

Міністерство освіти і науки,  
молоді та спорту України  
Прикарпатський національний університет  
імені Василя Стефаника

Юридичний інститут

Збірник наукових статей

**Актуальні проблеми вдо-  
сконалення чинного зако-  
нодавства України**

Випуск XXVIII

м. Івано-Франківськ, 2012

ББК 67.9 (4Укр)

А 43

**Редакційна колегія:** д.ю.н., доц. Васильєва В.А. (*головний редактор*); акад. АПрНУ, д.ю.н., проф. Луць В.В.; акад. АПрНУ, д.ю.н., проф. Костицький М.В.; акад. АПрНУ, д.ю.н., проф. Погрібний О.О.; акад. АНВШУ, д.ю.н., проф. Дзера О.В.; д.ю.н., проф. Фріс П.Л.; д.ю.н., доц. Галянтич М.К.; д.ю.н., доц. Стефанчук Р.О.; д.ю.н., проф. Коссак М.В.; д.ю.н., проф. Майданик А.Р.; д.ю.н., проф. Кириченко О.А.; к.ю.н., доц. Кобецька Н.Р.; к.ю.н., доц. Вівчаренко О.А.; к.ю.н., доц. Логвінова М.В.; к.ю.н., доц. Ославський М.І.; к.ю.н., доц. Присташ Л.Т.; к.ю.н., доц. Багай Н.О.; к.ю.н., доц. Загурський О.Б.; к.ю.н., доц. Микити Ю.І. (*відповідальний секретар*).

**А43** Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України [текст] : *Збірник наукових статей*. Випуск 28. - Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2012. - 274 с.

*У збірнику досліджуються актуальні проблеми державного будівництва, питання теорії та історії держави і права, правової реформи в Україні, екології, боротьби зі злочинністю. Вносяться та обґрунтовуються пропозиції щодо вдосконалення ряду інститутів конституційного, цивільного, кримінального та інших галузей права.*

*Для науковців, викладачів, аспірантів, здобувачів, студентів, слухачів, курсантів юридичних інститутів та факультетів, юристів-практиків.*

*Actual problems in the field of the formation of the Ukrainian State, questions of theory and history of state and law, law reforms in Ukraine, ecology, struggle against criminality are researched in this issue. The propositions on the perfection of some institutions of constitutional, civil, criminal and other spheres of law are submitted and analyzed.*

*Good for scientists, professors, post-graduate students, students of law departments, practising lawyers.*

Реєстраційне свідоцтво: серія КВ №4150. Видається з 1996 року.

Адреса редколегії: 76018, м.Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 44а. Юридичний інститут Прикарпатського національного університету імені В.Стефаника. Тел./факс (0342) 50-87-60.

ISSN 2218-1849

ББК 67.9 (4 Укр)

© Юридичний інститут Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника, 2012

# ФІЛОСОФСЬКІ, ІСТОРИЧНІ, МЕТОДОЛОГІЧ- НІ, ОРГАНІЗАЦІЙНІ ТА ЗАГАЛЬНОТЕОРЕ- ТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Кадикало О.І.

## ГЕНЕЗА ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ ОФІЦІЙНОГО ТЛУМАЧЕН- НЯ У ДЕРЖАВНО-ПРАВОВІЙ ДУМЦІ

УДК 340.132.6

**Постановка проблеми.** Державно-правова сфера на сучасному етапі найбільш заполітизована, конфронтаційна. Тому суспільство повинно мати відповідні механізми вирішення суперечностей, які виникають в конституційно-правовому полі. Конституція України 1996 р. у державний механізм ввела такий інститут, як Конституційний Суд, покликаний своєю діяльністю забезпечувати конституційну законність і давати офіційне тлумачення Конституції і законів України. Їх тлумачення органом конституційної юрисдикції є ефективною формою вирішення конституційно-правових конфліктів [7, с. 5].

Тлумачення правових норм – традиційна проблема юридичної науки, якій приділялася і приділяється значна увага [7, с. 10].

**Стан дослідження.** Вагомий внесок у дослідження цієї проблеми зробили Є. Васьковський, С. Кечекян, М. Коркунов, А. Міцкевич, І. Михайлівський, П. Недбайло, Ю. Тихомиров, Г. Шершеневич та ін. На теоретичному рівні питання, що стосуються діяльності конституційних судів, загальної теорії тлумачення права та проблеми тлумачення конституції, розглядалися у працях С. Алексєєва, М. Баглая, Ю. Власова, М. Вопленка, М. Гредескула, М. Козюбри, А. Піголкіна, П. Рабіновича, А. Селіванова, О. Скакун, В. Скоморохи, В. Смородинського, Б. Спасова, В. Тація, В. Тихого, В. Титова, Ю. Тодики, В. Шаповала, О. Черданцева та ін.

**Виклад основних положень.** Діяльність Конституційного Суду щодо офіційного тлумачення Конституції і законів України перебуває на стадії свого розвитку. Орган конституційної юрисдикції тільки починає набувати досвіду такої діяльності. В інтелектуальному аспекті це один із найскладніших видів державної діяльності, оскільки інтерпретуючи відповідні конституційні положення, норми законів, суддям Конституційного Суду необхідно володіти глибоким науковим потенціалом, знаннями практики правозастосовної діяльності, широким діапазоном юридичного мислення не лише стосовно норм національної правової системи, а й зарубіжного законодавства, прогнозувати тенденції розвитку державно-правових процесів. Від цих чинників значною мірою залежить практика застосування конституційних норм, становлення конституціоналізму в Україні на демократичних засадах, розвиток конституційної доктрини і практики, конституційного законодавства [7, с. 6].

Становлення теорії тлумачення пройшло тривалий шлях розвитку. Витоками інституту конституційного контролю в Україні слід вважати діяльність княжих з'їздів, на які покладался контроль за дотриманням “правди” і “благодаті”.

У подальшій історії спостерігаються чіткі намагання українців до створення органу, який би стояв на сторожі “правди”, що включало в себе основні аспекти функціонування держави й суспільства. За часів Литовської держави таким органом стала “Пани-Рада”, або Господарська рада, яка в період розквіту своєї діяльності (XIV ст.) мала не лише контрольні, але й судові, виконавчі та законодавчі повноваження. Після цього функція контролю переходить до сеймів і сеймиків, що діяли в період польської доби.

Зародки інституційного контролю спостерігаються в період козаччини. Після того, як Україна ввійшла до складу Російської імперії, подібним тенденціям було покладено край. Будь-які вияви національного державотворення, відхід від загальноімперської лінії були неможливими.

Першим з українських учених, хто звернувся до досвіду конституційного контролю і тлумачення Конституції (щоправда, опосередковано), був видатний учений-історик Михайло Драгоманов. 1884 року він розробив конституційний проект під назвою “Вільний союз-Вільна спілка”. Це був перший на теренах України та один із перших на території колишньої Російської імперії конституційний проект, у якому надавалося чільне місце конституційному контролю, а отже, підсвідомо й інтерпретації Конституції.

Однак до подій революції 1917 р. роботи в цьому напрямі практично було припинено. Незважаючи на появу нових проектних робіт (наприклад, М.Грушевського), питання конституційного контролю і тлумачення Конституції автори фактично ігнорували.

Важливим для сприйняття досвіду української держави в розбудові інституту тлумачення Конституції є другий період його розвитку. Саме тоді проводилися найбільш значні конституційно-проектні роботи, були прийняті акти конституційного значення й самі конституції. У цей період було створено першу українську державу – УНР. Найбільш важливою віхою того часу є робота конституційної комісії, що готувала текст Конституції УНР. Сама Конституція УНР 1918 р. була прийнята, але не введена в дію, містила елементи системи розподілу влад, але конституційного контролю і тлумачення Конституції як елементів такої системи фактично не передбачала. Єдиний натяк щодо конституційного контролю – можливість судовою владою визнання законопроектів такими, що не відповідають Основному Закону.

Проект Конституції УНР професора, декана юридичного факультету Київського університету О. Ейхельмана характеризувався значною обґрунтованістю. Згідно з п.п. 1 і 2 § 197 цього проекту, вищим органом судової влади в УНР мав бути Федерально-державний суд, до компетенції якого входила охорона Конституції держави від можливих порушень (звичайно, під охороною слід розуміти контроль, а отже, і можливість тлумачення).

Уперше елементи радянської системи тлумачення Конституції з'являються в Конституції УСРР 1929 р., аналога Конституції СРСР 1924 р. Згідно з цією Конституцією створювався новий орган вищої влади – Президія Всеукраїнсько-

го Центрального Виконавчого Комітету (ВУЦВК). Він мав право законодавчої ініціативи у вищих органах влади СРСР і скасування будь-яких рішень Ради Народних Комісарів (РНК) і наркоматів УСРР. Центральними органами влади залишалися Всеукраїнський з'їзд Рад, ВУЦВК, РНК. Тлумачення Конституції загалом не визнавалося важливим елементом державного механізму й навіть не констатувалося в нормах Конституції, а конституційний контроль був описаний у загальних рисах.

Конституція УСРР 1937 р., повністю рецепіюючи положення союзної Конституції 1936 р., в остаточному вигляді створювала радянську модель тлумачення Конституції, де функція тлумачення законів взагалі й Конституції зокрема, належала Президії Верховної Ради України. Цей самий принцип було продубльовано і прийнято пізніше Конституцією УСРР 1978 р. Тлумаченням Конституції ні на рівні Союзу, ані на рівні республіки ніхто практично не займався. Один із найважливіших елементів державного механізму повністю ігнорувалася радянською владою [6, с. 137–141].

До тлумачення правових норм не завжди було позитивне ставлення зі сторони органів влади. Відомі випадки, коли державні органи досить ревниво ставилися до спроб тлумачити, роз'яснювати видані ними правові акти. Вважалося, що акти написані настільки зрозуміло, що їх може зрозуміти будь-яка зацікавлена особа без жодних труднощів [7, с. 15].

Відомий російський юрист І.В. Михайловський зазначав, що тривалий час існувала думка, що тлумачення законів справа не тільки не потрібна, але й шкідлива, оскільки той, хто тлумачить, може легко спотворити істинний зміст закону під впливом своєї суб'єктивної правосвідомості. Тому вважалося, що тлумачити закон може лише його автор [7, с. 16].

У літературі зазначалось, що помилка таких поглядів полягала в ігноруванні емпіричної різноманітності реального життя, у сумнівах законодавця, який претендував на математичну точність формулювань юридичних норм.

Але поступово принцип *“clara non sunt interpretanda”* (зрозумілі закони не тлумачаться) переборювався під впливом юридичної практики, потреб життя. Практика показала як помилковість заборон тлумачити закони й інші нормативно-правові акти, так і недопустимість використання тлумачення законів для аргументації політики репресій [7, с. 19].

Правильне застосування закону неможливе без правильного його розуміння. Саме для цього і необхідна розробка теорії тлумачення, певних його правил. Як слушно зауважує Є.В. Васильовський, засвоєння цих правил значною мірою зменшує кількість неточностей і помилок при застосуванні законів. Дотримання ж всіма органами влади встановлених правил тлумачення законів забезпечує однакове і відповідне правдивому змісту законів вирішення справ [4, с. 11].

На наш погляд, варто погодитися з думкою В.В. Лазарева, який вважає, що проблема тлумачення нерозривно пов'язана з проблемою правозастосування і, крім того, реалізацією права в цілому [5, с. 214]. Адже тлумачення виходить за рамки правозастосовної діяльності. Важливе значення має тлумачення й у сфері правотворення (адже розробка і прийняття нових законів передбачає з'ясування

значення і змісту попередніх), а також у науковій і навчальній діяльності. Отже, тлумачення відіграє велику роль у всіх сферах реалізації права.

Разом з тим, проблема тлумачення має самостійне значення, що обумовлено необхідністю чіткого усвідомлення змісту чинних норм у процесі правотворення. Створення і прийняття нормативно-правових актів неможливо без знання справжньої волі законодавця, що одержала офіційне вираження.

А.Ф. Черданцев вважає, що розвиток буржуазної думки щодо питань тлумачення права пройшов декілька етапів: а) суворе дотримання “букви” закону; б) визнання всіх способів тлумачення, які використовуються для з’ясування волі “історичного” законодавця; в) виникнення “об’єктивних” теорій тлумачення, які визнають змінність, динамічність права; г) виникнення “руху вільного права”, що врівноважує суддю із законодавцем; д) соціологічний напрям.

Безумовно, викладений розвиток буржуазної правової думки щодо тлумачення є схематичним. Він не має чіткої хронологічної послідовності. Одночасно співіснували різні напрями в теорії тлумачення права [161, с. 19].

1989 року вперше в Україні, а можливо й у СРСР, офіційно проголошувалося про необхідність створення Конституційного Суду. Ця позиція знайшла своє відображення у програмі Народного Руху України за перебудову. Отже, фундатором питання щодо створення спеціального органу інтерпретації Конституції був саме Народний Рух.

Проте реальна можливість для існування у країні дійсно ефективного органу конституційного контролю і тлумачення Конституції існує лише тоді, коли є хоч би основи системи розподілу влад. В Україні така ситуація склалася лише після прийняття Декларації про державний суверенітет, яка встановила принцип розподілу влад на законодавчу, виконавчу й судову як основний принцип здійснення державної політики [3, ст. 429]. Відповідно до цього положення, Закон УРСР “Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) УРСР” від 24 жовтня 1990 року передбачав створення Конституційного Суду [2, с.606].

На цей період припадає початок теоретичних розробок, пов’язаних з місцем Конституційного Суду в державному механізмі, а також значенням тлумачення Конституції в розвитку країни.

Таким чином, останній період існування України у складі СРСР (1988–1991 рр.) можливо охарактеризувати як перехідний щодо становлення інституту тлумачення Конституції.

Початок нового періоду розвитку інституту тлумачення Конституції в Україні пов’язаний зі здобуттям нею незалежності. Головною особливістю цього етапу є створення нової Конституції України й розбудова інститутів конституційного контролю і тлумачення Конституції. Зазначений період характеризується значною кількістю проектних робіт у цих сферах.

Практика того часу гостро потребувала органу, що давав би тлумачення досить заплутаному документу, яким стала Конституція України 1978 р. після внесення до неї значної кількості доповнень та поправок, а також у зв’язку з появою нових, досі невідомих українському державотворенню інститутів. Так, відсутність Конституційного Суду як інтерпретаційного органу, який наділений арбітражною функцією, далася взнаки вже в перші місяці функціонування Пре-

зидента України. Розгляд Верховною Радою України указів Президента України переконливо засвідчив неможливість у правовій державі вирішувати такі питання парламентським шляхом, за якого юридична оцінка суперечки, як правило, набуває політичного змісту.

Стосовно змісту Закону про Конституційний Суд від 3 червня 1992 р. значимо основний органічний його недолік, зважаючи на особливості функціонування конституційного контролю, а особливо процедури визнання законів недійсними, – відсутність у повноваженнях Конституційного Суду функції тлумачення Конституції. Стаття 14 цього акта серед переліку повноважень Конституційного Суду не передбачає можливості тлумачення ним Конституції.

Наступним важливим етапом цього періоду були конституційно-проектні роботи, що велися з 1990 р. У жовтні 1993 р. остаточний варіант проекту нової Конституції України був доопрацьований конституційною комісією. Стосовно системи інтерпретації Конституції цей акт не містив нічого нового порівняно з попереднім досвідом. Більше того, навіть термін “тлумачення Конституції” прямо у проекті не вживається. Таким правом наділялася Верховна Рада України.

Отже, слід зазначити, що проект Конституції від 26 жовтня 1993 р. не вніс нічого нового щодо розбудови інституту тлумачення Конституції. Фактично він зберігав автентичне тлумачення як релікт радянської доби. Крім того, ситуація ускладнювалася різними поглядами на розвиток конституційного контролю в Україні.

Боротьба сил різного політичного спрямування стосовно шляхів розбудови інституту тлумачення Конституції не припинялася до моменту прийняття нової Конституції України.

Конституція України, прийнята 28 червня 1996 р., ст. 147 та ч. 2 ст. 150 закріпила за Конституційним Судом України право офіційного тлумачення Конституції. Але навіть цей момент не є початком практичного функціонування європейської моделі тлумачення Конституції в Україні. Пункт 6 “Перехідних положень” передбачав, що до створення Конституційного Суду України тлумачення законів (а отже, й Конституції) здійснює Верховна Рада України.

Останню крапку у створенні в Україні європейської моделі тлумачення Конституції було поставлено прийняттям 16 жовтня 1996 р. Закону України “Про Конституційний Суд України” [1, ст. 272]. Цей акт завершує формування системи тлумачення Конституції в Україні, яка за всіма ознаками є типовою представницею європейської моделі.

**Висновки.** Таким чином, простежуючи тенденції розвитку інституту тлумачення Конституції в Україні в період її незалежності, слід зазначити основну особливість, що пов’язана з трансформацією уявлень про роль і місце цього інституту в державному механізмі та з розстановкою сил на “владному олімпі”. Ця особливість – поступове еволюційне перетворення радянської моделі на типово європейську. Цей процес хронологічно тривав вісім років (1989–1996рр.). Якщо на першому етапі (1989–1991 рр.) події розвивалися досить бурхливо й новостворені інституції зникали, навіть практично не попрацювавши, то другий – характеризується значними стагнаційними явищами, що безумовно мало негатив-

ний вплив у процесі розбудови Української держави, але разом з тим дозволило уникнути певних прикрих помилок (наприклад, участь у політичному процесі).

1. *Про Конституційний Суд України: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49. – Ст. 272.*
2. *Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) УРСР: Закон УРСР // ВВР УРСР. – 1990. – № 45. – Ст. 606.*
3. *Декларація про державний суверенітет України // ВВР УРСР. – 1990. – № 31. – Ст. 429.*
4. *Васьковський Е. В. Руководство к толкованию и применению законов: практ. пособие / Васьковський Е. В. – М. : Городец, 1997. – 127 с.*
5. *Общая теория права и государства: учеб. для юрид. вузов / [Афанасьев В. С., Братко А. Г., Герасимов А. П. и др.]: под ред. В. В. Лазарева. – М.: Юрист, 1994. – 359 с.*
6. *Сліденко І. Д. Тлумачення Конституції: питання теорії і практики в контексті світового досвіду / Сліденко І. Д. ; Одес. нац. юрид. акад. – О. : Фенікс, 2003. – 234 с.*
7. *Тодика Ю. М. Тлумачення Конституції і законів України: теорія та практика: [монографія] / Тодика Ю. М. – Х. : Факт, 2003. – 328 с.*

***Кадикало О.І. Генеза теорії і практики офіційного тлумачення у державно-правовій думці***

В статті розглядається конституційний розвиток, який як і розвиток української державності відбувається вже тривалий час. Особлива увага приділяється актуальним проблемам державного правового розвитку, а саме забезпеченню правильного застосування норм Конституції України і законів; утвердження конституційної законності у всіх сферах життєдіяльності суспільства, гарантування прав і свобод людини і громадянина.

**Ключові слова:** Конституція, закон, офіційне тлумачення, норма, юрисдикція.

***Кадикало О.И. Генезис теории и практики официального толкования в государственно-правовой мысли***

В статье рассматривается конституционное развитие, которое как и развитие украинской государственности происходит уже длительное время. Особое внимание уделяется актуальным проблемам государственного правового развития, а именно обеспечению правильного применения норм Конституции Украины и законов; утверждение конституционной законности во всех сферах жизнедеятельности общества, гарантирование прав и свобод человека и гражданина.

**Ключевые слова:** Конституция, закон, официальное толкование, норма, юрисдикция.

***Kadykalo O.I. Genesis of the theory and practice of official interpretation in the state-law theory***

The paper considers the constitutional development that as the development of Ukrainian statehood is a long time. Particular attention is paid to current issues of public legal development, namely ensuring the correct application of the Constitution of Ukraine and laws, strengthening of constitutional legality in all spheres of society, ensuring human rights and freedoms of citizens.

**Keywords:** Constitution, law, official interpretation, rule, jurisdiction.



## ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ ТЕНДЕНЦІЇ НА ТЕРЕНАХ УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЕЛЬ

УДК 340.12

**Постановка проблеми.** Нинішня ж епоха, яку переживає Україна, нагадує скоріше ранок, ніж сутінки, і в ній багато ще не визначеного. Однак дана обставина не може бути серйозною перешкодою для філософствування. Давно помічено, що в часи радикальних перетворень різко зростає інтерес до суті того, що відбувається, до його філософського осмислення і розуміння. Повною мірою це стосується того, що відбувається в сфері правової реальності. Більшість пізнавальних проблем і завдань, які з'явилися на цьому ґрунті, є такими, що одній юриспруденції з ними не впоратися. Їхній філософський аналіз вкрай необхідний. Однак для цього вітчизняна філософія права повинна остаточно прокинутися від того летаргічного напівзабуття, у якому вона перебувала ряд десятиліть, і перебороти чимало успадкованих стереотипів. Один з них полягає в окремому розгляді проблем злочинності і проблем загальної теорії права. Виправданий з позицій внутрішньоцехового поділу дослідницьких сфер у самій юриспруденції, він не завжди виправданий з філософського погляду.

**Аналіз останніх досліджень.** Питанню основних етапів розвитку філософської думки у взаємозв'язку з вітчизняним правом, приділено достатньо уваги у працях В. Бачиніна, Д. Вовка, Р. Панаяна, в різних часописах вийшли статті З. Антоноука, В. Бондаренка, А. Залужного, М. Костицького, І. Міма, Ю. Оборотова, М. Ковроноука, Л. Ярмоя та інших.

**Формування цілей статті (постановка завдання).** Метою написання даної статті є висвітлення основних історичних етапів розвитку та формування філософсько-правової думки на сучасних теренах нашої держави.

**Виклад основного матеріалу.** Виникнення філософсько-правової думки в Україні історично відноситься до періоду формування першої держави східних слов'ян — Київської Русі. Її витoki ґрунтуються на таких факторах як виникнення і поширення писемності, християнізація Київської Русі та формування державності. Саме у цей період виникають перші філософсько-правові ідеї, що спочатку мали релігійно-міфологічний, а потім (у зв'язку з прийняттям і поширенням християнства) теологічний характер.

Про перші вітчизняні філософсько-правові ідеї ми дізнаємося з класичних українських писемних першоджерел: «Слова про закон і благодать» Іларіона, «Повісті минулих літ» Нестора, «Руської правди» Ярослава Мудрого, «Повчання» Володимира Мономаха [2, с. 112].

Варто відзначити, що роздумуючи про те, якою має бути українська держава і її суспільний устрій, тогочасні мислителі не оминали і правових питань. Вони міркували про права і обов'язки правителів і простих людей, про взаємовідносини церкви і влади у спільній справі побудови міцної української держави на

евангельських засадах. До ключових філософсько-правових ідей того часу слід віднести такі:

- право на державний престол має тільки кровний нащадок князя Володи-мира;

- князі зобов'язані не порушувати своїх клятв, ні тих, що вони складають один одному, ні тих, що вони складають народу;

- князь має право на необмежену владу, тобто він контролює стільки сфер суспільного і державного життя, скільки дозволяють його розум і сила;

- якщо князя влада слабка, або князь тривалий час перебуває у походах, то фактичну владу на місцях здійснює віче – слов'янський управлінський орган ще докняжих часів;

- головний обов'язок князя – зберігати могутність держави Київської і єдність її земель;

- князь має право брати участь у церковних справах і призначати священників різних рівнів;

- громада має право брати участь у церковних справах і висловлювати свої побажання щодо призначення церковних настоятелів;

- кожна людина несе особисту відповідальність за свої гріхи перед Богом, а весь народ відповідає перед Богом за справу розбудови нової цивілізації на євангельських засадах;

- до християн як представників нової цивілізації не рекомендувалось застосовувати смертельну кару, незалежно від ступеня вчиненого ними гріха: «не губіть жодної душі християнської, ані невинної, ані винної» (В.Мономах);

- будь-яка невільна людина мала право викупитися з неволі (тобто чисте рабство було заборонене), вона також могла бути відпущена з панської ласки;

- згвалтована паном невільна жінка разом з усіма своїми дітьми автоматично отримувала волю після смерті пана;

- воїн, що вступав примусово до княжого війська, отримував там посаду відповідно до реманенту, з яким він йшов з дому [4, с. 72].

Усі ці та інші правові ідеї не входили у життя апіорі, часто вони отримували право до дії після глибоких дискусійних аргументацій. Наприклад, одним із найпроблемніших питань було таке: хто має очолювати верховну владу – освячений церквою наставник чи сильний князь, який зумів здобути й утримати владу? Одна й інша позиція мала серйозну когорту своїх теоретиків.

Особливість середньовічних українських правових думок, як і середньовічних західноєвропейських, полягала у так званому безавторстві: думки продукувались у різних освітніх осередках без їх персоніфікації, а потім хтось із найрозумніших представників цих осередків їх підсумовував. І ми, нащадки, аналізуємо думку епохи за підсумовуючими персоналіями.

Загальна особливість української правової думки, як і філософської загалом, як і усієї нашої культури – її здобутки розсіювались поміж іншими культурами і народами, які в умовах української бездержавності привласнювали собі наші етнічні ідеї. Нерідко у правових ідеях українці випереджували навіть сучасну передову Європу. Наприклад, відома Декларація прав народів була озвучена на Американському континенті у 1775 р. коли окремі штати оголосили війну Бри-

танській короні, а на своїй батьківщині – Франції – у 1789 р. Тоді як про право українського народу на свою самовизначеність проголосив П.Орлик у своїй Конституції ще у 1710 р.

Інша особливість української філософсько-правової думки полягає у тому, що формувалась вона під особливим кутом зору – кордоцентричним – загальною специфічною українською філософською позицією, коли будь-яке знання, пройшовши всі можливі інстанції людського розуму, переправляється у людське серце, де у формі передчуття, доброго, або недоброго, отримує остаточну перевірку на істинність.

У перші післяреволюційні роки в Україні зберігався високий рівень філософсько-правової думки, особливо в рамках Української Академії наук. Тут доречно згадати такі імена, як Микола Тарановський, автор підручника з енциклопедії права, Станіслав Дністрянський, академік Микола Палієнко, академік Олексій Гіляров, які переважно поділяли погляди Б. Кістяківського і П. Юркевича і вважали, що цілісне світорозуміння можна створити на основі діяльного за своєю природою духовного начала.

Під час перебування України у складі СРСР свідомо патріотична українська інтелігенція виборювала два головних права:

- право людини на індивідуальну свободу;
- право України на самобутнє внутрішнє життя [1, с. 97].

Однак поступово дослідження з філософії права звелися нанівець. У правовій науці міцно утвердився правовий позитивізм у марксистському варіанті, де панівним принципом стає «абсолютний суверенітет держави», а право розуміється як «зведена в закон воля пануючого класу». Функціональне призначення права обмежується лише контролем за поведінкою особистості, а не забезпеченням її свобод.

У 60-ті роки наступило ідеологічне потепління, що дало можливість для розмежованого осмислення понять права і закону.

В середині 70-х років почали з'являтися перші статті з проблем правового плюралізму. Виокремились такі підходи до розуміння права:

- морально-правовий, що пояснював право як систему загально-усвідомлених суспільством понять про права і обов'язки;
- нормативістський, що абсолютизував позитивне право і спирався на принцип «незнання закону не звільняє від його виконання»;
- соціологічний, що виводив право із суспільних відносин і мав свій принцип – «яке суспільство, таке право» [3, с. 22].

У 80-ті роки теорія права починає набирати повноцінного розвитку. Поступово розгортаються широко планові дослідження різних філософсько-правових ідей.

Про відродження та активний розвиток філософії права у незалежній Україні засвідчують такі факти:

- введення дисципліни «філософія права» як обов'язкової на юридичних спеціальностях вузівської освіти;
- поява підручників з філософії права;

- відкриття спеціальності «філософія права» у вчених радах для захисту дисертацій.

Сьогодні у розвитку вітчизняної філософії права головні такі напрямки:

- гуманізація права – визнання людини точкою відліку у розробці правової системи;

- правовий плюралізм – установка доцільність різної методології у вивченні права;

- феноменологічно-екзистенціальна спрямованість – розуміння права як способу співіснування людини із собі подібними;

- філософська оцінка правових норм – підтримка «живого» критичного духу у юриспруденції;

- утвердження філософії права на «нічийній території», тобто між філософією та юриспруденцією у статусі окремо.

Таким чином можна споглядати таку тенденцію, що філософія права в Україні є невід’ємною частиною її філософської і загально-національної культури. Українська філософсько-правова думка багато в чому співзвучна ідеям європейської філософсько-правової традиції, в той же час відрізняється самобутністю та оригінальністю. Ця оригінальність полягає в релігійно-екзистенційному характері ідеї «природного права» і «прав людини».

Висновки з даного дослідження. Підсумовуючи вищенаведене, слід відзначити, що процес становлення української філософсько-правової думки відбувався з урахуванням глибокого розуміння суті суспільного історичного розвитку, української правової культури та правосвідомості. Вітчизняні представники різних філософсько-правових концепцій у свої працях загально філософського та філософсько-правового спрямування, виходячи з тогочасних історико-культурних, суспільно-політичних та правових реалій, розвинули чимало ідей, що функціонують і зараз у філософсько-правовому дискурсі.

1. *Алексеев С. С. Философия права. С. С. Алексеев / - М.: Изд. НОРМА.- 1997- 336 с.*
2. *Філософія права. [Навчальний посібник] / За редакцією М.В.Костицького, Б.Ф.Чміля; М-во освіти України; Нац. Академія внутрішніх справ. - К. : Юрінком Інтер, 2000. - 333 с.*
3. *Костицький М. В. Українська політико-правова доктрина як основа формування судових і правоохоронних органів. / М.В. Костицький // Науковий вісник Української академії внутрішніх справ. - 1996.- № 1.- С. 21-27.*
4. *Чижевський Д. Нариси з історії філософії на Україні. / Д. Чижевський — К., 1992. — 230 с.*

**Луцький І.М. Філософсько-правові тенденції на теренах українських земель**

Стаття аналізує особливості української філософської позиції та внесок українських філософів, соціальних мислителів і громадсько-політичних діячів у розробку загальної проблематики філософії права.

**Ключові слова:** філософія, право, думка, Україна.

*Луцький И. М. Философсько-правовые особенности в украинских землях*

Статья анализирует особенности украинской философской позиции и вклад украинских философов, социальных мыслителей и общественно-политических деятелей в разработку общей проблематики философии права.

**Ключевые слова:** философия, право, мысль, Украина.

*Luckyi I.M. Philosophical-legal on the walks of life of Ukrainian earths*

The Article analyses tendencies features of Ukrainian philosophical position and payment of the Ukrainian philosophers, social thinkers and gromadsko-politichnikh figures, in development of general problems of philosophy of law.

**Keywords:** philosophy, law, idea, Ukraine.

**Луцький Р. П.**

**НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ АКТ ЯК ВИЗНАЧАЛЬНА ФОРМА ВИРАЖЕННЯ ПОЗИТИВНОГО ПРАВА**

УДК 340.130

**Постановка проблеми.** Принцип верховенства права який задекларований в Основному законі нашої держави має сенс лише тоді, коли право розуміється не лише як сукупність норм, встановлених державою, а як сукупність правил належного, правил поведінки, які легітимовані суспільством та базуються на історично досягнутому рівні соціальної справедливості. Відповідно до цього твердження право має пріоритетне значення над законом, як таке, що базується на природних правах людини, які є невідгемними. Закон (нормативно-правовий акт) же при такому підході є зовнішньою формою виразу права, яка покликана відповідати праву як його змісту.

В Україні нормативно-правові акти являються основою і майже єдиною формою реалізації права. На сучасному етапі державотворення вони одночасно виступають як спосіб існування та вираження норм права. Саме ці положення становлять актуальність піднятої проблематики.

**Аналіз останніх досліджень.** Методологічною основою статті стали праці С.С. Алексєєва, В.Д. Бабкіна, В.А. Бачиніна, В.С. Журавського, М.В. Костицького, В.С. Нерсєсянца, Н.М. Оніщенко, М.І. Панова, О.Л. Копиленка, Н.М.Пархоменко, С.С. Сливки, Л.Л. Фуллера, Р.О. Халфіна, Ю.С. Шемшущенка, які сприяють осмисленню поточних процесів в теорії права та мають важливе значення для подальшого їх дослідження.

**Формування цілей статті (постановка завдання).** Завданням дослідження являється є визначення сутності та особливостей нормативно-правового акту, як визначальної форми вираження, існування та розвитку позитивного права на основі правильного розуміння тих першооснов, які являються ключовими факторами в процесі творення законодавства.

**Вклад основного матеріалу.** Поняття «нормативно-правовий акт» належить до найбільш поширених правових понять у науці, правотворчості та використанні суб'єктами права різноманітних форм правореалізації, у службових та інших документах, у навчальному процесі тощо. Нормативно-правові акти виступають свого роду «візитними картками» правового життя суспільства та

держави, так як саме в них виражається передусім сутність юридичного буття, тобто саме в них живе право. В повсякденній дійсності громадяни стикаються не з правом взагалі, а з величезною кількістю нормативно-правових актів, які виступають основною складовою частиною правового життя через те, що представляють собою найважливіші засоби задоволення бажань суб'єкта, його інтересів.

В юридичній літературі наведено багато змістовних і корисних характеристик нормативно-правових актів, які можна розглядати з багатьох аспектів, так як думка науковців щодо визначення поняття нормативно-правового акту неоднорідна. Ось, наприклад, юридична енциклопедія пояснює, що термін «акт» (лат. actus - дія, actum - документ) як: дію, вчинок громадянина або посадової особи (службової особи); документ, який видається державним органом, органом місцевого самоврядування, посадовою особою або громадською організацією в межах її компетенції: закон, указ, постанова, наказ, розпорядження тощо. В ній до актів також віднесені протоколи та інші документи, що засвідчують юридичні факти [4, с. 84].

Інші словники визначають термін «акт» наступним чином: 1) одинична дія, а також окремий поступок (пізнавальний акт, терористичний акт, акт агресії); 2) те ж саме, що і дії (наприклад, трагедія в п'яти діях); 3) документ, що має юридичне значення, наприклад, закон, наказ, постанова, акт експертизи, акт конгресу; 4) документ, який посвідчує що-небудь (обвинувальний акт в суді, акт на довічне користування землею тощо); 5) святкове зібрання в навчальних закладах (з нагоди випуску учнів, вручення нагород і т.п.) [3, с. 69].

Найбільш відомим і стислим вважається визначення нормативно-правового акту, яке було запропоноване професором С.Алексєєвим. На його думку «нормативно-правовий акт - це зовнішнє вираження волі (держави і окремих осіб), спрямований на досягнення юридичного ефекту» [1, с. 127]. З цієї точки зору, нормативно-правовий акт має вольовий характер; спрямований на досягнення юридичного ефекту. Зовнішнім виразом волі можна вважати акт-документ, що фіксує волевиявлення суб'єкта права, яке створює певний юридичний ефект, і саме волевиявлення - акт-дію, що створює такий ефект. С. Алексєєв сформулював три значення терміна «нормативно-правовий акт». Це: а) вираження волі, тобто власне акт (правомірна дія); б) спосіб вираження і закріплення волі, тобто документи; в) і те, і інше одночасно, тобто акт-документ [2, с. 179].

Пізніше Алексєєв змінив формулювання значень терміну «нормативно-правовий акт» і запропонував розгорнуте визначення цього поняття. Цим терміном, як він пише, зазначають: 1) дію (поведінку), як правило, правомірну, тобто юридичний факт, що є підставою для тих чи інших правових наслідків; 2) результат правомірної дії, тобто юридично значущий, змістовний елемент правової системи (юридична норма, індивідуальний припис, акт «автономного» регулювання), що увійшов у правову тканину внаслідок правотворчої, владної індивідуально-правової або автономної діяльності суб'єктів; 3) юридичний документ, тобто зовнішньо словесно-документально оформлене вираження волі, що закріплює правомірну поведінку та її результат» [1, с. 128].

Характеризуючи вище вказані пояснення Алексєєва С.С. терміну «нормативно-правовий акт», варто зазначити, що перше його формулювання прямо не вказує на вираження волі, хоча воляова властивість тут мається на увазі. Що є до останнього твердження, то можна сказати, що це належним чином (словесно-документально) оформлене зовнішнє вираження волі уповноваженого суб'єкта, що виступає як носій змістовних елементів правової системи - юридичних норм, правоположень практики, індивідуальних приписів, автономних рішень осіб.

З'ясувавши сутність категорії «нормативно-правовий акт» з теоретико-правової точки зору доцільно визначити його місце в системі форм (джерел) вираження позитивного права. Тобто розкрити його змістове навантаження з точки зору позитивіської концепції розуміння особливостей права, оскільки саме нормативно-правовий акт являється основною формою існування права в нашій державі.

Так, під формою вираження права слід розуміти зовнішню структуру, юридичну силу та особливості нормативно-правових актів, які приймаються і діють з метою регулювання суспільних відносин. Різноманітність цих відносин, а також розмежування функцій державних органів припускають наявність багаточислених нормативних актів.

Поширеною диференціацією нормативних актів є їх класифікація за суб'єктами правотворчості. Верховна Рада України видає закони й постанови; Президент України – укази. Органи виконавчої влади держави видають такі нормативно-правові акти: Кабінет Міністрів України – декрети і постанови; керівники міністерств і відомств – інструкції, вказівки, нормативні накази; керівники обласних і районних державних адміністрацій – нормативні накази. Місцеві ради – рішення і нормативні ухвали; виконавчі комітети місцевих рад – рішення, а керівники їх управлінь і відділів – нормативні накази; адміністрація підприємств, установ і організацій – нормативні накази та інструкції.

У деяких випадках нормативного характеру набувають волевиявлення населення в результаті всеукраїнського чи місцевого референдуму, певних громадських об'єднань, трудових колективів, форма яких може бути різною (рішення, постанова і т.ін.).

Закон – це нормативно-правовий акт, який регулює найбільш важливі суспільні відносини і тому приймається колегіальним представницьким органом державної влади (парламентом) або всенародним голосуванням (референдумом). За своєю юридичною силою та за деякими іншими ознаками закони поділяються на певні види.

Законом, який має найвищу юридичну силу в країні, основою системи її законодавства є конституція. Конституція – це основний, головний закон країни, що приймається в особливому порядку і регламентує найважливіші суспільні відносини у сфері організації функціонування суспільства, органів держави, державного устрою та правового статусу людини і громадянина.

Конституційні закони – це закони, що вносять певні доповнення, зміни, уточнення до тексту конституції. Як і конституція, ці закони приймаються в особливому, ускладненому, порівняно з іншими законами, порядку, і мають вищу, порівняно з ними, юридичну силу.

Кодекси – це закони, в яких об'єднується і систематизуються правові норми, що регламентують певну сферу суспільних відносин. Як правило, кодекси виступають як основа певної галузі законодавства, наприклад Цивільний кодекс є основою цивільного законодавства, Кримінальний кодекс – кримінального законодавства, Сімейний кодекс – шлюбно-сімейного законодавства тощо.

Звичайні (поточні) закони – це всі інші закони, що приймаються парламентом у межах його компетенції.

Слід зазначити, що кодекси та звичайні (поточні) закони мають однакову між собою юридичну силу, меншу від юридичної сили конституції та конституційних законів.

Підзаконні акти – це правові акти, що видаються уповноваженими на те суб'єктами (президентом, кабінетом міністрів тощо) на основі законів і для виконання їх. Усі без винятку підзаконні акти мають меншу юридичну силу, ніж будь-який закон, і не можуть суперечити їм. В іншому разі підзаконні акти визнаються недійсними і з моменту свого прийняття підлягають скасуванню.

Від нормативно-правових актів слід відрізнити офіційні правові документи, що не містять норм права і не вносять безпосередньо змін у законодавство. Наприклад, акти затвердження положень, правил, статутів чи акти, які складаються з декларацій, відозв, закликів. Практичне значення має розрізнення нормативно-правових актів і актів застосування норм права, тому що останні містять не правила загального характеру, а індивідуальні приписи, адресовані певним суб'єктам і призначені для вирішення конкретних юридичних справ, засвідчення тих чи інших фактів.

**Висновки з даного дослідження.** Отже, наведені в науковій статті підходи до розуміння нормативно-правового акту, як визначальної форми (джерела) вираження позитивного права та права загалом, не вичерпують усього різноманіття концепцій та правових підходів в цій царині, оскільки демонструють різні виміри та складові термінології правознавства, а також юридичної практики. Тому доцільно навести власне бачення терміну нормативно-правового акту, під яким слід розуміти державне веління виражене через уповноважений орган та відповідно оформлене, яке має загальнообов'язковий характер і покликане регламентувати відповідний комплекс взаємовідносин в суспільстві.

1. Алексеев С.С. *Общая теория права.* / С.С. Алексеев. В 2-х т. – Т. 2. – М.: *Юридическая литература*, 1982. – 360 с.
2. Алексеев С.С. *Право. Азбука. Теория. Философия: Опыт комплексного исследования.* / С.С. Алексеев. – М.: *Статут*, 1999. – 709 с.
3. Ожегов С.И. *Словарь русского языка.* / С.И. Ожегов. – М., 1991., *Словарь иностранных слов.* М., 1998. – С. 298.
4. Шеммиушенко Ю.С. *Право* // *Великий енциклопедичний юридичний словник* // *За ред. акад. НАН України Ю.С. Шеммиушенка.* - К.: *Юрид. думка*, 2007. – С. 360.



*Луцький Р.П. Нормативно-правовий акт як визначальна форма вираження позитивного права*

Закон являється основою правових джерел в Україні. Саме він характеризується як форма вираження позитивного права з теоретичної точки. Це питання потребує подальшого розвитку і вдосконалення.

**Ключові слова:** закон, право, держава, позитивне право.

*Луцкий Р.П. Нормативно правовой акт как определяющая форма выражения позитивного права*

Закон представляется основой правовых источников в Украине. Именно он характеризуется как форма выражения позитивного права из теоретической точки. Этот вопрос нуждается в последующем развитии и совершенствовании.

**Ключевые слова:** закон, право, государство, позитивное право.

*Lutcky R. P. Normatively legal act as determining form of expression of positive law*

Law appears basis of legal sources in Ukraine. Exactly he is characterized as a form of expression of positive law from a theoretical point. This question needs subsequent development and perfection.

**Keywords:** law, right, state, positive law, absolute law.

**МАЦЬКЕВИЧ М. М.**

## **ПРАВО НА СВОБОДУ СВІТОГЛЯДУ І ВІРОСПОВІДАННЯ ЯК КОНСТИТУЦІЙНЕ КУЛЬТУРНЕ ПРАВО**

УДК. 342.731

**Актуальність теми.** Сьогодні в умовах формування в Україні правової держави та громадянського суспільства особливого значення набуває питання повного і ефективного гарантування прав людини, в тому числі права на свободу світогляду і свободу віросповідання.

Стан забезпечення вказаного фундаментального конституційного права, серед іншого, значно залежить від характеру відносин держави і релігійних організацій, моделі і становлення таких взаємозв'язків, їх правового регулювання. При цьому вихідна роль як у гарантуванні свободи віросповідання, так і їх юридичній регламентації, належить Конституції і конституційному законодавству України. Отже, дослідження права на свободу світогляду і віросповідання є необхідним для наукової розробки цілісного механізму гарантування права свободи світогляду і віросповідання в Україні.

Нині в науці конституційного права України серед вчених немає єдності щодо того чи право на свободу світогляду і віросповідання є громадянським (особистим, фізичним) правом людини і громадянина чи все-таки його необхідно розуміти виключно як культурне право, що обґрунтовує актуальність здійснення наукового пошуку.

**Метою** статті є комплексне дослідження права на свободу світогляду і віросповідання, що дозволить розкрити його конституційно-правову сутність.

**Ступінь наукової розробки проблеми.** Окремі аспекти конституційного права на свободу світогляду і віросповідання досліджували А. М. Колодій, А.

Ю. Олійник, П. М. Рабінович, В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко, В. В. Молдован, Л. І. Чулінда та інші.

**Виклад основного матеріалу.** Більшість учених, представників науки конституційного права відносить право на свободу світогляду і віросповідання до громадянських прав [1, с. 130; 2, с. 175]. Хоча деякі вчені його розуміють як конституційне культурне право [3, с. 177].

Для з'ясування сутності згаданого конституційного права розкриємо його характерні особливості.

Відповідно до статті 35 Конституції України кожен має право на свободу світогляду та віросповідання. Це право включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культу і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність [3, с. 177].

Свобода світогляду пов'язана зі свободою совісті. Світогляд є системою поглядів на життя, природу і суспільство, що може ґрунтуватися на релігійних вченнях та уявленнях або бути атеїстичним за вільним вибором людини. Совість розуміється як усвідомлення і почуття моральної відповідальності за свою поведінку, свої вчинки перед самим собою, людьми, суспільством. Свобода совісті передбачає відсутність обмежень у віросповіданні, у ставленні до релігії. Свобода сповідувати релігію або переконання підлягає лише тим обмеженням, що встановлюються законом і є необхідними в інтересах охорони громадського порядку, здоров'я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей [3, с. 177].

Церква і релігійні організації в Україні відокремлені від держави, а школа від церкви, жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова. Держава зобов'язана вживати заходів щодо запобігання і ліквідації дискримінації на основі релігії або переконань, нетерпимості на ґрунті релігії та інших переконань у цій сфері. Держава гарантує право батьків, або осіб, які їх замінюють, за взаємною згодою на релігійне виховання своїх дітей відповідно до власних переконань і ставлення до релігії [3, с. 177].

На переконання П. М. Рабіновича норми ст. 35 Конституції України є продовженням, розвитком і конкретизацією положень ст. 34 конституції [4, с. 257]. Світогляд – це система найзагальніших уявлень, поглядів, понять щодо світу, який оточує людей, – щодо природи, людини та суспільства в їх цілісності і взаємозалежності, щодо їх сутності, походження, закономірностей існування й розвитку. Серцевиною світогляду підкреслює вчений-правознавець є філософські погляди. З цього випливає, що світогляд і думка – споріднені категорії, а тому право на свободу світогляду є, власне, одним із різновидів права на свободу думки. Тому все, що було сказано вище у коментарі до конституційних положень про свободу думки і слова (у тому числі й щодо її обмежень), стосується і права на свободу світогляду. Проте виділяти окремо право на свободу світогляду є виправданим, оскільки саме світогляд людини становить духовно-ідеологічний фундамент, інтелектуальне джерело будь-яких її думок і слів. Зауважимо, що розглядуване право корелює з конституційним положенням про «ідеологічну багатоманітність» суспільного життя в Україні, де жодна ідеологія не може визна-

ватися державою як обов'язкова (ст. 15 Конституції України). Конкретизацією останнього положення є вміщена у ч. 3 статті 35 вказівка на те, що жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова.

Неодмінною складовою частиною будь-якого світогляду є вірування (оскільки не всі уявлення про оточуючий світ можуть бути у певний час доведені науково). Предметом цих вірувань можуть бути найрізноманітніші явища – як матеріальні, так і ідеальні, як реальні, так і уявні, як колишні, так і сучасні або майбутні. Свобода віровизнання як загальносоціальне (природне) право людини – це можливість людини вільно обирати об'єкт своєї віри і визначати власне внутрішнє ставлення до нього. Свобода віросповідання як загальносоціальне (природне) право людини є можливістю людини вчиняти певні дії або утримуватися від їх вчинення, за допомогою чого об'єктивується її віровизнання. Отже, свобода віросповідання як загальносоціальне (природне) право людини – це можливість людини вчиняти такі діяння, за допомогою яких приймаються, змінюються та сповідаються релігійні або інші переконання. Можливість сповідування віри у будь-що – ось засаднича, стрижнева ідея коментованого припису. Така можливість є необхідним складовим елементом свободи особистого самовизначення. Ця свобода, як відомо, є одним із загальновизнаних міжнародних стандартів прав людини. Вона є фундаментом особистісних прав людини. Коментований конституційний припис якраз і утверджує свободу духовно-ідеологічного самовизначення особи [4, с. 257-258].

Найбільш поширеним різновидом реалізації свободи віросповідання є сповідування віри в того чи іншого бога або в інше трансцендентне начало, тобто сповідування певної релігії. Іншим же проявом цієї свободи є, навпаки, атеїзм. Деякі конкретні прояви першого різновиду цієї свободи (відправлення релігійних культів і обрядів та ін.) згадані в коментованому приписі. Ці прояви, ясна річ, є актами фізичної поведінки. І цим вони відрізняються від вибору світогляду, віри: такий вибір є суто суб'єктивно-психічним (духовно-ідеологічним) процесом, не підвладним безпосередньому юридичному регламентуванню.

Відповідно до сучасних загальних закономірностей розвитку інституту основних прав людини є підстави констатувати такі тенденції у здійсненні права на свободу віровизнання: а) плюралізація вірувань як результат урізноманітнення їх об'єктів. Вона відбувається внаслідок розвитку людської особистості, збагачення її духовних потреб, розширення її світогляду, обізнаності, змін уявлень. Ця тенденція чітко простежується і в Україні, про що свідчать конкретно-соціологічні дослідження стану «релігійності» її населення, зокрема молоді; б) демонополізація ролі традиційних релігій у визначенні показників моральності, «праведності» способу життя та поведінки особи, життєдіяльності об'єднань, груп, спільнот, у встановленні критеріїв соціально змістовного розмежування «добра» і «зла» за конкретно-історичних умов, обставин. Одним із проявів цієї тенденції можна вважати посилення екуменічного руху серед деяких церков. Симптоматичним є також включення до складу тих моральних принципів, пропагувати які серед своїх прихильників погоджуються нині керівники певних церков, і такої чесноти, як віротерпимість. Причому останню слід тепер інтерпретувати як терпимість не лише до інших релігій, а й до атеїстів,

до, так би мовити, «нерелігійно віруючих»; в) деєтнізація віри (зокрема, віри релігійної). Особливо яскраво це спостерігається у процесах поширення нетрадиційних релігій, кількість прихильників яких збільшується серед представників різних етносів, серед жителів різних континентів, і Україна не є винятком у цьому відношенні. Така тенденція не оминає й традиційні релігії (здаймо, наприклад, рух «Свреї за Христа»). Ось чому дедалі рідше вживається поняття «національна релігія» (і відповідно поняття «національна церква»): адже до кожної конфесії належать люди різного етнічного походження, і це цілком нормальне явище. Навіть щодо України, де найпоширенішими є, як відомо, релігії православна (організаційно представлена кількома «центрами», інституціями) та греко-католицька, не можна – з цілком очевидних причин – вважати їх суто національними [4, с. 258-259].

В усіх зазначених тенденціях знаходить прояв закономірне розширення права людини на свободу віровизнання і свободу віросповідання – процес, безумовно, прогресивний і гуманістичний. Він цілком відповідає принципам засадам Загальної декларації прав людини 1948 р. (статті 18, 19), Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р. (статті 19, 27), Декларації про права осіб, які належать до національних або етнічних, релігійних і мовних меншин, 1992 р. (статті 2.1, 2.2, 4.2) [].

Здійснення цього права може бути обмежене законом лише в інтересах охорони громадського порядку, здоров'я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей. Свобода світогляду і віросповідання є найважливішою, найсуттєвішою частиною, центральним елементом права на свободу думки і слова. Мабуть, тому в коментованому приписі для обмеження свободи світогляду і віросповідання встановлено значно менше підстав, аніж для обмеження свободи думки і слова. Щоправда, тут з'являється і нова підстава, точніше кажучи, дві самостійні підстави – інтереси охорони здоров'я та інтереси охорони моральності населення. Уявлення про зміст і критерій виділення останніх підстав мають, знову ж, оціночний характер і є конкретно-історичними.

Важливим є формування культури толерантності у суспільстві, доброзичливого ставлення до світоглядної позиції представників різних вірувань. Міжнародна комісія з освіти XXI ст. ЮНЕСКО у 1997 р. зауважувала, що молоді слід пояснювати історичну, культурну і релігійну основу різних ідеологій, з якими вона зустрічається у суспільстві.

З метою формування у суспільстві шанобливого ставлення до носіїв відмінних від власної культури і традицій, готовності поважати право кожного на свободу совісті Інститутом проблем виховання АПН України у 2006 р. були розроблені Концептуальні засади вивчення предметів духовно-морального спрямування в загальноосвітніх навчальних закладах. Передумовою встановлення доброзичливих толерантних цивілізованих взаємовідносин між громадянами, що мають різні світоглядні погляди, є дотримання в повному обсязі права свободи совісті [3, с. 178].

Оскільки право на свободу світогляду і віросповідання є дуже важливим для толерантності у суспільстві, кожна держава намагається вирішувати питання щодо його забезпечення. Наприклад, у Франції точаться дискусії щодо заборони

носія мусульманського жіночого одягу, що повністю закриває обличчя, хоча саме таке зобов'язання вдягатися мусульмани вважають невід'ємною частиною своєї віри. Серед аргументів щодо заборони називають такі: по-перше, нікаб символізує приниження жінок, що є несумісним з культурою свободи; по-друге, релігія має бути обмежена приватною сферою; по-третє, людина, маскуючись за нікабом або паранджею становить загрозу національній безпеці, оскільки не може бути ідентифікована на вулиці, у транспорті та ін. [3, с. 178].

У грудні 2009 р. у Швейцарії було проведено референдум з питання про заборону будівництва мінаретів у державі, а також необхідності внесення доповнення до конституції про те, що будувати мінарети у Швейцарії заборонено. На думку прибічників такої заборони, мінарети можуть стати першою ознакою ісламізації Швейцарії, що є несумісним зі швейцарською демократією. Їхні противники вважають, що заборона на будівництво мінаретів порушує міжнародні зобов'язання Швейцарії щодо свободи віросповідання, оскільки у країні видаються дозволи на будівництво сербських православних храмів та сікських храмів, тому заборона лише мінаретів є формою дискримінації.

