їх можна вважати визначальними для решти відносин, що регулюються нормами права довкілля.

Охорона навколишнього природного середовища є одним з головних обов'язків соціально-орієнтованої держави. В умовах науково-технічного прогресу та пов'язаних з ним глобального потепління клімату, розвитком урбанізації, збільшенням кількості природних катаклізмів на перший план виступатимуть суспільні інтереси, що виражають прагнення до збереження належного стану довкілля як середовища існування усього живого. Людство – вже не ставить своїм завданням взяти від природи якомога більше, а навпаки усю свою свідому діяльність спрямовує саме на охорону навколишнього природного середовища в інтересах нинішнього та майбутніх поколінь. І держава тут відіграє не останню роль, встановлюючи відповідні правила охорони довкілля, аж до застосування заходів юридичної відповідальності щодо осіб, які порушують законодавство про охорону навколишнього природного середовища.

Друга група відносин, які належать до предмета права довкілля, стосується *раціонального використання природних ресурсів*. Ці відносини у своєму первинному класичному вигляді характеризували взаємодію суспільства і природи, що виражаються в елементарному використанні природних ресурсів без будь-якої охорони останніх у процесі такого використання. Здавна людина звикла брати від природи усе їй необхідне для існування, не вдаючись особливо до проблеми зменшення природних багатств, знищення рослинного, тваринного світу тощо. І лише на відповідному етапі суспільного розвитку, коли стало зрозуміло, що таке споживацьке використання природних ресурсів може призвести до екологічної катастрофи відносини у цій сфері, стали об'єктом посиленої правової опіки. Законодавчими актами було обмежено використання більшості природних ресурсів, а решту взагалі заборонили до використання. Тим самим відносини у цій

---

<sup>1</sup> Цікаво, що характеризуючи систему сучасного права довкілля (екологічного права) переважна більшість авторів виділяють окремо інститут права власності на природні об'єкти та ресурси природи. А майже кожен підручник з екологічного права містить розділ, де з'ясовуються питання права власності на відповідні об'єкти.

сфері набули раціонального (розумного) характеру<sup>1</sup>. Вони були спрямовані на найефективніше використання наявних природних ресурсів: земельних, водних, лісових, надрових (гірничих), тваринного світу та атмосферного повітря.

В юридичній літературі цю групу відносин називають іноді *природоресурсовими відносинами*. Вони є визначальними також для деяких поресурсових галузей права: земельного, водного, лісового та гірничого. Однак предмети цих галузей вважаються все ж похідними від інтегрованого предмета права довкілля [7, с. 14–15].

Природоресурсові відносини зумовлені переважно економічними інтересами суспільного розвитку і, здавалося б, мали бути визначальними з поміж інших відносин у цій сфері. Фактично усі інші види відносин і передусім відносини охорони довкілля мають своїм завданням якомога більше скоротити їхній вплив та забезпечити раціональне використання природних ресурсів. Водночас, визначена за ними законом Про охорону навколишнього природного середовища друга позиція з-поміж інших відносин взаємодії суспільства й природи свідчить про досить вагоме їхнє значення для предмета права довкілля.

Третю групу у структурі предмета цієї галузі права формують відносини, пов'язані із забезпеченням проголошеного Конституцією України (ст. 50) права громадян на безпечне для життя і здоров'я довкілля. У юридичній літературі їх зазвичай називають *відносинами щодо забезпечення екологічної безпеки* [12, с. 21–31], бо саме так вони подані у законі Про охорону навколишнього природного середовища.

Незважаючи, на деяке тавтологічне нагромадження слів, що проглядається у назві цих відносин, суть останніх полягає у тому, що держава як соціальний гарант зобов'язується створити максимально сприятливі умови для запобігання будь-яким обставинам негативного характеру, що можуть загрожувати життю і здоров'ю людей та погіршувати стан довкілля. Ці відносини, якщо виходити з преамбули Закону Про охорону навколишнього природного середовища, де зазначається, що він визначає попри правових та економічних ще й *соціальні основи* організації охорони довкілля в інтересах нинішнього і майбутніх поколінь, відображають соціальне призначення норм, які регулюють відносини у сфері довкілля.

Серед науковців, які досліджують проблему відносин, що належать до предмета права довкілля, немає єдиної думки стосовно виокремлення у структурі предмета цієї галузі групи відносин щодо забезпечення екологічної безпеки. Відомий російський вчений-еколог М.М. Бринчук зокрема наголошує, що виділяти такі відносини немає потреби, оскільки в основі своїй вони охоплюються відносинами з охорони навколишнього середовища та відносинами раціонального використання природних ресурсів [2, с. 26].

Видається, однак, що така оцінка відносин щодо забезпечення екологічної безпеки є дещо спрощеною. Безперечно, що екологічна безпека вимагає здійснення заходів, які спрямовані на охорону довкілля. І це чітко видно навіть на підставі аналізу тих статей Закону “Про охорону навколишнього природного середовища”, які передбачають відповідні заходи щодо забезпечення екологічної безпеки. Однак, чимало інших норм, що встановлюють вимоги до розміщення, проектування, будівництва, реконструкції, введення в дію та експлуатації підприємств, споруд та інших об'єктів, або ж про додержання вимог екологічної безпеки при проведенні наукових досліджень, впровадженні відкриттів, винаходів, застосуванні нової

<sup>1</sup> Раціональний (від латинського: *rationalis* – розумний)

техніки, імпортного устаткування, технології і систем чи про інші вимоги які стосуються екологічної безпеки, дають підстави для висновку, що йдеться про самостійний вид суспільних відносин, які не вписуються у загальну структуру природоохоронних стосунків. Як правильно зазначає Ю.С. Шемчушенко, відносини екологічної безпеки спрямовані на забезпечення здорового для життя і здоров'я людей довкілля, тоді як діяльність щодо охорони навколишнього природного середовища має ширший спектр цілей [7].

І врешті, ще одна група відносин, які з огляду на завдання Законодавства про охорону навколишнього природного середовища становлять предмет права довкілля. Закон, зокрема, передбачає *відносини щодо збереження природних ресурсів, генетичного фонду живої природи, ландшафтів та інших природних комплексів, унікальних територій та природних об'єктів, пов'язаних з історико-культурною спадщиною*. Цю групу відносин у навчальній та науковій літературі називають відносинами у сфері формування, збереження та раціонального, невиснажливого використання екомережі [7, с. 16].

Таку назву вони отримали після ухвалення у 2000 р. Закону Про загальнодержавну програму формування національної екологічної мережі на 2000–2015 р. [13]. У 2004 році було ухвалено також спеціальний закон Про екологічну мережу України [14]. Потрібно однак наголосити, що вказані відносини об'єктивно існували й раніше, а з ухваленням названих нормативних актів їхня юридична природа суттєво не змінилася.

Екологічне мережа – це своєрідна територіальна система, яка утворюється з метою поліпшення умов для формування та відновлення довкілля, підвищення природно-ресурсного потенціалу території України, збереження ландшафтного та біорізноманіття, місць оселення та зростання цінних видів тваринного і рослинного світу, генетичного фонду, шляхів міграції тварин через поєднання територій та об'єктів природно-заповідного фонду, а також інших територій, які мають особливу цінність для охорони навколишнього природного середовища і відповідно до законів та міжнародних зобов'язань України підлягають особливій охороні. Значення цієї групи відносин для предмета права довкілля не можна не дооцінювати. Регулювання їх в Україні здійснюється цілою низкою спеціальних нормативних актів, ухвалених з урахування міжнародних зобов'язань нашої держави та участю її у дво- та багатосторонніх договорах і Конвенціях. Зокрема передбачається, що національна екомережа України повинна формуватися з огляду на поєднання її з відповідними екологічними мережами суміжних держав, які належать до Загально-Європейської екомережі з метою забезпечення розвитку міжнародного співробітництва у цій сфері.

Усі перелічені тут групи суспільних відносин у сукупності своїй формують один з видів відносин, що існують у сфері взаємодії суспільства й природи – *екологічні відносини*, які власне виступають предметом регулювання норм права довкілля. У цих відносинах знаходять своє відображення не лише індивідуальні інтереси членів суспільства, але й загальносоціальні інтереси. Завдяки цим стосункам відбувається взаємореалізація прав та інтересів їхніх учасників на основі дотримання єдиних правил, обов'язковість яких зумовлена спільною згодою самих учасників та відповідним державним сприянням.

Отже, предметом права довкілля є *екологічні відносини, які існують у сфері взаємодії суспільства й природи та спрямовані на охорону довкілля, раціональне використання природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки та формування й збереження екомережі*.

1. Шемшученко Ю.С. Правовые проблемы экологии. К., 1989.
2. Бринчук М.М. О понятийном аппарате экологического права. – Государство и право. 1998. № 9.
3. Див.: Вестник МГУ. Серия “Право”. – 1987. – № 5.
4. У словнику іншомовних слів екологія подається, як розділ біології, що вивчає закономірності взаємовідносин тварин, рослин, мікроорганізмів між собою і навколишнім середовищем. Див.: Словник іншомовних слів. За ред. О.С. Мельничука, – К., 1985, – 288 с.
5. Див. Великий тлумачний словник сучасної української мови. – К., “Ірпінь”; ВТФ “Перун”, 2004.
6. Відомості Верховної Ради України, 1991, № 41, ст. 546.
7. Див.: Екологічне право України. Акад. курс. Підручник / За заг. редакцією Ю.С. Шемшученка. – К.: ТОВ “Видавництво “Юридична думка”, 2005. – С. 12.
8. У польській мові назви галузей права як це зазвичай існує і в інших європейських країнах формулюються таким чином, що слово “право” ставиться спереду. Наприклад: prawo suwiltne, prawo prasy, prawo ochrony srodowiska, тощо. Зрештою, можна порівнювати й російське – право окружающей среды.
9. Див. Петров В.В. Экология и система советского права // Правовые проблемы экологии: Сб. обзоров. М., 1980.
10. Див. Екологічне право України: Підручник за ред. А.П. Гетьмана і М.В. Шульги. Харків, “Право”, 2005.
11. Відомості Верховної Ради України, 1991 р. № 41, ст. 546.
12. Див. Лопатин В.Н. Экологическая безопасность: проблемы конституционной законности // Государство и право. – 2004. – № 2.
13. Відомості Верховної Ради України, 2000 р. № 47, ст. 405.
14. Відомості Верховної Ради України, 2004 р. № 45, ст. 502.

## ON THE LAW OF ENVIRONMENT AND ITS SUBJECT

*P. Pylypenko*

*Ivan Franko National University of Lviv,  
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine  
tel. (032) 239-47-97*

The issues of formation and development of the law of environment in Ukraine as a self-sufficient branch of law in the system of national law are analyzed. The author puts the arguments for the exact name of this branch and against the traditionally used on the post-soviet area – ecological law. Considering the necessity of integration into the modern legal systems the subject-matter of law of environment as an inalienable part of international social relations in the sphere of environment protection is clarified. The relations forming the subject-matter of this branch of law (ecological relations) are complex relations.

*Key words:* environment, law of environment, ecological law, subject-matter of legal regulation, legal relations.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009  
Прийнята до друку 01.06.2009

# КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

## ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВЧОЇ КОНСТРУКЦІЇ СКЛАДУ “УМИСНОГО ВБИВСТВА МАТІР’Ю СВОЄЇ НОВОНАРОДЖЕНОЇ ДИТИНИ” (СТ. 117 КК УКРАЇНИ)

*Н. Антонюк*

*Львівський національний університет імені Івана Франка  
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна  
тел. (032) 274-00-80, e-mail: antoniuk@rambler.ru*

Автор досліджує проблемні питання, що стосуються складу злочину, передбаченого ст. 117 КК України, зокрема ознаки потерпілого, час вчинення злочину, необхідність виділення окремої обов’язкової ознаки суб’єктивної сторони складу злочину – особливого психоемоційного стану матері, зумовленого пологами.

*Ключові слова:* умисне вбивство, новонароджена дитина, психоемоційний стан матері.

Традиційно умисне вбивство новонародженої дитини сприймається суспільством як не просто злочинне діяння – вбивство, а як позбавлення життя беззахисної істоти, яка з’явилася на світ і потребує підтримки, допомоги. Однак, як особливо тяжкий злочин вбивство новонародженої дитини розуміється не у всіх випадках. Так, умисне вбивство матір’ю своєї новонародженої дитини відповідно до Кримінального кодексу України (далі – КК України) віднесено до складів вбивства із пом’якшуючими ознаками (привілейованих видів вбивства).

Читаючи коментарі до ст. 117 КК України, складається враження, що проблем із кваліфікацією означеного діяння не повинно виникати на практиці. Проте, увага науковців до аналізованого складу злочину, питання, які тривалий час дебатуються на сторінках кримінально-правової літератури, свідчать про інше – ряд важливих ознак складу “Умисного вбивства матір’ю своєї новонародженої дитини” залишаються невирішеними до сьогодні. Так, до питань, що потребують дослідження, на нашу думку, слід віднести:

- аналіз потерпілого у складі цього злочину;
- дослідження часу вчинення злочину і необхідність безпосередньої вказівки у диспозиції ст. 117 КК України на час вчинення злочину;
- необхідність виділення окремої обов’язкової ознаки суб’єктивної сторони складу злочину – особливого психоемоційного стану матері, зумовленого пологами;
- доцільність виділення кваліфікованого складу цього злочину;
- необхідність доповнення постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 7 лютого 2003 року “Про судову практику у справах про злочини проти життя і здоров’я особи” роз’ясненням певних ознак складу злочину, передбаченого ст. 117 КК України;
- кваліфікацію діянь співучасників у вчиненні “Умисного вбивства матір’ю своєї новонародженої дитини”.

Вирішення цих питань є необхідним, оскільки впливає на кримінально-правову оцінку діянь матері, яка вбиває свою новонароджену дитину і кваліфікацію діянь інших співучасників, якщо такі є.

Як свідчить історико-правовий аналіз кримінальної відповідальності за умисне вбивство новонароджених дітей, підхід на різних етапах розвитку людства до суворості покарання винних у такому вбивстві був різним, інколи кардинально протилежним. У малорозвинених народів дітовбивство взагалі не тягнуло кримінальної відповідальності, оскільки на перше місце ставилося питання матеріального забезпечення дорослих членів родини [1, с. 6–8]. У Римі вбивство батьком дитини не визнавалося злочином. Проте у Франції дітовбивця підлягав страті, а в Німеччині жінку, яка вбивала свою дитину закопували живцем або саджали на кіл. Специфічною була кара за дітовбивство у Єгипті. Там вважалося, що карати смертю того, хто дав життя дитині, не можна. Винних заставляли три дні і три ночі тримати в обіймах труп вбитої дитини.

Згодом, під впливом церкви, погляди на дітовбивство змінилися. Злочином не вважалося вбивство позашлюбної дитини [2, с. 445–448]. Так Кант, обґрунтовуючи правильність вказаного підходу, зазначав: “Позашлюбна дитина родиться поза законом, а тому не може бути під захистом закону”.

Якщо звернутися до радянського періоду, зазначимо що дітовбивство КК РСФСР розглядалося як кваліфіковане умисне вбивство. Водночас КК УРСР оцінював ці діяння як привілейоване вбивство. Серед науковців у галузі кримінального права немає узгодженої позиції щодо доцільності виділення привілейованого складу умисного вбивства матір'ю своєї новонародженої дитини і сьогодні.

Ми вважаємо, що вбивство своєї новонародженої дитини матір'ю, яка перебувала під час вчинення діяння в особливому психоемоційному стані, зумовленому пологами, слід відносити до видів вбивства з пом'якшувачими обставинами. Медициною встановлено, що жінку під час пологів і одразу ж після них не можна розглядати як повністю осудну особу. Необхідно враховувати цю ознаку, вирішуючи питання про притягнення її до кримінальної відповідальності за дітовбивство. Аналізуючи результати експертиз психологічного стану матері, яка обвинувачується у вбивстві своєї новонародженої дитини, слід зауважити, що експерти констатують, що жінка перебуває у стані обмеженої осудності, тобто вона не здатна повною мірою усвідомлювати свої діяння і (або) керувати ними. З огляду на це, підхід до кримінально-правової оцінки умисного вбивства своєї новонародженої дитини матір'ю, яка перебувала в особливому психоемоційному стані, зумовленому пологами, є правильним.

Дослідження спеціальних ознак складу злочину, передбаченого ст. 117 КК України, зазвичай починають із дослідження ознаки потерпілого у цьому складі злочину. У диспозиції відповідної статті потерпілим від злочину названо новонароджену дитину. Вчені юристи, з'ясовуючи зміст поняття “новонародженість”, часто помилково підмінюють його терміном “живонародженість”. Вони вказують, що відповідно до Інструкції з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості (затв. Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 29.03.2006 р. № 179), живонародження – це вигнання або вилучення з організму матері плода, який після вигнання/вилучення дихає або має будь-які інші ознаки життя, такі як серцебиття, пульсація пуповини, певні рухи скелетних м'язів. Очевидно, що змішувати і вважати синонімами поняття “новонароджений” і “живонароджений” не можна.

Термін “новонароджений” у медицині має різне значення. Так, у акушерстві – це період до 7-ми днів (так званий перинатальний період або ранній неонатальний період після народження, що триває 168 годин) [3], у педіатрії – до 28 днів (пізній неонатальний період – період, що починається після 7-ми повних днів життя (з 169-ї години) до закінчення 28 днів життя), а у судовій медицині – 24 години.

Проте погоджуємося із висновками тих авторів, які констатують, що терміни новонародженості ніяк не можуть впливати на визначення проміжку часу, який би був критерієм для визначення умов кваліфікації діянь за ст. 117 КК України [4, с. 10]. Адже підставою для виділення окремого складу умисного вбивства з пом’якшувачими ознаками є не ознака потерпілого, а ознака суб’єктивної сторони складу злочину – психоемоційний стан жінки, зумовлений пологами. Тривалість цього стану ніяк не може бути прив’язана до 1, 7 чи 28 днів, а залежить від психологічних характеристик матері – породіллі, складності пологів, інших обставин життя жінки.

Наступною ознакою, що потребує дослідження, є час вчинення злочину. У диспозиції ст. 117 КК України час вчинення злочину визначено так: “під час пологів або відразу після пологів”. Аналогічно як і з визначенням поняття “новонародженості” вчені-юристи намагаються визначити межі тривалості пологів і встановити, що таке “одразу після пологів”. У медицині пологи ділять на три етапи: перший етап – розкриття шийки матки, другий – народження дитини, третій – відокремлення і вихід плаценти. Вважаємо, що період “під час пологів” варто прирівняти до другого і третього етапів пологів, відповідно до їх медичного визначення. На нашу думку, моментом початку життя (тобто моментом, з якого можна позбавити життя) слід розуміти появу будь-якої частини тіла дитини із утроби матері. Протягом першого етапу – етапу розкриття шийки матки, тобто пологових перейм, плід ще перебуває в тілі матері. Заподіяння шкоди плоду, що знаходиться в тілі матері доцільно розглядати як аборт. Якщо ж хоча б якась частина тіла дитини з’явилася з утроби матері (а це має місце починаючи із другого етапу пологів), посягання на життя дитини слід розцінювати як вбивство. Схожу позицію висловлює О.В. Лукічев, який вказує, що якщо позбавлення життя маляти проходить поза утробою матері – це вбивство, внутріутробно – аборт” [5, с. 32]. Тому, ми не погоджуємося із пропозиціями тих вчених, що пропонують вважати періодом “під час пологів” пологи у медичному розумінні першого етапу пологів [6, с. 4].

Перенесення моменту початку кримінально-правової охорони життя на більш пізній період – наприклад, з моменту першого вдиху, теж вважаємо необґрунтованим. Прихильники цього підходу запитують: “Чи можна вважати умисним вбивством новонародженого випадки, коли із утроби матері з’явилася, наприклад, голівка дитини, по ній були заподіяні матір’ю удари, спрямовані на позбавлення життя, однак експертиза встановила, що дитина народжувалася мертвою?” Видається, що проблема із кваліфікацією дій, спрямованих на позбавлення життя мертвнонародженої дитини, повинна вирішуватися за правилами кваліфікації фактичної помилки. Тобто, якщо мати вважала, що дитина народжується живою і вчиняла дії, спрямовані на позбавлення її життя, кваліфікацію слід здійснювати з посиланням на ст. 15 КК України, тобто як замах на умисне вбивство матір’ю своєї новонародженої дитини.

Більшість вчених, які досліджують ознаки складу злочину, передбаченого ст. 117 КК України, використовують термін “психоемоційний стан жінки”. Як правило, досліджуються підстави для виникнення такого стану, вплив його на

здатність жінки усвідомлювати свої дії і (або) керувати ними. Ми, у вказаній роботі, теж зазначали, що підставою для виділення окремого привілейованого складу злочину, на нашу думку, слугував саме особливий психоемоційний стан матері, зумовлений пологами. Проте, зазначимо, що законодавець у диспозиції ст. 117 КК України таку ознаку суб’єктивної сторони складу злочину, як “особливий психоемоційний стан матері”, не називає. Якщо дослівно тлумачити ст. 117 КК України, слід вказати, що будь-які діяння матері під час пологів або одразу після них (а тривалість цих періодів точно не визначена), повинні кваліфікуватися як привілейоване вбивство. Та й у засобах масової інформації неодноразово повідомляють про те, що жінка скривала вагітність, не ставала на облік у жіночій консультації, поїхала народжувати дитину за межі свого населеного пункту тощо, а після народження дитини викинула її. Невже такі дії теж слід розглядати як привілейоване вбивство?

О.Л. Старко стверджує, що дітовбивство може бути вчиненим із задалегідь обдуманим умислом, і робить висновок, що цей фактор жодним чином не впливає на кваліфікацію, оскільки злочин вчинюється в зумовленому пологами стані [4, с. 11]. Вважаємо, що сьогоднішній виклад диспозиції ст. 117 КК України дійсно дає підстави для висновків про те, що дії матері, які вбила свою новонароджену дитину, може кваліфікуватися як привілейоване вбивство. Але такий підхід суперечить підставам виділення окремого складу вбивства. Адже пом’якшуючою ознакою цього виду вбивства є не потерпілий, суб’єкт чи час вчинення злочину, а саме психоемоційний стан жінки, зумовлений пологами. Законодавцю необхідно терміново викласти аналізовану статтю у новій редакції:

“Умисне вбивство своєї новонародженої дитини матір’ю, яка перебувала особливому психоемоційному стані, зумовленому пологами...”

Жодних вказівок на час вчинення злочину у диспозиції статті робити не потрібно. Адже конструкція “особливий психоемоційний стан, зумовлений пологами” сама собою означає, що цей стан може з’явитися і тривати під час пологів або одразу після них. Факт наявності такого стану у винної жінки-матері повинен встановлюватися за допомогою психолого-психіатричної експертизи.

У кримінально-правовій літературі висловлені пропозиції про доцільність виділення кваліфікованого складу умисного вбивства матір’ю своєї новонародженої дитини [4, с. 10, 17]. Зокрема, О.Л. Старко пропонує у ч. 2 ст. 117 КК України передбачити кримінальну відповідальність за умисне вбивство матір’ю своєї новонародженої дитини, вчинене повторно. Л.А. Остапенко вважає, що кваліфікуючими ознаками умисного вбивства матір’ю своєї новонародженої дитини варто визначити вбивство двох чи більше дітей, вчинення злочину повторно [6, с. 9]. Вважаємо, що з такою пропозицією вказаних авторів можна погодитися частково.

Виділення кваліфікуючої ознаки “вбивство двох чи більше дітей” є доцільним. Адже за умови, що мати вбиває новонароджену двійню чи трійню, станом на сьогодні, діяння треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, тобто посилатися на ст. 117 КК України стільки разів, скільки буде потерпілих. Але фактично умислом винної особи в наведеному випадку охоплюється заподіяння смерті кільком новонародженим. Якщо діяння кваліфікувати за правилами про сукупність злочинів, реально вчинене розглядається як множинність злочинів, тобто оцінюється як два окремих злочини. Навряд чи можна погодитися із позицією, що умисне вбивство матір’ю кількох новонароджених дітей, за умови, що мати знаходилася в особливому психоемоційному стані, зумовленому пологами

становить собою два окремих злочини. Тому ми вважаємо, що доцільним є виділення ч. 2 ст. 117 КК України, із передбаченням у ній такої кваліфікуючої ознаки, як “вбивство двох чи більше новонароджених дітей”.

Із виділенням кваліфікуючої ознаки “вчинення злочину повторно” не погоджуємося, виходячи із наступних міркувань. У цьому випадку мати вбиває новонароджену дитину внаслідок того, що перебуває в особливому психоемоційному стані, зумовленому одними пологами, а потім, згодом, ще раз вчиняє таке саме діяння, внаслідок психоемоційного стану, зумовленого іншими пологами. Має місце вчинення двох окремих злочинів, тобто вчинене повинно розглядатися як повторність – різновид множинності злочинів. Нагадаємо, що за ст. 117 КК України кваліфікуються діяння матері, яка перебувала у специфічному стані, який медики прирівнюють до стану обмеженої осудності. Навряд чи доцільним є проведення диференціації кримінальної відповідальності такої матері за ознакою повторності і, як наслідок, підвищення міри покарання, за вчинення аналізованих діянь. Мати не усвідомлює в повній мірі значення своїх дій і (або) не може повною мірою керувати ними. Чи можна посилювати кримінальну відповідальність за таких умов? Вважаємо, що не можна. Така ознака, як повторність повинна диференціювати кримінальну відповідальність за умисні злочини, здійснені особами, які на момент вчинення злочину були осудними. На нашу думку, повторність не можна передбачати як кваліфікуючу ознаку жодного із привілейованих видів умисних вбивств: і умисного вбивства в стані сильного душевного хвилювання (ст. 116 КК України), і умисного вбивства матір'ю своєї новонародженої дитини (ст. 117 КК України), і умисного вбивства при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця (ст. 118 КК України).

З огляду на викладене, КК України доцільно доповнити ч. 2 ст. 117 КК України такого змісту:

*Ті самі діяння, вчинені щодо двох чи більше новонароджених дітей...*

Зупинимося на питанні про необхідність доповнення положень Постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 7 лютого 2003 р. “Про судову практику у справах про злочини проти життя і здоров'я особи” (далі – Постанова). У п. 21 Постанови вказано, що “Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини слід кваліфікувати за ст. 117 КК, якщо воно вчинене під час пологів або одразу ж після них. Вчинення цих дій через деякий час після пологів за відсутності кваліфікуючих ознак, передбачених ч. 2 ст. 115 КК, тягне відповідальність за ч. 1 зазначеної статті.”

По-перше, зазначимо, що фактично Верховний Суд України не дав жодного роз'яснення з приводу застосування ст. 117 КК України. Адже, в Постанові Пленуму Верховного Суду України просто продубльовано диспозицію відповідної статті. О.Л. Старко у своєму дослідженні обґрунтовує доцільність доповнення цієї Постанови роз'ясненням періоду новонародженості [4, с. 16]. Л.А. Остапенко пропонує визначити поняття “під час пологів” або “відразу після пологів”. Однак, вказані пропозиції не усунуть питань, що виникають під час кваліфікації діянь за ст. 117 КК України. Адже, у Постанові Пленуму Верховного Суду України повинні бути чіткі вказівки, які б дозволяли зробити однозначний висновок про те, що діяння слід кваліфікувати за тією чи іншою статтею КК України. Ні визначення поняття “новонароджена дитина”, ні визначення часу вчинення злочину не є основними аргументами на користь кваліфікації діянь як умисного вбивства матір'ю своєї новонародженої дитини. Лише вказівка на особливий

психоемоційний стан матері, зумовлений пологами, повинна бути основною підставою для застосування привілейованого складу умисного вбивства – ст. 117 КК України. Очевидно, що роз’яснення поняття “особливий психоемоційний стан матері, зумовлений пологами” слід робити після того, як буде внесено зміни у диспозицію ст. 117 КК України.

По-друге, у Постанові вказано, що “умисне вбивство матер’ю своєї новонародженої дитини вчиненне через деякий час після пологів за відсутності кваліфікуючих ознак, передбачених ч. 2 ст. 115 КК, тягне відповідальність за ч. 1 зазначеної статті”. Видається, що таке роз’яснення є алогічним. Як вказані дії можна кваліфікувати за ч. 1 ст. 115 КК України? Адже, однією із кваліфікуючих ознак умисного вбивства є вбивство малолітнього (п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України). Очевидно, що кожна новонароджена дитина є малолітньою. Тому, вказівка у Постанові мала б бути такого змісту:

*“Вчинення цих дій через деякий час після пологів за відсутності інших кваліфікуючих ознак тягне відповідальність за п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України.”*

Питання про кваліфікацію діянь співучасників у досліджуваному складі злочину відноситься до найбільш дискусійних. Більшість авторів обмежуються вказівкою на те, що діяння матері, яка є виконавцем умисного вбивства новонародженої дитини, кваліфікуються за ст. 117 КК України, а діяння інших співучасників – за п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України.

Однак, у кримінально-правовій літературі висловлені міркування, за якими дії підбурювача і пособника до злочину, передбаченого ст. 117 КК України, слід кваліфікувати як підбурювання чи пособництво до привілейованого виду вбивства, а саме – до ст. 117 КК України, з посиланням на відповідні частини ст. 27 Загальної частини КК України [7, с. 261]. Деякі науковці звертають увагу на акцесорну теорію співучасті, і зазначають, що відповідно до положень Загальної частини КК України, організатор, підбурювач та пособник підлягають кримінальній відповідальності за тією статтею (частиною статті) Особливої частини КК, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем [8, с. 14; 9, с. 316; 10, с. 278]. О.М. Попов вказує, що співучасті у злочині, передбаченому ст. 106 КК РФ (в КК України – ст. 117) взагалі бути не може, оскільки пом’якшення закону стосується лише матері [11, с. 71].

Ст. 117 КК України є спеціальною щодо ч. 1 ст. 115 КК України за рядом ознак, в тому числі за ознакою суб’єкта злочину. Тобто, у кодексі диференційована кримінальна відповідальність за умисне вбивство, виходячи із ознак суб’єкта злочину. В даному випадку, відповідальність пом’якшена. Вважаємо, що особи, які не наділені ознаками спеціального суб’єкта, повинні нести кримінальну відповідальність за загальною нормою (у даному випадку – ст. 115 КК України). В.О. Навроцький з приводу кваліфікації діянь співучасників у злочинах зі спеціальним суб’єктом зазначає, що якщо відповідальність диференційована з урахуванням ознак суб’єкта, то дії виконавця кваліфікуються з урахуванням наявних у нього ознак, що пом’якшують відповідальність, а дії організатора, підбурювача та пособника за певною частиною ст. 27 та статтею Особливої частини, яка передбачає злочин загального суб’єкта [12, с. 313]. Такий підхід є правильним, оскільки за ст. 117 КК України можуть кваліфікуватися лише діяння матері, що вбиває свою новонароджену дитину, за умови що вона знаходиться в особливому психоемоційному стані, зумовленому пологами. Інші ж особи (організатор, підбурювач, пособник) не знаходяться і не можуть знаходитися у особливому психоемоційному стані, зумовленому пологами, томі їх діяння слід розглядати як організацію, підбурювання або пособництво умисному вбивству.

Щодо кваліфікації дій співвиконавця умисного вбивства новонародженої дитини маємо наступну картину. Кваліфікувати дії співвиконавця за ст. 117 КК України не допустимо із тих же міркувань, через які не можна кваліфікувати за ст. 117 КК України і дії інших співучасників злочину. Адже, якщо особа не може бути виконавцем конкретного злочину, вона не може визнаватися і співвиконавцем цього посягання. У кримінально-правовій літературі є кілька різних позицій щодо кваліфікації діянь такого “співвиконавця”: 1) пропонують кваліфікувати як діяння пособника до злочину, передбаченого ст. 117 КК України, 2) як діяння пособника до злочину, передбаченого п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України.

Вважаємо, що діяння співвиконавця умисного вбивства новонародженої дитини слід кваліфікувати за п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України як виконання умисного вбивства малолітнього. По-перше, співвиконавець виконує частину об’єктивної сторони, тобто вчиняє дії, спрямовані на позбавлення життя новонародженої дитини. По-друге, вважаємо, що якщо у злочині із спеціальним суб’єктом фактично дії, що становлять об’єктивну сторону злочину вчиняє загальний і спеціальний суб’єкт, то:

1) якщо у КК України не передбачено загальної норми, за якою б наставала відповідальність спеціального суб’єкта, його дії слід кваліфікувати як пособництво у вчиненні злочину;

2) якщо у КК України є загальна норма, за якою б наставала відповідальність загального суб’єкта – дії кваліфікуємо як виконання злочину, передбаченого загальною нормою.

У розгляненому випадку законодавець виділив спеціальну норму – ст. 117 КК України за ознакою суб’єкта вчинення злочину, тож співвиконавець, який не є спеціальним суб’єктом, повинен притягуватися до кримінальної відповідальності за загальною нормою – ст. 115 КК України.

Ми фактично розглянули два випадки кваліфікації діянь при умисному вбивстві матір’ю своєї новонародженої дитини. В обох цих випадках мати виконує об’єктивну сторону складу злочину. У першому випадку мати позбавляє життя свою новонароджену дитину і при цьому є єдиним виконавцем злочину (дії матері кваліфікуємо за ст. 117 КК України, дії організатора, підбурювача, пособника – за відповідною частиною ст. 27 та п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України). У другому – мати позбавляє життя свою новонароджену дитину не самостійно, разом з нею дії, що становлять об’єктивну сторону злочину виконує ще одна особа – співвиконавець (дії матері кваліфікуємо за ст. 117 КК України, дії співвиконавця – п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України, дії організатора, підбурювача, пособника – за відповідною частиною ст. 27 та п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України).

Однак можливий ще третій варіант, який необхідно розглянути. Новонароджену дитину вбиває загальний суб’єкт, а мати виступає організатором, підбурювачем або пособником у вчиненні злочинного посягання. Очевидно, що дії виконавця слід кваліфікувати як дії виконавця умисного вбивства малолітнього (п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України), адже він не перебуває в зумовленому пологоми особливому психоемоційному стані. Якщо мати не перебуває в обумовленому пологоми особливому психоемоційному стані, без сумніву її дії слід кваліфікувати як дії організатора, підбурювача або пособника в умисному вбивстві малолітнього (ч. 3 (або 4, або 5) ст. 27 – п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України). Проте, не можна виключати випадків, коли мати перебуває в особливому психоемоційному стані, зумовленому пологоми і просить батька дитини, лікаря чи іншу особу позбавити життя новонародженого. За акцесорною теорією

співучасті, дії матері-підбурювача (організатора чи пособника) слід кваліфікувати у всіх випадках (коли вона перебувала в зумовленому пологами особливому психоемоційному стані і коли не перебувала у такому стані) як підбурювання (пособництво, організацію) умисного вбивства малолітнього. Фактично у такому випадку мати підбурювач (організатор, пособник) притягується до кримінальної відповідальності за тяжчою нормою, ніж мати-виконавець злочину. Суд, визначаючи міру покарання матері-підбурювача (організатору, пособнику), повинен обов'язково з'ясувати чи перебувала мати в особливому психоемоційному стані, зумовленому пологами чи ні. Очевино, що наявність психоемоційного стану повинна бути врахована судом під час призначення покарання за вчинений злочин шляхом застосування ст. 69 КК України.

Підсумовуючи викладене, доводиться констатувати, що, на жаль невдала конструкція ст.117 КК України охоплює собою не лише випадки умисного вбивства матір'ю новонародженої дитини (якщо мати перебуває в особливому психоемоційному стані, зумовленому пологами), а й випадки заздалегідь спланованого вбивства, які, навпаки, повинні тягнути суворішу кримінальну відповідальність і кваліфікуватися за п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України. З метою недопущення безпідставного пом'якшення кримінальної відповідальності матерів, які позбавляють життя своїх новонароджених дітей, не перебуваючи в особливому психоемоційному стані, зумовленому пологами, вважаємо необхідним передбачити такий емоційний стан матері як обов'язкову ознаку суб'єктивної сторони вказаного злочину шляхом безпосередньої вказівки на цей стан у диспозиції ст. 117 КК України. Така вказівка у диспозиції аналізованої статті буде чітко показувати, яка ознака слугувала підставою виділення привілейованого виду вбивства. Як наслідок, буде унеможливлено безпідставне пом'якшення кримінальної відповідальності матерям-вбивцям, які заздалегідь планували позбавитися своїх новонароджених дітей.

1. *Гернет М.Н.* Детоубийство: Социологическое и сравнительно-юридическое исследование – М.: Тип. Имп. Моск. ун-та, 1911. – 322 с.
2. *Шаргородський М.Д.* Избранные труды. – СПб: Издательство “Юридический центр “Пресс”, 2004. – 657 с.
3. Інструкція з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості (затв. Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 29.03.2006 р. № 179).
4. *Старко О.Л.* Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Київському національному університеті внутрішніх справ МВС України. – К., 2007. – 22 с.
5. *Лукичев О.В.* Детоубийство: уголовно-правовая и криминологическая характеристика. – СПб., 2000.
6. *Остапенко Л.А.* Кримінально-правова характеристика умисних вбивств при пом'якшуючих обставинах (статті 116, 117, 118 КК України): Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2003. – 14 с.
7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 3-тє вид., переробл. та доповн. / За ред. М.І. Мельника, М.І Хавронюка. –К.: Атіка, 2003.– 1056 с.

8. *Волженкин Б.В.* Некоторые проблемы соучастия в преступлениях, совершенных специальными субъектами // Уголовное право, 2000. № 3 – С. 14;
9. *Петрова С.Е.* Некоторые вопросы квалификации убийства матерью новорожденного ребенка (ст. 106 УК РФ) в аспекте системности уголовного права // Системность в уголовном праве. Материалы II Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 313–317;
10. *Молчанов Д.М.* Соучастие в преступлении со смягчающими обстоятельствами: вопросы квалификации // Постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 7 лютого 2003 року “Про судову практику у справах про злочини проти життя і здоров’я особи” – С. 277–279.
11. *Попов А.Н.* Преступления против личности при смягчающих обстоятельствах. – СПб, 2001. – С. 71.
12. *Навроцький В.О.* Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.

**EVOLVEMENT OF LEGISLATIVE CONSTRUCTION  
OF THE BODY OF “FILICIDE” (ART. 117 OF THE CRIMINAL  
CODE OF UKRAINE)**

*N. Antonjuk*

*Ivan Franko National University of Lviv,  
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine  
тел. (032) 274-00-80, e-mail: antoniuk@rambler.ru*

The author examines issues concerning body of the crime provided for by Article 117 of the Criminal Code of Ukraine, in particular signs of a victim, time of crime commission, necessity of singling out a separate obligatory sign of mental element of body of the crime, namely specific psychoemotional state of mother, stipulated by childbirth.

*Key words:* wilful murder, newly-born child, psychoemotional state of mother.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## ПОНЯТТЯ, ПІДСТАВИ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ПРИМУСОВОГО ЛІКУВАННЯ

*В. Бурдін*

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

У статті розглянуто поняття, підстави та правову природу примусового лікування, яке застосовується згідно ст. 96 КК України. Запропоновано зміни, які спрямовані на вдосконалення законодавства, що стосується застосування примусового лікування.

*Ключові слова:* злочин, примусове лікування, суб'єкт злочину.

В чинному КК України вже традиційно для вітчизняного кримінального законодавства передбачені положення, які стосуються можливості призначення примусового лікування тим особам, які є суб'єктами злочину. Разом з тим, не можна не відмітити того, що на відміну від попереднього кримінального законодавства, в ст. 96 КК України, яка стосується примусового лікування, законодавець суттєво змінив підстави застосування вказаних заходів. Так, якщо в ч. 2 ст. 14 КК УРСР 1960 року вказувалося, що суд незалежно від призначеного кримінального покарання, міг направити на примусове лікування особу, засуджену за злочин, вчинений на ґрунті алкоголізму чи наркоманії, то в ч. 1 ст. 96 КК України 2001 року йдеться про можливість примусового лікування тих осіб, які вчинили злочини та мають хворобу, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб.

Таким чином, якщо раніше законодавець чітко вказував на види захворювань, які дають підстави застосувати до особи заходи примусового лікування – алкоголізм та наркоманія, то у чинному КК України ці підстави об'єднуються у межах законодавчо невизначеного поняття “хвороба, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб”. На сьогоднішній аналіз чинного законодавства не дає можливості чітко зробити висновок про те, які саме захворювання можна вважати такими, що є небезпечними для здоров'я інших осіб. В ст. 53 Основ законодавства України про охорону здоров'я передбачено можливість застосування спеціальних заходів профілактики і лікування карантинних та соціально небезпечних захворювань. При цьому до соціально небезпечних захворювань віднесено: туберкульоз, психічні, венеричні захворювання, СНІД, лепру, хронічний алкоголізм, наркоманію. Таким чином, до соціально небезпечних захворювань віднесено не тільки інфекційні захворювання, які можуть передаватися від одної людини іншій, але й ті захворювання, які не передаються від однієї людини іншій, але призводять до різних форм девіантної поведінки у суспільстві. Очевидно, що поняття “соціально небезпечне захворювання” та “хвороба що становить небезпеку для здоров'я інших осіб” хоч і перехреснюються, проте не є повністю тотожними за своїм змістом. Адже якщо хронічний алкоголізм та наркоманія відносяться до соціально небезпечних захворювань, то вони аж ніяк не можуть вважатися інфекційними, тобто такими, що становлять небезпеку для здоров'я інших осіб. На цьому наголошував і Пленум Верховного Суду України в п. 24 постанови від 3 червня 2005 року № 7 “Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування”, вказуючи, що примусовому лікуванню на підставі ст. 96 КК України підлягають не залежно від виду призначеного покарання лише ті особи, які вчинили злочини та страждають на хвороби, що

становлять небезпеку для здоров'я інших осіб (алкоголізм та наркоманія до цих хвороб не належать, оскільки вони є соціально небезпечними захворюваннями).

Аналіз чинного законодавства, на нашу думку, дозволяє зробити висновок про те, що до захворювань, які становлять небезпеку для здоров'я інших осіб, можна віднести лише інфекційні захворювання. Так, відповідно до ст. 1 закону України "Про захист населення від інфекційних хвороб" до інфекційних захворювань віднесено розлади здоров'я людей, що викликаються живими збудниками (вірусами, бактеріями, рикетсіями, найпростішими, грибками, гельмінтами, кліщами, іншими патогенними паразитами), продуктами їх життєдіяльності (токсинами), патогенними білками (пріонами), передаються від заражених осіб здоровим і схильні до масового поширення. Саме стосовно окремих видів інфекційних захворювань передбачено можливість застосування примусового лікування у випадку ухилення особи від добровільного лікування таких захворювань. Звісно, що не всі інфекційні захворювання є настільки небезпечними для здоров'я інших осіб, щоб передбачати можливість застосування до осіб, які хворіють на ці захворювання, заходів примусового лікування. Тому в ст. 28 закону України "Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення" передбачено можливість застосування примусового лікування, за загальним правилом, тільки по відношенню до осіб, які хворіють на особливо небезпечні інфекційні захворювання. Відповідно до ст. 1 закону України "Про захист населення від інфекційних хвороб" до таких захворювань віднесено інфекційні хвороби (у тому числі карантинні: чума, холера, жовта гарячка), що характеризуються важкими та (або) стійкими розладами здоров'я у значній кількості хворих, високим рівнем смертності, швидким поширенням цих хвороб серед населення. При цьому конкретні види таких захворювань передбачено у "Переліку особливо небезпечних, небезпечних інфекційних та паразитарних хвороб людини і носійства збудників цих хвороб", затвердженого наказом МОЗ України від 19 липня 1995 року № 133. Щоправда, в ч. 1 ст. 26 закону України "Про захист населення від інфекційних хвороб" вказується, що обов'язковому лікуванню підлягають також особи, хворі на інфекційні хвороби, що передаються статевим шляхом, незалежно від того чи відносяться вони до категорії небезпечних чи особливо небезпечних.

Останніми роками в Україні загрозливою є ситуація з поширенням такого інфекційного захворювання як туберкульоз. І не зважаючи на те, що питання про застосування примусового лікування від цього інфекційного захворювання могло бути вирішено у межах положень законів України "Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення" та "Про захист населення від інфекційних хвороб", було прийнято спеціальні нормативно-правові акти, які безпосередньо стосуються саме цього захворювання. Так, відповідно до ч. 2 ст. 12 закону України "Про боротьбу із захворюванням на туберкульоз" передбачено, що хворі на заразні форми туберкульозу, які ухиляються від лікування і становлять загрозу для населення, за рішенням суду підлягають обов'язковій госпіталізації до протитуберкульозних закладів. Для реалізації положень названого закону в ЦПК України передбачено окремий розділ 11, положення якого повністю стосуються розгляду судом справ про обов'язкову госпіталізацію особи до протитуберкульозного закладу.

Таким чином, на наш погляд, така детальна регламентація застосування примусової медичної допомоги в нормативно-правових актах, які належать до сфери адміністративного законодавства, є вагомим аргументом, який не тільки

ставити під сумнів доцільність існування ст. 96 КК України, але й заперечує кримінально-правову природу передбачених у ній положень. Так, наприклад, очевидно, що правова природа примусового лікування від заразної форми туберкульозу не змінюється залежно від того у якому правовому статусі перебуває особа, до якої вона застосовується, і у яких медичних закладах її надають. Іншими словами той факт, що законодавець передбачає у ст. 96 КК України можливість застосування до засудженого примусового лікування, не дозволяє стверджувати, що інститут примусового лікування набуває кримінально-правової природи. В літературі вже висловлювалися думки про адміністративно-правову природу примусового лікування [1, с. 31].

Вважаємо, що положення, передбачені у ст. 96 КК України, тільки ускладнюють правозастосування в частині примусового надання медичної допомоги. Ми вже вказували на неоднозначний термін, який використовується законодавцем – “хвороба, що становить небезпеку для здоров’я інших осіб”. Буквальне його тлумачення дозволяє застосувати примусове лікування засуджених від будь-яких навіть незначних інфекційних захворювань. Натомість в адміністративному законодавстві цілком правильно передбачено можливість обов’язкового лікування, за загальним правилом, лише від особливо небезпечних інфекційних захворювань. Крім того, з буквального тлумачення ч. 1 ст. 96 КК України випливає висновок про те, що примусове лікування може бути застосовано до особи не залежно від того чи ухиляється вона від добровільного лікування. Проведений аналіз нормативно-правових актів адміністративного законодавства свідчить про те, що про примусове лікування може ставитися питання тільки у тих випадках, коли хворий ухиляється від добровільного лікування. Так само вирішується це питання і в ч. 2 ст. 117 КВК України, в якій йдеться про можливість застосування примусового лікування лише до тих засуджених, які під час відбування покарання захворіли на хворобу, що становить небезпеку для здоров’я інших осіб, та відмовляються від її лікування. Такий підхід є цілком логічним, оскільки безглуздо примушувати робити особу те, що вона погоджується робити добровільно. Незрозуміло також чому в ч. 1 ст. 96 КК України йдеться про можливість застосування примусового лікування тільки до тих осіб, які засуджені до певного виду покарання. Адже покарання не єдина форма кримінальної відповідальності. У зв’язку з цим може виникати питання: чому у випадку засудження особи до певного покарання примусове лікування застосовується до неї на підставі ч. 1 ст. 96 КК України, а щодо особи, до якої застосована інша форма кримінальної відповідальності, примусове лікування застосовується відповідно до положень адміністративного законодавства? На вказаному суперечливому аспекті, який мав місце і у ч. 2 ст. 14 КК УРСР 1960 року, вже зверталася увага вчених [2, с. 58].

Викладене, на наш погляд, дозволяє зробити висновок про те, що примусове лікування як засуджених, так і інших осіб, які не вчиняли злочинів, має однакову правову природу і може відрізнятися лише місцем проведення такого лікування. Звісно, що положення різних нормативно-правових актів, які стосуються примусового лікування, потребують гармонізації. Адже незрозуміло, чому за загальним правилом передбачено можливість застосування примусового лікування від особливо небезпечних інфекційних захворювань, проте таке лікування може бути застосоване і до осіб, які хворі на різного роду інфекційні хвороби, що передаються статевим шляхом. Так само складно пояснити чому детально регламентується в ЦПК України процедура судового розгляду щодо примусового

лікування хворого на заразну форму туберкульозу і відсутність аналогічної регламентації судового розгляду застосування примусового лікування інших інфекційних захворювань. Ми розуміємо те, що проблеми інституту примусового лікування потребують окремого дослідження, проте в порядку *de lege ferenda* можна запропонувати створення єдиного закону, в якому чітко передбачити перелік захворювань, ухилення від лікування яких дає підстави для застосування до особи примусового лікування, а також заклади, в яких повинно відбуватися таке лікування, залежно від правового становища особи, до якої таке лікування застосовується.

Ми вже вказували на те, що в ч. 1 ст. 96 КК України законодавець суттєво змінив підстави, за яких можливе застосування до особи примусового лікування, порівняно з КК УРСР 1960 року. Згідно чинного КК України таке лікування може бути застосоване лише до особи, яка має хворобу, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб. На наш погляд, до таких захворювань можна віднести тільки інфекційні хвороби, які можуть передаватися від однієї людини іншій. Таким чином, формально ч. 1 ст. 96 КК України не дає підстав застосувати примусове лікування до осіб, хворих на алкоголізм та наркоманію. Разом з тим, окремі вчені продовжують вважати, що відповідно до ч. 1 ст. 96 КК України на примусове лікування можуть бути направлені особи, які хворі не тільки на алкоголізм або наркоманію, але й на токсикоманію [3, с. 435]. Такий висновок, як правило, ґрунтується на положеннях кримінологічних досліджень, які доводять, що зловживання різного роду психоактивними речовинами обумовлює вчинення різного роду правопорушень в тому числі і злочинів [4, с. 308–322]. Не можна оминати увагою і той факт, що такий висновок безпосередньо випливає із ст. 411<sup>1</sup> КПК України. Адже в ч. 1 та 2 ст. 411<sup>1</sup> КПК України безпосередньо вказується, що відповідно до ст. 96 КК України примусове лікування застосовується лише до осіб, хворих на алкоголізм та наркоманію. Існування вказаних положень у КПК України, на наш погляд, можна пояснити лише неузгодженістю тих змін, які вносилися у кримінально-процесуальне законодавство після набрання чинності КК України 2001 року, безпосередньо з положеннями, передбаченими у ст. 96 КК України. Іншими словами, якщо у період дії КК УРСР 1960 року положення ст. 411<sup>1</sup> КПК України дійсно стосувалися тільки хворих на алкоголізм та наркоманію, то після набрання чинності КК України 2001 року законодавець, вносячи зміни до 411<sup>1</sup> КПК України замінив тільки номери статей КК УРСР 1960 року на нову нумерацію КК України 2001 року, не звернувши увагу на істотну зміну підстав примусового лікування, чим обумовив існування колізії між положеннями матеріального та процесуального закону. Разом з тим, враховуючи неоднозначність підходів у науковій літературі щодо підстав примусового лікування, а також наявність вказаної колізії у законодавстві, ми вважаємо за необхідне розглянути питання примусового надання медичної допомоги хворим на алкоголізм та наркоманію. Одразу відзначимо, що в цьому відношенні законодавство було і залишається досить суперечливим, що вимагає, на наш погляд, розглянути його у динаміці.

Ще в 1927 році була прийнята міжвідомча “Інструкція по застосуванню примусового лікування хворих на алкоголізм, які становлять соціальну небезпеку”, яка передбачала лікування даної категорії осіб в окремих психіатричних клініках. 12 червня 1961 року був прийнятий указ Президії Верховної Ради УРСР “Про посилення боротьби з особами, які ухиляються від суспільно-корисної праці та ведуть антигромадський паразитичний спосіб життя”. В ст. 9 цього Указу вказувалося, що працездатні особи, які внаслідок систематичного зловживання

спиртними напоями стали злісними п'яницями та своєю негідною поведінкою створюють ненормальні умови для спільного проживання в сім'ї чи квартирі, направляються за постановою суду в лікувально-трудові відділення при виправно-трудовах колоніях строком до одного року [5, с. 120]. Згодом на зміну цьому указу був прийнятий Указ Президії Верховної Ради УРСР від 17 серпня 1966 року "Про примусове лікування та трудове перевиховання злісних п'яниць", затверджений законом УРСР від 24 грудня 1966 року, яким були встановлені інші підстави для направлення на примусове лікування [6]. В ст. 1 цього Указу було встановлено, що злісні п'яниці, які, незважаючи на вжиті до них заходи громадського або адміністративного впливу, систематично зловживають спиртними напоями, порушують трудову дисципліну, громадський порядок та правила соціалістичного співжиття, підлягають направленню до лікувально-трудового профілакторію для примусового лікування і трудового перевиховання на строк від шести місяців до одного року. На виконання цього Указу постановою Ради Міністрів УРСР від 23 лютого 1967 року з березня 1967 року лікувально-трудові відділення при ВТУ були реорганізовані в самостійні установи – лікувально-трудові профілакторії для лікування та трудового перевиховання злісних п'яниць [5, с. 121].

Враховуючи те, що термін "злісний п'яниця" не науковий, носить оціночний характер, а отже був позбавлений об'єктивних критеріїв його визначення, указом Президії Верховної Ради УРСР від 29 березня 1973 року назва Указу від 17 серпня 1966 року була викладена у новій редакції – "Про примусове лікування і трудове перевиховання хронічних алкоголіків." Указом Президії Верховної Ради УРСР від 28 січня 1991 року підстави застосування примусового лікування були знову змінені. Так, ч. 2 ст. 1 згаданого вже Указу 1966 року була викладена у такій редакції: "Особи, хворі на хронічний алкоголізм, які ухиляються від добровільного лікування або продовжують пиячити після лікування і систематично порушують при цьому громадський порядок або права інших осіб, підлягають направленню до лікувально-трудового профілакторію для примусового лікування і трудового виховання на строк від шести місяців до одного року." Зміни підстав треба було розглядати як гуманізацію застосування примусового лікування. Адже раніше примусове лікування могло застосовуватися і в тих випадках, коли особа не ухилялася від добровільного лікування і мала намір з власної волі пройти такий курс. Після прийняття вказаних змін примусове лікування стало можливим лише після того, як особі нададуть можливість для добровільного лікування – тобто постановлять відповідний діагноз, про що їй повідомлять [7].

Разом з тим, не зважаючи на усі спроби гуманізації примусового лікування хворих на алкоголізм, ми вважаємо, що сьгодні застосування наведених положень є неприйнятним з огляду на загальну тенденцію міжнародної спільноти щодо примусового лікування. Не можна погодитися з тим, що вживання різного роду психоактивних речовин часто призводить до вчинення правопорушень, особливо якщо їхнє вживання обумовило психофізіологічну залежність від них. Разом з тим, на сьгодні очевидно, що сам по собі факт наявності такої залежності не може бути підставою для застосування примусового лікування. Так, зокрема Комітет конституційного нагляду СРСР 25 жовтня 1990 року зробив висновок про невідповідність Конституції СРСР і міжнародним актам про права людини окремих положень чинного тоді законодавства з питань примусового лікування і трудового перевиховання осіб, хворих на хронічний алкоголізм та наркоманію. В зв'язку з цим Президія Верховної Ради УРСР постановою від 10 грудня 1990 року визнати за необхідне звільнити деякі категорії осіб з лікувально-трудовах і

лікувально-виховних профілакторіїв. Пункт 7 цієї постанови містив таку норму: "... підставою для направлення до лікувально-трудового або лікувально-виховного профілакторію громадян, які ухиляються від лікування алкоголізму чи наркоманії або продовжують пиячити після лікування, є лише *систематичне порушення ними громадського порядку або прав інших осіб*" [2, с. 78].

Таким чином, вже у вказаний період законодавець намагався виключити практику направлення на примусове лікування тих осіб, які хоч і хворіють на алкоголізм чи наркоманію, проте не порушують при цьому громадського порядку або прав інших осіб. Отже вважалося, що вказані захворювання є небезпечними з огляду на те, що особи, які на них хворіють, схильні до протиправної поведінки, і тільки прояви такої поведінки можуть обумовлювати необхідність направлення цих осіб на примусове лікування. Разом з тим, нам видається, що і запропонований підхід щодо підстав направлення на примусове лікування також не може бути визнаний цілком правильним. Адже справа в тому, що сам факт направлення особи, хворої на алкоголізм, до лікувально-трудового профілакторію не виключає юридичної відповідальності цієї особи за факт вчинення нею різного роду правопорушень. Таким чином, направлення особи, хворої на алкоголізм на примусове лікування у зв'язку з порушенням нею громадського порядку або прав інших осіб означає по суті ніщо інше як застосування до неї додаткового виду юридичної відповідальності за вчинене нею правопорушення у виді примусового лікування або знову ж таки визнання того факту, що підставою застосування до неї примусового лікування є наявність у неї відповідного захворювання.

На сьогодні, на наш погляд, питання про направлення хворих на алкоголізм на примусове лікування вирішується у законодавстві досить суперечливо. Формально Указ Президії Верховної Ради УРСР від 1966 року з наступними змінами до нього скасовано не було у зв'язку з чим направлення хворих на алкоголізм до лікувально-трудових профілакторіїв може відбуватися на підставі названого Указу. Разом з тим, за твердженням окремих вчених з 1995 року лікувально-трудова профілакторія системи МВС мали бути ліквідовані і по суті мова вже повинна йти про принципово нову систему примусового лікування [8, с. 203]. Щоправда, на жаль, вказане твердження не підтверджується фактами, які доводять протилежний висновок про те, що лікувально-трудова профілакторія і наділі продовжують функціонувати. Спроби ліквідувати лікувально-трудова профілакторія поки що не закінчилися успіхом. Так, ще 19 вересня 2000 року було подано законопроект народним депутатом В. Місюрою, де вказувалося про необхідність ліквідації лікувально-трудових профілакторіїв для хворих на алкоголізм. Пропонувалося відійти від розуміння алкоголізму як правопорушення, а розглядати виключно як хворобу, що повністю відповідає Міжнародній статистичній класифікації хвороб та споріднених проблем охорони здоров'я 10-го перегляду. Крім того, така пропозиція обґрунтовувалася і тим, що застосування примусового лікування, поєданого з елементами трудового впливу на хворих на алкоголізм, суперечить Європейській конвенції про захист прав і основних свобод людини. Проте не зважаючи на ці цілком слушні, на наш погляд, аргументи цей законопроект було відхилено.

У "Звіті про дотримання прав людини за 2002 рік", який був поданий Бюро з питань демократії, прав людини та праці від 31 березня 2003 р., вказується, що лікувально-трудова профілакторія в окремих місцевостях продовжують функціонувати, крім того, більшість із тих, що функціонують, не передані у відання МОЗ України. Зазначається також, що умови у лікувально-трудових

профілакторіях Державного департаменту виконання покарань, де за рішенням суду примусово утримують злісних алкоголіків, мало відрізняються від тюремних. Попри загальне зменшення кількості цих установ і те, що деякі з них у 2000 році перейшли у відання Міністерства охорони здоров'я, уряд не виконав своїх обіцянок щодо передачі під юрисдикцію цього міністерства всіх лікувально-трудова профілакторіїв.

Вчені вже давно вказували на те, що умови, в яких відбувається примусове лікування хворих на алкоголізм дуже нагадують умови відбування покарання у виді позбавлення волі [9, с. 26]. На сьогодні лікувально-трудова профілакторії перебувають у системі Державного департаменту України з питань виконання покарань. Наказом Державного департаменту України з питань виконання покарань від 17 квітня 1999 року № 24 була затверджена "Інструкція про роботу лікувально-трудова профілакторіїв Державного департаменту України з питань виконання покарань". Подібність умов перебування у вказаних установах з умовами відбування покарання у виді обмеження волі та позбавлення волі просто вражає. Так, наприклад, особи, які перебувають у лікувально-трудова профілакторіях, мають право, без обмежень тільки на короткострокові побачення, а тривалі побачення з родичами тільки один раз на місяць (п. 3.5.1. Інструкції). Відповідно до п. 5.1. Інструкції усі особи, які утримуються в лікувально-трудова профілакторіях, залучаються до праці. Вони зобов'язані працювати за призначенням адміністрації, з урахуванням медичних рекомендацій. Їм забороняється мати при собі гроші та цінні речі з дорогоцінних металів (п. 3.5.3. Інструкції). До осіб, які порушують установлені в лікувально-трудова профілакторії правила, ухиляються від лікування і праці, застосовуються заходи стягнення, передбачені законодавством про працю, крім того, до них можуть бути застосовані такі заходи стягнення: позачергове чергування, поміщення в ізолятор на строк до 10 діб (п. 8.2. Інструкції). З огляду на викладене нам видається, що досить цинічно було би стверджувати, що в таких умовах відбувається лікування хворих на алкоголізм і що алкоголізм розглядається виключно як хвороба, а не правопорушення. Треба відзначити, що у перспективах розвитку Державної кримінально-виконавчої служби України закладено ідею ліквідації інституту примусового лікування алкоголізму та перепрофілювання лікувально-трудова профілакторіїв у спеціалізовані медичні установи, підпорядковані Міністерству охорони здоров'я. Проте з огляду на нерішучість законодавця щодо реформування інституту примусового лікування хворих на алкоголізм сподіватися на реалізацію цієї ідеї у найближчій перспективі не доводиться.

Разом з тим, на сьогодні, на наш погляд, є всі формальні підстави для того, щоб відмовитися від направлення хворих на алкоголізм до лікувально-трудова профілакторіїв не зважаючи на те, що формально вони ще не ліквідовані. Перш за все, треба вказати, що 22 лютого 2000 року був прийнятий Закон України "Про психіатричну допомогу". Згідно ст. 1 цього Закону під психічним розладом розуміють розлад психічної діяльності, визнаний таким згідно Міжнародної статистичної класифікації хвороб, травм і причин смерті. Відповідно до Міжнародної статистичної класифікації хвороб та споріднених проблем охорони здоров'я 10-го перегляду до хвороб відносять розлади психіки, які виникають внаслідок вживання однієї або кількох психоактивних речовин, до яких відноситься і алкоголь. Отже, можна говорити, що не зважаючи на те, що формально Указ Президії Верховної Ради УРСР "Про примусове лікування і трудове перевиховання хронічних алкоголіків" скасовано не було, більш новий

нормативно-правовий акт, а саме Закон України “Про психіатричну допомогу”, який регулює по суті ті ж самі суспільні відносини щодо реакції держави на особу, яка зловживає алкоголем, вже по-іншому регламентує їх. В цьому Законі примусова госпіталізація особи суттєво обмежується чітко визначеними випадками. З урахуванням загальних положень теорії права та держави у випадку набрання чинності новим законом, який регулює ті самі суспільні відносини, попередній нормативно-правовий акт втрачає чинність навіть без спеціальної вказівки на те в новому законі. В нашому випадку це тим більше очевидно, адже Закон України “Про психіатричну допомогу” носить більш гуманний характер порівняно з розглянутим указом. Зокрема, в ст. 4 Закону України “Про психіатричну допомогу” вказується, що психіатрична допомога надається з мінімальними соціально-правовими обмеженнями, а в ст. 8 зазначається, що заходи фізичного обмеження та (або) ізоляції застосовуються лише в тих випадках, коли всіма іншими заходами неможливо запобігти діям особи, що являють собою безпосередню небезпеку для неї або інших осіб.

Не зважаючи на те, що спершу законодавство, яке стосувалося примусового лікування хворих на наркоманію, розвивалося паралельно з відповідним законодавством щодо хворих на алкоголізм, на сьогодні воно суттєво відірвалося і випереджає останнє. Крім того, одразу відзначимо, що законодавство, що стосується примусового лікування хворих на наркоманію, як це не парадоксально, є більш гуманним і таким, що в більшій мірі узгоджується з міжнародними стандартами примусового надання медичної допомоги.

Спершу питання примусового лікування осіб, хворих на наркоманію, регулювалося в Указі Президії Верховної Ради УРСР від 14 квітня 1969 року “Про примусове лікування та трудове перевиховання хворих на наркоманію”. В ст. 1 Указу було вказано, що хворі на наркоманію добровільно повинні проходити повний курс спеціального лікування в лікувально-профілактичних закладах Міністерства охорони здоров'я за місцем їхнього проживання. В тих випадках, коли особи, які не дивлячись на застосовані до них заходи громадського впливу, відмовлялися від добровільного лікування, систематично зловживали наркотичними засобами, порушували трудову дисципліну, громадський порядок та правила соціалістичного співжиття, вони підлягали направленню в лікувально-трудова профілакторії Міністерства органів внутрішніх справ УРСР для примусового лікування та трудового перевиховання на строк від одного року до двох років [10]. Згодом підстави для направлення на примусове лікування були змінені. Так, в п. 11 Указу Президії Верховної Ради СРСР від 25 квітня 1974 року “Про посилення боротьби з наркоманією” було вказано, що хворі на наркоманію, які ухиляються від лікування, підлягають направленню за постановою суду в лікувально-трудова профілакторії чи лікувально-виховні профілакторії для примусового лікування на строк від шести місяців до двох років [11, с. 36]. Відповідно до цього Указу були внесені зміни і в Указ Президії Верховної Ради УРСР від 14 квітня 1969 року. А саме Указом Президії Верховної Ради УРСР від 17 червня 1974 року “Про внесення доповнень та змін в деякі законодавчі акти УРСР” були змінені підстави примусового лікування хворих на наркоманію. В ст. 1, яку виклали у новій редакції, вказувалося, що ті хворі на наркоманію, які ухиляються від добровільного лікування, підлягають направленню за рішенням суду до лікувально-трудова профілакторію на строк від шести місяців до двох років [12]. Тобто примусове лікування могло застосовуватися вже не залежно від допущених такими хворими правопорушень, як це мало місце в першій редакції Указу. Таким чином,

законодавець поступово не тільки алкоголізм, але й наркоманію почав розглядати як самостійне правопорушення.

Згодом підстави направлення хворих на наркоманію на примусове лікування були суттєво змінені і наближені до міжнародних стандартів надання примусової медичної допомоги. Так, 15 лютого 1995 року був прийнятий Закон України “Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними”. У зв’язку з прийняттям цього Закону 19 листопада 1997 року був прийнятий Закон України “Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України з питань примусового лікування і трудового перевиховання хворих на наркоманію”. Згідно цього Закону втратили чинність указ Президії Верховної Ради УРСР “Про примусове лікування і трудове перевиховання хворих на наркоманію” з усіма наступними його змінами та доповненнями, а також і Положення про лікувально-виховний профілакторій для хворих на наркоманію. Відтепер всі питання, які стосуються примусового лікування хворих на наркоманію, врегульовані в Законі України “Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними”.

В ст. 1 цього Закону вперше подається нормативне визначення наркоманії, чого не робилося в жодному з проаналізованих вище Указів. Наркоманія, згідно цього закону – це хворобливий психічний стан, зумовлений хронічною інтоксикацією внаслідок зловживання наркотичними засобами, що віднесені до таких конвенціями ООН чи Комітетом з контролю за наркотиками при Міністерстві охорони здоров’я України, і який характеризується психічною або фізичною залежністю від них. Відповідно до ст. 14 Закону, коли щодо особи буде встановлено діагноз “наркоманія”, лікар-нарколог зобов’язаний запропонувати їй пройти курс добровільного лікування і видати направлення до наркологічного закладу для такого лікування. При цьому на період такого лікування хворому видається лікарняний лист. Вже в цьому положенні простежується гуманізація підходу до хворих на наркоманію, адже раніше таким хворим категорично було заборонено виписувати листок непрацездатності. Подається в законі і загальне визначення примусового лікування хворих на наркоманію. Так, під примусовим лікуванням розуміється лікування на підставі судового рішення хворого на наркоманію, який ухиляється від добровільного лікування або продовжує вживати наркотичні засоби без призначення лікаря і порушує права інших осіб. В ст. 16 регламентується процедура застосування примусового лікування. Передбачено, що особа, яка визнана хворою на наркоманію, але ухиляється від добровільного лікування або продовжує після лікування вживати наркотичні засоби без призначення лікаря, і відносно якої у зв’язку з її небезпечною поведінкою до органів внутрішніх справ або прокуратури звернулися близькі родичі чи інші особи, за рішенням суду може бути направлена на лікування від наркоманії до спеціалізованого лікувального закладу органів охорони здоров’я, а неповнолітні, які досягли шістнадцятирічного віку, – до спеціалізованих лікувально-виховних закладів терміном до одного року.

Не зважаючи на гуманізацію примусового лікування хворих на наркоманію, вважаємо, що і в цій частині законодавство потребує змін. Розглядаючи підстави застосування примусового лікування хворих на алкоголізм, ми вказували на те, що особа, яка не втратила внаслідок захворювання можливості до свідомо-вольового контролю за своєю поведінкою, повинна сама вирішувати лікуватися їй чи ні. Застосування до таких осіб примусового лікування суперечить міжнародним

стандартам примусового надання медичної, зокрема психіатричної допомоги. Аналогічна ситуація має місце і щодо підстав примусового лікування хворих на наркоманію. На наш погляд, особа, яка внаслідок хвороби на наркоманію вчиняє правопорушення, повинна притягуватися до юридичної відповідальності на загальних підставах. При цьому вона як ніхто інша повинна розуміти необхідність звернутися за медичною допомогою, адже в іншому випадку вона знову наражається на небезпеку притягнення до юридичної відповідальності. Примусове лікування такої особи можливе лише у випадку, якщо вона втратила можливість забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою. І в цьому відношенні, нам видається, що є всі підстави для того, щоб застосовувати примусове лікування хворих на наркоманію на підставі Закону України “Про психіатричну допомогу”.

На нашу думку, уніфікація підстав застосування примусового надання медичної, зокрема психіатричної допомоги, хворим на алкоголізм, наркоманію, інші психічні розлади не тільки сприяла б єдиному підходу щодо підстав примусового лікування, але й узгоджувалася би з міжнародними стандартами у цій галузі. Вважаємо, що застосування примусового лікування до хворих на алкоголізм чи наркоманію відповідно до Закону України “Про психіатричну допомогу” має низку переваг порівняно з регламентацією такого лікування відповідно до Указу Президії Верховної Ради УРСР “Про примусове лікування і трудове перевиховання хронічних алкоголіків”, а також Закону України “Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними”. Справа в тому, що загальний строк перебування у лікувально-трудоному профілакторії не може перевищувати двох років, а примусове лікування хворих на наркоманію не може тривати довше ніж один рік. Виникає логічне запитання: що робити у тих випадках, якщо протягом вказаних строків не вдалося вилікувати особу або досягти ремісії у її захворюванні? В цьому відношенні нам видається, що в цих випадках більш правильними є положення Закону України “Про психіатричну допомогу”, які не обмежують строки лікування. Оскільки таке лікування не є заходом юридичної відповідальності встановлювати його строки безпідставно адже невідомо скільки часу потрібно для лікування особи. Крім того, в науковій літературі правильно вказується на прогалину у примусовому лікуванні хворих на токсикоманію [8, с. 201–202]. На сьогодні таке лікування може здійснюватися виключно на підставі Закону України “Про психіатричну допомогу”.

З урахуванням викладеного можна зробити наступні висновки:

1. Враховуючи адміністративно-правову природу примусового лікування хворих на захворювання, які небезпечні для здоров'я інших осіб, пропонуємо виключити ст. 96 КК України;

2. Вважаємо, що правова природа примусового лікування хворих на захворювання, які є небезпечними для здоров'я інших осіб, не змінюється залежно від того, у якому правовому статусі перебуває особа. В порядку *de lege ferenda* можна запропонувати уніфікацію підстав застосування примусового лікування від небезпечних інфекційних захворювань у межах одного нормативно-правового акту;

3. З урахуванням міжнародних стандартів у галузі надання примусової психіатричної допомоги пропонуємо скасувати положення, які стосуються примусового лікування хворих на алкоголізм та наркоманію, передбачені в Указі Президії Верховної Ради УРСР “Про примусове лікування і трудове перевиховання

хронічних алкоголіків”, Інструкції про роботу лікувально-трудова профілакторіїв Державного департаменту України з питань виконання покарань, а також Законі України “Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними”. На нашу думку, таке лікування повинно відбуватися на підставі Закону України “Про психіатричну допомогу”.

1. *Петров Г.И.* Административная правосубъектность граждан СССР // Правоведение. – 1975. – № 1. – С. 24–32.
2. *Музыка А.А.* Примусові заходи медичного і виховного характеру. – К.: Національна академія внутрішніх справ України, 1997. – 125 с.
3. Уголовное право Украины: Навч. посіб. / За заг. ред. Л.В. Багрій-Шахматова. – О.: ОНМУ, 2004. – 676 с.
4. *Инишаков С.М.* Криминология: Учеб. – М.: Юриспруденция, 2000. – 432 с.
5. *Дорогих Н.М.* Административно-правовые меры по преодолению пьянства и алкоголизма. – К.: Выща шк. Головное изд-во, 1988. – 257 с.
6. Відомості Верховної Ради УРСР. – 1966. – № 32. – ст. 196.
7. Відомості Верховної Ради УРСР. – 1973. – № 15. – ст. 110.
8. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 3-тє вид., переробл. та доп. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2004. – 1056 с.
9. *Первомайський В.* Чи потрібно змінювати підвідомчість ЛТП? // Радянське право. – 1991. – № 2. – С. 25–27.
10. Відомості Верховної Ради УРСР. – 1969. – № 17. – ст. 133.
11. Организация борьбы с наркоманией. Сборник документов и методических материалов. Изд. 2-е, перераб. / Сост. А.Н. Сергеев, А.П. Удот, Т.А. Галущенко. – К.: РИО МВД УССР, 1988. – 300 с.
12. Відомості Верховної Ради УРСР. – 1974. – № 27. – ст. 222.