У 2010 р. Європейський суд з прав людини ухвалив прибрати зображення розп'ятого Христа з італійських шкіл, яке є практично в кожному класі освітньої школи, оскільки це є порушенням прав батьків на виховання дітей згідно з їх власними переконаннями. Хоча міністр освіти Італії вважає, що розп'яття є одним із традиційних італійських символів, та зовсім не нав'язує дітям принципи католицизму, до того ж Європа має християнське коріння. Варто зазначити, що закон про те, що розп'яття має бути присутнє у шкільних приміщеннях, був прийнятий в Італії у 1920-х роках, а християнство втратило статус державної релігії у 1985 р.

В Італії з 1975 р. відповідно до закону про захист громадського порядку забороняється закривати обличчя у громадських місцях. При цьому така заборона поширюється, як на вуаль, так і на мотоциклетні шоломи.

У квітні 2010 р. парламент Бельгії проголосував за заборону паранджі у громадських місцях. У цьому питанні бельгійські депутати продемонстрували єдність, майже одностайно голосуючи проти того, щоб мусульманські жінки, виходячи з дому, закутувалися в одяг, який би покривав їх з голови до ніг і залишав лише вузьку щілину для очей. Тільки два із 138 народних обранців не підтримали таку заборону. Заборона стала необхідною з міркувань безпеки, оскільки не можна ідентифікувати особу, яка ховається під паранджею. Заборона діятиме в усіх громадських місцях, на вулицях і в крамницях. Порушникам загрожує грошовий штраф розміром у 25 євро або, як альтернатива, сім днів в'язниці. Правозахисники Бельгії вважають, що така заборона порушує релігійну свободу. Натомість у Великобританії вирішили не забороняти паранджу. У 2010 р. англійський уряд підтвердив, що релігійна свобода передбачає свободу вибору одягу [3, с. 179].

Як зауважують В. Ф. Погорілко та В. Л. Федоренко до громадянських прав належить і право на свободу думки і слова (ст. 34) та право на свободу світогляду і віросповідання (ст. 35). Хоча існує думка, що право на свободу думки і слова слід відносити до культурних прав людини і громадянина, оскільки воно

визначає міру можливої поведінки саме в культурній (духовній) сфері суспільних відносин. Це право гарантує кожному право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб, за винятком інформації, обіг якої обмежується чинним законодавством [1, с. 130].

**Висновки.** Необхідно визнати те, що реалізуючи право на свободу світогляду і віросповідання людина набуває важливих для себе духовних цінностей. Потрібно зауважити й те, що зазначені права. А саме їх зміст і обсяг є різним та залежить від громадянства особи.

Отже, практичний досвід свідчить, що існує єдність, взаємозв'язок та взаємозалежність всіх різновидів прав і свобод. Тому неможливо визнати пріоритет однієї групи прав над іншими. Наявність комплексу прав та свобод є запорукою верховенства інтересів особи над інтересами держави та демократичності суспільства.

1. *Погорілко В. Ф. Конституційне право України : підручник / В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко. – К. : Наукова думка ; Прецедент, 2006. – 344 с.*
2. *Колодій А. М. Права, свободи та обов'язки людини і громадянина в Україні : підручник / А. М. Колодій, А. Ю. Олійник. – К. : Правова єдність, 2008. – 350 с.*
3. *Молдован В. В. Конституційні права, свободи та обов'язки людини і громадянина : навчальний посібник / В. В. Молдован, Л. І. Чулінда. – К. : Центр учбової літератури, 2012. – 206 с.*
4. *Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол. В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін. ; Національна академія правових наук України. – Х. : Право, 2011. – 1128 с.*

**Мацькевич М. М. Право на свободу світогляду і віросповідання як конституційне культурне право**

У статті розкриваються питання сутності та особливостей культурного конституційного права на свободу світогляду та віросповідання. Окрема увагу в роботі присвячена міжнародному досвіду щодо реалізації громадянами зазначених конституційних прав.

**Ключові слова:** культурні права, право на свободу світогляду, право на свободу віросповідання.

**Мацькевич Н. М. Право на свободу мировоззрения и вероисповедания как конституционное культурное право**

В статье раскрываются вопросы сущности и особенностей культурного конституционного права на свободу мировоззрения и вероисповедания. Отдельное внимание в работе посвящено международному опыту относительно реализации гражданами отмеченных конституционных прав.

**Ключевые слова:** культурные права, право на свободу мировоззрения, право на свободу вероисповедания.

**Matskevych M. M. A right is on freedom of world view and religion as constitutional cultural right**

In the article the questions of essence and features of cultural constitutional right open up on freedom of world view and religion. Separate attention in-process sanctified to international experience in relation to realization of the marked constitutional rights citizens.

**Keywords:** cultural rights, right on freedom of world view, right on freedom of religion.

## **ІСТОРИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ СТАНОВЛЕННЯ І РОЗ- ВИТКУ ІНСТИТУТІВ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В КОНТЕКСТІ ПЕНІТЕНЦІАРНОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ**

УДК 340.0 (477) : 343.82

Упродовж багатьох років пенітенціарна система України була повністю закритою для державного і громадського контролю, що не давало ані владним структурам, ані суспільству уявлення про характер її діяльності та серйозні порушення прав наших співгромадян, які з різних причин відбували покарання в закритих установах. Тривале перебування у в'язницях щороку сотень тисяч людей призвело до значних негативних соціальних, моральних, економічних наслідків для суспільства. Це обумовлено деструктивним впливом середовища та умов перебування у в'язницях, які спричиняють десоціалізацію особистості, розрив соціальних зв'язків з родиною та найближчим оточенням, декваліфікацію, руйнування психіки, катастрофічне зростання небезпечних захворювань, розумову та моральну деградацію [1, с.19].

Якщо загальнотеоретичні питання становлення та розвитку громадянського суспільства в Україні досить детально досліджені в юридичній літературі, то проблеми впливу його інститутів на пенітенціарну систему не особливо приваблювали дослідників. Лише частково ці питання розглядалися в працях О.В.Беци, Т.А. Денисової, Г.О. Радова, О.В. Романенка, А.Ф. Степанюка та деяких інших.

Завданням цієї статті є розкриття процесу формування інститутів громадянського суспільства в Україні та їх впливу на функціонування та розвиток пенітенціарної системи.

Необхідно зазначити, що процес формування громадянського суспільства і його інститутів взагалі, та інститутів, які мають безпосередньо впливати на функціонування та розвиток пенітенціарної системи, зокрема, в Україні відбувався вкрай повільно. Однією із причин цього була тривала відсутність належної нормативної регламентації цього питання стосовно пенітенціарної системи, оскільки ця система в Україні, як і в більшості сучасних країн світу, є досить закритою.

Аналізуючи процес становлення нормативно-правової регламентації інститутів громадянського суспільства в контексті пенітенціарної системи України, необхідно в хронологічній послідовності згадати наступні, на нашу думку основні, нормативно-правові акти:

- 1) Закон України від 23.04.1991 р. «Про свободу совісті та релігійні організації».
- 2) Конституція України від 28.06.1996 р.
- 3) Закон України від 16.07.1997 р. «Про благодійництво та благодійні організації».

4) Указ Президента України від 11.04.2001 р. №244 «Про Всеукраїнську громадську раду».

5) Указ Президента України від 11.04.2001 р. №245 «Про Комісію сприяння демократизації та розвитку громадянського суспільства».

6) Указ Президента України від 07.10.2002 р. №898 «Питання Комісії зі сприяння розвитку громадянського суспільства» та інші.

Вищезазначені нормативно-правові акти сформували загальні засади інститутів громадянського суспільства в Україні та стосувались пенітенціарної системи лише побічно.

На нашу думку, найбільш суттєвим кроком для розв'язання зазначених проблем стало прийняття 11 липня 2003 року Кримінально-виконавчого кодексу (далі КВК) України, який набрав чинність з 1 січня 2004 року [2].

Яким же чином КВК України закріпив інститути громадянського суспільства та як ці приписи взаємопов'язані з приписами вищезгаданих нормативно-правових актів?

Отже, участь громадськості у виправленні і ресоціалізації засуджених є одним з принципів виконання і відбування покарань (ст. 5 КВК України). Виходячи і з змісту виправлення і ресоціалізації засуджених, така участь громадськості є не тільки бажаною, але й вкрай необхідною. Адже йдеться про мету, досягти якої лише зусиллями відповідних державних органів фактично неможливо – це повернення засудженого до його самостійного загальноприйнятого соціально-нормативного життя в суспільстві (ст. 6 КВК України). Участь громадськості у цьому процесі не підміняє собою здійснення виховної функції, яку має здійснювати адміністрація установи виконання покарань, а спрямована на її посилення.

В КВК України введена спеціальна глава: «Нагляд і контроль за виконанням кримінальних покарань. Участь громадськості у виправленні і ресоціалізації засуджених», яка стала базовою нормативною основою для подальшого розвитку інститутів громадянського суспільства, з метою ефективного їх впливу на функціонування пенітенціарної системи. Вичерпного переліку форм участі громадськості у виправленні та ресоціалізації засуджених КВК України не встановлює [3, с. 294]. В окремих його нормах конкретизовані лише питання участі у цьому процесі релігійних організацій (ст. 128 КВК) та закріплені основні форми участі громадськості у виправленні і ресоціалізації неповнолітніх засуджених (ст. 149 КВК).

Статтею 25 КВК України передбачена участь громадськості у виправленні і ресоціалізації засуджених, а також громадський контроль за дотриманням прав засуджених під час виконання кримінальних покарань. На підставі зазначеної статті та окремих інших законодавчих та відомчих нормативно-правових актів об'єднання громадян, релігійні і благодійні організації та окремі особи можуть брати участь у виправленні і ресоціалізації засуджених та проведенні соціально-виховної роботи з ними, надавати допомогу органам і установам виконання покарань.

Для забезпечення громадського контролю за дотриманням прав засуджених під час виконання кримінальних покарань створюються спостережні комісії, які діють на підставі КВК та Постанови Кабінету Міністрів України від 01.04. 2004



р. №429 «Про затвердження положень про спостережні комісії та піклувальні ради при спеціальних виховних установах» [4].

Існування інституту спостережних комісій відповідає положенням Європейських в'язничих правил, які передбачають, що пенітенціарна адміністрація повинна здійснювати свою діяльність у тісній співпраці із соціальними службами та громадськими організаціями, що покликані допомогти засудженим, які звільнились, відновити своє місце в суспільстві.

Що стосується повноважень спостережних комісій, визначених КВК України, то до їх компетенції віднесено погодження певних рішень адміністрацій установ виконання покарань, що стосуються зміни правового статусу засуджених. Так, спостережні комісії погоджують:

- зміну умов тримання засудженого в межах однієї колонії (ч. 2 ст. 100 КВК України);

- зміну умов тримання засудженого шляхом переведення його до виправної колонії іншого рівня безпеки колонії (ч. 3 ст. 100 КВК України);

- надання дозволу засудженим жінкам, які сумлінно ставляться до праці і додержують вимог режиму, на проживання за межами виправної колонії на час звільнення від роботи у зв'язку з вагітністю та пологами, а також до досягнення дитиною трирічного віку колонії (ч. 1 ст. 142 КВК України);

- повернення таких жінок в колонію для подальшого відбування покарання у разі систематичного або злісного порушення ними встановлених правил поведінки при проживанні за межами колонії (ч. 4 ст. 142 КВК України);

- подання адміністрації установи виконання покарань до суду про звільнення від відбування покарання засуджених до обмеження волі або позбавлення волі жінок, які стали вагітними або народили дітей під час відбування покарання (ч. 10 ст. 154 КВК України).

Участь спостережних комісій у прийнятті рішень про умовно-дострокове звільнення від відбування покарання і заміну невідбутої частини покарання більш м'яким покаранням, а також про звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років, передбачає і кримінально-процесуальне законодавство.

До компетенції спостережної комісії відноситься також її участь у прийнятті рішень стосовно помилування та амністії засуджених. Так, думка спостережної комісії, як правило, викладається в докладній характеристиці на засудженого, який подав клопотання про помилування, що надсилається до адміністрації Президента України.

Стаття 25 КВК України визначає суб'єктів громадянського суспільства для такої участі, форми та способи їх діяльності.

Суб'єктами участі громадськості у виправленні і ресоціалізації засуджених можуть бути: 1) об'єднання громадян; 2) релігійні організації; 3) благодійні організації; 4) окремі особи.

Об'єднанням громадян є добровільним громадським формуванням, створеним на основі єдності інтересів для спільної реалізації громадянами своїх прав і свобод. Виходячи із змісту ст. 25 КВК України, у виправленні та ресоціалізації

засуджених можлива участь будь-яких видів об'єднань громадян, які створені і функціонують на підставі чинного законодавства.

Релігійними організаціями в Україні є релігійні громади, управління і центри, монастирі, релігійні братства, місіонерські товариства (місії), духовні навчальні заклади, а також об'єднання, що складаються з вищезазначених релігійних організацій. Релігійні об'єднання представляються своїми центрами (управліннями). Діяльність релігійних організацій в частині участі у виправленні і ресоціалізації засуджених здійснюється на основі уже згаданого нами Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації».

При забезпеченні участі релігійних організацій у виправленні та ресоціалізації засуджених, проведенні соціально-виховної роботи з ними має бути дотримане закріплене ст. 35 Конституції України право свободи світогляду та віросповідання, яке включає в себе свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культи, вести релігійну діяльність [5]. Здійснення цього права підлягає лише тим обмеженням, які необхідні для забезпечення ізоляції, громадської безпеки і встановлені КВК України.

Основні принципи та порядок взаємодії адміністрації установ виконання покарань з релігійними організаціями з питань їх участі у духовному вихованні осіб, які відбувають покарання в установах кримінально-виконавчої системи, здійснення богослужіння і відправлення релігійних обрядів в колоніях регламентується КВК України (ст. 128) та відомчими нормативно-правовими актами, якими передбачено що:

1) взаємовідносини із представниками релігійних організацій адміністрація виконання покарань має будувати в інтересах виправлення засуджених на засадах взаємоповаги та взаєморозуміння, суворо дотримуючись чинного законодавства та положень міжнародно-правових актів;

2) адміністрація установ виконання покарань не повинна створювати будь-яких переваг в діяльності однієї релігійної організації перед іншими, а також створювати незаконні обмеження в діяльності таких організацій. Забороняється діяльність в установах виконання покарань організацій, що не зареєстровані в порядку, передбаченому Законом України «Про свободу совісті та релігійні організації»;

3) зустрічі засуджених із представниками релігійних організацій, богослужіння та релігійні обряди повинні проводитись лише за добровільною згодою засуджених, а неповнолітніх засуджених також за згодою їх батьків або осіб, які їх заміщують;

4) духовна робота із засудженими проводиться, як правило, на індивідуальних засадах;

5) адміністрація установ виконання покарань сприяє створенню умов для зустрічі релігійних організацій із прихильниками своєї віри та визначає час їх проведення. За наявності можливості в установах виконання покарань виділяються приміщення для обладнання молитовних кімнат. Будівництво культових споруд на території охоронної зони таких установ здійснюється тільки з дозволу Державної пенітенціарної служби України;

6) проведення зустрічей представників релігійних організацій з прихильниками їх віри, богослужінь та обрядів не повинно порушувати встановлений внутрішній розпорядок установ виконання покарань, а також принижувати права інших осіб;

7) адміністрація установ виконання покарань забезпечує заходи безпеки представників релігійних організацій під час перебування їх в установі та доводить до них встановлені законодавством вимоги щодо взаємовідносин із заздженними.

Здійснення богослужіння та відправлення релігійних обрядів в колоніях регламентуються ст. 128 КВК України.

Значну роль у виправленні і ресоціалізації засуджених відіграють благодійні організації. Благодійна організація – це недержавна організація, головною метою діяльності якої є здійснення благодійної діяльності в інтересах суспільства або окремих категорій осіб згідно із Законом України від «Про благодійництво та благодійні організації». Благодійницька діяльність таких організацій у сфері виправлення та ресоціалізації засуджених полягає у добровільній безкорисливій пожертві у поданні органам та установам виконання покарань матеріальної, фінансової, організаційної та іншої благодійної допомоги (специфічними формами благодійництва є меценатство і спонсорство).

Що стосується окремих осіб, які можуть брати участь виправленні та ресоціалізації засуджених, проведенні соціально-виховної роботи з ними, надавати допомогу органам і установам виконання покарань, то ними можуть бути як громадяни України, так й іноземні громадяни та особи без громадянства. Їх діяльність у зазначеній сфері, як це випливає з ч. 1 ст. 25 КВК, має здійснюватися у порядку визначеному відповідними законами України.

Об'єднання громадян, релігійні і благодійні організації та окремі особи можуть брати участь у: 1) виправленні та ресоціалізації засуджених; 2) проведенні соціально-виховної роботи з ними; 3) наданні відповідної допомоги органам та установам виконання покарань.

Зазначені вище суб'єкти можуть здійснювати цю діяльність у порядку та заходами, передбаченими КВК України та іншими законами.

Незважаючи на суттєві проблеми, які виникають при виконанні кримінальних покарань, в Україні спостерігається тенденція до активізації функціонування окремих інститутів громадянського суспільства, які активно розпочали свою діяльність ще задовго до прийняття КВК України [6, с. 37-38].

Важливо підкреслити, що зазначені інститути активно співпрацюють з різноманітними міжнародними організаціями.

Зокрема, встановлено тісні контакти з такими недержавними організаціями як Українсько-американське бюро захисту прав людини. Міжнародне товариство захисту прав людини, «Донецький Меморіал», Український благодійний фонд сприяння пенітенціарним реформам імені Джона Говарда та з іншими українськими і міжнародними організаціями. Перший етап співпраці з цими інституціями надав упевненості в можливості розширення мережі недержавних організацій, яких можна залучати до реалізації різноманітних гуманістичних проблем.

Для привернення поглядів громадськості до проблем пенітенціарної системи та сприяння її реформуванню на засадах гуманізації, демократизації та відкритості особливо активну роботу здійснює в Україні Міжнародний фонд «Відродження», який протягом десяти останніх років активно реалізує програму підтримки громадських груп та інституцій, що досліджують ситуацію в пенітенціарних закладах та стан її реформування.

Починаючи з 2000-го року, програму трансформовано, вона набула статусу мережевої та реалізується у співпраці з Інститутом конституційної та законодавчої політики при Інституті відкритого суспільства (Будапешт, Угорщина).

Основні напрями її діяльності такі:

- сприяння реформам, гуманізації та демократизації пенітенціарної системи;
- сприяння діяльності громадських організацій, які працюють у цьому напрямі;
- формування громадської думки через засоби масової інформації;
- сприяння розробленню та прийняттю нового демократичного законодавства.

Пріоритетним напрямком у роботі Міжнародного фонду «Відродження» з виконання програми «Сприяння реформуванню пенітенціарної системи в Україні» стало надання допомоги колоніям для неповнолітніх злочинців. Було підтримано ініціативу та направлено кошти недержавній організації «Донецький меморіал» та Міжнародному Товариству прав людини (Українська секція) на проведення заходів, спрямованих на поширення кращого досвіду роботи колоній для неповнолітніх, обмін інформацією у рамках реформи [1, с. 22-23].

Після прийняття КВК України з метою налагодження ефективних механізмів партнерства держави з інститутами громадянського суспільства був виданий Указ Президента України від 15.09.2005 №1276 «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики». Водночас, цей підзаконний нормативно-правовий акт не містив конкретної вказівки на необхідність підготовки Стратегії державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в нашій державі. Така вказівка знайшла своє чітке закріплення в Указі Президента України від 25.01.2012 р. № 32 «Питання сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні». Цим указом була створена Координаційна рада з питань розвитку громадянського суспільства як допоміжний орган при Президентові України.

В розрізі нашого дослідження цікавим є те, що до складу вищезгаданої Координаційної ради увійшли (за згодою) керівники різноманітних фондів, громадських та благодійних організацій, в тому числі й виконавчий директор вищезгаданого Міжнародного фонду «Відродження» – Є.К. Бистрицький. Цей факт свідчить про перспективу подальшого ефективної взаємодії цього фонду з державними органами і насамперед з Державною пенітенціарною службою України.

На Координаційну раду з питань розвитку громадянського суспільства було покладено обов'язок підготувати проекти Стратегії державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні та план першочергових заходів щодо її реалізації. І вже 24 березня 2012 року був виданий Указ Пре-

зидента України №212 «Про Стратегію державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні та першочергові заходи щодо її реалізації» який затвердив відповідну Стратегію та план першочергових заходів щодо її реалізації.

Необхідно відзначити, що суспільство неоднозначно сприйняло видання вищезгаданих указів. Як приклад можемо розглянути результати опитування відвідувачів web-сторінки газети «День» в Інтернеті 27-28 березня 2012 р. За цим опитуванням: 1) 2,78 % вважають, що формування громадянського суспільства починається з державної політики у цьому напрямку; 2) 1,86 % вважають, що саме Президент повинен відповідати за громадянське «тло» держави; 3) 64,65 % вважають, що для формування громадянського суспільства не потрібні укази, а лише гарантування конституційних прав та дотримання закону; 4) 1,40 % вважають, що сьогодні перед Україною стоїть безліч інших актуальних викликів; 5) 27,44 % вважають, що формування громадянського суспільства залежить виключно від громадян [7, с. 1].

Аналіз вищезазначених положень дозволяє дійти висновку, що в сучасному українському соціумі в контексті набуття ним ознак громадянського суспільства спостерігається загальна тенденція до необхідності, в першу чергу, гарантування державою проголошених прав і свобод. Водночас друге місце посідає думка про те, що у формуванні громадянського суспільства основна роль відводиться громадянам, а не державі. Тобто у першому випадку держава повинна створювати умови для розвитку громадянського суспільства, а в другому – громадянське суспільство повинно формуватись поза державою, відвойовуючи у неї простір для самоорганізації та визначаючи межі втручання в своє життя.

Вбачається, що удосконалення інститутів громадянського суспільства взагалі, а також в контексті пенітенціарної системи зокрема, необхідно здійснювати шляхом оптимального поєднання державного та громадянського начал. Це дасть можливість сформувати високорозвинене громадянське суспільство в Україні та прискорить набуття нашою державою правових ознак.

Таким чином, доходимо висновку, що інститути громадянського суспільства в Україні знаходяться в стадії становлення. Стан справ в пенітенціарних установах нашої держави продовжує залишатись складним. У вирішенні складних пенітенціарних проблем повинні взяти участь не тільки державні органи і установи, але і все громадянське суспільство, включаючи й різноманітні його інститути.

1. *Беца О. Громадська підтримка пенітенціарної реформи в Україні / О. Беца // Соціальна політика і соціальна робота. – 2002. – № 1. – С.19-31.*
2. *Кримінально-виконавчий кодекс України / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради. — 2004. — №3—4. — Ст. 21.*
3. *Кримінально-виконавче право України: [підручник / за ред. О.М. Джужу]. – К.: Атіка, 2010. – 752 с.*
4. *Про затвердження положень про спостережні комісії та піклувальні ради при спеціальних виховних установах: Постанова Кабінету Міністрів України від 01.04. 2004 р. №429.*

5. Конституція України / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — №30. — Ст. 141.
6. Штанько І.В. Покарання. Але не приниження / І.В. Штанько // Віче. — 1993. — № 9. — С. 35-46.
7. Газета «День». — 2012. — №55 (3698). — 8 с.

**Осауленко А.О. Історико-правові аспекти становлення і розвитку інститутів громадянського суспільства в контексті пенітенціарної системи України.**

У статті досліджені історико-правові аспекти становлення і розвитку інститутів громадянського суспільства в контексті пенітенціарної системи України та визначені шляхи їх подальшого вдосконалення.

**Ключові слова:** інститути громадянського суспільства, пенітенціарна система, засуджений, кримінально-виконавче законодавство.

**Осауленко А.А. Историко-правовые аспекты становления и развития институтов гражданского общества в контексте пенитенциарной системы Украины.**

В статье исследованы историко-правовые аспекты становления и развития институтов гражданского общества в контексте пенитенциарной системы Украины та определены пути их дальнейшего совершенствования.

**Ключевые слова:** институты гражданского общества, пенитенциарная система, осужденный, уголовно-исполнительное законодательство.

**Osaulenko A.A. Historical legal aspects of formation and development of civil society's institutions in the context of the penal system of Ukraine.**

This article examines historical legal aspects of formation and development of civil society's institutions in the context of the penal system of Ukraine and ways of their further improvement.

**Keywords:** civil society's institutions, the penal system, the convict, criminal executive legislation.

**ПРИСТАШ Л.Т.**

## **КАРАЛЬНА ДІЯЛЬНІСТЬ РАДЯНСЬКИХ ОРГАНІВ ВУНТРИШНІХ СПРАВ У ЗАХІДНИХ ОБЛАСТЯХ УРСР (1939-1941РР.)**

УДК 321(091); 34(091)

**Актуальність** даної наукової статті продиктована необхідністю повного і об'єктивного висвітлення діяльності радянських органів внутрішніх справ в період 1939-1941 рр., оскільки до недавніх часів таке висвітлення було заідеологізоване і особливо щодо такої спеціальної функції органів внутрішніх справ у вказаний період як боротьба з українським збройним підпіллям.

**Метою** наукової статті є висвітлення процесів становлення радянських органів внутрішніх справ у західних областях УРСР, а також особливостей діяльності ОВС у боротьбі з українським націоналістичним рухом опору у 1939-1941 роках.

До організації діяльності ОВС у Західній Україні партійні та радянські органи приступили негайно, одразу ж після вступу на ці терени військ Червоної армії. Однак заздалегідь, 8 вересня 1939 р. наркомом внутрішніх справ СРСР Л. Берією був підписаний наказ № 001064 «Про оперативні заходи у зв'язку з

проведенням навчальних зборів» [3, арк. 1-4]. Згідно з цим документом, наркому внутрішніх справ УРСР І. Серову (призначений на посаду 2 вересня 1939 р.) наказувалось відібрати 50 оперативних працівників НКВС УРСР, 150 оперативно-політичних працівників прикордонних військ і скерувати їх у Київ до 22.00 години 9 вересня 1939 р. Також до Києва у розпорядження І. Серова були скеровані 30 оперативних працівників Управління НКВС і 30 оперативно-політичних працівників прикордонних військ з Ленінградської області та 10 осіб з центрального апарату НКВС СРСР. Усі ці працівники увійшли до новостворених п'яти оперативно-чекістських груп у Київському особливому військовому окрузі, долучених до частин Червоної армії, які готувалися до «визвольного походу» в Західну Україну. До того ж, із Київського прикордонного округу був доданий батальйон прикордонних військ для забезпечення роботи цих опергруп. Задля здійснення контролю над формуванням новостворюваної мережі ОВС на Україну прибув заступник наркома внутрішніх справ СРСР В. Меркулов.

Уже наступною директивою НКВС СРСР № 720 від 15 вересня 1939 р. «Про організацію роботи у звільнених районах західних областей України і Білорусії» чітко регламентувались майбутні дії згаданих оперативно-чекістських груп. Цим нормативним документом передбачалося створення на місцях тимчасових органів влади (управлінь), до складу яких мали входити керівники опергруп НКВС. З метою забезпечення порядку, запобігання підіривній роботі, придушення контрреволюції на опергрупи НКВС покладалось завдання щодо організації органів НКВС на зайнятих територіях в усіх значних містах шляхом виділення конкретних представників зі складу основної опергрупи. Отже, оперативно-чекістські групи разом із загонами червоноармійців-прикордонників стали ядром новостворених органів внутрішніх справ у Західній Україні. Відповідно до вказаної директиви, тимчасовий центр керівництва опергрупами НКВС спочатку дислокувався в Тернополі з наступним переведенням до Львова. Перед особовим складом оперативних груп були сформульовані наступні завдання:

1. негайно зайняти усі установи зв'язку, приміщення державних і приватних банків, казначейства, всі сховища державних і приватних цінностей, друкарні, редакції газет, склади паперу, державні архіви (органів польської розвідки), а також приміщення, придатні для роботи відділів НКВС.

2. Здійснювати арешти і оголосити заручниками представників поміщиків, князів, дворян, реакційних представників урядових адміністрацій (керівників місцевої поліції, жандармерії, прикордонної охорони і філій 2-го відділу генштабу), керівників та учасників контрреволюційних партій та підпільних організацій (Організації польської націоналістичної молоді, УНДО - Українського національного демократичного об'єднання, ОУН, УСРП - Української соціалістичної радикальної партії та ін.); арешти духовних осіб рекомендувалось поки не здійснювати.

3. Захопити в'язниці, перевірити весь склад ув'язнених. Усіх заарештованих за революційну та іншу антиурядову діяльність наказувалось звільнити, використавши їх для вербування агентури і проведення політроботи серед населення. Організувати нові тюремні адміністрації з «надійних» людей на чолі з працівниками НКВС.

4. Приступити до створення агентурно-інформативної мережі.

5. Забезпечити чітку організацію охорони громадського порядку та охорону електричних станцій; водопроводів, продовольчих складів, елеваторів і сховищ пального та ін. [3, арк. 10-15].

Ця директива не підлягала розповсюдженню і знаходилася лише у В. Меркулова, І. Серова, В. Бочкова (начальник Особливого відділу НКВС СРСР) і Л. Цанави (нарком внутрішніх справ Білоруської РСР). Окрім того, з її змістом були ознайомлені перші секретарі ЦК КП(б) України і Білорусії - М. Хрущов і П. Пономаренко відповідно, а також командувачі військами Київського і Білоруського особливих військових округів – С. Тимошенко і М. Ковальов.

Що стосується антиправових проявів у роботі працівників ОВС, то в архівних матеріалах містяться численні приклади таких діянь. Органи НКВС та партійно-радянські посадові особи, керуючись сталінською теорією класової боротьби, скрізь шукали та виявляли «ворогів народу», «контрреволюціонерів». Такі категорії людей бралися на облік, за ними встановлювався тасмний нагляд, вони були першочерговими кандидатами на ув'язнення або фізичне знищення. До прикладу, названі оперативні спецгрупи отримували заздалегідь складені НКВС УРСР кількатисячні списки осіб, що підлягали негайному арешту. Так, упродовж 1925-1931 рр. відповідні відділи органів безпеки готували на випадок війни і «захоплення території противника» кілька детальних списків місцевих «найактивніших ворогів радянської влади». Один з таких документів стосувався «офіційних працівників, інформаторів і провокаторів польської розвідки та політичної поліції». Документ загалом містив 4 643 прізвища зі стислою інформацією про кожну згадану особу [5]. Численні спецповідомлення, що надходили до НКВС СРСР, доводять, що оперативно-чекістські групи використовувались не лише для насадження радянського режиму, а насамперед для ліквідації залишків польської державності й нещадної боротьби з підпільним українським антирадянським рухом опору, зі всіма свідомими українцями.

Практична організація оперативно-чекістської роботи органів НКВС одразу ж наразилася на безліч проблем. Зокрема, у спецдонесенні на ім'я Л. Берії В.Меркулов наступного дня після початку «визвольної кампанії», тобто 18 вересня 1939 р., доповідав про «безлад» у проведенні передислокації військ, організації комендатур, катастрофічну нестачу оперативних працівників [6, арк. 1-6]. А вже 19 вересня 1939 р. В. Меркулов та І. Серов у звіті за № 0036 про ситуацію під час «визволення» Тернополя доповідали Л. Берії про необхідність створення нових і більших за кількістю особового складу опергруп. У звіті йшлося про недоліки у роботі армійських частин і представників радянсько-партійного активу у забезпеченні охорони військовополонених поляків та організації тимчасових органів влади [3, арк. 19-24].

21 вересня 1939 р. з'явився новий наказ НКВС СРСР № 001124 «Про розгортання роботи НКВС на території Західної України». Відповідно до цього нормативного акта, вкотре вимагалось сформувати нові оперативні групи НКВС, дотримуючись при цьому існуючого адміністративно-територіального поділу. Крім того, у документі йшлося про необхідність надання опергрупами НКВС усебічної допомоги командуванню РСЧА у транспортуванні військово-



полонених до спеціальних приймальних (концентраційних) пунктів. Додатково для забезпечення оперативних заходів на допомогу опергрупам у західні області УРСР було скеровано мотострілецький полк внутрішніх військ НКВС (у Тернопіль - один батальйон, у Львів - два батальйони), а також 420 оперативних працівників НКВС [7, арк. 40-42].

Отже, на території західноукраїнських областей оперативно-чекістські групи, використовуючи специфічні методи впливу на населення, були на той час основною уповноваженою структурою в утвердженні радянської влади в краї. Прибули у складі оперативно-чекістських груп працівники міліції організували відділи кримінального розшуку, зовнішньої служби, боротьби зі спекуляцією та розкраданням соціалістичної власності, паспортні відділи тощо. З метою створення органів міліції до Львова спеціально прибув заступник начальника Управління міліції НКВС УРСР І. Гребченко.

Починаючи з грудня 1939 р., радянські репресивні органи активно розгорнули роботу щодо масового примусового виселення місцевого населення із західних областей України до Сибіру, на Алтай, у степові райони Казахстану як захід політичного переслідування та адміністративного покарання. Насильницькі депортації мали політично-ідеологічні, класові та економічні причини і були спрямовані, насамперед, на руйнування діючих до того структур польського державного і адміністративного апарату, «буржуазної» системи управління і власності, слугували радянзації регіону.

Результатом такого підходу стало те, що до списків ворогів радянської влади потрапляли не лише ті, хто виступав проти неї зі зброєю в руках, але й ті, хто до неї ставився лояльно, проте критично оцінював її методи. З матеріалів Головного управління конвойних військ НКВС СРСР дізнаємось, що тільки ними упродовж лютого-квітня та липня 1940 р. було супроводжено до місць висилки більше 400 тис. осіб із теренів Західної України та Західної Білорусії в основному виселялися заможні громадяни, колишні чиновники, члени політичних партій, біженці, представники інтелігенції, члени сімей поліцейських тощо [8, с. 400].

Радянські органи внутрішніх справ, включно з органами держбезпеки, були на той час могутньою особливою системою, що працювала поза будь-яким контролем суспільства, виконуючи функцію т. зв. таємної політичної поліції, нерідко ставали знаряддям беззаконня і масових репресій, адже залишалися основним інструментом виконання волі вищих органів компартії, радянської влади та особито «верховного вождя» Сталіна. Вони від самого початку свого виникнення являли собою важливу частину репресивного апарату радянського режиму, який укорінився й на новоприєднаних українських теренах, приборкуючи «ворогів» та опонентів за допомогою зброї, насильства, терору та шантажу і, водночас, більшовицької пропаганди й агітації, з використанням раніше набутого «багатого» репресивного досвіду. Правова регламентація діяльності ОВС, зокрема й на території західних областей УРСР, була суворо утаємничена, адже у своїй діяльності «органи» керувались партійними рішеннями, відомчими нормативно-правовими актами, які були цілком закритими для громадян тоталітарної радянської держави. Ця діяльність, реалізована в правових і неправових формах, в основному ґрунтувалася на здійсненні централізованого керівництва,

адже безпосередньо була організована, підпорядкована і підконтрольна НКВС СРСР.

Загальновідомо, що основним завданням права в будь-якій державі є охорона системи тих суспільних відносин, які в даному суспільстві визнаються справедливими, а отже і легітимними. Коли ж держава захищає відносини, визнані у суспільстві несправедливими, і, навпаки, не надає належного правового захисту легітимним відносинам, відбувається конфлікт між суспільством і державою, який за певних умов може призвести до загибелі цієї держави або до її насильницької перебудови. Саме цю тезу підтверджують події у західних областях УРСР у 1939-1941рр. Приєднання Західної України у вересні 1939 р. до УРСР, або ж «возз'єднання її з сім'єю братніх радянських народів», відтак і політика поступової інкорпорації її у радянську систему викликали зміну ставлення до радянської влади місцевого населення, яке, зрозумівши справжню сутність більшовизму, відповідало пасивним та активним опором.

Радянська влада, яка проголошувала себе гарантом непорушності соціалістичної законності в СРСР, усякими засобами боролась із будь-якими проявами інакомислення в суспільстві. Практика жорсткої уніфікації і монополізації радянської політичної системи призвела до повного зникнення із суспільного життя новоприєднаних західних регіонів УРСР усіх легально діючих політичних груп і партій (крім, звичайно, КП(б)У). Звісно, однопартійна радянська диктатура не могла допустити функціонування інших політичних чи громадських структур, які популяризували будь-які, відмінні від комуністичних, ідеї. Так, у таємному наказі НКВС СРСР № 001353 від 5 листопада 1939 р. «Про оперативні заходи у Західній Україні та Західній Білорусії», з метою швидкого «очищення» вказаних територій від ворожих елементів, наказувалось виявити учасників контрреволюційних організацій на підставі слідчих матеріалів і подати списки цих осіб наркомам внутрішніх справ УРСР та БРСР І. Серову і Л. Цанаві [1, с. 72].

Єдиним реальним супротивником радянської диктатури у західному регіоні УРСР, що зміг після масових репресій зберегти тривалий час у глибокому підпіллі свої структури на цих теренах, була в аналізованій нами період ОУН - потужна, досвідчена і майстерна в методах боротьби військово-політична організація. Нагадаємо, ОУН була утворена у Відні внаслідок об'єднання у 1929 р. Української військової організації (УВО) та низки молодіжних націоналістичних організацій. Головною метою ОУН проголошувалося встановлення Української самостійної соборної держави (УССД) на всій її етнічній території. При цьому методи боротьби за відновлення української державності були різноманітними - від спланованих терактів проти представників радянських органів влади, диверсій, розгортання агітації і роз'яснювальної роботи серед населення до ведення широкомасштабної партизанської війни. До 1939 р. основними своїми супротивниками ОУН вважала Польщу і Радянський Союз, тому свою діяльність в основному спрямовувала проти брутальної геноцидної політики цих держав щодо українського населення, беручи його під свій захист.

За умов наближення Другої світової війни між нацистською Німеччиною та сталінським СРСР поглиблювалось співробітництво закордонних спецпідроз-

ділів українського націоналістичного руху та спецслужб нацистської Німеччини. З боку ОУН воно мало прагматичний характер, обумовлений прагненням використати можливості III рейху для зміцнення свого військово-технічного і кадрового потенціалу, а самі майбутні воєнні дії - для відродження Української держави. Розвідувально-підривна діяльність ОУН у цій частині сприяла здійсненню загарбницьких планів гітлерівців. Унаслідок вчинення цих та інших дій учасники українського збройного підпілля й досі звинувачуються представниками прорадянського табору у співпраці з нацистським окупаційним режимом. Зауважимо, така тактика була характерна й для представників інших національно-визвольних рухів - литовського, латишського, естонського та ін.

1. *Радянські органи державної безпеки у 1939 – червні 1941 р.: документи ГДА СБ України/упор. Василь Даниленко, Сергій Кокін. – Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2009. – 1311с. – Бібліогр. у підрядк. прим.*
2. *Павлов А.Н. Войска НКВД СССР в советских приграничных акциях 1939-1941 гг. (историко-правовой аспект) / А.Н. Павлов, П.А. Федоров // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД РФ. – 2005. - № 2 (26). – С. 67-71. – Библиогр.: с. 71.*
3. *ГДА СБУ. – Ф. 16. Секретаріат ДПУ-КДБ УРСР. – Оп. 32. – Спр. 33. – Арк. 1-4, 6-7, 10-15, 19-24, 76-80, 95, 192, 192-195, 215.*
4. *Назаров Е. Борьба советских органов государственной безопасности с Организацией украинских националистов. 1939-1941 гг. / Евгений Назаров // Еженедельник «2000». – 2009. - № 43 (482). – 23-29 октября. – С. 5. – Библиогр. В конце статьи.*
5. *Ілюшин І. Діяльність оперативно-чекістських груп НКВС у західних областях України (вересень-жовтень 1939р.) / І. Ілюшин, О.Пишніков // З архівів ВУЧК-ГПУ-НКВД-КГБ. – 2000. - № 2/4. – С. 424-433. – Бібліогр. у підрядк. прим.*
6. *ГДА СБУ. – Ф.16. – Оп.32. \_ Спр. 11. – Арк. 1-6.*
7. *ГДА МВС. – Ф.45. Накази, розпорядження НКВС, МОГП, МВС СРСР. – Оп.1. – Спр. 50. – Арк. 40-42.*
8. *Коминтерн и Вторая мировая война: сборник документов. Ч.1. / К.М. Андерсен (отв. ред.), авт. вступ. ст. и коммент.: Н.С. Лебедева (сост., авт. вступ. ст. и коммент.); РАН; Институт всеобщей истории; Государственная архивная служба России; Российский центр хранения и изучения документов новейшей истории. – М.: Пам'ятники исторической мысли (Пам'ятники истории России), 1994. – 597 с.*

***Пристаи Л.Т. Каральна діяльність радянських органів внутрішніх справ у західних областях УРСР (1939-1941рр.)***

У науковій статті висвітлено процеси становлення радянських органів внутрішніх справ у західних областях УРСР, а також особливості діяльності ОВС у боротьбі з українським націоналістичним рухом опору у 1939-1941роках.

**Ключові слова:** радянські органи внутрішніх справ, народний комісаріат внутрішніх справ, український націоналістичний рух опору, ОУН-УПА, специфічні методи впливу на населення.

*Прышташ Л.Т. Карательная деятельность советских органов внутренних дел у западных областях УССР (1939-1941 гг.)*

В научной статье освещено процессы становления советских органов внутренних дел у западных областях УССР, а также особенности деятельности ОВД в борьбе с украинским националистическим движением сопротивления у 1939-1941 годах.

**Ключевые слова:** советские органы внутренних дел, народный комиссариат внутренних дел, украинское националистическое движение сопротивления, ОУН-УПА, специфические методы воздействия на население.

*Prystash L. T. Punitive activities of the Soviet internal affairs in the western regions of the USSR (1939-1941)*

The scientific article focuses on the process of formation of the Soviet police in the western regions of the USSR and also features of activity of the OIA in a fight against Ukrainian nationalistic motion of resistance in 1939-1941.

**Keywords:** soviet organs of internal affairs, folk commissariat of internal affairs, Ukrainian nationalistic motion of resistance, OUN-UIA (organization of the Ukrainian nationalists, Ukrainian insurgent army), specific methods of influence on a population.

# КОНСТИТУЦІЙНИЙ ЛАД ТА ПРАВА ЛЮДИНИ. ПРОБЛЕМИ МІЖНАРОДНОГО, АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА. АДМІНІСТРАТИВНЕ СУДОЧИНСТВО

БАРАНОВ-МОХОРТ С.М.

## КОНЦЕПЦІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ ЗАПОБІГАННЯ І ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ В СИСТЕМІ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ

УДК 343.352.4

Дослідженню цього питання присвячені роботи: А. Авер'янова Л. Аркуші, Л. Багрій-Шахматова, В. Борисова, Ю. Бауліна, В. Байдука, П. Геги, О. Гіди, М. Гончаренка, О. Дульського, А. Закалюка, В. Зеленецького, Р. Калюжного, О. Кальмана, В. Клименка, М. Корнієнка, М. Мельника, Н. Матюхіної, М. Михальченка, С. Омельченка, А. Редька, А. Сафоненка, О. Светлова, В. Сіренка, В. Тація, О. Терещука, М. Хавронюка, Ф. Шульженка, В. Чеховича.

Перш за все, я хочу нагадати, що 7 квітня 2011 року Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції», який чітко визначив основні механізми і засоби запобігання і боротьби з корупцією в публічній сфері, до якої, між іншим, відноситься і державна служба. Це є надзвичайно важливим кроком, бо для України проблеми попередження і протидії корупції в органах публічної влади, і зокрема державної служби, продовжують залишатися одним з найактуальніших. Об'єктивні фактори її розвитку свідчать, що корупція створює суттєву небезпеку для життєдіяльності суспільства, і на сьогодні масштаби її поширення становлять реальну загрозу національній безпеці. Тому завдання боротьби з корупцією розглядаються нині як загальнодержавні та пріоритетні. На цей час боротьба з корупцією вже вийшла з формальних меж, стала предметом постійної уваги керівництва держави, громадських організацій. Цей процес відбувається в умовах підвищеної уваги до нього в засобах масової інформації та активізації громадянської позиції українців. Реалізація заходів подолання та попередження корупції в органах державної влади передбачає чітке уявлення про масштаби цього явища [1], а також створення ефективної та дієвої концепції дослідження цього явища і адміністративно-правових засобів його запобігання і протидії.

Концепція (від лат. *Conceptio* - розуміння, система) - певний спосіб розуміння, трактування якого-небудь предмета, явища, процесу, основна точка зору на предмет тощо, керівна ідея для систематичного висвітлення певної інформації.

Як показує вивчення етимологічних словників, термін «концепція» вживається також для позначення провідного задуму, конструктивного принципу в науковій, художній, технічній, політичній та інших видах діяльності.

Враховуючи дане визначення, вважаю за необхідне, провести дослідження адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби України.

Концепція дослідження адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції базується на загальнотеоретичних положеннях. В ході дослідження, перш за все, необхідно брати до уваги соціальну природу корупції в системі державної служби і виходячи з цього розробляти і реалізовувати адміністративно-правові засоби щодо її запобігання і протидії. Необхідно сказати, що дослідження адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби базується на чіткому визначенні етапів розвитку вчення про корупцію в системі державної служби. Дослідження будуються на виявленні тенденцій розвитку законодавства, що закріплює адміністративно-правові засоби запобігання і протидії корупції в системі державної служби. На сьогоднішній день, глобалізація торкнулася проблеми корупції в системі державної служби у кожній країні Світу. У зв'язку з цим, міжнародне співтовариство розробило цілий комплекс міжнародно-правових актів, що закріплюють стандарти запобігання і протидії корупції в системі державної служби. Враховуючи дану обставину, концепція дослідження сучасних проблем адміністративно-правових засобів базується на міжнародних і європейських стандартах запобігання і протидії корупції в системі державної служби та на їх досвіді у цій сфері.

Концепція дослідження адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби Української держави, повинна враховувати її складну систему. Згідно до чинного законодавства, державна служба в Україні - це професійна діяльність осіб, які займають посади в державних органах та їх апараті щодо практичного виконання завдань і функцій держави та одержують заробітну плату за рахунок державних коштів. [2] Ця обставина обумовлює необхідність визначення загальних і приватних проблем корупції у системі державної служби України. В даний час необхідною є розробка спільних адміністративно-правових засобів, які будуть реалізовуватися в системі державної служби в цілому, а також адміністративно-правові засоби попередження і припинення корупції в кожному окремому органі, відділу та структурному підрозділу.

Вищезазначені, а також і ряд інших аспектів, підтверджують гостру необхідність дослідження проблем корупції в системі державної служби Російської Федерації на необхідній концептуальній основі, яка передбачає структурування відповідних адміністративно-правових засобів.

Слід зазначити, що в зарубіжних державах попередження і припинення корупції в системі державної служби йде шляхом використання всього арсеналу правових засобів не тільки кримінально-правових та із акцентом на попередження корупції. Наше законодавство про боротьбу з корупцією до цих пір носить фрагментарний і «лукавий» характер. У попередженні і припиненні корупції в системі державної служби повинні використовуватися конституційно-правові, адміністративно-правові, фінансово-правові, інформаційно-правові та кримінально-правові засоби в чіткій взаємодії. Названі правові засоби повинні ви-

користуватися в комплексі, але пріоритет, все ж таки, повинен віддаватися позитивним адміністративно-правовим засобам. [3]

Як зазначав Н.М. Коркунов, «... кримінальна репресія занадто дорого коштує суспільству і матеріально, і морально, водночас сама лише кримінальна кара не знищує здійсненого правопорушення, сама по собі не відновлює стоптані права, не відшкодовує заподіяної злочинцем шкоди. До каральних заходів доводиться вдаватися, лише тоді, коли немає інших способів протидії правопорушенню або якщо способи ці недостатні, не відповідають тяжкості протиправного посягання. У зв'язку з цим, недарма закони з каральною санкцією називаються менш досконалими законами».

Практично на аналогічній позиції стояв Г.Ф. Шершеневич, який підкреслив, що держава може досягти бажаних результатів не стільки зусиллям правової репресії, а скільки зміною соціальних умов, що визначають поведінку громадян, не стільки посиленням мотивів, які йдуть на користь законної поведінки, скільки ослабленням мотивів, що відхиляють особу від законної поведінки.

Антикорупційна політика має вкрай важливий соціальний аспект, оскільки є сукупністю послідовних заходів держави та суспільства, через які реалізуються суспільні інтереси щодо обмеження корупції та споріднених з нею злочинів. Вона знаходить своє відображення у законодавстві, виробленні й застосуванні спільних принципів та механізмів протидії корупції, узагальненні досвіду антикорупційної діяльності й науковому підході до вирішення проблеми і спрямована на обмеження корупції, забезпечення захисту суспільних інтересів від владних зловживань в економічній, політичній та соціальній сферах. [4, 5]

Таким чином, у механізмі запобігання і протидії корупції в системі державної служби, важливе місце належить правовим засобам, а конкретніше – адміністративно-правовим засобам. У зв'язку з цим, перед розкриттям змісту адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби, необхідно визначити, що приймається під категорією «правові засоби». Дана обставина обумовлена тим, що між такими категоріями, як «правовий засіб» - «адміністративно-правовий засіб», а також «адміністративно-правовий засіб запобігання і протидії корупції в системі державної служби» існує діалектичний взаємозв'язок загального, особливого і одиничного, притаманний усім складним поняттям у юридичній науці.

А як зазначається в науковій літературі, основою методологічного підходу є розгляд окремих явищ через загальні явища (дедукція). Правові засоби в науковій літературі розглядаються неоднозначно. Наприклад російський вчений С.С. Алексєєв говорить про те, що правові засоби - це норми права, індивідуальні приписи і накази, договори, кошти юридичної техніки, всі інші інструменти регулювання, що розглядаються в єдності характерного для них змісту і форми. Б.І. Путінський зазначає, що правові засоби є поєднанням (комбінацією) юридично значимих дій, що здійснюються суб'єктами з дозволенним ступенем розсуду, і службовців, за для досягнення їхніх цілей (інтересів), якщо вони не суперечать чинному законодавству та інтересам суспільства.

А.В. Малько правові засоби визначає як правові явища, що виражаються в інструментах (установленнях) і діяннях (технологіях), за допомогою яких задо-

вольняються інтереси суб'єктів права і забезпечується досягнення соціально-корисних цілей. З даного визначення можна зробити висновок про те, що правові засоби отримують своє нормативне закріплення, і лише потім реалізуються суб'єктами правових відносин. А.В. Малько підкреслює, що правові засоби носять цілеспрямований характер, у зв'язку з чим можна прийняти рішення про те, що вони грають важливу роль в запобіганні та припиненні корупції.

Для визначення заходів протидії важливо встановити правовий статус суб'єктів корупційної та антикорупційної діяльності. Спеціальні обмеження, які встановлені для державних службовців, зокрема, заборона сприяти, використовуючи своє службове становище, фізичним і юридичним особам у здійсненні ними підприємницької діяльності, в отриманні субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг з метою незаконного одержання за це матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг; займатися підприємницькою діяльністю безпосередньо чи через посередників або підставних осіб, бути повіреним третіх осіб у справах державного органу, в якому вона працює; використовуючи своє посадове становище, фізичним та юридичним особам у здійсненні ними зовнішньоекономічної, кредитно-банківської та іншої діяльності з метою незаконного одержання за це матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг не завжди дотримуються. Порушення цього обмеження матиме місце за наявності сукупності трьох ознак:

1) особа має сприяти у здійсненні підприємницької діяльності або в отриманні фізичними або юридичними особами субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг;

2) при цьому вона має використовувати своє службове становище;

3) наявність спеціальної мети - незаконного одержання за це матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг.

Відсутність хоча б однієї із вказаних вище ознак виключає підстави для юридичної відповідальності. [6]

Національна антикорупційна стратегія, [7] підписана Президентом України 21 жовтня 2011 року, вбачає головним напрямом розв'язання проблеми корупційності в органах виконавчої влади вдосконаленням інституту державної служби, адміністративних процедур у цих органах та порядку здійснення державного регулювання. Саме у цих сферах спостерігаються тенденції до посилення корупційних ризиків, серед яких необхідно виділити неефективність державного контролю у сфері державного регулювання економіки, відсутність процедури дискваліфікації учасників через їх негативну репутацію («чорні списки»), обмеженість доступу до інформації про державні закупівлі тощо. Важливим є те, що згідно до цієї стратегії, умовою успішної реалізації Національної антикорупційної стратегії є розроблення і впровадження системи моніторингу та оцінки. Моніторинг та оцінку реалізації Національної антикорупційної стратегії здійснює Національний антикорупційний комітет. До моніторингу з метою дотримання об'єктивності та неупередженості залучатимуться неурядові організації та незалежні інститути.

Слід сказати, що ніяка діяльність не може досягти бажаних результатів, якщо використовує негідні правові засоби. У цьому сенсі адміністративна діяль-



ність щодо запобігання і протидії корупції в системі державної служби України, визначає відповідні адміністративно-правові засоби, а також накладає на них певний «відбиток» і тим самим забезпечує досягнення бажаного результату у сфері запобігання та протидії корупції в системі державної служби. В адміністративно-правовому механізмі організації та діяльності державної служби особливо важливе місце займають правові стимули і обмеження, які покликані мотивувати поведінку працівників державного апарату юридичними засобами та чітко відмежовувати. Тобто у цьому, мої твердження солідарні із А. В. Малько.