## CONCEPT, GROUNDS AND LEGAL NATURE OF FORCED TREATMENT

*V. Burdin*

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

The article deals with the concept, grounds and legal nature of forced treatment that is applied under art. 96 of the Criminal Code of Ukraine. The author proposes changes directed to legislation evolvement of forced treatment application.

*Key words:* crime, forced treatment, crime committer.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009  
Прийнята до друку 01.06.2009

## РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВИКОНАВЦЯ ТА СПІВВИКОНАВЦЯ ЗЛОЧИНУ В ІСТОРІЇ ВІТЧИЗНЯНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

*І. Гриниха*

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

Розглянуто питання регламентації відповідальності виконавця та співвиконавця злочину в історичному аспекті. Виявлені закономірності правового регулювання їхньої відповідальності та зроблено висновок про історичну обумовленість положень чинного КК України.

*Ключові слова:* співучасть, виконавець, співвиконавець злочину.

Вивчення історичного аспекту регламентації відповідальності виконавця та співвиконавця злочину має важливе значення в контексті дослідження та оцінки відповідних положень чинного КК України. Це дозволить прослідкувати їх виникнення та розвиток, довести закономірність існування, а також уникнути повернення до того, що не пройшло випробування практикою. Проте, якщо короткому історичному оглядові інституту співучасті у злочині в правовій доктрині увага приділялася (І. Малиновський, М.Ф. Владимирський-Буданов, М.С. Таганцевий, П. Стебельський, М.І. Ковальов, Ф.Г. Бурчак та ін.), то безпосередньо питання регламентації відповідальності виконавця та співвиконавця злочину окремим предметом вивчення не були ніколи. Це й обумовлює актуальність нашого дослідження.

Перші згадки про групове вчинення злочину у вітчизняному законодавстві датуються X ст. Найбільш ранньою письмовою пам'яткою давньоруського права, що містила кримінально-правові норми, був Договір київського князя Олега із Візантією 911 р., ст. 7 якого встановлювала відповідальність за насильницьке групове привласнення чужої речі. Кожен із учасників групи, незалежно від ступеня участі у вчиненні злочину, ніс однакову відповідальність як співвиконавець: повинен був відшкодувати завдані збитки в потрібному розмірі [1, с. 8].

Такий же підхід простежується у першому кодифікованому збірнику давньоруських юридичних норм – “Руській Правді”, яка також не знала поділу співучасників на види. Встановлюючи відповідальність за вчинення крадіжки худоби чи свиней кількома особами, законодавець не диференціював відповідальності співвиконавців (ст. 40 Короткої, ст. 42 Розширеної та ст. 12 Скороченої редакцій “Руської Правди” [1, с. 84, 198]).

У світському праві Київської Русі не було норм, які б охороняли сім'ю та моральність від злочинних посягань. Відповідальність за такі злочини встановлювали церковні статути Володимира та Ярослава Мудрого. Саме в Статуті князя Ярослава Мудрого (Східно-Руська редакція, Коротка група) вперше з'являється норма, якою було встановлено не лише відповідальність за групове вчинення зґвалтування у вигляді співвиконавства, але й виокремлено фігуру організатора злочину. Як результат – встановлення різної міри майнового покарання. Зокрема, організатор (“умолвник”) підлягав більш суворому грошовому стягненню, оскільки повинен був сплатити 3 гривні срібла єпископу, таку ж суму потерпілій “за сором”, а співвиконавці (“толочные”) – по рублю

(ст. 5). Поряд з цим кожного із співучасників страчували [1, с. 260]. Як бачимо, ступінь участі співвиконавців у вчиненні діяння на відповідальність не впливав. Принципу індивідуалізації покарання в Статуті, як і попередніх актах, закладено не було.

Норми “Руської Правди” та Статуту князя Ярослава Мудрого, незважаючи на розпад Київської Русі, продовжували діяти в Галицько-Волинському князівстві, а також деякий час зберігали юридичну силу у Литовській державі. Проте у XV–XVI ст. у Великому князівстві Литовському із закінченням періоду феодальної роздробленості постало питання нагальної кодифікації права, перша спроба якої завершилася прийняттям Судебника Казимира (1468 р.) [2, с. 18–20]. Співучасть у злочині регулювалася ст. 7, що встановлювала принцип рівної відповідальності слуги і господаря у випадку спільного вчинення будь-якого злочину, в тому числі і за співвиконавство [3, с. 57]. Проте на практиці відповідальність господаря-співучасника, як зазначає М.Ф. Владимирський-Буданов, була в більшості випадків мнимою, зважаючи на те, що той же господар згідно із ст. ст. 9, 11 був суддею у кримінальних справах своїх людей [4, с. 38].

Судебник Казимира не був всебічною кодифікацією права, тому на зміну йому приходять Литовські Статути 1529, 1566 та 1588 рр. [2; 5; 6]. У них, як і у попередніх законодавчих актах, не містилося загальних норм, які б визначали поняття співучасті, види співучасників, встановлювалися єдині правила їх кримінальної відповідальності. Ці питання врегульовувалися казуїстично щодо окремих злочинів. Проте законодавець тут пішов значно далі порівняно із попередніми джерелами. Аналіз норм показує, що Статутам відомий поділ співучасників на види з урахуванням об’єктивного (залежно від характеру виконуваних ролей) або суб’єктивного (інтересу особи у вчиненні злочину) критерію. Це, зокрема, впливає із неоднозначного змісту поняття “помочник” злочину, яке використовується в двох значеннях: як співвиконавець та як пособник у злочині в сучасному розумінні.

Як була зазначено вище, визначення поняття виконавця злочину і відповідного терміна Литовські Статути не містили. Він називався по-різному залежно від злочину, що ним вчинявся: “кгвалтовник”, “убийця”, “вор”, “тоть, хто учинил...” тощо. Така ж термінологія використовувалася і для позначення співвиконавців при груповому вчиненні злочину. Характерним є те, що в Статутах немає єдиного принципу відповідальності останніх. Вона встановлена двома способами:

1) усі співвиконавці підлягають однаковому покаранню. Так, за крадіжку з комори або кліті панської, шляхетської і також мужицької злодії мали бути покарані смертю, а також понести майнове покарання у розмірі 12 чи 3 рублі залежно від майнового та соціального стану потерпілої особи, а також повернути викрадене чи відшкодувати його розмір (арт. 11 Розділу XIV Статуту 1566 р., арт. 14 Розділу XIV Статуту 1588 р.). За вбивство шляхтича при наході або розбої (кгвалті) “людьми простого стану” всі вони мали понести покарання у вигляді смертної кари (арт. 39 Розділу XI Статуту 1588 р.);

2) відповідальність співвиконавців диференційована. Так, за вбивство шляхтича шляхтичами лише один з них підлягав страті, а інші повинні заплатити головщину та відбути тюремне ув’язнення на певний строк (арт. 12 Розділу XI Статуту 1566 р., арт. 29 Розділу XI Статуту 1588 р.). Якщо ж шляхтича було вбито людьми простого стану під час сварки, то за одного вбитого до смерті засуджувалися до 7 осіб (арт. 12 Розділу XI Статуту 1566 р.) чи до 3 осіб (арт. 39

Розділу XI Статуту 1588 р.); всі інші несли покарання у вигляді головщини та тюремного ув'язнення на певний строк. У Статутах вказувалося лише, що кандидата на страту вибирала потерпіла сторона. І. Малиновський, посилаючись на самого законодавця, пояснює це необхідністю уникнення жорстокості покарань [7, с. 43]. Існує припущення, що покарання у вигляді смертної кари ніс лише один шляхтич для того, щоб “запобігти зменшенню привілейованої та служилої верстви” [5, с. 507].

Як зазначалося вище, співвиконавці злочину також позначалися терміном “помочники”. Це траплялося у випадках, коли один із них був ініціатором злочину, а інші сприяли йому в реалізації його умислу та інтересу. Так, при розбійному нападі (“квалтовномъ находе на дом шляхетскій”) розрізняються “квалтовник” і “его помочники”. На думку І. Малиновського, Литовські Статуту про “квалтовника” пишуть як про головного винуватця [7, с. 44], оскільки він “квалтом нашель, забиль, раниль, шкоду учиниль”, а “помочник” – “хто з нимъ на томъ квалте будеть”. Фактично “помочник” через виконання об’єктивної сторони складу злочину допомагав реалізувати його інтерес, який був головним, первинним. Тому законодавець і передбачив право на необхідну оборону як від “квалтовника”, так і “помочника” (арт. 6 Розділу XI Статуту 1566 р., арт. 19 Розділу XI Статуту 1588 р.). Це положення вважаємо переконливим аргументом проти того, аби розглядати “помочника” лише як пособника злочину<sup>1</sup>. Саме у значенні співвиконавця злочину вживається цей термін у таких складах злочинів, як вбивство батьків (арт. 16 Розділу XI Статуту 1566 р., арт. 7 Розділу XI Статуту 1588 р.), напад з метою вбивства (арт. 1 Розділу XI Статуту 1588 р.).

Не існувало єдиних правил призначення покарання і за такого типу співучасті. В одних випадках співучасники підлягали однаковому покаранню (за вбивство батьків кваліфікована смертна кара, втрата честі та всіх маєтків призначалися як дітям, так і їх “помочникам”), в інших – більш тяжкому покаранню підлягав співвиконавець, в інтересах якого було вчинено злочин. Так, наприклад, якщо при “квалтовному наході” було кому-небудь завдано тілесних ушкоджень, то нападник підлягав покаранню у вигляді смертної кари, а його помочники – лише тюремному ув'язненню строком на один рік і шість тижнів.

Вперше у Литовському Статуті 1588 р. часткове кримінально-правове регулювання одержало питання опосередкованого виконання. Йдеться про вчинення злочину шляхом використання психічно хворого (“шаленого”). Згідно з арт. 35 Розділу XI той, хто дав йому зброю чи словесно схилив до вчинення злочинного діяння, сам повинен бути за те покараний як такий, що вчинив злочин. Співвиконавцями вони не визнавалися.

Окрім Литовських Статутів в Україні традиційним було застосування джерел магдебурзького права. Ні в Саксонському Зерцалі, ні в “Порядку” Б. Гроїцького (1559 р.), що був викладом магдебурзького права, як і в інших нормативних актах того часу, не містилося загальних норм про співучасть у злочині та види співучасників. Так, із двох положень Частини IV “Порядку”, що регулювали відповідальність за співучасть у крадіжці та вбивстві батьків, бачимо, що окремо фігури співвиконавця злочину, яка б позначалася відповідним терміном, поряд із

<sup>1</sup> У коментарі до розділу XI Третього Литовського Статуту зазначається, що “помічниками вважалися особи, які допомагали злочинцю порадами, людьми, зброєю, грошима тощо” [5, с. 480].

виконавцем не виділяється. Тут виконавець позначається термінологічно або як “зłodziej” (“złodziej”), або як “головний убивця” (“główny męzobójca”). Відповідальність виконавця та інших співучасників, які давали поради чи допомогу у вчиненні відповідного протиправного діяння, не індивідуалізована – всі підлягали однаково му покаранню [8, с. 203–205]. Ідентичні за змістом положення містило й Саксонське Зерцало (§4 та §6 ст. 13 Книги 2) [9, с. 55].

Із входженням у 1654 р. значної частини України – Лівобережної та частини Правобережної – до складу Російської держави як автономної адміністративно-територіальної одиниці за населенням зберігалося право користуватися своїми традиційними юридичними нормами. Проте вони часто суперечили одна одній, дублювалися або й не відповідали суспільним відносинам, що зумовило необхідність їх кодифікації. Найвідомішим та найґрунтовнішим результатом цього процесу стали “Права, за якими судиться малоросійський народ” 1743 р., але законодавчої сили вони так і не отримали. У цьому акті питання, пов’язані з регулюванням відповідальності виконавця та співвиконавців злочину, вирішувалися аналогічно із проаналізованим нами вище Литовським Статутом 1588 р.

У 80-х рр. XVIII ст. на територію Гетьманщини із ліквідацією її політичної та правової автономії починає поступово поширюватися російське імперське законодавство, основним джерелом якого було Соборне Уложення царя Олексія Михайловича 1649 р. (далі – Соборне Уложення) [10, с. 45]. Інша частина сучасної території України (Слобідсько-Українська, Новоросійська і Таврійська губернії) відразу ж після приєднання до Росії користувалася загальноросійським законодавством.

Соборне Уложення, як і попередньо проаналізовані нормативні акти, не містило окремої статті, яка б визначала види співучасників. Проте цьому акту відомі виконавець злочину, співвиконавці (“товарищи”). Відразу слід звернути увагу, що під “товарищами” також розумілися особи, які могли безпосередньо не виконувати об’єктивної сторони злочину, але були учасниками групи і перебували на місці вчинення злочину, фактично виконуючи роль пособника у сучасному його розумінні. За висловом М.І. Ковальова, це була участь в організованих формах співучасті [11, с. 50].

Жодних спеціальних правил призначення покарання співучасникам злочину в Соборному Уложенні не закріплювалося. Воно визначалося конкретною статтею, що містила кримінально-правову заборону. Таких різноманітних підходів до визначення виду і розміру покарання, як Литовські Статути, Соборне Уложення не знало. Аналіз норм дозволяє зробити висновок, що всі співучасники підлягали однаковій відповідальності, за винятком двох випадків. По-перше, коли йшлося про вчинення службового підроблення у складній формі співучасті. Тут виконавець злочину підлягав більш суворій відповідальності, ніж підбурювач: складення поддячím за наказом дяка неправильного судного списку каралося відрубанням йому руки, а дяка били кнутом (ст. 12 Глави X) [12, с. 79]. М.І. Ковальов пояснює це класовою нерівністю співучасників злочину, а не меншою суспільною небезпекою дій підбурювача [11, с. 50]. По-друге, за розбійний напад на чуже володіння, вчинений групою осіб (ст. 198 Глави X) [12, с. 123]. Той, хто із співвиконавців заподіяв смерть господарю, членам його сім’ї чи слугам, підлягав смертній карі, а “товарищи” його – тілесному покаранню кнутом і засланням.

Військові артикули Петра I 1715 р. зберегли основні тенденції Соборного Уложення: відсутність визначення поняття виконавця злочину, встановлення, як правило, рівної відповідальності виконавця та інших співучасників (арт. 2, 19, 137, 155, 160, 161 тощо). Лише співучасть у деяких випадках могла каратися легше, ніж діяння виконавця (пособництво пасквілянту, арт. 149). Співвиконавці злочину теж підлягали однаковому покаранню, без урахування ступеня участі у вчиненні злочину. Відповідно до арт. 189 кожен із них (“ежели многие вкупе в воровстве пойманы будут”) карався так, ніби він один вчинив весь злочин [13, с. 9–44].

З 1840–1842 рр. джерелами кримінального права в Україні стали 15-й том Зводу законів Російської імперії 1832 р. та введене в дію з травня 1846 р. Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р. Ми проаналізуємо останнє, оскільки Уложення повністю базується на Зводі, лише ускладнюючи і без того заплутані і казуїстичні його положення [11, с. 58].

Уложення про покарання кримінальні і виправні 1845 р. (в редакції 1885 р.)<sup>1</sup> (далі – Уложення), на відміну від чинного законодавства, містило загальні положення, що визначали поняття співучасті, види та поняття окремих співучасників. Проте, як зазначає М.С. Таганцев, така система положень була надзвичайно складною і недосконалою, оскільки поділ співучасників на види залежав від форми співучасті [14, с. 755].

При співучасті без попередньої змови Уложення виділяло головних винних (“главные виновные”) та учасників (ст. 12), а за наявності попередньої змови – зачинщиків, спільників (“сообщники”), підмовників або підбурювачів (“подговорщики или подстрекатели”) та пособників (ст. 13) [15, с. 30–32]. З точки зору виконання об’єктивної сторони інтерес для нас становлять: 1) головні винні (але лише дві із визначених законодавцем трьох категорій – особи, які розпочали діяння раніше інших на самому їх початку, та ті, що безпосередньо вчинили злочин); 2) зачинщики – як особи, які перші приступили до вчинення злочину (крім цієї, в ст. 13 було передбачено ще дві категорії). М.С. Таганцев називає їх поряд із особами, які керували діями при вчиненні злочину чи замаху на злочин, “фізичними зачинщиками”, на відміну від “зачинщиків інтелектуальних” – осіб, які, задумавши вчинення злочину, схилили до його вчинення інших осіб [14, с. 755]; 3) спільники (“сообщники”) – особи, які погодилися з зачинщиками чи з іншими винними вчинити, спільними силами чи діями, задуманий злочин (ст. 13).

Характерною ознакою Уложення стало визначення загальних засад призначення покарання співучасникам злочину з урахуванням їх виду (ст. ст. 117–123) [15, с. 141–142]. Так, головні винні повинні були засуджуватися до найсуворішої міри покарання, передбаченої за вчинений ними злочин. Ступінь їх участі у вчиненні злочину, на відміну від учасників, до уваги не брався (ст. 117). Зачинщикам призначалася найвища міра того ступеня покарання, що був визначений санкцією статті, за умови що нею не встановлювався особливий ступінь покарання. Це стосувалося як фізичних, так й інтелектуальних зачинщиків (ст. 118). Щодо спільників (“сообщников”), то суд при призначенні покарання повинен був враховувати міру сприяння зачинщикам,

<sup>1</sup> Всі положення про співучасть Уложення 1845 р. були повністю і дослівно перенесені в четверту за рахунком редакцію Уложення від 1885 р., яка й увійшла в XV том Зводу законів Російської імперії.

а також ступінь участі у виконанні злочину. Так, особи, що були на місці злочину і брали безпосередню участь у його вчиненні, каралися на ступінь вище, ніж співучасники, які там присутні не були (ст. 119).

Уложення, на відміну від проаналізованих вище актів, визначило правила призначення покарання при ексцесі співучасника. У ст. 123 зазначалося, що коли хтось із співучасників, крім задуманого, вчинив ще й інший злочин, виконання якого не охоплювалося попередньою домовленістю, він підлягає покаранню за сукупністю злочинів. На такій же підставі призначалося покарання решті співучасників, які взяли участь у вчиненні цього другого злочину (ст. 123).

Кримінальне уложення 1903 р. не сприйняло положень про співучасть у злочині та правил призначення покарання співучасникам, що містилися в Уложенні. Хоча, як і попередні нормативно-правові акти, воно не використовувало термінів “виконавець”, “співвиконавець злочину”, у п. 1 ч. 1 ст. 51 співучасниками поряд із підбурювачами та пособниками визнавалися “особи, які безпосередньо вчинили злочинне діяння або брали участь у його виконанні”. Фактично ті, хто “брали участь у його виконанні”, виступали співвиконавцями злочину в сучасному розумінні [16, с. 286].

Вид і міра покарання за вчинене діяння визначалися безпосередньо санкцією статті, яка містила відповідну кримінально-правову заборону. Характерно, що із співучасників проступку за його вчинення завжди карався лише той, хто безпосередньо вчинив або брав участь у його вчиненні, а підбурювач та пособник – лише у випадках, чітко визначених законом (ч. 3 ст. 51).

Уперше на законодавчому рівні Кримінальне уложення 1903 р. врегулювало питання про вплив обставин, що стосуються особи винного, на відповідальність інших співучасників. Ч. 4 ст. 51 було визначено, що особливі особисті відносини й умови, що визначають, посилюють чи зменшують караність будь-кого з співучасників (*в тому числі і тих, що виконували злочинне діяння, – І.Г.*), не впливають на відповідальність інших. Законодавець також передбачив як підставу звільнення від кримінальної відповідальності добровільну відмову, проте її умови були спільними для всіх співучасників (ч. 5 ст. 51).

На західноукраїнських землях, які у другій половині XVIII ст. потрапили під владу Австрійської монархії, з 1796 р. у Західній, а з 1797 р. – у Східній Галичині, згодом на Буковині поширив свою дію Кримінальний кодекс Австрії 1803 р. (Францішкана), який у 1852 р. був викладений в новій редакції. Він діяв у Галичині до введення польського Кодексу Карного 1932 р. На території Закарпаття, що фактично перебувала під владою Угорщини, застосовувалося Угорське кримінальне уложення про злочини і проступки 1879 р.

У Кримінальному кодексі Австрії (в редакції 1852 р.) питанню участі у злочині був присвячений параграф 5<sup>1</sup>. У ньому було зазначено, що крім “безпосереднього справці”, у вчиненні злочину можуть брати участь “учасники”, до яких відносяться “співвинні” і “учасники” у спеціальному значенні слова. “Безпосереднім справцею” визнавалася особа, яка безпосередньо вчинила злочин [17, с. 245]. Аналіз визначень понять інших учасників злочину (у широкому значенні) показує, що фактично йдеться про підбурювача до злочину (“співвинні”) та пособника (“співвинні” та “учасники” у спеціальному значенні слова). Фігура співвиконавця злочину окремо не виділялася, її охоплювало

<sup>1</sup> Інформація, у тому числі термінологія, подається в трактуванні проф., доктора Петра Стебельського [17].

поняття “безпосереднього справці”. В науці кримінального права осіб, які спільно безпосередньо вчиняли злочин, називали “співсравцями” [17, с. 245–246].

Стосовно відповідальності “безпосереднього справці”, як і інших співучасників злочину, загальні положення якихось особливих правил не містилися. В параграфі 5 зазначалося, що той, хто безпосередньо вчинив злочин, підлягав покаранню, визначеному Кодексом за вчинене злочинне діяння.

На відміну від кримінального закону Австрії, польський Кодекс Карний 1932 р. не містив окремого розділу чи параграфа про співучасть у злочині, а обмежився визначенням понять підбурювання та пособництва (арт. 26, 27) і встановленням правил відповідальності за вчинення відповідних діянь (арт. 28–30) [18, с. 101–107]. Ю. Макаревич, відстоюючи правильність такої позиції, писав, що слід відкинути саме поняття “участь у злочині”, оскільки “...немає участі в чужому злочині, але, кожен, хто спричинився до вчинення злочину, відповідає за власний злочин” [18, с. 99]. З огляду на це теорія та практика виконавця злочину (“sprawca przestępstwa”) визнавала особу, яка виконала об’єктивну сторону злочину, описаного в Особливій частині кодексу, незалежно від того, чи вчинявся він індивідуально, чи кількома особами.

В Угорському кримінальному уложенні про злочини і проступки 1879 р. інституту співучасті був присвячений окремий розділ V Загальних положень [3, с. 401]. Виділяли два типи співучасників: “учасники”, видами яких є підбурювачі та пособники параграф 69, і “виконавці” параграф 70. “Виконавцями” вважали “всі ті, хто виконують злочин чи проступок спільно або в організації”. Аналіз положень параграфів 130–133 (передбачено відповідальність за створення організації для верховної зради) підтверджує, що всі члени організації розглядаються як виконавці незалежно від фактично виконуваної ними ролі [3, с. 410].

Питання відповідальності виконавця регулювалося у цьому ж розділі. Згідно із параграф 71 він підлягав тому покаранню, яке визначене в законі за вчинений злочин чи проступок. Ознаки, які характеризують особу співучасника, що виключають караність діяння, пом’якшують чи посилюють покарання, щодо інших співучасників не враховувалися параграф 74. Частково було врегульовано питання ексцесу виконавця. Наприклад, вчинення діяння, що тягне за собою тяжче покарання, ніж те, до якого виконавця схилив підбурювач, іншим співучасникам у вину не ставилося параграф 73 [3, с. 401].

У 1939 р. Галичина, у 1940 р. – Буковина, а згодом після Другої світової війни і Закарпаття були включені до складу УРСР, де діяв КК УРСР 1927 р.

У післяреволюційний період із приходом в Україну радянської влади сфера кримінально-правового регулювання відповідальності виконавця злочину зазнала змін. Спочатку питання відповідальності співучасників регулювалося окремими декретами стосовно конкретних складів злочинів. Відсутність норм загальної частини у них обумовила те, що жоден такий нормативно-правовий акт не визначав поняття виконавця злочину, а одні і ті ж терміни часом позначали різні поняття.

Так, наприклад, у постанові РНК РРФСР “Про набатний дзвін” (1918 р.), Декреті РНК України “Про посилення кримінальної репресії за перевезення поза поштовим відомством листів, грошей і посилок” (1919 р.) зазначалося, що пособники, співучасники, підбурювачі і причетні особи відповідають за вчинений злочин нарівні із головними винуватцями (“главними виновниками”) [19, с. 160]. Оскільки вид і міра покарання в них визначалися безпосередньо для

осіб, які виконали злочинне діяння, що містить склад злочину, то звідси можна зробити висновок, що терміном “головний винуватець” позначався саме виконавець злочину. Цілком слушним і логічним видається зауваження Ф.Г. Бурчака, що термін “співучасник” тут використовувався не для позначення відповідного родового поняття, а фактично характеризував співвиконавство у злочині [20, с. 14]. Визначена законодавством відповідальність виконавця злочину обумовлювала вид і міру покарання всім іншим співучасникам (в широкому значенні) незалежно від характеру та ступеня участі у вчиненому злочині.

Перша спроба узагальнити та систематизувати норми загальної частини, в тому числі стосовно співучасті у злочині, була зроблена в “Керівних началах з кримінального права РРФСР” 1919 р. (далі – Керівні начала). Ст. 22 визначила поняття виконавця злочину з використанням відповідного терміна як особи, яка “бере участь у виконанні злочинного діяння, в чому б воно не полягало”. При цьому законодавець відмовився від виділення фігури співвиконавця злочину, оскільки в ст. 21 Керівних начал поряд з виконавцем злочину співучасниками визнавалися підбурювач та пособник. Ця ж стаття закріпила принцип відповідальності співучасників: “міра покарання повинна визначатися не ступенем участі, а ступенем небезпечності злочинця і вчиненого ним діяння” [19, с. 187]. Таке законодавче положення викликало серед науковців критику, оскільки ступінь участі є важливим показником ступеня небезпечності злочинця, між цими поняттями існує очевидний і нерозривний зв’язок [20, с. 22].

Це було враховано в КК УРСР 1922 р. [19, с. 450]. Ст. 15 КК визначила, що “міра покарання кожному із співучасників злочину визначається як ступенем участі, так і ступенем небезпечності злочинця і вчиненого ним злочину”. Поняття виконавця злочину, а також перелік видів співучасників злочину (ст. 16, ст. 15 КК) цілком відтворювали положення Керівних начал.

Прийняті 1924 р. “Основні начала кримінального законодавства СРСР і союзних республік” (далі – Основні начала 1924 р.) врегулювали лише питання відповідальності співучасників злочину. У ст. 12 зазначалося, що “міри соціального захисту застосовуються щодо всіх співучасників (підбурювачів, виконавців, пособників) залежно від ступеня їх соціальної небезпеки, так і від ступеню їх участі у злочині” [21, с. 202]. Визначення поняття виконавця злочину, як і інших співучасників, Основні начала 1924 р. не дали, залишивши це Кримінальним кодексам союзних республік. Проте КК 1927 р. у ст. 20 продублював положення КК 1922 р. [22, с. 311].

В Основах кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік 1958 р. (далі – Основи 1958 р.) та КК Української РСР 1960 р., що базувався на них, законодавець вже вкотре підтвердив своє бачення виконавця злочину як особи, яка його безпосередньо вчинила (ст. 17 Основ 1958 р., ст. 19 КК 1960 р.) [23, с. 9; 24, с. 17]. Зміни зазнало лише питання індивідуалізації покарання співучасників, в тому числі і виконавця. Так, при призначенні покарання суд повинен враховувати характер і ступінь участі співучасників у вчиненні злочину (ст. 17 Основ 1958 р., ст. 19 КК 1960 р.). Проте особа винного, характер та ступінь суспільної небезпеки вчиненого злочину мали враховуватися також відповідно до загальних начал призначення покарання (ст. 32 Основ 1958 р., ст. 39 КК 1960 р.) [23, с. 15; 24, с. 30].

У прийнятому 5 квітня 2001 р. новому КК України простежується в основному наступність у законодавчому регулюванні розглянутих питань

порівняно із Кримінальними кодексами радянського періоду. Проте в ньому вперше з'являється термін “співвиконавець злочину”, щоправда без власного, окремо виділеного поняття, розширюється зміст поняття виконавця злочину, виділяється стаття, присвячена відповідальності співучасників, що також містить правила кваліфікації діянь виконавця (співвиконавця) злочину тощо. Проте детальний аналіз та оцінка цих положень не є предметом нашого дослідження.

Отже, короткий огляд історичної правової спадщини дозволяє зробити висновок про багатовіковий поступальний розвиток вітчизняного законодавства від казуїстичного регулювання відповідальності виконавця та співвиконавця злочину щодо окремих злочинів (X-XVIII ст.) до закріплення загальних положень щодо співучасті у злочині (з XIX ст.). Це пояснюється запозиченням позитивного досвіду зарубіжних країн, врахуванням практики застосування вітчизняних норм, а також дедалі зростаючим впливом науки на процес законотворення.

Все це мало своїм наслідком:

- визначення в законі поняття виконавця злочину, все частіше його узагальнення, а з прийняттям КК України 2001 р. – конкретизацію та розширення змісту за рахунок введення альтернативної істотної ознаки, а саме: використання для вчинення злочину особи, що відповідно до закону не підлягає кримінальній відповідальності за скоєне (ч. 2 ст. 27 КК України);
- відмову від поділу співучасників на види за суб'єктивним критерієм інтересу особи у вчиненні злочину, у результаті чого співвиконавці злочину перестають охоплюватися іншими поняттями та позначатися різними термінами. Акцент на характері участі у злочині (виконуваний функції) поступово призводить до того, що співвиконавець стає складовою частиною поняття виконавця злочину;
- закріплення єдиних засад кримінальної відповідальності виконавця та співвиконавця злочину: кожен відповідає у межах спільного умислу, ознаки, що характеризують особу співучасника, ставляться у вину лише йому тощо;
- встановлення єдиних правил призначення покарання виконавцю та співвиконавцю злочину, що дало змогу позбутися безсистемної індивідуалізації їх відповідальності в кожному окремо взятому злочині.

Проаналізувавши нормативний матеріал, простежуємо історичну обумовленість положень чинного КК України у сфері регулювання відповідальності виконавця та співвиконавця злочину. Проте виділення законодавцем фігури співвиконавця злочину потребує теоретичного обґрунтування, наповнення конкретним змістом та визначення особливостей кримінальної відповідальності.

1. Памятники русского права. Выпуск первый: Памятники права Киевского государства (X–XII вв.) / [сост. А.А. Зимин; ред. С.В. Юшков]. – М.: Госюриздат, 1952. – 260 с.
2. Статути Великого князівства Литовського: У 3-х т. / [ред. С. Ківалов, П. Музиченко, А. Паньков]. – Одеса: Юридична література, 2002. – Том I. Статут Великого князівства Литовського 1529 року. – 2002. – 464 с.
3. Хрестоматія з історії держави і права України: У 2-х т. / [уклад. В.Д. Гончаренко, А.Й. Рогожин, О.Д. Святоцький; ред. В.Д. Гончаренко]. – К.: Ін Юре, 2000. – Т.1: 3 найдавніших часів до початку XX ст. – 2000. – 472 с.
4. Хрестоматія по історії рускаго права / [сост. М.Ф. Владімірській-Будановъ]. – С.-Петербург: Изданіе Н.Я. Оглоблина, 1887. – 236 с.

5. Статути Великого князівства Литовського: У 3-х т. / [ред. С. Ківалов, П. Музиченко, А. Паньков]. – Одеса: Юридична література, 2002 –. – Том II. Статут Великого князівства Литовського 1566 року. – 2003. – 560 с.
6. Статути Великого князівства Литовського: У 3-х т. / [ред. С. Ківалов, П. Музиченко, А. Паньков]. – Одеса: Юридична література, 2002 –. – Том III. Статут Великого князівства Литовського 1588 року: У 2 книгах. Кн. 2. – 2004. – 568 с.
7. *Малиновскій І.* Ученіе о преступленіи по Литовскому Статуту / І. Малиновскій. – Київ: Тип-фія Імператорского Университета св. Владимира, 1894. – 171 с.
8. *Groicki Bartoioimiej.* Porz№ dek s№ dwu spraw miejskich prawa majdeburskiego w Koronie Polskiej / Bartoioimiej Groicki. – Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1953.
9. Саксонское Зерцало. Памятник, комментарии, исследования / [отв. ред. В.М. Корецкий]. – М.: Наука, 1985. – 272 с.
10. *Лепісевиц П.М.* Державно-правовий устрій України в імперську добу. Навч. посібник / П.М. Лепісевиц, І.Я. Терлюк. – Львів: Край, 2005. – 127 с.
11. *Ковалев М.И.* Соучастие в преступлении. Ч. 1. Понятие соучастия / М.И. Ковалев. Ученые труды, серия уголовного права. Т. 3. – Свердловск: СВЮИ, 1960. – 288 с.
12. Памятники русского права. Выпуск шестой: Соборное Уложение царя Алексея Михайловича 1649 года / [ред. К.А. Софроненко]. – М.: Госюриздат, 1957. – 503 с.
13. Воинские артикулы Петра I. Материалы по изучению истории государства и права СССР / [отв. ред. А.Ф. Гончаров]. – М.: ВЮЗИ, 1960. – 50 с.
14. *Таганцев Н.С.* Русское уголовное право: В 2 т. / Н.С. Таганцев. – С.-Петербург: Государственная тип-фія, 1902 –. – Том I: Общая часть. – 1902. – 815 с.
15. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 года / [изд. Н.С. Таганцевым]. – С.-Петербург: Тип-фія М. Меркушева, 1913. – 1226 с.
16. Российское законодательство X-XX веков: (Тексты и коммент.). В 9 т. / [общ. ред. О.И. Чистякова]. – М.: Юрид. лит., 1984 –. – Т.9: Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций: Законодательство о государственном строе. Административное, земельное и уголовное законодательство. – 1994. – 352 с.
17. *Стебельский П.* Австрийске карне право. Після викладу 1902–1903 / П. Стебельский. – Львів: “Кружок правників” в “Академічній громаді”, 1903. – 419 с.
18. *Makarewicz Juljusz.* Kodeks Karny z komentarzem. Czwarte wydanie / Juljusz Makarewicz. – Lwuw: Wyd-wo Zakiadu Narodowego im. Ossolickich, 1935. – 528 str.
19. Борьба с преступностью в Украинской ССР. В 2-х т. / Авт. очерка и сост. сборника документов П.П. Михайленко. – К.: Министерство охраны общественного порядка УССР. Высш.школа, 1966 –. – Том 1. 1917–1925 гг. – 1966. – 831 с.
20. *Бурчак Ф.Г.* Учение о соучастии по советскому уголовному праву / Ф.Г. Бурчак. – К.: Наукова думка, 1969. – 216 с.
21. Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР 1917–1952 гг. / [ред. И.Т. Голяков]. – М.: Госюриздат, 1953. – 463 с.
22. Борьба с преступностью в Украинской ССР. В 2-х т. / Авт. очерка и сост. сборника документов П.П. Михайленко. – К.: Министерство охраны общественного порядка УССР. Высш.школа, 1966 –. – Том 2. 1926–1967 гг. – 1967. – 952 с.
23. Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик. – М.: Госюриздат, 1960. – 24 с.
24. Кримінальний кодекс України з постатейними матеріалами: Офіційне видання станом на 20 липня 2000 р. / Мін-во юстиції України. – Ужгород: “ІВА”, 2000. – 536 с.

**REGULATION OF CRIMINAL LIABILITY OF PERPETRATOR  
AND ACCOMPLICE OF CRIME IN THE HISTORY  
OF NATIONAL CRIMINAL LEGISLATION**

***I. Grynykha***

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

The article is devoted to the issues of legal regulation of perpetrator and accomplice of crime criminal liability in historical aspect. The regularities of legal regulation of their liability have been revealed and conclusion about historical stipulation of Criminal Code provisions is made.

*Key words:* complicity, perpetrator of crime, accomplice of crime.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## ПОНЯТТЯ ЕФЕКТИВНОСТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НОРМИ

*Н. Ждиняк*

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

Проаналізовано головні підходи до визначення поняття ефективності правової норми. З урахуванням специфіки галузі запропоновано власну дефініцію поняття ефективності кримінально-правової норми.

*Ключові слова:* ефективність правової норми, ефективність кримінально-правової норми.

Незважаючи на декларації України про гуманізацію кримінальної відповідальності та покарання, ми швидше спостерігаємо зворотне. Слушно постає питання: чи справляється чинне кримінальне законодавство зі своїм завданням, зокрема, чи ефективними є його норми?

В юридичній науці можна виділити два головні етапи дослідження ефективності правової норми. Перший етап – 60–80-ті роки минулого століття. В цей час над проблематикою ефективності правової норми працювали: С.С. Алексєєв, М.Н. Андрющенко, А.Б. Венгеров, В.В. Глазирін, І.А. Іконичька, Д.А. Керімов, В.А. Козлов, В.М. Кудрявцев, М.П. Лебедев, В.Б. Нікітін, В.І. Нікітинський, В.В. Орехов, А.С. Пашков, П.М. Рабінович, І.С. Самощенко, О.В. Смірнов, Л.І. Спірідонов, Ф.Н. Фаткулін, В.А. Федосова, Е.А. Фомін, Д.М. Чечот, Л.Д. Чулюкін, Є.П. Шикін, Л.С. Явіч та ін.

До питання ефективності у галузі кримінально-правових норм зверталися такі вчені як: В.Н. Бурлаков, С.А. Домахін, В.С. Дячков, Г.А. Злобін, І.І. Карпець, Н.Ф. Кузнецова, П.С. Тоболкін, І.Г. Філановський, М.Д. Шаргородський, В.І. Шмаров та ін.

Вищевказаний етап характеризувався такими головними напрямками вивчення проблеми ефективності правової норми, зокрема:

- спробою напрацювання універсального визначення поняття ефективності правової норми;
- вирішення проблеми співвідношення поняття ефективності правової норми з суміжними поняттями (економічності, корисності, оптимальності та ін.);
- встановлення критеріїв та показників ефективності правової норми;
- визначення способів вимірювання ефективності правової норми;
- виділення головних умов забезпечення ефективності правової норми та ін.

Саме в цей період були розроблені основи теорії ефективності правової норми, які визначили напрями дослідження цього явища у наступні роки.

Другий етап – бере початок з 90-х років ХХ ст. і триває до сьогодні. Виникнення інших політичних, економічних, соціальних та правових відносин викликало необхідність прийняття нових або зміни існуючих правових актів. Цей етап відзначається появою нових підходів до поняття ефективності, визначення критеріїв та показників ефективності, прийомів та способів її вимірювання. Хочеться зазначити, що проблеми, які не були вирішені на першому етапі, не були вирішені й згодом. Більше того, з'являється все більше публікацій, які не вирішують, а ще більше відводять від вирішення без сумніву актуальної проблеми.

На сьогодні залишилися невирішеними наступні питання:

- що розуміти під поняттям ефективність кримінально-правової норми?
- чи ефективність кримінально-правової норми при її застосуванні слід вважати ефективністю кримінально-правової норми?
- чи потрібно окремо виділяти ефективність кримінально-правової норми та ефективність правозастосовчої діяльності?

Вирішення вищевказаних проблем становлять мету цієї публікації.

Аналіз наукової літератури дає змогу навести наступні, на нашу думку, недоліки у визначенні поняття ефективності правової норми, характерні для першого етапу дослідження, а саме:

1) ототожнення поняття ефективності правової норми з іншими, суміжними поняттями – “економічності правової норми”, “корисності правової норми”, “оптимальності правової норми”;

2) ототожнення ефективності правової норми зі способом її встановлення;

3) ототожнення ефективності правової норми з її показниками;

4) ототожнення ефективності правової норми з наслідками регульованих нею суспільних відносин.

Зупинимося на цьому детальніше.

1. Ототожнення поняття ефективності правової норми з іншими, суміжними поняттями – “економічності правової норми”, “корисності правової норми”, “оптимальності правової норми”.

У 60-х роках ХХ ст. категорія ефективності правової норми ототожнювалася з суміжними поняттями:

- “*економічності правової норми*”, зокрема, Ф.Н. Фаткулін, Л.Д. Чулюкін, “під ефективністю (...) правових норм розуміють їх здатність з найменшими витратами позитивно впливати на суспільні відносини і на установки їх учасників в заданому напрямку за тих соціальних умов, що реально існують в період їх дії в країні” [1, с. 26].

Ефективність кримінально-правової норми та економічність кримінально-правової норми – це не тотожні поняття, оскільки економічність кримінально-правової норми вимірюється співвідношенням між досягнутим результатом та витратами. Тобто показник економічності кримінально-правової норми тим вищий, чим менші витрати отриманого результату. Цього не можна сказати про ефективність, адже не завжди найменші затрати свідчать про ефективність кримінально-правової норми. Крім того, ототожнюючи ефективність та економічність правових норм, ми ігноруємо призначення права як регулятора суспільних відносин, не пов’язаного з економічними показниками витрат.

- “*корисності правової норми*”, В.А. Козлов поняття ефективності правової норми визначає як “забезпечення досягнення соціально-корисної та об’єктивно обґрунтованої мети” [2, с. 9]. Під корисністю правових норм в юридичній літературі розуміється співвідношення намічених та побічних результатів, що виникають, як правило, поза передбаченням законодавця [3, с. 395].

Отже, якби намічена законодавцем мета реалізовувалася, і, відповідно, результати дії норм не відхилялися від поставленої мети, проблема корисності не виникала б. Тому поняття ефективності кримінально-правової норми та корисності не є тотожними, оскільки ефективність дії кримінально-правової норми визначається не “корисністю” результату, а тим, якою мірою реалізовано мету законодавця, що ставилася у разі прийняття відповідної норми.

– *“оптимальності правової норми”*, на думку Л.С. Явіча, А.С. Пашков – під ефективністю правової норми слід розуміти *“передбачення оптимального варіанту поведінки, необхідного для досягнення науково обґрунтованої мети...”* [4, с. 41].

На нашу думку, найточніше визначення оптимальності правової норми наводить В.М. Баранов, вважаючи, що *“оптимальність правової норми ... означає, що намічена нею мета досягнута повною мірою, в найкоротші терміни, при мінімальних соціальних затратах”* [5, с. 288].

Отож, оптимальність – вибір найкращого варіанту з багатьох можливих при найменших затратах. Як вказує О.А. Зелепукін, ототожнюючи ефективність правової норми та оптимальність, ми стверджуємо про можливість існування двох оцінок ефективності норми *“нуль ефективність”* і *“абсолютна ефективність”* [6, с. 38]. По суті такий підхід не тільки не виключає диференціації ефективності правових норм на певні рівні, ступені, але й спричинює визнання ефективними лише тих юридичних приписів, за допомогою яких вже повністю досягнуто мету законодавця. Цей підхід є помилковим, оскільки норми права зазвичай мають ступінчасту мету, яка формулюється у вигляді наближення до певного ідеального стану (*“зниження рівня злочинності”*). Відповідно, ефективність кримінально-правової норми може набувати різних результатів. Крім того, знову ж таки, найменші витрати не свідчать про ефективність кримінально-правової норми. Тому поняття її ефективності та оптимальності слід розмежовувати.

Підсумовуючи зазначимо, що треба розмежовувати ефективність кримінально-правової норми та суміжні поняття (*“економічність кримінально-правової норми”*, *“корисність кримінально-правової норми”*, *“оптимальність кримінально-правової норми”*), оскільки вони різняться як за змістом, так і за показниками, кожне з них має своє значення.

2. Ототожнення ефективності правової норми зі способом її встановлення – *“співвідношення між фактичним результатом їхньої дії й тією соціальною метою, для досягнення якої ці норми були прийняті”* (В.М. Кудрявцев, В.І. Нікітінський, М.С. Самощенко, В.В. Глазирін).

Г.А. Злобіним вперше уявлення про ефективність правових явищ пов’язав з кількісною операціоналізацією категорій *“мета”* та *“результат”* [7, с. 60] та розвинув цю думку згодом в роботах з кримінального права [напр., 8, с. 19–23].

Ця дефініція є найпоширенішою серед юристів. Її приймають за основу й інші автори, що займаються проблемою ефективності, такі як: А.Б. Венгеров, І.А. Іконицька, В.М. Сирих [9, с. 13, 36, 9].

Однак у цієї концепції є свої противники. Так, на думку В.В. Лапаєвої *“теорія ефективності, розроблена в 70–80-ті роки, знаходилася в руслі інструментального підходу до права як засобу керівництва суспільством, інструменту досягнення економічної, політичної, ідеологічної і т. д. мети (...). В сучасний період, коли завдання правового регулювання бачиться вже не в досягненні заданої зверху мети, а у вираженні та узгодженні соціальних інтересів, що сприяють нормальному, вільному розвитку суспільних відносин, повинні бути відповідним чином переглянуті й положення теорії ефективності законодавства. Тому було б невірною продовжувати трактувати ефективність закону як співвідношення між результатом дії норми та передбаченою нею метою”* [10, с. 30–31].

На нашу думку, таке визначення не позбавлене недоліків, оскільки тоді постає запитання – це визначення поняття ефективності правової норми, чи можливий шлях її вимірювання (методологічна основа вимірювання)? Адже, даючи

визначення поняття, слід встановити суттєві, необхідні, специфічні ознаки цього явища [11, с. 67]. Тому, на нашу думку, в цьому випадку важливе визначення поняття ефективності правової норми, а зазначення можливого способу її вимірювання.

Ототожнення ефективності правової норми з її показниками – “ступінь реалізованості необхідної правової можливості” (Д.А. Керімов) [12, с. 18].

Визначення критеріїв та показників ефективності правової норми має, безумовно, важливе значення у значенні ефективності конкретної правової норми. Тому визначення поняття ефективності через його показники не розкриває суті аналізованого явища.

Ототожнення ефективності правової норми з наслідками регульованих нею суспільних відносин – “їх результативність” (С.С. Алексєєв); “результат впливу права на суспільні відносини” (О.В. Смірнов) [13, с. 32, 30].

Визначення ефективності правової норми через “їх результативність” ставить більше запитань, ніж ми отримуємо відповідей. Який саме результат маємо на увазі? Щодо кримінально-правової норми, то що вважати результатом – утримання від вчинення злочинів, чи винесені обвинувальні вироки?

Крім того, “результативність” – це певний наслідок. Але як ми визначимо, чи ефективною є кримінально-правова норма, знаючи лише наслідок її впливу. Очевидно важливо, яку мету ставив законодавець у прийнятті конкретної кримінально-правової норми.

Тому визначення поняття ефективності правової норми як певного отриманого результату, нам видається, є недостатньо аргументованим.

Отож, підсумовуючи перший етап дослідження ефективності правової норми, потрібно вказати, що безумовно, виконано значну роботу, що підтверджується великою кількістю публікацій, у тому числі монографій. Однак, універсального визначення поняття ефективності правової норми так і не вдалося відшукати. Проте найбільшу кількість прихильників отримало визначення, запропоноване авторами монографії “Ефективність правової норми” які визначають ефективність правової норми через “співвідношення між фактичним результатом їх дії й тією соціальною метою, для досягнення якої ці норми були прийняті” [16, с. 22].

Характерним для другого етапу дослідження поняття ефективності правової норми є визначення її не через категорії “мета” та “результат”, а через “інтереси”.

Зокрема, через поняття “інтереси” пропонують визначати ефективність правової норми В.В. Лапаєва та В.Ф. Сіренко.

Так, на думку В.В. Лапаєвої, “поняття ефективності повинне розглядатися відповідно до нового типу правового регулювання. Сутність цього типу полягає в розумінні законотворчості як узгодження різних соціальних інтересів, при якому свобода реалізації одних інтересів не порушує інших. Йдеться про законотворчість, в основу якої покладено виявлення і врахування правоутворюючих інтересів. Правоутворюючий інтерес – це не інтерес якихось конкретних соціальних груп, а певна загальна модель вираження і захисту різних інтересів, певна теоретична конструкція (і в цьому сенсі теоретична абстракція), яка кожен раз повинна бути творчим винаходом законодавця. Тому завдання законодавця полягає у пошуку правової моделі узгодження різних соціальних інтересів, за якої свобода одних осіб в реалізації своїх інтересів не порушувала би свободи інших. Лише окресливши простір правоутворюючого інтересу, в межах якого одні правомірні соціальні інтереси не суперечать іншим і закріпивши правоутворюючий інтерес в законі, надавши йому, отже, легальний характер і державну підтримку, законодавець

зможє забезпечити нормальний, вільний розвиток суспільних відносин у відповідній сфері” [10, с. 4849].

У руслі цього підходу В.В. Лапаєва визначає ефективність закону як “міру його вкладу в укріпленні правових начал державного і суспільного життя, в формуванні та розвитку елементів свободи в суспільних відносинах” [10, с. 50].

Також при визначенні ефективності правової норми інтереси, а не на мету та результат важливо звертати увагу – вважає Сіренко В.Ф. “Якщо визначити інтерес як співвідношення між необхідністю задоволення потреб груп, окремих верств населення і можливістю їх задоволення, то виникає модель, складові якої можна розглядати як елементи ефективності, а саме: соціальні проблеми, котрі потрібно задовольнити за допомогою конкретного нормативного акту; правові засоби, їх кількість та якість; здатність правових засобів задовольняти соціальні потреби, закріплені в нормативному акті; перспективність напрямів удосконалення законодавства з метою задоволення соціальних потреб за допомогою правових засобів [14, с. 3–13].

На нашу думку, визначення, які запропонували В.В. Лапаєва та В.Ф. Сіренко, цінні для теорії ефективності правової норми, оскільки висловлено новий підхід, нове розуміння цього поняття. Однак, очевидно, воно більш застосовне для визначення ефективності приватноправових суспільних відносин, а не для публічно-правових, які ґрунтуються на владно-імперативному методі.

Серед визначень ефективності правової норми, запропонованих у другому періоді цікавою видається і позиція А.В. Малько, який “розкриває поняття ефективності через категорії правових стимулів і правових гальм (обмежень). Саме з їх допомогою правове регулювання виконує дві головні функції: розвиток і охорона, захист суспільних відносин. Функцію розвитку забезпечують головним чином правостимулюючі засоби: заохочення, пільги, переваги, рекомендації, дозволи і т. п. Правові стимули ґрунтуються на методах переконання, їх спрямованість – сприяти правомірній поведінці, створення для неї сприятливого режиму. Правові гальма (обмеження) – покарання, відповідальність, заборони, обмеження, обов’язки і т. д. – покликані перешкоджати активності протизаконній, антисуспільній. А.В. Малько зазначає, що при порушенні міри правове стимулювання і правове гальмування можуть трансформуватися в свою протилежність. Йдеться, по суті справи, про перетворення ефективних форм впливу в дефективні. З’ясовуючи межі такої міри, законодавець визначає кордони правового стимулювання і гальмування, що дозволяє, по-перше, обрати дійсно потрібні, працюючі правові стимули і гальма, по-друге, “викликати” до життя поведінку, необхідну, корисну, правомірну, і по-третє, не поширювати сферу дії правових стимулів і гальм на вчинки, регулювати які право не в стані” [15, с. 51–52].

На нашу думку, визначення ефективності правової норми, запропоноване А.В. Малько через категорії правових стимулів і правових гальм (обмежень), заслуговує на увагу та потребує подальшого дослідження, проте, без сумніву, має важливе значення для подальшого розвитку теорії ефективності правових норм.

З урахуванням викладених вище підходів до визначення поняття ефективності правової норми та з урахуванням специфіки галузі кримінального права, хочемо визначити наступні важливі моменти:

1. Прийняття будь-якої кримінально-правової норми передбачає бажання законодавця досягнення певної мети. Для її досягнення законодавцеві необхідно забезпечити закладення необхідних якісних властивостей кримінально-правової

норми. Вищевказані якісні властивості кримінально-правової норми й становлять потенційну (прогнозовану) її ефективність.

Для того, щоб потенційна (прогнозована) ефективність кримінально-правової норми “запрацювала”, необхідні відповідні механізми для її дії-реалізації. Тобто від здатності механізмів дії кримінально-правової норми реалізувати закладені в ній якісні властивості кримінально-правової норми залежить в кінцевому рахунку ефективність кримінально-правової норми.

Отож, ефективність кримінально-правової норми – це її властивість, здатність досягати поставлену законодавцем мету. Ефективність кримінально-правової норми охоплює потенційну (прогнозовану) ефективність кримінально-правової норми, яка визначається якісними властивостями норми (змістовними та техніко-юридичними характеристиками; чіткістю, ясністю формулювань, узгодженістю, безпробільністю, як в межах норми, так і нормативно-правового акту) та ефективністю механізму її дії-реалізації.

2. Вважаємо, що ефективність кримінально-правової норми визначається доти, поки кримінально-правова норма не буде порушена. Після порушення кримінально-правової норми заговоримо про ефективність правозастосовчої діяльності. Тому, на нашу думку, потрібно розрізняти повністю не поняття які збігаються – ефективність кримінально-правової норми та правозастосовчої діяльності, оскільки вони різняться змістом, показниками, кожна має своє значення.

1. *Фаткуллин Ф.Н., Чулюкин Л.Д.* Социальная ценность и эффективность правовой нормы. – Казань: Изд-во Казанского университета, 1977. – 119 с.
2. *Козлов В.А.* Вопросы теории эффективности правовой нормы: автореф. канд. юрид. наук. – Л., 1972. – 26 с.
3. Теория государства и права // Под ред. М.Н. Марченко. – М., 1987. – 378 с.
4. *Паиков А.С., Явич Л.С.* Эффективность действия правовой нормы // Советское государство и право. – 1970. – № 3. – С. 40–48.
5. *Баранов В.М.* Истинность норм советского права. Проблемы теории и практики. – Саратов, 1989. – 398 с.
6. *Зеленукин А.А.* Проблемы эффективности российского законодательства: дисс. канд. юрид. наук. – Саратов, 2000. – 236 с.
7. *Злобин Г.А.* О методологии изучения эффективности уголовного наказания в советском уголовном праве и криминологии // Вопросы предупреждения преступлений. – М.: Юрид. лит., 1965. – № 1. – С. 50–74.
8. *Карпец И.И.* Об эффективности уголовного закона // Социалистическая законность. – 1966. – № 5. – С. 19–23.
9. *Самощенко И.С., Никитинский В.И., Венгеров А.Б.* Об основах методологии и методики изучения эффективности действия правовых норм // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 25. – М., 1971. – С. 3–40; *Иконицкая И.А.* Проблемы эффективности в земельном праве. М., 1979. – 183 с.; *Сырых В.М.* Истинность и правильность как критерии теоретической эффективности норм права // Эффективность закона. Методология и конкретные исследования // Отв. ред.: Сырых В.М., Тихомиров Ю.А. – М., 1997. – С. 9–28.
10. *Лапаева В.В.* Эффективность закона и методы ее изучения // Эффективность закона. Методология и конкретные исследования / Отв. ред.: Сырых В.М., Тихомиров Ю.А. – М., 1997. – С. 28–44.

1. *Карамішева Н.В.* Логіка. Пізнання. Евристика. Посібник для студентів та аспірантів. Астролябія. Львів, 2002. – 351 с.
2. *Керимов Д.А.* Категории действительности и возможности в праве // Советское государство и право. – 1968. – № 8. – С. 13–21.
3. *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – М.: Юрид. лит., 1966. – 187 с.; *Смирнов О.В.* Эффективность правового регулирования. Организация труда на предприятии. – М.: Юрид. лит., 1968. – с. 183.
4. *Сіренко В.Ф.* Визначення ефективності законодавства: методологічні аспекти // Законодавство: проблеми ефективності. – К.: Наукова думка. – 1995. – С. 3–13.
5. *Малько А.В.* Эффективность правового регулирования // Правоведение. – 1990. – № 6. – С. 61–67.
6. Эффективность правовых норм // *Кудрявцев В.Н., Никитинский В.И., Самощенко И.С., Глазырин В.В.* – М.: Юрид. Лит., 1980. – 280 с.

## CONCEPT OF CRIMINAL AND LEGAL NORM EFFECTIVENESS

*N. Zhdynjak*

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

In the article the main approaches to the definition of legal norm effectiveness are analyzed. The author proposes his own definition of this concept making stresss on the criminal law branch.

*Key words:* legal norm effectiveness, criminal legal norm effectiveness.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД РЕГУЛЮВАННЯ ПИТАННЯ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА СУКУПНІСТЮ ВИРОКІВ

*Г. Мартинишин*

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

У статті зроблено порівняльний аналіз кримінального законодавства щодо питання призначення покарання за сукупністю вироків таких зарубіжних держав: КНР, республік Азербайджану, Вірменії, Білорусії, Казахстану, Литви, Таджикистану, Туркменистану, Франції та Російської Федерації. Автор звернув увагу на недоліки правового регулювання зазначеного питання у кримінальному законодавстві окремих із проаналізованих зарубіжних держав, висловив пропозиції щодо вдосконалення. Відзначено особливості врегулювання проблеми призначення покарання за сукупністю вироків за законодавством зарубіжних держав та проведено порівняльний аналіз щодо врегулювання цього питання за кримінальним законодавством України.

*Ключові слова:* призначення покарання, сукупність вироків, постановлення вироку, проголошення вироку, вступ вироку в законну силу, способи складання покарань, поглинання покарання, максимальна межа призначеного покарання.

Питанню призначення покарання за вчинення злочину у кримінальному законодавстві зарубіжних держав приділено чималу увагу. Більшість кримінальних кодексів іноземних держав містять главу (розділ), в якому регламентовано порядок призначення покарання. Серед статей, розміщених у цьому розділі, як правило, є стаття, яка регулює порядок призначення покарання за сукупністю вироків. Однак законодавці різних держав по-різному підходять до врегулювання цього питання.

Питанню призначення покарання за сукупністю вироків у КК Російської Федерації присвячена ст. 70, в якій зазначено: “При призначенні покарання за сукупністю вироків до покарання, призначеного за останнім вироком суду, частково або повністю приєднується невідбута частина покарання за попереднім вироком суду” [1, ст. 70]. На думку російського науковця С.І. Курганова, призначення покарання за сукупністю вироків матиме місце тоді, коли засуджений після постановлення вироку, але до повного відбуття покарання вчинив новий злочин, незалежно від того чи вступив вирок у законну силу [2, с. 51]. На нашу думку, позиція науковця є правильною, але недоліком російського законодавця, вважаємо, є те, що у диспозиції статті це положення чітко не виписано. А тому може скластися враження, що у разі вчинення особою нового злочину до вступу вироку в законну силу покарання повинно бути призначено за сукупністю злочинів, а не за сукупністю вироків. Таке ж положення, як у КК Російської Федерації, закріплено і у відповідних статтях КК Республік Азербайджан та Туркменистан [3, ст. 67; 4, ст. 64]. По-іншому і, на наш погляд, більш вдало сформульовані диспозиції статей Китайської Народної Республіки, республік Вірменії, Білорусії, Казахстану, Таджикистану, Узбекистану та України. Так, в ст. 71 КК Китайської Народної Республіки зазначено: “Якщо після постановлення вироку, але до відбуття повного строку покарання засуджений знову вчинить злочин, йому необхідно призначити покарання за новий злочин і до цього покарання приєднати невідбуту частину покарання за першим вироком” [5, ст. 71]. Схоже положення закріплено у ст. 73 КК Республіки Білорусія, в ст. 67 КК Республіки Вірменія, в ст. 60 КК Республіки Казахстан, в ст. 68 КК Республіки

Таджикистан, в ст. 60 КК Республіки Узбекистан та у ст. 71 КК України, де вказано: “Якщо засуджений після постановлення вироку, але до повного відбуття покарання, вчинив новий злочин, то суд до покарання, призначеного за новим вироком, повністю або частково приєднує невідбуту частину покарання за попереднім вироком” [6, ст. 73; 7, ст. 67; 8, ст. 60; 9, ст. 68; 10, ст. 60; 11, ст. 71].

Своєрідно дане питання вирішується у КК Республіки Литва та КК Республіки Франція. В ч. 1 ст. 64 КК Литви зазначено: “Якщо засуджений, не відбувши призначеного покарання, вчиняє нове злочинне діяння або злочинне діяння вчиняє особа, відбуття покарання якої відстрочено, або нове злочинне діяння вчиняє особа, котра умовно-достроково звільнена від покарання в період невідбутого строку, суд, призначивши покарання за новий злочин, призначає покарання за сукупністю. При цьому покарання за сукупністю суд призначає шляхом повного або часткового складання” [12, ст. 64]. Відповідно до ст. 132–2 КК Франції сукупність злочинних дій простежуємо тоді, коли злочинне діяння вчинено особою до моменту винесення остаточного вироку за інший злочин. У ст. 132–8 -132–10 цього ж кодексу зазначено: “покарання подвоюється, якщо фізична особа, раніше судима за злочин або проступок, протягом вказаного в законі строку з моменту закінчення попереднього покарання або строку давності обвинувального вироку вчиняє новий злочин або проступок” [13, ст. 132–2; 132–8; 132–10]. Таке положення означає, що за кримінальним правом Франції ознакою, яка відмежовує сукупність злочинів від сукупності вироків є вступ вироку в законну силу.

На відміну від законодавця Азербайджану, Російської Федерації, Туркменистану, а також Литви, законодавець України, Білорусії, Вірменії, Казахстану, Таджикистану, Узбекистану та Китаю визначив момент, з якого необхідно призначати покарання за сукупністю вироків у разі вчинення особою нового злочину. Цим моментом є постановлення вироку по першій справі. Однак виникає запитання, що слід розуміти під поняттям “постановлення вироку”? Чи “постановлення вироку” є “проголошення вироку”, тобто чи це слова-синоніми, чи поняття “постановлення вироку” також охоплює собою “набрання вироком законної сили”. Відповідь на це питання має важливе кримінально-правове значення, адже дозволяє визначити: мала місце сукупність злочинів чи сукупність вироків.

Щодо цього питання український науковець В.І. Тютюгін зазначає, що постановлення вироку завершується проголошенням [14, с. 253]. Але, на нашу думку, це не зовсім так. В ч. 1 ст. 322 КПК України зазначено, що вирок постановляється в окремому приміщенні – нарадчій кімнаті. В ч. 2 ст. 332 КПК України, котра має назву “Складання вироку” зазначено, що вирок повинен бути написаний одним із суддів, який брав участь у його постановленні. А в ч. 1 ст. 341 КПК України зазначається, що після постановлення вироку судді повертаються до залу засідання, де головуючий або один із суддів проголошує вирок [15, ст. 322; 341]. Звідси доходимо висновку, що постановлення вироку відбувається в нарадчій кімнаті, а його проголошення – вже у залі судового засідання. Тому можна дійти висновку, що постановлення вироку – це процес його складання (написання) та підписання, а проголошення вироку є окремим етапом. Вважаємо, що оскільки постановлення вироку відбувається у нарадчій кімнаті, а його проголошення в залі суду, то із законодавчого положення доходимо висновку, що призначення покарання за сукупністю вироків може мати місце і до проголошення вироку, тобто, вже з моменту виходу суду з нарадчої кімнати. А сукупність злочинів матиме місце, коли винний вчинив сукупно

небезпечне діяння до моменту видалення суду в нарадчу кімнату для постановлення вироку поу першій справі.

Однак інша позиція з цього питання у Пленумі Верховного Суду України. Відповідно до п. 25 постанови Пленуму Верховного Суду України “Про практику призначення судами кримінального покарання” від 24 жовтня 2003 р. № 7 за сукупністю вироків покарання призначається, коли засуджена особа до повного відбуття основного чи додаткового покарання вчинила новий злочин, а також коли новий злочин вчинено після проголошення вироку, але до набрання ним законної сили [16, п. 25]. Як бачимо, позиція Пленуму Верховного Суду України суперечить позиції законодавця, закріпленій у ст. 71 КК України та ст. 322, 341 КПК України і тим самим зумовлює породу нових проблем у практиці застосування законодавства України.

Щоб припинити дискусії і усунути проблеми у практиці застосування кримінального законодавства України, на наш погляд, потрібно закріпити на законодавчому рівні момент, з якого необхідно застосовувати правила призначення покарання за сукупністю вироків.

У літературі з цього питання є дві позиції. Прихильники першої стверджують, що коли новий злочин вчинено винним після проголошення вироку і вступу його в законну силу, то має місце сукупність вироків, а коли новий злочин вчинено після проголошення вироку, але до вступу його в законну силу, має місце сукупність злочинів. В основу своєї позиції науковці вкладають те, що особа, засуджена за вчинення злочину, вважається судимою з дня набрання вироком законної сили і до моменту погашення або зняття судимості. Відповідно, юридичного значення вирок набуває не в момент його проголошення, а з дня набрання ним законної сили. Лише відтоді настають правові наслідки, породжені вироком, а тому правила ст. 70 КК (за КК Російської Федерації ця стаття передбачає правила призначення покарання за сукупністю вироків. В КК України ці правила передбачені в ст. 71) повинні застосовуватися лише тоді, коли новий злочин вчинено після вступу попереднього вироку в законну силу [17, с. 218–219; 18, с. 341; 19, с. 6, 12–13; 20, с. 360–361].

Прихильники іншої позиції вважають, що особа, щодо котрої з дотриманням встановленої законом процедури відбувся судовий розгляд, судьями (суддею) обговорено, складено і підписано обвинувальний вирок з призначенням покарання, і котра під час або після проголошення вироку вчиняє новий злочин, навряд чи може вважатися менш суспільно небезпечною і такою, яка заслуговує менш суворих правил призначення покарання, ніж та, котра, за інших рівних умов, вчиняє злочин після вступу вироку в законну силу. Вони також звертають увагу на те, що підвищена суспільна безпека особи, котра вчиняє новий злочин під час або після проголошення вироку, але до вступу вироку в законну силу, а також і після вступу цього вироку в законну силу не стає меншою чи більшою від формального моменту – вступив чи не вступив проголошений вирок у законну силу. Прихильники цієї позиції також зазначають, що засуджений нерідко взагалі не усвідомлює конкретного моменту, з якого вирок щодо нього вступає в законну силу [21, с. 670].

Обидві позиції належно обґрунтовані і заслуговують на увагу. Однак ми схилиємось до першої позиції і вважаємо, що правила призначення покарання за сукупністю вироків необхідно застосовувати з моменту вступу вироку в законну силу. На наш погляд, якщо призначати покарання за нововчинений злочин за сукупністю вироків до вступу вироку по першій справі в законну силу, то

виникатиме “процесуальна тяганина”, пов’язана з тим, що у разі подання апеляційної скарги і як її наслідок – скасування вироку чи постановлення нового вироку по першій справі, покарання буде змінено. Тоді за нововиявленими обставинами буде змінено і другий вирок, а отже і остаточне покарання за сукупністю вироків. Тому, підтримуючи М.Н. Становського та Е.Ю. Жинкіну, вважаємо, що правового значення вирок набуває з дня набрання ним законної сили і тому моментом, з якого необхідно призначати покарання за сукупністю вироків, треба вважати саме вступ вироку в законну силу.

Наступною відмінністю у врегулюванні питання призначення покарання за сукупністю вироків за законодавством іноземних держав є встановлення максимального строку покарання, яке може бути призначено за сукупністю вироків. Важливо зазначити, що така відмінність є двох видів:

1. Якщо остаточне покарання, призначене за сукупністю вироків, не пов’язане з позбавленням волі:

а) воно не може перевищувати максимальних строків або розмірів, встановлених для даних видів покарань в Загальній частині Кримінального кодексу (Азербайджан, Білорусія, Казахстан, Російська Федерація, Таджикистан, Туркменистан, Україна);

б) воно не може перевищувати максимального розміру, встановленого для даних видів покарання Особливою частиною Кримінального кодексу (Вірменія).

Зовсім інший порядок передбачений у ст. 71 КК Китайської Народної Республіки, де вказано (з посиланням на ст. 69 КК КНР): “Якщо після постановлення вироку, але до повного відбуття строку покарання засуджений знову вчинив злочин, то йому необхідно призначити покарання за новий злочин і до цього покарання приєднати невідбуту частину покарання за першим вироком. Остаточне покарання при цьому складає менше суми строків покарань, призначених за кожен злочин, але більше максимального строку, призначеного за один із злочинів. Сума строків покарань при засудженні особи до “нагляду” не може перевищувати трьох років; “короткочасного арешту” – одного року” [5, ст. 71].

2. Якщо остаточне покарання, призначене за сукупністю вироків, пов’язане з позбавленням волі:

а) воно не може перевищувати двадцяти років (Азербайджан, Вірменія, КНР, Туркменистан);

б) воно не може перевищувати тридцяти років (Білорусія, Російська Федерація, Таджикистан);

в) воно не може перевищувати двадцяти п’яти років, а у разі вчинення особливо тяжких злочинів – тридцяти років (Казахстан);

г) воно не може перевищувати п’ятнадцяти років, а у разі вчинення особливо тяжких злочинів – двадцяти п’яти років (Україна).

На нашу думку, така диференціація максимальних строків та розмірів покарань у разі призначення покарання за сукупністю вироків за законодавством іноземних держав зумовлена тим, що строки та розміри покарання у різних країнах є різними. І, керуючись цим, законодавці встановлюють максимальні строки і розміри покарань у разі призначення покарання за сукупністю вироків.

Так, відповідно до КК Казахстану, покарання у вигляді обмеження волі може бути призначено на строк від одного до п’яти років; арешту – від одного до шести місяців; позбавлення волі – від шести місяців до п’ятнадцяти років, а за вчинення особливо тяжких злочинів – двадцяти років або довічного позбавлення волі

[8, ст. 45; ст. 46; ст. 48]. У КК РФ зазначено, що покарання у вигляді обмеження волі призначається особам, котрі вчинили умисний злочин, але не мають судимості, строком від одного до трьох років, а за вчинення необережного злочину – від одного до п'яти років; арешту – від одного до шести місяців; позбавлення волі – від двох місяців до двадцяти років [1, ст. 53; ст. 54; 56]. Відповідно до КК Білорусії, покарання у вигляді обмеження волі може бути призначено на строк від шести місяців до п'яти років; арешту – від одного до шести місяців; позбавлення волі – від шести місяців до дванадцяти років, за вчинення особливо тяжкого злочину покарання у вигляді позбавлення волі призначається на строк більше дванадцяти років, але не більше п'ятнадцяти; за вчинення особливо тяжкого злочину, поєданого з умисним посяганням на життя людини – не більше двадцяти п'яти років; за вчинення необережного злочину – не більше семи років [6, ст. 55; ст. 54; ст. 57]. У КК Азербайджану зазначено, що покарання у вигляді обмеження волі призначається особам, котрі вчинили умисний злочин, але не мають судимості, строком від одного до трьох років, а за вчинення необережного злочину – від одного до п'яти років; арешт як вид покарання не передбачений. Позбавлення волі призначається від трьох місяців до п'ятнадцяти років [3, ст. 53; ст. 55]. У ст. 54 КК Таджикистану передбачено, що покарання у вигляді обмеження волі призначається строком від одного до п'яти років [9, ст. 54]. Покарання у вигляді позбавлення волі призначається строком від шести місяців до двадцяти п'яти років [9, ст. 58]. Арешт як вид покарання у КК Таджикистану не передбачений. За КК Туркменістану покарання у вигляді позбавлення волі призначається на строк від шести місяців до двадцяти років, покарання у вигляді обмеження волі та арешту не передбачено [4, ст. 53]. Відповідно до КК України покарання у вигляді обмеження волі може бути призначено на строк від одного до п'яти років; арешту – від одного до шести місяців; позбавлення волі – від одного до п'ятнадцяти років [11, ст. 61; ст. 60; ст. 63].

Однак, на нашу думку, така позиція законодавців щодо встановлення максимальної межі строків і розмірів покарань у разі призначення покарання за сукупністю вироків, є незрозумілою і необґрунтованою, оскільки, встановлюючи максимальну межу строків і розмірів покарань, законодавець тим самим обмежує призначення судами справедливого покарання. Тобто, призначаючи покарання за кожен злочин (врахувавши характер і ступінь суспільної небезпеки, особу винного, обставини вчиненого злочину), суд не завжди зможе призначити покарання, необхідне і достатнє для виправлення особи, бо кожного разу йому доведеться виходити з того, який строк і розмір покарання потрібно призначити, щоб не порушити межі, встановлених законодавцем. Незрозумілою видається така “акція” з боку держави, коли при призначенні покарання за сукупністю вироків відбувається зменшення строків і розмірів покарання, тоді, як за вчинення одиничного злочину суд може призначити особі максимальний розмір чи строк покарання в межах санкції статті. Отож сам законодавець вказує на зниження рівня суспільної небезпеки особи і тому встановлює максимальну межу строків і розмірів покарання у разі призначення покарання за сукупністю вироків. На нашу думку, встановлювати максимальну межу строків і розмірів покарань, як виняток, доцільно лише у випадках, коли новий злочин після постановлення вироку по першій справі вчинено через необережність, бо в такому разі не відбувається зростання рівня суспільної небезпеки особи.