Дослідження теорії адміністративно-правових засобів дозволило прийти до висновку, що категорія «засіб» є загальнонауковою і універсальною категорією. Для цього вважаю за потрібне навести адміністративно-правовий приклад із сусідньої Російської Федерації. Так, Федеральний Закон від 27 липня 2004 р. «Про державну цивільну службу Російської Федерації» містить цілий комплекс адміністративно-правових засобів, спрямованих на попередження і припинення корупції в системі державної цивільної служби: заборони, пов'язані з режимом державної цивільної службою (ст. 17), механізм врегулювання конфлікту інтересів на цивільній службі (ст. 19), посадовий регламент (ст. 47), спосіб заміщення посади державної цивільної служби (ст. 22), випробування при вступі на громадську службу (ст. 27), надання відомостей про доходи, про майно і зобов'язання майнового характеру (ст. 20), обов'язковий кваліфікаційний іспит (ст. 49), атестація цивільних службовців (ст. 48), оплата праці цивільного службовця (ст. 50), державні гарантії цивільних службовців (ст. 52), заохочення та винагороди за державну службу (ст. 55), відсторонення від займаної посади цивільної служби (ст. 32), службова дисципліна на цивільній службі (ст. 56) та ін.

Можна зробити висновок, що ефективність реалізації адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби будь-якої країни, залежить від якості їх нормативного закріплення, а також формування чіткого адміністративно-правового механізму їх реалізації.

Концептуальне дослідження адміністративно-правових засобів було б неповним без дослідження зарубіжного досвіду реалізації адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби. Необхідно зазначити, що в ряді зарубіжних держав (США, Канада, Німеччина, Франція, Великобританія та інші) вдалося сформувані такі адміністративно-правові засоби, які дозволили обмежити корупцію масштабами, так що вони не становить серйозної небезпеки для нормального функціонування державного апарату і всієї держави.

У дослідженнях, присвячених проблемі корупції в системі державної служби також зазначається, що корупція як системне явище, що розкладницьке впливає на державний апарат, виникає в перехідні періоди соціально-економічного розвитку. Саме в ці періоди застарілі державні та соціальні інститути відмирають, а нові з'являються всередині правових відносин, що збереглися із попередньої епохи.

Дослідження адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби України об'єктивно передбачає звернення до аналогічного зарубіжного досвіду тих країн, які в наш час досягли зразкового

успіху у цій сфері. Проте слід враховувати, що сам по собі закордонний досвід державного будівництва не однозначний і не може бути сліпо копіюваний, без приведення у відповідність до національних особливостей.

У кожному конкретному випадку даний досвід завжди несе на собі відбиток національно-специфічних умов тих держав, продуктом яких він є. З іншого боку, в більшості випадків в ньому можна виділити загальнозначущі, універсальні принципи, а також підходи до вирішення тих чи інших завдань у сфері державного управління та кадрової політики, адаптація яких корисна і доцільна в сучасних вітчизняних умовах як для нашої країни, так і для будь-якої іншої.

Слід сказати, що в роботах, присвячених проблемам державної служби, а також щодо питань запобігання і протидії корупції, не робилися спроби класифікації цих адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції. У зв'язку із цим провести аналіз різних точок зору стає дуже складною задачею. Тим не менш необхідно відзначити, що в даний час з'являються окремі наукові статті, в яких дана класифікація адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби і які є актуальними до сучасних умов і процесів у цій сфері.

Наприклад до числа адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби Н. Карагодін та І. Карагодіна відносять неухильне дотримання принципу відбору та просування кадрів на основі суто об'єктивної оцінки їх професійної придатності, забезпечення державним службовцям оплати праці і набору соціальних пільг, які в необхідній мірі стимулюють працю державних службовців і дійсно гарантують високий соціальний статус державних службовців. Крім того, Н. Карагодін та І. Карагодіна до числа адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби відносять систему контролю та нагляду за усіма службовими діями державних службовців, яка повинна припиняти протиправну діяльність з боку державних службовців.

Перед класифікацією адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби необхідно зазначити, що існують певні складнощі при їх класифікації, пов'язані з тим, що обставин, що впливають на їх зміст і характеристику, досить багато.

В силу даної обставини класифікацію можна проводити, виділяючи різні групи адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби Російської Федерації. Однак необхідно пам'ятати, що обставини, які можуть впливати на їх зміст і оцінку, не можна розглядати у відриві один від одного. Якщо не дотримуватися цього принципу, то класифікація буде носити однобічний характер, і не буде об'єктивною.

Крім цього, при класифікації адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби Російської Федерації важливо, щоб кожна виділена класифікація мала б реальне підґрунтя і науково-практичне значення. Як зауважив свого часу О.Е. Лейст «... класифікація - спосіб виявлення істотних якостей підрозділів системи, від яких залежать інші похідні від них ознаки кожного з елементів підрозділи». Слід зазначити, що в практичній площині класифікація забезпечує науковий підхід у виборі форм і методів адміні-

стративно-правового регулювання. Крім того, класифікація має певне значення для побудови правового та наукового матеріалу. Необхідно визнати, що класифікація здійснюється не заради класифікації. У зв'язку з цим справа не в пошуку абстрактних критеріїв для класифікації адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби Російської Федерації, а у відборі тих критеріїв, які дозволять найбільш чітко виявити і вивчити кожне адміністративно-правовий засіб, що потрапило в відповідну класифікацію. Адміністративно-правові засоби містяться у законодавстві про державну службу Російської Федерації в достатній кількості. Адміністративно-правові засоби забезпечують реалізацію прав та виконання обов'язків державними службовцями. У зв'язку з цим, чим більше розвинена система адміністративно-правових засобів, тим важливіше їх об'єднання і диференціація за певними критеріями.

Отже, критерієм для класифікації адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби може виступати сфера, де ці кошти реалізуються. У зв'язку з цим адміністративно-правові засоби попередження і припинення корупції в системі державної служби можуть стосуватися виключно внутрішньо-організаційної діяльності державних службовців і зовнішньої сфери їх діяльності. Адміністративно-правові засоби повинні сприяти попередженню і припиненню корупції при взаємовідносини державних службовців з громадянами та юридичними особами. Крім того, адміністративно-правові засоби попередження і припинення можна диференціювати в залежності від виду державної служби, в системі якої вони реалізуються. Адміністративно-правові засоби, що реалізуються в системі державної цивільної служби, та адміністративно-правові засоби, що реалізуються в системі військової та правоохоронної служби.

Законодавство містить адміністративно-правові засоби попередження корупції, які стосуються державних службовців, які перебувають на службі, і адміністративно-правові засоби, що стосуються державних службовців, які перейшли на роботу в комерційні організації. Адміністративно-правові засоби попередження і припинення корупції можуть бути диференційовані в залежності від підстав їх застосування, а також суб'єктів їх реалізації.

Слід поставити наголос на тому, що антикорупційна політика має ґрунтуватися на виваженому законодавстві, аби в суспільстві відбулись позитивні трансформаційні процеси. Нарешті, будь-які трансформаційні зміни у суспільстві не відбуваються одразу, для цього потрібен час та ефективна фактична дія прийнятого законодавства. Хоча воно було й залишається динамічним, політика дедалі частіше зазнає змін різного характеру і є формою реалізації законодавчих положень. Трансформаційні процеси в українському соціумі мають передбачати широке залучення суспільства до активної участі у протидії корупції. Серед першочергових завдань в цьому напрямі можна окреслити: підвищення уваги до правової освіченості громадян, формування антикорупційної свідомості, розширення обізнаності громадськості щодо діяльності органів влади і управління, механізмів прийняття рішень; продовження роботи зі створення умов для контролю з боку громадянського суспільства за діяльністю державних інституцій, хо-

дом та результатами виконання державних програм, використанням бюджетних коштів тощо.

1. С. Сербогін. *Механізми попередження і протидії корупції в органах публічної влади.* – 2011. - УДК 342.841 : 3288.185
2. Закон України «Про державну службу» / стаття 1 / остання редакція від 30.12.2011. – режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3723-12/page>
3. См.: Долгова А.И. *Коррупция опасна, но не опаснее ли борьба с ней?* // *Интерпол в России.* - 2001. - № 1. — С. 17; Савинский А.В. *О роли гражданского права и других отраслей права в борьбе с коррупцией и организованной преступностью* // *Правоведение.*-2004.-№ 4. - С. 81.
4. Сафоненко А. *Антикоррупційна політика в умовах трансформації українського суспільства: автореф. дис. ... канд. політ. наук: 23.00.02 / А. Сафоненко* // Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2004. – 16 с.
5. Костин А.И. *Кризис цивилизации, стратегия устойчивого развития и проблема политического выбора / А. Костин* // *Вестник Московского университета.* – 2004. – № 5. – С. 38–62. – (Серия 12. Политические науки).
6. Яцків І.І. *Загальні положення протидії корупції: адміністративно-правовий аспект.* – 2009.
7. Президент України; Указ, Стратегія від 21.10.2011 № 1001/2011. – режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1001/2011>

**Баранов-Мохорт С.М. Концепція дослідження адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби**

Розглянуто концепцію дослідження адміністративно-правових засобів запобігання і протидії корупції в системі державної служби і її особливості.

**Ключові слова:** корупція, державна служба, концепція, адміністративно-правове регулювання.

**Баранов-Мохорт С.М. Концепция исследования административно-правовых средств предотвращения и противодействия коррупции в системе государственной службы**

Рассмотрена концепция исследования административно-правовых средств предупреждения и противодействия коррупции в системе государственной службы и ее особенности.

**Ключевые слова:** коррупция, государственная служба, концепция, административно-правовое регулирование.

**Baranov-Mokhort S.M. Concept study of administrative and legal means to prevent and combat corruption in public service**

We consider the concept study of administrative and legal means to prevent and combat corruption in public service and its features.

**Keywords:** corruption, public service, conception, administrative and legal regulation.

## **ЗВИЧАЙ ТА ЗВИЧКА (УЗВИЧАЄННЯ) У МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ**

УДК 340.141:341

Міжнародне право є складною системою суспільних відносин, які не можуть упорядковуватися лише за допомогою правових норм. Саме тому важливу регулятивну функцію виконують міжнародні звичаї та узвичаєння (звички), окремі з яких згодом перетворюються на правові норми. Загальнотеоретичні питання такого регулювання завжди привертали увагу багатьох правознавців (Т. Г. Андрусак, Г. О. Анцелевич, О. О. Покрещук, З. І. Боярська, І. І. Дахно, А. І. Дмитрієв, В. І. Муравйов, С. П. Коломацька, Л. Костенко, О. Мережко, А. Г. Кібальник, В. Л. Чубарев, О. О. Щокіна, І. С. Зикін та ін.). Не всі правознавці визнають звичай джерелом міжнародного права, відтак існує чимало поглядів та концепцій на природу цього феномену. Дискусії щодо визнання чи невизнання звичаю джерелом міжнародного права спричиняють різнобій у його розумінні, а отже, й різнобій у кваліфікації основних ознак звичаю та його типологічних різновидів, що вимагає серйозного впорядкування термінології та випрацювання окремих загальнотеоретичних питань звичаєвого права. Ґрунтовного дослідження потребують також проблеми визначення правової природи звичаю як джерела, а також місце звички (узвичаєння) у міжнародному праві та їх співвідношення. Важливо також урахувати при цьому й правову політику тієї чи тієї держави.

Саме тому **метою** нашої розвідки є насамперед з'ясування змістової організації понять “звичай” і “звичка (узвичаєння)” у міжнародному праві, їх порівняння у контексті вивчення механізмів діалектичної взаємодії, з одного боку, звичаю – норми – норми-звичаю – права – правової норми – норми права – правового звичаю – звчаєвого права (права звичаїв) та міжнародно-правового (міжнародного правового) звичаю, з другого боку, звичаю – звички – узвичаєння – звичаєвості.

Статут Міжнародного Суду ООН (ст. 38) кваліфікує *звичай* як “доказ загальної практики, визнаної правовою нормою” [21]. В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній вважають, що це формулювання не точно передає сутність міжнародного звичаю, оскільки йдеться не про звичай як доказ загальної практики, а, навпаки, про правило поведінки, яке конституйоване загальною практикою. Зі ст. 38 Статуту випливає, що звичай не створює норми права, а свідчить про її існування (один із постулатів доктрини природного права). Насправді цей процес відбувається навпаки. Термін *загальна практика*, на думку цих правознавців, може служити підставою для заперечення існування *регіональних і локальних (партикулярних) звичаїв*. Це могло б спричинити неправильне розуміння міжнародного звичаю як правила поведінки конституйованого універсально всіма без винятку державами [3, с. 119].

Юридичні словники фіксують термін *звичай* на позначення: “правило, форма поведінки, в яких закріплено те, що склалось у результаті тривалої суспіль-

ної практики” [25, с. 110]; “правило поведінки людей, що склалося в процесі їхнього співжиття, ввійшло в звичку, побут і свідомість певної групи чи всього суспільства” [26, с. 292]; “правило поведінки, не встановлене актами цивільного законодавства, але усталене у певній сфері цивільних відносин” (Цивільний кодекс України, Ст. 356) [19, с. 158].

Л. Костенко в статті “Право звичаїв” (2006) визначає *звичаї* як стереотипи поведінки, яких дотримуються спільноти людей, соціальні групи за певних обставин, і які зберігаються в незмінному вигляді протягом тривалого історичного періоду, передаючись із покоління в покоління: “Звичай – це правило, яке склалося давно внаслідок його систематичного застосування певною групою людей і є засобом соціальної регуляції діяльності в певному суспільстві” [13]. Авторка наголошує, що звичаєві правила поведінки не фіксуються в жодних документах; вони “узаконені” громадською думкою, фіксують елементи прийнятного у суспільстві способу життя, тому формування, закріплення і успадкування їх від покоління до покоління є важливою стороною функціонування суспільства [13].

У навчальному посібнику “Міжнародне приватне право” (2007) за ред. В. М. Гайворонського та В. П. Жушмана віднаходимо таке визначення *звичаю*: “звичаї – правила, які склалися здавна, систематично застосовуються, але не набули форми закону, підзаконного акта чи міжнародного договору” [16].

У “Юридичному словнику” (1983) за ред. Б. М. Бабія, Ф. Г. Бурчака, В. М. Корещького, В. В. Цветкова зазначається, що звичаї з’явилися разом із виникненням людського суспільства внаслідок повторювання однакових учинків, які згодом набули загального значення, стали *нормою поведінки* [26, с. 292].

Саме тому поряд із терміном *звичаї* юристи послуговуються також синонімічним терміном *норма-звичаї* на позначення “правило зовнішньої поведінки, яке розглядається членами соціального об’єднання як обов’язкове або на підставі безпосередніх умов суспільного життя, або на підставі якогось суспільного авторитету” [18].

Аналізуючи проблему взаємовідношення *звичаю і права*, Л. Костенко наголошує, що з появою держави змінюється місце, роль і значення звичаїв, тому починає зароджуватися інший тип норм поведінки – *правові норми*. Щоправда, за основу таких норм бралися звичаї, які існували в тому чи іншому суспільстві [13].

Розглядаючи цю ж саму проблему, проте у форматі взаємовідношень *норма-звичаї і норма права*, О. Ф. Скаун також звертає увагу на те, що в державному суспільстві норми-звичаї були санкціоновані державою, тобто набували правового характеру (*правовий звичай*). Для набуття юридичної сили норма-звичаї не повинна суперечити закону, підмінювати закон, а повинна доповнювати його [18]. Відтак формується *звичаєве право*, або *право звичаїв*. Суспільство, за влучними висловами відомих філософів, громадських діячів, правознавців, починає усвідомлювати, що “писаний закон є продовженням неписаного” (Сократ), “деякі неписані закони (звичаї) є набагато сильнішими за всі писані” (Сенека), “закон приходить до громадянина, як щось зовнішнє, примусово накладене; звичай же приходить у свідомість людини так само, як знання мови, правил моралі та релігії” (М. Грушевський) [13]. Важливим, вважає Г. М. Даниленко, видаєть-

ся також розрізнення звичаю як процесу створення норм міжнародного права і звичаю як результату цього процесу, тобто юридично обов'язкового правила поведінки, яке склалося в міждержавній практиці, що спонукає вживати термін *звичай* у широкому розумінні на позначення не правової норми, а юридично необов'язкового звичайного правила поведінки, що встановилося в результаті повсякденної практики, тобто узвичаєння [6, с. 9].

У правознавстві за різними критеріями прийнято розрізняти звичаї [22; 4, с. 298–299; 7; 13; 24, с. 5–6; 12]: 1) за формою вираження (способом фіксації): а) *звичай, зафіксовані у відповідних документах* (різноманітні кодифікації етичних норм); б) *звичай, не зафіксовані у відповідних документах, тобто правові аксіоми*; 2) за сферою застосування: а) *внутрішні, або внутрішньодержавні* (застосовуються на території однієї держави); б) *міжнародні звичаї міжнародно-правові / міжнародні правові звичаї* (застосовуються на території кількох держав), головним чином [міжнародні] *торгові (торговельні) звичаї / звичаї міжнародної торгівлі / правові звичаї міжнародної торгівлі*; в) *норми звичаєвого права*; г) *судовий звичай*; г) *звичай ділового обороту* (звичай ділового обороту є видом правового звичаю); традиційно найпоширенішими звичаями ділового обороту є *звичай в торгівлі, розрахункових операціях, торговельному мореплаванні* тощо; 3) за відсутності / наявності правотворчості: *звичай – правовий звичай*.

За Рене Давідом, залежно від ролі у правовій системі розрізняють звичаї: 1) *secundum legem* – доповнення до закону, покликані полегшити з'ясування розуміння тих термінів і словосполучень закону або судового рішення, які вживаються в особливому значенні (наприклад, зловживання правом); 2) *praeter legem* – крім закону, застосовуються у випадку існування прогалин у праві; 3) *contra legem* – проти закону, якщо існує колізія звичаю й закону, то перевага надається звичаю [11].

Розрізняють також звичаї: 1) *універсальні* (вимагають загального визнання); 2) *регіональні* (регулюють взаємовідносини держав певного географічного регіону); 3) *партикулярні* [4, с. 298–299; 3, с. 120].

Нашу увагу привертають *міжнародні звичаї*. За визначенням В. Л. Чубарева, *міжнародний звичай* повинен бути правилом поведінки певних суб'єктів відносин, яке є сталим, застосовним та загальним [23].

У юриспруденції викоритовують також термін *міжнародно-правовий (міжнародний правовий) звичай* на позначення “одне з основних джерел міжнародного права, правило поведінки, що тривалий час повторюється в аналогічній ситуації, визнається та виконується суб'єктами міжнародного права як міжнародно-правова норма” [23].

За визначенням Л. Костенко, *міжнародно-правовий (міжнародний правовий) звичай* – це форма звичаю, в якій знаходить своє вираження правова норма [13].

У “Великому енциклопедичному юридичному словнику” (2007) за ред. Ю. С. Шемшученка зазначається, що для того, щоб правило поведінки стало *міжнародно-правовим звичаєм*, воно повинно відповідати таким вимогам, як: наявність міжнародної практики (прецедентів); визнання за такою практикою характеру юридичної норми; тривалість застосування (є відносною вимогою,

оскільки міжнародній практиці відомі т. зв. моментальні звичаї, напр., право польоту космічного апарату через чужу територію). У міжнародній практиці держав трапляється чимало випадків, коли ті самі правила поведінки для одних держав існують у договірній формі, а для інших – у формі міжнародно-правового звичаю. За відсутності договірного регулювання тих чи інших питань звичай заповнює відповідні прогалини [4, с. 298–299]. Міжнародний звичай не має офіційного письмового формулювання. Він може встановлюватися шляхом тлумачення, але за правилами і методами, визнаними при тлумаченні міжнародних договорів [15].

Розрізняють такі різновиди міжнародних, або міжнародно-правових, звичаїв: *міжнародні торговельні (торгові) звичаї* (включаючи звичаї міжнародного торгового мореплавства), або, як їх ще називають, *звичаї міжнародної торгівлі; звичаї ділового обороту, або міжнародні ділові звичаї* [4, с. 298–299; 7; 13]. У науковій літературі фактично на позначення того самого змісту побутує ще один термін – *правовий звичай міжнародної торгівлі* [16]. У різних галузях торгівлі та в різних географічних регіонах, зазначає Л. Костенко, існують також *спеціальні звичаї* (наприклад, *звичаї портів*) [13]. Розвиваючи тезу про те, що терміном *звичай* у юриспруденції позначається два самостійні, хоча і тісно пов’язані поняття, О. О. Щокіна пропонує розрізняти *правовий звичай міжнародної торгівлі як джерело МПРП України* та *правовий звичай міжнародної торгівлі як норму МПРП України* [24, с. 6].

Отже, у визначенні термінів *[правовий] звичай, міжнародний звичай / міжнародно-правовий (міжнародний правовий) звичай* та відповідних феноменів, які вони позначають, спостерігаємо діалектику понять “правило (форма) поведінки [людей]” – “норма поведінки” – “джерело [міжнародного] права” – “міжнародно-правова норма / норма права”.

У юриспруденції немає єдиного погляду також на статус *звичаю* та *звички* (узвичаєння) в міжнародному праві. Так, одні дослідники та власне лексикографи отожднюють ці поняття, пор.: *звичка* – 1) певний спосіб дії, життя, манера поведінки або висловлювання, схильність до чогось, що стали звичними, постійними для кого-небудь; 2) уміння, навичка, набуті тренуванням; 3) *те саме, що звичай* – загальноприйнятий порядок, правила, які здавна існують у громадському житті й побуті якого-небудь народу, суспільної групи, колективу [5, с. 446–447]; “Іноді юридичний звичай визначають як колективну звичку всіх членів або частини певного соціального організму визнавати певні зазіхання як соціально нормальні, а певні норми співжиття — як позитивні та дійсні. Інакше кажучи, під *звичаєвим правом* розуміють сукупність правових звичаїв або юридичних правил, що містяться у звичаях, які набувають обов’язкової чинності внаслідок тривалого застосування у соціальному житті та звички до них у рамках соціальної групи, класу чи цілого народу” (К. К. Жоль) [9].

Інші правознавці розрізняють їх за різними критеріями, зокрема обов’язковості / необов’язковості міждержавної практики: “*Звичка* є юридично не обов’язковим правилом поведінки, а *міжнародний звичай* і загальні принципи права можуть визнаватися і без міждержавної практики” [10, с. 11]. В. Ф. Опришко, Ф. П. Шульженко, С. І. Шимон розрізняють звичай і звичку на



підставі наявності / відсутності одного з їх складників, що також є критерієм обов'язковості / необов'язковості міжнародної практики держав: “*Міжнародний звичай* – це правило поведінки суб'єктів міжнародного права, яке встановлюється шляхом його тривалого та одноманітного застосування на міжнародному рівні, де враховується одна з головних умов – загальна думка держав, яка визнає цю норму юридично обов'язковою. У разі відсутності останньої складової подібна юридично необов'язкова практика держав є лише *міжнародною звичкою*, яка не входить в сферу дії міжнародного права і яку слід чітко відрізняти від міжнародного звичаю” [17]. Фактично на цій самій підставі розмежовує звичай та звичку відомий фахівець з міжнародного права Л. Ф. Л. Оппенгейм. На його думку, юристи-міжнародники про звичай говорять, коли чітка і тривала практика виконання певних дій склалася під знаком упевненості в тому, що такі дії (згідно з міжнародним правом) є обов'язковими чи правильними; про звичку говорять, якщо практика виконання певних дій склалася за відсутності переконання в тому, що ці дії (згідно з міжнародним правом) є обов'язковими чи правильними. Таким чином, мовою міжнародної юриспруденції термін “*звичай*” за *обсягом вужчий, ніж термін “звичка”* [9].

На думку фахівців, розмежування *звичаю та звички (узвичаєння) не завжди можливе*, тим більше, що *узвичаєння може перетворитися на звичай* [12].

*Звичаєвість (узвичаєння)* – це, на відміну від звичаю, таке правило поведінки, про дотримання якого сторони прямо домовились у своєму договорі або мають його на думці. Такою *звичаєвістю* можуть бути і загальновизнані оприлюднені звичаї, якщо на обов'язковість їх застосування прямо вказали сторони у договорі [22].

Отже, в сучасній юриспруденції немає єдиного погляду на співвідношення звичаю та звички (узвичаєння). В одних випадках ці феномени ототожнюють, в інших – диференціюють, а ще в інших – говорять про перетворення звички (узвичаєння) в міжнародний звичай.

У теорії джерел міжнародного права дискусійним є питання щодо визначення статусу звичаю та звички (узвичаєння) як джерел міжнародного права. У доктрині міжнародного права *міжнародний звичай віднесено до основних джерел міжнародного права*. Пор. джерела міжнародного права: основні (міжнародні договори, *міжнародні звичаї*) і допоміжні (резолуції міжнародних організацій, рішення міжнародних суддів та арбітражів, положення доктрин) [1, с. 68]. Звичай визнають одним із джерел міжнародного приватного права [7; 6, с. 8]. І. І. Дахно звертає увагу на те, що серед зазначених п'яти джерел міжнародного приватного права законодавство України чітко визнає два перші джерела, однак зазначає, що *держава може “освячувати” звичай, надаючи йому загальнообов'язкової юридичної сили* [7]. У системі джерел міжнародного комерційного права звичаї відносять до формальних класичних джерел [2]. Звичай визнають також джерелом міжнародного публічного права, якщо він регулює владні відносини суб'єктів міжнародного права [8; 25, с. 110; 23; 13].

Спірним у юриспруденції видається питання визнання *звичаю джерелом міжнародного публічного права з погляду міжнародного цивільного кодексу*. Одні автори, зазначає В. Л. Чубарєв, вважають, що у сфері публічного права,

до якого належить цивільний процес, використання звичаю неможливо хоча б за відсутності самих таких міжнародних звичаїв. Інші, наголошує автор, зазначають, що наприклад, у випадках судових доручень іноземних судів, коли між відповідними державами не укладено договору про взаємну правову допомогу, ці доручення, на підставі звичаєвої норми про міжнародну ввічливість, все ж, зазвичай, виконуються. І відповідно, ці автори визнають міжнародний звичай джерелом міжнародного цивільного процесу [23]. Міжнародний звичай як формальне джерело права розглядають також у системі джерел міжнародного кримінального права [20].

*Не всі правознавці вважають звичай джерелом права.* О. Мережко, аналізуючи погляди відомих правознавців, зазначає, що в концепції юридичного позитивізму міжнародні звичаї визнають джерелом права на тій підставі, що вони є посереднім вираженням волі держав і являють собою мовчазну згоду держав [14]. Прихильники нормативізму, за спостереженнями цього дослідника, стверджують, що створення звичаєвих норм передбачає існування норми, яка наділяє відповідною компетенцією співтовариство держав створювати норми звичаєвого міжнародного права. Згідно з концепцією солідаристської школи права Н. Політіса, єдиним джерелом міжнародного права є правосвідомість народів, яка надає обов'язкового характеру економічним і моральним правилам, що походять із солідарності (звичаї і договори, вважає Н. Політіс, не є джерелами права, оскільки вони є лише “способами констатування права”); міжнародне право, на думку цього автора, існує незалежно від звичаїв та договорів; джерелом міжнародного права розглядається юриспруденція [14]. Аналізуючи радянську концепцію джерел міжнародного права (зокрема погляди Є. Коровіна), правознавець наголошує на тому, що в ній формується думка щодо домінування звичаю в загальному міжнародному праві, де договір часто обмежується лише фіксацією звичаєвої практики, а в міжнародному праві перехідного періоду – думка щодо примату договору, де звичай є лише допоміжним (субсидіарним) джерелом [14].

Варто зазначити, що *практично всі правознавці не визнають звичку (узвичаєння) джерелом міжнародного права.*

*Основними ознаками звичаю, або норми-звичаю, як джерела [міжнародного] права* одні правознавці (Л. Костенко, О. Ф. Скакун) вважають: етнічний характер; колективістський характер; моральна обумовленість; пов'язаність із релігійними уявленнями і ритуалами; підкреслена публічність та ін. [13; 18]. Інші, зокрема В. Ф. Опришко, Ф. П. Шульженко, С. І. Шимон, називають: тривалість існування (звичай закріплює те, що складалося в результаті тривалої суспільної практики); локальний характер (застосовується серед порівняно невеликих груп людей чи на порівняно невеликій території); одноманітна практика суб'єктів міжнародного права; загальна думка держав, яка визнає цю норму юридично обов'язковою, або санкціонованість (визнання) державою [17]. Ще інші (Р. І. Боярська) до головних ознак звичаю, зокрема в міжнародному комерційному праві, відносять: однаковість, постійність дотримання, певна тривалість існування, несуперечливість усталеному публічному праву (порядку) [5].

Отже, за різними концепціями теорії джерел міжнародного права та власне різними підгалузями міжнародного права більшість правознавців визнають *звичай*

чай універсальним, історично першим, основним, найважливішим, самостійним, формальним, класичним, субсидіарним джерелом міжнародного права.

**Висновки.** Важливо розрізняти звичай як правило поведінки і звичай як форму вираження цього правила ззовні, а отже, звичай як норму та звичай як джерело міжнародного права. Відсутність єдиного погляду на статус звичаю та звички (узвичаєння) в міжнародному праві зумовлена двома причинами: по-перше, слово *звичка* не зафіксоване як юридичний термін у жодному з фахових словників, а отже не має офіційно визнаного термінологічного статусу; по-друге, слово *звичка* в загальнономовній практиці інколи вживають на позначення того самого, що й *звичай*. Невизначеність категорійного статусу звичаю, що своєю чергою продукує найрізноманітніші погляди на нього, породжує також неоднозначність розуміння в теорії джерел міжнародного права самого поняття “джерело права”. Звичай у системі джерел та підрозділив міжнародного права не має чітко визначеного місця та статусу, що також спричинено неоднозначністю його розуміння. У юридичній практиці здебільшого прийнято розрізняти звичай і звичку (узвичаєння) за такими критеріями: обов’язковість / необов’язковість практики держав; належність / неналежність до правил поведінки, правової норми; статус / відсутність статусу джерела права. Проблема розмежування звичаю та звички (узвичаєння) вимагає подальшого ретельного дослідження та уніфікації власне термінологічного апарату.

1. Анцелевич Г. О., Покрещук О. О. *Міжнародне публічне право: Підручник / За ред. Г. О. Анцелевича.* – К.: Алерта, 2005. – 424 с.
2. Боярська З. І. *Міжнародне комерційне право: Навч. посібник.* — К.: КНЕУ, 2001. — 143 с.
3. Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. *Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича.* — К.: Либідь, 2002. — 608 с.
4. *Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. Ю. С. Шемшученка.* – К.: Вид-во “Юридична думка”, 2007. – 992 с.
5. *Великий тлумачний словник сучасної української мови.* К.; Ірпінь: ВТФ “Перун”, 2007. – 1736 с.
6. Даниленко Г. М. *Обычай в современном международном праве.* – М.: Наука, 1988. – 192 с.
7. Дахно І. І. *Міжнародне приватне право: Навч. посіб.* – К.: МАУП, 2004. – 312 с. – Режим доступу: [http://librarium.student.su/zbook/pravo/mij\\_pryvat/mijpryvdahno.html](http://librarium.student.su/zbook/pravo/mij_pryvat/mijpryvdahno.html).
8. Дмитрієв А. І., Муравйов В. І. *Міжнародне публічне право: Навч. посібник / Відп. ред. Ю. С. Шемшученко, Л. В. Губерський.* – К.: Юрінком Інтер, 2000. — 640 с.
9. Жоль К. К. *Зародження та розвиток соціології права // Жоль К. К. Соціологія: Навч. посібник.* – Режим доступу: [http://pidruchniki.com.ua/10310208/sotsiologiya/zarozhennya\\_rozvitok\\_sotsiologiyi\\_prava](http://pidruchniki.com.ua/10310208/sotsiologiya/zarozhennya_rozvitok_sotsiologiyi_prava).
10. Задорожній О. В., Буткевич В. Г., Мицик В. В. *Конспект лекцій з основ теорії міжнародного права.* – К., 2001. – 145 с.

11. Зайчук О. В., Онищенко Н. М. *Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник*. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Режим доступу: [http://ebk.net.ua/Book/law/zaychuk\\_tdp/part3/1401.htm](http://ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part3/1401.htm).
12. Коломацька С. П. *Звичай торговий*. – Режим доступу: <http://cyclop.com.ua/content/view/1091/58/1/7/#18994>.
13. Костенко Л. *Право звичаїв* // *Юридичний журнал*. – 2006. – № 8. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2367>.
14. Мережко О. *Теорія джерел міжнародного права* // *Юридичний журнал*. – 2009. – № 1. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3110>.
15. *Міжнародне право. Конспект лекцій ЛНУ: Підручники та конспекти лекцій з правових дисциплін онлайн*. – Львів. – 2009. – Режим доступу: <http://studrada.com.ua/node/6725>.
16. *Міжнародне приватне право: Навч. посібник / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жулимана*. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 368 с. – Режим доступу: <http://studrada.com.ua/content/§-5-правові-звичаї-як-джерело-міжнародного-приватного-права>.
17. *Опришко В. Ф., Шульженко Ф. П., Шимон С. І. та ін. Правознавство: Підручник / За заг. ред. В. Ф. Опришка, Ф. П. Шульженка*. – К.: КНЕУ, 2003. – 767 с.
18. Скакун О. Ф. *Теорія держави і права* // *Підручник / Пер. з рос.* – Харків: Консум, 2001. – 656 с.; Глави 18–32.
19. *Словник законодавчих і нормативних термінів / Укладачі: М. І. Іншин, І. М. Шопіна, Г. О. Якимов*. – К.: Всеукр. асоціація видавців “Правова єдність”, 2008. – 487 с.
20. *Современное международное уголовное право. Понятие, задачи и принципы*. – А. Г. Кибальник / *Под науч. ред. докт. юрид. наук А. В. Наумова*. — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. — 252 с.
21. *Устав Организации Объединенных Наций и Устав Международного Суда от 26.06.1945*. – Режим доступу: [zakon2rada.gov.ua/laws/show/1995\\_010](http://zakon2rada.gov.ua/laws/show/1995_010).
22. *Цивільне законодавство України. Стаття 7. Звичай*. – Режим доступу: <http://radnik.info/komentar/chky/chky-knuga1/chky-knuga1-pozd1/95--1-1-10/1709--7-.html>.
23. Чубарєв В. Л. *Міжнародне приватне право: Навч. посібник*. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
24. Щокіна О. О. *Правовий звичай міжнародної торгівлі як джерело міжнародного приватного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого*. — Харків, 2006. — 23 с.
25. *Юридичні терміни. Тлумачний словник / В. Г. Гончаренко, П. П. Андрушко, Т. П. Базова; за ред. В. Г. Гончаренка*. – К.: Либідь, 2004. – 320 с.
26. *Юридичний словник / За ред. Б. М. Бабія, Ф. Г. Бурчака, В. М. Корецького, В. В. Цветкова*. – К.: Гол. ред. УРЕ, 1983. – 871 с.

*Іващенко Д. Звичай та звичка (узвичаєння) у міжнародному праві*

У розвідці здійснено аналітичного огляд правознавчих праць та окремих словникових статей з метою з'ясування змістової організації та розмежування понять “звичай” і “звичка (узвичаєння)” у міжнародному праві, а також визначення їх основних ознак.

**Ключові слова:** звичай, звичка (узвичаєння), міжнародне право, правова норма / норма права.

*Іващенко Д. Обычай и привычка (узвичаєння) в международном праве*

В разведке осуществлен аналитический обзор правоведческих работ и отдельных словарных статей с целью выяснения смысловой организации и разграничение понятий «обычай» и «привычка (узвичаєння)» в международном праве, а также определение их основных признаков.

**Ключевые слова:** обычай, привычка (узвичаєння), международное право, правовая норма / норма права.

*Ivashchenko D. Custom and usage in international law*

The research presents an analytic review of law works and particular dictionary articles aimed at finding out of contental organization and differentiation of such notions as “custom” and “usage” in international law and also defining their basic features.

**Key words:** custom, usage, international law, rule of law/ law rule.

**Калиновський Б.В.**

**СУЧАСНІ ПІДХОДИ ДО РЕФОРМУВАННЯ МУНІЦИПАЛЬНОЇ СЛУЖБИ В УКРАЇНІ**

УДК 342.553:352

В умовах зміни пріоритетів суспільного розвитку, демократизації соціальних відносин, гуманізації управління питання конституційно-правових засад організації та діяльності професійного корпусу публічних службовців набуває особливого значення. Питання формування інституту муніципальної служби в Україні є актуальним також з огляду на наукову розробленість окресленої проблеми.

Розбудова незалежної Української держави об'єктивно обумовлює необхідність підвищення ролі та авторитету державної і комунальної (муніципальної) служби. За таких обставин дослідження інституту муніципальної служби є актуальним і постає адекватною формою наукового обґрунтування світових досягнень конституціоналізму.

**Метою** наукової статті є дослідити розвиток конституційно-правового регулювання інституту служби в органах місцевого самоврядування України, визначити сучасні проблеми і запропонувати шляхи удосконалення законодавчого регулювання та показати інноваційні практики муніципальної служби.

Як показав аналіз стану наукової розробки проблем місцевого самоврядування загалом та муніципальної служби зокрема, українськими вченими створено підґрунтя для її подальшого вивчення. Вагомий внесок у дослідження цієї проблематики зробили М.Баймуратов[1], О.Батанов [2, 3], Н. Гончарук[9], В.Кравченко [6], В.Куйбіда [7], Т. Мотренко, Н.Нижник[9], М.Пухтинський[8], С.Серьогіна[4] та ін. Однак у наукових публікаціях вивчення питань, пов'язаних

зі становленням інституту муніципальної служби, сучасним станом реалізації законодавства, що регулює службу в органах місцевого самоврядування досліджено не в достатній мірі.

В останні роки серед науковців триває дискусія щодо правомірності введення муніципальної служби в Україні як публічно-владної діяльності службовців органів місцевого самоврядування. Одні вчені вважають, що муніципальна служба є різновидом державної служби і не має особливих відмінностей від державної цивільної служби. Інші вчені вважають, що служба в органах місцевого самоврядування це самостійний інститут муніципальної влади, який має право на самостійне існування.

Такі поняття, як «комунальна служба» та «комунальний (муніципальний) службовець» в національному праві України не використовуються. В цьому не було й потреби, оскільки за радянських часів службовці відповідних місцевих Рад народних депутатів та їх виконавчих комітетів вважалися державними службовцями, оскільки всі ради від сільської до Верховної відносились до органів державної влади.

Закон України «Про місцеві Ради народних депутатів і місцеве самоврядування» від 7 грудня 1990 року та його нова редакція від 26 березня 1992 року також не використовували терміни «комунальна служба» та «комунальний службовець». Це свідчить про те, що і після ліквідації партійно-радянської системи організації влади поняття «державні службовці» та «комунальні службовці» продовжували розглядатись як рівнозначні. З цих позицій комунальними службовцями можна було вважати тих державних службовців, які працюють в органах місцевого самоврядування.

Такий підхід знайшов відображення в Постанові Верховної Ради України «Про введення в дію Закону України «Про державну службу» від 16 грудня 1993 року, згідно з пунктом 2 якої на працівників органів місцевого та регіонального самоврядування було поширено дію даного Закону і вони були прирівняні до відповідних категорій посад державних службовців. Положення цієї Постанови були конкретизовані в Указі Президента України від 16 березня 1994 року «Про присвоєння рангів державних службовців представникам Президента України в районах і працівникам органів місцевого самоврядування» та в Постанові Кабінету Міністрів України від 18 квітня 1994 року за №239 «Про віднесення посад працівників місцевих Рад народних депутатів та їх виконавчих комітетів до відповідних категорій посад державних службовців і присвоєння їм рангів державних службовців».

На жаль, цей підхід збережено і при розробці нового Закону «Про місцеве самоврядування в Україні», який було прийнято Верховною Радою України 21 травня 1997 року. Даний Закон також обходить поняття «комунальна служба» та «комунальний службовець», використовуючи натомість термін «посадова особа місцевого самоврядування» (наприклад, стаття 1 Закону). Така термінологія уявляється дещо аморфною, оскільки вона не характеризує статусу цих посадових осіб.

В той же час Конституція України відображає протилежний підхід. Так, зі змісту частини 2 статті 5 Конституції випливає, що органи місцевого самовряду-

вання не входять до системи органів державної влади, в зв'язку з чим їх посадові особи не можуть вважатися державними службовцями, а частина 2 статті 38 Конституції взагалі розмежує державну службу та службу в органах місцевого самоврядування (тобто комунальну службу).

Зрозуміло, що служба в органах місцевого самоврядування має багато спільних рис з державною службою. Обидві ці служби базуються на спільних принципах публічної служби, зокрема, верховенства права, демократизму і законності, гуманізму, гласності, рівному доступі громадян до служби, професіоналізмі, компетентності, пріоритеті прав і свобод людини і громадянина, правової і соціальної захищеності службовця, позапартійності.

Водночас служба в органах місцевого самоврядування характеризується і специфічними рисами та принципами: служіння не народові України в цілому або державі, а територіальній громаді, поєднання місцевих ті загальнодержавних інтересів, дотримання прав і законних інтересів місцевого самоврядування; самостійність кадрової політики в системі місцевого самоврядування, правової і соціальної захищеності посадових осіб місцевого самоврядування; фінансове та матеріальне забезпечення за рахунок коштів бюджетів місцевого самоврядування, районних та обласних бюджетів[6, с. 230].

Конституція України від 28 червня 1996 року розмежує державну службу і службу в органах місцевого самоврядування як відносно самостійні форми публічної служби. Відповідно, службу в органах місцевого самоврядування не можна розглядати як частину державної служби, а службовців органів місцевого самоврядування – як державних службовців, що працюють в органах місцевого самоврядування. Це впливає з тих положень Конституції України, в яких місцеve самоврядування закріплюється як особлива форма публічної влади.

На сучасному етапі розвитку України важливим є удосконалення законодавства про службу в органах місцевого самоврядування. Після прийняття Конституції України від 28 червня 1996 року стало актуальним розробка концепцій і законопроектів про службу в органах місцевого самоврядування (муніципальну службу). Верховна Рада України 7 червня 2001 року прийняла Закон України «Про службу в органах місцевого самоврядування», який регулює правові, організаційні, матеріальні та соціальні умови реалізації громадянами України права на службу в органах місцевого самоврядування, визначає загальні засади діяльності посадових осіб місцевого самоврядування, їх правовий статус, порядок та правові гарантії перебування на службі в органах місцевого самоврядування.

Згідно із діючим законом «Про службу в органах місцевого самоврядування» служба в органах місцевого самоврядування є професійна, на постійній основі діяльність громадян України, що займають посади в органах місцевого самоврядування та їх апаратів, яка спрямоване на забезпечення завдань і функцій місцевого самоврядування, реалізацію повноважень цих органів. А посада в органах місцевого самоврядування — це передбачена законодавством України, статутом від повідної територіальної громади та визначена структурою і штатним розписом первинна структурна одиниця органів місцевого самоврядування та їх апарату з установленими повноваженнями щодо виконання завдань і функцій місцевого самоврядування та відповідальністю за здійснення цих повноважень.

Унормовано також особливості посад, які на відміну від посад державних службовців поділяються на: виборні посади, на які особи обираються територіальної громадою; виборні посади, на які особи обираються або затверджуються відповідною радою; посади, призначення на які здійснюється відповідним головою на конкурсній основі чи за іншою процедурою, передбаченою законодавством України. Дія зазначеного закону не зняла всі суперечності і проблеми, і тому на часі є підготовка нового закону про службу в органах місцевого самоврядування.

За даними Державного комітету статистики України загальна чисельність державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування станом на 1 січня 2011 року складала 379283 осіб. З них в органах державної влади працюють 279500 державних службовці, в органах місцевого самоврядування – 99783 посадових осіб. Депутатів місцевих рад налічується близько 235 тисяч.

Реалізація Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» значно ускладнюється тим, що в Україні налічується 12068 окремих органів місцевого самоврядування (обласні, міські, районні, районні у містах, селищні та сільські ради) в яких працює 99783 посадових осіб. У системі місцевого самоврядування не передбачено вертикалі управління, тобто кожний орган є окремим, самостійним органом. Крім того, близько 40% сільських, селищних та міських голів, 40-60% депутатів місцевих рад під час кожних виборів обираються вперше[9, с. 24-25].

Одним із найскладніших питань є організація підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації кадрів для служби в органах місцевого самоврядування: вивчення потреби у навчанні, формування та розподіл державного замовлення на підготовку кадрів, формування мережі навчальних закладів, координація ліцензування та акредитація освітньої діяльності, розробка освітньо-професійних програм та відповідних інструктивно-методичних матеріалів.

Крім того, представницькі органи місцевого самоврядування фактично не охоплені державною системою професійного навчання, крім невеликої частини депутатів. Які є державними службовцями або посадовими особами місцевого самоврядування. Рівень професійної освіти депутатів, у багатьох випадках, здебільшого не дозволяє їх кваліфіковано здійснювати свої повноваження та виконувати обов'язки, покладені на них законодавством.

Сьогодні спостерігається відсутність мотивації щодо професійного розвитку депутатів місцевих рад, впливу результатів підвищення кваліфікації на кар'єрне зростання посадових осіб місцевого самоврядування, не забезпечують стабільної успішної службової кар'єри та кваліфікованого виконання депутатських повноважень та є причинами плинності кадрів в органах державної влади та місцевого самоврядування.

Вважаю, що пріоритетним напрямком державної політики має бути створення повноцінної комплексної системи підготовки професійного навчання посадових осіб місцевого самоврядування та депутатів місцевих рад, створення належних умов для розвитку їх професійної компетенції, підвищення результативності роботи, забезпечення відкритості та прозорості діяльності органів дер-



жавної влади та місцевого самоврядування з урахуванням кращих міжнародних практик та вітчизняних традицій.

Створення такої системи вимагає удосконалення нормативної бази, забезпечення ефективними механізмами вивчення потреб і оцінки якості навчання, поліпшення кадрового і науково-методичного потенціалу.

Певні реформи в цій сфері вже зроблено, так відповідно до Указу Президента України від 18 липня 2011 року №769 утворено Національне агентство з питань державної служби шляхом реорганізації Головного управління державної служби України. Цим Указом затверджено Положення про Національне агентство України з питань державної служби. Національне агентство України з питань державної служби (Нацдержслужба України) є центральним органом виконавчої влади зі спеціальним статусом. Нацдержслужба України забезпечує формування та реалізацію єдиної державної політики у сфері державної служби, здійснює функціональне управління державною службою.

Основними завданнями Нацдержслужби України є: забезпечення формування та реалізації єдиної державної політики у сфері державної служби; участь у формуванні державної політики у сфері служби в органах місцевого самоврядування; розроблення заходів щодо підвищення ефективності державної служби, координація та здійснення контролю за їх виконанням; організація та координація заходів щодо проведення наукових досліджень з питань державної служби та служби в органах місцевого самоврядування; організація підготовки, перепідготовки і підвищення кваліфікації державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування.

Нацдержслужба України відповідно до покладених на неї завдань: формує єдину державну політику у сфері державної служби і забезпечує її реалізацію, а також бере участь у формуванні державної політики у сфері служби в органах місцевого самоврядування; розробляє та затверджує нормативно-правові акти з питань державної служби та служби в органах місцевого самоврядування; надає роз'яснення щодо застосування законодавства з питань державної служби та служби в органах місцевого самоврядування, які в разі потреби оприлюднюються у друкованих засобах масової інформації для врахування особами, на яких поширюється дія Законів України «Про державну службу» і «Про службу в органах місцевого самоврядування»; здійснює заходи щодо вдосконалення механізму проведення конкурсного відбору кандидатів на заміщення вакантних посад державних службовців, щорічної оцінки виконання державними службовцями та посадовими особами місцевого самоврядування покладених на них завдань; організовує та координує професійне навчання державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування, бере участь у межах своїх повноважень у здійсненні контролю за якістю навчання; визначає разом з іншими органами державної влади пріоритетні напрями підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування, сприяє направленню на навчання за кордон державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування.

В системі Нацдержслужби діє Департамент персоналу державних органів та органів місцевого самоврядування, у складі якого є відділ з питань управління

персоналом місцевих державних адміністрацій та служби в органах місцевого самоврядування. Саме цей відділ займається питаннями служби в органах місцевого самоврядування.

Потребує законодавчого удосконалення регламентація зв'язків між державною службою та комунальною службою таким чином, щоб передбачити можливість переходу службовців з однієї служби на іншу, а також перехід з однієї муніципальної служби на іншу муніципальну службу. Є необхідність узгодження положень законодавства про службу в органах місцевого самоврядування з оновленим законодавством про державну службу та з трудовим законодавством. Також існують проблеми встановлення обмежень, пов'язаних з проходженням комунальної служби та гарантій для комунального службовця, які необхідно встановити на законодавчому рівні. Згідно Кодексу законів про працю переведення працівників між органами виконавчої влади, органами виконавчої влади та муніципальними органами зафіксовано в ст. 32 та 120 цього Кодексу та іншими нормативно-правовими актами. А переведення службовців між органами місцевого самоврядування (наприклад: перехід із виконавчого комітету міста Бориспіль до виконавчого комітету міста Бровари) законодавством не передбачено. Тому доцільним буде, внесення відповідні зміни до: Закону України «Про державну службу», Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування», Закону України «Про місцеве самоврядування», що забезпечить переведення працівників з органів місцевого самоврядування однієї громади в органи місцевого самоврядування іншої громади без звільнення з місця роботи.

При внесенні таких змін виникнуть наступні переваги:

- це дасть змогу працівникам, які знаходяться на муніципальній службі не переривати стаж роботи, який потрібен для присвоєння їм відповідних рангів та категорій;

- це дасть змогу не звільнятися зі служби та уникнути проходження конкурсу на прийняття на муніципальну службу в інші органи місцевого самоврядування;

- можливість переведення між муніципальними органами об'єднає їх загальними інтересами та надасть обмін досвідом роботи;

- в майбутньому можлива інтеграція органів місцевого самоврядування в єдиний муніципальний орган, де територіальні громади будуть існувати окремо, але взаємодіяти між собою, адже ми одна країна з єдиним законодавством. Результатом викладених пропозицій буде підвищення рівня організації та взаємодії органів місцевого самоврядування. Наближення їх до рівня розвитку європейських держав.

Загалом необхідно здійснити комплексну адаптацію положень національного законодавства про службу в органах місцевого самоврядування до принципів та стандартів, закріплених в європейських правових документах, а саме Європейській хартії місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985р.[5], а також додаткового протоколу до неї щодо участі у справах місцевої влади, Європейській стратегії інновацій та доброго врядування на місцевому рівні, Утрехтській декларації «Добре місцеве та регіональне врядування у нестабільний час: запорука змін» від 2009 р., Утрехтського плану дій щодо забезпечення доброго

місцевого та регіонального врядування на 2010-2013 рр., рекомендації Комітету міністрів Ради Європи та Конгресу місцевих та регіональних Влад Ради Європи.

На основі викладеного вище, пропоную законодавчо закріпити розмежування політичних та адміністративних посад в органах місцевого самоврядування; забезпечити реалізацію принципу політичної нейтральності (деполітизації) професійних муніципальних службовців; передбачити конкурсний порядок заміщення адміністративних посад в органах місцевого самоврядування, закріпити обов'язкове перманентне навчання службовців органів місцевого самоврядування та депутатів місцевих рад.

1. Баймуратов М. А. *Объектный состав публичной самоуправленческой (муниципальной) власти : телеологические установки, идентификация, конституционно-правовая регламентация* / М. А. Баймуратов ; Т. М. Буряк ; Мариупольский гос. гуманитарный ун-т ; Представительство Европейского центра публичного права в Украине. - Сумы: Університетська книга, 2007. - 232 с.
2. Батанов О. В. *Конституційно-правовий статус територіальних громад в Україні : [монографія]* / Батанов О. В. ; за заг. ред. В. Ф. Погорілка. — К. : Ін юре, 2003. — 512 с.
3. Батанов О. В. *Муниципальна влада в Україні : проблеми теорії та практики : [монографія]* / Батанов О. В. ; відп. ред. М. О. Баймуратов. — К. : Юридична думка, 2010. — 656 с.
4. *Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні : [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.]* / С. Г. Серьогіна (ред.) ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х. : Право, 2005. — 255 с.
5. *Європейська хартія місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985р. // 36. договори Ради Європи: Офіц. вид. - К.: Парламент. вид-во, 2000. - С. 190-205.*
6. Кравченко В. В. *Муниципальне право України : [навч. посіб.]* / В. В. Кравченко, М.В. Пітцик. — К. : Атіка, 2003. — 672 с.
7. Куйбіда В. С. *Конституційно-правові проблеми міського самоврядування в Україні* / Куйбіда В. С. — Львів : Літопис, 2001. — 375 с.
8. *Підготовка посадових осіб місцевого самоврядування та здійснення ефективного менеджменту та на місцевому рівні. Науково-практичний посібник / Упоряд. О.В. Бейко, А.К. Гук / За ред.. В.М. Князева, М.О. Пухтинсько-го. - К.: СПД-Петруненко В.В., 2004. - 398 с.*
9. *Публічна адміністрація в Україні: становлення і розвиток: Монографія / за заг. Ред.. А.В. Толстоухова, Н.Р. Нижник, Н.Т. Гончарук. - Д.: Монолит, 2010. - 400 с.*

#### **Калиновський Б.В. Сучасні підходи до реформування муніципальної служби в Україні**

Здійснено вивчення проблемних теоретичних, законодавчих та практичних аспектів муніципальної служби, піднято питання історії становлення і сучасного законодавчого закріплення інституту служби в органах місцевого самоврядування (муніципальної служби), запропоновано і обґрунтовано шляхи реформування муніципальної служби в Україні.

**Ключові слова:** об'єкти, місцеве самоврядування, муніципальна служба, законодавче регулювання, підвищення кваліфікації, законодавчі пропозиції.

*Калиновський Б.В. Современные подходы к реформированию муниципальной службы в Украине*

Проведено дослідження виникнення і розвитку інституту служби в органах місцевого самоуправління (муниципальна служба), визначено проблеми конституційно-правового регулювання служби в органах місцевого самоуправління, запропоновано шляхи удосконалення законодавчої регламентації служби в органах місцевого самоуправління України.