Крім того, така позиція законодавця щодо зменшення строків та розмірів покарань у разі вчинення особою нового умисного злочину після постановлення

вироку по першій справі, суперечить меті покарання, яка закріплена у більшості з проаналізованих кримінальних кодексів іноземних держав. Так, в ч. 2 ст. 43 КК РФ зазначено: “Покарання застосовується з метою відновлення соціальної справедливості, а також з метою виправлення засудженого і попередження вчинення нових злочинів” [1, ст. 43]. Аналогічне положення міститься в ст. 41.2 КК Азербайджану, ч. 2 ст. 48 КК Вірменії, ч. 2 ст. 38 КК Казахстану, ч. 2 ст. 46 КК Таджикистану та ч. 2 ст. 43 КК Туркменистану. Очевидно, що відновлення соціальної справедливості можливе лише за умови призначення справедливого покарання, тобто за кожен фактично вчинений злочин має бути призначено покарання в межах санкції статті Особливої частини Кримінального кодексу, відповідно до положень Загальної частини та враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного, обставини, що пом’якшують та обтяжують покарання. А тому встановлювати межу щодо строків і розмірів покарання при призначенні покарання за сукупністю вироків у разі вчинення особою нового умисного злочину, вважаємо, недоцільно.

Більше того, невже ми досягаємо мети виправлення особи і попередження нових злочинів як засудженими, так і іншими особами, зменшуючи строки і розміри покарання у разі вчинення особою нового умисного злочину після постановлення вироку по першій справі? На нашу думку, у разі вчинення особою нового умисного злочину після постановлення вироку по першій справі відбувається підвищення рівня суспільної небезпеки особи, а тому за нововчинений злочин покарання мало би збільшуватись. З цього питання вважаємо вдалим вислів Талмуду: “Тому, хто совершит преступление дважды, оно уже кажется дозволенным”. Отже, щоб попередити таку протиправну поведінку в майбутньому, необхідно карати злочинців вже сьогодні. Варто зазначити, що в ч. 2 ст. 50 КК України вказано: “Покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання нових злочинів як засудженими, так і іншими особами” [11, ст. 50]. Як вказує український законодавець “не тільки кару...”, але й кару зокрема. Вважаємо, що відновлення соціальної справедливості можливе лише в тому випадку, коли винна особа відчує на собі кару за кожен вчинений злочин сповна.

Наступним важливим моментом, який враховується при призначенні покарання за сукупністю вироків відповідно до законодавства іноземних держав, є те, що остаточне покарання, призначене за сукупністю вироків, повинно бути більшим від покарання, призначеного за новий злочин, а також від невідбутої частини покарання за попереднім вироком. У врегулюванні цього питання у законодавстві Азербайджану, Білорусії, Вірменії, Казахстану, КНР, Російської Федерації, Таджикистану, Туркменистану та України немає розбіжностей.

Щодо призначення додаткових покарань законодавці названих держав єдині в тому, що призначене хоча б за одним із вироків додаткове покарання або невідбута його частина за попереднім вироком підлягає приєднанню до покарання, остаточного призначеного за сукупністю вироків.

У кримінальному законодавстві Азербайджану, Білорусії, Вірменії, Таджикистану та України є вказівка на те, що у разі призначення покарання за сукупністю вироків, покарання у вигляді довічного позбавлення волі поглинає менш суворі види покарання. Однак, на нашу думку, конструкція ст. 71 КК України та ст. 68 КК Таджикистану в цій частині є більш досконалою, ніж конструкції відповідних статей КК Азербайджану, Білорусії та Вірменії, які регулюють порядок призначення покарання за сукупністю вироків, оскільки в

ст. 71 КК України зазначено: “При складанні покарань у виді довічного позбавлення волі та будь-яких менш суворих покарань загальний строк покарання, остаточно призначеного за сукупністю вироків, визначається шляхом поглинання менш суворих покарань довічним позбавленням волі” [11, ст. 71]. Аналогічне положення закріплене в ч. 4 ст. 68 КК Таджикистану. А от в ст. 67 КК Азербайджану, ст. 67 КК Вірменії і ст. 73 КК Білорусії вказується: “У разі вчинення особою, котра відбуває покарання у виді довічного позбавлення волі, нового злочину покарання, призначене за новий злочин, поглинається довічним позбавленням волі” [3, ст. 67; 7, ст. 67; 6, ст. 73]. Доходимо висновку, що законодавці республік Азербайджану, Вірменії та Білорусії не передбачили поглинання довічним позбавленням волі менш суворих видів покарання у разі, коли воно призначене за нововчинений злочин. В кримінальному законодавстві Казахстану, КНР, Литви, Російської Федерації, Туркменистану, Франції вказівки на поглинання довічним позбавленням волі менш суворих видів покарань взагалі немає. Однак відсутність такої вказівки, на наш погляд, не є суттєвим недоліком законодавства.

Проаналізувавши кримінальне законодавство КНР, республік Азербайджану, Вірменії, Білорусії, Казахстану, Литви, Таджикистану, Туркменистану, Франції та Російської Федерації щодо питання призначення покарання за сукупністю вироків, робимо такий висновок: більшість положень, що регулюють порядок призначення покарання за сукупністю вироків у КК зарубіжних держав, повторюються. Найбільша схожість у врегулюванні цього питання простежується у КК Білорусії, Таджикистану, України та Російської Федерації, а також Азербайджану, Казахстану і Туркменистану. Є деякі особливості у врегулюванні питання призначення покарання за сукупністю вироків у КК КНР та Вірменії, Литви та Франції, на що вже було звернено увагу під час детального аналізу законодавства цих держав. Порівнюючи кримінальне законодавство України та вищезазначених зарубіжних держав щодо порядку призначення покарання за сукупністю вироків, вважаємо, що конструкція ст. 71 КК України, яка регулює такий порядок, у певних моментах є досконалішою, ніж конструкції відповідних статей КК зарубіжних держав. Однак окремі положення цієї статті все ж потребують вдосконалення. А тому потрібно узагальнити зарубіжний досвід і на його основі провести вдосконалити чинне кримінальне законодавство України.

1. Уголовный кодекс Российской Федерации принят 24 мая 1996 г. со следующими изменениями и дополнениями / [www.ganun.narod.ru](http://www.ganun.narod.ru).
2. Курганов С.И. Наказание: уголовно-правовой, уголовно-исполнительный и криминологический аспекты. – М.: Проспект, 2008. – 192 с.
3. Уголовный кодекс Республики Азербайджан / [www.ganun.narod.ru](http://www.ganun.narod.ru).
4. Уголовный кодекс Республики Туркменистан принят 01 января 1997 г. со следующими изменениями и дополнениями // [www.ganun.narod.ru](http://www.ganun.narod.ru).
5. Уголовный кодекс Китайской Народной Республики принят 14 марта 1997г. со следующими изменениями и дополнениями // [www.ganun.narod.ru](http://www.ganun.narod.ru).
6. Уголовный кодекс Республики Беларусь принят 2 июня 1999 г. со следующими изменениями и дополнениями // [www.ganun.narod.ru](http://www.ganun.narod.ru).
7. Уголовный кодекс Республики Армения принят 18 апреля 2003 г. со следующими изменениями и дополнениями // [www.ganun.narod.ru](http://www.ganun.narod.ru).
8. Уголовный кодекс Республики Казахстан принят 16 июля 1997 г. со следующими изменениями и дополнениями // [www.ganun.narod.ru](http://www.ganun.narod.ru).

9. Уголовный кодекс Республики Таджикистан принят 21.05.1998г. со следующими изменениями и дополнениями // www.ganun.narod.ru
10. Уголовный кодекс Республики Узбекистан. СПб., 2001.
11. Кримінальний кодекс України прийнятий 05.04.2001 р. Офіційний текст. -К.: ІнЮре, 2008. – 236 с.
12. Уголовный кодекс Республики Литва. СПб., 2002.
13. Уголовный кодекс Республики Франция. М., 1993.
14. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар/ Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Ін Юре, 2004. – 1196 с.
15. Кримінально-процесуальний кодекс України: Офіц. текст. – К.: Ін Юре, 2008. – 279 с.
16. Постанова Пленуму Верховного Суду України “Про практику призначення судами кримінального покарання” від 24 жовтня 2003 року № 7 // www.court.gov.ua
17. *Жафаров М.Т.* Проблема рецидива в советском уголовном праве. Баку, 1972. – 449 с.
18. *Манцев Н.И.* Множественность преступлений / Уголовное право на современном этапе: проблемы преступления и наказания. СПб., 1992. – 341 с.
19. *Жинкина Е.Ю.* Назначение наказания по совокупности преступлений и совокупности приговоров. – Автореф. дис... к.ю.н. – Краснодар, 2002.– 20 с.
20. *Становський М.Н.* Назначение наказания. СПб., 1999. – 657 с.
21. Энциклопедия уголовного права. Т.9. Назначение наказания. – Издание профессора Малинина–СПб ГКА, СПб., 2008. – 945 с.

## FOREIGN EXPERIENCE ON THE ISSUE OF CUMULATIVE SENTENCING REGULATION

*H. Martynyshyn*

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

A comparative analysis of the criminal legislations of the Chinese Republic, Armenia, Belarus, Kazakhstan, Turkmenistan, Lithuania, France and the Russian Federation on the issue of cumulative sentencing is made. Special attention is paid to the legal regulation shortcomings of this issue in the laws of separate states. The author makes propositions as to the evolvement of this issue in Ukraine's legislation.

*Key words:* imposition of sentencing, cumulative sentences, pronouncing judgement, merger of sentences, methods of sentences cumulation.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## ВИКОРИСТАННЯ МАЛОЛІТНЬОЇ ДИТИНИ ДЛЯ ЗАНЯТТЯ ЖЕБРАЦТВОМ (КОМЕНТАР НОВОГО ЗАКОНУ)

*М. Хавронюк*

*Верховний Суд України*

У статті зроблено юридичний аналіз складу злочину „Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом”. Проаналізовані кваліфікуючі ознаки даного складу злочину.

*Ключові слова:* жебрацтво, малолітня дитина, злочин.

Згідно із Законом № 894-VI від 15 січня 2009 р. Кримінальний кодекс України (далі – КК) доповнено новою статтею 150–1, яка передбачила відповідальність за використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом.

У цій статті йдеться про особливий спосіб експлуатації дитини певного віку з метою отримання прибутку. Отже склад злочину, передбаченого ст. 150–1 КК, є спеціальним по відношенню до складу злочину, передбаченого ст. 150 КК. Саме по собі жебрацтво є негативним, але не забороненим законом, а тому правомірним видом діяльності. Протиправними і суспільно небезпечними діяннями визнаються лише втягнення дитини у заняття жебрацтвом (ст. 304 КК), використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (ст. 150–1 КК), а також – за певних обставин – примушування людини до заняття жебрацтвом (ст. 149 КК). Використання тварин для заняття жебрацтвом може бути кримінально караним (за ст. 299 КК) лише у випадках, коли воно поєднане зі знущанням над тваринами, що відносяться до хребетних, вчиненим із застосуванням жорстоких методів (наприклад, позбавлення тварини їжі, води, продовження тримання хворої тварини на сильному морозі).

Основний безпосередній **об’єкт** злочину – воля, честь і гідність дитини. Його додатковим факультативним об’єктом можуть бути фізичне і психічне здоров’я дитини. Останнє означає, що у разі, коли дії винного завдали шкоди (певного ступеню) здоров’ю дитини, такі дії можуть охоплюватись відповідною частиною статті 150–1 КК і додатковою кваліфікацією за статтями розділу II Особливої частини КК не потребують.

Обов’язковою ознакою складу злочину є **потерпілий**. Ним може бути тільки **малолітня дитина**, тобто дитина, яка не досягла 14-річного віку. При цьому кваліфікуючою ознакою (ч. 2 ст. 150–1 КК) є вчинення злочину щодо чужої малолітньої дитини.

Використання для заняття жебрацтвом дитини віком понад 14 років, яка не досягла віку, з якого законодавством дозволяється працевлаштування, має кваліфікуватися за наявності для цього підстав за ст. 150 КК. Втягнення ж у жебрацтво дитини віком понад 14 років, яка досягла віку, з якого законодавством дозволяється працевлаштування (наприклад, дитини-інваліда), треба кваліфікувати за ч. 1 ст. 304 КК.

Використання для заняття жебрацтвом дорослої особи (зокрема особи, яка має фізичні чи психічні вади, особи похилого віку) за наявності підстав може бути кваліфіковане за ст. 146 або 149 КК.

**Предмет** злочину, тобто у даному випадку те, з приводу чого вчинюється злочин, становлять гроші, речі, інші матеріальні цінності.

Під *грошима* у ст. 150–1 варто розуміти грошові знаки у вигляді національної валюти України (грошові знаки України у вигляді випущених Національним банком України банкнот та металевої монети, що перебувають в обігу і є законним платіжним засобом на території України) та іноземної валюти (грошові знаки, що перебувають в обігу і є законним платіжним засобом на території відповідної іноземної держави).

*Речі* – це будь-які предмети матеріального світу, щодо яких можуть виникати цивільні права та обов'язки. Речі можуть бути рухомі і нерухомі, замінні і незамінні, подільні та неподільні, споживні та неспоживні. Виділяються також такі специфічні речі, як: тварини; головні речі та їх приналежності; складні речі; продукція, плоди, доходи; майно; гроші; валютні цінності; цінні папери. Поняття “речі”, що міститься у цивільному законодавстві (див. ст. 177, 179–201 Цивільного кодексу України), є найбільш широким і охоплює собою будь-які *матеріальні цінності*.

Отже, предметом цього злочину не можуть бути цінності нематеріального характеру (нематеріальні блага): результати робіт; послуги; результати інтелектуальної, творчої діяльності; інформація; особисті немайнові блага (здоров'я, ім'я, авторство тощо). Інакше кажучи, не може настати відповідальність за ст. 150–1 КК за систематичне прохання у сторонніх осіб надати які-небудь послуги, виконати певну роботу, здійснити творчу діяльність, передати інформацію тощо.

З *об'єктивної сторони* злочин, передбачений ст. 150–1 КК, полягає в суспільно небезпечних діях – використанні малолітньої дитини для заняття жебрацтвом. Диспозиція ч. 1 ст. 150–1 КК є описовою і безпосередньо з неї випливає, що під *заняттям жебрацтвом* розуміються систематичне випрошування грошей, речей, інших матеріальних цінностей у сторонніх осіб. При цьому випрошувати матеріальні цінності у сторонніх осіб може як дитина, так і доросла особа, яка використовує дитину (найчастіше – у випадках, коли дитина ще не вміє розмовляти). Власне випрошування може відбуватися усно, письмово або конклюдентними діями (акт поведінки, який сам собою свідчить про наміри чи бажання особи).

Поняття *систематичне* означає вчинення зазначених дій багаторазово (три і більше епізоди усного висловлення прохання подати милостиню або письмове чи конклюдентними діями висловлення такого ж прохання трьом і більше стороннім особам).

У цьому зв'язку зазначимо, що злочин, передбачений ст. 150–1 КК, є прикладом продовжуваного злочину – злочину, що складається із двох чи більше тотожних діянь, які є реалізацією єдиного злочинного наміру винної особи щодо використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом. Власне такими діяннями можуть бути: тримання на руках немовляти чи іншої маленької дитини, контролювання зовні дій дитини, яка самостійно випрошує матеріальні цінності у сторонніх осіб тощо.

Під *сторонніми особами* у ч. 1 ст. 150–1 КК треба розуміти усіх інших осіб, крім батьків та осіб, які замінюють батьків, а у частинах 2 і 3 ст. 150–1 КК – будь-яких осіб, крім тих, що є суб'єктами цього злочину.

Злочин вважається закінченим від початку третього епізоду випрошування грошей, речей, інших матеріальних цінностей у сторонніх осіб з використанням суб'єктом злочину малолітньої дитини.

**Суб'єкт** злочину спеціальний. У ч. 1 ст. 150–1 КК – це батьки або особи, які їх замінюють, а у ч. 2 ст. 150–1 КК – будь-які інші особи, крім батьків та осіб, які замінюють батьків.

Відповідно до Сімейного кодексу України та Закону України “Про охорону дитинства” батьками та особами, які замінюють батьків, можуть бути визнані лише ті особи, які мають право і на яких покладається обов'язок виховувати дитину, піклуватися про її здоров'я, фізичний, духовний і моральний розвиток, навчання, створювати належні умови для розвитку її природних здібностей, поважати гідність дитини, готувати її до самостійного життя та праці.

**Батьки** – це рідні батько і мати дитини, у тім числі ті, з якими дитина спільно не проживає, а також: а) усиновителі; б) прийомні батьки; в) батьки-вихователі.

**Особами, які замінюють батьків**, відповідно до законодавства є: а) опікун, піклувальник; б) патронатний вихователь; в) фактичний вихователь (особа, яка взяла у свою сім'ю дитину-сироту чи дитину, з інших причин позбавлену батьківського піклування).

За відсутності у дитини матері, батька або якщо батьки не можуть з поважних причин надавати дитині належне утримання (а також виховувати її та піклуватися про неї), особами, які замінюють батьків, можуть бути визнані баба і дід, повнолітні брат та сестра, а за відсутності у дитини матері, батька, баби, діда, повнолітніх братів та сестер або якщо ці особи не можуть з поважних причин надавати дитині належного утримання (а також виховувати її та піклуватися про неї) – мачуха і вітчим, які проживають з дитиною, а також інші особи, у сім'ї яких виховувалась дитина. Батьків може небути у дітей-сиріт, підкинутих дітей, дітей, від яких відмовились батьки, безпритульних дітей. Поважні причини, з яких батьки не можуть надавати дитині належного утримання, це: позбавлення батьківських прав; відібрання дітей у батьків без позбавлення батьківських прав; визнання батьків безвісно відсутніми або недієздатними; оголошення їх померлими; відбування ними покарання в місцях позбавлення волі; перебування їх під вартою на час досудового слідства; розшук їх органами внутрішніх справ, зокрема пов'язаний з ухиленням від сплати аліментів та відсутністю відомостей про їх місцезнаходження; тривала хвороба батьків. До осіб, які замінюють батьків, не належать: особи, які на правових підставах здійснюють виховання малолітньої дитини або нагляд за нею на підставі договору (няня, гувернантка, домашній вчитель тощо); працівники закладів охорони здоров'я, навчальних та інших закладів (лікарні, будинки дитини, школи, дитячі садочки, оздоровчі табори, школи-інтернати тощо), зобов'язані наглядати за дітьми і піклуватися про них.

Усе зазначене впливає з положень ст. 3, 6, 121–140, 164–166, 207–274 Сімейного кодексу України, Закону України “Про охорону дитинства” від 26 квітня 2001 р., Закону України “Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування” від 13 січня 2005 р.

Суб'єктом злочину може бути лише повнолітня осудна особа.

З **суб'єктивної сторони** злочин – оскільки обов'язковою ознакою його складу є мета – характеризується прямим умислом. **Метою** використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом є отримання прибутку. У ст. 150–1, як і у ст. 150 КК, під **прибутком** розуміють усі доходи, отримані у зв'язку з використанням дитини – у цьому випадку для заняття жебрацтвом.

Ставлення винної особи до наслідків у вигляді спричинення дитині середньої тяжкості чи тяжких тілесних ушкоджень (ч. 3 ст. 150–1 КК) може характеризуватися тільки необережністю. Якщо ж має місце умисел (наприклад, винна особа навмисно залишила дитину випрошувати милостиню на сильному морозі, свідомо припускаючи, що внаслідок цього дитина обморозить кінцівки, які будуть ампутовані), то діяння потребує кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених ч. 3 ст. 150–1 і ст. 122 чи 121 КК.

**Кваліфікованими видами** злочину (ч. 2 ст. 150–1 КК) є використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом, вчинене:

1) стосовно чужої дитини; 2) із застосуванням насильства чи погрозою його застосування; 3) повторно; 4) особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених ст. 150, 303 або 304 КК; 5) за попередньою змовою групою осіб.

**Чужою** дитина за змістом закону є для особи, яка здійснює використання дитини для зайняття жебрацтвом. Такою особою не можуть бути рідні, прийомні батьки і батьки-вихователі дитини, а також особи, які замінюють їй батьків.

Під **насильством** у ч. 2 ст. 150–1 КК слід розуміти фізичне насильство у формі завдання удару, побоїв, мордування, катування, заподіяння легкого тілесного ушкодження тощо. На відміну від насильства, передбаченого ч. 3 ст. 150–1 КК, насильство, так само як і погроза, про які йдеться у ч. 2 ст. 150–1 КК, можуть бути застосовані не лише до дитини, а й до інших осіб (зокрема до батьків дитини чи інших осіб, які намагаються протидіяти використанню дитини для заняття жебрацтвом). Якщо винна особа застосувала катування з метою примусити, наприклад, дитину до заняття жебрацтвом, то вчинене треба кваліфікувати тільки за ч. 1 або 2 ст. 127 КК, а якщо катування застосовувалось і під час використання дитини для заняття жебрацтвом, то додатково за ч. 2 ст. 150–1 КК. Якщо під час використання дитини для заняття жебрацтвом потерпілій особі (не дитині), яка, наприклад, протидіяла такому використанню дитини, були завдані середньої тяжкості, тяжкі тілесні ушкодження або смерть, вчинене слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 150–1 і за відповідною статтею розділу II Особливої частини КК. Викрадення дитини з подальшим її використанням для заняття жебрацтвом треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 146 і ч. 2 або 3 ст. 150–1 КК. Водночас, тривале примусове утримання при собі малолітньої дитини під час її використання для заняття жебрацтвом не потребує додаткової кваліфікації за ч. 2 ст. 146 – такі дії охоплюються ч. 2 ст. 150–1 КК.

Під **погрозою застосування насильства** у ст. 150–1 КК варто розуміти висловлення реального наміру негайно або в майбутньому заподіяти особі фізичну шкоду. Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом, поєднане з погрозою вбивством, повністю охоплюються ч. 2 ст. 150–1 і додаткової кваліфікації за ст. 129 КК не потребує. Проте таке саме діяння, поєднане з погрозою знищення чужого майна загальнонебезпечним способом, кваліфікується за відповідною частиною ст. 150–1 і за ст. 195 КК.

Під вчиненням злочину **повторно** у ч. 2 ст. 150–1 КК слід розуміти вчинення удруге діяння, передбачене будь-якою частиною цієї статті. Це може статися, наприклад, коли особа вчинила таке діяння після того, як вона була затримана і притягнута до кримінальної відповідальності за аналогічне діяння. Вчинення розгляненого злочину стосовно кількох (двох чи більше) дітей

одночасно або в різний час слід розглядати як вчинення його повторно, оскільки у ст. 150–1 КК слово “дитина” використано в однині.

Повторність виникає незалежно від того, чи була винна особа, засуджена раніше за вчинення одного чи кількох злочинів, які є повторювальними. Згідно з ч. 4 ст. 32 КК злочин не повинен враховуватись як такий, що утворює разом з іншими злочинами повторність, лише якщо винного було звільнено від кримінальної відповідальності за цей злочин на підставі ст. 45–49 КК або на підставі акта амністії чи помилування, а так само у випадках, коли судимість за цей злочин було погашено або знято.

Відповідно до ч. 2 ст. 28 КК злочин визнається вчиненим *за попередньою змовою групою осіб*, якщо його спільно вчинили декілька осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до початку злочину (зокрема на стадії готування до нього), домовилися про спільне його вчинення. Домовленість повинна стосуватися спільності вчинення злочину – узгодження місця, часу, способу вчинення злочину, змісту виконуваних кожним із співвиконавців функцій (ролей) тощо.

**Особливо кваліфікованими видами** злочину (ч. 3 ст. 150–1 КК) є використання власної або чужої малолітньої дитини для заняття жебрацтвом з метою отримання прибутку: 1) вчинене організованою групою; 2) якщо внаслідок таких дій дитині спричинені середньої тяжкості або тяжкі тілесні ушкодження.

Відповідно до ч. 3 ст. 28 КК, злочин вважається вчиненим *організованою групою* за наявності таких ознак: а) наявність декількох осіб (трьох або більше); б) попередня їх зорганізованість у спільне об'єднання для готування чи вчинення двох чи більше злочинів або для готування чи вчинення одного злочину, якщо це потребує довготривалої підготовки; в) стійкість такої групи; г) об'єднаність злочинів єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану; д) обізнаність всіх учасників такої групи з цим планом.

Поняття *середньої тяжкості і тяжких тілесних ушкоджень* міститься у ст. 121 і 122 КК.

З урахуванням можливих труднощів у кваліфікації розгляненого злочину наведемо також наступні рекомендації.

Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом, вчинене за відсутності незаконної угоди щодо неї, а так само без її переміщення, переховування, передачі, одержання, кваліфікується лише за ст. 150–1 КК. Вербування чи одержання малолітньої дитини і подальше використання її самим вербувальником (одержувачем) для заняття жебрацтвом з метою отримання прибутку слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 3 ст. 149 і частинами 2 або 3 ст. 150–1 КК. Так само кваліфікуються купівля малолітньої дитини або здійснення іншої угоди щодо неї, а також вербування, переміщення, переховування, передача і одержання такої дитини однією особою з подальшим використанням її для заняття жебрацтвом іншою особою.

Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (ст. 150–1 КК) слід відмежовувати від втягнення дитини у заняття жебрацтвом, передбаченого ч. 1 ст. 304 КК, передусім за тією ознакою, що потерпілою від другого з цих злочинів може бути тільки дитина віком від 14 до 18 років.

Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (ст. 150–1 КК) слід відмежовувати від втягнення дитини у заняття жебрацтвом, передбаченого

ч. 2 ст. 304 КК, за такими ознаками: 1) таке втягнення не означає використання дитини самим втягувачем; 2) для втягування не є характерною мета отримання прибутку; 3) не можна кваліфікувати як втягнення у заняття жебрацтвом дитину-немовля або іншу дитину, яка не усвідомлює факту втягнення, а також випадки залучення малолітнього до жебрацтва шляхом обману.

Відповідно до Сімейного кодексу України (п. 5 ч. 1 ст. 164) повнолітні мати, батько можуть бути позбавлені судом батьківських прав, якщо вона, він вдаються до будь-яких видів експлуатації дитини, примушують її до жебракування. З позовом до суду про позбавлення батьківських прав у цьому випадку мають право звернутися один з батьків, опікун, особа, в сім'ї якої проживає дитина, заклад охорони здоров'я, навчальний або інший дитячий заклад, орган опіки, прокурор, а також сама дитина – після того, як вона досягла 14-річного віку (ст. 165 СК України).

---

## INVOLVING OF MINOR FOR BEGGING (NEW LAW COMMENTS)

*M. Chavronjuk*

*Supreme Court of Ukraine*

In the article legal analysis of the body of crime "Involving of minor for begging" is made. Qualifying features of this body of crime are analyzed.

*Key words:* begging, minor, crime.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## ПРАВОВІДНОСИНИ ОРГАНІВ І УСТАНОВ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ З ДЕРЖАВНИМИ ОРГАНАМИ ТА НЕДЕРЖАВНИМИ ІНСТИТУЦІЯМИ

*М. Яцишин*

*Волинський національний університет імені Лесі Українки  
вул. Винниченка, 30, 43021 Луцьк, Україна*

У статті з позицій теорії держави і права, конституційного та інших галузей права розглянуто основні положення чинного законодавства щодо правовідносин органів і установ виконання покарань з державними та недержавними інституціями, розкрито організаційно-правові та управлінські засади цього багатоаспектного процесу.

*Ключові слова:* правовідносини, державні органи, недержавні інституції, установи виконання покарань.

Проблема правового регулювання взаємовідносин органів і установ виконання покарань (УВП) з державними органами та недержавними організаціями є актуальною як для юридичної науки, так і для соціальної практики. Тим часом чинне законодавство України в узагальненому вигляді поки що не дає вичерпного переліку форм і напрямів такої співпраці у процесі виправлення й ресоціалізації засуджених, хоч правова система держави уже накопичила певний обсяг нормативно-правових актів, предметом регулювання яких у тією чи іншою мірою є вказана галузь діяльності.

Наявний комплекс проблем у цій сфері певною мірою зумовлений також недостатньою їх науковою розробкою як з позиції теорії управління та адміністративного права, так і загальної теорії держави і права. По суті, це наймолодша галузь науки кримінально-виконавчого права, яка щороку привертає до себе дедалі більшу увагу вітчизняних дослідників, серед яких можна виділити наукові здобутки І.Г. Богатирьова, А.О. Галая, С.К. Гречанюка, О.М. Джужи, С.В. Зливка, О.Г. Колба, В.С. Наливайка, А.Х. Степанюка, С.Я. Фаренюка й ін.

Так, С.К. Гречанюк, розглядаючи це явище з погляду теорії управління, визначає поняття взаємодії кримінально-виконавчих установ з державними органами та недержавними організаціями як організований відповідно до вимог чинного законодавства, відомчих та міжвідомчих нормативних актів процес ділового співробітництва (погоджених або спільних дій), спрямованих на досягнення виправлення та ресоціалізації засуджених, спеціального та загального попередження, а також вирішення комплексу завдань, що стоять перед означеними суб'єктами [1, с. 9–10].

С.В. Зливко, базуючись на філософському визначенні поняття “взаємодія”, що відображає процеси впливу різних об'єктів один на одного, їхню взаємну обумовленість, зміну стану, акцентує увагу на інтегруючому факторі об'єднання органів та установ Державної кримінально-виконавчої служби України і державних та недержавних структур в деяку цілісну систему, що у процесі функціонування змінюється порівняно з первинним станом. Така система існує, коли взаємодіє [2, с. 104–105].

Спираючись на ці та інші теоретичні напрацювання з досліджуваної проблеми, у статті ставимо мету розкрити основні форми реалізації повноважних правових норм кримінально-виконавчими установами у правовідносинах з державними

органами та недержавними (громадськими) організаціями, а також організаційно-правові й управлінські засади цього процесу.

Відразу зазначимо, що такі правовідносини в теоретичному відношенні співзвучні з усталеним в сучасному українському правознавстві визначенням правових відносин, які характеризуються такими основними ознаками: а) вони виникають на основі норм права (у нашому випадку – Конституції України, Закону України “Про Державну кримінально-виконавчу службу України”, КВК України й ін.); б) характеризуються наявністю сторін, які мають взаємні суб’єктивні права та юридичні обов’язки (з одного боку, органи і установи виконання покарань, з іншого – державні органи та недержавні організації); в) є видом суспільних відносин організацій та спільностей (громадських організацій), в тім числі фізичних та юридичних осіб (посадових осіб органів і установ виконання покарань, наділених особливими правами і повноваженнями); г) здійснення суб’єктивних прав чи додержання юридичних обов’язків у правовідносинах контролюється і забезпечується державою (глава 4 КВК України “Нагляд і контроль за виконанням кримінальних покарань. Участь громадськості у виправленні і ресоціалізації засуджених”).

Отже, аналізовані правовідносини – це врегульовані нормами права суспільні відносини, учасники яких є носіями взаємних суб’єктивних прав і юридичних обов’язків, що забезпечуються державою [3, с. 105]. З погляду правознавства, умовно їх можна згрупувати за такими підставами: залежно від кількості суб’єктів – складні; за предметом правового регулювання – конституційне, кримінально-виконавче, адміністративне та інші галузі права; за дією в часі – довготривалі; за методом правового регулювання – керівні; за змістом поведінки зобов’язаної сторони – активні; залежно від функціонального призначення – охоронні та регулятивні.

Загалом, є всі підстави говорити про своєрідну систему правової взаємодії органів і установ виконання покарань з державними органами і недержавними організаціями, у якій кожний із взаємозалежних елементів виконує свої функції, що сприяють досягненню загальної мети – захисту інтересів особи, суспільства і держави через створення умов для виправлення і ресоціалізації засуджених, запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами, а також запобігання тортурам та нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню із засудженими, як цього вимагає ст. 1 КВК України [4, с. 5].

Така система правовідносин має складну будову і охоплює: суб’єкти; об’єкти; зміст правовідносин. Сутність взаємодії у ній – це взаємозв’язок суб’єктів. Отже, взаємодія передбачає динамічність взаємодіючих суб’єктів і системи загалом. Об’єкти правовідносин – це результат діяльності (дії) суб’єктів у вигляді конкретних соціальних напрацювань відповідно до поставленої мети і завдань. При цьому, з погляду теорії управління, означені суб’єкти взаємодії є підсистемами більш загальної системи [2, с. 105].

Так, органи та установи Державної кримінально-виконавчої служби України (далі ДКВС) у цій правовій взаємодії є складовою частиною (підсистемою) конкретного відомства – Державного департаменту України з питань виконання покарань (далі Департамент). Якщо ж суб’єкти взаємодії представляють різні відомства та недержавні формування, то вони входять у єдину систему органів, організацій, які безпосередньо або опосередковано (згідно свого правового статусу) здійснюють боротьбу зі злочинністю чи займаються профілактикою, попередженням вчинення злочинів, тобто становлять її підсистему.

Що ж до змісту взаємодії, то він в основному характеризується синтезом фактичного і юридичного. Наприклад, юридичний зміст у взаємовідносинах між Департаментом і установами виконання покарань визначається можливостями певних дій уповноваженого суб'єкта, яким у даному випадку є Департамент, і необхідністю відповідних дій зобов'язаних суб'єктів, тобто УВП. Сама поведінка суб'єктів у цьому процесі, їхня конкретна діяльність, в якій реалізуються суб'єктивні права та юридичні обов'язки сторін, становлять фактичний зміст таких правовідносин.

Законами і нормативно-правовими актами визначені також основні види і форми правовідносин між суб'єктами кримінально-виконавчої системи та державних структур і недержавних інституцій. З позицій підпорядкованості і субординації вони характеризуються як: регламентаційні (спрямувальні, координативні); співпраці і співробітництва; контролю та нагляду.

Так, Закон України від 23 червня 2005 р. "Про Державну кримінально-виконавчу службу України" у ст. 5. Відносини Державної кримінально-виконавчої служби України з органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями, органами іноземних держав і міжнародними організаціями констатує:

1. Державна кримінально-виконавча служба України взаємодіє з органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями відповідно до законодавства.

2. Для організації міжнародного співробітництва у сфері виконання кримінальних покарань Державна кримінально-виконавча служба України взаємодіє з відповідними органами іноземних держав і міжнародними організаціями на основі міжнародних договорів [5, с. 192].

Крім того, у Законі взаємодія з органами державної влади, органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, благодійними і релігійними організаціями включена до переліку основних принципів діяльності ДКВС (п. 7, ст. 2). Правовою основою такої взаємодії є Конституція України, Закон "Про державну кримінально-виконавчу службу України" та інші закони, акти Президента України, Кабінету Міністрів України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також видані відповідно до них нормативно-правові акти центрального органу виконавчої влади з питань виконання покарань.

Діяльність Департаменту на сьогодні спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України та регламентується ст. 7 Закону України "Про Державну кримінально-виконавчу службу України", Положенням про Державний департамент України з питань виконання покарань, затвердженим Указом Президента України від 31 липня 1998 р. № 827 [5, с. 222–229]. Так, відповідно до Положення основними завданнями Департаменту у сфері взаємовідносин з іншими державними і недержавними структурами є:

- налагодження взаємодії з відповідними підрозділами державних органів, які проводять оперативно-розшукову діяльність, використання банку даних оперативно-довідкової, розшукової, статистичної та іншої інформації, здійснення довідково-інформаційного обслуговування органів і установ виконання покарань, зацікавлених державних органів;
- залучення до проведення виховної роботи з особами, яких тримають в установах кримінально-виконавчої системи, представників творчих спілок, громадських і релігійних організацій, трудових колективів; у взаємодії з

- Міністерством освіти і науки України організація професійної підготовки засуджених та їх загальноосвітнього навчання;
- вирішення за участю міських і районних органів внутрішніх справ та центрів зайнятості Міністерства праці та соціальної політики України питання щодо надання допомоги особам, звільненим з місць позбавлення волі, в їх трудовому і побутовому влаштуванні;
  - організація проведення наукових досліджень, дослідно-конструкторських і проектно-технологічних робіт, забезпечення використання досягнень науки, техніки і набутого досвіду; координація роботи підприємств кримінально-виконавчої системи, пов'язаної із сертифікацією, стандартизацією, метрологією, винахідництвом і раціоналізацією;
  - налагодженням за дорученням Кабінету Міністрів України зв'язків з міжнародними організаціями, укладання угод з відповідними органами іноземних держав про співробітництво у сфері виконання кримінальних покарань, боротьби із злочинністю та з інших питань, що належать до його компетенції [5, с. 223–226].