**Ключевые слова:** конституція, місцеве самоуправління, муниципальна служба, законодавче регулювання, підвищення кваліфікації, законодавчі зміни.

*Kalinovskiy B.V. Modern approaches to reforming municipal services in Ukraine*

An attempt was made to study the problem of theoretical, practical aspects of legislative and municipal services, raised in the history of the formation and strengthening of the Institute of modern legislative bodies of local self-government in service (community service), and the ways of reforming municipal services in Ukraine.

**Key words:** the Constitution, local government, municipal service, legislative regulation, training, legislative proposals.

## ПЕРОЩУК З.І.

# ПРАВОВА РЕТРОСПЕКТИВА БЮДЖЕТНОЇ СИСТЕМИ України

УДК 347.73 : 336.121

Бюджетна система України є ключовим фінансово-правовим інститутом у системі фінансового права України.

У сучасній фінансово-правовій літературі, авторами якої є О.П. Орлюк, Е.С. Дмитренко, О.А. Музика-Стефанчук [1, с. 234; 2, с. 25; 3, с. 94], та Бюджетному кодексі України (далі – БК України) [4] бюджетна система України визначається як сукупність державного бюджету та місцевих бюджетів, побудована з урахуванням економічних відносин, державного і адміністративно-територіальних устроїв і врегульована нормами права.

Загальноприйнято, що модель бюджетної системи держави залежить від форми державного устрою (національно-територіальної організації державної влади, яка характеризує співвідношення частин держави і її органів між собою і з державою в цілому [5, с. 68]) і може бути дворівневою в унітарних державах (Україні, Франції, Великобританії, Італії, Данії, Норвегії, Іспанії, Швеції, Польщі, Болгарії та ін.) або багаторівневою (трирівневою) у федераціях (Німеччині, США, Росії, Австралії, Австрії, Канаді, Швейцарії та ін.); майже у кожній з цих країн створено фінансово-правові інститути, які мають назву “Бюджетний устрій”, котрий загалом об’єднує матеріальні бюджетно-правові норми, що регулюють відносини при: 1) формуванні бюджетної системи держави; 2) розподілі доходів і видатків між різними рівнями бюджетів, що становлять бюджетну систему держави; 3) розмежуванні та здійсненні повноважень органів держави у сфері бюджету по горизонталі та по вертикалі; 4) регулюванні міжбюджетних відносин. До слова, у зарубіжній літературі доволі часто можна зустріти ще такі поняття як “бюджетний федералізм” та “бюджетний унітаризм”.

В Україні на теоретичному рівні про “бюджетний устрій” як фінансово-правовий інститут мова звичайно йде, однак із законодавчого поля з невідомих причин поняття бюджетного устрою чомусь зникло. На нашу думку, саме бюджетний устрій є фундаментальним поняттям для визначення усіх правовідносин, що виникають у сфері бюджетної системи України, так як є поняттям значно ширшим, яке дає можливість сформулювати об’єктивну уяву про діючу в нашій державі бюджетну систему.

Не випадково, правова характеристика бюджетної системи України Л.К. Вороновою, Н.Ю. Пришвою, М.П. Кучерявенко [6, с. 155; 7, с. 109; 8, с. 97] починається з того, що “ст. 2 Закону України “Про бюджетну систему України” в редакції від 29 червня 1995 року, який діяв до прийняття Бюджетного кодексу України, визначала поняття бюджетної системи України як поєднання Державного бюджету України, республіканського бюджету Автономної Республіки Крим і місцевих бюджетів, а також зведеного бюджету з подальшою деталізацією складових зведених бюджетів різного рівня. Показово, що в ст. 3 цього ж Закону було закріплено поняття бюджетного устрою як організації і принципів побудови бюджетної системи, її структури, взаємозв’язку між окремими ланками бюджетної системи. Чинне бюджетне законодавство не дає подібного визначення”. До викладеного слід додати, що прийнятий у 2010 році новий БК України [4] знову ж таки не містить визначення бюджетного устрою України.

Далі вчені зазначають, що “ці положення є відображенням конституційних норм (ст. 132, 133 Конституції України [9]), які визначають засади територіального устрою України та систему адміністративно-територіального устрою”. Склад бюджетної системи України, з їхньої точки зору, фактично побудовано відповідно до статті 133 Конституції України.

Так, згідно із статтею 5 БК України [4] бюджетна система України складається з державного бюджету та місцевих бюджетів (бюджету Автономної Республіки Крим, обласних, районних бюджетів та бюджетів місцевого самоврядування (бюджетів територіальних громад сіл, їх об’єднань, селищ, міст (у тому числі районів у містах))).

Нині, в умовах різнопланових трансформаційних процесів, що відбуваються в усіх сферах суспільних відносин, зокрема і фінансово-правових (особливо, бюджетно-правових), виникає нагальна необхідність в порушенні теоретико-правових питань, що стосуються цих відносин, з’ясування їх особливостей в ретроспективі, роз’ясненні сутності в сучасних умовах і т.д.

За великим рахунком, теперішня бюджетна система України бере свій початок у 20-х роках ХХ ст. У той час були визначені основні засади тодішньої організації бюджетної системи, за якими Державний бюджет СРСР об’єднував державні бюджети всіх союзних республік [10, с. 57]. За таких умов бюджет УРСР мав статус не державного, а лише республіканського. Пізніше, з прийняттям Закону СРСР від 30 жовтня 1959 р. “Про бюджетні права Союзу РСР та союзних республік” [11] закріплюються основи радянського бюджетного устрою та розширюються бюджетні права союзних республік (прийняття кожною союзною республікою власного закону про Державний бюджет). Однак, бюджетна

система Української РСР, знову ж таки, продовжує входити в єдину бюджетну систему СРСР, і в такому вигляді зберігається фактично до 1990 року.

Далі, бюджетна система України функціонувала відповідно до Закону УРСР „Про бюджетну систему УРСР” із внесеними змінами та доповненнями [12], який діяв до прийняття у 2001 році БК України. З цього часу, “засади бюджетної системи України, її структура, принципи, правові засади функціонування” визначаються БК України [13], на базі якого, у 2010 році приймається новий БК України [4], який визначає “правові засади функціонування бюджетної системи України”.

Осторонь законодавчих процесів не залишається фінансово-правова наука. В кінці 30-х років Ю.А. Ровінським, на базі аналітичної юриспруденції досліджуються проблеми фінансового права, правильніше сказати, бюджетно-фінансового права (у ті роки, втім як і зараз, бюджет мав вирішальне значення для розвитку країни). Виділивши у “внутрішній системі фінансового права” шість груп, Ю.А. Ровінський до однієї із них відносить “норми бюджетного права держави: ті, що встановлювали обсяг єдиного державного бюджету та регулювали порядок одержання і витрачання бюджетних коштів, розподілу доходів і видатків всередині бюджетної системи між союзним, республіканськими та місцевими бюджетами...” [14, с. 46-48]. Після цього, можна говорити про довготривалий однобічний розвиток фінансово-правової науки, яка бюджетно-правовою проблематикою, звісна річ, займалася, але актуальними науковими здобутками вважалися вочевидь ті, результати яких сприяли мобілізації грошових коштів винятково до державного бюджету.

І лише на рубежі 70-80 р.р. з’являються ґрунтовні дослідження стосовно певних інститутів бюджетного права. Так, М.І. Піскотін чітко представляє розуміння бюджетного устрою, до якого відносить побудову бюджетної системи, взаємозв’язок її складових частин і норми, що визначають порядок установлення податків і доходів, які поступають на утворення бюджетів усіх рівнів, а також норми, що передбачають принципи щорічного установлення розмірів відрахувань від наскрізних податків і загальнодержавних податків в нижчестоящі бюджети [16, с. 62 – 63]; згодом, подібну думку висловлює Н.І. Хімичева, але уже з виразною опорою на форму державного устрою: “бюджетний устрій являє собою внутрішню побудову бюджету держави, що виражається у сукупності бюджетів, види та принципи взаємного зв’язку яких визначаються національно-державним та адміністративно-територіальним устроєм країни” [17, с. 18, 37]; пізніше, С.Д. Ципкін конкретними інститутами бюджетного права називає бюджетний устрій СРСР, бюджетні повноваження Союзу РСР, союзних, автономних республік та адміністративно-територіальних одиниць, права різних державних органів на здійснення цих повноважень, розмежування доходів та видатків між різними видами бюджетів, бюджетний процес [18, с. 44].

Серйозний поштовх для нових досліджень у сфері бюджетних правовідносин зумовлює розпад Радянського Союзу. Особливо активно у цьому напрямі працює Російська Федерація.

Так, О.М. Горбунова, вивчаючи проблеми удосконалення основних фінансово-правових інститутів, веде мову про зміст організованості бюджетної систе-

ми: “кожна ланка бюджетної системи характеризується не тільки тим, що обслуговує розподілення надходжень та видатків різних рівнів, а й тим, що при цьому використовуються специфічні форми і методи акумуляції та використання грошових коштів. Ці відмінності й лежать в основі різниці між різними ланками бюджетної системи. Вони, хоч і відрізняються одна від одної своїми характерними ознаками, взаємодіють між собою та з різними іншими інститутами, становлячи єдину цілісну ієрархічну систему” [19, с. 17].

Ініціативна дискусія ведеться щодо співвідношення понять бюджетної системи та бюджетного устрою. З цього приводу, В.М. Родіонова стверджує, що структура Бюджетного кодексу Російської Федерації дає помилкові підстави вважати поняття бюджетної системи ширшим, ніж поняття бюджетного устрою (більший за обсягом підрозділ Кодексу (частина II) називається “Бюджетна система Російської Федерації”, а її складовий елемент – розділ 1, який знаходиться поруч із іншими розділами, що мають назви складових елементів бюджетної системи, – “Бюджетний устрій Російської Федерації”) [20, с. 11].

Як елемент бюджетного устрою, підтримуючи ідеї Н.І. Хімічевої, бюджетну систему розглядає Ю.А. Крохіна [21, с. 88-90] і наголошує на тому, що в федеративній державі бюджетний устрій набуває особливої значущості, оскільки є “відбиттям принципу федералізму в державному устрої, показує склад бюджетної системи, основоположні принципи її побудови, правове положення бюджету кожного рівня” [21, с. 83]. У наш час над систематизацією бюджетного права та його інститутів, і конкретно над бюджетно-правовими питаннями, в Росії працюють С.В. Запольський [22, с.87], М.В. Карасьова [23, с.185], Н.І. Хімічева [24, с. 195].

В Україні всі наукові здобутки в області бюджетного права – правових норм, які регулюють бюджетний устрій, структуру та порядок розподілу доходів і видатків між ланками бюджетної системи, повноваження держави і органів місцевого самоврядування в галузі бюджетів і бюджетний процес, без усякого сумніву належать Л.К. Вороновій та її послідовникам М.П. Кучерявенко, Н.Ю. Пришві, А.А. Нечай, О.П. Орлюк, І.Б. Заверусі, В.Д. Тарангулу та ін.

Поки що, в сучасній юридичній літературі спільна позиція стосовно багатьох питань у сфері бюджетних правовідносин ще не сформована, дискусійними також залишаються визначення понять бюджетного устрою та бюджетної системи України. Це, вочевидь, питання теперішнього часу...

1. *Фінансове право. Академічний курс : підручник / О.П. Орлюк. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 808 с.*
2. *Дмитренко Е.С. Фінансове право України. Особлива частина: Навчальний посібник. – К.: Алерта; КНТ, 2007. – 613 с.*
3. *Музыка-Стефанчук О.А. Фінансове право: Навчальний посібник. – 3-тє вид., доп. і перероб. – К.: Атіка, 2009. – 264 с.*
4. *Бюджетний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 50 – 51. – Ст. 572.*
5. *Гусарев С.Д., Олійник А.Ю., Слюсаренко О.Л. Теорія права і держави: Навчальний посібник. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців “Правова єдність”, 2008. – 270 с.*

6. *Фінансове право України: Навч. посібник [для студ. вищ. навч. закл.] / [Л.К. Воронова, М.П. Кучерявенко, Н.Ю. Пришива та ін.]; – К.: Правова єдність, 2009. – 395 с.*
7. *Фінансове право України: Підручник / Г.В. Бех, О.О.Дмитрик, І.С. Криницький: За ред. М.П. Кучерявенка. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 320 с.*
8. *Фінансове право : навч. посіб. / за ред. М.П. Кучерявенка. – Х. : Право, 2010. – 288 с.*
9. *Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.*
10. *Сборник нормативных актов по советскому государственному праву. – М.: Юрид. лит., 1984. – 832 с.*
11. *Про бюджетные права Союза ССР и союзных республик: Закон СССР от 30 октября 1959 г. / Ведомости Верховного Совета СССР. – 1959. – № 44. – Ст. 22.*
12. *Закон України «Про бюджетну систему Української РСР» від 5 грудня 1990 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 1. – Ст. 1.*
13. *Бюджетний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 37 – 38. – Ст. 189.*
14. *Ровинский Ю.А. Предмет советского финансового права // Советское государство и право. – 1940. – № 3. – С. 29-48.*
15. *Чвалюк А.М. Правові основи формування державного бюджету України: Дис...канд. юрид. наук: 12.00.07. – Донецьк, 2008.*
16. *Пискотин М.И. Советское бюджетное право (Основные проблемы). – М.: Юридическая литература, 1971. – 312 с.*
17. *Химичева Н.И. Субъекты советского бюджетного права. – Саратов, 1979. – 302 с.*
18. *Цыпкин С.Д. Финансово-правовые институты, их роль в совершенствовании финансовой деятельности советского государства. – М.: Изд-во Московского ун-та, 1983. – 80 с.*
19. *Горбунова О.Н. Проблемы совершенствования основных финансово-правовых институтов в условиях перехода России к рынку: Дис. ... д-ра юрид. наук в виде научного доклада, выполняющего также функции автореферата. – М., 1996.*
20. *Родионова В.М. Современные требования к бюджетному законодательству // Вопросы экономики. – 1998. – № 4. – С. 7-11.*
21. *Крохина Ю.А. Бюджетное право и российский федерализм / Под ред. Н.И. Химичевой. – М.: Издательство НОРМА, 2000. – 352 с.*
22. *Запольский С.В. Дискуссионные вопросы теории финансового права: монография / С.В. Запольский. – М.: РАП, Эксмо, 2008. – 153 с.*
23. *Финансовое право: Учебник / Отв. ред. М.В. Карасева. – 3-е изд. перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2009. – 604 с.*
24. *Финансовое право: учебник / отв. ред. Н.И. Химичева. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: НОРМА, 2008. – 768 с.*



### *Перошук З.І. Правова ретроспектива бюджетної системи України*

Стаття присвячена одному з ключових фінансово-правових інститутів системи фінансового права України – бюджетній системі України. Визначено вихідні позиції, на яких ґрунтується бюджетна система, окреслено певні етапи її становлення.

**Ключові слова:** бюджетна система України, державний бюджет, місцеві бюджети, бюджетний устрій.

### *Peroshchuk Z.I. Pravovaya retrospektiva byudzhетной системы Украины.*

Стаття посвячена одному из ключевых финансово-правовых институтов системы финансового права Украины – бюджетной системе Украины. Определены исходные позиции, на которых основывается бюджетная система, намечены определенные этапы ее становления.

**Ключевые слова:** бюджетная система Украины, государственный бюджет, местные бюджеты, бюджетное устройство.

### *Peroshchuk Z.I. Legal retrospective review of the budgetary system of Ukraine*

This article is devoted to one of the key financial legal institutions of the finance law's system of Ukraine – to budgetary system of Ukraine. Here the initial positions which the budgetary system is based on are determined and the certain stages of its development are outlined.

**Keywords:** the budgetary system of Ukraine, the state budget, local budgets, the budget system.

**ПЕТРОВСЬКА І.І.**

## **НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА**

УДК 340.13:343.351

Протидія корупції повинна ґрунтуватись на ефективних способах та засобах, їх є досить багато, проте основою для здійснення даної діяльності виступає відповідне антикорупційне законодавство. Саме дослідженню антикорупційного законодавства присвячена дана стаття. Тематика корупційних досліджень на даний час є досить актуальною, перш за все тому, що таке явище як корупція набуло тотального поширення в українському суспільстві, дослідження даної проблеми здійснювали О. В. Бандурка, В. Т. Білоус, В. О. Глушков, І.С.Даньшин, Є.Б. Дидоренко, А. П. Закалюк, В.Т. Зеленецький, М.І. Камлик, В.С. Литвиненко, М.І. Мельник, Є. В. Невмержицький, В. М. Попович, В. В. Сташис, В. Г.Тайцій, М. І. Хавронюк О.Я. Прохоренко, Д.Г. Заброна, О.В. Терещук, А.В.Гайдук та інші.

Основу сучасного антикорупційного законодавства складає Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 7 квітня 2011 року (надалі – Закон). Відповідно до законодавчого визначення корупція - використання особою, яка є суб'єктом відповідальності за корупційні правопорушення (ч. 1 ст. 4), наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній як суб'єкт відповідальності за корупційні правопорушення, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з

метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей. При цьому корупційне правопорушення визначено як умисне діяння, яке містить ознаки корупції. Згідно Закону суб'єктами відповідальності за корупційні правопорушення є, в тому числі, й депутати місцевих рад та посадові особи місцевого самоврядування. Фактично ті ж особи, які є суб'єктами відповідальності за корупцію виступають і суб'єктами, які здійснюють заходи щодо запобігання і протидії корупції.

Серед заходів запобігання та протидії корупції Законом виділено:

- обмеження щодо використання службового становища (отримання неправомірної вигоди, неправомірно сприяти чи перешкоджати фізичним або юридичним особам у здійсненні ними господарської діяльності, неправомірно сприяти призначенню на посаду;

- обмеження щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності (для кваліфікації необхідна наявність таких ознак як: спеціальний суб'єкт (ч. 1 ст. 4), вид діяльності (крім конкретних винятків). Варто зазначити, що на депутатів обмеження за Законом не поширюються (ч. 3 ст. 7), проте тут можливими є спеціальні обмеження, які можуть забезпечуватися іншими законами (ч. 2 ст. 7);

- обмеження щодо одержання подарунків (пожертв) за рішення, дії чи бездіяльність в інтересах дарувальника, а також якщо особа перебуває у підпорядкуванні осіб, щодо яких діє дане обмеження (п.1, пп. «а» і «б» п.2 ч. 1 ст. 4), за винятком подарунків, які свідчать про гостинність, пожертви (вартістю до 50% мінімальної заробітної плати (наприклад, станом на січень-березень 2012 це 1073 грн / 2 = 536 грн 50 коп). Подарунки для держави чи територіальної громади передаються відповідно у державну чи комунальну власність. Винятком з цього обмеження є щодо дарунків близьких осіб та при використанні загальнодоступних знижок;

- обмеження щодо роботи близьких осіб, зокрема щодо їх безпосереднього підпорядкування на роботі (крім осіб, які перебувають на виборних посадах, працюють у сільській місцевості тощо). Посадовим особам місцевого самоврядування забороняється брати участь у роботі колегіальних органів під час розгляду питань щодо їх близьких осіб;

- обмеження щодо осіб, які звільнилися з посад або припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави, місцевого самоврядування (протягом року після звільнення) щодо договірних відносин у сфері підприємницької діяльності з особами, яких перевіряли чи контролювали, обмеження щодо розголошення інформації, яка стала відома у зв'язку з виконанням службових повноважень, представляти інтереси особи у справах, в яких іншою стороною є орган, юридична особа в яких вони працювали;

Законом передбачено спеціальну перевірку щодо осіб, які претендують на заняття посад, пов'язаних з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування (вступила в дію з 1 січня 2012 року).

Також, передбачено фінансовий контроль, зокрема визначені Законом особи (в тому числі депутати) зобов'язані щорічно до 1 квітня подати декларацію про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за минулий рік (у разі неподання встановлено відповідальність у формі звільнення з посади).

При відкритті рахунку в установі банку-нерезидента визначені Законом особи зобов'язані письмово повідомити про це податкову службу.

Серед заходів запобігання корупції визначено дотримання кодексів поведінки та урегулювання конфлікту інтересів (конфлікт інтересів - суперечність між особистими інтересами особи та її службовими повноваженнями, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, а також на вчинення чи невчинення дій під час виконання наданих їй службових повноважень).

Окремою статтею Закону передбачено антикорупційну експертизу нормативно-правових актів з метою виявлення у проектах нормативно-правових актів норм, які можуть сприяти вчиненню корупційних правопорушень.

Уповноваженим особам органів державної влади та місцевого самоврядування забороняється відмовлятися від надання іншим особам загальнодоступної інформації та одержувати безоплатно послуги і майно від фізичних чи юридичних осіб.

За вчинення корупційних правопорушень особи, зазначені в частині першій статті 4 Закону, притягаються до кримінальної, адміністративної, цивільно-правової та дисциплінарної відповідальності в установленому законом порядку. Відомості про осіб, яких притягнуто до відповідальності за вчинення корупційних правопорушень, у триденний строк з дня набрання відповідним рішенням суду законної сили, притягнення до цивільно-правової відповідальності, накладення дисциплінарного стягнення заносяться до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні правопорушення, що формується та ведеться Міністерством юстиції України. Положення про Єдиний державний реєстр осіб, які вчинили корупційні правопорушення, порядок формування та ведення цього реєстру затверджується Міністерством юстиції України.

Контроль у сфері протидії корупції поділяється на парламентський, контроль уповноважених органів, громадський контроль. Здійснюється також і прокурорський нагляд.

Указом Президента України від 21 жовтня 2011 року схвалено Національну антикорупційну стратегію на 2011-2015 рр. Фактично вона є «правонаступником» Концепції подолання корупції «На шляху до доброчесності», яка втратила чинність. Національна антикорупційна стратегія розроблена на основі аналізу ситуації, пов'язаної з різними проявами корупції в державі, з використанням світового досвіду та рекомендацій міжнародних організацій за результатами моніторингу й оцінки стану запобігання і протидії корупції в Україні.

Метою Національної антикорупційної стратегії є зменшення рівня корупції в Україні шляхом усунення передумов її виникнення через упровадження превентивних заходів, зміцнення режиму законності, а також формування у суспільстві нетерпимого, негативного ставлення до корупції як суспільно небезпечного явища за допомогою спільних зусиль державних та громадських структур, за участю міжнародних організацій.

Завданнями Національної антикорупційної стратегії є:

- окреслення кола причин і умов, що породжують корупцію, визначення шляхів мінімізації факторів, що детермінують її виникнення та негативні наслідки;

- визначення основних напрямів державної політики у сфері запобігання і протидії корупції;

- підвищення ступеня довіри до органів державної влади та органів місцевого самоврядування;

- упровадження системи моніторингу ефективності антикорупційного законодавства та забезпечення його виконання.

Успішна протидія корупції можлива за умови наявності таких складових: належного антикорупційного законодавства, ефективного його застосування відповідними органами державної влади і органами місцевого самоврядування, координації їх діяльності; ефективної системи протидії корупції в усіх сферах діяльності органів державної влади і органів місцевого самоврядування та на всіх рівнях; відкритості та інформованості громадськості про здійснення заходів щодо запобігання і протидії корупції; взаємодії об'єднань громадян з органами державної влади і органами місцевого самоврядування у сфері формування та реалізації державної антикорупційної політики, підтримки антикорупційних заходів держави громадянським суспільством.

Серед напрямів реалізації Національної антикорупційної стратегії можна виділити:

3) забезпечення доброчесності на державній службі та службі в органах місцевого самоврядування:

а) системне вдосконалення державної служби, служби в органах місцевого самоврядування, зокрема, в частині процедури конкурсного добору кандидатів (механізму визначення переможця), розстановки кадрів, проходження державної служби, служби в органах місцевого самоврядування;

б) визначення на законодавчому рівні засад етичної поведінки осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та механізму врегулювання конфлікту інтересів в їх діяльності, що мають базуватися на положеннях Модельного кодексу поведінки державних службовців країн Ради Європи та враховувати інші міжнародно-правові стандарти в цій сфері;

в) оптимізація співвідношення рівня базової (фіксованої) заробітної плати (посадового окладу) залежно від складності роботи і рівня відповідальності за конкретною посадою та додаткової заробітної плати (премій, надбавок), яка встановлюється за результатами оцінки діяльності на розсуд керівництва;

4) поліпшення умов доступу фізичних, юридичних осіб та об'єднань громадян без статусу юридичної особи до інформації про діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування:

а) продовження формування ефективного механізму доступу фізичних, юридичних осіб та об'єднань громадян без статусу юридичної особи до інформації про діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб;

б) активізація інформаційного обміну між об'єднаннями громадян, засобами масової інформації та органами державної влади і органами місцевого самоврядування;

в) забезпечення прозорості в роботі органів державної влади та органів місцевого самоврядування;

5) удосконалення системи використання державного майна та бюджетних коштів:

а) удосконалення проведення зовнішнього незалежного аудиту в частині здійснення контролю за використанням коштів місцевих бюджетів;

б) завершення проведення інвентаризації державних підприємств і організацій та формування Єдиного реєстру об'єктів державної власності;

в) удосконалення законодавства щодо процедур державних закупівель та впровадження системи їх зовнішнього аудиту, забезпечення прозорості процесу державних закупівель;

г) удосконалення системи контролю за використанням державного майна з метою недопущення фактів одержання прихованих прибутків державними службовцями або, за їх сприяння, іншими особами чи угрупованнями;

б) оптимізації фінансування політичних партій та виборчих кампаній шляхом установлення чітких правил їх фінансування, а також забезпечення ведення ефективного незалежного контролю за таким фінансуванням;

7) удосконалення антикорупційної експертизи шляхом запровадження багатоступеневої методики оцінки корупційних ризиків у законодавстві: на рівні розробників проектів нормативно-правових актів (як формалізована самооцінка); на рівні Міністерства юстиції України (як офіційна антикорупційна експертиза проекту нормативно-правового акта); на рівні громадської експертизи, яка забезпечується існуванням прозорої процедури нормопроекування та доступністю інформації для громадськості;

8) формування громадської підтримки дій влади у запобіганні і протидії корупції:

а) сприяння засобам масової інформації в широкому висвітленні заходів щодо протидії корупції, що вживаються державними органами та органами місцевого самоврядування;

б) визначення порядку періодичного звітування державних органів, відповідальних за реалізацію державної антикорупційної політики, про ситуацію у сфері запобігання і протидії корупції;

9) удосконалення системи спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції:

а) проведення аналізу діяльності спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції та вжиття за його результатами заходів щодо підвищення ефективності їх роботи;

б) формування єдиної правозастосовної практики правоохоронних та судових органів у справах, пов'язаних із корупцією;

в) запровадження спеціалізації прокурорів та слідчих у справах про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних функцій;

г) розвиток співробітництва правоохоронних органів із громадськими організаціями та засобами масової інформації;

10) підвищення кваліфікації суддів, працівників прокуратури та правоохоронних органів:

розроблення і впровадження системи навчання на постійній основі професійних суддів та кандидатів на посаду професійного судді, особового складу правоохоронних органів та органів прокуратури щодо застосування нового антикорупційного законодавства;

11) запобігання проявам корупції у правоохоронних органах:

а) проведення інституційної реформи органів, що здійснюють дізнання, досудове слідство та кримінальне переслідування;

б) удосконалення системи професійного добору та підготовки кадрів правоохоронних органів, що здійснюють боротьбу з корупцією;

в) зміна критеріїв оцінки ефективності роботи правоохоронних органів із кількісних показників на якість отриманих результатів;

г) розроблення системи заходів для забезпечення ефективного і об'єктивного нагляду прокуратури за діяльністю правоохоронних органів;

12) удосконалення інституту відповідальності за корупційні правопорушення:

а) встановлення відповідальності юридичних осіб за вчинення їх уповноваженими особами корупційних правопорушень;

б) удосконалення інституту конфіскації;

г) розроблення механізму відшкодування майнової шкоди та збитків, завданих внаслідок вчинення корупційного правопорушення фізичним та юридичним особам;

д) розроблення механізму захисту осіб, які в разі виявлення корупційного правопорушення вжили заходів щодо його припинення та негайно повідомили про вчинення такого правопорушення;

Реалізація Національної антикорупційної стратегії дасть змогу забезпечити:

- розвиток вітчизняного законодавства у контексті відповідності світовим антикорупційним стандартам, передбаченим Конвенцією Організації Об'єднаних Націй проти корупції, Кримінальною конвенцією про боротьбу з корупцією, Додатковим протоколом до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, Цивільною конвенцією про боротьбу з корупцією, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а також рекомендаціями Групи держав Ради Європи проти корупції (GRECO) та інших міжнародних інституцій;

- підвищення ефективності системи запобігання і протидії корупції;

- зниження рівня корупції у системі правоохоронних органів, інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування;

- скорочення обсягів тіньової економіки;

- формування у громадськості активної позиції із запобігання і протидії корупції.

Серед сучасних підзаконних антикорупційних нормативно-правових актів варто виділити також Державну програму щодо запобігання і протидії корупції на 2011-2015 роки, яка затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від

28 листопада 2011 року №1240 з метою впровадження механізмів зменшення рівня корупції в Україні відповідно до Національної антикорупційної стратегії на 2011-2015 року, яка містить завдання та заходи щодо виконання стратегії. Керівником виконання цієї програми є міністр юстиції.

1. *Про засади запобігання і протидії корупції* : Закон України від 07.04.2011 // *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. – 2011. – № 40. – ст.404 // *Електронний ресурс*. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3206-17>
2. *Про Національну антикорупційну стратегію на 2011-2015* : Указ Президента України від 21.10.2011 № 1001/2011 // *Електронний ресурс*. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1001/2011>
3. *Про затвердження Державної програми щодо запобігання і протидії корупції на 2011-2015 роки* : Постанова Кабінету Міністрів України від 28.11.2011 № 1240 // *Електронний ресурс*. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1240-2011-%EF>

***Петровська І.І. Нормативно-правове регулювання протидії корупції: загальна характеристика***

Протидія корупції не може здійснюватись без ефективного антикорупційного законодавства. На сучасному етапі соціально-економічного розвитку корупція є однією з глобальних проблем, що призводять до деформації суспільних цінностей, правової культури та несправедливого розподілу суспільних благ, можливостей і результатів господарської діяльності, що завдає значної шкоди формуванню інститутів держави, становленню громадянського суспільства.

**Ключові слова:** корупція, неправомірна вигода, протидія корупції, антикорупційне законодавство.

***Петровская И.И. Нормативно-правовое регулирование противодействия коррупции: общая характеристика***

Противодействие коррупции не может осуществляться без эффективного антикоррупционного законодательства. На современном этапе социально-экономического развития коррупция является одной из глобальных проблем, которые приводят к деформации общественных ценностей, правовой культуры и несправедливого распределения общественных благ, возможностей и результатов хозяйственной деятельности, что наносит значительный ущерб формированию институтов государства, становлению гражданского общества.

**Ключевые слова:** коррупция, неправомерная выгода, противодействие коррупции, антикоррупционное законодательство.

***Petrovska I. I. Legal regulation against corruption: general characteristics***

Counteraction to the corruption can not be carried out without an effective anticorruption legislation. Corruption on the modern stage of socio-economic development is one of global problems, which result in deformation of public values, legal culture and law distributing of public benefits, possibilities and results of economic activity, which inflicts considerable harm to forming of institutes of the state, to becoming of civil society.

**Keywords:** corruption, a law benefit, counteraction to the corruption, anti corruption legislation.

**ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПОВНОВАЖЕНЬ ГОЛОВИ  
ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ У ВІДНОСИНАХ З ПЕРШИМ  
ЗАСТУПНИКОМ ТА ЗАСТУПНИКОМ ГОЛОВИ ВЕРХОВНОЇ  
РАДИ УКРАЇНИ**

УДК 342.536.1

Повноваження одноособового керівника парламенту – Голови Верховної Ради України – певною мірою урівноважуються інститутом його заступників, що передбачає механізм делегування окремих повноважень керівника парламенту таким конституційним посадовим особам, як Перший заступник і заступник Голови Верховної Ради України. Саме з ними Голова парламенту поділяє організаційну владу щодо управління внутріпарламентськими процесами. Тож від злагодженої та ефективної взаємодії у цьому “трикутнику” багато в чому залежить якість парламентської роботи загалом.

Конституцією України і Регламентом парламенту кількість заступників Голови Верховної Ради України обмежена двома. Відступів від цього правила Конституція України не передбачає.

Разом із тим, обрання цих посадових осіб, як і обрання Голови Верховної Ради України відповідно до частини 1 статті 88 Конституції України є конституційною вимогою[1с.141]. Зазвичай, наголос на існуванні посад першого заступника і заступника певної посадової особи вказує на те, що на цих осіб за відсутності керівника покладається виконання окремих його повноважень, що встановлюється правовим актом або окремим дорученням відповідного керівника. Водночас, конституційне розмежування посад Першого заступника і заступника Голови Верховної Ради України вказує на те, що пріоритет у виконанні повноважень Голови Верховної Ради України повинен мати Перший заступник, тоді як заступник Голови Верховної Ради України може реалізувати такі повноваження у “другу чергу”.

Слід також звернути увагу на те, що відповідно до пункту 12 частини 1 статті 16 Регламенту Верховної Ради України обрання заступників керівника парламенту, як і самого Голови Верховної Ради України, має обов’язково розглядатися серед першочергових питань, що їх має вирішити парламент до сформування персонального складу комітетів Верховної Ради України[4 с.8]. Таким чином, передбачається, що зазначене питання має бути вирішене упродовж першої сесії новообраного парламенту, а не пізніше. Необхідність оперативного заповнення відповідних посад продиктоване, по-перше, конституційною вимогою обрання заступників Голови Верховної Ради України (частина 1 стаття 88 Конституції України), по-друге, організаційними потребами належної організації роботи парламенту та його апарату, що одному Голові Верховної Ради України об’єктивно зробити важко. З цієї точки зору, слід визнати такою, що суперечить вимогам Регламенту, практику, коли обрання заступників Голови парламенту



було у 2008 році перенесено на другу сесію Верховної Ради України 6-го скликання (вересень 2008 року).

Законодавчо не фіксується безпосереднього правила різнофракційної приналежності Голови та заступників Голови Верховної Ради України. Але на практиці це неписане правило діє практично завжди, що відбиває прагнення самих парламентарів певним чином політично урівноважити керівництво парламенту, збалансувати різноспрямовані політичні інтереси через різнофракційну належність Голови парламенту та його заступників, зробити таке керівництво більш ефективним, таким, яке б спиралося на волю якомога чисельнішої частини депутатського корпусу. Зокрема, непоодинокими були спроби навіть законодавчої фіксації належності посади одного із заступників Голови Верховної Ради України представникові парламентської опозиції. Ці спроби дотепер успіху не мали, проте зазначене правило все ж діє поза формально визначеними правовими приписами законодавства України.

Різнофракційна належність Голови та заступників Голови Верховної Ради України обумовлює доволі складний характер відносин, що складається між цими посадовими особами. Часом ці відносини повною мірою відбивають складність відносин між парламентськими фракціями, представниками яких виступають відповідні посадові особи.

До ухвалення Регламенту Верховної Ради України від 16 березня 2006 року [2 с. 202]), як відомо, діяло правило, за яким керівництво парламенту мало бути позафракційним, проте воно додержувалося цього лише формально, оскільки кожен з трьох членів президії все ж повніше відбивав політичні інтереси фракції чи кількох фракцій, якими він був делегований до керівництва парламентом.

Механізм взаємовідносин між Головою та заступниками Голови Верховної Ради України визначається нині на рівні норм трьох різних за ієрархією нормативно-правових актів: 1) Конституції України; 2) Регламенту Верховної Ради України; 3) Розпорядження Голови Верховної Ради України “Про розподіл обов’язків між Першим заступником Голови Верховної Ради України та заступником Голови Верховної Ради України” від 27 березня 2007 року №346[3].

Таким чином, співвідношення компетенції Голови та заступників Голови Верховної Ради України є “плаваючим”, доволі динамічним і таким, що зазвичай, зазнає змін від одного скликання українського парламенту до іншого. Стаття 80 Регламенту Верховної Ради України регулює сферу повноважень заступників керівника парламенту та певним чином визначає особливості їх відносин з керівником Верховної Ради України. Обсяг їх повноважень є невеликим, особливо порівняно з повноваженнями Голови Верховної Ради України. Частка власної компетенції цих посадових осіб є незначною. У пункті 1 частини 1 цієї статті вказується, що Перший заступник і заступник Голови Верховної Ради України виконують окремі повноваження Голови Верховної Ради України за розподілом обов’язків, які визначає Голова Верховної Ради України.

Як впливає зі змісту цього Розпорядження, заступники Голови Верховної Ради України здійснюють чимало функцій з управління парламентом, керівництва його органами, реалізації парламентських процедур, що прямо Регламентом не перед-

бачено. Характерно, що на це вони уповноважені шляхом делегування з боку Голови Верховної Ради України, а не парламенту. При цьому варто мати на увазі, що відповідний розподіл їх посадових обов'язків керівником парламенту не є незмінним: він змінюється відповідно до волевиявлення Голови Верховної Ради України, а відтак обсяг повноважень його заступників може зменшуватися або збільшуватися шляхом скорочення, розширення та перерозподілу повноважень між ними.

Водночас, поряд із повноваженнями, які заступники Голови парламенту, здійснюють за його дорученням, Регламент Верховної Ради України фіксує і ряд повноважень, які вони здійснюють відповідно до Регламенту Верховної Ради України. Ці повноваження закріплені у частинах 2-3 статті 80 Регламенту Верховної Ради України[4 с.39].

Відповідно до частини 2 цієї статті та згаданого Розпорядження Перший заступник Голови Верховної Ради України за розподілом обов'язків:

- веде організаційну та іншу роботу з питань взаємодії Верховної Ради з органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, з питань підготовки і розгляду законопроекту про Державний бюджет України на відповідний рік та звіту про його виконання;

- організовує розробку проекту кошторису Верховної Ради України;

- веде організаційну та іншу роботу з питань здійснення Верховною Радою та її органами законопроектної діяльності, законодавчої процедури, контрольних функцій та взаємодії з правоохоронними органами;

- за дорученням Голови Верховної Ради України забезпечує підготовку і проведення пленарних засідань парламенту, засідань Погоджувальної ради та організаційних нарад з відповідних питань; визначає головний комітет з опрацювання внесених до парламенту проектів актів відповідно до предметів відання комітетів; веде питання міжпарламентських і міжнародних зв'язків;

- організовує опрацювання проекту порядку денного сесій Верховної Ради України та розкладу пленарних засідань парламенту;

- взаємодіє з депутатськими фракціями;

- вживає заходів для організації скоординованої спільної роботи комітетів парламенту, тимчасових комісій, зокрема координує діяльність таких комітетів Верховної Ради України: з питань державного будівництва, регіональної політики та місцевого самоврядування; з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності; з питань боротьби з організованою злочинністю та корупцією; з питань Регламенту, депутатської етики та забезпечення діяльності парламенту; з питань бюджету; з питань фінансів і банківської діяльності; з питань економічної політики; з питань промислової і регуляторної політики та підприємництва; з питань паливно-енергетичного комплексу, ядерної політики та ядерної безпеки; з питань будівництва, містобудування і житлово-комунального господарства; з питань транспорту і зв'язку; з питань аграрної політики та земельних відносин; а також координує діяльність Спеціальної контрольної комісії Верховної Ради України з питань приватизації;

- організовує контроль за додержанням народними депутатами України встановленого порядку здійснення службових відряджень за кордон.

Цей перелік повноважень не є вичерпним, оскільки передбачається виконання Першим заступником Голови Верховної Ради України і інших обов'язків за окремими дорученнями Голови Верховної Ради України.

Відповідно до частини 3 статті 80 Регламенту Верховної Ради України заступник Голови Верховної Ради України виконує обов'язки Голови Верховної Ради України за обов'язкової наявності двох умов: в разі його відсутності або неможливості виконання ним своїх обов'язків або за відсутності або неможливості їх виконання Першим заступником Голови Верховної Ради України[4].

Заступник Голови Верховної Ради України за розподілом обов'язків виконує такі повноваження:

- за дорученням Голови Верховної Ради України в разі відсутності Першого заступника Голови Верховної Ради України або неможливості виконання ним своїх обов'язків забезпечує підготовку і проведення пленарних засідань парламенту, засідань Погоджувальної ради депутатських фракцій та організаційних нарад з відповідних питань; визначає головний комітет з опрацювання внесених до парламенту проектів актів відповідно до предметів відання комітетів; здійснює зв'язки з об'єднаннями громадян та неурядовими організаціями;

- веде організаційну та іншу роботу з питань взаємодії Верховної Ради з органами судової влади;

- організовує роботу щодо інформаційного забезпечення діяльності Верховної Ради;

- координує взаємодію парламенту та його органів зі ЗМІ;

- вживає заходів для організації скоординованої спільної роботи комітетів парламенту, тимчасових комісій, зокрема координує діяльність таких комітетів Верховної Ради України: з питань правосуддя; з питань прав людини, національних меншин та міжнародних відносин; з питань європейської інтеграції; з питань екологічної політики, природокористування та ліквідації наслідків Чорнобильської катастрофи; з питань науки і освіти; з питань охорони здоров'я; з питань культури і духовності; з питань сім'ї, молодіжної політики, спорту та туризму; з питань свободи слова та інформації; з питань соціальної політики та праці; у справах пенсіонерів, ветеранів та інвалідів.

Цей перелік повноважень не є вичерпним, оскільки передбачається виконання заступником Голови Верховної Ради України і інших обов'язків за окремим дорученням Голови Верховної Ради України.

Разом з тим, виконання повноважень заступників Голови Верховної Ради України не є самодостатнім; воно відбувається під контролем керівника парламенту, спрямовується ним тощо.

З огляду на зазначене можна зробити висновок, що в реалізації повноважень Голови Верховної Ради України у відносинах з його заступниками, останні здійснюють чимало функцій з управління парламентом, керівництво його органами, реалізації парламентських процедур, що прямо та в повному об'ємі законом України «Про Регламент Верховної Ради України» не передбачено. Таким чином, співвідношення компетенції Голови Верховної Ради України та заступників Голови парламенту є «плаваючим» і на наше переконання потребує законодавчого врегулювання.

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // ВВР, 1996, №30, ст. 141.
2. Регламент Верховної Ради України від 16.03.2006р. // Відомості Верховної Ради України.- 2006.- №23-25.- Ст. 202.
3. Розпорядження Голови Верховної Ради України «Про розподіл обов'язків між Першим заступником Голови Верховної Ради України та заступником Голови Голови Верховної Ради України» від 27 березня 2007 року № 346 (Даний документ не був оприлюднений).
4. Закон України «Про регламент Верховної Ради України» від 10.02.2010 р // від 17.02.2010 р. № 28//

***Розвадовський В. І. Особливості реалізації повноважень Голови Верховної Ради України у відносинах з Першим заступником та заступником Голови Верховної Ради України***

Стаття присвячена аналізу проблем реалізації конституційно-правових повноважень Голови Верховної Ради України з інститутом його заступників.

Ключові слова: Голова Верховної Ради України, Перший заступник Голови Верховної Ради України, заступник Голови Верховної Ради України, парламент України, Конституція України і Регламент парламенту, депутатські фракції.

***Rozyadovskiy V. I. Osoblivosti realizatsii plenarnykh voln Verkhovnoy Rady Ukrainy v otnosheniyaх s Pervym zamestitelem i zamestitelem Predsedatelya Verkhovnoy Rady Ukrainy***

Стаття посвячена аналізу проблем реалізації конституційно правових повноважень Председателя Верховной Рады Украины с институтом его заместителей.

Ключевые слова: Председатель Верховной Рады Украины, Первый заместитель Председателя Верховной Рады Украины, заместитель Председателя Верховной Рады Украины, парламент Украины, Конституция Украины и Регламент парламента, депутатские фракции.

***Rozyadovskiy V. I. Realization of plenary powers of Chairman of Verkhovna Rada of Ukraine in relationships with the First deputy and vice-chairman Verkhovna Rada of Ukraine***

The article is devoted the analysis of problems of realization constitutionally legal plenary powers of Chairman of Verkhovna Rada of Ukraine with the institute of his deputies.

Keywords: Chairman of Verkhovna Rada of Ukraine, First vice-chairman Verkhovna Rada of Ukraine, vice-chairman Verkhovna Rada of Ukraine, parliament of Ukraine, Constitution of Ukraine and Regulation of parliament, deputy fractions.

**СЕРОВА І.І.**

## **ФОРМУВАННЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ЩОДО ПРОТИДІЇ НЕЛЕГАЛЬНІЙ МІГРАЦІЇ**

УДК 341.215.43: 325.2

При доктринальному вивченні та осмисленні такого глобального явища, яким є нелегальна міграція, не слід ігнорувати кут зору, що дає можливість з'ясування процесу виникнення цього явища в історії та головних етапів його розвитку. Саме тому *метою* даної статті є – на тлі історії розвитку міжнародного права та світової міграції здійснити аналіз виникнення та трансформації саме

нелегальної міграції як суспільного, політичного та правового явища, формування норм міжнародного права щодо протидії.

Слід зазначити, що наприкінці XIX-початку XX століття, проблеми міграції з зв'язку з трансформацією самих міграційних процесів у світі почали активно вивчатися відомими дослідниками міжнародного права того періоду, такими як І. Блюнчлі, Ф. Ліст, Є.П. Казанський, Н.М. Коркунов, Ф.Ф. Мартенс, Л.Ф.Л. Оппенгейм, В.І. Пєроговський, О.О. Ейхельман. Саме в їх роботах зустрічаються одні з перших спроб доктринального осмислення зародження нелегальної міграції в історії людства. Вже наприкінці 50-х років XX ст. почалось поступове відродження розгалужених досліджень у сфері міграції. Особливу увагу привертають роботи таких радянських дослідників, як В.І. Переведенцева, І.М. Занданова, Л.Л. Рибаківського, Ж.А. Зайончковської, І.С. Матліна, А.В. Топіліна та інших.

В зв'язку з тим, що сучасні дослідники міжнародного права майже не проводять дослідження виникнення, розвитку нелегальної міграції, *актуальним* є глибокий доктринальний аналіз цього процесу з огляду на історичний розвиток міжнародного права.

Слід визначитися, з якого саме історичного періоду виникає нелегальна міграція як явище, як надзвичайно гостра та болюча проблема. Переміщення населення з однієї місцевості чи країни в іншу відбувалося у всі історичні епохи. Воно іноді було незначним, іноді посилювалось та охоплювало цілі племена, перетворювалось у масові “переселення народів” і часто було основою заснування нових цивілізацій або значного територіального розповсюдження старих. Ми зробили спробу детального вивчення цього питання, використовуючи напрацювання звичайно й сучасних дослідників, однак основний акцент нами зроблено на праці таких відомих дослідників права XIX – поч. XX ст., роботи яких мають значну наукову та історичну доктринальну цінність.

Важливість міграції в історії людства підкреслює один з найвідоміших істориків та теоретиків А. Тойнбі. Досліджуючи причини, які зумовили падіння Римської імперії, він серед головних факторів називає саме міграційні потоки. [1]

Ще Шарль Луї Монтеск'є у своїх “Персидських листах” цікавиться явищем міграції та намагається зрозуміти її причини та наслідки в історії людства. Він писав: “Ніщо так не притягує іноземців як свобода та супутнє їй багатство: свободу ми шукаємо в силу самої її сутності, а наші потреби приводять нас у ті країни, де ми знаходимо достаток”.[2]

У сучасній літературі з міграційних процесів вже розроблена класифікація масових міграційних потоків. Зокрема, О.І. Піскун пропонує наступну класифікацію

1. II ст. н.е. – початок X ст. н.е., так зване “велике переселення народів”. У цей час під ударами варварів перестала існувати Римська імперія (410 р.) В результаті масових міграцій на початку VII ст. утворився ранньофеодальний європейський світ.

2. XIII ст. – освоєння Азії та Європи монголо-татарами. Утворення Золотої Орди.

3. На початку XV ст. до Європу прибули турки-османи. На Близькому Сході виникла Османська імперія.

4. Кінець XV ст. – початок великих географічних відкриттів. З 1492 р. відбулося проникнення європейців на американський континент. Через втрату людських ресурсів, які були насильно вивезені у Америку, африканський континент у своєму розвитку було відкинуто на багато століть назад.

5. З XVII до XIX ст. найзначніші міграційні потоки ініціювалися колоніальними країнами, що традиційно приймали мігрантів (США, Канада, Австралія, Нова Зеландія, Аргентина, Бразилія, Південна Африка).

На наш погляд, епоха колонізації заслуговує на особливу увагу у контексті періодизації світових міграцій, бо саме з цього періоду європейська міграція сприяє тому, щоб європейська культура підкорила увесь світ, заснувала нові могутні імміграційні країни, які й зараз є зразками зваженої міграційної політики та економічної стабільності.

6. XIX ст. За століття з часу “офіційного” визначення незаконності рабства (тобто з 1834 по 1937 рр.) понад 30 млн. осіб були перевезені Великобританією з Індійського субконтиненту для роботи в інших колоніях. Водночас відбувся значний переїзд європейців на постійне місце проживання до імміграційних країн. Період індустріалізації, що починається у XIX ст., характеризувався відносно вільною міграційною політикою, в якій поєднувалися економічний лібералізм і становлення національних держав. Головним обмеженням для вільної міграції були нестаток грошей на переїзд. Паспортів, як таких в той період майже не існує, імміграція на постійне проживання або працевлаштування майже не обмежується.[3]

На наш погляд, для ґрунтовного аналізу становлення правових норм з протидії нелегальній міграції та взагалі у сфері міграції, слід звернутися до історії розвитку саме міжнародного права та зробити спробу порівняння з періодами розвитку міграції у світі. Характерно, що серед вчених-міжнародників не існує усталеної точки зору стосовно періоду та процесу виникнення міжнародного права. Так, класик західної доктрини міжнародного права Ласса Оппенгейм (1858-1919 рр.) стверджував, що міжнародне право “є продуктом сучасної християнської цивілізації та існує приблизно 400 років”.[4]

Відомий дослідник міжнародного права Ф.Ф. Мартенс пропонує доволі вдачу, на нашу думку, періодизацію розвитку міжнародного права [5]:

1. Давній Світ, Середньовіччя та Новий час (до половини XVII ст. або до Вестфальського мирного конгресу 1648 р.). Стосунки між державами визначались майже повним відчуженням народів та домінуванням фізичної сили. Будь-які інші народи для древніх греків, римлян тощо, навіть якщо вони були сусідами розглядалися як природні вороги.

У Середні віки починають зароджуватися нові принципи та напрямки. Середньовічні народи знаходяться у постійній боротьбі один з одним, але розуміють, що вони є братами по вірі та що їх об’єднує світоглядна спільність. Тому вони починають вступати в союзи між собою для досягнення певних спільних цілей. У Середні віки відбувалося, як відомо, прикріплення населення до землі. Тому при таких умовах вільна міграція стала унеможливленою.

2. З 1648 р. до Віденської конвенції 1815 р. Розповсюджуються ідеї політичної рівноваги. Вестфальський трактат визначив основи, згідно з яким повинно було упорядковуватися нове міжнародне життя. Основи ці містилися у так званій системі політичної рівноваги держав. В основу нового порядку були покладені принципи, за якими незалежність кожного народу не повинна піддаватися небезпеці з боку інших народів.

Зазначимо, що певні погляди щодо міграції мали й королі. Особливо широко вони скористувалися своїми правами після відкриття Нового Світу, коли еміграція посилилась. Для прикладу приведемо едикт Людовика XIV, який був виданий у 1669 р. Він проголосив: “Усі особи, які виїдуть з Франції без особливого дозволу королівського уряду, будуть піддані конфіскації усього їх майна”. Цей період відзначається процесами колонізації нових земель. Заслугує на увагу, на наш погляд, так звана система монополізації, яка була запроваджена іспанцями та португальцями у своїх колоніях. Вона передбачала, що у відповідних колоніях іноземці не тільки не мали можливості оселитися чи займатися торгівлею, але й навіть тимчасово перебувати. Ще у 1743 р. міланський уродженець Боттуріно був ув’язнений владою тільки за те, що без особливого дозволу уряду оселився у Мексиці.[6]

Ми бачимо, що ці держави запровадили схожий порядок в’їзду на територію своїх колоній, як і на свою державну територію. Власники кораблів, які відправлялись до колоній, клятвено обіцяли приймати на свої кораблі тільки осіб, які мали дозвіл уряду на переселення, який до того ж дуже важко було отримати .

У цьому цілком логічно, на наш погляд, можна вбачати певний прототип зародження нелегальної міграції і передусім тому, що багато переселенців потрапляло на нові землі без легального дозволу.

Такі нелегальні переселенці давали зобов’язання капітану корабля, на якому вони перепливали океан, що замість платні за проїзд капітан отримує право продажу робочої сили мігранта. До цього ще можна додати діяльність агентів – вербувальників. У Німеччині, наприклад, система вербування (Indenture-system) існувала протягом усього XVII ст. Останні торговельні угоди з продажу європейських емігрантів були укладені у Філадельфії у 1819 р. У самій Німеччині час від часу видавались закони, які карали вербування емігрантів, хоча вони не були ефективними.