Отож, чинна законодавча і нормативно-правова база в основному забезпечує сучасні регламентаційні критерії підпорядкованості у взаєминах між уповноваженими і зобов'язаними суб'єктами. Проте, на фоні позитиву нормативного регулювання, спостерігається значно гірша ситуація щодо можливості реалізації означених положень. Як показує практика, діяльність працівників УВП не полягає лише в управлінні, організації, керівництва закладом чи процесом виконання покарання, це передусім багатовекторна творча нестереотипна діяльність, яку неможливо обмежувати виключно регламентаційною чи управлінською діяльністю.

Підтвердженням сказаного вище є тісна взаємодія (співпраця, співробітництво) органів і установ виконання покарань з органами дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду. Основні аспекти такої взаємодії можна систематизувати у такі форми: обмін інформацією; сприяння (з боку УВП) у розкритті раніше не розкритих злочинів; спільна діяльність під час надзвичайних обставин; технічна співпраця й ін.

Як слушно зауважує з цього приводу С. Гречанюк, взаємодія УВП з правоохоронними органами зумовлена кількома факторами: по-перше, система виконання покарань належить до системи правоохоронних органів, відповідно, кримінально-виконавчі установи – складові компоненти системи правоохоронних органів; по-друге, у практиці діяльності правоохоронних органів виникають спільні специфічні задачі, від реалізації яких залежить спокій суспільства та громадський порядок; по-третє, тільки правоохоронним органам належить виключна можливість застосування примусу; по-четверте, діяльність загальних органів повинна будуватись відповідно до чинного законодавства та в порядку, встановленому відповідними нормативно-правовими актами [1, с. 14].

У системі зазначених вище взаємовідносин окремо варто виділити проблему контролю за діяльністю органів та установ виконання покарань з боку міжнародних організацій, органів державної влади і місцевого самоврядування. Головний його зміст – дотримання Конституції України, законів України, загальноприйнятих принципів і норм міжнародного права при виконанні покарань і пов'язаних з обмеженням прав і свобод особи, яка посягнула на охоронювані законом суспільні відносини. Тобто, така проблема контролю є комплексною і реалізується у таких формах:

1) міжнародний контроль: аналіз міжнародними організаціями з прав людини і комітетами ООН державних доповідей з питань дотримання прав людини (в тому числі з питань виконання покарань); правовий захист населення, що охоплює і перевірку реагування держави на допущені порушення прав людини і громадянина; охорона праці особи тощо. Особливе місце тут займають Мінімальні стандартні правила поводження із в'язнями, які містять загальні стандарти з питань розміщення засуджених, їнього харчування, дотримання норм гігієни, медичного забезпечення тощо і повинні повністю реалізуватись Україною в процесі виконання/відбування кримінальних покарань;

2) контроль державної влади і органів місцевого самоврядування, що виражається в аналізі встановленої звітності органів та установ виконання покарань; в підборі та навчанні кадрів, які призначені виконувати покарання; в усуненні порушень в організації виконання покарань, а також дотриманні законності в діяльності органів та установ виконання покарань; в планових та цільових перевірках діяльності перелічених установ;

3) судовий контроль здійснюється при зверненні вироку до виконання, вирішенні питань умовно-дострокового звільнення та заміні покарання більш м'яким, ніж передбачено законом, при звільненні засудженого у зв'язку з тяжкою хворобою тощо;

4) прокурорський нагляд за дотриманням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні законів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян;

5) відомчий контроль, що покладається на посадових осіб кримінально-виконавчої служби [6, с. 84–85].

Особливо актуальною сьогодні, як для юридичної науки, так і для практики, є проблема правового регулювання інститутів громадського суспільства в діяльності органів і установ виконання покарань. Взаємодіючим правовим компонентом у таких зв'язках є положення ст. 1 Конституції України про активну діяльність своїх громадян в усіх сферах суспільного життя, в тому числі й у сфері виконання покарань. Так забезпечується доступ усім громадянам до участі у державних справах та обґрунтовується правосуб'єктність інститутів громадянського суспільства. Про це свідчить і прийняття в нашій країні нових політичних документів з концептуальних питань розвитку демократії, захисту прав людини, реформування кримінально-виконавчої і судово-правової систем відповідно до міжнародних стандартів.

Участь громадськості в діяльності УВП може здійснюватись у напрямках: впливу на формування політики держави у сфері виконання покарання; участі в роботі з ресоціалізації засуджених; здійснення громадського контролю.

Відповідно до ч. 1 ст. 25 КВК України участь у виправленні і ресоціалізації засуджених та проведення соціально-виховної роботи з ними можуть брати: об'єднання громадян; релігійні організації; благодійні організації; окремі особи. При цьому, вичерпного переліку форм участі громадськості у цьому процесі КВК не встановлює. В окремих його нормах конкретизовані лише питання участі релігійних організацій (ст. 128) та закріпленні основні форми участі громадськості у виправленні й ресоціалізації неповнолітніх засуджених [7, с. 84].

Участь громадськості в діяльності органів і УВП, а також у виконанні інших соціально-виховних функцій, тісно пов'язана із організацією громадського контролю. Так, ч. 2 ст. 25 КВК України передбачено, що для здійснення громадського контролю за дотриманням прав засуджених під час виконання

кримінальних покарань створюються спостережні комісії. Правовою підставою їхньої діяльності є КВК України та Положення про спостережні комісії, затверджене Постановою Кабінетів Міністрів України від 1 квітня 2004 р. № 429 [8, с. 5]. Комісії утворюються виконавчими комітетами міських (за винятком міст районного значення) рад, місцевими держадміністраціями. До їх складу входять представники громадських організацій, органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності та громадяни.

До головних завдань спостережних комісій належить: 1) організація громадського контролю за дотриманням прав і законних інтересів засуджених осіб, звільнених від відбування покарань; 2) сприяння органам і установам виконання покарань у виправленні і ресоціалізації засуджених та створенні належних умов для їх тримання, залучення до цієї діяльності громадських організацій, органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності та громадян; 3) організація виховної роботи з особами умовно-дострокового звільнення від відбування покарання та громадського контролю за їх поведінкою протягом невідбутої частини покарання; 4) надання допомоги у соціальній адаптації особам, звільненим від відбування покарання [8, с. 14].

Аналіз норм, закріплених у ст. 147–148 КВК України, дає підстави вважати, що громадський контроль за діяльністю органів і установ виконання покарань можуть здійснювати також інші інституції – служби у справах неповнолітніх, піклувальні ради при виховних колоніях, представники засобів масової інформації, а також окремі громадяни, в тому числі й представники правозахисних організацій.

Новими інституціями, що здійснюють громадський контроль та забезпечують участь громадськості у діяльності органів та установ виконання покарань стали Громадська рада при Департаменті та Громадські ради при територіальних органах управління Департаменту, створенні наказом Департаменту від 12 грудня 2004 р. № 238 “Про утворення громадських рад при Державному департаменті України з питань виконання покарань та при його територіальних органах управління” з метою виконання Указу Президента України від 31 липня 2004 р. № 854/2004 “Про забезпечення умов для більш широкої участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики” та Постанови Кабінету Міністрів України від 15 жовтня 2004 р. “Деякі питання щодо забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики” (надалі Громадська рада при Департаменті була перейменована на Громадську колегію при Департаменті) [7, с. 89].

Підводячи підсумок, зазначимо, що взаємодія органів та установ Державної кримінально-виконавчої служби України з державними органами та недержавними організаціями – необхідна умова забезпечення ефективної життєдіяльності цих установ. Кінцевим результатом такої взаємодії є досягнення цілей, які стоять перед покаранням, взагалі, і перед пенітенціарною системою, зокрема, тобто виправлення і ресоціалізація засуджених, загальне та соціальне запобігання вчиненню злочинів.

Така взаємодія, що здійснюється відповідно до вимог чинного законодавства, а також відомчих та міжвідомчих нормативних актів, що регламентують правовідносини органів і установ виконання покарань, державних органів і недержавних організацій, є важливою складовою частиною державної правоохоронної політики.

1. *Гречанюк С.К.* Організаційно-правові засади взаємодії кримінально-виконавчих установ з державними органами та недержавними організаціями [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07/Нац. академія держ. податкової служби України. – Ірпінь, 2006. – 22 с.
2. *Зливко С.* Теоретичні організаційні та правові аспекти участі державних та громадських інституцій у діяльності Державної кримінально-виконавчої служби України [Текст]/ С. Зливко// Форум права. – 2007. – № 3. – С. 104–106.
3. *Правознавство: підручник* [Текст]: /С.Е. Демський, В.С. Ковальський, А.М. Колодій (керівн. авт. кол.), О.Г. Кулик, А.Ю. Олійник, І.В. Опришко; за ред. В.В. Копейчикова. – 7-е вид., стер. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 736 с. – Бібліогр. с. 724–726. – ISBN 966–667–071–2.
4. *Кримінально-виконавчий кодекс України: Науково-практичний коментар* [Текст]. Вид. друге, доповн. і перероб./А.Х. Степанюк, І.С. Яковець; за заг. ред. А.Х. Степанюка – Х.: ТОВ “Одіссей”, 2008. – 560 с. – ISBN 978–966–633–691–3.
5. *Кримінально-виконавче право: Збірник нормативно-правових документів* [Текст]/Уклад. А.Х. Степанюк – Х.: Право, 2005. – 464 с. – ISBN 966–8467–45–0.
6. *Бадира В.А.* Кримінально-виконавче право: Навчальний посібник [Текст]/А.В. Бадира, С.Ф. Денисов, Т.А. Денисова, М.М. Мінаєв, В.Г. Хошев; за ред. Т.А. Денисової. – К.: Істина, 2008. – 400 с. – ISBN 978–966–8909–18–4.
7. *Науково-практичний коментар Кримінально-виконавчого кодексу України* [Текст] / А.П. Гель, О.К. Колб, В.О. Корчинський, О.В. Лисодед, Л.П. Оніна, А.Х. Степанюк, І.С. Яковець; за заг. ред. А.Х. Степанюка – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 496 с. – ISBN 966–667–329–2.
8. *Положення про спостережні комісії: Науково-практичний коментар* [Текст] / Н.Г. Калашник, О.Г. Колб, В.С. Наливайко та ін.; за заг. ред. Н.Г. Калашник, О.Г. Колба. – Луцьк: РВВ “Вежа”, 2005. – 220 с. – ISBN 966–600–2008–3.

**LEGAL RELATIONS OF THE ENFORCEMENT OF SENTENCES  
BODIES AND INSTITUTIONS WITH STATE BODIES AND NON-  
GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS**

*M. Jatsyshyn*

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

The article is devoted to the current laws provisions concerning legal relations of the enforcement of sentences bodies and institutions with state bodies and non-governmental organizations from the standpoint of the theory of the state and law, constitutional law etc. Organizational and legal as well as administrative principles of this many-sided process are clarified.

*Key words:* legal relations, state bodies, non-governmental organizations, enforcement of sentences bodies.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

# КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

## ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ ВИХОВНОГО ХАРАКТЕРУ ЩОДО МАЛОЛІТНІХ: ТЕОРІЯ, ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ І СУДОВА ПРАКТИКА

*У. Ковна*

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

Розглянено проблеми залучення малолітніх осіб у кримінальне судочинство, проаналізовано правовий статус малолітніх від одинадцяти років до досягнення ними віку кримінальної відповідальності у судовому розгляді справ про застосування до них примусових заходів виховного характеру та низка питань, пов'язаних з особливостями провадження таких справ у суді.

*Ключові слова:* малолітня особа, примусові заходи виховного характеру, провадження у справах про злочини неповнолітніх.

**Постановка проблеми.** Питання щодо участі малолітніх осіб у судовому розгляді кримінальних справ не є однозначним під кутами зору ані законодавчої регламентації такої участі, ані судової практики. Немає єдності у поглядах також і серед науковців на окреслену проблему. Переважно проблема участі малолітніх осіб у судовому розгляді кримінальних справ вичерпується аналізом їхнього процесуального становища як потерпілих, або ж як свідків. Проте, нерідко суди розглядають кримінальні справи і приймають рішення про застосування до малолітніх осіб примусових заходів виховного характеру. За таких обставин процесуальний статус їх істотно змінюється, а крім того, виникає багато питань, пов'язаних з реалізацією додаткових процесуальних гарантій дотримання як прав та законних інтересів малолітніх, з одного боку, так і справедливого правосуддя, з іншого. Ця проблема сьогодні набула особливої актуальності. Необхідно зазначити, що до неї звертались як українські, так і зарубіжні науковці, зокрема, О.Х. Галімов, Є.М. Гідулянова, Н.І. Гуковська, С.М. Зеленський, Е.Б. Мельнікова, Г.М. Міньковський, А.Б. Романюк та ін. У працях названих науковців розглядались різні аспекти статусу малолітніх осіб у кримінальному процесі. Проте деякі з них, на жаль, залишились поза їхньою увагою. У статті зроблено спробу комплексного аналізу становища зазначеної категорії осіб у справах про застосування до них примусових заходів виховного характеру.

З огляду на міжнародні зобов'язання, які взяла на себе Україна стосовно здійснення правосуддя у справах неповнолітніх, проблема полягає не лише у визначенні та закріпленні статусу малолітніх осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння до досягнення ними віку кримінальної відповідальності, а й у доцільності розгляду справ щодо неповнолітніх та малолітніх осіб зокрема, виключно судами, що є оптимальним в українських реаліях.

Мінімальні стандартні правила ООН, які стосуються здійснення правосуддя щодо неповнолітніх від 10 грудня 1985 р., так звані “Пекінські правила” [1, с. 85] заохочують у розгляді справ неповнолітніх правопорушників при можливості не

застосовувати офіційного розгляду справи компетентним органом влади (йдеться про суди) (п. 11.1 Правил). Поліція, прокуратура й інші органи, які ведуть справи неповнолітніх, повинні бути уповноважені ухвалювати рішення по таких справах на свій розгляд, без проведення офіційного слухання справи згідно із критеріями, встановленими для цієї мети у відповідній правовій системі, а також згідно із принципами, які містяться у Правилах (п. 11.2). Якщо справу неповнолітнього правопорушника не було припинено (закрито), ним займається компетентний орган влади (суд, трибунал тощо) згідно із принципами справедливого і неупередженого суду (п. 14.1 Правил).

Відповідно до Кримінально-процесуального кодексу України провадження у справах малолітніх осіб, оскільки саме вони є предметом нашого дослідження, передбачає проведення досудового слідства, яке завершується постановою слідчого (прокурора) про закриття справи і передання її матеріалів на розгляд суду для застосування примусових заходів виховного характеру. Деякі науковці, навпаки, вважають, що «відносно неповнолітніх, які не є суб'єктами вчинення злочину, не повинно проводитися попереднє (досудове) розслідування, а тільки судовий розгляд матеріалів справи про застосування примусових заходів виховного характеру. Вбачається, що досудова підготовка матеріалів має провадитись тільки до встановлення неповнолітньої особи, яка вчинила протиправне діяння, після чого справа повинна направлятися в суд за належністю» [2, с. 45]. Такої позиції дотримується й ряд російських науковців. Так, В.В. Ніколюк пропонує обмежити або й зовсім виключити позасудове (адміністративне) втручання у справи про правопорушення неповнолітніх, якому властиві відсутність достатніх і надійних процесуальних гарантій дотримання прав громадян [3, с. 15]. На наш погляд, лише частково можна погодитись із позицією авторів, і лише щодо того, що суд повинен бути центральною ланкою, яка вирішує питання про закриття справи і застосування до малолітніх примусових заходів виховного характеру. Це узгоджується із конституційними приписами (ст. 62, 124, 129 Конституції України). Розгляд цієї категорії справ саме судом дає малолітнім додаткові гарантії справедливого і неупередженого розгляду справи за їх участю. Водночас доцільність проведення досудового слідства також не викликає заперечень. Адже справедливий і неупереджений розгляд справи у суді значною мірою зумовлений професіоналізмом слідчих та проведеною ними роботою не лише щодо розкриття злочину, виявленню осіб, які до нього причетні, а й збором інформації, що характеризує особу малолітнього правопорушника, зокрема, умови життя та виховання неповнолітнього, обставини, що негативно впливали на виховання неповнолітнього та ін. Видається, що й надалі ці дві ланки – досудове слідство та суд при провадженні справ за участю малолітніх осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння у віці від 11 р. і до досягнення віку кримінальної відповідальності повинні зберегтися й у новому Кримінально-процесуальному кодексі України. Схожий погляд висловлює О.Х. Галімов [4, с. 147] з приводу удосконалення російського кримінально-процесуального законодавства.

Згідно із ч. 2 та 3 ст. 447 КПК України справу, що надійшла від прокурора у порядку, передбаченому ст. 7–3, для вирішення питання про застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру, суддя за наявності згоди з цим рішенням слідчого або прокурора у десятиденний строк призначає своєю постановою до судового розгляду із зазначенням часу й місця, а також осіб, яких необхідно викликати в судові засідання.

У разі незгоди з таким рішенням слідчого чи прокурора суд мотивованою постановою (ухвалою) повертає справу прокуророві.

З контексту цих законодавчих положень виникає низка запитань. Зокрема, в якому статусі перебуває малолітній, щодо якого розглядатимуть справу про застосування до нього примусових заходів виховного характеру. По-перше, кримінальну справу щодо такої особи закрито мотивованою постановою слідчого за письмовою згодою прокурора. Тут же виникає запитання, чи закриття справи в цьому випадку тягне за собою визнання малолітньої особи винуватою у вчиненні суспільно-небезпечного діяння? А згодом – в якому процесуальному статусі ця особа перебуває, адже закон не називає її ані обвинуваченим, ані підсудним. Отже, її статус ніяк не визначений. Водночас розгляд справи провадиться у відкритому судовому засіданні з обов'язковою участю прокурора і захисника. При цьому заслуховуються пояснення неповнолітнього, його законного представника, перевіряються докази, які доводять або спростовують вчинення цієї особою суспільно небезпечного діяння, а також інші обставини, які мають істотне значення для вирішення питання про застосування примусового заходу виховного характеру (ч. 3 ст. 447 КПК).

З огляду на таку істотну внутрішню суперечність кримінально-процесуальних норм напрошується висновок, що малолітні особи, щодо яких ставиться запитання щодо застосування до них примусових заходів виховного характеру, наділяються чи повинні наділятися самостійним правовим статусом у судових стадіях з метою найбільш повного та оптимального захисту їхніх прав та інтересів. При цьому варто погодитись із А.Б. Романюком у тому, що законодавчо необхідно позначити цей статус спеціальним терміном “деліквент” [5, с. 10]. Адже, кримінальні справи щодо таких малолітніх закриваються з нереабілітуючих підстав, тобто все-таки досудовим слідством доводиться їхня суспільно небезпечна поведінка, яка містить ознаки злочину, проте зазначені особи звільняються від кримінальної відповідальності, але при цьому не втрачається асоціальна характеристика їх як особистостей у суспільстві.

Порядок провадження у справах про злочини неповнолітніх, як передбачено ст. 432 Кримінально-процесуального кодексу України, визначається загальними правилами КПК для провадження кримінальних справ і, крім того, додатковими нормами, викладеними у гл. 36 КПК “Особливості провадження в справах про злочини неповнолітніх”. У зазначеній главі є норми, якими передбачено підвищення захищеності прав неповнолітніх у кримінальному судочинстві. Водночас, провадження у справах про суспільно небезпечні діяння малолітніх і застосування до них примусових заходів виховного характеру має також свою специфіку, що зумовлено де-юре тим фактом, що останні не визнаються суб'єктами злочину.

Найхарактернішою особливістю провадження про застосування до малолітніх примусових заходів виховного характеру є те, що немає деяких частин (етапів) стадії судового розгляду. Зокрема, відсутні попередній розгляд справи суддею, судові дебати та останнє слово підсудного. Очевидно, що це пов'язано із особливим правовим статусом малолітньої особи у цій стадії, який, як видається, належно не визначений, тоді як необхідність посиленого захисту цієї категорії осіб зумовлює цю особливість.

Ч. 2 ст. 447 КПК України передбачає, що справу, яка надійшла до суду від прокурора в порядку, передбаченому статтею 7–3 КПК, суддя або голова суду, якщо він згоден з рішенням, прийнятим слідчим або прокурором, призначає до

розгляду в судовому засіданні у строк не пізніше десяти днів, а в разі незгоди – повертає прокурору мотивованою постановою. Таким чином, законодавець дещо спростив порядок судового розгляду справ за участю малолітніх осіб, що має позитивне значення й відповідає п. 20.1 “Пекінських правил”, згідно із якими будь-яку справу неповнолітнього потрібно провадити швидко, не допускаючи яких-небудь затримок.

Розгляд справ щодо застосування до малолітніх осіб примусових заходів виховного характеру провадиться у відкритому судовому засіданні з обов’язковою участю прокурора і захисника, тобто на засаді змагальності. Таким чином, законодавець встановив імперативну норму щодо форми судового засідання. Проте, категоричність законодавця з цього питання не завжди матиме позитивні наслідки. На наш погляд, з урахуванням тих чи інших обставин справи, особи малолітнього деліквента суд повинен мати право вирішувати питання про доцільність проведення відкритого чи закритого судового засідання. Згідно із ст. 20 КПК України розгляд справ у всіх судах відкритий, за винятком випадків, коли це суперечить інтересам охорони державної або іншої захищеної законом таємниці.

Закритий судовий розгляд, крім того, допускається за мотивованою ухвалою суду в справах про **злочини** осіб, які не досягли шістнадцятирічного віку, у справах про статеві злочини, а також в інших справах з метою запобігання розголошенню відомостей про інтимні сторони життя осіб, які беруть участь у справі та у разі, коли цього потребують інтереси безпеки осіб, взятих під захист. Проте норма ч. 2 ст. 447 КПК України є спеціальною стосовно ст. 20 КПК, а тому виключає можливість закритого слухання справи про застосування до малолітніх осіб примусових заходів виховного характеру. Відтак, простежуємо парадоксальну ситуацію, коли щодо неповнолітніх підсудних, віком до 16 років допускається закритий судовий розгляд справи, а малолітні деліквенти, щодо яких слухається справа про застосування до них примусових заходів виховного характеру, позбавлені такої важливої процесуальної гарантії їхнього права на конфіденційність.

Аналогічно урегульовано це питання і в кримінально-процесуальному кодексі Російської Федерації. Е.Б. Мельнікова з приводу зазначеної проблеми відзначає, що, не треба забувати, що міжнародні стандарти здійснення правосуддя у справах неповнолітніх (Пекінські правила, ст. 8) розглядають конфіденційність (закритість) судового процесу в цих справах як невід’ємне право неповнолітнього і охоронний принцип всього судочинства [6, с. 90]. З аргументами Е.Б. Мельнікової не можна не погодитись, тим більше, коли йдеться про малолітніх осіб, у яких вразлива психіка. Відкритість судового розгляду може зашкодити також подальшій їхній долі. Відкритий характер судового розгляду справи може також негативно вплинути на покази малолітньої особи в суді і знизити в кінцевому підсумку результативність судового слідства.

Ми підтримуємо позицію М.О. Карпенка про необхідність, виходячи із обставин справи, розглядати у судовому засіданні справи щодо всіх осіб, які не досягли вісімнадцятирічного віку; з метою охорони прав та законних інтересів неповнолітнього, який знаходиться у сфері дії кримінального процесу, збереження його психічної та психологічної рівноваги заборонити розголошувати відомості про нього, доки вирок (постанова, ухвала) не набере законної сили [7, с. 14].

Як зазначено у кримінально-процесуальній літературі, крім зовнішньої гласності, є так звана внутрішня гласність. Внутрішня гласність навіть якщо справа слухається у закритому судовому засіданні, полягає у присутності в судовому

засіданні прокурора, потерпілого, підсудного, захисника та інших учасників судового розгляду, а також свідків, експерта, спеціаліста, перекладача. Крім того, вироки судів у всіх випадках проголошуються публічно (ч. 4 ст. 20 КПК). Їхній зміст може бути доведений до відома населення і засобами масової інформації.

Таке широке трактування гласності, її поділ на внутрішню та зовнішню не унеможливує залучення до участі у судовому розгляді, навіть закритому, представників служби у справах неповнолітніх та міліції у справах неповнолітніх (ст. 442 КПК України), а також представників підприємств, установ і організацій (ст. 443 КПК). І хоча залучення зазначених учасників судового розгляду згідно із ст. ст. 442 та 443 КПК передбачається щодо неповнолітніх підсудних, реалізація відповідних норм КПК України можлива по аналогії і щодо малолітніх деліквентів, щодо яких слухається справа про застосування до них примусових заходів виховного характеру. Згідно із п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України “Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх” від 16 квітня 2004 р. № 5, “суди зобов’язані додержувати вимог статей 441–443 КПК щодо обов’язкового повідомлення про час і місце розгляду справи законних представників неповнолітнього підсудного, службу та міліцію у справах неповнолітніх, підприємство, установу чи організацію, в яких він навчався або працював. Невиконання цих вимог закону є порушенням права на захист неповнолітнього підсудного і може бути підставою для скасування вироку. У разі потреби суд вправі про час і місце розгляду справи неповнолітнього підсудного повідомити й інші організації (ст. 443 КПК)”.

Проте, на наше переконання, “широке залучення громадськості” до участі у судових засіданнях у справах за участю малолітніх осіб не є бажаною практикою і не повинно розцінюватися як порушення права на захист неповнолітньої чи малолітньої особи у кримінальному судочинстві. Великі аудиторії, як відомо, здатні розгубити, розсіяти увагу та думки навіть дорослих. Більше того, є серйозні підстави для сумнівів щодо збереження конфіденційності інформації про хід справи щодо малолітніх деліквентів у суді. Тим паче, що дотримані інші процесуальні гарантії, адже слухання справ у закритому засіданні суду здійснюється з дотриманням усіх правил судочинства з обов’язковою участю прокурора та захисника.

Залучення у судові засідання у справі за участю неповнолітніх (малолітніх) осіб представників підприємств, організацій не підтримується й сучасними науковцями, які вважають відповідні положення КПК є морально застарілими. П. Репешко з цього приводу зазначає, що “судове засідання та вирок суду не повинні використовуватися як повчання близькому оточенню неповнолітнього підсудного. Тим більш не можна визнати прийнятним виклик в судове засідання представників з місця роботи батьків, опікуна чи піклувальника останнього. В цьому вбачається мета вплинути на законних представників неповнолітнього підсудного, що позбавляє їх активності у захисті інтересів своїх дітей” [8, с. 123–124]. Без сумніву, зазначені аргументи є переконливими, й стосуються також насамперед малолітніх осіб, щодо яких слухається справа у суді про застосування до них примусових заходів виховного характеру.

Загальні положення судового розгляду будь-якої кримінальної справи визначено ст.ст. 257–283 КПК. При розгляді справи обумовленої нами категорії суд з’ясовує дані про особу неповнолітнього та повноваження законного представника; роз’яснює їм процесуальні права, передбачені ст. 263 КПК; приймає рішення щодо заяв і клопотань осіб, які беруть участь у розгляді справи (ч. 2 п. 16

постанови Пленуму Верховного Суду України “Про практику розгляду судами справ про застосування до неповнолітніх примусових заходів виховного характеру”). При цьому ч. 2 п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України “Про практику застосування судами законодавства у справах про злочини неповнолітніх” рекомендує судам звертати увагу на те, що докази стосовно обставин, визначених у ст. 433 КПК, та інших даних про особу підсудного мають досліджуватися незалежно від того, чи оспорується ці обставини. На наше переконання, така судова практика є правомірною і сприяє індивідуалізації судового розгляду через конкретизацію та акцентування уваги на тих чи інших біографічних та середовищних обставинах щодо малолітньої особи. Принаймні поза увагою суду не повинно залишитись жодних “білих плям”, які б характеризували з будь-якої сторони особу малолітнього деліквента.

За логікою ст. 447 КПК, першою процесуальною дією, пов’язаною із дослідженням обставин справи судом, є заслуховування пояснення неповнолітнього (малолітнього). Важливо, що у цьому випадку, законодавець абсолютно правомірно вживає термін “пояснення”, а не “допит” неповнолітнього чи малолітнього. При цьому, на наш погляд, справа не лише в термінологічних позначеннях, а в методах, прийомах спілкування судді з малолітнім деліквентом. Важлива також атмосфера, в якій відбуватиметься пояснення малолітнього правопорушника у суді. Ще на початку ХХ ст. дослідниця ювенальної юстиції А.М. Рубашева у своїй праці “Особые суды для малолетних и система борьбы с детской преступностью” (Москва, 1912 р.) звертала увагу на “неофіційність”, спрощення ведення судового процесу щодо малолітніх осіб [4, с. 151]. Згідно із п. 14.2 “Пекінських правил”, судовий розгляд повинен відповідати інтересам неповнолітнього і здійснюватися в атмосфері розуміння, що дасть йому змогу брати участь у ньому і вільно висловлювати свій точку погляд.

Видається, що після заслуховування пояснень малолітнього деліквента було б доцільним, з врахуванням обставин справи, на підставі постанови (ухвали) суду видалити його із залу судового засідання. Ініціаторами клопотання можуть виступати адвокат, законний представник малолітньої особи чи прокурор. Загалом це питання можна вирішити за аналогією із ст. 444 КПК, яка регламентує умови та порядок видалення неповнолітнього підсудного із залу судового засідання. Водночас, участь у судовому засіданні законного представника малолітньої особи, щодо якої вирішується питання про застосування до неї примусових заходів виховного характеру, повинна визнаватись обов’язковою, крім випадків, коли участь законного представника в судовому засіданні може завдати шкоди інтересам малолітнього правопорушника. В цьому випадку суд повинен, а не вправі, своєю мотивованою постановою (ухвалою) усунути його від участі в судовому розгляді і допустити замість нього іншого законного представника.

Участь законного представника малолітнього деліквента у судовому розгляді справи про застосування примусових заходів виховного характеру, його процесуальні права та обов’язки повинні вирішуватись не за аналогією із ст. 441 КПК України “Участь законного представника неповнолітнього підсудного в судовому розгляді”, а повинні регламентуватись окремою нормою кримінально-процесуального закону. Це зумовлено, по-перше, особливим матеріальним та процесуальним статусом малолітньої особи, необхідністю компенсувати недостатність дієздатності малолітніх, дієздатністю їхніх законних представників. А по-друге, зазвичай, щодо таких малолітніх осіб застосовують такий примусовий захід виховного характеру, як передання неповнолітнього під нагляд батьків чи

осіб, які їх замінюють. Відтак, обов'язкова участь законних представників у судовому розгляді справи, з одного боку, дасть змогу найбільш повно захистити інтереси малолітньої особи, а з іншого боку – дасть змогу судові правильно підійти до вирішення питання про найбільш оптимальний примусовий захід виховного характеру, враховуючи поведінку законних представників у судовому розгляді справи.

Необхідність посиленого захисту прав та інтересів малолітньої особи незалежно від її процесуального статусу простягається “червоною ниткою” крізь весь кримінальний процес. Й під час судового розгляду справи про застосування примусових заходів виховного характеру участь, крім законного представника, захисника, є обов'язковою. Цю позицію Пленум Верховного Суду України висловив у своїй постанові “Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру” (п. 17). Він вважає, що невиконання вимог ст. 447 КПК про розгляд справи за участю захисника неповнолітнього є істотним порушенням цього права і підставою для скасування судового рішення про застосування примусового заходу виховного характеру. У разі, коли неповнолітній, або його законний представник не запросили захисника, Пленум рекомендує суддям призначати останнього і забезпечувати його участь у справі відповідно до п. 1 ч. 4 ст. 47 КПК. При цьому близьких родичів, опікунів або піклувальників неповнолітнього можна допускати до участі у справі як захисників лише за наявності адвоката.

Як зазначає А.Б. Романюк, діяльність захисника у справах про застосування примусових заходів виховного характеру відбувається за тими ж принципами, що і в справах неповнолітніх. Проте, аналіз норм КПК України, які регулюють порядок діяльності захисника, його повноваження та обов'язки у кримінальному судочинстві, дає підставу для висновку, що майже всі норми стосуються кримінальних справ щодо підозрюваних, обвинувачених, підсудних тощо.

Отож, вважає автор, Верховний Суд України скерував суди України до застосування аналогії закону у правозастосовчій практиці. Зважаючи на відсутність відсилочних чи бланкетних норм, що регулювали б діяльність захисника у справах про застосування примусових заходів виховного характеру, на практиці використовують норми КПК, що регулюють діяльність захисника у кримінальних справах підозрюваних, обвинувачених, підсудних [5, с. 114–115].

Проте, на наше переконання, аналогія закону не завжди здатна ефективно забезпечити заповнення законодавчих прогалів. Процесуальний статус захисника (адвоката) малолітньої особи повинен бути спеціалізованим. Насамперед, законодавство про адвокатуру має передбачати рекомендації щодо спеціалізації адвокатів, зокрема, щодо захисту малолітніх та неповнолітніх осіб (особливо у кримінальному процесі). Адже необхідність спеціалізації слідчих, суддів на сьогоднішній день не викликає заперечень ані в науковців, ані у практичних працівників правоохоронних органів та суду. На наш погляд, адвокат – захисник малолітньої, неповнолітньої особи повинен володіти не лише знаннями кримінально-процесуального законодавства України, а й знаннями міжнародно-правових актів у сфері захисту прав дитини; по-друге, бажаними є для нього й знання дитячої психології, адже надавати правову допомогу малолітній особі, не відшукавши підходу до неї, є вкрай важко. Тож, процесуальний статус адвоката у провадженні в справах про застосування примусових заходів виховного характеру є більш багатогранним, що підтверджує необхідність більш детального та

спеціалізованого його закріплення як у кримінально-процесуальному законодавстві, так і в законодавстві про адвокатуру.

Участь захисника (адвоката) не применшує та не нівелює роль законного представника малолітньої особи у провадженні про застосування примусових заходів виховного характеру, який дає у суді пояснення, що зумовлює його активну роль у захисті інтересів малолітніх та неповнолітніх осіб у суді.

Регламентуючи в загальних рисах процедуру розгляду у суді справи про застосування до малолітньої особи примусових заходів виховного характеру, український законодавець не передбачив обов'язкового залучення до участі у ній психолога. Ми підтримуємо погляди тих авторів, які вважають за необхідне участь психолога упродовж всього кримінального процесу [9, с. 72].

Чинний Кримінально-процесуальний кодекс України не передбачає можливості залучення до судового розгляду у справі про застосування до малолітньої особи примусових заходів виховного характеру педагога. Вважаємо таку позицію законодавця виправданою. Хоча, з іншого боку, кримінально-процесуальний закон передбачає, що у випадках, коли підсудний не досяг 16 років або якщо його визнано розумово відсталим, суд, керуючись положеннями ст. 438 КПК, за своїм розсудом або за клопотанням учасників процесу може провадити допит такого неповнолітнього в присутності педагога чи лікаря, які вправі ставити підсудному запитання і висловлювати свої зауваження. Очевидно, що за аналогією подібна ситуація можлива й щодо малолітніх осіб у справі про застосування до них примусових заходів виховного характеру. Врешті-решт, вчені давно обговорюють питання про те, чи доцільна участь у провадженні із застосування до малолітніх осіб примусових заходів виховного характеру педагога. Е.Б. Мельнікова вважає, що при допиті неповнолітнього більш корисними будуть спеціальні знання не педагога, а психолога чи лікаря-психотерапевта, оскільки судження із суто педагогічних питань у процесі важливі дуже рідко. Оцінка ж характеристик особи здійснюється судом саме на базі даних психології [10, с. 248; 11, с. 36].

У спеціальній літературі також обґрунтовано рекомендується залучати психолога, а не педагога, на допит розумово відсталих підлітків, а також тих, яким властиві яскраво виражені індивідуально-психологічні особливості (надмірна імпульсивність, помітне переважання процесів збудження над процесами гальмування і т. п.) [12, с. 148; 13, с. 114; 14, с. 95].

Підтримуючи такий підхід засадничо, вважаємо, що не варто недооцінювати і роль педагога. У кожному випадку суд сам може визначити, допомога якого спеціаліста йому буде необхідна під час судового розгляду. Що не стосується стадії виконання рішення суду щодо примусових заходів виховного характеру, то його участь є не лише доцільною, а й необхідною. Застосування педагогічних методик на стадії виконання постанови (ухвали) суду про застосування примусових заходів виховного характеру матиме, на наш погляд, оптимальний ефект у справі перевиховання малолітніх деліквентів.

Необхідною гарантією дотримання прав та інтересів малолітніх осіб у кримінальному судочинстві є дотримання принципу змагальності, який закріплений ст. 16–1 КПК України й виявляється, зокрема, у висловлюванні своєї думки прокурором, потім захисником у судовому засіданні. У зв'язку із цим у літературі обговорювали питання, пов'язане з участю прокурора та захисника у розгляді судом справи про застосування примусових заходів виховного характеру. Чинний кримінально-процесуальний закон чітко визначає, що розгляд справи, яка надійшла до суду в порядку, передбаченому ст. 7–3 чи ст. 9 КПК, провадиться за

обов'язковою участю прокурора і захисника. Проте окремі науковці вважають, що участь прокурора у зазначеній категорії справ не повинна бути обов'язковою. Зокрема, Д.А. Рогозін висловив міркування, що з урахуванням особи неповнолітнього не в усіх випадках виникає гостра необхідність участі прокурора в судовому засіданні. Автор переконаний, що вирішальну роль у вирішенні цього питання повинен відіграти суд, тобто, якщо суддя вирішить, що участь прокурора в судовому засіданні є недоцільною, з мотивів негативного впливу на психіку неповнолітнього, він повинен мати можливість відмовити в участі обвинувача у справі [9, с. 111].

На перший погляд, така позиція Д.А. Рогозіна має під собою певний ґрунт. Проте необхідно мати на увазі і той факт, що прокуратура і її представник – прокурор забезпечують і правоохоронну функцію – захист прав малолітніх, неповнолітніх осіб. Сприяючи всебічному дослідженню обставин справи, прокурор виконує важливу державну функцію в кримінальному судочинстві, спрямовану передусім на охорону прав і законних інтересів малолітніх та неповнолітніх осіб, зокрема й у справах про застосування до них примусових заходів виховного характеру. Тому участь у справі прокурора зумовлена необхідністю виконання і такої охоронної функції. Крім того, засада змагальності, яка повною мірою реалізується і у розгляді цієї категорії кримінальних справ, потребує участі обох сторін. І було алогічним усунути від судового розгляду сторону, яка ініціювала процес про застосування примусових заходів виховного характеру щодо малолітньої особи.

Стаття 447 КПК України не передбачає після закінчення судової перевірки матеріалів справи та висловлення думок прокурора і захисника, заслуховування ще й думки малолітнього деліквента. У той же час Пленум Верховного Суду України у своїй постанові “Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру” рекомендує судам: “після того як суд закінчить перевірку матеріалів справи, свою думку з цього питання висловлюють прокурор, захисник, законний представник та неповнолітній” (ч. 2 п. 16). Позиція найвищої судової інстанції України, на наш погляд, є більш правильною й відповідає інтересам малолітніх та неповнолітніх осіб. Судом мала бути надана можливість висловлення малолітнім чи неповнолітнім своєї думки щодо можливості застосування до них тих чи інших примусових заходів виховного характеру та з інших питань, пов'язаних із їхнім перевихованням та ресоціалізацією. При цьому варто взяти до уваги, що згідно із ст. 171 Сімейного кодексу України дитина має право на те, щоб бути вислуханою батьками, іншими членами сім'ї, посадовими особами з питань, що стосуються її особисто, а також питань сім'ї. Такий підхід варто застосувати і в кримінальному судочинстві при розгляді справ зазначеної категорії.

При вирішенні питання про застосування до малолітнього примусових заходів виховного характеру та вибору одного із заходів суд повинен керуватися такими принципами: 1) заходи впливу завжди повинні бути спів мірними не лише з обставинами і тяжкістю правопорушення, але й із становищем і потребами неповнолітніх та малолітніх осіб, а також із потребами суспільства; 2) при розгляді справи неповнолітнього питання про його благополуччя повинно слугувати визначальним чинником тощо (п. 17.1 Пекінських правил).

Передбачений ч. 2 ст. 105 КК перелік примусових заходів виховного характеру є вичерпним. На жаль, такий підхід законодавця навряд чи можна визнати чинником сприяння як “благополуччю” малолітнього та неповнолітнього, щодо

яких ці заходи застосовуються, так й інтересам потерпілих від злочинних посягань, а також інтересам суспільства. На наше переконання, суд мав би володіти ширшим комплексом заходів впливу на малолітнього деліквента, як це передбачено Пекінськими правилами. Тому вважаємо обґрунтованим погляд В.М. Бурдіна щодо необхідності реформування примусових заходів виховного характеру, закріплені ч. 2 ст. 105 Кримінального кодексу України [15, с. 36].

Додатковим виховним чинником при вирішенні судами питань про застосування примусових заходів виховного характеру має бути залучення до цього громадських організацій та осіб, які займаються примиренням потерпілих із неповнолітніми, котрі вчинили злочин чи суспільно небезпечне діяння.

На жаль, ці питання не врегульовані чинним КПК України. Рекомендації ж Пленуму Верховного Суду України “Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру” (ч. 2 п. 4 постанови) з цього питання орієнтують на можливість застосування медіації щодо неповнолітніх осіб. Згідно із Рекомендаціями Міжнародної відкритої конференції “Впровадження відновного правосуддя в Україні: висновки та перспективи” (м. Київ, 20–21 квітня 2006 р.) для ефективного застосування програм відновного правосуддя щодо неповнолітніх та для врегулювання у кримінальному законодавстві питань щодо застосування процедури медіації за участю неповнолітніх, зокрема, пропонується: внести відповідні зміни до КК, КПК – доповнити розділ XV Кримінального кодексу ст. 105–1 “Відновні заходи виховного характеру” (або “Відновні заходи щодо малолітніх/неповнолітніх”), в якій передбачити перелік таких заходів; зазначити у відповідних законодавчих актах та положеннях особливості застосування відновних заходів щодо осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння до досягнення віку кримінальної відповідальності тощо.

Як бачимо, як науковці, так і практики розуміють важливість впровадження медіації за участю малолітніх деліквентів.

Застосування судом примусових заходів виховного характеру до осіб у віці від одинадцяти років і до виповнення віку, з якого можлива кримінальна відповідальність – це виняток із загального правила. Тому вирішення цього питання повинно відбуватися в рамках окремого провадження, у якому повинен відображатись особливий процесуальний статус суб’єктів цієї категорії справ, а також низка особливостей їхнього розгляду і вирішення судом.

Свою вагому роль у справах про застосування примусових заходів виховного характеру має відіграти відновлювальне судочинство, впровадження якого стане новим етапом розвитку кримінально-процесуального законодавства України і підтвердженням прагнення України інтегруватись у Світове співтовариство, зокрема у частині дотримання прав та інтересів малолітніх та неповнолітніх осіб – учасників кримінального судочинства, як це передбачено Європейською конвенцією про здійснення прав дітей, ратифікованою Законом України від 3 серпня 2006 р. [16, с. 354], та Рекомендацією № R (87) 20 “Про соціальний вплив на злочинність неповнолітніх”. Врахування законодавством України, теорією та практикою цих та інших правових актів Ради Європи щодо застосування до малолітніх правопорушників заходів виховного характеру безумовно сприятиме інтегруванню України в Європейське та Світове співтовариство.

1. Международные акты по вопросам уголовного судопроизводства: Хрестоматия. В 3-х томах. Сост. Еникеев З.Д., Васильева Е.Г., Аширова Л.М. Ежова Е.В.– Уфа: РИЦ БашГУ, 2007. – Т. 1

2. *Благодир С., Смітійко З.* Закриття кримінальних справ щодо неповнолітніх: вирішення проблем // *Право України.* – 1998. – № 2.
3. *Николюк В.В.* Производство с участием несовершеннолетних: Учебное пособие. – Омск, 1994.
4. *Галимов О.Х.* Малолетние лица в уголовном судопроизводстве. – Москва, 2001
5. *Романюк А.Б.* Проблеми захисту неповнолітніх у кримінальному судочинстві.: дис... канд. юр. наук. – К., 2004
6. *Мельникова Э.Б.* Ювенальная юстиция: Проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии: Учеб. Пособие. – 2-е изд., испр., доп. -М.: Дело, 2001.
7. *Карпенко М.О.* Особливості провадження в справах про злочини неповнолітніх: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.09 / М.О. Карпенко; Нац. юрид. акад. України ім. Я.Мудрого. – Х., 2004.
8. *Репешко П.* Особливості допиту неповнолітніх у кримінальному судочинстві України // *Право України.* – 2000.
9. *Рогозин А.А.* Социально-правовые и психологические основы производства по уголовным делам несовершеннолетних. – Оренбург, 2001
10. *Ларин А.М., Мельникова Э.Б., Савицкий В.М.* Уголовный процесс России: Лекции-очерки. – М., 1997
11. *Мельникова Э., Ветрова Г.* Российская модель ювенальной юстиции (теоретическая концепция) // *Правозащитник.* – 1996. – № 1
12. *Мифтахова Л.А.* Проблемы участия психолога в уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Уфа, 2001.
13. *Семьянова И.С.* Проблемы совершенствования расследования преступлений несовершеннолетних (организационно-правовой аспект): Дис. ... канд. юрид. наук. – Омск, 2003.
14. *Щерба С.П., Зайцев О.А., Сарсенбаев Т.Е.* Охрана прав беспомощных потерпевших по уголовным делам. – М., 2001.
15. *Бурдін В.М.* Кримінальна відповідальність неповнолітніх.: дис... канд. юр.наук. – Львів. 2002
16. *Відомості Верховної Ради України.* – 2006. – N 41. – Ст. 354

**APPLICATION OF COERCIVE ACTIVITIES OF EDUCATIONAL  
CHARACTER TO JUVENILES: THEORY, LEGISLATIVE  
REGULATION AND JUDICIAL PRACTICE**

*U. Kovna*

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

Issues of juveniles' engaging to the criminal proceedings are examined. Legal status of juveniles from the age of 11 to the age of criminal discretion in trial concerning application of coercive activities of educational character is analyzed. Some issues as to the peculiarities of such cases proceedings are studied.

*Key words:* juvenile, coercive activities of educational character, proceedings in cases of juvenile criminals.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## ПОРЯДОК ПІДГОТОВКИ І ПРИЙНЯТТЯ ПОСТАНОВ ПЛЕНУМУ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ

*Н. Нор*

*Львівський національний університет імені Івана Франка  
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна  
тел. (032) 239–47–47*

Стаття присвячена з'ясуванню питання про можливість визнання джерелом права, кримінально-процесуального зокрема, постанов Пленуму Верховного Суду України та відповідність порядку їх ухвалення такій ознаці нормативно-правового акту, як спеціальна, встановлена законом процедура ухвалення.

*Ключові слова:* джерела кримінально-процесуального права, постанови Пленуму Верховного Суду України, порядок ухвалення постанов Пленуму Верховного Суду України.

При вирішенні питання про правову природу, роль і значення постанов Пленуму Верховного Суду України, як найвищої форми судової практики в механізмі правового, в тому числі і кримінально-процесуального, регулювання необхідно виходити не стільки з формально-правового визнання чи невизнання їх джерелом права, як з реально існуючого правового і соціального значення їх для вирішення спору про право, з впливу їх правоположень на судову практику всіх судів, включаючи і їх автора – Верховний Суд України, який розглядає і вирішує конкретні кримінальні справи у касаційному та виключному порядках. Власне, насамперед з допомогою своїх постанов Верховний Суд України забезпечує однакове застосування судами загальної юрисдикції законів та інших нормативно-правових актів, даючи їх роз'яснення на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики і формулюючи у названих судових актах відповідні правоположення. І не випадково, що при з'ясуванні думки насамперед суддів місцевих та апеляційних судів щодо їх значення для безпосередньо їхньої судової практики на питання: “Чи ухвалювали Ви коли-небудь рішення у конкретній справі всупереч роз'ясненням Пленуму Верховного Суду України щодо питань, які маєте вирішити у справі?” майже всі опитувані судді (97 %) дали негативну відповідь<sup>1</sup>. Тож, така відповідь підтверджує той факт, що судді реально визнають за правоположеннями, що містяться в постановах Пленуму Верховного Суду України, силу нормативного акту і керуються ними у процесі правозастосування. В той же час наукові підходи до питання про належність названих актів судової влади до джерел права залишаються і сьогодні неоднозначними. В радянський період офіційна правова доктрина заперечувала нормативну природу роз'яснень-тлумачень правових норм, що містяться у постановах Пленуму Верховного Суду СРСР та верховних судів союзних республік, не дивлячись на те, що законом вони

<sup>1</sup> Дане питання було включене до анкети опитування суддів з метою з'ясування їх ставлення до роз'яснень Пленуму Верховного Суду України, що містяться у його постановах з питань застосування законодавства, в т. ч. і кримінально-процесуального. Анкетуванню було піддано 40 суддів місцевих та апеляційних судів Львівської, Івано-Франківської, Тернопільської, Закарпатської і Хмельницької областей, які були учасниками семінару “Написання судових рішень”, організованого і проведеного спільно міжнародною організацією, яка сприяє становленню Верховенства права (USAID), з Академією суддів України 25 травня 2009 р. у м. Львові.

були наділені “керівним” характером. Щоправда, в правовій літературі, в тому числі і кримінально-процесуального права, окремими вченими обстоювалася думка про нормативний характер названих судових актів. Аналіз цих протилежних доктринальних підходів і раніше [9, 10], і в сучасний період вже проводився у літературі як під кутом зору загальної теорії права [7, 10, 11, 13], так і його окремих галузей, в тому числі і кримінально-процесуального [3, 5, 6, 8].

На сучасному етапі розвитку держави і права в правознавстві все більше став домінувати доктринальний підхід, згідно з якими судова практика, що насамперед знаходить свій концентрований прояв у постановях пленумів найвищих (вищих) судів, до компетенції яких належить давати роз’яснення щодо застосування норм матеріального і процесуального права, є джерелом права, і названі постанови визнаються актами судової правотворчості [3, с. 207; 7, с. 428–429; 5, с. 84]. Цим актам властиві всі ознаки, якими характеризуються нормативно-правові акти, зокрема: 1) формальна визначеність; 2) спеціальна установа законом процедура ухвалення; 3) публічність; 4) ухвалення компетентним органом держави; 5) загальнообов’язковість; 6) наділення вищою юридичною силою; 7) забезпечення державним примусом; 8) неперсоніфікованість; 9) ухвалення їх з метою регулювання типових суспільних відносин; 10) багаторазове їх подальше застосування [4, с. 296].

Підтримуючи такий підхід [8, с. 334], проведемо в даній статті аналіз такої ознаки нормативно-правового акту, як спеціальна, встановлена законом процедура (порядок) його ухвалення, стосовно постанов Пленуму Верховного Суду України, оскільки цей порядок не знайшов у правничій літературі достатнього висвітлення.

Порядок підготовки і прийняття постанов Пленуму Верховного Суду України, в яких даються роз’яснення норм матеріального і процесуального права, вироблений довготривалою практикою найвищого судового органу держави і закріплений частково як в Законі України про судоустрій від 7 лютого 2002 р. (ст. ст. 44, ч. 5 ст. 54, 55) [1, ст. 180], так і в локальних нормативних актах – Регламенті Пленуму Верховного Суду України, затвердженого його постановою від 16 червня 2002 р. [2, 15], Положенні про процедуру підготовки, прийняття та оприлюднення Постанов Пленуму Верховного Суду України, затвердженого постановою Президії Верховного Суду України № 23 від 28 травня 2004 р. [15] та Положенні про Науково-консультативну раду при Верховному Суді України, затвердженого постановою Президії Верховного Суду України № 33 від 5 жовтня 2007 р. [15].

У відповідності з названими нормативними актами прийняттю правороз’яснювальних постанов, як правило, передують узагальнення судової практики відповідної категорії справ та вивчення судової статистики, що проводиться управлінням узагальнення судової практики та аналітичної роботи з питань застосування законодавства. Для підготовки проекту постанови за розпорядженням Голови Верховного Суду чи його заступника створюється робоча група, яку очолює заступник Голови Верховного Суду або голова відповідної Судової палати. До складу цієї групи в обов’язковому порядку входить секретар Пленуму, судді відповідної Судової палати, а також можуть бути включені судді з інших палат, Військової судової колегії, працівники відповідних управлінь Верховного Суду. До робочої групи можуть включатись за їх згодою також відповідальні працівники Генеральної прокуратури, Міністерства юстиції, Вищої Ради юстиції, інших заінтересованих міністерств, відомств, установ та організацій, члени Науково-консультативної ради, судді судів різних рівнів. Названим розпорядженням також визначається суддя – доповідач проекту постанови на Пленумі.

Підготовлений робочою групою у визначені розпорядженням та Положенням про процедуру підготовки, прийняття та оприлюднення постанов Пленуму Верховного Суду України строки і схвалений відповідним заступником Голови Верховного Суду, головою Судової палати, суддею-доповідачем, працівниками відповідних управлінь, текст проекту постанови передається секретареві Пленуму. Після відповідного доопрацювання (якщо у цьому є необхідність) секретар Пленуму негайно розсилає його учасникам Пленуму та всім заінтересованим установам і особам (апеляційним судам регіонів, науковим юридичним установам (Академії правових наук України, інституту держави і права АН України та ін.), провідним юридичним навчальним закладам, членам Науково-консультативної ради та іншим заінтересованим установам та особам) для його вивчення і внесення відповідних пропозицій та зауважень до першого читання. Проект постанови може також виноситись на обговорення Науково-консультативної ради при Верховному Суді України.

Внесені переліченими суб'єктами пропозиції та зауваження до проекту постанови передаються робочій групі для їх вивчення і можливого врахування. Після цього проект знову передається секретарю Пленуму, який вивчає його і передає до сектора організаційної роботи та протокольного забезпечення Пленуму і Президії Верховного Суду управління документального забезпечення і контролю для відповідного доопрацювання. Доопрацьований в названому секторі проект постанови не пізніше десяти днів до визначеної дати засідання Пленуму з повідомленням про час його проведення надсилається всьому складу Пленуму персонально, Генеральному прокуророві України, Міністру юстиції, Голові Вищої Ради юстиції та іншим заінтересованим установам і особам.

Обговорення проекту постанови на засіданні Пленуму та його схвалення проводиться відповідно до Регламенту Пленуму Верховного Суду України.

Згідно Регламенту Пленум скликається за необхідністю, але не рідше ніж один раз на три місяці. Скликає Пленум Голова Верховного Суду України, який вносить на його розгляд відповідні питання і головує на його засіданні. У разі відсутності Голови Верховного Суду України Пленум скликає і веде перший заступник чи один із заступників Голови Верховного Суду України старший за віком. Пленум має бути скликаний також за рішенням президії Верховного Суду України чи на вимогу однієї третини суддів Верховного Суду України за їх підписами. Засідання Пленуму є повноважним за умови присутності на ньому не менш ніж двох третин загального складу Пленуму. У роботі Пленуму беруть участь Генеральний прокурор України, Міністр юстиції України та Голова Вищої ради юстиції України.

Як вже згадувалось, про час скликання Пленуму та питання, що виносяться на його розгляд, судді що входять до складу Пленуму та особи, які беруть участь у його роботі, повідомляються не пізніше ніж за десять днів до засідання. Неявка Генерального прокурора України, Міністра юстиції України чи Голови Вищої ради юстиції на засідання Пленуму не є перепорою для його проведення. На засідання Пленуму, на якому обговорюються питання про надання роз'яснень судам загальної юрисдикції щодо застосування законодавства чи про визнання не чинними роз'яснень вищого спеціалізованого суду, можуть бути запрошені судді інших судів, члени Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, інші фахівці у відповідних галузях права.

Порядок денний засідання Пленуму формується секретаріатом Пленуму на підставі подання Голови Верховного Суду України, голів судових палат і військової судової колегії, президії Верховного Суду України чи на вимогу

передбаченої Регламентом Пленуму кількості суддів Верховного Суду України за їх підписами і надається (розсилається) суддям, які входять до складу Пленуму та учасникам засідання із переліком документів що розглядатимуться і проектами постанов Пленуму, які готуються ініціатором його скликання. Повідомлення запрошених на засідання Пленуму осіб і представників засобів масової інформації про час його проведення та їх розміщення в залі покладається на розпорядника Пленуму і прес-службу Верховного Суду України. В окремих випадках за рішенням Пленуму представники засобів масової інформації можуть не допускатися до участі в його засіданні.

Засідання Пленуму відкривається Головою Верховного Суду України (головуючим), який відповідно до вимог, зазначених у ч. 2 ст. 1 Регламенту, вирішує питання про можливість роботи Пленуму. Реєстрація суддів, які входять до складу Пленуму, може проводитись як за допомогою електронних засобів, так і шляхом відкритого голосування. Якщо відкриття засідання Пленуму неможливе у зв'язку з відсутністю за даними реєстрації необхідної кількості його складу (двох третин), засідання переноситься на іншу дату. Після відкриття засідання Голова Верховного Суду України (головуючий) повідомляє про участь у роботі Пленуму Генерального прокурора України, Міністра юстиції України, Голови Вищої ради юстиції та осіб, запрошених на засідання Пленуму, а також про присутність представників засобів масової інформації і оголошує питання, які включені до порядку денного.

Порядок денний засідання Пленуму затверджується шляхом відкритого голосування. До порядку денного за більшістю голосів суддів, присутніх на засіданні Пленуму, можуть бути включені й інші питання, які в ньому не зазначені. Розгляд цих питань можливий за умови, що вони відповідним чином підготовлені. Після затвердження порядку денного до слова запрошується особи, які визначені для доповіді, та співдоповіді. По їх закінченні доповідачу (співдоповідачу) можуть бути поставлені усні чи письмові запитання. Час, який надається для доповіді, співдоповіді та виступу в дебатах визначається шляхом відкритого голосування.

Генеральний прокурор України, Міністр юстиції України та Голова Вищої ради юстиції висловлюють свою думку з питань, які обговорюються (окрім питань про обрання, призначення суддів Верховного Суду України на адміністративні посади та звільнення їх із цих посад).

Після доповіді, співдоповіді та висловлення думки Генеральним прокурором України, Міністром юстиції України, Головою Вищої ради юстиції учасникам засідання надається слово для їх обговорення. Головуючий зобов'язаний вести засідання неупереджено, створювати суддям та іншим особам рівні можливості для обговорення питань порядку денного, не обмежуючи їх у можливості ставити і знімати запитання та не коментувати їх висловлювань. Обговорення може бути припинено лише за пропозицією суддів шляхом відкритого голосування.

Після обговорення питання, яке розглядається, головуючий оголошує і ставить на голосування проект постанови Пленуму в цілому чи окремо кожен його пункт. Ніхто не вправі утриматися від голосування. Постанова чи її пункт вважаються прийнятими, якщо за них подано більшість голосів суддів, присутніх на засіданні Пленуму. При рівності голосів “за” і “проти” постанова Пленуму вважається непринятною. У разі необхідності доопрацювання постанови чи деяких її положень вона може бути прийнята у першому читанні. У випадку прийняття Пленумом рішення про призначення другого слухання проекту постанови робоча група доопрацьовує його у визначений Пленумом строк і передає текст секретареві Пленуму для внесення на друге читання. До другого і наступних читань, при

необхідності, виготовляється таблиця, де наводиться текст проекту постанови, подані на нього зауваження і пропозиції, рішення робочої групи та остаточна редакція проекту.

Прийнята за такою процедурою правороз'яснювальна постанова після відповідного мовного редагування підписується секретарем Пленуму та головою Пленуму – Головою Верховного Суду України і публікується на веб-сторінці Верховного Суду та в офіційному друкованому органі Верховного Суду – журналі “Вісник Верховного Суду України”.

Ведення протоколу, в якому письмово фіксується перебіг засідання Пленуму, і фіксування засідання технічними засобами покладаються на секретаріат Пленуму. Протокол підписується головуючим на засіданні Пленуму та секретарем Пленуму. До нього додається відповідний носій інформації з даними фіксування засідання технічними засобами (касета, диск тощо), а в разі необхідності – і повна чи часткова його письмова розшифровка.

Засідання Пленуму проводиться державною мовою. У разі коли запрошена на засідання особа не володіє державною мовою, вона має право виступати й давати пояснення рідною або іншою мовою, якою володіє, та користуватися послугами перекладача. Про свій намір висловлюватись іншою мовою, користуватись послугами перекладача особа повинна завчасно повідомити секретаря Пленуму. Забезпечення перекладу її виступу покладається на управління міжнародно – правового співробітництва Верховного Суду України. Засідання Пленуму проводиться в діловій, конструктивній обстановці. Судді та інші учасники засідання виступають, дають пояснення, ставлять запитання та відповідають на них лише після надання їм слова головуючим.

Що ж до поведінки учасників засідання то тут слід зазначити, що учасники засідання Пленуму повинні бути взаємоввічливими й додержуватись затвердженого порядку денного та Регламенту. Формами звернення до Пленуму чи до суддів є відповідно “Високий Суд”, “Ваша честь”. Присутні в залі особи зобов'язані шанобливо ставитись до Пленуму та учасників засідання, виконувати розпорядження головуючого щодо додержання порядку. Помічник секретаря Пленуму та судовий розпорядник у ході засідання Пленуму сприяють додержанню в залі встановленого порядку, виконують розпорядження головуючого і секретаря Пленуму. Судовий розпорядник має право робити зауваження присутнім у залі особам, які не є учасниками засідання, вимагати від них додержання встановленого порядку та вживати заходів по усуненню порушень. Його вимоги що до додержання порядку є обов'язковими. У разі необхідності судовий розпорядник також здійснює контроль за видаленням із залу засідання Пленуму осіб, які порушують установлений порядок.

Таким чином, підготовка постанов Пленуму Верховного Суду, процедура їх обговорення і прийняття аналогічні порядку підготовки, обговоренню і прийняттю законів та інших нормативно-правових актів, що поріднює їх за своєю формою з ними. Зрозуміло, що ця обставина також не може позитивно не відбитись на ролі і значенні зазначених постанов у механізмі кримінально – процесуального регулювання.

1. Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 27. – ст. 180.
2. Вісник Верховного Суду України – 2002. – № 4 (вкладка)
3. Дроздов О.М. Джерела кримінально процесуального права України: Монографія. – Х.: Видавець ФО-П Н.М. Ваинярчук, 2008. – 208 с.

4. Загальна теорія держави і права: Підручник /За заг. ред. М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченка, О.В. Петришина. – Х.: Право, 2002. – 432 с.
5. *Капліна Н.В.* правозастосове тлумачення норм кримінально-процесуального права: Монографія. – Х.: Право, 2008. – 296 с.
6. *Кухнюк Д.В.* Роз'яснення Пленуму Верховного Суду України як засіб забезпечення однакового застосування законодавства судами України // Вісник Верховного Суду України. – 2006. – № 12 (76). – С. 26–30.
7. *Марченко М.Н.* Судебное правотворчество и судебное право. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – 512 с.
8. *Нор Н.* Правова природа постанов Пленуму Верховного Суду України та їх роль в механізмі кримінально-процесуального регулювання // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2007. – Вип. 44. – С. 329–336.
9. Судебная практика в советской правовой системе / Под ред. С.Н. Братуся. – М.: “Юрид. Лит.”, 1975. – 328 с.
10. Судебная практика как источник права. – М.: ИГиП РАН, 1997. – 48 с.
11. Судебная практика как источник права. – М.: Юристь, 2000. – 160 с.
12. *Хорошковська Д.Ю.* Роз'яснення Верховного Суду України як джерела права: міф чи реальність? // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2005. – № 3, – С. 95–103.
13. *Шевчук С.* Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – К.: Реферат, 2007. – 640 с.
14. *Шевчук С.В.* Нормативність актів судової влади // Громадянське суспільство в Україні: проблеми забезпечення правотворчої діяльності: Матеріали міжнародної наукової конференції (7 квітня 2008 р., м. Київ). – К.: НДІ приватного права і підприємництва, 2008. – С. 85–89.
15. Постанови Пленуму Верховного Суду України 1985–2008: Офіц. вид. / За заг. ред. В.В. Онопенка, Ю.Л. Сеніна. – К.: Видав. дім “Юридична книга”, 2009. – С. 569–571.

## PROCEDURE OF DRAFTING AND PASSING THE SUPREME COURT PLENUM RESOLUTIONS IN UKRAINE

*N. Nor*

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

The article deals with the legal nature issue of the Supreme Court Plenum Resolutions in Ukraine and with author's substantiation to consider them sources of law, of criminal procedural law in particular. Preponderance in these judicial acts of features typical of normative acts is specified. Special attention is paid to such a feature as procedure of the Supreme Court Plenum Resolutions determination.

*Key words:* sources of criminal procedural law, Resolutions of the Supreme Court Plenum of Ukraine, procedure of the Supreme Court Plenum Resolutions determination.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

## ПРОБЛЕМА ІСТИНИ В СУЧАСНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

*Ю. Пастернак*

*Національна академія прокуратури України,  
вул. Мельникова, 81б, 04050 Київ, Україна  
e-mail: pasternakuriy@rambler.ru*

У статті автор досліджує зміст та характер категорії істини в кримінальному судочинстві, аналізує основні підходи до її розуміння. З огляду на філософський характер цього терміна обґрунтовано думку щодо недоцільності його використання для позначення мети доказування в кримінальному процесі.

*Ключові слова:* доказування, мета доказування, об'єктивна істина, абсолютна істина, відносна істина, формальна істина, достовірність, достатність доказів, внутрішнє переконання.

Реформування кримінально-процесуального законодавства становить нині один із найважливіших напрямів розвитку правової системи України.

Очевидно, що зміна моделі системи кримінальної юстиції має змінити і розуміння її інститутів. Передусім це стосується доказового права, яке є осередком всієї кримінально-процесуальної діяльності. Декларативні заяви щодо зміни підходів до визначення сутності кримінального судочинства без послідовного закріплення і реалізації нового змісту всіх його складових тільки законсервують існуючу модель.

У дослідженні ми зупинимося на одній із найбільш суперечливих категорій науки доказового права, а саме – категорії істини. Визначення на законодавчому рівні основних напрямів реформування всієї системи кримінальної юстиції України стимулює переосмислення старих підходів до її розуміння та вироблення нових, використання яких було б доцільним в ході правотворчої та практичної діяльності.

Зазначимо, що ця проблема постійно перебуває у сфері уваги науки кримінального процесу. Про це свідчать роботи великої кількості вчених як минулого так і сучасності. У дореволюційний період нею займалися Л.Е. Владіміров, І.Я. Фойницький, В.Д. Спасович. В радянський період їй приділяли увагу такі видатні вчені як: М.С. Строгович, Ф.Н. Фаткуллін, А.М. Ларін, В.Я. Дорохов, Р.С. Белкин, М.М. Михеєнко. Не залишає її поза увагою і сьогодення правова наука про що свідчать дослідження російських вчених З.З. Зінатуліна, А.Р. Белкина, І.Б. Михайловської, С.А. Шейфера, Р.В. Костенка, В.С. Балакшина, Г.А. Печникова; українських Ю.М. Грошевого, В.Т. Нора, В.Т. Маляренка, С.М. Стахівського, Є.Г. Коваленка, П.В. Прилуцького, В.О. Попелюшка та деяких інших.

Наукові розробки зазначених авторів становлять теоретичну основу доказового права. Водночас, не можна говорити про наявність єдиного розуміння порушеної проблеми. З огляду на це, на сучасному етапі актуальним є визначення характеру та змісту згадуваної категорії як мети доказування в кримінальному процесі, а також перспектив її використання за умови розбудови кримінального судочинства у напрямках, визначених Концепцією реформування кримінальної юстиції [1, с. 20].

Категорія істини має філософське походження. Вчення про неї розроблялося з часів Платона та Арістотеля, однак і по сьогоднішній день не має єдиного розуміння цього терміна. Тлумачили його по різному: “істина – відповідність

знання дійсності”, “істина – це угода”, “істина це властивість само узгодженості знань”, “істина це корисність знання, його ефективність”, “істина це підтверджене дослідом знання” [2, с. 11]. Погодьмося, що при всій різноманітності трактувань “істина” використовується для характеристики не об’єктів матеріального світу, а знань щодо них [3, с. 51]. У класичному розумінні цієї категорії істина розглядається як правильне відображення дійсності [2, с. 39].

Слід визнати, що протягом тривалого часу в теорії кримінального процесу мета доказування вбачалася у встановленні об’єктивної істини. Це була фактично єдина точка зору на цю проблему і ґрунтувалася вона саме на класичному розумінні істини та пануючій ідеології діалектичного матеріалізму [4, с. 113]. Значною мірою вона залишається такою і на сьогодні, на що вказують дослідження окремих авторів та численні думки на її підтримку, як в Україні [5, с. 95–98], так і в Росії [6].

Спробуємо навести власне бачення обґрунтованості використання такого терміна. Одне з останніх визначень, яке подав С.М. Стахівський, визначає об’єктивну істину як точну і повну відповідність навколишньої дійсності до висновків органів розслідування та судової влади про фактичні обставини справи, правову кваліфікацію діяння та юридичну відповідальність винуватих осіб [7, с. 24].

Зазначимо, що незважаючи на спільну назву, одностайності серед прихильників такого терміна немає по сьогодні. Суперечки і надалі точаться навколо того, чи включати у зміст цього поняття правову кваліфікацію та юридичну відповідальність та який характер носить істина в кримінальному процесі, якщо керуватися її традиційним поділом у діалектичному матеріалізмі на абсолютну і відносну.

Водночас ми вважаємо за потрібне зупинитися і на першій складовій, тобто точній і повній відповідності фактів до реальної дійсності, оскільки саме вона відображає істину в її класичному розумінні. Річ в тому, що прихильники вище зазначеної концепції ставлять знак рівності між істиною, під якою розуміють точну і повну відповідність фактів до об’єктивної дійсності і достовірністю, яку встановлюють у кримінальному процесі.

На наша думку, така позиція не відповідає реальному стану речей, який відбувається на практиці. Одразу зазначимо, що в теорії кримінального процесу завжди існували думки щодо неможливості формування повного вичерпного знання про подію злочину в силу ретроспективного характеру пізнання в кримінальному процесі та низки інших чинників. Такі твердження вчені висловлювали ще до революції [8, с. 36–41]. Окремі згадки про це можна відшукати і в літературі радянського періоду [9, с. 122–127], однак подальшого розвитку, а тим більше визнання, вони із зрозумілих причин не отримали.

Видається, що перешкоди на шляху повного і точного встановлення обставин об’єктивної дійсності через недосконалість людського пізнання були завжди і закривати на це очі було б неправильно. Окрім цього, сама організація процесу незалежно від його виду пов’язана із встановленням додаткових перепон. Як слушно зазначає І.Б. Михайловська, навіть якщо пріоритет надається намаганням встановити істинні обставини справи що розслідується, такі елементи процесуальної форми, як правила щодо виключення доказів, заборона повернення до гіршого, а також всі прояви диспозитивного начала, є свого роду перешкодами для досягнення основної мети доказування [10, с. 19].

Більше того, демократизація кримінального процесу, визнання прав людини, найвищою соціальною цінністю та одним із пріоритетів в процесі зумовлюють очевидно таку побудову кримінально-процесуальної форми, яка ще більше

обмежує можливості суб'єктів доказування щодо точного встановлення фактів, які мають значення для вирішення справи.

Вважаємо, що навіть коли ведеться мова про доведеність вини особи у вчиненні злочину, не можна говорити про вичерпне і повне встановлення всіх обставин справи, оскільки вони відбувалися насправді. Про це свідчить аналіз процесу формування внутрішнього переконання судді, яке є основою у винесенні рішення. Суд виносить рішення на підставі оцінки доказів за відповідними критеріями. Окрім інших, такими критеріями є достатність і достовірність. Тут потрібно звернути увагу, що теза про винність особи у вчиненні злочину набуває ознак достовірного знання лише після оцінки фактичних даних у сукупності, причому саме сукупності достатньої для формування внутрішнього переконання судді, що і має наслідком винесення рішення. До цього вона такою не розглядається, оскільки презумпція невинуватості ще не спростована, і твердження про винність особи закон не допускає.

Тобто винесення рішення пов'язується з виникненням внутрішнього переконання, основою якого є достатність. Саме формулювання вказує на те, що достатність – це певний, наперед не визначений обсяг інформації. Вона логічно допускає певну межу за якою подальше подання відомостей (продовження доказування) видається недоцільним з огляду на вже сформоване переконання. Тобто допускається залишення поза увагою певної інформації з такої причини. Якщо подивитися на таку ситуацію з погляду вичерпності пізнання, очевидним стає, що рішення приймається на підставі не повного знання, а лише такого його обсягу який формує внутрішнє переконання, а це призводить до недоцільності подальшого дослідження обставин справи. Без такого переконання у судді не виникне волі до таких дій, більше того, він на них і не має права згідно з законом.

У теорії кримінального процесу країн, де найбільш виражена змагальна побудова процесу (США, Англія) така особливість отримала своє вираження у формулі доказаності поза розумними сумнівами (*beyond a reasonable doubt*) [11, с. 200–201].

На нашу думку, те що в нашому законодавстві такого виразу не має, не свідчить про те, що механізм формування внутрішнього переконання судді, зокрема “безсумнівність”, яка є його основою, у нашій системі якась інша. Адже закономірності, на яких ґрунтуються процеси мислення у всіх людей однакові. Не можна говорити, що переконання наших суддів є більш безсумнівним. Очевидно, говорячи про відсутність сумнівів, наш законодавець не конкретизував і взяв до уваги те, що теоретичні сумніви завжди можна виявити, однак, оскільки вони не впливають на формування внутрішнього переконання, то і практичного значення для суду вони не мають, тому згадувати про них недоречно.