3. 1815 р. – кінець XIX ст. Встановлюється принцип національностей у міжнародному праві. Цей період характеризується надзвичайним піднесенням торговельних та економічних відносин між народами та країнами. Як наслідок, з’являються інтенсивні міграційні переміщення населення. Обмежувальні закони відносно торгівлі та міграції були скасовані. Іспанські та португальські володіння у Америці стали незалежними від монополій та шляхом різних пільг намагалися привернути увагу емігрантів з Європи. В країнах вибуття також були прийняті різні заходи, які офіційно регулювали дані міграційні потоки. Починаючи з середини XIX ст., у всіх країнах Європи міграція впливає на економічне та політичне життя і, хоча й зазнає сильних коливань у розмірах, але набуває таких масштабів, що на неї починають звертати увагу не тільки при виданні законів для окремих країн, але й при зовнішніх стосунках країн між собою. Досить ска-

зати, що у XIX ст. з Німеччини емігрувало 4,5 млн. осіб, з Великобританії – 13 млн., Італії – 3 млн. тощо. Національними законодавствами таких країн, як Канада, Великобританія того періоду неконтрольована імміграція була фактично узаконена. Тобто набували чинності офіційні акти, які базувались на принципі невтручання уряду в деталі імміграційного процесу. Даний принцип мав назву *laissez-faire* (невтручання). [7]

Зазначимо, що тенденція коливання інтенсивності процесів міграції й паралельне зростання зацікавленості ними знайшли своє відображення у доктрині та нормах міжнародного права XIX ст. Аналізуючи доктринальні підходи того періоду, на нашу думку, слід акцентувати увагу на наступних моментах. Так, професор А. Рівьє у своїй роботі з міжнародного права 1893 р. зазначає, що держава може обмежити доступ у свої володіння іноземцям або відмовити у ньому. Бродяги, люди бідні або з поганою славою, ті, хто не мають документів, або мають, але з вадами, звичайно, без подальших роздумів, повинні відправлятися поліцією закордон. Для того, щоб з особами, що висилаються на батьківщину, поводитися по людськи, держави багато разів укладали різні договори. Природною є та вимога, вважає А. Рівьє, що держава має прийняти назад осіб, що висилаються, якщо вони є її підданими. Крім цього, дослідник зазначає, що масове виселення незаконних або небажаних осіб, як це нерідко було у Давні часи, зараз повинно суворо заборонятися нормами міжнародного права. [8]

Доктрина міжнародного права пройшла довгий шлях до визнання універсального статусу іноземців, встановлення визначення небажаних або незаконних осіб. Цікавим аспектом для вивчення історичної ретроспективи цих питань є аналіз терміна, який, що правда, вже не вживається у міжнародному праві. Це так званий міжнародний індингент, який згадується Ф. Лістом. Дане поняття було поширене у німецькій літературі з міжнародного права кінця XIX – початку XX ст. Під міжнародним індингентом розуміється сукупність підданих тих держав, які входять до міжнародного правового спілкування. Кожен такий підданий визначався як “туземець” на всьому просторі землі, яка зайнята цими державами. “Туземцю” протиставляється поняття “міжнародно-правовий іноземець”, тобто така особа, яка не має підданства такої держави, що не входить до складу міжнародного спілкування. [9]

Відкрита та необмежена міграція закінчується з початком Першої світової війни. Під час воєнних років був запроваджений систематичний імміграційний контроль. Події Першої світової, революції та громадянської війни в Росії, греко-турецької війни 1912-1922 рр. стали значним поштовхом для неконтрольованого, а це й означає й незаконного пересування великої кількості людей, які були просто вимушені залишити свою вітчизну. Виникла потреба якимось чином регламентувати становище цих осіб, які фактично мали нелегальний статус та ще й потребували захисту. До того ж проблема дедалі стрімкіше набувала масштабу міжнародної, тому виникла потреба розширення співробітництва міжнародної спільноти у її розв’язанні. На нашу думку, саме діяльність Ліги Націй (1919 – 1939 рр.) запобігла збільшенню потенційних нелегальних мігрантів. У 1921 р. Голова Міжнародного Комітету Червоного Хреста, Г. Адор звернувся до Ради Ліги Націй від імені майже 800 тис. росіян, які були по всій Європі та не мали



ані захисту, ані легального статусу. Серед них були військовополонені (майже 50 тис.), які не бажали повертатися, та цивільні особи, які втекли від більшовицької революції. Фактична відсутність захисту багатьох з них була підтверджена двома Декретами Ліги Націй за жовтень та січень 1921 р., згідно з якими деякі категорії осіб, які мешкали закордоном, були автоматично позбавлені радянського громадянства. Тобто вищевказані особи фактично залишалися на нелегальному становищі. У червні 1921 р. Рада вирішила призначити Фрїтгофа Нансена на посаду Верховного комісара у справах російських біженців. У завдання комісара входило визначення правового статусу цих осіб, організація їх репатріації або направлення у потенційні країни розселення. Слід зазначити масштабність цієї діяльності. Ліга Націй допомагала й іншим групам, крім росіян; серед них були вірмени, асирійці та асиро-халдеї. Останнім було заборонено повертатися на Батьківщину Лозанським протоколом від 1923 р.[10]

12 травня 1926 р. була прийнята Угода Ліги Націй про видачу посвідчень особи російським та вірменським біженцям, яка доповнювала схожі угоди 1922 р. та 1924 р. У цій Угоді більш детально регламентувався порядок видачі посвідчень особи біженцям (так звані “Нансенські паспорти”) для відновлення легального статусу цих осіб.

Прихід Гітлера до влади у 1933 р., вторгнення у Австрію – все це стало основною причиною відтоку населення з Німеччини. Спеціалісти вважають даний період (до початку Другої світової війни у 1939 р.) – етапом формування “конвенційного права біженців”. Тільки у 1933 р. (ст. 3 Конвенції про міжнародний статус біженців 1933 р.) вперше з’являється положення про обов’язок країн не висилати біженців, які постійно проживають у країнах, та не відмовляти їм у в’їзді на свою територію шляхом застосування поліцейських засобів, таких як вислання або заборона пропускання через кордон (refoulement), якщо цього не вимагають інтереси національної безпеки. Однак цю Конвенцію ратифікувало лише 8 держав, 3 з яких із застереженнями про збереження своєї юрисдикції з питань вислання. У 1936 р. була підписана Тимчасова Угода про статус біженців, які прибули з Німеччини, а у 1938 р. вона замінюється Конвенцією про статус біженців, які прибули з Німеччини. Згідно з ст. 3 п. 1 останньої Конвенції, як тимчасовий захід, біженцям надавався проїзний документ у формі посвідчення, яке заміняло паспорт навіть таким біженцям, які незаконно знаходились на території на день вступу в силу цієї Конвенції, за умови, що вони добровільно звертались до влади з проханням надання їм легального статусу.

Слід зробити висновок, що період 20-х – 30-х рр. ХХ ст. мав чітку тенденцію запобігання нелегальній міграції як явищу. Ця тенденція просліджується через аналіз міжнародного нормотворення Ліги Націй того періоду щодо біженців. При чому, хитку межу та взаємозв’язок між такими категоріями осіб як “біженці” та “нелегальні мігранти” вперше світове співтовариство усвідомило у цей період, що мало, у свою чергу, важливе значення для подальшого міжнародного співробітництва та нормотворення у сфері боротьби з нелегальною міграцією.

Період між війнами взагалі можна охарактеризувати насамперед як період вдосконалення адміністративних процедур у сфері міграції будь-якого гатунку. Друга світова війна стала вододілом у процесах глобальної світової мігра-

ції. Почалось створення нових підходів до світової політики щодо міграції. З розпадом колоніальної системи у 1940-х – 1950-х рр., нові незалежні держави почали розробку національної політики у галузі економіки та народонаселення (включаючи й міграційну політику), яка б відповідала їх цілям та завданням, а не інтересам колоніальних метрополій. Просліджується тенденція повернення до ліберальної імміграційної політики, яка запроваджується як реакція на велику потребу у робочій силі для відбудови Європи. На нашу думку, цілком логічно припустити, що на тлі лібералізації міграційної політики та залучення переселенців, таке явище як нелегальна міграція у післявоєнний період мало тенденцію до зниження.

Історико-міжнародний аналіз становлення та розвитку норм міжнародного права по протидії нелегальній міграції, ми вважаємо доцільним завершити на післявоєнному періоді. По-перше, саме після 1945 р. за переконанням таких дослідників, як П. Маланчук, М. Ейкхерст, міжнародне право вступило до нової фази, яка містила в собі цілком іншу систему. Відбувся перехід від співіснування країн до співробітництва між ними – не лише з метою досягти міжнародного миру та безпеки, але й для сприяння здійсненню соціальних та політичних цілей. Стрімко набуває сили процес кодифікації міжнародного права. По-друге, після 1945 р. виникає тенденція до визнання окремої особи, статусу людини у міжнародному праві, якому почали приділяти дедалі більшу увагу. По-третє, у 1945 р. створюється нова могутня міжнародна організація – ООН, діяльність якої гармонійно увійшла у нову фазу розвитку міжнародного права. ООН зробила та робить величезний внесок у питання створення універсальних норм у сфері міграції та зокрема протидії та боротьбі з нелегальною.

1. Тойнбі А. *Дослідження історії.* – Т.1. – К.: *Основи*, 1995. – С.27.
2. Montesquieu. *Lettres Persanes.* – Paris.: Editions Gallimard, 1973. – P.275
3. Піскун О. *Основи міграційного права : Навчальний посібник.* – К.: МП Леся, 1998. – С.46–49.
4. Оппенгейм Л.Ф.Л. *Международное право: В 2 т. // М., 1948. – Т.1, к/т 1. – С.85.*
5. Мартенсъ Ф. *Современное международное право цивилизованныхъ народовъ: В 2 т/С.–П., 1898.–С.26–30.*
6. *Емиграція // Енциклопедическій словарь Ф. Брокгауза – И. Ефрона .– С.– П., 1904.–Т. XL.– С.733.*
7. Эйли Р., Эйли В. *Иммиграция в Северную Америку. Полезные советы русских канадцев. – М.: Бюро содействия развитию внешнеэкономической деятельности, 1997. – С.104.*
8. Ривье А. *Учебникъ международного права.* – М.: Типографія Мальшева, 1893. – С.128–129.
9. Листъ Ф. *Международное право в систематическомъ изложении.* – Юрьевъ.: Типографія Маттисена, 1917. – С.138,247.
10. Гудвин–Гилл Г.С. *Статус беженца в международном праве.* –: ЮНИ-ТИ, 1997. – С.248–249.

***Серова І.І. Формування норм міжнародного права щодо протидії нелегальній міграції***

Стаття присвячена аналізу виникнення та трансформації нелегальної міграції як суспільного, політичного та правового явища, формування правових норм щодо її протидії на тлі історії розвитку міжнародного права та світової міграції.

**Ключові слова:** міграція, нелегальна міграція, механізм міжнародно-правового регулювання.

***Серова И.И. Формирование норм международного права по противодействию нелегальной миграции***

Статья посвящена анализу возникновения и трансформации нелегальной миграции как общественного, политического и правового явления, формирования правовых норм по ее противодействию на фоне истории развития международного права и мировой миграции.

**Ключевые слова:** миграция, нелегальная миграция, механизм международно-правового регулирования.

***Serova I.I. The formation of international law to combat illegal migration***

The article is devoted to the process of illegal migration as a social, political and legal conditions, as well as the formation of legal norms to combat it.

**Keywords:** migration, illegal migration, the mechanism of international law regulation

# ЦИВІЛЬНЕ ТА СІМЕЙНЕ ПРАВО. ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ТА КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА. ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА

Бойко Н. М.

## СТОРОНИ ТА ЗМІСТ ДОГОВОРУ ПОЗИЧКИ

УДК 347.455

Інститут позички, як самостійний інститут в цивільному законодавстві України виник унаслідок рецепції римського права і ґрунтується на римському договорі *commodatum*. Самостійність договору позички пояснюється не лише встановленням його істотних умов, а й визначенням сторін договору позички, їх прав та обов'язків. [8]

За договором позички одна сторона (позичкодавець) безоплатно передає або зобов'язується передати другій стороні (користувачеві) річ для користування протягом встановленого строку (ч.1 ст.827 ЦК України).

Сторонами договору позички є позичкодавець і користувач.

Передати річ у позичку може як фізична, так і юридична особа, яка має відповідні повноваження щодо розпорядження річчю. Це стосується, насамперед, власника, а також осіб, які ним уповноважені. Серед них можуть бути довірчі управителі, що здійснюють розпорядчі функції за правом володіння чужим майном. Право володіння виникає на підставі договору з власником або особою, якій майно було передано власником, а також на інших підставах, встановлених законом. [7]

Перехід права власності на річ, передану у позичку, не є підставою для зміни чи розірвання договору позички. Зміна позичкодавця не впливає на дію договору позички, продовжуючи обтяжувати нового власника. У разі смерті фізичної особи – позичкодавця – або реорганізації (ліквідації) юридичної особи – позичкодавця – права та обов'язки позичкодавця переходять до спадкоємця ( правонаступника) чи іншої особи, до якої перейшло право власності на річ або інше право, на підставі якого річ була передана у позичку. [6] Винятком з цього правила є договори позички, укладені на невизначений строк, коли в особи, яка стала власником речі, виникає право вимагати розірвання договору. У той же час при переході права власності на предмет позички до іншого власника без правонаступництва, наприклад, при конфіскації, ревізії до нового власника права та обов'язки колишнього власника не переходять, а договір позички припиняє свою дію. При цьому особа, яка стала власником речі, переданої у користування, має право вимагати розірвання договору, укладеного без зазначення строку, але з попереднім повідомленням про це користувача у строк, що відповідає меті позички. Тобто новий власник речі повинен надати користувачу час для закінчення тих дій, для яких річ передавалася у позичку.[2]

Та обставина, що передача речі у користування за договором позики відбувається безоплатно, зумовила необхідність обмежити в ряді випадків можливість укладення цього договору. Однією з таких обмежувальних норм є ч.2 ст.829 ЦК України, яка забороняє юридичній особі, що займається підприємництвом, передавати речі у безоплатне користування особі, яка є її засновником, учасником, керівником, членом її органу управління або контролю. Загальною рисою цих осіб є те, що кожна з них може прямо або побічно впливати на формування волі юридичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності укласти договір позики, спрямований на отримання вигоди особами зазначеними у ч.2 ст.829 ЦК України, всупереч інтересам самої організації, з якою вони пов'язані. [9]

Користувачем є особа, яка отримує річ у користування. Нею може бути будь-яка фізична або юридична особа у межах своєї правосуб'єктності. Але за бажанням позичкодавця отримувати в позичку певні речі можуть лише спеціальні суб'єкти. Наприклад, санаторій надає місця на своєму пляжі лише особам, які перебувають у ньому, а не будь-яким іншим. [3]

У разі реорганізації юридичної особи – користувача, його права та обов'язки за договором переходять до його правонаступника, якщо інше не передбачено у договорі. Якщо ж юридична особа – користувач – ліквідується, договір позики припиняється (ст.835 ЦК України). Такі ж наслідки викликає і смерть фізичної особи – користувача. Річ, отримана за договором позики, не входить до складу спадкової маси, навіть тоді, коли вона є нерухомістю, що відрізняє це право від орендного права на нерухомість (ч.2 ст.824 ЦК України).

Однак, хоча таке правило зумовлено переважно фідуціарним характером договору позики, воно не є імперативним, а отже, сторони можуть домовитися при укладенні договору про використання речі, наприклад, спадкоємцями користувача. [4]

Зміст договору позики становлять права та обов'язки позичкодавця та користувача (сторін договору).

Як і у будь-якому цивільно-правовому договорі права та обов'язки – за договором позики визначаються сторонами. Проте закон визначає й загальні права та обов'язки сторін. [1]

Права позичкодавця:

1. Залишаючись власником речі, позичкодавець може відчужувати річ, передану у користування. Але на відміну від договору майнового найму (оренди) користувач не отримує переважного права на купівлю речі, переданої йому в користування (ч.2 ст.832 ЦК України).

2. Позичкодавець має право вимагати розірвання договору, якщо у зв'язку з непередбачуваними обставинами річ стала потрібна позичкодавцю, а також у випадках, коли користувач використовував річ не за її призначенням чи відповідно до мети, визначеної у договорі, або самочинно передав річ у користування іншій особі чи поводить з нею так, що вона може бути знищена або пошкоджена (ч.2 ст.834 ЦК України).

3. Позичкодавець може вимагати повернення речі після закінчення договору у стані, в якому вона була одержана, з урахуванням нормального зносу, або у стані, який було обумовлено в договорі.

4. Якщо договір позики укладено на невизначений строк, позичкодавець може у будь-який час вимагати розірвання договору, письмово попередивши про це користувача не менш як за один місяць, а у разі позики нерухомого майна – за три місяці, якщо інший строк попередження не встановлений законом чи договором.

5. Якщо після припинення договору користувач не повертає річ, позичкодавець має право вимагати її примусового повернення, а також відшкодування завданих збитків.

Обов'язки позичкодавця:

1. Позичкодавець зобов'язаний негайно або у зазначений у договорі строк передати та забезпечити користування обумовленою у договорі річчю протягом усього строку дії договору. Також у разі необхідності позичкодавець зобов'язаний оформити всі необхідні документи, що засвідчують передачу речі у користування, наприклад, підписати акт здачі прийомки, оформити документ на керування транспортним засобом тощо. Річ має бути передана з усіма належностями, якщо інше не встановлено договором або законом, наприклад, при передачі музичного інструмента має бути переданий і футляр до нього. Аналогічне правило застосовується і при передачі складної речі – позичкодавець повинен передати користувачеві всі її складові частини, якщо інше не встановлено договором.

2. При передачі майна позичкодавець зобов'язаний попередити користувача про особливі властивості та недоліки речі, які йому відомі і які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна користувача або інших осіб чи призвести до пошкодження самої речі під час користування нею. Крім цього, позичкодавець не відповідає за ті недоліки, які мали бути виявлені користувачем під час прийняття речі при укладенні договору.

3. Як і в договорі майнового найму позичкодавець зобов'язаний здійснювати капітальний ремонт, якщо інше не встановлено законом або договором (ст.776 ЦК).

4. При заподіянні шкоди переданої у позичку річчю позичкодавець повинен нести відповідальність перед третіми особами, якщо буде встановлено, що це сталося внаслідок особливих властивостей або недоліків речі, про наявність яких користувач не знав і не міг знати. При цьому умова щодо звільнення позичкодавця від вказаної відповідальності є нікчемною.

5. Позичкодавець зобов'язаний попередити користувача про всі права третіх осіб на річ (сервітут, право застави тощо). Передача речі у безоплатне користування не викликає припинення або зміни прав третіх осіб на цю річ. Як і в договорі майнового найму ці прав зберігають свою силу і після укладення договору позики, обтяжуючи собою річ. У разі невиконання позичкодавцем зазначеного обов'язку, користувач має право вимагати відшкодування завданих збитків.

6. Власником речі, яка передана у безоплатне користування, залишається позичкодавець, а отже, на нього покладається ризик її випадкового знищення

та пошкодження. Однак за певних обставин (як виняток із загального правила встановленого у ст.323 ЦК) власник може звільнитися від несення ризику випадкового знищення та пошкодження речі. Він може покладатися на користувача у таких випадках: а) якщо річ знищена чи пошкоджена у зв'язку з користуванням нею не за призначенням або в супереч умовам договору; б) якщо річ була самочинно передана користувачем іншій особі.

Права користувача.

Право користувача користуватися річчю має зобов'язальну природу. У той же час користувач, як і будь-який інший титульний володілець, отримує речово-правовий захист згідно зі ст.396 ЦК, у тому числі й від власника майна.

1. Користувач має право вимагати від позичкодавця передання йому речі у безоплатне користування.

2. У випадку невиконання позичкодавцем обов'язку передати річ у користування, користувач має право вимагати розірвання договору позички та відшкодування завданих збитків.

3. Вимагати від позичкодавця здійснення капітального ремонту речі.

4. Під час дії договору користувач може здійснювати за згодою позичкодавця поліпшення речі, яка є предметом договору. У цьому випадку користувач має право на відшкодування вартості необхідних витрат, а якщо поліпшення можуть бути відокремлені від речі без її пошкодження, користувач має право на їх вилучення.

5. Оскільки позичка має безоплатний характер, користувач має право в односторонньому порядку відмовитися від договору позички та повернути річ у будь-який час до закінчення дії строку договору, що не впливатиме негативно на майнові інтереси позичкодавця.

Обов'язки користувача:

1. При прийманні речі користувач зобов'язаний перевірити її справність. У разі невиконання користувачем цього обов'язку річ вважається такою, що передана йому у належному стані.

2. Отримавши майно у тимчасове безоплатне користування, користувач зобов'язаний користуватися ним у відповідності з його призначенням чи відповідно до мети, визначеної у договорі. Якщо договором не встановлено цільове використання речі, користувач зобов'язаний використовувати її за призначенням. При цьому користувач несе звичайні витрати щодо підтримання належного стану речі, переданої йому в користування, у тому числі й витрати на проведення її поточного ремонту.

3. Після закінчення строку договору користувач повинен повернути річ у такому стані, в якому вона була на момент її передання (ст.833 ЦК) з урахуванням нормального зносу, або у стані, який було обумовлено в договорі.

4. За загальним правилом користувач зобов'язаний використовувати особисто, якщо інше не встановлено договором. Майно може бути передане користувачем третій особі лише за згодою позичкодавця.

5. У випадку дострокового розірвання договору щодо речі, яка потребує особливого договору або зберігання, користувач зобов'язаний попередити про це позичкодавця не менш, ніж за сім днів до повернення речі. [5]

Підсумовуючи зазначимо, що чітке визначення прав та обов'язків сторін договору позички, належне закріплення їх на законодавчому рівні впливає на виконання та дотримання умов договору, порядок його зміни, розірвання чи припинення.

1. Брагинський М. И., Витрянский В.В. Договорное право. – М.: Статут, 2000. – 218с.
2. Борисова В.І., Спасибо-Фатєєва І.В. Цивільне право України. Підручник: у 2-х т. Особлива частина. – К.: Юрінком Інтер, 2004.
3. Дзера О.В., Кузнєцова Н.С. Цивільне право України: Книга 2-га. Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 640с.
4. Заїка Ю.О. Українське цивільне право. Навч. посіб. – К.: Істина, 2005. – 312с.
5. Кройтор В.А., Чалий Ю.І. Цивільне право України. Навч. посіб. – Харків, 2010. – 516с.
6. Мазур О.С. – Цивільне право України. Навч. посіб. для дистанц. навчання. – К.: Ун-т «України», 2005. – 287с.
7. Панченко М.І. – Цивільне право України. Навч. посіб. – К.: Знання, 2005. – 583с.
8. Ромовська З.В. Українське цивільне право: Особлива частина. Академічний курс. Підручник. – К.: Атіка, 2005. – 560с.
9. Шевченко Я.М. Цивільне право України: Академічний курс. Підручник: у 2-х т. Особлива частина. – К.: Ін Юре, 2006.
10. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р.: Офіційний текст. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 464с.

#### **Бойко Н.М. Сторони договору позички**

У статті автор досліджує правові ознаки сторін договору позички, виокремлюючи їх особливості. Окрема увага приділяється аналізу прав та обов'язків сторін договору позички на основі цивільного законодавства України.

**Ключові слова:** договір позички, сторони договору, права та обов'язки сторін.

#### **Бойко Н.М. Сторони договору ссуды**

В статье автор исследует правовые признаки сторон договора ссуды, выделяя их особенности. Особое внимание уделяется анализу прав и обязанностей сторон договора ссуды на основе гражданского законодательства Украины.

**Ключевые слова:** договор ссуды, стороны договора, права и обязанности сторон.

#### **Boyko N.M. Parties to the contract loans**

The article explores the legal parties signs the contract loans, extracted their features. Special attention is paid to the analysis of rights and obligations of parties to contract loans on the basis of civil legislation of Ukraine.

**Keywords:** contract loans, parties to the agreement, the rights and obligations of the parties.

**ВАСИЛЬЄВА В.В.**

## **МІСЦЕ ДОГОВОРУ В СИСТЕМІ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ ТА ВСТАНОВЛЕННЯ ЙОГО ОЗНАК**

УДК 347.44

**Актуальність теми.** Дана стаття присвячена загальним теоретичним питанням поняття та ознак договору, значення якого в сучасному суспільному



середовищі важко переоцінити. Договір завжди є актуальним предметом теоретичних досліджень, оскільки виступає універсальною правовою формою опосередкування товарно-грошових та інших майнових відносин. Дослідження теоретичних аспектів даного поняття та розробка нових наукових концепцій є потрібними для забезпечення якісного регулювання правових відносин в сфері договірної права.

**Постановка проблеми.** За останні десятиліття було проведено чимало досліджень поняття договору та його ознак. В юридичній науці договір вивчається з різних сторін, зокрема – традиційно: як зобов'язання, як юридичний факт, як юридичний документ. Однак, питання що ж таке по своїй суті договір, в чому його основна відмінність від інших юридичних фактів підлягають подальшому глибокому вивченню.

**Аналіз досліджень даної проблеми.** Загальні теоретичні питання договору досліджували такі українські науковці як С.М.Бервено, Т.В. Боднар, О.В.Дзера, В.В.Луць, О.А.Підпригора, С.О. Погрібний, М.М.Сібільов, І.В.Спасибо-Фатєєва, Є.О.Харитонов та ін. Серед радянських та російських вчених розробкою теоретичних положень про договір займалися та займаються С.С. Алексєєв, М.М.Агарков, М.І.Брагінський, В.В. Вітрянський, Е.В.Васьковський, В.В. Іванов, О.С.Йоффе, О.А.Красавчиков, І.А.Покровський, Р.О.Халфіна, Г.Ф.Шершеневич та інші.

**Постановка мети.** Метою статті є виокремлення ознак договору шляхом з'ясування його місця в системі юридичних фактів, критичний аналіз цих ознак та з допомогою визначення суті договору спроба встановити унікальну та універсальну ознаку даного юридичного факту.

**Виклад основного матеріалу.** На сьогодні українські правники визначають дві базові моделі врегулювання договірних відносин у сфері приватного права – акти цивільного законодавства та договір. При цьому універсальним юридичним засобом механізму саморегулювання в сучасних умовах виступає саме договір [1, с. 64].

Визначаючи місце договору в системі юридичних фактів, можна стверджувати, що договір є: дією, правомірною дією, актом, правочином, дво- або багатостороннім правочином.

Аналізуючи співвідношення договору з кожним з цих понять, можна виокремити певні ознаки, притаманні договору як юридичному факту.

1. *Воля.* У договорі втілюється воля суб'єктів, проявляється намір сторін досягти конкретної мети. Відповідні правові наслідки настають тому, що саме на них була спрямована воля учасників договору. Взаємні права та обов'язки виникають у сторін на підставі договору, відповідно до правочину сторін, що виражає їх волю. Сторони усвідомлюють характер своїх дій і ті цілі, на які вони спрямовані. Юридичний акт може вчинити тільки дієздатна особа. У цьому полягає основна відмінність юридичних актів (і договору, зокрема) від юридичних вчинків. Останні ж можуть вчинятись особами, що не володіють загальноцивільною дієздатністю [2, с. 114].

Н. Г. Александров підкреслював, що «специфіка договірних волевиявлень полягає, перш за все, в їх відмінності від одноособових волевиявлень... і від колегіальних виявлень єдиної волі» [3, с. 81].

Дво- чи багатостороннім правочином є погоджена дія двох або більше сторін. У разі вчинення договору волевиявлення сторін є спільним і втілюється у документів або ж іншій правовій формі договору, проте волі сторін - різні. Відокремленість воель у договорі означає відособленість суб'єктів договору. В.В.Іванов наголошує на тому, що волі в договорі саме погоджуються, а «твердження про злиття волі... є зовсім неприйнятним» [4, с.38].

Саме наявністю різних воель та мети сторін обумовлюється той факт, що договори не завжди відзначаються гармонізованістю та абсолютною узгодженістю волі кількох осіб, адже, наприклад, у договорі купівлі-продажу продавець прагне продати за найвищу ціну, а покупець прагне придбати якнайдешевше [5, с. 506].

2. *Законність*. На протигагу неправомірним діям договір не є протиправним діянням, а можливість укладення договору закріплена в чинних законодавчих актах України. Згідно із законом договір є завжди правомірним, якщо його дійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним (ст. 204 ЦК України).

3. *Спрямованість договору на виникнення, зміну чи припинення правовідносин*. Відповідні правові наслідки настають тому, що саме на них була спрямована воля учасників договору. Взаємні права та обов'язки виникають у сторін на підставі договору, відповідно до правочину сторін, що виражає їх волю. Сторони усвідомлюють характер своєї дії і ті цілі, на які спрямовані їх дії. Юридичний акт може вчинити тільки дієздатна особа. В цьому полягає основна відмінність юридичних актів (і договору зокрема) від юридичних вчинків. Останні можуть вчинятись особами, що не володіють загальноцивільною дієздатністю. Дану ознаку іншими словами визначають як опосередкування договором динаміки цивільних правовідносин між різними суб'єктами цивільного права [2, с. 280].

4. *Породження договором виключно цивільно-правових наслідків*. На відміну від адміністративного акту, правочини вчиняються з метою викликати тільки цивільно-правові наслідки (в той час як адміністративні акти зумовлюють виникнення адміністративно-правових наслідків); правочини здійснюються суб'єктами цивільного права (орган, що вчиняє адміністративний акт, спрямований на встановлення цивільно-правових правовідносин, ніколи сам не стає учасником цього правовідношення) [6, с. 251].

5. *Участь у договорі щонайменше двох сторін*. На відміну від одностороннього правочину, у договорі відображаються свідомі, цілеспрямовані, воельові дії двох або більше сторін. Для вчинення договору необхідна зустрічна воля щонайменше двох сторін; договір також може бути багатостороннім правочином, але ніколи - одностороннім. Односторонній правочин – це акт розпорядження суб'єктом цивільними правами, який створює обов'язки тільки для особи, яка вчинила цей правочин; для інших осіб він може створювати обов'язки лише в випадках, встановлених законом, або за згодою цих осіб.

Такою сукупністю ознак прийнято характеризувати договір. Проте неможливо не зауважити, що аналізуючи кожну із ознак, виявляємо, що вона може

бути притаманна не лише договору, але й іншим правочинам, актам, правомірним діям. Наприклад, для адміністративних актів характерними будуть такі ж ознаки як вольова ознака акту, правомірність дій, спрямованість на встановлення зміну та припинення цивільних прав та обов'язків та ін.

В англо-американській системі права договір визначається як юридична угода між двома або більше сторонами із взаємними зобов'язаннями. Вважається, що домовленість зумовлює виникнення контракту. За загальним правом основними ознаками контракту є взаємна згода та договірне зустрічне задоволення.

Додатково характеризують договір ще такими ознаками:

- 1) сторони повинні мати право укладати контракти;
- 2) еквівалентність договірних зобов'язань кожної із сторін;
- 3) мета контракту повинна бути законна;
- 4) форма договору повинна бути законна;
- 5) сторони повинні мати дійсний намір створити правові відносини,
- 6) сторони повинні дійти взаємної згоди [7].

Обопільна або взаємна згода, як правило, досягається через оферту та акцепт, при цьому акцепт є безумовним і його умови не відрізняються від умов пропозиції.

Головною ознакою договору є та обставина, що одна сторона робить пропозицію, яку інша сторона приймає для того, щоб домовитись. В англійському праві це називається конкуренція волі («concurrence of wills») або consensus ad idem («meeting of the minds») - зближення чи погодження позицій двох чи більше сторін [7].

Під договірним зустрічним задоволенням розуміється сукупність благ, які кредитор надає боржнику взамін на сукупність благ, які боржник надає кредитору. Зазвичай, такими благами є певна дія або утримання від дії.

Зустрічне задоволення складається із сукупності певних ущемлень та вигод. Зазнавання несприятливих наслідків полягає в тому, що стороною дається обіцянка зробити щось або утриматися від якоїсь дії, на яку вона має або не має право. Вигода - це те, чого бажає сторона, яка зробила оферту. Сукупність законних ущемлень та вигоди становлять собою договірне зустрічне задоволення та створюють взаємообмінні відносини, в яких сторони погоджуються обмінятися наявними в них благами.

Мета зустрічного договореного задоволення полягає в гарантуванні того, що домовленість насправді існує, а обіцянки сторін є взаємно бажаними та погодженими. Таким чином, основною ознакою договору в англо-американській системі права вважається наявність різних воль у сторін та їх погодження в процесі укладення договору.

Що ж до поняття договору в українській цивілістиці, то зазвичай договір визначається як домовленість двох або кількох суб'єктів цивільного права, спрямована на встановлення, зміну, припинення тощо цивільних правовідносин [8, с. 365]. Практично аналогічне визначення закріплено і в ст. 626 ЦК України.

Отже, перш за все, договір є **домовленістю**. Проте не лише для договору характерно погодження волі суб'єктів. Варто зауважити, що таке визначення підійде для будь-якого спільного акту, тому воно не є унікальним.

**Спрямованість на виникнення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків** також характерна не лише для договору.

В теоретичних дослідженнях необхідною ознакою договору виокремлюють **свободу договору**, до складу якої входить свобода вступати чи не вступати в договірні відносини, свобода визначати умови договору, свобода вибору контрагента. «Всякий договір являється осуществлением частной автономии, осуществлением той активной свободы, которая составляет необходимое предположение самого гражданского права» [9, с.249].

Проте цілком зрозуміло, що дане твердження є скоріше декларативним, а розширяючи межі свободи договору, право водночас їх і обмежує. Наприклад, Закон України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» передбачає укладення обов'язкового договору страхування автоцивільної відповідальності. Для страховиків такий договір є примусовим, оскільки є публічним. А для страхувальника він є обов'язковим в силу норм законодавства.

Дуже сумнівною є свобода договору приєднання, умови якого встановлені однією із сторін, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому, а друга сторона не може запропонувати свої умови договору (ст. 634 ЦК України); чи абсолютна відсутність свободи вибору контрагента при укладенні договору на комунальне обслуговування населення із державними підприємствами, яке займають монопольне становище на ринку таких послуг.

Іншою необхідною ознакою договору називають **обов'язковість договору** (ст. 629 ЦК України). Ця ознака не витримує критики з огляду на мінливість навколишнього світу. Договір укладається з умовою (вираженою чи по замовчанню) про незмінність обставин, в яких він укладається. Зміна обставин може бути зумовлена стихійним лихом, аваріям, революціями, війнами, коливанням курсів валют, нещасними випадками, нестабільністю політичної ситуації, зміною законодавства країни тощо. Такі обставини можуть вплинути на цілі-інтереси сторони (сторін) договору, а значить і на факт виконання ними умов. При цьому виконання договору може втратити зміст, стати таким, який виконати важко, або таким, який виконати неможливо. У зв'язку із істотною зміною обставин можливими стає зміна або розірвання договору (ст.652 ЦК України). Також можлива зміна або розірвання договору в односторонньому порядку (ст. 651 ЦК України), на підставі рішення суду (ст. 652 ЦК України).

Морфологічно слово «контракт», що означає різновид договору в українському законодавстві і є загальноживаним в зарубіжній практиці, складається частин «contr» та «act». Приставка «contr» (лат.) означає протилежний або зустрічний процес [10]. Слово «act» похідне від лат. «actus» і значить будь-яку дію, що відбулася, документ, що містить в собі постанову, рішення, угоду, свідоцтво та ін. [11]. Етимологія цього слова свідчить про те, що для договору необхідно не менше двох сторін, цілі та волі яких протиставлені одна одній. Досягнення мети та реалізація волі однієї сторони неможлива без залучення іншої сторони, і в той же час цілі у сторін – протиставлені. Саме **наявність у договорі відособлених воль суб'єктів договору, а звідси і наявність сторін в договорі**

може слугувати універсальною та унікальною ознакою договору. На нашу думку, лише така ознака властива для усіх видів договорів, та водночас відокремлює договір від інших правових актів. Універсальність даної ознаки полягає в тому, що вона спостерігається у договорі будь-якого типу, універсальною ознакою володіє будь-який договір, і не володіє жоден інший акт. Унікальність даної ознаки полягає в тому, що вона притаманна лише договору і не властива ніяким іншим правомірним діям.

Виокремлення такої універсальної ознаки не означає, що не потрібно вести мову про інші ознаки. Їх можна і потрібно досліджувати. І лише враховуючи усі інші ознаки (наприклад такі як обов'язковість чи свобода договору), можна повною мірою визначити специфіку використання даного поняття. Такий підхід дозволяє більш всесторонньо охарактеризувати договір, а зосередження на «обов'язкових» ознаках, які в деяких випадках стають «необов'язковими», дозволяє визначити критерії класифікації договорів, розмежувати договори свободні і договори примусові, рівноправні та нерівноправні, обов'язкові до виконання і такі, що припускають односторонню зміну їх умов, припинення та ін.

**Висновки.** Таким чином, при дослідженні поняття та ознак договору автором було з'ясовано, що основною універсальною та унікальною ознакою договору слід вважати втілення у договорі двох або більше відособлених воель, що в свою чергу зумовлює існування сторін договору – як протиставлених одне одному суб'єктів в межах воель (що узгоджуються в у договорі) та мети укладення договору, інтереси яких задовольняються за рахунок одне одного.

1. Сібільов М.М. *Співвідношення актів цивільного законодавства і договору та базові моделі регулювання договірних відносин за чинним Цивільним кодексом України* // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління і права. – 2004. - № 4(12). - с.56-64.
2. Красавчиков О.А. *Юридические факты в советском гражданском праве.* – М.: Госюриздат, 1958. – 182 с.
3. Александров Н.Г. *К вопросу о роли договора в регулировании общественных отношений* // Ученые записки ВИЮН. - Вып. 6. - М., 1946.
4. Иванов В.В. *Общая теория договора.* – М.: Юрист, 2006. – 238 с.
5. *Цивільне право України. Загальна частина: підручник / за ред. О.В.Дзери, Н.С.Кузнєцової, Р.А.Майданика.* – 3-тє вид, перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 976 с.
6. Иоффе О.С. *Советское гражданское право.* – М., 1967. – 494 с.
7. Bolton Patrick and Mathias Dewatripont. *Contract Theory.* - MIT Press, 2005. – 736 pages.
8. *Цивільне право України: Підручник: у 3 кн. Кн. 1.* / Є.О. Харитонов, Р.О. Стефанчук, А.І. Дрішлюк та ін.; за ред.. Є.О. Харитонова, А.І. Дрішлюка. – Одеса: Юридична література, 2005. – 528 с.
9. Покровский И. А. *Основные проблемы гражданского права.* Москва: Статут. - 1998. - 343 с.
10. *Толковый словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. Д. Н. Ушакова. Репринтное издание:* М., 2000. [Електронна книга]

11. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. - Спб., 1863-1866. [Электронна книга].

**Васильева В.В. Місце договору в системі юридичних фактів та встановлення його ознак**

В статті проводиться аналіз поняття договору через призму системи юридичних фактів, а також досліджуються основні ознаки договору. Автор робить висновок, що основною універсальною та унікальною ознакою договору є саме втілення у договорі відособлених воль суб'єктів договору, а звідси - і наявність сторін в договорі.

**Ключові слова:** договір, поняття договору, ознаки договору, юридичний факт.

**Васильева В.В. Место договора в системе юридических фактов и утверждение его признаков**

В статье проводится анализ понятия договора через систему юридических фактов, а также исследуются основные признаки договора. Автор делает вывод, что основным универсальным и уникальным признаком договора является именно отображение в договоре обособленных воль субъектов договора, и отсюда – существование сторон в договоре.

**Ключевые слова:** договор, понятие договора, признаки договора, юридический факт.

**Vasilyeva V.V. The place of agreement in system of judicial facts and settlement of its characters**

This article reveals the place of agreement in the system of judicial facts and also contains exploration of main contract characters. The author comes to a conclusion that separation wills of persons, its coordination and therefore existing of contract parties are the main unique and universal characters of agreement.

**Keywords:** agreement, contract, contract characters, judicial fact.

**ВТЕРКОВСЬКИЙ В. Д.**

**ПОРЯДОК ВИПЛАТ У СПРАВАХ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ГРОМАДЯНИНОВІ НЕЗАКОННИМИ ДІЯМИ ОРГАНІВ ДІЗНАННЯ, ПОПЕРЕДНЬОГО СЛІДСТВА, ПРОКУРАТУРИ І СУДУ (ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ, РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ТА РЕСПУБЛІКИ БІЛОРУСЬ)**

УДК 347.51

Будь яка держава може вважатися правовою лише тоді, коли вона не лише визнала природні права людини, але й забезпечила правовий режим неухильного дотримання прав і свобод людини і громадянина. Установлюючи у законодавчій формі права та свободи громадян, сама держава не звільняється від обмежень у власних рішеннях та діях. Вона, як і усі інші суб'єкти, має нести відповідальність за порушення норм права, нею же встановлених. При цьому держава має визначити чіткі правові принципи відповідальності своїх представників за їх дії, що вчиняються від імені держави та її органів.

Не викликає сумнівів, що реалізація вимог Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» (N 266/94-ВР, 01.12.1994) виконує важливу соціальну функцію – підтримання гарантій законності та утвердження принципу гуманізму та взаємної відповідальності у відносинах «громадянин» - «держава». Даний Закон встановлює випадки, умови та порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину внаслідок незаконного засудження, незаконного притягнення як обвинуваченого, незаконного взяття і тримання під вартою, незаконного проведення в ході розслідування чи судового розгляду кримінальної справи обшуку, виїмки, незаконного накладення арешту на майно, незаконного відсторонення від роботи (посади) та інших процесуальних дій, що обмежують права громадян; незаконного застосування адміністративного арешту чи виправних робіт, незаконної конфіскації майна, незаконного накладення штрафу; незаконного проведення оперативно-розшукових заходів, передбачених відповідними законами України та іншими актами законодавства, поновлення порушених у зв'язку з цим трудових, службових, пенсійних, житлових, інших особистих і майнових прав, а також визначає органи, на які покладається вчинення дій по забезпеченню відшкодування шкоди, завданої громадянину, та пов'язані з цим обов'язки зазначених органів [1].

**Стан розробленості проблеми:** питання недоговірних зобов'язань в тій чи іншій мірі розкриті у працях таких вітчизняних та зарубіжних цивілістів, та фахівців інших галузей правової науки як: М.М. Агарков, С.С. Алексєєв, Ч.Н.Азімов, Д.В. Боброва, А. Гордон, О.В.Дзера, А.С. Довгерт, О.С. Йоффе, В.М. Ігнатенко, О. О. Красавчиков, Н.С. Малєїн, В.П. Маслов, Г.К. Матвєєв, В.В. Луць, І.Б. Новицький, В.Т. Нор, О.А. Підпригора, Й.О.Покровський, С.Н.Пристапа, С.Д. Русу, В.О.Рєсенцев, А.А. Собак, В.А. Тархов, Є.О. Харитонов, В.М. Хвостов, Ю.С. Червоний, Я.М. Шевченко, К.К. Яічков та ін. Деякі з цих досліджень присвячені аналізу деліктних зобов'язань та відповідальності за заподіяння шкоди в цілому (Д.В. Боброва, О.С. Йоффе, Н.С. Малєїн, В.П. Маслова, А.А. Собчак, К.К. Яічков). Переважна більшість досліджень стосується окремих аспектів відшкодування шкоди у цивільному праві (зокрема, дисертації Г.В. Єрьоменко, Г.К. Матвєєва, І.С. Ніжинської, В.Т.Нора, С.Д. Русу, С.Н. Приступи, Я.М. Шевченко та ін.).

**Мета:** водночас, залишаються недослідженими ряд питань щодо механізму відшкодування шкоди громадянам, факт завдання шкоди яким визнаний та установленний, оскільки згаданий нами закон безпосередньо не регламентує цю процедуру. Зокрема це стосується суб'єктів та джерел виплат. Тому метою даної статті є порівняльний аналіз нормативно-правових актів, що урегульовують порядок виплат у справах про відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду в Україні, Російській Федерації та Республіці Білорусь.

**Виклад основного змісту.** В Україні питання порядку виплат донедавна було предметом дискусії між представниками різних гілок виконавчої влади. Зокрема Конституційних суд зазначав: ... виносячи рішення про їх (громадян – В.В.) невинуватість, суд не завжди в змозі визначити орган, з якого слід стягну-

вати завдану громадянинуві шкоду. Пояснюється це тим, що єдиним джерелом фінансування діяльності правоохоронних органів і судів є кошти державного бюджету. Проте економічною класифікацією видатків зазначених органів не передбачено коштів на відшкодування шкоди у зв'язку з незаконними засудженням, притягненням до кримінальної відповідальності, взяттям під варту, застосуванням адміністративного стягнення у вигляді арешту або виправних робіт. Відсутність чіткої визначеності у цьому питанні сприятиме тому, що може мати місце відшкодування виплат потерпілим від незаконних дій правоохоронних органів і суду за рахунок коштів, які виділяються цим органам на інші цілі, що в свою чергу може зачіпати їх майнові інтереси [2].

Лише після того, як Конституційний Суд України визнав неконституційними ряд положень Законів України «Про державний бюджет України на 2000 рік» та «Про державний бюджет України на 2001 рік», Державне казначейство України спільно з Генеральною прокуратурою України унормували дане питання, що уможливило адекватно забезпечувати відшкодування завданої громадянам шкоди [3,4].

На сьогодні діє наступний порядок: не пізніше трьох діб після винесення постанови (ухвали) про розмір шкоди, завірена гербовою печаткою її копія надсилається громадянинуві або його спадкоємцям і подається ними до відповідного територіального органу Державного казначейства за місцем проживання для одержання чека. Відповідний територіальний орган Державного казначейства, до якого звернувся громадянин за відшкодуванням шкоди, надсилає до Управління Державного казначейства в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі заявку, в якій вказує суму відшкодування, а Управління Державного казначейства в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі надсилає заявку до Головного управління Державного казначейства України. Головне управління Державного казначейства України перераховує вказані кошти на рахунок Управління Державного казначейства в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі, а останні - на рахунок відповідного територіального органу Державного казначейства для виплати їх громадянинуві. Виплата громадянинуві суми відшкодування проводиться установою банку на підставі чека, виданого органом Державного казначейства після подання громадянином копії постанови (ухвали) органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду про розмір відшкодування шкоди за умов наявності коштів на рахунку відповідного територіального органу Держказначейства.

Крім того, відповідно до згаданого вище Закону, майно, зазначене в п.2 ст.3 (конфісковане або звернене в доход держави судом, вилучене органами дізнання чи попереднього слідства, органами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, а також майно, на яке накладено арешт), повертається в натурі тією установою або органом, у якого воно знаходиться, у місячний термін з дня звернення громадянина або його спадкоємців, якщо воно сталося протягом шести місяців після направлення їм повідомлення.

Отже, відзначаючи роль конституційної юстиції в питанні встановлення належних суб'єктів та механізму відшкодування шкоди, завданої громадянину, до-



ходимо висновку, що завдяки рішенню Конституційного Суду України в Україні склалася дієва система відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду.

Переходячи до аналізу проблем відшкодування шкоди завданої громадянину діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду за законодавством Республіки Білорусь, відзначимо що і в цій державі саме конституційна юстиція відіграла значну роль у формуванні правового поля у цій царині. Зокрема, Конституційний суд Республіки Білорусь рішенням від 07.11.1994 N P-6/94 «Про удосконалення законодавства, що регулює відшкодування шкоди, завданої громадянам неправомірними діями» вказав законодавцю на неврегульованість питання відшкодування шкоди взагалі та її конкретно — механізму її компенсації [5]. На часткове виконання цього припису Кабінетом міністрів Республіки Білорусь були прийняті «Правила відшкодування шкоди, завданої життю і здоров'ю громадян» [6], які однак регулюють відносини між працедавцем і найманим працівником. Загалом, питання відшкодування шкоди громадянину врегульовані Цивільним кодексом Республіки Білорусь. Конкретний же нормативний акт, що встановлював би порядок і механізм відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду на сьогодні відсутній. Дані правовідносини урегульовані численими рішеннями Пленуму Верховного суду Республіки Білорусь. Назагал, у частині призначення та отримання виплати у справах із завдання шкоди, процедура фактично тотожна згаданому і проаналізованому нами Закону України.

Що стосується аналогічного порядку виплат у Російській Федерації, то як зазначає російський дослідник О.Майшев, при пред'явленні позову до Російської Федерації про відшкодування шкоди, у відповідності до ст. 1069 та 1070 Цивільного кодексу Російської Федерації (ЦК РФ), відповідачем виступає Міністерство фінансів Російської Федерації. Зазначимо, що у відповідності до згаданої нами статті 1070 ЦК РФ, шкода завдана громадянину в результаті незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування запобіжних заходів у вигляді тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт, відшкодовується з бюджету (в оригіналі «из казны» - В.В.) Російської Федерації, а у випадках, передбачених законом — з бюджету Російської Федерації або бюджету муніципального утворення у повному обсязі, незалежно від вини посадових осіб органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду [9]. Однак, такого федерального закону на сьогодні не існує, тому до оспорюваних правовідносин застосовується Указ Президії Верховної Ради СРСР від 18 травня 1981 року «Про відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями державних і громадських організацій, а також посадових осіб при виконанні ними посадових обов'язків» та «Інструкція по виконанню Положення про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду», затверджена Міністерством юстиції СРСР, Прокуратурою СРСР та Міністерством фінансів СРСР 2 березня 1982 року [7,8].

Як і в попередньо розглянутих прикладах (України і Республіки Білорусь), основну роль у приведенні вказаних нормативних актів у відповідність до вимог сучасності відіграє судова влада. У даному випадку це Верховний Суд Російської Федерації, який з станом на 2011 рік вніс більше 40 поправок 5 окремими рішеннями. Основна їх роль - гармонізувати явно застарілий нормативно-правовий акт СРСР із чинним федеральним законодавством. Водночас залишився фактично без змін (в порівнянні з 1982 роком) порядок виплат громадянам відшкодування за завдану шкоду — виплата проводиться уповноваженими банками на підставі чеків, виданих фінансовими відділами федерального казначейства місцевих органів самоврядування (рівня району чи міста), за місцем проживання громадянина, після пред'явлення ним відповідного рішення (суду, органу дізнання, попереднього слідства чи прокуратури).

**Висновки.** Незважаючи на відносну унормованість питання відшкодування шкоди, саме порядок виплат є найбільш дискусійним на стадії виконання рішення про відшкодування. Як в Україні, так і в Російській Федерації та Республіці Білорусь порядок виплат в цілому подібний, різняться тільки безпосередні суб'єкти виплат — фінансові органи — розпорядники коштів. Слід визнати, що незважаючи на значну кількість нормативних актів, що врегульовують дане питання, лише звернення до судових інстанцій дозволяє ефективно врегулювати ці процеси. Принагідно констатуємо визначну роль судової гілки влади усіх розглянутих нами країн у унормуванні питання відшкодування шкоди, завданої громадянам незаконними діями органу дізнання, попереднього слідства, прокуратури та суду. Саме рішення судів (як на це звернуто увагу у статті) дозволили перевести питання виплат за спричинену шкоду у практичну площину.

1. Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину-ві незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду». - N 266/94-ВР, 01.12.1994.- Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1995, N 1, ст. 1.
2. Рішення Конституційного Суду України N 12-рп від 03.10.2001 р. у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень статті 32 Закону України «Про Державний бюджет України на 2000 рік» та статті 25 Закону України «Про Державний бюджет України на 2001 рік» (справа про відшкодування шкоди державою).
3. Наказ Генеральної прокуратури України N 36/132 від 22.06.2007 «Про затвердження Порядку взаємодії органів прокуратури України та Державного казначейства України з питань захисту інтересів держави та забезпечення додержання вимог закону при стягненні з Державного бюджету України (місцевих бюджетів) коштів за рішеннями судів про відшкодування шкоди»
4. Наказ Державного казначейства України N 130 від 21.04.2006 «Про затвердження Порядку виконання Державним казначейством України рішень суду щодо відшкодування шкоди, завданої громадянину-ві незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури, а також судів».

5. *Решение Конституционного Суда Республики Беларусь от 07.11.1994 N Р-6/94 «О совершенствовании законодательства, регулирующего возмещение вреда, причиненного гражданам неправомерными действиями»*
6. *О практике применения судами законодательства, регулирующего компенсацию морального вреда: Постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 22 декабря 2005 г. № 13 (Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 2006 г., № 6, 6/466)*
7. *Указ Президиума Верховного Совета СССР от 18.05.1981 N 4892-X «О возмещении ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями государственных и общественных организаций, а также должностных лиц при исполнении ими служебных обязанностей»*
8. *Министерство финансов СССР Инструкция по применению положения о порядке возмещения ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда от 8 марта 1982 (с изменениями на 19 июля 2011 года). - электронный ресурс. - режим доступа <http://docs.kodeks.ru/document/9015416>*
9. *Майшев О. Г. О возмещении морального и материального вреда, наступившего вследствие неправомерных действий органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда. // Российская юстиция, 1998, № 3.*

***Втерковський В. Д. Порядок виплат у справах про відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду (за законодавством України, Російської Федерації та Республіки Білорусь)***

У статті розглянуті та проаналізовані нормативно-правові акти, що урегулюють порядок виплат у справах про відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду в Україні, Російській Федерації та Республіці Білорусь. Слід визнати, що незважаючи на значну кількість нормативних актів, що врегулюють дане питання, лише звернення до судових інстанцій дозволяє ефективно врегулювати ці процеси.

Ключові слова: шкода, відшкодування шкоди, органи дізнання, досудове слідство, прокуратура, суд.

***Vterkovskiy V. D. Procedure for payments for damages caused by unlawful actions of the inquiry, preliminary investigation, prosecution and court (under the laws of Ukraine, Russian Federation and Republic of Belarus)***

В статье рассмотрены и проанализированы нормативно-правовые акты, регулирующие порядок возмещения ущерба, нанесенного действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда в Украине, Российской Федерации и Республике Беларусь. Следует отметить, что несмотря на значительное количество нормативных актов, регулирующих данный вопрос, лишь обращение к судебным инстанциям позволяет эффективно урегулировать эти процессы.

Ключевые слова: ущерб, возмещение ущерба, органы дознания, досудебное следствие, прокуратура, суд.