У цьому контексті додатково хотілося б звернути увагу на суб'єктивний характер істини в кримінальному судочинстві. Врахування його є важливим для розуміння сутності окремих кримінально-процесуальних явищ. Визнаємо, що істина значною мірою суб'єктивна, незважаючи на прагнення суду і інших осіб, які беруть участь в кримінальному судочинстві до об'єктивності. Істина залежить від свідомості і волі особи, як того, хто пізнає, так і того, хто надає відомості про факти.

Критерій для визначення чи сталася подія насправді тільки один. Таким моментом є виникнення внутрішнього переконання у суду. Відтоді він починає сприймати всі обставини як достовірні, а не ймовірні. І причина в тому, що у кримінальному процесі іншої системи оцінки доказів немає. Система формальних доказів відійшла в минуле, вона засвідчила свою неефективність. Її замінила

система вільної оцінки за внутрішнім переконанням судді й іншої розумної і обґрунтованої альтернативи не має та і бути, напевно, не може там, де предметом оцінки є дії людей і для людей. Показовим у цьому плані є реально існуючі колегіальні суди, суди присяжних. Очевидно, так знижується ризик суб'єктивної помилки і це ще вищий рівень перевірки даних, оскільки в такому варіанті достатня сукупність доказів має породжувати внутрішнє переконання вже у декількох осіб. Що очевидно доводить, що така сукупність більш достовірна. Однак в кожному випадку така сукупність різна. По-перше, з огляду на те, що кожна справа індивідуальна, а по-друге, через унікальність суб'єктивного сприйняття, хай і професійного суб'єкта і відповідно до визначених законом критеріїв. Об'єктивність картини злочину напряду залежить від сприйняття доказового матеріалу, яке є суб'єктивним і так чи інакше несвідомо, поза волею суб'єктів, корегує такий стан речей.

Недаремно вище описані процедури встановлюються для найважливіших кримінальних справ, очевидно, це робиться з метою зниження ризику помилки, оскільки такий ризик завжди є внаслідок індивідуальності сприйняття кожного індивіда. Це якраз і вказує на те, що сам законодавець визнає неможливість стовідсоткового усунення такого ризику. Він намагається його знизити, а не усунути, оскільки цілком усунути його неможливо.

В цілому наведені аргументи, на нашу думку, свідчать про невідповідність перебільшення пізнавальних можливостей суб'єктів кримінального судочинства та, відповідно, неможливість стверджувати про повну відповідність сприйнятих фактів реальній дійсності. Про це засвідчує і суб'єктивний характер кримінально-процесуальної достовірності. Отож, навіть класичне розуміння істини повною мірою не відповідає реальному стану речей у кримінальному процесі. В зв'язку з цим видається необґрунтованим і вживання поняття "об'єктивна".

Для цього є і додаткові причини. Нагадаємо, розуміння об'єктивної істини ґрунтується на вченнях класиків діалектичного матеріалізму. Однак є певна непослідовність у використанні таких трактувань, що, на нашу думку, доводить його проблемність і невідповідність застосованих понять до специфіки кримінально-процесуальної діяльності.

Непослідовним видається зачислення науковцями до явищ об'єктивної дійсності правових питань (питання кваліфікації та юридичної відповідальності), які очевидно знаходять своє вираження в результаті доказування. При цьому не враховано класичне розуміння "об'єктивної дійсності", на яке самі нібито опираються прихильники такого погляду. Так під істиною в марксизмі розуміють ідеальне відтворення у пізнанні дійсності, так, як вона існує, поза і незалежно від свідомості, від суб'єкта пізнання (людини та людства) [12, с. 3].

Такі елементи важко зачислити до явищ об'єктивної дійсності у розумінні діалектичного матеріалізму, оскільки необхідними ознаками вони не володіють.

Науковці радянського періоду, орієнтуючись на класиків матеріалізму абсолютизували соціальну природу людини і, відповідно, всі суспільні явища, в тому числі і право. На нашу думку, не можна говорити, що право розвивається об'єктивно, незалежно від людини, суспільства, у тому розумінні, що воно не є незалежним від людини і людства взагалі. Воно змінюється з розвитком суспільства, формуванням нових цінностей та пріоритетів. Так чи інакше право прив'язане до суб'єкта, який його реалізує, застосовує. Без людини, суспільства право не потрібне, більше того, воно би і не виникло.

Зазначимо, що навіть в радянський період працювали вчені, які не погоджувалися з такою несумісністю, але їхні аргументи тоді із зрозумілих підстав до уваги не бралися [4, с. 124]. Вони послідовніше використовували підходи марксизму і розглядали істину як абсолютну істину конкретного факту та не включали до неї правових питань. Як ми вважаємо, цей варіант також не відповідає справжньому стану речей, а тільки підкреслює непридатність використання пануючої тоді ідеології. Результат доказування у кримінальному процесі важко уявити без використання норм матеріального права. Недаремно переважає і понині думка щодо включення правових питань в зміст об'єктивної істини як результату доказування [4, с. 136]. І така ситуація видається зрозумілою. Оскільки важко уявити, наприклад, що позиція сторони обвинувачення викладається перед судом без посилань на відповідні норми матеріального права. На практиці немає процесуальних документів, які виражають процес доказування і в яких містилися б обґрунтування лише фактичних даних без прив'язки до норм права. Наприклад, обвинувальна промова, як концентроване вираження діяльності з доказування сторони обвинувачення, не була б такою за своєю суттю, якби в ній просто обґрунтовувалось те, що такі то події справді мали місце в минулому без надання їм відповідної оцінки. Аргументування в кримінальному процесі без посилання на норми матеріального права неможливе. Можливість оскарження рішень суду сторонами з мотивів м'якості чи суворості покарання також свідчить про те, що питання кваліфікації та міри відповідальності входять до сфери інтересів суб'єктів доказування і мають включатися до змісту поняття, через яке пропонується визначати мету доказування. Також на користь цієї позиції засвідчують погляди науковців в галузі теорії права, які стверджують, що кваліфікація пронизує весь процес правозастосування і її елементи наявні на всіх його стадіях [13, с. 31].

Отже, вважаємо недоцільним називати "об'єктивною істиною" ті речі, які до "об'єктивної дійсності" ми в розумінні діалектичного матеріалізму зачислити не можемо. Розуміючи, що елементи кваліфікації та юридичної відповідальності так чи інакше входять в позицію суб'єкта доказування у справі і їх не можна відкидати, вчені швидше намагалися видати бажане для тодішньої ідеології за дійсне.

Порібно виокремити ще одну непослідовність у використанні підходів діалектичного матеріалізму щодо поняття істини в кримінальному процесі. Як відомо, окрім ознаки об'єктивності, вона в подальшому характеризувалась з позицій абсолютності та відносності [14, с. 104]. На наш погляд, використання таких характеристик видається недоречним і лише підкреслює неможливість механічного перенесення філософських постулатів діалектичного матеріалізму в таку практичну діяльність, як кримінальний процес.

Використовуючи цей підхід, ми, називаючи якесь твердження відносною істиною у розумінні частини недосяжного абсолюту, очевидно повинні допускати наявність можливості подальшого поступального розвитку цього знання до безконечності. Знання в кримінальному процесі розвивається за своїми законами, в конкретних межах і правилах для досягнення певного результату, що не дає змоги розглядати їх як проміжний результат у безперервному процесі пізнання людством об'єктивної дійсності. На це окремі вчені одразу звертали увагу і робили це цілком обґрунтовано [15, с. 14]. Правда вони чомусь не розглядали це як перешкоду для використання традиційних підходів марксизму в кримінальному процесі.

Тому термін "об'єктивної істини" та окремі його трактування (матеріальна, абсолютна, відносна) важко використовувати, оскільки на практиці реальний зміст поняття за своїм характером є іншим.

Крім цього, в такому випадку необґрунтовано залишається поза увагою формальний характер істини. Вимога дотримання кримінально-процесуальної форми, яка пронизує весь процес, не може не впливати на його результат. Причому це має місце незалежно від виду самої форми (змагальний, розшуковий чи змішаний процес). Використання у кримінальному процесі формальних правил (правила допустимості, презумпції, преюдиції, спрощений порядок судового розгляду тощо) пов'язане з відсутністю безпосереднього пізнання, що підкреслює формальний характер істини. Наприклад, це яскраво простежується при використанні преюдиції. Її основою є римський принцип “*res iudicata pro veritate habetur* – судові рішення приймається за істину”. Як бачимо, при тому, що доказування як таке вже завершено, тут немає категоричного ствердження, що рішення є істинним. Таким воно тільки презюмується, що ще раз доводить формальний характер результату. Водночас характеристика формальності відображає лише одну зі специфічних рис процесу доказування. Одні формальні правила не дають ніякого результату без наповнення їх конкретним фактичним матеріалом. Тому одного цього терміна, на наш погляд, теж недостатньо для позначення всіх особливостей, якими характеризується процес доказування. Це можна сказати і щодо інших концепцій істини, розглянутих у літературі [16, с. 8–13]. Сьогодні учасники кримінального судочинства можуть сприймати результат своєї діяльності як об'єктивну, матеріальну, формальну, конвенційну, референтну, абсолютну, відносну істину, або і одну й іншу одночасно. Результат від цього мало змінюється. Вживання на практиці термінів без чіткого розуміння їхнього змісту лише заплутує і не вносить ніякої ясності.

На підставі викладеного вважаємо, що варто погодитися з позицією вчених, які визнають недоречним механічне застосування філософських за своїм характером постулатів для позначення категорій із суто практичної діяльності [17, с. 50]. Такі характеристики швидше підходять для теоретичного наукового пізнання. Результат доказування комплексний за своєю природою і дати йому універсальну характеристику, використовуючи таку категорію, як істина важко в силу її філософського походження. Досі немає єдиного розуміння “істини” і очевидно не буде в силу плюралізму і свободи наукових думок, якими характеризується філософське вчення. У цьому контексті показовими є слова американського філософа Вільяма Джеймса: “Здоровий глузд краще підходить для однієї сфери життя, наука для другої, філософська критика для третьої” [18, с. 16].

Підсумовуючи наведені аргументи, вважаємо, що визначаючи мету доказування, потрібно користуватися чіткішими термінами із однозначним та зрозумілим змістом. Передусім доказування повинно бути зорієнтоване на забезпечення доказаності обставин, встановлення яких необхідне для правильного вирішення справи.

1. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року “Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів” [Текст]: Указ Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008 // Офіційний Вісник України. – 2008. – № 27. – 18 квітня. – С. 20.
2. Чудинов Э.М. Природа научной истины [Текст] / Э.М. Чудинов. – М., 1997. – 298 с.
3. Состязательность и равноправие сторон в уголовном судопроизводстве: Учеб. пособие [Текст] / Т.Т. Алиев, Н.А. Громов, Л.М. Зейналова, Н.А. Лукичев. – М.: Приор-издат, 2003. – 112 с.
4. Теория доказательств в советском уголовном процессе [Текст]: 2-е изд. под общ. ред. Н.В. Жогина. М.: Юрид. лит., 1973. – 735 с.

5. *Попелюшко В.О.* Чи потрібна істина у кримінальній справі [Текст] / В.О.Попелюшко // Юридична Україна. – 2006. – № 2. – С. 95–98.
6. *Печников Г.А.* Диалектические проблемы истины в уголовном процессе [Текст]: дис.... док. юрид. наук / Г.А.Печников. – Волгоград, 2005. – 462 с.
7. *Стахівський С.М.* Кримінально-процесуальні засоби доказування [Текст]: дис.... док. юрид. наук / С.М.Стахівський. – К., 2005. – 414 с.
8. *Владимиров Л.Е.* Учение об уголовных доказательствах [Текст] / Л.Е. Владимиров. – Тула: Автограф, 2000. – 462 с.
9. *Чельцов М.А.* Советский уголовный процесс. Учебник, 4-е изд., испр. и перераб. [Текст] / М.А. Чельцов. – М.: Госюриздат, 1962. – 503 с.
10. *Михайловская И.Б.* Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе [Текст] / И.Б.Михайловская. – М.: ТК Велби, Проспект, 2008. – 192 с.
11. *Гуценко К.Ф.* Уголовный процесс западных государств [Текст]: / К.Ф. Гуценко, Л.В. Головкин, Б.А. Филимонов. – М.: Зерцало-М, 2001. – 480 с.
12. Современные проблемы теории познания диалектического материализма Т.2. [Текст]. – М., 1970.
13. *Гурджі Т.* Місце юридичної кваліфікації у процесі правозастосування [Текст] / Т. Гурджі // Право України. – 2006. – № 4. – С. 31.
14. Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая [Текст]: под общ. ред. Н.В. Жогина. И. И. Карпеца и др.; М.: Юрид. лит., 1966. – 584 с.
15. *Ривлин А.Л.* Пересмотр приговоров в СССР [Текст] / А.Л.Ривлин. – М.: Юрид. лит., 1958. – 312 с.
16. *Орлов Ю.К.* Основы теории доказательств в уголовном процессе. Науч. прак. пос. [Текст] / Ю.К. Орлов. – М.: Проспект, 2000. – 140 с.
17. *Костін М.* Щодо реалізації принципу з'ясування істини у кримінальному судочинстві [Текст] / М. Костін // Право України. – 2004. – № 7. – С. 50.
18. *Верч Дж. В.* Голос разума: Социокультурный подход к опосредствованому действию. [Текст] / Дж.В. Верч. – М.: Тривола, 1996. – 176 с.

## PROBLEM OF TRUTH IN CURRENT CRIMINAL PROCESS

*Y. Pasternak*

*National Prosecution Academy of Ukraine  
Melnikova Str. 81b, UA – 04050 Kyiv, Ukraine,  
e-mail: pasternakyuriy@rambler.ru*

In the article the author studies the essence and nature of the truth concept in criminal justice. The main approaches to its interpretation are analyzed. Taking into account philosophical nature of this notion, the author substantiates inexpediency of its application for defining the goal of proving in criminal process.

*Key words:* proving, goal of proving, objective truth, absolute truth, relative truth, formal truth, reliability, sufficiency of evidence, internal belief.

Стаття надійшла до редколегії 01.05.2009

Прийнята до друку 01.06.2009

# РЕЦЕНЗІЇ

## ПОВЕРНЕННЯ НАУКОВОЇ СПАДЩИНИ

*Т. Андрусяк*

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

**Василенко Микола Прокопович. Вибрані твори у трьох томах:**

**Том 1. Історичні праці** / Упорядники: І.Б. Усенко (кер.колективу), Т.І. Бондарук, Є.В. Ромінський. Відп. ред.: Ю.С. Шемшученко, І.Б. Усенко. – К.: Інститут держави і права ім.В.М. Корецького НАН України; ТОВ “Видавництво “Юридична думка”, 2006. – 608 с. (8 с. іл.);

**Том 2. Юридична праця** / Упорядники: І.Б. Усенко (кер.колективу), Т.І. Бондарук, А.Ю. Іванова, Є.В. Ромінський. Відп. ред.: Ю.С. Шемшученко, І.Б. Усенко. – К.: ТОВ “Видавництво “Юридична думка”; Видавничий дім “Академперіодика”, 2006. – 560 с.;

**Том 3. Спогади. Щоденники. Листування** / Упорядники: І.Б. Усенко (кер.колективу), Т.І. Бондарук, А.Ю. Іванова, Є.В. Ромінський. Відп. ред.: Ю.С. Шемшученко, І.Б. Усенко. – К.: ТОВ “Видавництво “Юридична думка”; Видавничий дім “Академперіодика”, 2008. – 720 с.

Силою історичних обставин останні десятиліття в українській науці, літературі, мистецтві є періодом “повернення імен”. Люди, чий імена годі шукати на сторінках “Української радянської енциклопедії” чи іншого довідкового видання 40–80-х років минулого століття, повертаються. Повертаються короткими біографічними довідками в сучасних енциклопедіях, згадками в шкільних чи університетських підручниках, бібліографічними згадками в наукових публікаціях. Здебільшого, таке “повернення імені” пов’язується з певними ювілеями, які стають поштовхом до появи публікацій, проведення наукових конференцій, круглих столів тощо. В багатьох випадках цим і обмежується. Повноцінне повернення наукової спадщини, а саме перевидання наукових праць вченого або, що найбільш бажано, видання упорядкованого збірника праць найчастіше залишається справою перспективи, далекої або й дуже далекої. І “повернене ім’я” так і залишається іменем, якому, в кращому випадку, може бути присвячене одне або й декілька наукових досліджень. А наукові праці, як були недоступними або малодоступними, так ними і залишаються. І про їх повноцінне повернення в науковий обіг, а, тим більше, в навчальний процес говорити не доводиться. І тому, немає нічого дивного, що в десятках нових підручників і посібників, які з’явилися і продовжують з’являтися, відсутній розділ, в якому б розглядався розвиток даної галузі науки в Україні протягом тривалого часу. Окремі винятки, які тут не час і не місце аналізувати, тільки підтверджують загальну тенденцію. Тільки поява упорядкованого зібрання праць дає можливість реального доступу до наукової спадщини того чи іншого вченого. На превеликий жаль, не багато маємо сьогодні таких видань.

Поява “Вибраних творів” у трьох томах одного з корифеїв української історико-правової науки Миколи Прокоповича Василенка, стала приємною і радісною несподіванкою для всіх науковців гуманітарного напрямку. Це й зрозуміло. Спектр наукових зацікавлень вченого настільки вражаючий, що серед

його наукової спадщини знайдуть для себе багато цікавого і філософи, і соціологи, і політологи, і релігієзнавці, і філологи. І звичайно ж, особливе значення поява цього видання має для істориків та юристів, оскільки робить доступними ряд праць вченого, які попри їх ключове значення для розуміння окремих періодів, подій чи документів української історії, залишалися малодоступними для науковців.

Зупинимося детальніше на характеристиці самого видання. Перш за все, хотілося б відзначити розкішний зовнішній вигляд видання, його бездоганну якість з позиції поліграфічного виконання. А формат видання (70x108), може і повинен стати стандартом для подальших видань збірників праць визнаних вчених-правознавців. Розкішному зовнішньому виглядові видання повністю відповідає рівень і якість підготовки текстів та довідкового апарату. Крім приміток до текстів праць, які містять інформацію про всі персоналії чи імена зустрічаються в працях, важливі події та документи поданий іменний покажчик до всіх трьох томів, покажчик друкованих праць М.П. Василенка та основних праць про його життя і діяльність. Упорядникам І.Б. Усенкові (керівник колективу), Т.І. Бондарук, Є.В. Ромінському та А.Ю. Івановій вдалося створити настільки добрий довідковий апарат, що можна стверджувати про його самостійну наукову вартість. Зрештою його обсяг, а це понад триста сторінок вказаного формату говорить сам за себе.

Три томи “Вибраних творів” охоплюють три основні складові творчої спадщини академіка М.Василенка. Перший том містить історичні праці. Це, зокрема, витяги з фундаментальної праці “Очерки по истории Западной Руси и Украины”, що побачила світ у 1916 році. Праці, яка представляє інтерес не тільки для істориків Церкви, але й дуже багато дає для розуміння історії держави і права України XVI–XVII ст.ст. та політичної і правової думки цього періоду. При цьому повернення сучасної історичної та історико-правової науки до ідей академіка, після диктату та стереотипів нав’язаних періодом тоталітаризму є безумовним кроком вперед. Показовим у цьому відношенні може бути оцінка Івана Вишенського, який в радянській історіографії визнавався як однозначно позитивна і прогресивна постать (хоча б з огляду на те, що виступав проти унії, що з позиції влади, яка заборонила діяльність Греко-католицької Церкви вже само по собі було позитивним і гідним схвалення). Натомість М. Василенко констатує, що погляди останнього на науку, тенденції суспільного розвитку були анахронізмом і вже на початку XVII ст. він повністю втратив розуміння і підтримку серед колишніх своїх прихильників. Заслуговує на увагу, при нинішньому піднесенні зацікавлення козацтвом, погляди вченого на причини появи українського козацтва, їх організації та управління.

Особливу велику цінність для істориків права, безумовно складає другий том видання, який містить юридичні праці М. Василенка. Тут поміщені не тільки праці, які вже були опубліковані але й підготовлені упорядниками для даного видання фрагменти праці вченого “Нариси з історії науки західно-руського та українського права”, а також досі неопублікована передмова до 7 тому “Праць комісії для виучування західноруського та українського права”. Загалом праці поміщені в цьому томі можна розділити на дві групи. Першу складають праці з різних питань історії українського права. Це, зокрема, “Питання про сервітути...”, “Литовського-руська держава”, “Магдебурзьке право” та ряд інших. Друга частина – це праці з історії української правової думки, історії української юридичної науки і освіти. Оскільки ця галузь ще не зайняла належне місце в системі юридичних наук, публікація зазначених праць має особливо важливе значення. Це такі праці, як “Академік Богдан Олександрович Кістяківський”, що до сьогодні є найповнішим

та найґрунтовнішим аналізом наукової спадщини вченого, “Академік Орест Іванович Левицький”, знову ж таки найповніший на сьогодні життєпис вченого, “Кременецький ліцей і університет св.Володимира. Історично-юридична розвідка” та ін.

Третій том містить мемуари, щоденники та листування Миколи Василенка. І якщо історичні та юридичні праці вченого важливі і корисні для науковців, які займаються періодом від XIV до XIX ст.ст., то щоденники та спогади вченого є неоціненним джерелом для тих науковців, зацікавлення яких – період кінця XIX та першої третини XX ст.ст. Листування М. Василенка з М. Грушевським, В.Вернадським, В.Модзилевським дає багато інформації не тільки про зазначених осіб але містить дуже цінну інформацію про цю надзвичайно складну і неоднозначну епоху.

Загалом, можна тільки привітати відділ історико-правових досліджень Інституту держави і права Національної Академії наук України, зусилля якого уможливили появу такого цінного і важливого видання. Тепер справа за науковими інституціями та навчальними закладами, завданням яких є -уможливити доступ до цього видання своїх працівників і студентів. Необхідно повною мірою включити його в науковий обіг та навчальний процес. Це потрібно не Миколі Прокоповичу Василенку. Це потрібно сучасній українській науці і освіті.

# ЗМІСТ

## ПРАВА ЛЮДИНИ

<i>О. Венецька</i> ЛІСАБОНСЬКИЙ ДОГОВІР І ЄДИНІ ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ПРАВ ЛЮДИНИ .....	3
<i>С. Цебенко</i> ПРАВО НА РЕЛІГІЙНУ ОСВІТУ: ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ .....	8

## ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>С. Добрянський</i> ОСОБЛИВОСТІ ФОРМУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ КУЛЬТУРИ ЮРИСТА У СУЧАСНИХ УМОВАХ .....	14
<i>М. Садовський</i> ШАРІАТ І ФІК – ГОЛОВНІ ТЕРМІНИ МУСУЛЬМАНСЬКОГО ПРАВА .....	20

## ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>І. Бойко, М. Бедрій</i> ПРАВОВИЙ СТАТУС ВЕРВНИХ СУДІВ У КИЇВСЬКІЙ РУСІ (ІХ–ХІІ ст.) .....	26
<i>М. Кобилецький</i> ПРАВОВИЙ СТАТУС МІСЬКОГО НАСЕЛЕННЯ ЗА МАГДЕБУРЗЬКИМ ПРАВОМ .....	34
<i>М. Маршал</i> ЧИ БУВ У ПОЛЬЩІ ФАШИЗМ? З ХРОНІКИ ПОЛЬСЬКОЇ ПОЛІТИЧНОЇ ДУМКИ 1918–1939 рр. ....	41
<i>О. Ригіна</i> ВЕРХОВНИЙ СУД США ПІД ГОЛОВУВАННЯМ Ч.Е. ХЬЮЗА (1930–1941) .....	47
<i>В. Святоцька</i> АДВОКАТСЬКА ПРОФЕСІЯ В АНТИЧНИХ КРАЇНАХ (V ст. ДО Н.Е. – V ст. Н.Е.) .....	54
<i>Г. Федущак-Паславська</i> СУБ'ЄКТИ ПРАВА У ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ ТА КОДИФІКАЦІЯХ ПРИВАТНОГО ПРАВА ХVІІІ–ХІХ ст. У КРАЇНАХ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОГО ТИПУ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ .....	60

## КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

<i>В. Кобрин</i> ФУНКЦІЇ ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА УКРАЇНИ .....	68
<i>Г. Левицька</i> КОНСТИТУЦІЙНИЙ СТАТУС ЗАКОНОДАВЧИХ ОРГАНІВ ВЛАДИ В АРАБСЬКИХ ДЕРЖАВАХ .....	74
<i>К. Мясковська-Дашкевич</i> СТРУКТУРНА ПОЗИЦІЯ І КОМПЕТЕНЦІЯ УПОВНОВАЖЕНОГО З ПРАВ ДИТИНИ У ПОЛЬЩІ .....	82

**АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО****З. Гладун**

ЛЮДИНА ТА ОХОРОНА ЇЇ ЗДОРОВ'Я: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ .....	86
---	----

**А. Кочкадан**

ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ВЗАЄМОДІЇ ДЕРЖАВИ І РЕЛІГІЙНИХ ОБ'ЄДНАНЬ В УКРАЇНІ: НОВЕЛІЗАЦІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ .....	95
--	----

**Г. Ткач**

ПОНЯТТЯ ВЛАДНОГО ПОВНОВАЖЕННЯ .....	101
-------------------------------------	-----

**ЦИВІЛЬНЕ, ГОСПОДАРСЬКЕ  
ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО****О. Верба**

ВИРІШЕННЯ СУДОМ ПИТАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ НАСТАННЯМ ОБСТАВИН, ЯКІ УСКЛАДНЮЮТЬ АБО УНЕМОЖЛИВЛЮЮТЬ ВИКОНАННЯ РІШЕННЯ .....	106
---	-----

**О. Гнатів**

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ПРО ПРИЄДНАННЯ ДО ПАЙОВОГО ІНВЕСТИЦІЙНОГО ФОНДУ .....	118
---	-----

**М. Луцик**

ВІДМОВА ВІД ДОГОВОРУ ТРАНСПОРТНОГО ЕКСПЕДИРУВАННЯ .....	124
---	-----

**М. Німак**

ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВА ПРИРОДА СПРАВ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ІЗ ШЛЮБНИХ ПРАВОВІДНОСИН .....	130
--	-----

**С. Сеник**

ПОНЯТТЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН .....	138
---	-----

**Н. Шама**

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ .....	142
---	-----

**О. Яворська**

РОЛЬ ТА ЗНАЧЕННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ В ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН .....	151
---	-----

**ТРУДОВЕ ПРАВО  
ТА ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ****М. Вісьтак**

ПОНЯТТЯ, СУТНІСТЬ ТА ЗНАЧЕННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ АКТІВ ЯК ДЖЕРЕЛ ТРУДОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ .....	158
--	-----

**З. Козак**

АКТУАЛЬНІСТЬ КОНВЕНЦІЙ І РЕКОМЕНДАЦІЙ МОП З БЕЗПЕКИ І ГІГІЄНИ ПРАЦІ .....	164
--	-----

**О. Стасів**

СУТНІСТЬ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПОЛОЖЕНЬ, ЩО ВИЗНАЧАЮТЬ ОСНОВИ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦІ В УКРАЇНІ .....	172
---	-----

**ЗЕМЕЛЬНЕ, АГРАРНЕ ТА ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО****Н. Барабаш**

ПОНЯТТЯ “ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ЗЕМЕЛЬ”: ПІДХОДИ ДО ТЛУМАЧЕННЯ .....	179
--	-----

**П. Пилипенко**

ПРО ПРАВО ДОВКІЛЛЯ ТА ЙОГО ПРЕДМЕТ .....	190
--	-----

**КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ**

<b>Н. Антонюк</b> ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВЧОЇ КОНСТРУКЦІЇ СКЛАДУ “УМИСНОГО ВБИВСТВА МАТЕР’Ю СВОЄЇ НОВОНАРОДЖЕНОЇ ДИТИНИ” (ст. 117 КК УКРАЇНИ) .....	198
<b>В. Бурдін</b> ПОНЯТТЯ, ПІДСТАВИ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ПРИМУСОВОГО ЛІКУВАННЯ .....	207
<b>І. Гриниха</b> РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВИКОНАВЦЯ ТА СПІВВИКОНАВЦЯ ЗЛОЧИНУ В ІСТОРІЇ ВІТЧИЗНЯНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА .....	218
<b>Н. Ждиняк</b> ПОНЯТТЯ ЕФЕКТИВНОСТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НОРМИ.....	229
<b>Г. Мартинишин</b> ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД РЕГУЛЮВАННЯ ПИТАННЯ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА СУКУПНІСТЮ ВИРОКІВ .....	236
<b>М. Хавронюк</b> ВИКОРИСТАННЯ МАЛОЛІТНЬОЇ ДИТИНИ ДЛЯ ЗАНЯТТЯ ЖЕБРАЦТВОМ (КОМЕНТАР НОВОГО ЗАКОНУ) .....	244
<b>М. Яцишин</b> ПРАВОВІДНОСИНИ ОРГАНІВ І УСТАНОВ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ З ДЕРЖАВНИМИ ОРГАНАМИ ТА НЕДЕРЖАВНИМИ ІНСТИТУЦІЯМИ .....	250
<b>КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА</b>	
<b>У. Ковна</b> ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ ВИХОВНОГО ХАРАКТЕРУ ЩОДО МАЛОЛІТНІХ: ТЕОРІЯ, ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ І СУДОВА ПРАКТИКА .....	257
<b>Н. Нор</b> ПОРЯДОК ПІДГОТОВКИ І ПРИЙНЯТТЯ ПОСТАНОВ ПЛЕНУМУ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ .....	268
<b>Ю. Пастернак</b> ПРОБЛЕМА ІСТИНИ В СУЧАСНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ .....	274
<b>РЕЦЕНЗІЇ</b>	
<b>Т. Андрусяк</b> ПОВЕРНЕННЯ НАУКОВОЇ СПАДЩИНИ .....	281

# CONTENTS

## HUMAN RIGHTS

<i>O. Venetska</i> THE TREATY OF LISBON AND THE UNIFORM EUROPEAN STANDARDS OF HUMAN RIGHTS .....	3
<i>S. Tsebenko</i> RIGHT TO RELIGIOUS EDUCATION: INTERNATIONAL STANDARDS PARAMETERS .....	8

## GENERAL THEORY OF LAW AND THE STATE

<i>S. Dobryanskyi</i> PECULIARITIES OF LAWYER'S MORAL CULTURE MOULDING FOR THE TIME BEING.....	14
<i>M. Sadovs'kyi</i> SHARIA(T) AND FIQH – THE BASIC TERMS OF MUSLIM LAW .....	20

## HISTORY OF THE STATE AND LAW

<i>I. Boiko, M. Bedriy</i> LEGAL STATUS OF VERV (COMMUNITY) COURTS IN KYIVAN RUS' (IX CENT. – XII CENT.).....	26
<i>M. Kobyletskyi</i> LEGAL STATUS OF CITY POPULATION UNDER MAGDEBURG LAW .....	34
<i>M. Marshal</i> DID FASCISM EXIST IN POLAND? POLISH POLITICAL THOUGHT CHRONICLE IN THE PERIOD OF 1918–1939 .....	41
<i>O. Ryhina</i> THE SUPREME COURT OF THE USA UNDER CH. E. HUGHES'S PRESIDENCY (1930–1941) .....	47
<i>V. Svyatotska</i> ADVOCACY AND ADVOCATES IN ANCIENT STATES (V CENT. B.C. – V CENT. A.D.).....	54
<i>H. Fedushchak-Paslavska</i> SUBJECTS OF LAW IN LEGAL DOCTRINE AND PRIVATE LAW CODIFICATIONS OF 18-19 CENT. IN THE COUNTRIES OF ROMANCE-GERMANIC LEGAL SYSTEM .....	60

## CONSTITUTIONAL LAW

<i>V. Kobryn</i> FUNCTIONS OF PRIME MINISTER OF UKRAINE.....	68
<i>H. Levytska</i> CONSTITUTIONAL STATUS OF THE LEGISLATIVE BODIES IN THE ARAB STATES .....	74
<i>K. Myaskovs'ka-Dashkevych</i> LEGAL STATUS AND COMPETENCE OF OMBUDSMAN OF CHILD'S RIGHTS IN POLAND.....	82

**ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW**

<i>Z. Hladun</i>	
MAN AND HIS HEALTH PROTECTION: ISSUES OF LEGAL PROVISION.....	86
<i>A. Kochkadan</i>	
GENERAL PRINCIPLES OF STATE AND RELIGIOUS ASSOCIATIONS CORRELATION IN UKRAINE: NOVELS OF LEGAL REGULATION .....	95
<i>H. Tkach</i>	
CONCEPT OF IMPERATIVE AUTHORITY .....	101

**CIVIL, COMMERCIAL LAW  
AND LAW OF CIVIL PROCEDURE**

<i>O. Verba</i>	
COURT'S SETTLEMENT OF THE MATTERS REGARDING THE CIRCUMSTANCES WHICH COMPLICATE OR MAKE IMPOSSIBLE COURT DECISION EXECUTION .....	106
<i>O. Gnativ</i>	
LEGAL NATURE OF THE CONTRACT OF ADHERENCE TO THE SHARE INVESTMENT FUND.....	118
<i>M. Lutsyk</i>	
WAIVER OF FREIGHT FORWARDING CONTRACT .....	124
<i>M. Nimak</i>	
PROCEDURAL LEGAL CHARACTER OF CASES ARISING FROM MARITAL RELATIONS .....	130
<i>S. Senyk</i>	
NOTION OF CIVIL PROCEDURAL LEGAL RELATIONS.....	138
<i>N. Shama</i>	
CONCEPT AND FEATURES OF INHERITANCE CONTRACT.....	142
<i>O. Javorska</i>	
ROLE AND SIGNIFICANCE OF JUDICIAL PRACTICE IN LEGAL REGULATION OF CIVIL RELATIONS .....	151

**LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW**

<i>M. Vistak</i>	
CONCEPT, ESSENCE AND IMPORTANCE OF INTERNATIONAL LEGAL ACTS AS LABOUR LAW SOURCES OF UKRAINE.....	158
<i>Z. Kozak</i>	
ACTUALITY OF ILO'S CONVENTIONS AND RECOMMENDATIONS IN THE FIELD OF OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH .....	164
<i>O. Stasiv</i>	
ESSENCE OF CONSTITUTIONAL PROVISIONS THAT DETERMINE THE BASES OF LABOUR REGULATION IN UKRAINE.....	172

**LAND AND AGRARIAN LAW**

<i>N. Barabash</i>	
CONCEPT OF "LANDS LEGAL REGIME": APPROACHES TO ITS INTERPRETATION.....	179
<i>P. Pylypenko</i>	
ON THE LAW OF ENVIRONMENT AND ITS SUBJECT .....	190

**CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY**

<i>N. Antonjuk</i> EVOLVEMENT OF LEGISLATIVE CONSTRUCTION OF THE BODY OF "FILICIDE" (ART. 117 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE) .....	198
<i>V. Burdin</i> CONCEPT, GROUNDS AND LEGAL NATURE OF FORCED TREATMENT .....	207
<i>I. Grynykha</i> REGULATION OF CRIMINAL LIABILITY OF PERPETRATOR AND ACCOMPLICE OF CRIME IN THE HISTORY OF NATIONAL CRIMINAL LEGISLATION .....	218
<i>N. Zhdynjak</i> CONCEPT OF CRIMINAL AND LEGAL NORM EFFECTIVENESS.....	229
<i>H. Martynyshyn</i> FOREIGN EXPERIENCE ON THE ISSUE OF CUMULATIVE SENTENCING REGULATION .....	236
<i>M. Chavronjuk</i> INVOLVING OF MINOR FOR BEGGING (NEW LAW COMMENTS).....	244
<i>M. Jatsyshyn</i> LEGAL RELATIONS OF THE ENFORCEMENT OF SENTENCES BODIES AND INSTITUTIONS WITH STATE BODIES AND NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS .....	250
<b>LAW OF CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS</b>	
<i>U. Kovna</i> APPLICATION OF COERCIVE ACTIVITIES OF EDUCATIONAL CHARACTER TO JUVENILES: THEORY, LEGISLATIVE REGULATION AND JUDICIAL PRACTICE .....	257
<i>N. Nor</i> PROCEDURE OF DRAFTING AND PASSING THE SUPREME COURT PLENUM RESOLUTIONS IN UKRAINE .....	268
<i>Y. Pasternak</i> PROBLEM OF TRUTH IN CURRENT CRIMINAL PROCESS.....	274
<b>REVIEWS</b>	
<i>T. Andrusyak</i> RESTORATION OF SCIENTIFIC HERITAGE .....	281