***Vierkovskiy V.D. Procedure for payments for damages caused by unlawful actions of the inquiry, preliminary investigation, prosecution and court (under the laws of Ukraine, Russia and Belarus)***

The paper reviewed and analyzed the regulations that urehlovuyut order for payment for damages caused by unlawful actions of inquiry, preliminary investigation, prosecution and trial

in Ukraine, Russian Federation and Belarus. Admittedly, despite the large number of regulations governing the issue, only an appeal to the courts effectively regulate these processes.

Key words: damage compensation, the police, investigation, prosecution, court.

## ГУДИМА МАРІЯ МИРОСЛАВІВНА

### **ПРАВО ТУРИСТА НА ІНФОРМАЦІЮ: НЕДОЛІКИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГЛАМЕНТУВАННЯ**

УДК 346.544.4

**Постановка проблеми.** Важливою умовою вдалого туру є збіг очікувань туриста з дійсними умовами, в яких він опинився, здійснюючи туристичну поїздку. Багато в чому це залежить саме від повноти і достовірності наданої інформації про майбутній тур, а також від міри розуміння туристом тих умов, про які веде мову менеджер туроператора (турагента). Проте не дивлячись на, на перший погляд, детальне регламентування права туриста на інформацію Законом України «Про туризм», все ж багато нюансів цього права залишаються поза увагою законодавця, що створює широке поле можливостей туроператору (турагенту) для зловживання цими упущеннями. Детальніше регламентування даного права повинне захистити споживачів туристичних послуг від потенційної шкоди, якої їм можуть заподіяти недоброякісні послуги, і забезпечити таким чином реалізацію їх прав. Для виконавців належне, з погляду вимог сучасного ринку, інформаційне забезпечення їхніх послуг, за інших рівних умов (високий рівень якості, відповідна цінова політика) означає суттєве підвищення конкурентоспроможності останніх і надання їм споживчих переваг порівняно з аналогами, щодо яких така інформаційна підтримка відсутня або недостатня. У зв'язку з цим ця проблема є досить актуальною.

**Ступінь наков'язаної розробки проблеми.** Право на інформацію в аспекті захисту прав споживачів є темою досліджень та публікацій багатьох науковців та юристів-практиків, адже кожен з нас є споживачем. Зокрема цю тему досліджували: О. Зверева, Л. Іваненко, Т. Кагал, Т. Ковальчук, Т. Левшина, Н. Любецький, А. Мазаракі, Л. Ніколаєва, Г. Осетинська, Н. Писаренко, Н. Притульська, І. Полікарпов, О. Шумський, О. Язвінська та інші. Що стосується права туриста на інформацію, регламентованого спеціальним законодавчим актом, Законом України «Про туризм», то воно залишається без належної уваги науковців.

**Метою** цієї статті є дослідження проблеми недоліків законодавчого регламентування права туриста на інформацію та його забезпечення як гарантія захисту прав споживачів туристичних послуг.

**Виклад основного матеріалу.** Обов'язок виконавця надати інформацію про послуги є не тільки гарантією права споживача на інформацію, але і дає йому можливість реалізувати своє право на належну якість послуг та на основі отриманої інформації вибрати саме ті послуги і такої якості, які йому дійсно потрібні. Статтею 4 Закону України «Про захист прав споживачів» встановлено, що право на необхідну, доступну достовірну і своєчасну інформацію про кількість, якість і асортимент продукції є невід'ємним правом будь-якого споживача, який

знаходиться на території України [1]. Під інформацією розуміються документовані або привселюдно оголошені відомості [2].

Спеціальним законодавчим актом, покликаним максимально врегулювати сферу туристичної діяльності і спрямованим головним чином на захист прав туриста як найменш захищеної сторони в договорі про надання туристичних послуг, закріплені окремі аспекти права туриста на інформацію. Так, згідно статтею 25 Закону України «Про туризм» [3] туристи і екскурсанти мають право на необхідну і достовірну інформацію про правила в'їзду до країни (місця) тимчасового перебування, а також виїзду з країни (місця) тимчасового перебування і перебування там, про звичаї місцевого населення, пам'ятки природи, історії, культури та інші об'єкти туристичного показу, що знаходяться під особливою охороною, стан навколишнього середовища; право на інформацію про наявність ліцензії у суб'єкта, що здійснює підприємницьку діяльність у галузі туризму, дозволів, сертифікатів, інших документів, наявність яких передбачена законодавством; а також право на отримання обов'язкової інформації, що передусе укладенню договору. Крім того, окремі вимоги до інформації, яка має бути надана туристу та порядку її надання диктується ст. 20 даного законодавчого акту. Розглянемо ці аспекти окремо і звернемо увагу на деякі упущення законодавця.

*Право на інформацію про необхідну і достовірну інформацію про правила в'їзду до країни (місця) тимчасового перебування, а також виїзду з країни (місця) тимчасового перебування і перебування там, про звичаї місцевого населення, пам'ятки природи, історії, культури та інші об'єкти туристичного показу, що знаходяться під особливою охороною, стан навколишнього середовища.*

У процесі реалізації даного права туриста, турагент (туроператор) зобов'язаний надати туристу всю необхідну інформацію щодо особливостей в'їзду до країни (порядок оформлення віз, обмеження на в'їзд за певними ознаками), яку останній збирається відвідати. В даний час, як свідчить аналіз договірної практики існують вікові обмеження на в'їзд до певних держав. Як приклад приведемо обмеження для жінок молодше 30 років, що не перебувають в офіційно зареєстрованому в органах РАЦСу шлюбі на в'їзд до Іспанії. В Об'єднаних Арабських Еміратах, до прикладу, встановлений штраф, за появу в громадських місцях у відкритому одязі. Про наявні особливості й обмеження представники турагента (туроператора) повинні доводити до відома туриста. Зважаючи, що в даний час карта туризму все більш і більш розширюється і в туристичні маршрути постійно включаються нові країни, які незрідка є екзотичними в порівнянні із звичними для нас місцями відпочинку, туристу слід віднестися зі всією серйозністю до його права вимагати від туроператора (турагента) надання йому повної і достовірної інформації про звичаї місцевого населення, релігійні обряди.

Не зважаючи на, на перший погляд, повноту регламентування даного права туриста, все ж певні недоліки можемо визначити. Насамперед, слід звернути увагу, що в законі не вказаний спосіб доведення до відома туриста вказаної інформації. Таким чином, вона може бути надана не лише письмово, але і як каталоги, перегляд сайтів на комп'ютері, як усна розповідь і тому подібне. А це, у свою чергу, дає можливість недобросовісним туроператорам чи тураген-

там згодом посилатися на те, що необхідна інформація була доведена до відома туриста, але він нібито через свою неухважність цього не запам'ятав. У туриста відсутні докази, що йому така інформація не надавалася, а туроператор (турагент) може надати велику кількість каталогів і роздруківок з Інтернету, посиляючись на те, що саме ця інформація була туристу й надана. Зрозуміло, що в таких випадках більш ймовірно, що дане право туриста буде незахищеним. Щоб уникнути таких неприємних ситуацій турист повинен визначити для себе, яка саме інформація для нього є принциповою, і постаратись зафіксувати її письмово, наприклад, турист може запропонувати фахівцеві туроператора (турагента) зробити для нього роздруківки, або включити необхідні умови в договір, тобто зафіксувати, яка саме інформація була йому надана. При цьому на таких письмових документах повинні стояти підпис особи, що їх надала, і печатка туроператора (турагента). Інакше турист не зможе довести, що ця інформація була надана йому саме цим туроператором (турагентом).

*Право на інформацію про наявність ліцензії у суб'єкта, що здійснює підприємницьку діяльність у галузі туризму, дозволів, сертифікатів, інших документів, наявність яких передбачена законодавством.*

Для повноти інформації турист має право знати вид діяльності майбутнього контрагента за договором (туроператорська чи турагентська) і володіти відомостями щодо наявності ліцензії на її здійснення. Так, Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» передбачено більше 60 видів господарської діяльності, що можуть здійснювати суб'єкти підприємницької діяльності на підставі спеціального дозволу. Ці види діяльності, зокрема, зазначає М.В.Венецька, встановлюються законом і визначаються з огляду на захист інтересів держави, можливість створення небезпеки життю і здоров'ю громадян, навколишньому середовищу [5, с.138.]. У зв'язку з цим, не викликає сумнівів обов'язковість надання туристу інформації про наявність ліцензії у туроператора: номер ліцензії, термін її дії, орган, що її видав. Зауважимо, що у зв'язку з останніми змінами законодавства, ліцензуванню підлягає лише туроператорська діяльність.

Поряд з цим, вважаємо, що формулювання вказаного положення, яке встановлює вимоги до туроператора (турагента), є не зовсім повним та коректним, оскільки воно не встановлює обов'язку надати інформацію про деякі суттєві моменти, які можуть впливати на вибір споживачем турпослуг конкретного контрагента. Зокрема, для туриста представляє інтерес правовий статус особи – надавача турпослуг та його організаційно-правова форма, які складають основу його правового статусу, адже від вирішення цих питань залежить і питання відповідальності перед туристом. Це може бути, наприклад, філія, представництво юридичної особи-туроператора (турагента), його структурний підрозділ, а може бути самостійний суб'єкт підприємницької діяльності (фізична особа-підприємець або юридична особа), що здійснюють представницькі функції на підставі договору доручення чи комісії. Індивідуальний підприємець повинен надати споживачеві інформацію про державну реєстрацію і найменування органу, що зареєстрував його.

Не лише право споживача на своєчасне надання необхідної інформації про послуги та контрагента за договором забезпечує можливість їх правильного вибору. Вагоме значення в цьому аспекті відіграє наявність у споживача необхідної і достовірної інформації про виконавця послуги. Проте законом також не визначений зміст обов'язку щодо надання повної інформації про осіб, які безпосередньо будуть виконувати договірні обов'язки. На практиці досить часто мають місце випадки, коли споживач турпослуг не одержує повної інформації про безпосереднього виконавця послуг, а при зверненні потерпілої особи до суду вказують на те, що турист не наполягав на наданні необхідної інформації, тобто йому було байдуже, хто саме безпосередньо виконуваємо ці послуги. Наприклад, договір з надання туристичних послуг був підписаний ЗАТ «Асоціація курортів Криму», про що вказувалось у договорі, а безпосереднім виконавцем була записана база відпочинку «Схід» без будь-якої інформації про правовий статус даного суб'єкта, наявність будь-яких його правових зв'язків із ЗАТ «Асоціація курортів Криму».

Не зважаючи на те, що відповідальність за дії осіб, залучених туроператором (турагентом) для надання комплексу туристичних послуг несе сам туроператор чи турагент, все одно інформація про безпосередніх надавачів послуг, що входять до предмету договору має для туриста суттєве значення, оскільки турист має знати, хто буде йому надавати послугу, зможе оцінити його кваліфікацію, інакше ж він позбавляється можливості здійснити вільний вибір контрагента, який користуватиметься довірою туриста. Тому, на нашу думку, вищезазначений підхід туроператорів (турагентів) порушує право туриста на інформацію та є можливим завдяки прогалинам у вітчизняному законодавстві.

Крім того суттєвим упущенням Закону України «Про туризм» є відсутність згадки про таку важливу частину прав споживача послуги як права на інформацію про предмет договору, тобто конкретні послуги що входять в комплексну туристичну послугу (зауважимо, що окремі аспекти цього права все ж передбачені: право на інформацію про характеристику транспортних засобів, готелів тощо, все ж цього далеко не достатньо), їх якість, а говориться лише про «право на інформацію про наявність ... сертифікатів, інших документів, наявність яких передбачена законодавством».

В той же час, як показує практика, найбільш актуальною і такою, що викликає згодом спірні ситуації є інформація про комплекс послуг, які включені в тур, і ті, які вимагають додаткової оплати. При цьому туристу варто задля забезпечення своїх прав попросити менеджера туроператора (турагента) надати письмово перелік послуг, які будуть йому надані безкоштовно, і якщо в подальшому доведеться оплачувати яку-небудь з послуг, перерахованих в списку, то це буде неналежною інформацією, наданою туроператором (турагентом), а, отже, турист зможе стягнути їх вартість, оскільки матимете всі необхідні для цього докази.

Формулювання закону «право на інформацію про наявність ... сертифікатів, інших документів, наявність яких передбачена законодавством» слід розуміти не інакше як обов'язковість вказівки на нормативні документи із стандартизації

і сертифікації, вимогам яких мають відповідати туристичні послуги, тобто вказане положення стосується саме предмету договору.

Так, згідно ст.1 Закону України «Про стандартизацію» від 17.05.2001 року метою стандартизації є досягнення оптимального ступеня впорядкування у певній сфері, результатом якої є підвищення ступеня відповідності продукції, процесів та послуг їх функціональному призначенню, усуненню бар'єрів у торгівлі і сприянню науково-технічному співробітництву, а об'єктом стандартизації визнаються, згідно ст.4 - продукція, процеси та послуги.

Деякі послуги підлягають також сертифікації. Основні положення і вимоги щодо сертифікації встановлені Декретом Кабінету Міністрів України «Про стандартизацію і сертифікацію» від 10.05.1993 року (з наступними змінами). Сертифікація, вказується у ст.13 Декрету, поділяється на обов'язкову і добровільну, здійснюється уповноваженими на це органами. Державну систему сертифікації створює центральний орган виконавчої влади з питань технічного регулювання – національний орган України з сертифікації - Державний комітет України з питань технічного регулювання та споживчої політики (ст.14 Декрету). Згідно Закону України «Про підтвердження відповідності», документом, який підтверджує, що продукція, в тому числі і послуга, відповідає вимогам конкретного стандарту чи іншого нормативного документа, визначеного законодавством, є сертифікат відповідності (ст.1). Отже, для того щоб окреслити обов'язок туроператора щодо надання інформації про наявність сертифікації послуги чи інших документів підтвердження відповідності, з'ясуємо, які види послуг, з тих, що можуть входити в комплексну туристичну послугу підлягають обов'язковій сертифікації. Так, обов'язковій сертифікації в Україні підлягають зокрема: а) готельні послуги (згідно Правил обов'язкової сертифікації готельних послуг, затверджених Наказом Державного комітету України по стандартизації, метрології та сертифікації від 27.01.99; б) послуги харчування згідно Правил обов'язкової сертифікації готельних послуг, затверджених Наказом Державного Комітету України по стандартизації, метрології та сертифікації від 27.01.99 №37. Тому у випадку, коли готельні послуги чи послуги харчування включаються в комплекс турпослуг, що надається за договором про надання турпослуг, туроператор (турагент) зобов'язаний надати туристу інформацію щодо наявності сертифікату відповідності послуги.

*Отримання обов'язкової інформації, що передує укладенню договору.*

Дане право конкретизує ч.4 ст. 20 Закону України «Про туризм», згідно якої до укладення договору про надання туристичних послуг споживачу турпослуг має бути надана інформація про: а) основні вимоги пропонування до оформлення виїзних/в'їзних документів (паспорт, дозвіл (віза) на в'їзд/виїзд до країни тимчасового перебування), у тому числі інформацію щодо термінів їх оформлення; б) медичні застереження стосовно здійснення туристичної поїздки, у тому числі протипоказання через певні захворювання, особливості фізичного стану (фізичні недоліки) і віку туристів для участі в поїздки; в) туроператора (турагента), його місцезнаходження і поштові реквізити, наявність у туроператора ліцензії на здійснення туроператорської діяльності, сертифікатів відповідності та іншу інформацію відповідно до законодавства про захист прав споживачів;



г) розмір фінансового забезпечення туроператора чи турагента на випадок його неплатоспроможності чи неспроможності (банкрутства) та кредитну установу, яка надала таке забезпечення.

Крім того, до початку надання туристичних послуг споживачу за його вимогою повинна бути надана інформація: про загальні умови типового (публічного) договору на надання туристичних послуг (за його наявності); програма туристичного обслуговування; характеристика транспортних засобів, що здійснюють перевезення, у тому числі їх вид і категорія, терміни стикувань (сполучення) рейсів, а також інша обов'язкова інформація, передбачена кодексами і правилами перевезень (якщо перевезення входить до складу туристичного обслуговування); характеристика готелів, інших місць розміщення туристів, у тому числі їх місце розташування, класифікація за законодавством країни (місця) тимчасового перебування, відомості про підтвердження відповідності послуг готелю встановленим вимогам, відомості про правила тимчасового проживання, строки і порядок оплати готельного обслуговування, а також інша обов'язкова інформація, передбачена цим Законом, іншими нормативно-правовими актами (якщо готельне обслуговування входить до складу послуг з туристичного обслуговування); про звичаї місцевого населення, пам'ятки природи, історії, культури та інші об'єкти туристичного показу, що знаходяться під особливою охороною, стан навколишнього природного середовища, санітарну та епідеміологічну обстановку; про правила в'їзду до країни (місця) тимчасового перебування та перебування там; про види і способи забезпечення харчування під час туристичної поїздки; про види та тематику екскурсійного обслуговування, порядок зустрічей і провідів, супроводу туристів; про дату і час початку та закінчення туристичного обслуговування, його тривалість; відомості про мінімальну кількість туристів у групі, терміни інформування туриста про те, що туристична поїздка не відбудеться через недобір групи; відомості про страхову організацію, що здійснює страхування ризиків, пов'язаних з наданням туристичного обслуговування, розмір страхових відшкодувань, порядок і умови їх виплати; про ціну туристичного обслуговування і порядок здійснення оплати; про місце перебування організації (організацій), уповноваженої туроператором на прийняття претензій туристів, а також про адреси і телефони українських дипломатичних установ у країні тимчасового перебування або місцевих служб, до яких можна звернутися у разі виникнення труднощів під час туристичної поїздки. Не зважаючи на доволі широкий перелік законодавця інформація, яка має бути надана туристу до початку надання туристичних послуг, сам турист повинен потурбуватись, щоб її отримати, оскільки в даній статті наявне формулювання законодавця «за вимогою туриста», тому якщо споживач туристичних послуг не виявить ініціативу в отриманні такої інформації, вона йому може бути й не надана. До того ж, вважаємо, що перелік цієї інформації є не зовсім повним. Тому, на нашу думку, слід передбачити право туриста на інформацію відповідно до цілей подорожі.

Причому Законом України «Про захист прав споживачів» диктуються вимоги до вищезазначеної інформації, згідно якого споживачі мають право на одержання необхідної, доступної і достовірної інформації про кількість, якість та асортимент товарів, робіт і послуг [1]. У спеціальній літературі ці вимоги

часто називають принципом «Три Д»: достовірність, доступність і достатність [6, с. 47]. Вимога достовірності передбачає правдивість і об'єктивність подання відомостей про послугу, відсутність у їх поданні дезінформації і суб'єктивізму, які вводили б користувачів інформації в оману. Достатність інформації означає, що споживачеві повинна бути надана вся необхідна інформація про комплекс послуг і їх якість. При цьому закон виходить з того, що у споживача немає достатніх знань про послугу, яку він хоче отримати, а виконавець передбачається професіоналом, який має повну інформацію і знання про послугу. Тому він повинен надати споживачеві інформацію в такому обсязі, щоб у нього склалося чітке уявлення про властивості послуг, їх якість і безпеку, і турист міг на основі цих відомостей зробити компетентний вибір потрібного і підходящого для себе комплексу послуг. Вимога доступності інформації пов'язана з принципом інформаційної відкритості відомостей про товар для всіх користувачів. Інформація повинна доводитися в наочній і доступній формі. Доступна для споживача форма доведення інформації про якість товару (послуги) означає, що інформація повинна бути надана у формі (письмовій або усній), яка дозволяє споживачеві зрозуміти її зміст [4].

**Висновки.** Законодавство України повинно надавати можливість споживачеві туристичних послуг не тільки придбати статус рівноправного суб'єкта на ринку послуг, але і грамотно підійти до компетентного вибору потрібного його комплексу послуг, належної якості на основі повної, достовірної і доступної інформації про нього, а в разі потреби захистити свої порушені права. Тому, вважаємо, що з метою створення належної правової бази охорони і захисту прав туристів, Закон України «Про туризм» слід доповнити положенням про обов'язковість надання інформації про вид діяльності, наявність ліцензії, найменування, включаючи організаційно-правову форму (вид) юридичної особи або прізвище, ім'я та по-батькові громадянина-підприємця, які можуть виступати контрагентами за договором, а також інформацію про безпосереднього виконавця послуг, що входять в комплекс туристичних послуг та надаються на підставі договору про надання туристичних послуг. А інформація про предмет договору (комплекс турпослуг) повинна містити: а) позначення стандартів, обов'язковим вимогам яких повинна відповідати послуга; б) відомості про основні споживчі параметри подорожі, включаючи транспорт, готель, харчування тощо; в) проти-показання для даної подорожі при певних захворюваннях у туриста; г) ціну і порядок оплати; д) правила безпеки; е) інформацію про сертифікацію послуги. При цьому зауважимо, що вирішення проблеми захисту прав споживачів на державному рівні все ж не дасть абсолютних результатів у захисті інтересів всіх споживачів туристичних послуг, оскільки, для того, щоб закон працював, насамперед необхідно, щоб люди про нього знали, а для цього необхідно проводити широку пропаганду у ЗМІ прав споживачів, а також посилити відповідальність за надання споживачу неповної чи недостовірної інформації.

1. Закон України «Про захист прав споживачів» // *Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР)*. – 1991. – № 30. – Ст. 379.
2. Закон України «Про інформацію» // *Відомості Верховної Ради України*. – 1992. – № 48. – Ст.650.

3. Закон України «Про туризм» // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 31. – Ст. 241.
4. Про мови в Українській РСР : закон України в редакції від 01.04.2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua).
5. Венецька М.В. Фізична особа як суб'єкт підприємницької діяльності // Цивільне право України: Підруч.: У двох томах / За заг. ред. Я.М.Шевченко. – Т.1. Загальна частина. – К.: Видавничий дім «ІнЮре», 2003. – С.137-142.
6. Полікарпов І. С. Товарна інформація : підручник / І. С. Полікарпов, О. В. Шумський. – К. : Центр навчальної літератури, 2006. – 616 с.

***Гудима Марія Мирославівна. Право туриста на інформацію: недоліки законодавчого регламентування***

У статті досліджуються питання права туриста на інформацію у ракурсі захисту прав споживачів туристичних послуг; проблеми та прогалини спеціального законодавчого регулювання даного питання та пов'язані з цим негативні наслідки для споживачів туристичних послуг.

Ключові слова: інформація, турист, споживач туристичних послуг, договір про надання туристичних послуг.

***Гудыма Мария Мирославовна. Право туриста на информацию: недостатки законодательного регулирования***

В статье исследуются вопросы права туриста на информацию в ракурсе защиты прав потребителей туристических услуг, проблемы и пробелы специального законодательного регулирования данного вопроса и связанные с этим негативные последствия для потребителей туристических услуг.

Ключевые слова: информация, турист, потребитель туристических услуг, договор о предоставлении туристических услуг.

***Maria Gudyma. Tourist right to information: defects of the legal regulation***

This article researches the question of tourist right to information as a part of consumer right protection of tourist services; problems and loopholes of a specific legal regulation of this issue and the associated negative consequences for consumers of tourism services.

Key words: information, tourist, consumer of tourist services, contract for travel services.

## **ГУДИМА МИРОСЛАВА МИРОСЛАВІВНА**

### **ДЕЯКІ АСПЕКТИ ДОГОВІРНОГО ОФОРМЛЕННЯ ПОСЕ- РЕДНИЦЬКИХ ВІДНОСИН В ТУРИЗМІ**

УДК 347.72.036.4

**Актуальність теми.** Посередницька ланка дуже важлива в сфері туризму, адже на ринку туристичних послуг діють два основних суб'єкти – туроператори та турагенти. Туроператори, виступаючи як організатори туристичних поїздок, туристичні послуги можуть реалізовувати безпосередньо споживачам – туристам, хоча більшу частку туристичних послуг вони реалізують саме через посередників – турагентів. При цьому туристичні агенти самостійно не комплектують туристичні послуги, а виступають як посередники між туристичними операторами та туристами на підставі посередницьких договорів. Саме в питанні договірної оформлення цих посередницьких відносин виникають де-

які складнощі, тим паче не спрощує вирішення вказаного питання відсутність однозначного розуміння інституту посередництва в правовій доктрині, зокрема залишаються без відповіді запитання, що таке посередництво, якою є його правова природа, які саме дії (фактичні та/або юридичні) складають зміст посередницької діяльності. Все це обумовлює актуальність дослідження обраної теми.

**Мета статті:** здійснити дослідження правового оформлення відносин між туроператорами і турагентами та проаналізувати можливі договірні конструкції їх врегулювання.

**Ступінь наукової розробки.** Не дивлячись на наявні глибокі дослідження туроператорської та турагентської діяльності ученими-економістами такими як А.Х. Абуков, В.І. Азар, В.М. Біржаков, В.В. Дворніченко, В.А. Квартальнов, В.І. Сенін, правовим проблемам взаємовідносин туроператора та турагента присвячено надостатньо уваги в науковій літературі, натомість в Російській Федерації дана проблема досліджена значно ретельніше. Серед досліджень, які в тій чи іншій мірі торкаються даного питання необхідно зазначити роботи, що присвячені загальним питанням цивільно-правового регулювання туристичної діяльності в Росії (Щенникової Л.В., Е.Л. Писаревського, Ю.А. Лененова, О.В. Ткаченко і ін.), договору про надання туристичних послуг (Г.І. Тархова, В.М. Лебедева, Н.В. Сірік, А.Н. Ошнокова, К.С. Свірідова, А.Е. Толстої, С.Л. Солюйова).

**Основний матеріал.** Розгляд вказаної проблематики слід розпочати з акцентування на тому, що в правовій доктрині на сьогодні відсутнє однозначне розуміння інституту посередництва. Якщо за першим підходом суть посередництва зводиться лише до вчинення фактичних дій, а за другим – лише до вчинення юридичних дій, то за третім підходом посередництво може мати місце як у формі вчинення дій фактичного характеру, так і у формі вчинення дій юридичного характеру. Не вдаючись у поглиблений аналіз правової природи посередництва, вважаємо доцільним підтримати позицію тих авторів, які є прихильниками саме третього підходу. На думку А.В. Єгорова, сутність категорії посередництва полягає в самостійній діяльності особи, яка виступає в чужих інтересах, що полягає в підготовці та укладенні договору для зацікавленої особи, або ж здійснюється у вигляді надання сприяння при укладенні такого договору. При цьому діяльність, що включає в себе укладення договору для зацікавленої особи, автор називає юридичним посередництвом, а діяльність, пов'язану лише зі сприянням при його укладенні – фактичним посередництвом. Г.І. Сальнікова робить висновок, що посередництво в правовому сенсі можна визначити як підприємницьку діяльність юридичних та фізичних осіб (посередників), спрямовану на сприяння вступу клієнта у правовідносини з третіми особами шляхом вчинення посередником дій юридичного і фактичного характеру, здійснювану як від свого імені, так і від імені, за рахунок і в інтересах клієнта [7, с.4-6; с.10-11]. В.А. Васильєва визначає посередництво як правовий інститут, що регулює відносини у сфері надання послуг, спрямоване на сприяння у встановленні правових зв'язків між клієнтами шляхом здійснення посередником правомірних дій юридичного і/або фактичного характеру [2, с. 44].

Законодавством не передбачено ніяких обмежень щодо роду та характеру дій, здійснюваних турагентом. Здебільшого, діяльність турагента виражається у сприянні туроператорові в укладенні з туристами договорів про надання туристичних послуг та безпосередньому їх укладенні (юридичні дії), а також у здійсненні просування туристичних послуг туроператора, надання інших послуг, пов'язаних з туристичним обслуговуванням, за винятком організації самої подорожі (фактичні дії). Таким чином, вважаємо, що посередництво в туристичній діяльності може бути фактичним, юридичним або змішаним, залежно від того, які дії (фактичні, юридичні або ж ті та інші в сукупності) становлять собою предмет діяльності посередника. Взаємовідносини між туроператором і турагентом, а також характер вчинюваних посередником дій залежатиме від договору, який між ними укладається та від об'єму обов'язків, що ним покладаються на турагента.

Туристичні агентства щоб реалізовувати туристичні послуги повинні укласти посередницькі договори з туроператорами. До посередницьких слід відносити: договір комісії, договір доручення, агентський договір. З.А. Балченко розглядає ще й договір купівлі-продажу. При чому, даючи останньому таке визначення: договір купівлі-продажу - договір, за яким одна сторона (продавець) зобов'язується надати послуги іншій стороні (покупцю), а покупець зобов'язується прийняти ці послуги і сплатити за них певну суму грошей [1, С. 33-34]. Вважаємо, що з цивілістичної точки зору до послуг застосовувати договір купівлі-продажу взагалі не припустимо, предметом останнього є майно (товар), а не послуга, це абсолютно різні об'єкти цивільних прав. Тому віднесення договору купівлі-продажу до вказаної групи договорів є недоцільним.

На підставі аналізу договорів, які використовуються в практиці туристичного бізнесу, можна прийти до висновку, що правовідносини між туроператорами і турагентами найчастіше на практиці будуються за моделлю агентського договору, договору доручення та договору комісії, хоча також існують змішані договори, які одночасно включають в себе моделі вищезгаданих договорів.

Якщо укладається договір доручення, то туроператор виступає як довіритель, що доручає турагенту діяльність з просування і реалізації комплексу туристичних послуг. В цьому випадку турагент діє від імені туроператора. Укладаючи агентський договір, туроператор дає доручення агентові на здійснення юридичних та інших дій в інтересах, під контролем і за рахунок суб'єкта, якого він представляє (туроператора). Якщо ж у відносинах між туроператором і турагентом діє договір комісії, то турагент зобов'язується за дорученням другої сторони туроператора за плату вчинити один або кілька правочинів від свого імені, але за рахунок туроператора, тому зобов'язання перед споживачем покладаються на турагента, оскільки в цьому випадку саме він від свого імені укладає договори з туристами.

З теоретичної точки зору права й обов'язки, відповідальність сторін та інші умови договору між туроператором та турагентом визначаються відповідно до загальних положень про агентський договір, якщо інше не передбачено договором між ними. Таку диспозитивну норму містить Закон України "Про туризм" (ст. 20). Деякі автори [3, С. 4; 4, С. 128] вважають, що для оформлення відносин

між туроператором та турагентом можуть застосовуватись договори доручення та комісії. В якості аргументів, колектив авторів на чолі з А.Т. Матвієнком наводять той факт, що турагент може здійснювати виключно посередницьку діяльність, а правовідносини, що виникають між сторонами з використанням договорів доручення та комісії також за своєю природою є посередницькими [4, С. 128].

Інший автор, М. Лесик, обґрунтовуючи доцільність використання договорів комісії, наводить той факт, що сторони відповідно до Закону України “Про туризм” мають право передбачити в договорі між ними інші положення, ніж ті, які містить Господарський кодекс України щодо агентських договорів [3, С. 4-5].

Хоча на думку Е.Л. Писаревського, застосування договору комісії і агентського договору у відносинах між туроператорами і турагентами практично виключено, і пов’язано це з правовою природою договорів комісії і надання послуг [6, С. 54]. Аналогічної точки зору дотримується А.Н. Ошноков. Предметом договору на туристичне обслуговування є послуга, яка невіддільна від джерела її надання - виконавця (туроператора і його контрагентів - третіх осіб). Предметом договору комісії є здійснення комісіонером (турагентом) одного або декількох правочинів від свого імені, але за рахунок комітента (туроператора). Звідси слідує основний обов’язок комісіонера - перейняття комісіонером на себе прав і обов’язків за договором на туристичне обслуговування і, отже, відповідальності перед туристом за його порушення [5, С. 63-64].

Історично змістом діяльності комісіонера було здійснення товарообмінних правочинів. Тому механічне перенесення конструкції договору комісії на сферу послуг, на думку Е.Л. Писаревського, не враховує їх (послуг) специфіки: товар існує об’єктивно, послуги ж – невіддільні від виконавця і не можуть існувати поза ним. Турагент у відносинах з туристом «заміщає» собою туроператора, що фактично нівелює його агентський статус, і він перетворюється на квазі-туроператора, проте з обмеженим набором повноважень, а також засобів дії на безпосередніх виробників (виконавців) послуг [6, С. 55].

Дана точка зору представляється спірною, оскільки відповідно до ст. 902 ЦК України виконавець зобов’язаний надати послуги особисто, якщо інше не передбачене договором про надання послуг. Диспозитивність цієї норми дає нам можливість стверджувати, що послуги не є аж на стільки невіддільні від виконавця. На нашу думку, необхідним є закріплення у вітчизняному законодавстві про туризм норми, яка вже міститься в російському законодавстві, і передбачає право туриста вимагати від туроператора або турагента надання йому всіх послуг, що входять в комплексну туристичну послугу, незалежно від того, з ким безпосередньо був укладений договір. Уявляється, що дане положення потрібно ввести з метою захисту інтересів туриста, з тим аби він міг пред’являти вимоги про надання послуг, а також претензії до якості послуг безпосередньо тій особі, з якою він уклав договір про надання туристичних послуг, і не повинен був розшукувати суб’єкта, який сформував відповідний комплекс туристичних послуг, а тим паче безпосередніх виконавців окремих послуг. При цьому турагент, наприклад, що відшкодував туристові збитки, викликані невиконанням або неякісним виконанням туристичної послуги, матиме право стягнути сплачену

суму з туроператора в порядку регресу. Таким чином, при закріпленні такої умови, діючи в рамках договору комісії, турагент зовсім не перетворюватиметься на «квазі-туроператора» з обмеженим набором повноважень у відносинах з туристом, оскільки надаватиме туристові набір послуг, що входять в предмет договору про надання турпослуг, а комплектування послуг забезпечуватиме туроператор відповідно до вимог чинного законодавства, але при невідповідності останніх вимогам до якості, передбачених договором, турист матиме можливість пред'явити претензії безпосередньо до турагента, з яким і укладався договір про надання туристичних послуг.

Тому у випадках, коли турагент є представником туроператора на підставі договору комісії в договорі про надання туристичних послуг, туроператор і турагент в останньому договорі виступають для туриста як єдиний учасник. Хоча при введенні в законодавство, запропонованої нами норми, з практичної точки зору для туриста це не матиме суттєвого значення. Відносини, які виникають між туроператором і турагентом на підставі посередницьких договорів є внутрішніми відносинами в порівнянні із відносинами зовнішніми - між туристичною фірмою та туристом.

Таким чином, ми підтримуємо позицію про необхідність закріплення у вітчизняному законодавстві про туризм норми, яка передбачатиме право туриста пред'являти претензії безпосередньо до суб'єкта з яким він уклав договір, що на нашу думку з метою захисту прав туриста є вкрай необхідним. І тоді внутрішні посередницькі відносини туроператора та турагента зможуть оформлюватись не лише не лише агентським договором та договором доручення, але й договором комісії, і при чому застосування останнього не матиме негативних наслідків для туриста.

Виходячи з можливості застосування всіх трьох видів перелічених договорів, все ж нам уявляється, що найбільш підходящим для врегулювання відносин між туроператором та турагентом є агентський договір, адже саме він на відміну від інших посередницьких договорів, наділяє агента значно ширшим арсеналом дій (і фактичного, і юридичного характеру), а як нами було обґрунтовано на початку, посередництво в туризмі характеризується можливістю вчинення турагентом дій як юридичного, так і фактичного характеру.

1. Балченко З.А. *Бухгалтерський облік в туризмі і готелях України: [Навчальний посібник]* / З.А. Балченко – К.: КУТЕП, 2006. – 232 с.
2. Васильєва В.А. *Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг: [Монографія]* / В.А. Васильєва. - Івано-Франківськ: ВДВ ЦІТ Прикарпатського національного університету ім.В. Стефаніка, 2006. – 345с.
3. Лесик М. *Договор комиссии в туристической деятельности: проблемные вопросы и новации законодательства* / Максим Лесик // *Новости турбизнеса*. – 2004. - № 16 (18). – С. 4 – 5.
4. Матвієнко А.Т. *Науково-практичний коментар до Закону України „Про туризм”* / [Матвієнко А.Т., Прияччук І.В., Лесик М.А., Андрейцев В.В.] - К.: *Науково-дослідний інститут туризму та курортів*, 2006 – 212 с.
5. Ошиноков А.Н. *Гражданско-правовые договоры в сфере международного туризма: [дисс... кандидата юрид. наук]*. - Москва, 2002. – 174 с.

6. Писаревский Е.Л. Положение о лицензировании туроператорской деятельности. Положение о лицензировании турагентской деятельности: : [Научно-практический комментарий] / Е.Л. Писаревский - М.: ИГ «Юрист», 2002. – 128 с.
7. Сальнікова Г.І. Правове регулювання посередництва у підприємницькій діяльності: [автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид.наук: 12.00.03] / Г.І.Сальнікова.- Харків, 2003.- 21 с.

**Гудима Мирослава. Деякі аспекти договірної оформлення посередницьких відносин в туризмі**

У даній статті здійснюється аналіз правового оформлення посередницьких відносин в туристичній діяльності, досліджуються різноманітні можливі договірні конструкції для врегулювання відносин між туроператорами і турагентами, з'ясовано їх особливості, проведено співвідношення, і запропоновано деякі новели для вдосконалення вітчизняного законодавства у сфері туризму, яке стосується зазначених відносин, які б сприяли оптимальної захисту прав туриста.

**Ключові слова:** посередництво, посередницькі договори, договір комісії, договір доручення, агентські договори.

**Гудыма Мирослава. Некоторые аспекты договорного оформлени посреднических отношений в туризме**

В данной статье осуществляется анализ правового оформления посреднических отношений в туристической деятельности, исследуются разнообразные возможные договорные конструкции для урегулирования отношений между туроператорами и турагентами, выяснено их особенности, проведено соотношение, и предложено некоторые новеллы для совершенствования отечественного законодательства в сфере туризма, которое касается указанных отношений, какие бы способствовали оптимальной защите прав туриста.

**Ключевые слова:** посредничество, посреднические договоры, договор комиссии, договор поручение, агентские договоры.

**Myroslava Gudyma. Some aspects of the contractual formulation of agency relationship in tourism.**

This article analyzes the legal registration of agency relationship in tourist activities, researches various possible structures for contract settlement between tour operators and travel agents, determines their features, held value, and proposed some innovations to improve national legislation in the field of tourism, regarding these relationships that would help more effective protection of tourists.

**Key words:** mediation, the mediation agreement, the contract of commission, contract of agency (engagement agreement), agency agreement.

**ЗВАРИЧ Ж.І.**

**ЗАРОДЖЕННЯ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ФОТОГРАФІЧНИХ  
ТВОРІВ НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ РОСІЙ-  
СЬКОЇ ІМПЕРІЇ**

УДК 347.78: 347. 783

Науково-технічний прогрес людства зумовлює виникнення нових об'єктів, що швидко стають звичними елементами повсякденного життя суспільства.



У багатьох випадках вони потребують відповідного реагування зі сторони законодавчих органів для подальшого визначення їхнього правового статусу. Подібна ситуація свого часу склалася і щодо фотографій. Хоча сьогодні вони є невід’ємними атрибутами різноманітних сфер життєдіяльності людей і водночас повноцінними об’єктами авторського права, проте історія виникнення та становлення правової охорони даних об’єктів характеризується складністю та неоднозначністю у прийнятті таких рішень зі сторони законодавчих органів.

Розпочинаючи з моменту винайдення фотографії 1839 року і до її появи на території України пройшло небагато часу. На той час частина сучасної території України належала Російській імперії, а інша – Австрії (пізніше – Австро-Угорщині). У даному дослідженні дається характеристика історії становлення та розвитку авторського права на фотографічні твори на території України, що входила до складу Російської імперії.

**Метою** даної статті є дослідження історії становлення правової охорони авторських прав на фотографічні твори шляхом аналізу перших нормативно-правових актів у сфері авторського права, що діяли на українських землях у складі Російської імперії.

Науково-теоретична праця з даного питання частково проводилася таким науковцями, як К. О. Афанасьєва, В. С. Дроб’язко, Р. Б. Шишка тощо. У основу даного дослідження покладено праці В. Спасовича, С. А. Беляцкіна, П. Казанського.

У Російській імперії, перші спроби правового регулювання авторських прав було здійснено Цензурним статутом 1828 року, де вони ототожнювалися із правом власності. Там основні положення про авторське право висвітлювалися у вигляді 5 статей, які пізніше уряд царської Росії доповнював правилами. У 1830 році ці положення були перероблені і видані під іменем Закону про права творців, перекладачів і видавців, що були доповнені законами 1845 і 1848 років про право музикальної і художньої власності [2, с.8]. Дані акти були прийняті до моменту винайдення фотографії чи хоча б до її поширення територією Російської імперії, тому початкові положення про дані об’єкти права були відсутні.

15 квітня 1857 року строк користування авторськими правами було продовжено з 25 до 50 років. У розрізі даного доповнення законодавства було мимовільно згадано про «твори фотографії», які були включені до переліку творів у ст. 324 Цензурного статуту 1828 року після 14 видання Зводу законів. На них поширювалися умови охорони творів образотворчого мистецтва. Тоді це стало єдиною правовою основою для можливості визнання за фотографіями своїх авторських прав у суді. Проте реальний захист творів фотографії був не можливим. Так, хоч за ст. 324 Цензурного статуту авторські права були визнані у сфері фотографії, проте з іншої сторони, необхідно зауважити, що крім цієї виняткової вставки творів фотографії у перелік об’єктів авторського права, весь Цензурний статут немов ігнорував їх та не представляв ніяких практично можливих способів здійснювати свої авторські права чи захисту від самовільного відтворення іншими особами. Формальні умови, які повинен здійснював художник, а відповідно і фотограф, для охорони твору, були настільки важкими і незручними, що їх ніхто не виконував. Формальності були наступними: ав-

тор спочатку пред'являв і записував свій твір у маклера або судді з детальним описанням сюжету; взяти із книги маклера (судді) виписку, що авторське право на даний твір належить саме йому та повідомити про це імператорську Академію мистецтв, надавши до неї цю виписку і два екземпляри твору. Після цього Академія робила публікацію у відомостях і автор отримував право художньої власності на твір. Як бачимо, проходження всіх цих процедур було тривалим та дорого коштувало авторам, тому стало вважатися неефективним. Також разом із існуючими формальностями негативною була відсутність жодних чітких норм для повноцінної реалізації фотографіями своїх прав.

Як правильно зауважив В. Спасович, говорячи про фотографічні твори як об'єкти авторського права того часу, що тільки скасування таких формальностей допоможе створити раціональну систему охорони авторських прав [7, с. 103]. З іншої сторони, слід відзначити, що позитивним моментом Цензурного статуту стало те, що твори фотографії були прирівняні до всіх інших відомих творів, а особливо те, що не було введено жодних обмежень стосовно строків охорони авторських прав на них.

На основі цього можна ствердити, що практично з моменту появи фотографій на наших землях, законодавчі органи швидко зреагували на них та спробували закріпити їх у нормах авторського права. Цензурний статут 1828 року слід вважати першим нормативно-правовим документом, де фотографічні твори були прирівняні до інших об'єктів авторського права.

У 1887 році Цензурний статут був включений у цивільні закони у вигляді особливого додатку до ст. 420 т. X ч. 1 Зводу Законів[8]. Проте серед об'єктів, які охоронялися авторським правом, уже не було фотографічних творів. Їх було виключено із переліку охоронюваних об'єктів. У цей період почали розробляти нове законодавство про авторське право, а також норми стосовно авторства на фотографічні твори. Вартими уваги є погляди вченого-правознавця В. Спасовича щодо питання про статус фотографічних творів. Як він вважав, поява фотографії дозволила сфотографувати практично всі види творчості, які були визначені Цензурним статутом. У 1846 році, коли затверджувалося Положення про художню власність, вже була відома «даггеротипія», яку тоді було віднесено до видів копіювання. На основі цього, фотографію, як її наступницю, теж можна віднести до копіювання. Також зазначалося, що вона може завдати значної шкоди іншим творам і навіть спричинити контрафакцію – виготовлення творів у значних кількості без правових підстав. На підставі цього В. Спасович вважав, що варто було б розділити фотографії на два види: одні відносити до праці мистецької, а інші – до механічної. Наприклад, коли особа поїхала до іншої країни з фотоапаратом та зробила багато фотографій, витратила чимало часу та зусиль, то хіба вона не заслуговує на визнання свого авторства на твори. Сюди він відносив і ситуацію, за якої особа замовляла зйомку, вигадувала ідею фотографії, придумувала образи і т.д. Індивідуальність фотографа-художника, його манера виявляються у виборі пози, обстановки освітлення, розміщення складок сукні на моделі та тисячі дрібниць, які не помічає інша менш досвідчена особа. Звичайно, таких людей не багато, але і в літературі рідко проявляється талант, тому необхідно провести чітку межу між мистецтвом і не мистецтвом [7, с. 104].

Таким чином, вже на той час серед вчених існували думки про необхідність розмежування фотографій, яким притаманні ознаки об'єктів авторського права, та таких, які не мають таких ознак. Це свідчить про те, що дане питання отримало розвиток на рівні наукової дискусії, що певним чином відобразилася на законодавчому врегулюванні проблеми.

У цей час фотографи своє право авторства на твори зазначали наступним чином: фотографія наклеювалася на картон в рамку-паспарту та підписувалася фотографом вручну. Також використовувалося оформлення знімків вензелями з ініціалами фотографа, датою, місцем та роком виконання знімку. Часто на фотографії зазначалася адреса фотосалону, його назва та види послуг, а рамка-паспарту здійснювала роль рекламного матеріалу. Проте стосовно майнових прав на фотографії, то вважалося, що вони належать підприємцю, який утримує фотосалон. Саме на цьому акцентував увагу один з доповідачів комісії Державної ради з питання включення фотографічних творів до закону про авторське право, коли писав: «Авторське право надається у 99 випадках зі 100 не тому, хто сам здійснює зйомку, а підприємцю, який утримує співробітників, що безпосередньо розставляють [меблі, атрибути зйомки], розсаджують [людей], одним словом беруть участь у процесі творчості. Не вони будуть користуватися вигодами та пільгами авторського права, а підприємець, що навіть може бути юридичною особою, яким-небудь акціонером компанії» [1].

Як бачимо, включенню даних об'єктів у перелік творів передувала аналогічна законодавча практика іноземних держав та міжнародний досвід, адже у ст.1 Завершального протоколу 1886 року Бернської конвенції про охорону літературних та художніх творів було закріплено, що вони користуються захистом тільки у тих державах, які визнали їх художніми творами. Цікавим є зміст тодішніх рішень Міжнародної літературно-артистичної асоціації, в одному з яких зазначалося, що автору належить виключне право на відтворення тим чи іншим способом свого твору, включаючи і авторів фотографій [9, с. 34-35]. Крім цього рекомендувалося, щоб законодавство всіх союзних держав давало охорону фотографічним творам і їм подібним на строк охорони найменше 15 років. На думку П. Казанського, таке побажання було досить справедливе і відповідало розвитку, який мала фотографія у той час [4].

Розробка проекту нового закону тривала 18 років [5, с. 3]. Вона була закінчена прийняттям 20 березня 1911 року Закону про авторське право на літературні, музичні, художні і фотографічні твори, яким було введено Положення про авторське право (далі - Положення)[3, с.2]. У ньому за ст. 1 фотографічні твори стали повноцінними об'єктами авторського права, а їхньому правовому регулюванню було присвячено окремий розділ IV Положення.

Відповідно до ст. 59 даного нормативного акту, фотографу належало виключне право повторення, розповсюдження і видання фотографічного твору світлописним, механічним, хімічним або іншим способом. Авторське право на портрети та інші фотографічні твори, які виконані на замовлення, належали особі, яка зробила замовлення. Іншою статтею встановлювалися і винятки з порушень авторського права на фотографічні твори. До них належали: зняття копії фотографії для особистого користування, її розміщення на публічній виставці,

відтворення із науковою, навчальною метою для пояснення тексту чи виконання у виробих заводської, фабричної та ремісничої промисловості [3, с.42].

Проте у Положенні про авторське право від 1911 року права фотографів не отримали належного захисту. Насамперед, це можна було побачити зі скарг на проект даного закону, де прихильники фотографії висловлювали свої побажання, щоб законодавець врахував технічні особливості фотографічного мистецтва та не створював ряд обмежень для даних об'єктів авторського права. Так, для фотографій була встановлена особлива охорона. Закон визначив обов'язкові формальності, тобто такі обмеження, які не були відомими на той час іншим формам художньої власності. А саме: фотографія не повинна бути анонімною; на ній обов'язково мали бути вказані ім'я, прізвище та адреса автора, а також рік випуску твору у світ; охоронялися тільки ті фотографії, які були зроблені світлописним, механічним та хімічним способом; було дозволено перемальовувати з фотографії [5, с.10]. Вважалося, що внаслідок швидкого розвитку фотографічного мистецтва, автори та видавці цих творів були у більшості випадків невідомі, і це виправдовувало необхідність такого зазначення. Згідно із задумом тодішніх законотворців, недотримання фотографом чи видавцем таких формальностей при виданні фотографічних творів позбавляло їх виключного права на повторення, видання і розмноження своїх творів [6, с. 175].

Крім цього, у ст. 61 даного Положення фотографіям надавалося 10 років охорони, тоді як щодо інших творів застосовувався термін 25 років. Доцільно зазначити, що у законодавствах іноземних держав теж зустрічалися подібні обмеження (наприклад, Австрія, Угорщина, Німеччина, Данія, Норвегія, Фінляндія, Японія тощо), тоді як в інших країнах Європи його не існувало. Це такі як Англія, Бельгія, Нідерланди, де твори фотографії охоронялися протягом такого ж строку, як і всі інші об'єкти авторського права [3, с. 105].

Науковці-цивілісти, які працювали на території нашої держави, у своїй більшості не підтримували діюче обмеження. Наприклад, С. А. Беляцкін вважав, що у випадку, коли право на твір мистецтва існує тільки протягом певного періоду після смерті автора, то це пояснюється особливостями цього права з одного боку, і його суспільним характером – з іншого. Ні цього, ні іншого немає, коли іде мова про фотографії. Відсутність у фотографії дійсних елементів об'єкта авторського права, на думку укладачів Положення про авторське право від 20 березня 1911 року, давало підставу для найбільшого скорочення строків охорони. Проте позиція законодавців, що фотографічний твір через певний проміжок часу втрачав інтерес, була суб'єктивним фактором[1].

Правильно висловився з цього приводу С. А. Беляцкін, що якщо по закінченню строку охорони фотографічного твору на нього все-таки буде попит, то чому його автор має поступатися своїм правом на користь інших осіб. Адже відносно фотографа до свого твору не охороняються як привілей, обмежуючи свободу інших осіб, а як самостійне право на продукт[1]. Можливо, така терміновість являлася нерозумінням різних юридичних категорій та явищ.

У ч. 2. ст. 61 Положення про авторське право від 20 березня 1911 року окремо було виділено фотографічні твори, які були видані у вигляді збірок або серії знімків, які «становили самостійний художній, історичний або науковий інтер-

ес». Такі видання охоронялися законом протягом 25 років, і у випадку, коли існував спір стосовно характеру серії знімків, суд повинен був вирішити, має вона історичний інтерес чи ні.

Згідно з п.3.ст 61 Положення, авторське право на фотографічні твори, які були складовою частиною літературних творів, навіть у додатку до них, продовжувалося на весь строк охорони авторського права на вказані літературні твори [3, с. 44].

Наукові фотографії у сфері астрономії, медицини та мікрофізики прирівнювалися до літературних творів і таким чином на них поширювався загальний строк охорони об'єктів авторського права. Тут бачили явно науковий характер фотографії, засіб інтелектуальних цілей, основа якого полягає не в мистецтві, а в інтелектуальній роботі. На практиці, звичайно, це завдавало чималих труднощів.

Таким чином, Цензурний статут 1828 року із наступними доповненнями закріпив фотографічні твори на законодавчому рівні, водночас спричинивши чимало формальностей для реалізації прав авторів. У Положенні про авторське право від 20 березня 1911 року на законодавчому рівні фотографічним творам було присвячено окремий розділ як самостійним об'єктам авторського права. Одночасно, поставивши охорону фотографічних творів у дуже вузькі правові рамки, даний акт зазнав значної критики зі сторони науковців та авторів фотографій. Давши характеристику даним актам через призму фотографічних творів, слід відмітити, що вони мали вагомий вплив для подальшого розвитку авторських прав. Крім цього, зроблено висновок, що проблеми, які розглядалися науковцями того часу про доцільність поділу фотографій на фотографічні твори та такі, що до них не належать, є актуальними і сьогодні.

1. *Беляцкин С. А. Новое авторское право в его основных принципах: [С прил. закона об авт. праве] / Санкт-Петербург: изд. юрид. кн. скл. «Право», 1912. — 151 с.*
2. *Доклад комиссии Санкт-Петербургскаго литературного общества по поводу проекта Закона об авторском праве. — СПб.: Т-во художественной печати, 1908. - 81 с.*
3. *Займовський С. Г. Авторское право. — М., 1914. — 125 с.*
4. *Казанский П. Международный союз для охраны лит.-арт. Собственности. — О., 1897. — 147 с.*
5. *Пиленко А. Новый закон об авторском праве. — СПб., 1911. — 168 с.*
6. *Проект статей об авторском праве. — СПб., 1899. — 177 с.*
7. *Спасович В. Права авторскія и контрафакція. — СПб., 1865. — 107с.*
8. *Табашиников И. Г. Литературная, музыкальная и художественная собственность. — СПб, 1878. - 568 с.*
9. *Федоров А. Ф. К вопросу об авторском праве на произведения литературные, художественные и музыкальные. — О., 1896. — 38 с.*

*Зварич Ж. І. Зародження правової охорони фотографічних творів на українських землях у складі Російської імперії*

У статті розглядається авторське право на території України в складі Російської імперії в контексті розвитку фотографічних творів. Проаналізовано діюча на той час нормативно-правова база та історичний опит в сфері даного дослідження.

**Ключові слова:** авторське право, фотографічні твори, історія авторського права, права авторів фотографічних творів.

*Зварич Ж. И. Зарождения правовой охраны фотографических произведений на украинских землях в составе Русской империи*

В статье рассматривается авторское право на территории Украины в составе Русской империи в контексте развития фотографических произведений. Проанализирована действующая на то время нормативно-правовая база и исторический опит в сфере данного исследования.

**Ключевые слова:** авторское право, фотографические произведения, история авторского права, права авторов фотографических произведений.

*Zvarych Zh. I. Origin of legal safeguard of photographic on the ukrainian earths in the composition Russian empire*

In article copyright law in the territory of Ukraine in the Russian empire in a context of development of the photographic works are considered. Standard-legal base active at that point in time and historical experience in sphere of the given research is analyzed.

**Keywords:** copyright law, photographic works, history of copyright law, rights of the author of photographic works.

**Зозуляк О.І.**

## **ТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ ВТІЛЕННЯ ТЕОРІЙ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ**

УДК 347.19

Інститут юридичної особи за весь період свого існування викликав неперервний інтерес науковців, ніколи не залишаючись на периферії наукових досліджень. Цивілісти різних періодів: і дореволюційного, і радянського, і особливо, сучасного (адже сьогодні юридична особа по праву займає центральну ланку у структурі ринкової економіки) ставили перед собою ключове питання: у чому сутність юридичної особи і від яких концепцій слід відштовхуватись при визначенні її поняття?

Фундаментом розкриття суті юридичної особи виступають теорії, за допомогою яких висвітлюється феномен цієї складної цивілістичної конструкції. Поверхневий аналіз основних теорій, через які пояснюється сутність юридичної особи призводить до хибного висновку про те, що у цій сфері начебто усе є зрозумілим і таким, що не потребує додаткових досліджень, адже кожна із теорій по-своєму розкриває суть юридичної особи. Втім, більш глибоке дослідження окресленої проблематики дозволяє стверджувати про те, що у цій сфері достатньо ключових питань, на які необхідно дати відповідь. Основне із них – яка із теорій найбільш повною мірою відображає сутність юридичної особи у сучасних умовах. Саме через відповідь на це питання вдається визначити, які ознаки слід закладати у визначення юридичної особи, яким чином підходити до

визначення способів реалізації її цивільної правосуб'єктності, які підходи використати при конструкції умов цивільно-правової відповідальності (особливо в частині конструкції вини).

Актуальним, на нашу думку, видається не стільки розвиток теорій, які відображають одну із складових, що відображають сутність юридичної особи, а в можливості виокремити із уже існуючих теорій їх спільні риси, основоположні ідеї, що можуть лягти у основу розкриття правової природи юридичної особи в цілому та знайти своє послідовне втілення у законодавстві та правозастосовчій практиці.

З огляду на вищезазначене, варто звернутись до особливостей реалізації теорій юридичної особи у сучасному цивільному законодавстві України, що й становитиме *мету даної статті*.

У зазначених цілях звернемося до основних теорій, через які розкривається сутність юридичної особи та межі їх використання сучасним українським законодавцем. А зважаючи на уже класичний для цивілістики поділ дослідників цієї проблеми на прихильників «фікційних» та «реалістичних» теорій, використаємо саме їх.

1) Теорія фікції, що сформульована ще Римським Папою Іннокентієм IV (1224 р.), розвинута у працях Ф.К. Савінї та інших німецьких правників і користується популярністю в сучасних умовах. Маючи суттєвий вплив на формування вчення про сутність юридичної особи, вона трансформувалась в окремі напрями, кожен з яких по-своєму пояснює сутність останньої. Серед них варто назвати, зокрема, теорію «правового засобу», концепцію, відповідно до якої юридична особи визнавалась «прийомом юридичної техніки». Окремим вагомим напрямом теорії фікції виступає так звана теорія цільового майна, за якою юридична особа є нічим іншим як персоніфікована ціль, оскільки метою створення юридичної особи являється управління майном.

Своєрідний варіант розвитку теорії фікції був закладений в «теорії інтересу», за якою права та обов'язки юридичної особи належать тим реальним фізичним особам, які фактично використовують спільне майно і отримують від нього вигоду. Саме через їх спільний інтерес і реалізується юридична особа. Втім, не вдаючись до глибинної характеристики кожного із напрямів, зазначимо, що у їх основі лежить близька за своїми рисами ідея, сутність якої полягає у тому, що сама юридична особа є інструментом юридичної техніки, а її діяльність полягає в легалізації економічної діяльності фізичних осіб з включенням до господарського обігу певного майна. «Юридична особа існує тільки в понятті і завдячуючи фікції, вона не має тіла, а, отже, не володіє волею. Діяти можуть тільки її члени, але не сама корпорація, через що юридична особа не може вчинити злочин, не може бути відлучена від церкви» - писав Л.Л. Герваген [1, с. 19-20]. Прихильники теорії фікції юридичної особи наполягають на тому, що насправді немає ніякого суб'єкта права, просто держава за допомогою припущення, фікції створює штучного суб'єкта.

Слід зазначити, що фікційна теорія юридичної особи користується популярністю більшою мірою серед російських цивілістів. Для прикладу, І. П. Грешніков вважає юридичну особу абстрактною правовою конструкцією, яка дозволяє

різним колективним утворенням одержувати правовий статус, необхідний для виходження до кола суб'єктів цивільного права» [2, с. 158].

Вважаємо, що на сьогодні невинувато трактувати сутність юридичної особи виключно з точки зору теорії фікції, адже за своєю суттю і призначенням право врегулює тільки ті відносини, що існують між реальними суб'єктами, воно не врегулює і не пояснює сутність тих правових явищ, що не мають реального існування, а існують як припущення. Той факт, що держава визнає за юридичною особою її статус як суб'єкта права однозначно не дає підстав вважати останню фікцією навіть з огляду на те, що держава закріплює правовий статус і за фізичними особами, визначаючи обсяг їх цивільної правоздатності, види дієздатності тощо. Слід погодитись із В. Й. Кіселем, що визнання юридичної особи абстракцією або інструментом юридичної техніки може призвести до антинаукового висновку про те, що і фізична особа є нічим іншим як продуктом правопорядку, адже цей статус їй також необхідний лише для участі у цивільних та інших правовідносинах [3, с. 192]. І взагалі, на нашу думку, слід досить обережно використовувати щодо юридичної особи такі характеристики як абстрактність, штучність, фікційність, тим більше в якості синонімів, як це інколи можна зустріти в літературі, бо кожна із них несе різне змістове навантаження, а до останньої (юридичної особи) мову можна вести лише про штучність. Дійсно, в порівнянні з фізичною особою, як природним суб'єктом цивільного права, юридична особа характеризується штучною правовою природою і цим обумовлені її особливості як суб'єкта відносин приватноправової сфери.

Враховуючи тенденції розвитку сучасної цивілістичної доктрини, український законодавець в порівнянні із законодавцем радянської доби не особливо використовує «фікційну» теорію юридичної особи. Але, тим не менше, у ЦК України можна знайти норми, які, якщо не прямо, то опосередковано розкривають сутність юридичної особи з позиції теорії фікції.

Так, відповідно до ст. 80 ЦК України, юридична особа – це організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. А згідно з ч. 4 ст. 91 ЦК України цивільна правоздатність юридичної особи виникає з моменту її створення і припиняється з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення. У даних статтях зроблено вказівку, що саме державна реєстрація юридичної особи є однією із її основних ознак, а також вказано на момент виникнення та припинення цивільної правоздатності юридичної особи, що також пов'язується із державною реєстрацією. Це основні норми, що дають на сьогодні можливість прихильникам фікційної теорії наполягати тому, що сутність юридичної особи законодавець розкриває саме за допомогою окресленого підходу.

Іншою нормою, яку адепти теорії фікції можуть використати як втілення зазначеної концепції є ст. 92 ЦК України, де йдеться про особливості реалізації цивільної дієздатності юридичної особи, в тому числі через її органи. І от власне розуміння «органу» не як дій самої юридичної особи, а як відносин представництва, використовується як підкріплення законодавчого використання цієї ж теорії. Але у цій же статті немає легального визначення категорії «орган» юридичної особи, що дозволяє цивілістичній доктрині розвивати міркування щодо



того, що дії органу – це і власне є дії самої юридичної особи, а це вже прояв реалістичної теорії юридичної особи, про яку йтиметься далі.

2) Реалістична теорія, відповідно до якої юридична особа виступає як реальний суб'єкт права. Еннексерус Л. стверджував: «Юридична особа діє самостійно, через свої органи, дії яких в межах визначеної компетенції вважаються діями самої юридичної особи» [4]. Як і в рамках попередньої теорії, серед реалістичної концепції юридичної особи виокремились певні напрями, зокрема, «органічна теорія», «теорія соціальної реальності». Окремо варто виділити самостійні, але, тим не менш, які наближені до реалістичної концепції, найбільш поширені у радянський період (і до речі мали непересічний вплив на формування сучасних законодавчих підходів у визначенні організаційно-правових форм юридичних осіб) теорії «директора», «колективу», «держави». Втім, якби не були розставлені акценти у зазначених теоріях, об'єднуючим критерієм для них залишається розуміння юридичної особи як реально існуючого суб'єкта цивільного права.

Варто зазначити, що вітчизняна цивілістична доктрина тяжіє до розуміння юридичної особи як реального суб'єкта цивільного права [3, с. 194; 5, с. 5] Так, зокрема, В.М. Кравчук вірно відзначає, що юридична особа – це реально існуюче соціальне утворення, сутність якого полягає у певним чином організованих відносинах між особами [5, с. 5]. Фогельсон Ю. Б. пише: «У соціальній реальності є організації, для опису яких і використовується конструкція «юридична особа». Вони - не фікція і не плід фантазій юристів і існують незалежно від права та правознавства. Просто організації «живуть» в ідеальній частині соціальної реальності, але їх «життя» та їх права, наприклад, право на майно, не стають від цього менш значимими і менш реальними, ніж права громадян» [6, с. 41].

На нашу думку, сьогодні є достатньо підстав розкривати сутність юридичної особи саме з точки зору реалістичної теорії. По-перше, діяльність юридичної особи не залежить від конкретного складу осіб, що її наповнюють, склад юридичної особи може змінюватись, але мета її діяльності залишається незмінною. Свого часу з цього приводу дуже влучно висловився Б.Б. Черепакін: «Не можна ототожнювати юридичну особу з її наявним людським складом, як не можна ототожнювати ріку з тією масою води, яка заповнює її русло в даний момент. Вода змінюється (витікає, випаровується, наповнюється новою), а ріка в своєму руслі залишається незмінною, як визначена єдність. Основним завданням інституту юридичної особи виступає створення суб'єкта прав та обов'язків, який існує та діє незалежно від зміни (часткової чи навіть повної) його людського субстрату. У цьому важлива характеристика юридичної особи. Чим далі просунувся процес відокремлення юридичної особи та її майна від її учасників та їх власного майна, тим досконаліша юридична особа, тим стійкіше служіння цілям, які поставлені перед нею» [7, с. 46].

По-друге, юридичні особи, особливо ті, що належать до корпоративного типу, наділяються відокремленим майном, що характеризує юридичну особу як майново відокремлену, самостійну структуру.

По-третє, будучи майново відокремленою, юридична особа самостійно несе відповідальність за своїми зобов'язаннями, а особи, що її наповнюють не несуть

відповідальності за її результати своїм майном. Зазначені особливості, за якими розкривається сутність юридичної особи з точки зору реалістичної концепції доволі послідовно втілюються у національному цивільному законодавстві.

Так, У ЦК України вміщено достатньо ключових норм, які втілюють у собі основні положення реалістичної концепції юридичної особи. Основоположною нормою ЦК України, що свідчить про сприйняття юридичної особи як реально-го суб'єкта цивільного права, крім ст. 91, яка присвячена визначенню цивільної правоздатності, включено статтю 92, в якій вперше визначаються особливості цивільної дієздатності юридичної особи з однойменною назвою «Цивільна дієздатність юридичної особи». І хоча у зазначеній статті відсутнє легальне визначення цивільної дієздатності юридичної особи, у ній закладені способи її реалізації, врегульовані особливості формування органів юридичної особи, закладені принципи та межі здійснення органами своїх повноважень, а це свідчить про значний поступ вперед в частині законодавчого сприйняття реалістичної концепції юридичної особи.

Крім того, у світлі ч. 1 ст. 92 ЦК України, де визначено, що юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону, вже порушена в межах цієї статті проблема щодо розуміння органів юридичної особи тяжіє до реалістичної концепції. А це дозволяє стверджувати, що в діях органу, діє сама юридична особа.

Іншим прикладом втілення реалістичної концепції юридичної особи у цивільне законодавство є її майнова самостійність. І хоча легальне визначення юридичної особи за ЦК України 2003 р. у порівнянні із Цивільним кодексом УРСР 1963 р. не містить вказівки на таку ознаку юридичної особи як її майнова відокремленість, проте не можна говорити, що ця ознака втратила свої значення. Так, відповідно до ч. 2 ст. 96 ЦК України, юридична особа відповідає за своїми зобов'язаннями усім належним їй майном, чим підкреслюється значення майнової відокремленості юридичної особи. Виходячи із цього, важливою функцією майнової відокремленості юридичної особи є забезпечення реальної участі юридичних осіб у цивільно-правових відносинах, виступ у якості основи реалізації її цивільної правосуб'єктності [8, с. 122].

Не менш важливе значення у частині сприйняття законодавцем теорії реальності юридичної особи є ч. 1 ст. 96 ЦК України, за якою юридична особа самостійно відповідає за своїми зобов'язаннями. Положення зазначеної статті отримали своє послідовне вираження у ч. 2 ст. 140 ЦК України, де визначено, що учасники товариства з обмеженою відповідальністю не відповідають за його зобов'язаннями і несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, у межах вартості своїх вкладів; ч. 2 ст. 151 ЦК України, відповідно до якої учасники товариства з додатковою відповідальністю солідарно несуть додаткову (субсидіарну) відповідальність за його зобов'язаннями своїм майном у розмірі, який встановлюється статутом товариства і є однаково кратним для всіх учасників до вартості внесеного кожним учасником вкладу; ч. 2 ст. 152 ЦК України, якою визначено, що акціонерне товариство самостійно відповідає за своїми зобов'язаннями усім своїм майном. Акціонери не відповідають

за зобов'язаннями товариства і несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, у межах вартості акцій, що їм належать. У даних нормах дуже наглядно простежується самостійність відповідальності за своїми зобов'язаннями юридичних осіб та підтверджується міркування О. С. Яворської, яка цілком вірно відзначає, що використання конструкції «юридична особа» дозволяє провести майнове розмежування між «своїм», «приватним» і «не своїм», що передане у власність юридичної особи. Таким чином мінімізуються майнові ризики ведення діяльності з використанням, створенням юридичної особи, вирішуються питання розмежування майнової відповідальності засновників, учасників та «іхньої» юридичної особи за цивільними зобов'язаннями [9, с. 35].

Підсумовуючи, слід констатувати той факт, що сприйняття тієї чи іншої теорії юридичної особи залежить від рівня економічного розвитку суспільства. З огляду на це, цивілістична доктрина повинна відштовхуватись від економічних та соціальних потреб та закладати у визначення юридичної особи ті ознаки, які б максимально їм відповідали. З точки зору розвитку цивільного законодавства за окресленим напрямом, важливо, щоб позиція законодавця у нормотворчій діяльності була виваженою, не «розчинялась» в розмаїтті різних теорій юридичних осіб, пояснюючи одні ознаки юридичної особи з точки зору фікційної чи інших теорій, а інші – виходячи із реалістичної концепції юридичної особи, а відштовхувалась від однієї теорій юридичної особи, що забезпечить єдність легальних підходів до розуміння цієї непростой категорії цивільного права. А в контексті розкриття сутності юридичної особи у нормах вітчизняного цивільного законодавства варто підтримати законодавця у тих кроках, котрі вже зроблені на шляху втілення реалістичної теорії юридичної особи у положеннях ЦК України, що сприятиме зростанню ролі юридичних осіб як учасників відносин приватноправової сфери.

1. Герваген Л. Л. Развитие учение о юридическом лице [Текст] / Л. Л. Герваген. – СПб., типография И. Н. Скороходова, 1888. – 91 с.
2. Грешиников И. П. Субъекты гражданского права : юридическое лицо в праве и законодательстве [Текст] / И. П. Грешиников. – СПб., Юрид. Центр Пресс, 2002. – 334 с.
3. Кісель В. Й. До питання про сутність юридичної особи / [Текст] В. Й. Кісель // *Методологія приватного права: сучасний стан та перспективи розвитку* (м. Київ, 22–23 травня 2009 року) : збірник матеріалів II Міжн. наук.-практ. конф. «Методологія частного права: современное состояние и перспективы развития» / ред. кол. О. Д. Крупчан (голова), Н. С. Кузнецова, Я. М. Шевченко та ін. – К. : НДІ приватного права і підприємництва АПРН України, 2009. – С. 191-195.
4. Эннеккерус Л. Курс германского гражданского права. Введение и общая часть [пер. с нем. К.А. Граве, Г.Н. Полянский, В.А. Альтшулер]. – М. – Издательство иностранной литературы. – 1949. – 379 с.
5. Кравчук В.М. Соціально-правова природа юридичної особи : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право, цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право» / В.М. Кравчук. - Львів, 2000. – 21 с.

6. Фогельсон Ю. Б. О реальности юридических лиц [Текст] / Ю. Б. Фогельсон // Правоведение. - 1996. - № 2. - С. 30 – 42.
7. Черепяхин Б.Б. Волеобразование и волеизъявление юридического лица [Текст] / Б.Б. Черепяхин // Правоведение. - 1958. - № 2. - С. 43-50.
8. Зозуляк О. І. Поняття майнової відокремленості як ознаки юридичної особи [Текст] / О. І. Зозуляк // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України : збірник наукових статей. – Вип. XXVI. – 2011. – С. 120-125.
9. Яворська О. С. Проблеми зловживання конструкцією «юридична особа» і майнової відповідальності її засновників / О. С. Яворська // Проблеми охорони прав суб'єктів корпоративних правовідносин [Текст]: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції присвяченій 10-ій річниці створення Лабораторії з вивчення проблем корпоративного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України 23-24 вересня 2011. - Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет ім. Василя Стефаника, 2012.

**Зозуляк О. І. Теоретичний аналіз втілення теорій юридичної особи у цивільному законодавстві України**

У статті досліджуються теоретико-правові питання, пов'язані із втіленням теорій юридичної особи у цивільному законодавстві України. На основі аналізу цивілістичної доктрини автором статті зроблено висновок про те, що вітчизняне цивільне законодавство у нормативному визначенні сутності та ознак юридичної особи повинно відштовхуватись від реалістичної теорії юридичної особи.

**Ключові слова:** юридична особа, теорії юридичної особи.

**Зозуляк О.И. Теоретический анализ воплощения теорий юридического лица в гражданском законодательстве Украины**

В статье исследуются теоретико-правовые вопросы, связанные из реализацией теорий юридического лица в гражданском законодательстве Украины. На основании анализа гражданско-правовой доктрины автором статьи сделан вывод о том, что ответственное гражданское законодательство в нормативном определении юридического лица должно использовать реалистическую теорию юридического лица.

**Ключевые слова:** юридическое лицо, теории юридического лица.

**Zozuliak O.I. Theoretical analysis of entity theory embodiment in civil law of Ukraine**

The theoretical and legal issues related to implementation of theories of legal entity in the civil legislation of Ukraine are researched in the article. On the basis of the civil doctrine analysis the author of the article concludes that the domestic civil law in the process of normative definition of the essence and characteristics of the legal entity must start from a realistic theory of legal entity.

**Key words:** legal entity, entity theories.

## **ДОГОВІР НАЙМУ (ОРЕНДИ) ЖИТЛА ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ПРО ПЕРЕДАЧУ МАЙНА В КОРИСТУВАННЯ**

УДК 347.453.3

**Постановка проблеми.** З поступальним розвитком й урізноманітненням цивільно-правових відносин усе більшого поширення набувають договірні зобов'язання про передачу майна у користування. Система договорів про передачу майна у користування є досить розгалуженою, що обумовлено природою відповідних правовідносин та особливостями предмету конкретного правочину. Серед них значну увагу варто приділити саме договору найму (оренди) житла, оскільки вирішення питання із житлом було і залишається однією з найгостріших проблем переважної більшості громадян у нашій державі.

Відносини, пов'язані з передачею у користування житла, яке перебуває у приватній власності, регулюються значною кількістю нормативних актів, у тому числі підзаконних. Однак, детальний аналіз чинного законодавства дає підстави стверджувати, що правове регулювання вказаних правовідносин містить низку колізій, прогалин та суперечностей, зокрема, і щодо понятійного апарату. З огляду на це, договір найму (оренди) житла як підстава виникнення зобов'язання про передачу майна в користування вимагає глибокого теоретично-правового дослідження та вироблення пропозицій щодо удосконалення нормативно-правового регулювання вказаних правовідносин.

Проблематика укладення договорів про передачу житла у користування неодноразово піднімалась різними науковцями. Так, найбільш фундаментальним у цій сфері на сьогодні є дисертаційне дослідження Гуляк Я. В. «Договір найму (оренди) житла за цивільним законодавством України» 2005 р. [1]. Однак, з огляду на постійні зміни у чинному законодавстві, багато теоретичних положень, викладених у вказаній праці вимагають перегляду та доповнення. Варто також зауважити, що деякі проблеми укладення та виконання договору найму житла були також предметом спеціальних досліджень таких науковців як: В. Я. Бондар [2], М. К. Галянтич [3], Н. О. Санихметова [4], Є. О. Харитонов [5] та ін.

**Завданням статті** є спроба теоретично-правового аналізу договору найму (оренди) житла, що перебуває у приватній власності, як підстави виникнення зобов'язання про передачу майна у користування.

Договір найму (оренди) житла є одним із способів реалізації права громадян на житло, яке передбачене та гарантоване ст. 47 Конституції України [6]. Загальний порядок реалізації вказаного права шляхом укладення цивільно-правових договорів регулюється Цивільним [7] та Житловим [8] кодексами України (далі – відповідно, ЦК та ЖК), а також деякими іншими нормативними актами. Разом з тим, кожен з перерахованих законодавчих актів оперує власним категоріальним апаратом для позначення одних і тих же договірних правовідносин з передачу житла у користування. Так, Основний Закон держави використовує

поняття «оренда житла», ЦК застосовує категорію «найм (оренда) житла», а ЖК – «найм жилого приміщення». Така ситуація не сприяє однозначному тлумаченню та застосуванню норм законодавства, а також створює суперечності при їх практичному застосуванні.

Спробуємо більш детально висвітлити дану проблематику. Так, в науковій літературі досить тривалий час існував спір щодо співвідношення понять договорів «оренди» та «найму», однак з прийняттям ЦК України 2003 року цей спір було вирішено шляхом ототожнення вказаних категорій. На нашу думку, з огляду на таке законодавче ототожнення, для чистоти юридичних конструкцій варто використовувати одне поняття «найм житла» без його дублювання більш вужчим в теоретично-правовому розумінні поняттям «оренда».

Крім того, і досі залишається не вирішеною проблема одночасного застосування таких категорій як «житло» та «жиле приміщення», оскільки вони відрізняються за своїм змістом. Зокрема, відповідно до ст. 379 ЦК України житлом фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них. Натомість, згідно з наказом Державного комітету з будівництва та архітектури № 80 від 18.05.2005 р. «Державні будівельні норми України. Будинки і споруди. Житлові будинки. Основні положення ДБН В.2.2-15-2005» [9] житловим (жилим) приміщенням є опалюване приміщення, розташоване у надземному поверсі, призначене для цілорічного проживання і яке відповідає санітарно-епідеміологічним вимогам щодо мікроклімату і повітряного середовища, природного освітлення, допустимих рівнів нормованих параметрів відносно шуму, вібрації, ультразвуку та інфразвуку, електричних та електромагнітних полів та іонізуючого випромінювання.

Як вважається, термін «жиле приміщення», яким оперує ЖК, відображає більш технічні характеристики об'єкту, аніж його правову природу і сутність. Оскільки, останнє є більш важливим для визначення предмета договору найму (оренди), то доцільним є використання саме категорії «найм житла», а не «найм жилого приміщення». Разом з тим, категоріальна неоднозначність і досі має місце в нормативних актах, зокрема, прийнятих порівняно нещодавно. До прикладу, у роз'ясненні Мін'юсту України від 05.01.2011 р. «Договір найму (оренди) житлового приміщення» [10] одночасно використовуються поняття «договір оренди житла», «договір найму (оренди) житла», «договір найму житлового приміщення», а також «договір найму (оренди) житлового приміщення». Зрозуміло, що така різноманітність категорій, якими визначається один і той же договір є неприпустимою для законодавства.

Переходячи до розкриття правової природи договору найму (оренди) житла, насамперед зазначимо, що відповідно до ч. 1 ст. 810 ЦК під ним розуміють договір, за яким одна сторона – власник житла (наймодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (наймачеві) житло для проживання у ньому на певний строк за плату. Це визначення є загальним і охоплює своїм змістом всі договори найму (оренди) житла, предмет яких може перебувати у державній, комунальній та приватній власності.

Разом з тим, договір найму (оренди) житла, що є об'єктом права державної або комунальної власності, має спеціальне нормативно-правове регулювання і

відрізняється наявністю деяких елементів адміністративних правовідносин та специфічними особливостями в порівнянні з договором найму (оренди) житла, що є об'єктом права приватної власності. Останній, в свою чергу, опосередковує ринкові відносини, що виникають у житловому секторі, і має яскраво виражені ознаки приватного договірної права. Саме він є предметом дослідження цієї статті.

Договір найму (оренди) житла в приватному житловому фонді є одним із видів цивільно-правових договорів, спрямованих на тимчасову передачу майна (житла) в користування за плату і є підставою виникнення правовідносин, пов'язаних із використанням житла для проживання. Іншими словами цивільно-правовий договір найму (оренди) житла є домовленістю двох або більше сторін, яка спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків щодо тимчасового користування житлом для проживання в ньому за плату.

Договір найму (оренди) житла направлений на задоволення житлової потреби наймача і носить споживчий характер, тому житло може використовуватися лише для проживання в ньому. Виходячи з того, що договір найму (оренди) житла укладається з чітко визначеною і закріпленою в законодавстві метою – для проживання в ньому, то такий договір є казуальним. З огляду на це, використання житла наймачем не за цільовим призначенням, встановленим договором, може потягти за собою розірвання договору з ініціативи наймодавця на підставі ч. 4 ст. 825 ЦК, з наступним виселенням наймача без надання йому іншого житла, що передбачено ст. 826 ЦК.

Продовжуючи характеристику правової природи договору найму (оренди) житла слід зазначити, що він є двостороннім, оскільки кожна із сторін (як наймач, так і наймодавець) мають взаємні права та обов'язки. Так, згідно з ч. 1 ст. 810 ЦК наймодавець (власник житла) передає або зобов'язується передати наймачеві житло, а наймач використовувати його для проживання за плату.

У ст. 640 ЦК встановлено загальне правило, згідно з яким договір вважається укладеним з моменту досягнення сторонами згоди, тобто за загальним правилом усі договори є консенсуальними, якщо актом цивільного законодавства не встановлено, що для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії. Таких винятків щодо укладення договору найму (оренди) житла, яке перебуває у приватній власності, не встановлено, отже він є консенсуальним. Так, обов'язок наймодавця надати житло в користування, так само як і обов'язок наймача вносити плату за користування житловими приміщеннями виникає з моменту досягнення його сторонами домовленості про це, а фактичні дії відбуваються вже після досягнення такої домовленості.

Як прийнято вважати в науці, відплатними є договори, в яких дія однієї особи компенсується відповідною дією іншої. Що стосується оплатності договору найму (оренди) житла, то відзначимо, що відповідно до ч. 5 ст. 626 ЦК України договір є відплатним, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає із суті самого договору. З огляду на це, договір оренди (найму) житла вважається відплатним, оскільки з моменту укладення договору у наймача виникає обов'язок вносити за користування ним плату. Тобто, з одного боку на-

ймач, виплачуючи встановлену суму наймодавцеві, одержує в користування його майно; з іншого боку, наймодавець, надаючи право користування житлом, одержує право на плату за найм.

Не виникає також сумнівів щодо строковості договору найму (оренди) житла, оскільки останнє передається в тимчасове користування і у наймача відсутнє право на придбання цього житла у власність шляхом приватизації.

Переходячи до характеристики елементів договору найму (оренди) житла, потрібно зазначити, що його сторонами можуть бути фізичні та юридичні особи. Наймодавцем обов'язково має бути особа, якій на праві власності належить предмет договору – житло. З огляду на це, норми договору найму (оренди) житла не можуть поширюватись на помешкання, яке визнане самочинним будівництвом, оскільки особа, яка здійснила або здійснює таке самочинне будівництво, не набуває права власності на нього, крім випадків, передбачених ч. 3 і 5 ст. 376 ЦК.

Наймачем є особа, яка наймає житло з метою проживання в ньому. Якщо наймачем є юридична особа, вона може використовувати житло лише для проживання в ньому фізичних осіб, що передбачено ч. 2 ст. 813 ЦК. В такому випадку у договорі потрібно зазначати осіб, які будуть постійно проживати у приміщенні, яке наймається.

Особливу увагу привертає до себе питання форми договору найму (оренди) житла. Так, відповідно до ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [11] обов'язковій державній реєстрації підлягає, крім інших, право користування (найму, оренди) будівлею або іншими капітальними спорудами, їх окремими частинами. Крім того, відповідно до ст.ст. 793 та 794 ЦК договір найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини), укладений на строк не менше ніж на три роки, підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації. З цього можна зробити висновок, що договір найму (оренди) житла укладений на три і більше років мають бути нотаріально посвідчені та підлягають державній реєстрації. Однак, відповідно до Кодексу житло як об'єкт нерухомості виокремлено в окрему правову категорію і не може ототожнюватися з об'єктами, речові права щодо яких виникають з підстав, визначених главі 58 «Найм (оренда)» ЦК. Тому при укладенні договору найму (оренди) житла слід керуватися положеннями глави 59 ЦК «Найм (оренда) житла», які є спеціальними для правовідносин цього виду і вказують на письмову форму договору (ч. 1 ст. 811), та не передбачають обов'язку нотаріального посвідчення та державної реєстрації вказаних договорів. Винятком є лише договір найму (оренди) житла з викупом (який не є предметом дослідження цієї статті), до якого в ч. 1, 2 ст. 811 ЦК міститься вимога щодо обов'язкового нотаріального посвідчення та державної реєстрації.

Отже, до договорів найму (оренди) житла не застосовуються положення ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», а також ст.ст. 793 та 794 ЦК щодо необхідності обов'язкового нотаріального посвідчення та державної реєстрації договору оренди, який укладається строком на три роки і більше.



Як відомо, для того щоб договір вважався укладеним та породив правові наслідки потрібно щоб сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору (ч. 1 ст. 638 ЦК України). Досягнення згоди сторонами договору щодо всіх його істотних умов в установленій законодавством формі є складним юридичним фактом (юридичним складом), з яким пов'язується виникнення договірних відносин та набуття договором законної сили. З огляду на це від якості правового регулювання істотних умов багато в чому залежить стабільність та ефективність договірних відносин.

Правовий режим істотних умов договору встановлюється ст. 638 ЦК України. До них відносяться умови про предмет договору, умови, що визначаються законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Що стосується договору найму (оренди) житла (без викупу), то в Главі 59 ЦК можна знайти спеціальні вимоги щодо поіменованих істотних умов для договорів даного виду. Ними є предмет договору (ст. 812 ЦК), розмір плати за користування житлом (ст. 820 ЦК) та строк дії договору.

Як ми бачимо, предмет договору у будь-якому випадку виступає істотною умовою договору, тому його чітке та однозначне розуміння має велике практичне значення, оскільки будь-який договір вважають неукладеним, якщо не визначений його предмет. Виходячи зі змісту ст. 812 ЦК, предметом договору найму (оренди) житла, можуть бути помешкання, зокрема, квартира або її частина, житловий будинок або його частина. Під житловим будинком, відповідно до ч. 1 ст. 380 ЦК потрібно розуміти будівлю капітального типу, споруджену з дотриманням вимог, встановлених законом, іншими нормативно-правовими актами, і призначену для постійного у ній проживання. В свою чергу квартирою є ізольоване помешкання в житловому будинку, призначене та придатне для постійного у ньому проживання (ч. 1 ст. 382 ЦК). Разом з тим, ЦК не містить дефініції частини житлового будинку чи квартири, а також порядку їх визначення, що на практиці може призводити до низки ускладнень та суперечностей.

Враховуючи положення ст. 379 ЦК, перелік помешкань, які можуть бути предметом договору найму (оренди) житла, передбачених в ст. 812 ЦК, не є вичерпним. Тобто ними можуть бути й інші будівлі, споруди і приміщення, які придатні для постійного проживання, належать наймодавцеві на праві приватної власності і зареєстровані як нерухомість. Особливістю цих об'єктів є також те, що вони належать до нерухомих речей, з визначеними індивідуальними ознаками і є неспоживчими.

Придатність помешкання до постійного проживання у ньому є єдиною вимогою до предмету договору найму (оренди) житла, закріпленою в ч. 2 ст. 812 ЦК. Придатність житла для проживання визначається згідно з постановою Ради міністрів УРСР від 26 квітня 1984 р. №189 «Про порядок обстеження стану жилих будинків з метою встановлення їх відповідності санітарним та технічним вимогам та визнання жилих будинків і жилих приміщень непридатними для проживання» [12]. Вимоги щодо інших характеристик помешкання сторони можуть обумовити в договорі додатково.

Характеризуючи предмет договору найму (оренди) житла варто зазначити, що ч. 3 ст. 812 ЦК встановлює, що наймач житла у багатоквартирному житловому будинку має право користування майном, що обслуговує будинок. При цьому, укладати додатковий договір, чи обумовлювати це у договорі найму (оренди) житла не потрібно. Це правило ґрунтується на положенні ст. 186 ЦК про спільне призначення головної речі і її приналежності. Відзначимо, що до майна, яке обслуговує будинок, належать приміщення загального користування або допоміжні приміщення багатоквартирного будинку – приміщення, призначені для забезпечення експлуатації будинку та побутового обслуговування його мешканців.

Плата за користування житлом, на нашу думку, також є істотною умовою договору найму (оренди) житла. Це обумовлюється тим, що за своєю природою цей договір є оплатним. Крім того, у ст. 820 ЦК прямо вказано, що розмір плати за користування житлом встановлюється у договорі найму житла. Особливістю цивільно-правового регулювання вказаних правовідносин є також законодавче обмеження максимального розміру плати за користування житлом, який може бути передбачений договором. Припис цієї норми має імперативний характер, оскільки категорично визначає, що, коли законом передбачений максимальний розмір плати за користування житлом, плата, встановлена у договорі, не може перевищувати цього розміру. У цьому, на наш погляд, проглядається відлуння адміністративно-командного способу врегулювання правовідносин, а також певне обмеження важливого цивільно-правового принципу свободи договору.

Переходячи до аналізу змісту договору найму (оренди) житла, зазначимо, що основними правами та обов'язками сторін, які випливають із суті договору, є наступні: обов'язок наймодавця передати наймачеві житло для проживання у ньому; обов'язок наймачем використовувати житло за його призначенням, тобто, для проживання в ньому; обов'язок наймача правильно і своєчасно сплачувати плату за користування житлом. Зазначеним обов'язкам кореспондує право наймача вимагати передачі йому житла для проживання; право наймодавця вимагати використання житла відповідно до його призначення, а також право наймодавця вимагати плати за проживання.

Інші права та обов'язки, які утворюють безпосередній юридичний зміст цивільних відносин, що випливають з цивільно-правового договору найму (оренди) житла Я. В. Гуляк пропонує називати «звичайними» [1, с. 16-17]. До них відносяться, обов'язки наймодавця щодо забезпечення: придатності для постійного проживання у наданому наймачеві помешканні (ч. 2 ст. 812 ЦК); можливості користування наймачем житла майном, що обслуговує багатоквартирний житловий будинок (ч. 3 ст. 812 ЦК); проведення капітального ремонту, якщо інше не встановлено договором (ч. 2 ст. 819 ЦК); реалізацію переважних прав наймача цього житла на укладення договору на новий строк, а у випадку продажу – на купівлю цього житла (ч. 1, 2 ст. 822 ЦК), а також обов'язки наймача використовувати житло для проживання в ньому відповідно до договору і призначення приміщення (ч. 1 ст. 815 ЦК); забезпечувати збереження житла (ч. 1 ст. 815 ЦК); підтримувати житло в належному стані (ч. ст. 815 ЦК); не проводити перевлаштування та реконструкцію житла без згоди наймодавця (ч. 2 ст. 815 ЦК) тощо.

Отже, підсумовуючи, можна сказати, що договір найму (оренди) житла є казуальним, двостороннім, консенсуальним, оплатним і строковим. Він слугує задоволенню однієї з основних матеріальних потреб людини – забезпечення її житлом і є підставою виникнення зобов'язання про передачу власником помешкання, придатного для постійного проживання у ньому в користування іншої особи на певний строк за плату.

Договір найму (оренди) житла є досить поширеним у нашій державі, проте, його законодавче регулювання не позбавлене суперечливих моментів, що негативно впливає на правозастосовну практику. Зокрема, серед інших, суттєвою проблемою є використання в низці нормативно-правових актів не уніфікованого категоріального апарату щодо назви договору найму (оренди) житла, який налічує декілька різних визначень одного правового явища. Така ситуація, безумовно, є неприпустимою для законодавства та нормотворчої техніки. Для вирішення вказаної проблеми нами було запропоновано для позначення відповідних правовідносин використовувати єдиний термін «найм житла», для чого привести у відповідність визначення термінів у всіх нормативно-правових актах, які діють у цій сфері.

1. Гуляк Я. В. *Договір найму (оренди) житла за цивільним законодавством України*. : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. — Одеська національна юридична академія. — О., 2005. — 24 с.
2. Бондар В. Я. *Види договорів найму жилих приміщень // Тези доповідей і наукових повідомлень науково-практичної конференції «Проблеми і перспективи розвитку та реалізації законодавства України»*. — К.: ІДП НАНУ, 2001. — С. 29-31.
3. *Галаянтіч М. Розвиток житлового законодавства України: цивільно-правові проблеми забезпечення житлових прав людини // Право України*. — 2004. — № 11. — С. 98-103.
4. *Саниахметова Н. А. Гражданско-правовая ответственность как средство обеспечения надлежащего осуществления права на жилище: Автореф. дис... канд. юрид. наук*. — Х., 1985. — 23 с.
5. *Харитонов Є. О., Саниахметова Н. А. Правове забезпечення належної реалізації права на житло. Навч. посіб.* — К. : НМК ВО, 1990. — 176 с.
6. *Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України*. — 1996. — № 30. — С. 141.
7. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. (зі змінами і доповненнями) // Офіційний вісник України*. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
8. *Житловий кодекс України від 30.06.1983 р. (зі змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради УРСР*. — 1983. — додаток до № 28. — Ст. 573.
9. *Державні будівельні норми України. Будинки і споруди. Житлові будинки. Основні положення ДБН В.2.2-15-2005 : Наказ Державного комітету з будівництва та архітектури № 80 від 18.05.2005 р. [Електронний ресурс] Портал ЛІГА:ЗАКОН. Законодавство <http://search.ligazakon.ua/search/law/pr/>. Нормативні акти. — Режим доступу : [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/FIN19615.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/FIN19615.html)*

10. *Договір найму (оренди) житлового приміщення: роз'яснення Міністерства юстиції України від 05.01.2011 р. [Електронний ресурс] Верховна Рада України. Законодавство України. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/n0006323-11>*
11. *Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 01.07.2004 р. № 1952-IV у ред. Закону України від 11.02.2010 р. № 1878-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 51. — Ст. 553; Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 18. — Ст. 141.*
12. *Про порядок обстеження стану жилих будинків з метою встановлення їх відповідності санітарним та технічним вимогам та визнання жилих будинків і жилих приміщень непридатними для проживання : постанова Ради міністрів УРСР від 26.04.1984 р. № 189 [Електронний ресурс] Верховна Рада України. Законодавство України. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/189-84-n>*

***Калаур І. Р. Договір найму (оренди) житла як підстава виникнення зобов'язання про передачу майна в користування.***

Стаття присвячена розкриттю правової природи та змісту договору найму (оренди) житла як підстави виникнення зобов'язання щодо передачі придатного для проживання у ньому приміщення в тимчасове користування іншій особі за плату. Досліджено особливості форми договору та правового статусу його сторін. Особливу увагу приділено викремленню і характеристиці істотних та звичайних умов договору найму (оренди) житла. Наголошено на проблемі використання в низці нормативно-правових актів не уніфікованого категоріального апарату щодо назви договору найму (оренди) житла, а також запропоновано шляхи вирішення вказаних суперечностей у чинному законодавстві.

**Ключові слова:** договір найму (оренди) житла, найм житла, найм жилого приміщення, передача житла в користування, істотні умови договору найму (оренди) житла, предмет договору найму (оренди) житла.

***Калаур І. Р. Договор найма (аренды) жилья как основание возникновения обязательства о передаче имущества в пользование.***

Статья посвящена раскрытию правовой природы и содержания договора найма (аренды) жилья как основания возникновения обязательства по передаче подходящего для проживания в нем помещения во временное пользование другому лицу за плату. Исследованы особенности формы договора и правового статуса его сторон. Особое внимание уделено определению и характеристике существенных и обычных условий договора найма (аренды) жилья. Отмечена проблема использования в ряде нормативно-правовых актов не унифицированного категориального аппарата относительно названия договора найма (аренды) жилья, а также предложены пути решения указанных противоречий законодательства.

**Ключевые слова:** договор найма (аренды) жилья, наем жилья, наем жилого помещения, передача жилья в пользование, существенные условия договора найма (аренды) жилья, предмет договора найма (аренды) жилья.

***Kalaur I. R. The lease of housing as a ground for arise the obligation to transfer the property in use***

In the article was defined the nature and meaning of the lease of housing as a ground for arise the obligation to transfer the property in use. It was researched the specifications of the lease of housing contract's form, the legal status of contracting parties, its substantial and usual

conditions etc. It was stressed on the problem of using not identical definitions for designation the name of the lease of housing contract in the legal acts.

**Keywords:** the lease of housing, the lease of housing contract, the transfer of housing in use, substantial conditions of the lease of housing, the subject of the lease of housing.

**КОВАЛИШИН О.Р.**

## **АРЕШТ АКЦІЙ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ**

УДК 347.238.31

Значна частина корпоративних спорів пов'язана з обігом акцій. Часто учасники судового процесу змушені звертатися до такого заходу забезпечення позову як арешт акцій. Разом з тим процедура накладення арешту на даний вид майна не є досконалою. Відносно слабке правове регулювання порядку накладення арешту на акції спричинило чимало зловживань в господарському процесі. Не в останню чергу це зумовлено подвійною природою акції як цінного паперу. З одного боку акція – це річ. З іншого боку акція посвідчує сукупність корпоративних прав щодо управління товариством, отриманням дивідендів, частки майна при його ліквідації тощо.

Акція, як цінний папір, вирізняється з поміж інших емісійних цінних корпоративним характером права, нею посвідченого, що обумовлює необхідність встановлення щодо акції індивідуалізованого правового режиму, який, з урахуванням зазначених особливостей не може повністю співпадати з правовим режимом інших емісійних цінних паперів [1, с. 4].

При накладенні арешту на акції фактично відбувається заборона відчуження корпоративних прав. Але чи означає арешт акцій заборону реалізації цих прав?

Окремі аспекти аналізованої проблеми досліджували українські вчені І.В.Спасибо-Фатєєва, О.М.Вінник, О.С.Швиденко, Ю.М.Павлюченко, В.В.Заборовський, а також російські - В.І.Добровольський, Л.С.Михалевич, А.В.Савіков та інші. Разом з тим у працях вище згаданих науковців не всі особливості та складні моменти були вирішені.

**Мета дослідження** полягає в з'ясуванні наслідків накладення арешту на акції та аналізі порядку їх арешту.

Акція — іменний цінний папір, який посвідчує майнові права його власника (акціонера), що стосуються акціонерного товариства, включаючи право на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів та право на отримання частини майна акціонерного товариства у разі його ліквідації, право на управління акціонерним товариством, а також немайнові права, передбачені Цивільним кодексом України та законом, що регулює питання створення, діяльності та припинення акціонерних товариств [2]. Таким чином, акція засвідчує сукупність прав.

Одне з питань, що виникають при арешті акцій: чи означає їх арешт заборону реалізації прав, що впливають з них?

Законодавчо вище зазначена проблема прямо не врегульована. Частиною 4 ст. 67 ГПК України закріплено, що не допускається забезпечення позову шляхом заборони участі акціонерів або учасників у загальних зборах товариства, визначення правомочності загальних зборів акціонерів або учасників товариства. Але чи стосується це обмеження тільки заборони відповідачеві вчиняти певні дії (п. 2 ч. 1 ст. 67 ГПК України)? Чи його дія розповсюджується також і на інші заходи забезпечення позову, зокрема, арешт акцій (п. 1 ч. 1 ст. 67 ГПК України)?

Частина 6 статті 6 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» передбачає, що прості акції надають їх власникам право на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів, на участь в управлінні акціонерним товариством, на отримання частини майна акціонерного товариства у разі його ліквідації та інші права, передбачені законом, що регулює питання створення, діяльності та припинення акціонерних товариств [3].

В «Положенні про проведення контролю за реєстрацією акціонерів для участі у загальних зборах акціонерних товариств» затвердженому рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 23 грудня 1998 року №199 відсутні обмеження чи заборона відносно реєстрації акціонерів, на акції яких накладений арешт під час проведення загальних зборів товариства [4].

Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку в Роз'ясненнях №9 від 03.07.2007 року «Щодо порядку застосування статті 6 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» стосовно права власника арештованих акцій брати участь в управлінні товариством шляхом голосування на загальних зборах» зазначила, що до вирішення справи у судовому порядку щодо позбавлення акціонера права власності на акції власник акцій має право на участь у загальних зборах товариства [5].

Певну ясність вніс Вищий господарський суд України в Рекомендаціях №04-5/14 від 28.12.2007 року «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин». В п. 2.7. зазначено, що накладення арешту на акції означає обмеження права відчужувати акції, а не обмеження прав, посвідчених акціями. Арешт акцій не позбавляє їх власника можливості реалізації посвідчених акціями корпоративних прав і не призводить до зменшення загальної кількості акцій у статутному капіталі акціонерного товариства та, відповідно, загальної кількості голосів акціонерів. Тому у визначенні правомочності загальних зборів акціонерів у господарських судах відсутні підстави для неврахування голосів акціонерів, акції яких перебувають під арештом [6].

Пленум Верховного Суду України в Постанові №13 від 24.10.2008 року «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» висловився аналогічно (п. 48) [7].

Серед науковців погляди на обсяг корпоративних прав, якими володіє акціонер, акції якого арештовані, різняться.

На думку Л.С.Михалевича, важливе значення має направленість позову. Вчений висловлює точку зору про те, що у випадку арешту акцій як засобу забезпечення майнових вимог позивача (наприклад, стягнення на майно боржника у зв'язку з невиконанням умов кредитного договору), справедливо, що акціонер

не позбавляється права на управління товариством. Адже кінцева мета позову продаж та виручення коштів для задоволення майнових інтересів кредитора.

У випадку, коли спір впливає із відносин володіння акціями, то на думку автора, доцільно накладати арешт на акції, обмежувати корпоративні права володільця акціями [8, с. 83].

Підтримує вище зазначену позицію В.І.Добровольський, який зазначає, що відповідач, який голосує акціями, що придбані на підставі оспорюваного правочину, має можливість приймати участь у прийнятті рішення про додатковий випуск акцій, про укладення значного правочину, правочину щодо вчинення якого є заінтересованість, про призначення керівника (який зможе реалізувати майно товариства по заниженій вартості) [9, с. 142].

Вище зазначені автори виходять з наступного. Мета арешту - забезпечення позову або стягнення, тобто арешт гарантує позивачеві можливість, у разі визнання судом його вимоги, задоволення заявлених позивачем вимог з боку відповідача. Тож якщо метою позову був спір з приводу корпоративних прав, то закономірно було б обмежити недобросовісного володільця акціями в можливості реалізувати корпоративні права, які впливають з акцій.

Дещо іншої позиції притримується А.В.Савіков. На думку вченого, не має необхідності обмежувати право акціонера в праві на участь у зборах. Участь акціонера, на акції якого накладено арешт, на загальних зборах товариства не може вплинути на рішення, що приймаються ними, і на ринкову вартість акцій. Разом з тим голосування акціями може призвести до певних негативних наслідків: частка акцій в статутному капіталі зменшиться, буде прийнято рішення про додатковий випуск акцій чи відчуження ліквідного майна [10, с. 118]. Тобто автор розщеплює право на управління, яке належить кожному акціонеру – власнику простих акцій, на: право участі в зборах товариства; 2) право голосу на зборах товариства (прийняття рішень). При цьому, як наслідок, автор пропонує право голосу акціонера обмежити.

Вважаємо, варто не погодитися з думками вище згаданих науковців. Позивач має достатньо правових засобів для блокування неправомірних дій з боку відповідача. Зокрема, у випадку збільшення статутного капіталу чи обрання нового керівника позивач може звернутися до суду з вимогою вжити додаткових заходів до забезпечення позову, а саме: вимагати призупинити дію рішення загальних зборів про збільшення статутного капіталу, заборонити керівнику вчиняти дії спрямовані на відчуження найбільш ліквідного майна. Якщо ж дозволити заборону голосувати акціями, участі в загальних зборах товариства, то це може призвести до блокування діяльності акціонерного товариства.

Слід відзначити, що до моменту прийняття Закону України «Про акціонерні товариства» арешт акцій в певних випадках призводив до неможливості голосувати цими акціями. Це пояснюється тим, що акції перебували в документарній та бездокументарній формах (в тому числі акції на пред'явника). У випадку арешту акцій на пред'явника останні передавались на зберігання до установ Національного банку України (п. 7 Постанови). Відповідно власник таких акцій не міг брати участь в управлінні акціонерним товариством шляхом участі в загальних зборах, адже з передачею акцій на пред'явника їх власник позбавлявся

можливості довести своє право на участь, оскільки у нього відсутній єдиний належний для таких випадків документ – цінний папір. Але позбавлення можливості власника акцій на пред'явника брати участь в загальних зборах не означало відсутності в нього вказаного права. Право на управління зберігалось за їх власником, але, оскільки останній був позбавлений права володіння акцією, він не міг здійснити це право.

Таким чином, арешт акцій не позбавляє власника акцій частини корпоративних прав, які випливають з володіння ними. Зокрема, акціонер, акції якого перебувають під арештом, не позбавлений права на управління товариством через участь у голосуванні на загальних зборах товариства.

Деяко відмінна ситуація складається щодо інших корпоративних прав акціонера. Зокрема, поширеними корпоративними спорами є спори про виплату дивідендів. Необхідно враховувати, що арешт акцій застосовується як:

- 1) засіб забезпечення позову з ініціативи суду та
- 2) засіб забезпечення виконання вже існуючого судового рішення з ініціативи державного виконавця.

Якщо арешт акцій застосовується державним виконавцем на етапі виконавчого провадження, то безумовно заборона розпорядження акціями є обґрунтованою. Адже існує вже на цей момент судове рішення, яким визнано, що акції даній особі не повинні належати. Складнішим є застосування арешту акцій в порядку п. 1 ч. 1 ст. 67 ГПК України.

На думку Л.С. Михалевича, сумнівним є право забороняти акціонеру отримати дивіденди за акціями, коли спір з приводу акцій ще не вирішений [8, с. 86]. Але якщо прийняти до уваги позицію науковця, то взагалі ставиться під сумнів практична значимість забезпечення позову як інституту господарського процесуального права. Адже позов позбавлений будь-якого сенсу, якщо виконати рішення буде неможливо. Обмеження реалізації права на розпорядження дивідендами не перешкоджає діяльності господарського товариства. Воно також не завдає шкоди акціонеру, оскільки у випадку визнання права власності за ним, право на отримання дивідендів в нього залишається.

Тому можливість обмеження права на дивіденди вважаємо допустимим.

Як зазначалося вище, арешт акцій застосовується як засіб забезпечення позову з ініціативи суду та засіб забезпечення виконання вже існуючого судового рішення з ініціативи державного виконавця.

Законодавство про виконавче провадження не проводить різниці між накладенням двох вище згаданих, різних за суб'єктом ініціювання, видів арешту. Процедура накладення арешту передбачена Постановою Кабінету Міністрів України №1744 від 22.09.1999 року «Про затвердження порядку накладення арешту на цінні папери» (далі – Постанови). В ній надто мало приділяється уваги накладенню арешту на такий цінний папір як акція в бездокументарній формі (п. 8) [11].

З аналізу норм господарсько-процесуального законодавства чітко не визначено в якому порядку накладається арешт на акції у випадку застосування аналізованого виду забезпечення позову. Зокрема, чи може бути ухвала господарського суду (без винесення відповідної постанови державного виконавця) підставою



для арешту акцій? Відповідь на це запитання можна знайти в Постанові. Відповідно до п. 8 цінні папери, випущені у бездокументарній формі, та знеруховлені цінні папери, на які накладено арешт, обмежуються в обігу шляхом здійснення зберігачем відповідної облікової операції невідкладно після отримання копії постанови державного виконавця. У цьому разі частина або вся кількість цінних паперів на рахунку власника обмежується в обігу шляхом виконання відповідного облікового запису. Для накладення арешту на цінні папери державний виконавець відповідно до законодавства виносить окрему постанову або в постанові про відкриття виконавчого провадження зазначає факт накладення арешту на майно (п. 5 Постанови) [11].

Тож суб'єктом, який уповноважений накладати арешт, є державний виконавець. Саме таку позицію висловила Професійна асоціація зберігачів та депозитаріїв (далі – ПАРД). В Листі №01-03/302 від 11.09.2001 року «Про ухвалу суду про забезпечення позову» ПАРД відзначила, що виконання даної ухвали повинно здійснюватись за умови винесення державним виконавцем відповідної постанови [12]. Тому робимо висновок, що ухвали суду про забезпечення позову - недостатньо. Неодмінною умовою для арешту акцій повинно бути винесення постанови державного виконавця.

Тому, вважаємо, практичного підґрунтя в розмежуванні арешту акцій в залежності від предмету позову не має. Актуальнішим при застосуванні арешту є чітке встановлення прав, які забороняється та дозволяється обмежувати за арештованими акціями. До перших слід віднести право на управління. Обмеження інших корпоративних прав при арешті акцій вважаємо допустимим. Щодо порядку застосування арешту акцій, то в будь-якому випадку повинна бути винесена постанова державного виконавця.

1. *Швиденко О.С. Акція як об'єкт права власності: Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук : 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. - Київ, 2006. – 208 с.*
2. *Про акціонерні товариства: Закон України №514-V від 17.09.2008 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2008. - №50-51. - Ст. 384.*
3. *Про цінні папери та фондовий ринок: Закон України від 23.02.2006 року №3480-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. - №31. - Ст. 268.*
4. *Про затвердження Положення про проведення контролю за реєстрацією акціонерів для участі у загальних зборах акціонерних товариств: Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 23 грудня 1998 року №199 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>*
5. *Щодо порядку застосування статті 6 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» стосовно права власника арештованих акцій брати участь в управлінні товариством шляхом голосування на загальних зборах: Роз'яснення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 03.07.2007 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>*

6. Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин: Рекомендації Президії Вищого господарського суду №04-5/14 від 28.12.2007 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>
7. Про практику розгляду судами корпоративних спорів: Постанова Пленуму Верховного Суду України №13 від 24.10.2008 року // Вісник Верховного Суду України. - №11. – 2008.
8. Михалевич Л. С. Арест акций // Правоведение. - 2002. - № 1 (240). - С. 76 – 87.
9. Добровольский В. И. Проблемы корпоративного права в арбитражной практике / В. И. Добровольский. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 448с.
10. Савиков А.В. Арест акций и право на участие в общем собрании акционеров // Журнал российского права. 2002. № 5. – С. 116-121.
11. Про затвердження порядку накладення арешту на цінні папери: Постанова Кабінету Міністрів України №1744 від 22.09.1999 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>
12. Про ухвалу суду про забезпечення позову: Лист Професійної асоціації зберігачів та депозитаріїв №01-03/302 від 11.09.2001 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>

**Ковалишин О.Р. Арешт акцій: окремі питання правозастосування**

Стаття присвячена окремим питанням застосування арешту акцій. Досліджуються проблеми порядку застосування даного виду забезпечення позову. Аналізуються обсяг обмежень при арешті акцій.

**Ключові слова:** арешт акцій, забезпечення позову, корпоративні права

**Ковалишин О.Р. Арест акций: отдельные вопросы правоприменения**

Статья посвящена отдельным вопросам применения ареста акций. Исследуются проблемы порядка применения данного вида обеспечения иска. Анализируется объем ограничений при аресте акций.

**Ключевые слова:** арест акций, обеспечения иска, корпоративные права

**Kovalyshyn O.R. The arrest of the shares: the questions of law enforcement**

The article is devoted to the questions of such measure of suit ensuring as the arrest of the shares. The problems of law enforcement of this type of claim are analyzed. The restrictions of the arrest of the shares are analyzed.

**Keywords:** arrest of shares, ensuring of suit, corporate law

**МИРОНЕНКО І. В.**

## **ІНТЕРЕС ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ У СФЕРІ ВІДНОСИН ВЛАСНОСТІ**

УДК 347.922.33

Згідно частини 1 статті 16 Цивільного кодексу України, кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Частина 2 вказаної статті визначає способи захисту цивільних прав та інтересів. Вказані положення законодавства обумовлюють потребу у розгляді питання про поняття та зміст інтересу як об'єкту правової

охорони, а також співвідношення інтересу з таким об'єктом правової охорони як суб'єктивне право власності.

Окремі аспекти даного питання неодноразово розглядалися в літературі, зокрема можна загадати про дослідження науковців радянської доби (Ю.К. Толстой, О.С. Іоффе, В.П. Грибанов), а також сучасні праці українських (І.А. Бірюков, О.Д. Крупчан) та зарубіжних (В.І. Ємельянов, А.В. Малько, С.В. Михайлов) авторів. Проте вивчення відповідних праць вказує на існування певних суперечностей та відсутність єдиної точки зору з досліджуваного питання.

На сьогодні прийнято вважати, що законодавчо окреслені кордони легально дозволеної поведінки власника визначаються у негативний спосіб [1, с. 3-4], тобто шляхом опису поведінки, окремих дій, які вчиняти не можна. Тому, коли мова йде про допустимі межі здійснення суб'єктивного права власності, в літературі достатньо часто зазначається, що вони обмежуються двома факторами: несуперечністю дій особи законодавству, а також непорушенням прав і охоронюваних законом інтересів інших осіб [2, с. 23-24; 3, с. 236-237; 4, с. 88-89; 5, с. 81-95].

Істотним при цьому є те, що визначаючи крайні межі здійснення суб'єктивного права власності, слід враховувати право власника задовольняти при такому здійсненні свої законні інтереси і водночас відповідний цьому обов'язок власника не порушувати законні інтереси інших суб'єктів. Іншими словами, можна говорити про те, що свобода власника щодо використання свого майна поширюється до тієї міри (межі), доки у нього будуть зберігатись інтереси, що охороняються законом.

Слід зазначити, що суб'єктивне право і охоронюваний законом інтерес є відносно окремими явищами, яким надається самостійна правова охорона. Це, зокрема, впливає з положень статті 15 Цивільного кодексу України. Свого часу окремі радянські науковці, такі як Ю.К. Толстой та О.С. Іоффе, намагались обґрунтувати включення інтересу до змісту суб'єктивного права [6, с. 242-244; 6, с. 3-4; 7, с. 20-21]. Цей підхід був обумовлений характерним для того часу класовим підходом до розуміння як права в цілому, так і права власності зокрема, та, відповідно, включенням до визначення поняття права власності вказівки на відображення ним класових чи суспільних інтересів. На сьогодні науковці дотримуються думки про відмінність цих явищ. Як зазначив з цього приводу І.А. Бірюков, "інтерес лежить поза межами суб'єктивного права, ...є невід'ємним супутником суб'єктивного права" [7, с. 18-20].

Що слід розуміти під інтересом особи? В.П. Грибановим свого часу було запропоновано визначення інтересу як потреби, що набула форми свідомого спонукання і проявляється у вигляді бажань, намірів, прагнень і, врешті, в тих відносинах, в які вступають особи в процесі своєї діяльності [6, с. 240]. Подібним чином, як об'єктивну причину діяльності суб'єкта, визначає інтерес І.А. Бірюков [7, с. 20]. Такий підхід до визначення інтересу вказує, яким чином він обумовлює участь особи у правовідносинах, проте не дає можливості відмежувати інтерес від суб'єктивного права та не пояснює, чому інтересам надається правовий захист.

О.Д. Крупчан пропонує визначення, згідно з яким законним інтересом є відображений в об'єктивному праві або такий, що впливає з його загального змісту, юридичний дозвіл, гарантований державою, який проявляється в прагненні суб'єкта користуватись конкретним соціальним благом і звертатись в певних випадках за захистом до компетентних органів з метою задоволення власних потреб, котрі не суперечать суспільним [8, с. 17-18]. Такої ж позиції щодо визначення законного інтересу дотримується А.В. Малько. На його думку, зміст законного інтересу складається з двох елементів (прагнень): користуватись конкретним соціальним благом та звертатись в необхідних випадках за захистом. Сутність ж інтересу полягає у простому юридичному дозволі, що відображений у суб'єктивному праві або такий, що впливає із змісту суб'єктивного права [9, с. 375-380].

Слід вказати, що не всякі інтереси особи підлягають правовому захисту. Так, у Цивільному кодексі України зазначено, що не підлягають захисту інтереси, які суперечить загальним засадам цивільного законодавства (пункт 2 статті 15), суперечать закону (стаття 980), суперечать інтересам інших осіб (стаття 64). Судом може бути відмовлено у захисту інтересів, якщо особа порушує права інших осіб, завдає шкоди довкіллю або культурній спадщині, зловживає правом, не додержується при здійсненні прав моральних засад суспільства (стаття 16 Цивільного кодексу України).

Необхідно також звернути увагу на те, що саме поняття “інтерес” є достатньо широким і може вживатись у різних значеннях. Тому завжди необхідно враховувати, в якому контексті використовується в законодавстві та літературі певне поняття. Так, саме як розглядуване в даній роботі явище слід розглядати “охоронюваний законом інтерес” про який йдеться в статті 4 Цивільного процесуального кодексу України від 18.07.1963 року та рішенні Конституційного Суду України від 01.12.2004 року № 18-рп/2004, “законний інтерес” (стаття 1 Господарського процесуального кодексу України), “інтерес” (стаття 3 Цивільного процесуального кодексу України від 18.03.2004 року, стаття 2 Кодексу адміністративного судочинства України, стаття 15 чинного Цивільного кодексу України).

На сьогодні ми маємо офіційне тлумачення поняття “охоронюваний законом інтерес”, що міститься у рішенні Конституційного суду України від 01.12.2004 року № 18-рп/2004 [10]. Тут вказано, що дане поняття слід розуміти як прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, яке юридично опосередковується як зумовлений загальним змістом об'єктивного і прямо не відображений у суб'єктивному праві дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, добросовісності, розумності та іншим загально-правовим засадам.

Конституційний суд України прийшов до висновку, що інтерпретацію поняття охоронюваного законом інтересу слід здійснювати у вузькому розумінні, розглядаючи інтерес як такий, що перебуває у логічно-смысловому зв'язку із суб'єктивними правами, але прямо ними не опосередковується, тобто виходить за межі останніх. Важливим при цьому є те, що охоронюваний законом інтерес

визначено як легітимний дозвіл, що регулює ту сферу відносин, заглиблення в яку для суб'єктивного права законодавець вважає неможливим або недоцільним. І суб'єктивне право, і пов'язаний з ним інтерес Конституційним Судом України визначені як дозволи, при тому, що суб'єктивне право виступає дозволом, зміст якого передбачено законом, в той час як охоронюваний законом інтерес виступає як дозвіл поведінки, що не заборонена законом. При цьому до ознак охоронюваного законом інтересу, як правового феномену віднесено те, що він: а) виходить за межі змісту суб'єктивного права; б) є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони; в) має на меті задоволення усвідомлених індивідуальних і колективних потреб; г) не може суперечити Конституції і законам України, суспільним інтересам, загальновизнаним принципам права; д) означає прагнення (а не юридичну можливість) до користування у межах правового регулювання конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом; є) розглядається як простий легітимний дозвіл, тобто такий, що не заборонений законом.

Узагальнюючи вказане, слід акцентувати увагу на відмінностях між суб'єктивним правом і охоронюваним законом інтересом. А.В. Малько з цього питання вказує, що вони відрізняються між собою за своєю сутністю, змістом і структурою. На відміну від суб'єктивного права, інтерес є юридичним дозволом, який дає право на певну свободу поведінки і правовий захист, не забезпечується юридичними обов'язками контрагентів (що особливо актуально для права власності як абсолютного права), не передбачає чіткого визначення меж (виду і міри) можливої поведінки та випливає із сукупності правових норм, правових принципів, виступаючи якісно відмінним способом правового регулювання суспільних відносин [9, с. 373-389].

Таким чином, визнання за особою охоронюваного законом інтересу, пов'язаного з наявністю у неї суб'єктивного права приватної власності на землю, розширює коло відносин, в яких вона може брати участь при здійсненні даного права користуючись правовим захистом. Відбувається свого роду зростання обсягу свободи власника, що є ширшим за межі, безпосередньо надані власнику суб'єктивним правом власності як таким.

Враховання наявності у власника інтересів, що впливають з належного йому права і підлягають правовому захисту, та його обов'язку не порушувати права та охоронювані законом інтереси інших осіб дає можливість більш чітко визначити крайні межі здійснення суб'єктивного права приватної власності, ніж це мало б місце при використанні загальних принципів права чи приписів правових норм. Зокрема, такі інститути як зловживання правом та добросусідство (глава 17 Земельного кодексу України) саме мають на меті врегулювати конфлікти, що виникають при здійсненні суб'єктивних прав, включаючи право власності на землю, шляхом примирення зацікавлених суб'єктів, погодження їх інтересів.

Узагальнюючи викладене, слід відзначити, що при визначенні меж здійснення суб'єктивного права власності слід враховувати право власника задовольняти при цьому свої законні інтереси і його відповідний обов'язок не порушувати законні інтереси інших осіб. Свобода власника поширюється до тієї міри, доки

у нього будуть зберігатись пов'язані з його правом охоронювані законом інтереси. Охоронюваний законом інтерес у сфері відносин власності слід розглядати як зумовлений загальним змістом законодавства і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві власності дозвіл власнику щодо всебічного використання належного йому майна, який є самостійним об'єктом правового захисту і надається власнику з метою задоволення його потреб. Сутність його полягає у простому юридичному дозволі, що відображений у суб'єктивному праві власності або випливає із цього права, який надає певну свободу дій та право на захист. На відміну від суб'єктивного права, законний інтерес (охоронюваний законом інтерес) не забезпечується юридичними обов'язками інших осіб та не передбачає чіткого визначення виду і міри можливої поведінки.

1. Михайленко О.О. *Речово-правові обмеження права приватної власності за стародавнім римським та сучасним цивільним правом України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.03 / О.О. Михайленко.* – Харків, 2003. – 20 с.
2. Щенникова Л.В. *Вещные права в гражданском праве России / Лариса Владимировна Щенникова.* – М.: Изд. БЕК, 1996. – 200 с.
3. *Цивільне право України: підручник. У 2-х кн. - Кн. 1 / [Д.В. Боброва, О.В. Дзера, А.С. Довгерт та ін.]; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової.* - К.: Юрінком Інтер, 2000. - 864 с.
4. *Цивільне право України: навч. посібн. / [Ю.В. Білоусов, С.В. Лозінська, Д.В. Русу та ін.]; за ред. Р.О. Стефанчука.* – К.: Наукова думка; Прецедент, 2004. – 448 с.
5. Михайлов С.В. *Категория интереса в российском гражданском праве / С.В. Михайлов.* – М.: Статут, 2002. – 205 с.
6. Грибанов В.П. *Осуществление и защита гражданских прав / Вениамин Петрович Грибанов.* – М.: Статут, 2001. – 411 с.
7. Бірюков І. *Інтерес і суб'єктивне цивільне право / І. Бірюков // Право України.* – 2002. - № 4. – С. 18 – 21.
8. Крупчан О.Д. *Методологічні підходи до проблеми взаємозв'язку приватного і публічного права / О.Д. Крупчан // Методологія приватного права: збірник наук. праць (за матеріалами наук. - теорет. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / Редкол.: О.Д. Крупчан (голова) та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 480 с.*
9. *Проблемы теории государства и права: учебное пособие / [Марченко М.Н., Лейст О.Э., Попков В.Д. и др.]; под ред. М.Н. Марченко.* – М.: Юристъ, 2005. - 656 с.
10. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) № 18-рп від 01.12.2004 року // [електронний ресурс] – режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua>*

**Мироненко І. В. Інтерес як об'єкт правової охорони у сфері відносин власності**

В даній статті розглядаються питання про поняття та зміст інтересу в сфері відносин власності, а також його співвідношення з поняттям суб'єктивного прав власності. Охоронюваний законом інтерес у цій сфері слід розглядати як зумовлений загальним змістом

законодавства і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві власності дозвіл власнику щодо всебічного використання належного йому майна, який є самостійним об'єктом правового захисту і надається власнику з метою задоволення його потреб. На відміну від суб'єктивного права, законний інтерес (охоронюваний законом інтерес) не забезпечується юридичними обов'язками інших осіб та не передбачає чіткого визначення виду і міри можливої поведінки.

**Ключові слова:** інтерес, межі здійснення права, суб'єктивне право власності.

*Мироненко И. В. Интерес как объект правовой охраны в сфере отношений собственности*

В данной статье рассматриваются вопросы о понятии и содержании интереса в сфере отношений собственности. Охраняемый законом интерес следует рассматривать как обусловленное общим содержанием законодательства и прямо не отраженное в субъективном праве собственности разрешение владельцу всесторонне использовать надлежащее ему имущество, которое является самостоятельным объектом правовой защиты и предоставляется владельцу с целью удовлетворения его потребностей. Законный интерес не обеспечивается юридическими обязанностями других лиц и не предусматривает четкого определения вида и меры возможного поведения.

**Ключевые слова:** интерес, пределы осуществления права, субъективное право собственности.

*Mironenko I.V. Interest as an object of legal protection in the field of property relations*

This article was devoted to the questions of notion and interest maintenance in sphere of relations of own. As conditioned by the general maintenance of legislation and not foreseen in the equitable right of own permission to the proprietor comprehensively to use its property. He is independent object of legal defense and is given proprietor with aim of satisfaction of his necessities. Unlike the equitable right, a legal interest is not secured by the legal duties of other persons and does not foresee the clear decision of kind and measure of possible conduct.

**Keywords:** interest, right realization lines, equitable right of own.

**ПТАШНИК І.Р.**

## **РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА В СФЕРІ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ В УКРАЇНІ**

УДК 347

Ефективність правового регулювання відносин донорства та трансплантації багато в чому залежить від рівня системи діючих нормативно правових актів, від того, наскільки глибоко та всесторонньо ними врегульований даний вид суспільних відносин. Тільки розвинута система нормативних актів здатна вирішити зазначену проблему.

**Метою даного дослідження** виступає характеристика зародження законодавчого забезпечення донорства та трансплантації на теренах України. У процесі роботи детально окреслено найважливіші праці та законодавчі акти, які послугували основою для зародження правового регулювання трансплантації як галузі медицини та підгалузі медичного права.

Питання розвитку законодавчого регулювання донорства та трансплантації досліджувались багатьма вітчизняними та зарубіжними вченими, зокрема, С.

Стеценком, М. Малєїною, О.Афанасьєвою, Ф.Бахом, які розглядали трансплантацію з точки зору різних галузей права, аналізували проблеми вдосконалення чинного законодавства в даній сфері.

Якщо аналізувати стан правової регламентації трансплантації, як науки, що зароджується, до 20-х років ХХ століття, необхідно відмітити деякі характерні особливості:

- переважне регулювання не самої трансплантації органів та тканин, а відповідальності лікарів у випадку невдалого її результату;
- розгляд аспектів трансплантації в контексті хірургічних операцій взагалі;
- відставання в розвитку правової бази трансплантації в порівнянні з прогресом, який було досягнуто в науково-дослідних та лікувальних центрах.

Зародження вітчизняної трансплантації органів пов'язано з іменем видатного хірурга Н.І. Пирогова. Ще в 1835 році ним було прочитана лекція «Про пластичні операції взагалі, про пластику носа особливо». В даній лекції Пирогов вперше детально проаналізував проблему пересадки органів та тканин і висловив цікаві думки про її подальший розвиток [1, с.100-101]. Висновки, які зробив Пирогов в своїй ранній роботі, були надзвичайно важливими для того часу, строго документованими, науково обґрунтованими. На їх основі і було засновано учення про переміщення і переселення тваринних частин, тканин та органів. Дана робота стала фундаментом, науковою основою нової галузі медицини - трансплантології.

Сподвижником Н.І. Пирогова в ті часи був Ю.К.Шимановський з Київського університету. Він запропонував і здійснив пересадку кісткової тканини і вперше зробив важливий висновок про те, що «...більш складні частини організму можуть при сприятливих обставинах бути відділені від рідного ґрунту і перенесені на чужий, не втрачаючи своєї життєдіяльності» [2, с.4].

В 20-ті роки ХХ століття арсенал правових засобів регулювання трансплантації органів та тканин був надзвичайно бідним. Існувала тільки постанова Все-російського центрального виконавчого комітету та Ради народних комісарів від 01 грудня 1924 року «Про професійну роботу та права медичних працівників». В даній постанові вказувалось, що хірургічні операції проводяться тільки за згодою хворих, але тут був і перелік, коли така згода не потрібна. В даній постанові не зачіпаються інтереси інших осіб, і тому, відносини виникають тільки між хворим та хірургом [3, с.89]. При хірургічній операції, пов'язаній з пересадкою органу, з'являється нова особа - донор, і, якщо це жива людина, він також піддається хірургічній операції, але не у зв'язку з тим, що потребує її, а тому, що він віддає частину тіла для лікування хворого реципієнта. В ті роки такі питання не були настільки актуальними і не потребували правового регулювання.

В 1928 році було опубліковано принципово новий та важливий документ - Правила судово-медичного дослідження трупів (затверджені Народним комісаріатом охорони здоров'я 19 грудня 1928 року та Народним комісаріатом юстиції 31 січня 1929 року). Враховуючи експериментальним та клінічний досвід використання донорських та в першу чергу трупних тканин, надзвичайно важливим було визначення та впровадження умов правомірності забору органів та тканин від померлих людей.



В 30-х роках у вітчизняній медицині та медичній практиці з'явилися і перші нормативно-правові документи по регламентації пересадок органів та тканин (наприклад Бюро вченої ради Народного комісару охорони здоров'я РРФСР 04 березня 1935 року прийняло рішення по розробці спеціальної інструкції для взяття трупної роговиці). Даний документ вперше представляє нам правову розробку основ трансплантації та регулювання відносин «донор-реципієнт».

В 30-40-х роках ХХ століття всі чинні в СРСР нормативні акти щодо трансплантації були побудовані на постанові Ради народних комісарів СРСР від 15 вересня 1937 року «Про порядок проведення медичних операцій» [4, с.212], якою Народному комісаріату охорони здоров'я було надано «право издавать обязательные для всех учреждений, организаций и лиц распоряжения о порядке осуществления лечебных и хирургических операций по пересадке роговиц глаз от умерших, переливанию крови, пересадке отдельных органов и т.п.».

В 1951 році співробітниками Інституту імені Н.В.Скліфосовського був зроблений проект «Про перенесення досвіду в клінічну практику щодо пересадці окремих органів (кінцівок, норок, щитовидних залоз) від трупів хворим». Вперше в даному проекті було дано досить важливе визначення «донора-трупа», як раптово померлої людини, переважно від травми.

10 квітня 1966 року було видано наказ Міністерства охорони здоров'я СРСР «Про заходи щодо покращення судово - медичної експертизи в СРСР». Додатком до наказу Міністра охорони здоров'я СРСР № 166 від 10 квітня 1962 року «Про заходи щодо покращення судово - медичної експертизи в СРСР» були затверджені «Правила про направлення, приймання, порядок дослідження, зберігання та видачу трупів в судово-медичних моргах». В п. 20 Правил зазначалося наступне: «Допускается изъятие трупного материала для медицинских учреждений, проводящих работы по заготовке и консервации некоторых тканей с целью их трансплантации, при этом:

а) ткани (кожа, реберные хрящи, кости и др.) могут быть изъяты только с разрешения судебно-медицинского эксперта, производящего исследование трупа;

б) изъятие тканей от частей тела (прикрытых одеждой) допускается только в случаях, когда это не может воспрепятствовать правильной судебно-медицинской диагностике при первичном и, возможно, повторном исследовании трупа;

в) изъятие тканей не должно сопровождаться обезображиванием трупа; при необходимости должна производиться последующая реставрация» [5, с.8].

19 грудня 1969 року Верховною Радою СРСР були прийняті Основи законодавства Союзу РСР і союзних республік про охорону здоров'я. Вони не містили будь-яких спеціальних норм щодо трансплантації, але сформулювали наступне принципове положення, яке відноситься, очевидно, і до пересадки органів та тканин: «В интересах зцілення хворого і з його згоди... лікар може застосувати нові, науково обгрунтовані, але ще не дозволені до загального застосування методи лікування. Порядок застосування вказаних методів... лікування встановлюється Міністерством охорони здоров'я СРСР» [6, с.16].

Говорячи про оцінку діючого в ті часи законодавства про пересадку органів та тканин, необхідно звернути увагу на його неповноту: поза правовим регулюванням залишались питання пересадки органів від трупа, не говорячи про пере-

садку органів від живої людини. Тільки з прийняттям в 1999 році Закону « Про трансплантацію органів і (або) тканин людини» це питання було врегульовано.

В даний час більшість країн світу, включаючи Україну, мають відповідне законодавство, яке повністю забороняє торгівлю органами. Виключеннями в цьому випадку є лише Іран, Індія і Китай, де торгівля органами до теперішнього часу легітимна. В Китаї, наприклад, законодавство дозволяє використання для клінічної трансплантації органів засуджених до смерті злочинців.

19 листопада 1992 року Верховна Рада України прийняла Основи законодавства про охорону здоров'я, де у ст. 47 були закладені наступні засади правового регулювання трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів людині: 1) застосування методу пересадки від донора до реципієнта органів та інших анатомічних матеріалів здійснюється у визначеному законом порядку при наявності їх згоди або згоди їх законних представників за умови, якщо використання інших засобів і методів для підтримання життя, відновлення або поліпшення здоров'я не дає бажаних результатів, а завдана при цьому шкода донору є меншою, ніж та, що загрожувала реципієнту; 2) донором органів та інших анатомічних матеріалів може бути повнолітня дієздатна фізична особа.

Для подальшого розвитку та регулювання трансплантації в Україні 16 липня 1999 року ) Верховною Радою України був прийнятий Спеціальний Закон «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині». Текст Закону ввібрав у себе практично повністю основоположні принципи, рекомендовані ВООЗ у сфері пересадки органів людині.

Зазначений Закон з урахуванням сучасного стану науки і рекомендацій ВООЗ визначає умови і порядок застосування трансплантології як спеціального методу лікування, покликаний забезпечити додержання в Україні прав людини та захист людської гідності при застосуванні трансплантації та здійсненні іншої, пов'язаної з нею діяльності. Умови та порядок взяття анатомічних матеріалів у померлих осіб для трансплантації та (або) для виготовлення біоімплантів визначені ст. 16 Закону, ст. 6 Закону України «Про поховання та похоронну справу» від 10 липня 2003 року, «Інструкцією щодо вилучення анатомічних утворень, тканин, їх компонентів та фрагментів у донора-трупа», затвердженою наказом МОЗ України від 25 вересня 2000 року № 226 (зі змінами внесеними згідно з наказом МОЗ від 19 липня 2005 року № 357).

Крім вищезазначених основоположних нормативно – правових актів в сфері регулювання трансплантації, існує ряд підзаконних нормативних актів, які покликані деталізувати всі основні етапи здійснення пересадки органів та тканин людини. Так, Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження нормативно-правових документів з питань трансплантації» від 25 вересня 2000 № 226 закріпив низку нормативних актів, серед яких можна виділити:

- Інструкція щодо констатації смерті людини на підставі смерті мозку;
- Інструкція щодо вилучення органів людини в донора-трупа;
- Інструкція щодо вилучення анатомічних утворень, тканин, їх компонентів та фрагментів у донора-трупа;
- Перелік органів людини, дозволених до вилучення у донора- трупа;

- Перелік анатомічних утворень, тканин, їх компонентів та фрагментів і фетальних матеріалів, дозволених до вилучення у донора-трупа і мертвого плоду людини;

- Інструкція щодо виготовлення біоімплантів;

- Умови забезпечення збереження анатомічних матеріалів під час їх перевезення.

Для прикладу, Інструкція щодо констатації смерті людини на підставі смерті мозку дає не тільки визначення смерті мозку, а також встановлює критерії, відповідно до яких можна здійснити констатацію смерті мозку, яка прирівнюється до смерті людини; вказує на документи, які підтверджують смерть мозку. Інструкція щодо вилучення органів людини в донора – трупа вказує, що органи в донора-трупа можуть бути вилучені виключно в державних та комунальних закладах охорони здоров'я і державних наукових установах, надає перелік органів, які можуть бути вилученими в донора.

Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження нормативно-правових актів з питань трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів людини» від 4 травня 2000 № 96 закріпив наступні важливі нормативні акти в сфері трансплантації:

- Порядок перевезення анатомічних матеріалів людини в межах України та вивезення їх за межі України;

- Порядок узяття, зберігання і використання кісткового мозку;

- Медико - біологічні вимоги до тварин, умов їх утримання, порядок узяття у них ксенотрансплантів.

Також слід відмітити наступні суттєві підзаконні акти, які мають суттєвий вплив під час здійснення трансплантації:

- Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Переліку державних та комунальних закладів охорони здоров'я і державних наукових установ, які мають право провадити діяльність, пов'язану з трансплантацією органів та інших анатомічних матеріалів людини»;

- IV Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Положення про Координаційний центр трансплантації органів, тканин і клітин».

Вітчизняне законодавство в сфері регулювання медичної діяльності в цілому та трансплантації органів зокрема, не є ідеальним. Цікавим є той факт, що в законодавстві навіть не визначено поняття «медична послуга», що підкріплено рішенням Конституційного суду №15-рп/98 від 25 листопада 1998 року при визнанні неконституційними положення Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку платних послуг, які надаються в державних закладах охорони здоров'я та вищих медичних закладах освіти» від 17 вересня 1996 року №1138.

Крім того, ні Конституція України, ні Основи законодавства України про охорону здоров'я немає визначення поняття «медична допомога».

Такі основні риси медичної послуги як, нематеріальний результат, діяльність лікаря (виконавця) повинна здійснювати для досягнення певної мети, має визначену вартість та її надання супроводжується еквівалентним обов'язком її оплати, дозволяють віднести медичну послугу до виду послуг, надання яких ре-

гулюється нормами Цивільного кодексу України та закріплюються договором про надання медичної послуги.

Доктрина цивільного права визначила три основні підстави виникнення зобов'язань з надання медичних послуг:

- 1) Договір про надання медичних послуг
- 2) Одностороння обіцянка
- 3) Дії в інтересах третьої особи без доручення.

Головною ознакою односторонньої обіцянки є відсутність правових зв'язків, це т.зв. «дія на основі дружніх відносин». Дії в чужому інтересі без доручення можна кваліфікувати правові дії за відсутності необхідних умов чинності договору надання медичних послуг.

Цивільний кодекс України вперше як джерело цивільного права закріпив договір. Незважаючи на те, що договір є індивідуальним правовим актом, законодавець дозволяє при укладенні договору врегульовувати не лише відносини, які не врегульовано актами цивільного законодавства, а також і відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Тим не менше свободу врегулювання цивільних правовідносин в договірному порядку може бути обмежено у випадку, якщо в актах цивільного законодавства прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін договору положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

Договір про надання медичних послуг є найпоширенішою підставою виникнення правовідносин з надання медичної послуги. Він виконує роль головного механізму реалізації прав та інтересів учасників даного договору.

Відмінною рисою даного виду договорів від інших, є те, що договорі про оплатне надання медичних послуг повинен гарантувати безпеку медичної послуги для пацієнта. Іншим критерієм, який відмежовує дані договори є той факт, що виконавець немає змоги забезпечити стовідсоткову гарантію досягнення результатів медичного втручання.

Аналіз нормативно – правових актів, що регламентують трансплантацію органів в Україні дозволяє зробити висновок про те, що в цілому законодавство в сфері трансплантації встановилось, але на розвиток концепції положення трансплантації повинні деталізуватись у низці підзаконних нормативних актів. Потреба в реформуванні нормативного забезпечення обумовлена також відсутністю розроблених критеріїв акредитації та паспортизації закладів, які мають право здійснювати діяльність, пов'язану з трансплантацією, стандартів надання трансплантаційної допомоги та визначення нозологій, за яких вона застосовується, уніфікованих механізмів типізації донорів та реципієнтів,

Питання пов'язані з донорством органів та тканин, які можуть бути використані а медичній діяльності повинні бути не просто чітко сформульовані в законодавстві, але також і узгоджені з медичними і фармацевтичними працівниками, психологами, та навіть з представниками духівництва.

1. *Пирогов Н.И. О пластических операциях вообще, о ринопластике в особенности/ Н.И. Пирогов. – В кн.Собрание сочинений. - М.- 1957.- Т. I – 298 с.*

2. Шимановский Ю.К. *Операции на поверхности человеческого тела*/Ю.К. Шимановский//. – Киев.- 1865. – 150 с.
3. Горелик И.И. *Правовые аспекты трансплантации органов и тканей.* /И.И. Горелик// *Советское государство и право.* – М.- 1968. - №9. - с. 88-93.
4. *Сборник организационно-методических материалов по судебно-медицинской экспертизе/под ред. Прозоровского В.И., Кантера З.И. (2-е издание).* – М.:Медгиз, 1960.- 297 с.
5. *Введение в клиническую трансплантологию/Под ред. Константинова Б.А., Дземешкевич С. Л. — М., 1993. — 314с.*
6. Горелик И.И. *Правовые аспекты пересадки органов и тканей.*— Минск.: Высшая школа – Минск. - 1971. – 185 с.

***Пташник І.Р. Розвиток законодавства в сфері трансплантації в Україні***

Дана стаття присвячена аналізу становлення та розвитку законодавства в сфері трансплантації. Охарактеризовано основні нормативні акти, які послугували основою для початку правового регулювання здійснення трансплантації на теренах колишнього Радянського Союзу та сучасної України. Зроблено акцент на підзаконних актах, які дають можливість детально врегулювати всі нюанси здійснення трансплантації органів та тканин людини. Крім того дано характеристику договору як однієї з підстав регулювання надання медичних послуг.

**Ключові слова:** правове регулювання трансплантації органів, законодавство в сфері трансплантації, підзаконні акти, договір про платне надання медичних послуг.

***Пташник И.Р. Развитие законодательства в сфере трансплантации в Украине***

Даная статья касается анализа становления и развития законодательства в сфере трансплантации органов. Охарактеризовано главные нормативные акты, которые послужили основой для начала правового регулирования трансплантации на территории бывшего Советского Союза и современной Украины. Сделано акцент на подзаконных актах, которые дают возможность детально урегулировать все нюансы совершения трансплантации органов и тканей человека. Кроме того, дано характеристику договора как одной из оснований регулирования предоставления медицинской услуги.

**Ключевые слова:** правовое регулирование трансплантации органов, законодательство в сфере трансплантации, подзаконные акты, договор о платном предоставлении медицинских услуг.

***Ptashnyk I.R. The development of the legislation in the sphere of transplantation in Ukraine***

This article deals with analysis of formation and development of legislation in the sphere of transplantation. Was made the characteristics of the main laws, which had become the basis for formation of regulation of transplantation on the territory of former Soviet Union and modern Ukraine. Was made the emphasis on subordinate regulation, which made it possible to regulate in details all the nuances of organ transplantation. Besides the author gave in the article the description of the contracts as one of the reasons of the regulation of provision the medical services.

**Key words:** the regulation of organ transplantation; the legislation in the field of transplantation; the subordinate regulation; the contract of provision the medical services.

## **ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ У ТОВАРИСТВІ З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ**

УДК 347.724

Товариство з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ) – найбільш поширений вид господарських товариств в Україні. Особливої актуальності він набув у зв'язку з необхідністю зміни типу акціонерних товариств з відкритих/закритих на публічні/приватні та дематеріалізацією акцій. Через небажання українських товариств долучатися до таких кропітких процесів, збільшилась і сама кількість товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю.

Зручність функціонування ТОВ можна аргументувати багатьма факторами, серед яких зокрема, слід виділити відсутність мінімального розміру статутного фонду, можливість виходу у будь-який момент з товариства та отримання вартості своєї частки, передача повноважень учасників на здійснення дій від імені товариства ген.директору (директору), який може й не бути власником корпоративних прав такого товариства тощо. Водночас, із цим видом підприємницьких товариств пов'язують і значну кількість зловживань, які можуть потягнути за собою цілу низку відповідних правових наслідків. Тому актуальність обраного дослідження обумовлена необхідністю висвітлення його практичних аспектів, з метою їх подальшого наукового аналізу та можливістю вдосконалення правового врегулювання.

У юридичній літературі теоретичні та практичні аспекти зловживань корпоративними правами розглядалися багатьма українськими та зарубіжними дослідниками, зокрема, В.П.Грибановим, М.М.Агарковим, М.Й.Бару, В.М.Коссаком, М.О.Стефанчуком, Н.Р.Кобецькою, С.Теньковим, В.М.Кравчуком, тощо. Водночас, не достатньо дослідженими залишаються питання щодо покращення правового забезпечення в цій сфері.

Під зловживанням суб'єктивним корпоративним правом розуміється поведінка учасника корпоративних відносин, наслідком якої є завдання шкоди іншим суб'єктам (суб'єкту) цих правовідносин. Це особливий тип цивільного правопорушення, що скоюється суб'єктом корпоративних відносин, яке пов'язане з використанням недозволених конкретних форм у межах дозволеного загального типу поведінки суб'єкта (*Див. детальніше Саракун І.Б. Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект): Монографія. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПРН України, 2009. – С.98-103*).

Основні ускладнення, які виникають у правозастосовчій практиці, пов'язані з тим, що кваліфікація того чи іншого випадку використання права на шкоду іншим особам проводиться на підставі суб'єктивної оцінки суддів і процес доказування таких випадків є досить непростим. Більше того, виходячи з чисто формальної точки зору, ті, хто «зловживає» при здійсненні корпоративних прав, досить часто виявляються правими.

В узагальненнях практики розгляду корпоративних спорів вказується, що найбільша кількість зловживань корпоративними правами пов'язана саме із недотриманням порядку скликання та проведення загальних зборів, внаслідок чого приймаються рішення, які в подальшому можуть бути визнані недійсними. Більше того, окремі із них мають явні ознаки кримінального злочину.

Прикладом таких стала, зокрема, справа Господарського суду Івано-Франківської області від 20.03.2012 р. №5010/2446/2011-К-26/95, за якою в ході проведення перевірки ТОВ «П» оперуповноваженим СДСБЕЗ було встановлено, що загальні збори цього товариства від 25.11.2002 р. не проводились, а повідомлення про їх скликання, згідно свідчень засновників (їх родичів), – ніхто з них не отримував. Також встановлено факт відсутності на території України двох засновників В. – 18, 8% голосів та М. – 6,9% (у протоколі зборів зазначається про її присутність).

Згідно витягу з Протоколу №1 від 25.11.2002 р. зборів засновників ТОВ «П», за відсутності самого факту їх проведення, було вирішено низку важливих питань: щодо змін у складі учасників; обрання голови (далі - Д.) та директора товариства (далі - Л.); затвердження статуту та установчого договору ТОВ «П» у новій редакції. Прийняття нелегітимними (не було кворуму – 60%, а лише 36,0%) зборами таких рішень, свідчить про грубі порушення прав суб'єктів корпоративних відносин. Окрім того, відповідно до положень Розділу VI. статуту, зареєстрованого 22.12.1995 р. та чинного на час загальних зборів, питання щодо внесення змін і доповнень до статуту та установчих документів, прийняття та виключення учасників – приймаються одногососним рішенням зборів учасників (п.6.2 цього статуту), тобто за наявності всіх голосів учасників; а питання щодо обрання директора – більшістю голосів.

Слід також відзначити, що за кілька днів перед проведенням цих загальних зборів відбулося нотаріальне посвідчення заяв про вихід та відступлення часток учасників. Внаслідок цього до Л. (яка на момент проведення зборів вже була директором ТОВ та володіла часткою 36,0%) повинні були перейти частки Ф. (21,1%) та Б. (3,9%); а до Д. (якому взагалі не належали корпоративні права) – частки А.(9,4%), М.(6,9%), Н.(3,9%). Жодних договорів, що свідчили б про відступлення часток укладено не було.

Відступлення частки – це двостороння дія, договір. Згідно положення 7.3. статуту ТОВ у редакції від 22.12.1995 р. учасник має право відступити свою частку в статутному фонді або її частину іншим учасникам або третім особам, за згодою зборів учасників. У цьому ж п.7.3 статуту зазначається також термін переходу часток до інших учасників та товариства – він становить до 12 місяців. В ст.198 чинного на час цих дій Цивільного кодексу від 18 липня 1963 р., - кредитор (в даному випадку учасник), який уступив вимогу іншій особі, зобов'язаний передати їй документи, що свідчать про право вимоги. Згідно ст.202 ЦК уступка вимоги і переводу боргу повинна бути вчинена в простій письмовій формі.

Тож, відступлення відбулося до моменту проведення загальних зборів та потребувало їх погодження загальними зборами відповідно до статуту. Згідно аналізу Протоколу №1 цих зборів – частки до Д. та Л. не перейшли, оскільки питання щодо їх розподілу не виносились на порядок денний та рішення з цього

приводу не приймалися. За наявності доказів визнання цих загальних зборів неправомочними через відсутність кворуму, - всі прийняті на них рішення (в т.ч. про зміну у складі учасників), слід вважати недійсними [1]; а частки, відповідно - не розподілені. Їх розподіл не підтверджується й жодними документами товариства, в т.ч. бухгалтерськими.

У новій редакції статуту товариства (від 29.11.2002 р.), затвердженого не легітимним рішенням неправомочних загальних зборів вказується лише невірне відображення часток, а саме: Д. – 50% і Л. - 50%. Виходячи з елементарних математичних розрахунків цілком зрозумілим є те, що, зокрема, частка Л. навіть з переданими частками (якщо припустити, що вони передані) повинна була б становити 61 %, тобто більше, ніж 50%. При таких комбінаціях колишній директор ТОВ «П» - Л. повинна була би мати меншу частку ніж вказана вище, - а особа, що не мала жодного відношення до товариства Д. (50% ) - обрана його головою.

При цьому орган державної реєстрації не взяв до уваги вимоги статуту що регулювали порядок відступлення часток, а єдиною підставою для внесення змін до статуту стали нотаріально посвідчені заяви учасників про вихід з товариства та відступлення часток.

За таких обставин факт вчинення одностороннього правочину – заяви про вихід зі складу учасників та відступлення частки слід вважати такими що не відбулися у встановлений статутом термін, оскільки його не було погоджено (схвалено) правомочними загальними зборами, що передбачено п.7.3. чинного на час їх проведення статуту (від 22.12.95 р.). Заяв про вихід є недостатньо для визнання самого факту відступлення часток. Для визнання юридичного факту відступлення часток, необхідним є наявність складного юридичного складу, а саме: заяви про вихід; рішення загальних зборів; бухгалтерського документу про виплату вартості частки. Нагомість у ТОВ відсутні будь-які документи (в т.ч. бухгалтерські) про перерозподіл часток між учасниками. Тому за відсутності самого факту виключення з товариства учасників та відступлення часток – вони повинні належати їх попереднім власникам.

Досліджені по справі документи дали підстави стверджувати про відсутність повідомлення про скликання загальних зборів та самого їх проведення за участю окремих, вказаних у протоколі №1 від 25.11.2002 р., осіб. Загальні збори із наявністю кворуму 36% (частка Л.) слід визнати *неправомочними*; всі прийняті на них рішення (про прийняття в склад засновників товариства Д.; виключення зі складу інших учасників; обрання головою Д. та директором Л.; затвердження статуту у новій редакції), - *недійсними*; а державна реєстрація статуту в новій редакції повинна бути *скасована*. Відсутність кворуму на загальних зборах є безумовною підставою для визнання прийнятих загальними зборами рішень недійсними згідно Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24.10.08 р.

Замість адекватної реакції з боку судді на явні зловживання та прийняття зазначених рішень, - вона відмовила в задоволенні позовних вимог, що свідчить про не об'єктивний розгляд справи.



В контексті даної справи слід з'ясувати питання про те, яким чином на сьогодні відбувається порядок відступлення часток учасників у ТОВ і що власне розуміється під цим терміном.

Під відступленням частки слід розуміти її відчуження на підставі цивільно-правового договору. При цьому саме договір є підставою набуття корпоративних прав для іншої особи, а не будь-який інший документ.

На практиці мають місце випадки, коли через законодавче оперування не уніфікованими термінами підміняється розуміння тих чи інших договорів (правочинів). Так, іноді помилково (або навмисно) під відступленням розуміється складення акту прийому-передачі права власності на земельну ділянку, що передається до статутного фонду ТОВ, внаслідок чого в подальшому може виявитися, що цей акт не вважається підставою виникнення права власності без укладання самого договору.

Застосування термінів «перехід», «передача», «відступлення» та «відчуження», які містяться в чинному законодавстві мають однакове змістове навантаження. Всі вони засвідчують не що інше як відчуження частки. Зокрема, у назві ст.53 Закону «Про господарські товариства» (далі – ЗГТ) [2] застосовується термін «перехід» частки, а в її змісті аналогічно як і в ст.147 ЦК України, вказується на те, що учасник ТОВ має право «продати чи іншим чином відступити свою частку» [3]. Про «...перехід чи передачу частки» йдеться і у ч.1 ст.29 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [4]. Цілком очевидно, що законодавець у наведених нормативних актах має на увазі саме відчуження частки. Тоді навіщо ж нам використовувати таку різноманітну термінологію?

В.М.Кравчук вірно зазначає, що традиційно, законодавець використовує термін «відступлення», коли мова йде про зміну кредитора у зобов'язанні. Натомість, продаж, традиційно вважається способом зміни власника речі. Іншими словами, продаж – це інститут речових відносин, в той час як відступлення – зобов'язальних. Однак новим ЦК України ця різниця практично нівелювалася, оскільки відповідно до ч.2 ст.656 ЦК України предметом продажу можуть бути майнові права. В такий спосіб, на думку автора, законодавець намагається спростити цивільний оборот, запроваджуючи єдину, уніфіковану правову формулу як для переходу прав, так і для зміни власника речей [5, с.171-172].

Вважаю, що спростити цивільний оборот може не застосування в законодавстві різноманітної термінології, а факт визнання на законодавчому рівні корпоративних прав єдиним цілісним об'єктом цивільних прав та закріплення його у ст.177 ЦК України, як це пропонує В.А.Васильєва [6, с.40]. Сприйняття корпоративних прав в сенсі ст.177 ЦК як майнових, суперечить правовій природі та розумінню їх як єдиної сукупності корпоративних прав майнового, немайнового та організаційного характеру.

Корпоративні права слід вважати особливим видом майнових прав зобов'язального характеру, які не можна однозначно віднести до тієї, чи іншої групи. Так, не можна, наприклад, відступити майнові права окремо від зобов'язальних і віднести сукупність корпоративних прав учасника ТОВ до майнових лише на тій підставі, що цей вид закріплений у ЦК, як об'єкт цивіль-

них прав, а корпоративні права - ні. При врегулюванні корпоративних відносин законодавець повинен опиратись на теоретичні обґрунтування, а не навпаки. Інакше розвиток юридичної науки та законодавства взагалі не мали б сенсу.

Спеціальна норма ст.53 ЗГТ вказує на те, що відчуження учасником ТОВ своєї частки (її частини) третім особам допускається, якщо інше не встановлено статутом товариства. У зазначеному раніше випадку та згідно статуту ТОВ «П», «інше» - це погодження правомочними загальними зборами заяв про відступлення часток третій особі. При цьому, учасники товариства користуються переважним правом купівлі частки (її частини) учасника пропорційно до розмірів своїх часток, якщо статутом товариства чи домовленістю між учасниками не встановлений інший порядок здійснення цього права. Купівля здійснюється за ціною та на інших умовах, на яких частка (її частина) пропонувалася для продажу третім особам. Якщо учасники товариства не скористаються своїм переважним правом протягом місяця з дня повідомлення про намір учасника продати частку (її частину) або протягом іншого строку, встановленого статутом товариства чи домовленістю між його учасниками, частка (її частина) учасника може бути відчужена третій особі (ст.53 ЗГТ).

Виходячи із застосування законодавцем слів «відступлення» та «відчуження» як синонімів, учасники ТОВ «П» спочатку повинні були запропонувати свою частку іншим учасникам, а не відразу третій особі – Д. Для цього, вони мали б звернутися до товариства з письмовою заявою про намір відступити свою частку і лише у випадку відмови інших учасників її придбати, – відступити частку третій особі. На це вказують і Рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 28.12.2007 р., в яких зазначається про можливість закріплення відповідних положень у статуті товариства [7].

На законодавчому рівні не закріплено правових наслідків порушення переважного права на придбання частки. Проте враховуючи практику ВГСУ – договори укладені без згоди співзасновників, укладені без використання переважного права на відчуження частки визнаються недійсними.

Коментуючи порядок відчуження часток на прикладі, що наводився раніше зазначу, що його не тільки не було дотримано (переважні права), - а й жодний цивільно-правовий договір, що засвідчував відступлення частки не укладався.

Відповідно до частини третьої статті 29 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців» у разі внесення змін до установчих документів, які пов'язані із зміною складу засновників (учасників) юридичної особи, крім документів, які передбачені ч.1 цієї статті, додатково подається примірник оригіналу (ксерокопія, нотаріально засвідчена копія) одного із таких документів: рішення про вихід юридичної особи із складу засновників (учасників); заяви фізичної особи про вихід із складу засновників (учасників); заяви, договору, іншого документа про перехід чи передачу частки учасника у статутному капіталі товариства; рішення уповноваженого органу юридичної особи про примусове виключення засновника (учасника) із складу засновників (учасників) юридичної особи, якщо це передбачено законом або установчими документами юридичної особи (ч.3 ст. 29 із змінами, внесеними

згідно із Законом N 3456-IV ( 3456-15) від 22.02.2006; в редакції Законів N 809-VI ( 809-17 ) від 25.12.2008, N 3263-VI ( 3263-17 ) від 21.04.2011).

Таким чином, вже давно назріла необхідність внесення відповідних змін до ст.53 Закону України «Про господарські товариства», ст.147 ЦК України та Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців», що регулюють порядок відчуження частки учасника ТОВ і закріпити єдиний термін «відчуження» частки, замість існуючих термінів «перехід», «передача» та «відступлення». Не зайвим буде додатково наголосити й на необхідності доповнення ст.177 ЦК України таким об'єктом цивільних прав як корпоративні права. Законодавчі зміни допомогли би уникнути підміни однакових за змістом понять, різного їх тлумачення та, відповідно, унеможливили б зловживання корпоративними правами учасників ТОВ у цій сфері відносин.

1. *Постанови Пленуму Верховного Суду України №13 від 24.10.08 р. «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» // Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf>*
2. *Закон України «Про господарські товариства» // Відомості Верховної Ради України, 1991, N 49, ст.68.*
3. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // ВВР України. – 2003. - №40. – Ст.356.*
4. *Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» від 15.05.2003 р. // ВВР України. – 2003. - №31-32. – Ст.263.*
5. *Кравчук В.М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах: Монографія. – Львів: Край, 2009. – 464 с.*
6. *Васильєва В.А. Корпоративне право як об'єкт цивільних правовідносин // Корпоративне право в Україні: становлення та розвиток. Зб. наук. праць (За матеріалами міжрегіональної наук.-практ. конф., м.Івано-Франківськ, 26-27 вересня 2003 р.) / Редкол.: О.Д.Крупчан (голова), В.Д.Басай, В.В.Луць та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2004. – 428 с.*
7. *Рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 28.12.2007 р. №04-5/14 «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин» // Вісник господарського судочинства. – 2008. - №1.*

**Саракун І.Б. Практичні аспекти зловживання правом у товаристві з обмеженою відповідальністю**

У даній статті розглядаються практичні аспекти зловживання правом у товаристві з обмеженою відповідальністю. В результаті проведеного дослідження запропоновано внесення змін до відповідних нормативних актів, з метою удосконалення чинного корпоративного законодавства у цій сфері.

**Ключові слова:** зловживання правом; відступлення, відчуження, перехід, передача частки.

**Саракун І.Б. Практические аспекты злоупотребления правом в обществе с ограниченной ответственностью**

В данной статье рассматриваются практические аспекты злоупотребления правом в обществе с ограниченной ответственностью. В результате проведенного исследования

предложено внесение изменений в соответствующие нормативные акты, с целью усовершенствования действующего корпоративного законодательства в этой сфере.

**Ключевые слова:** злоупотребление правом, отступление, отчуждение, переход, передача части.

### *1. Sarakun Practical aspects of abuse of right in the company limited liability*

In this article the practical aspects of abuse of right are examined in the company limited liability. As a result of the conducted research, making alteration is offered in corresponding normative acts, with the purpose of improvement of current corporate legislation in this sphere.

**Keywords:** abuse of right, retreat, alienation, transition, transmission of part.

**СЕМКІВ В. В.**

## **ПРО ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ ВОДНОГО ОБ'ЄКТА**

УДК 347.453.8

**Актуальність теми.** Особливе місце серед природних ресурсів займають водні, тому що жодна сфера життєдіяльності людини неможлива без використання води. Водоресурсний потенціал будь-якої території є природною основою її економічного розвитку, соціального і екологічного благополуччя. Разом з тим, сучасна освоєність і ступінь господарського навантаження на водоресурсний потенціал досягають рівнів, що перевищують самовідновну його здатність. В результаті цього водогосподарські проблеми набувають загальнодержавного значення.

**Постановка проблеми.** Досліджуючи відносини орендного водокористування можна стверджувати, що поширеність договору оренди водного об'єкта зумовлена перш за все можливістю використовувати його у підприємницькій діяльності. Однак, як свідчить практика, укладення таких угод викликає ряд проблем, які перш за все пов'язані безпосередньо з предметом договору оренди водного об'єкта. Це питання є дійсно важливим для України, оскільки на сьогоднішній день Україна оперує великими площами внутрішніх водойм, придатними для використання. Це в свою чергу породжує недостатню урегульованість даної сфери, неоднозначне тлумачення правових норм, а також регулювання даних відносин на рівні підзаконних нормативно-правових актів.

**Аналіз досліджень даної проблеми.** Окремі питання поставленої проблеми досліджувались у працях таких науковців як В. М. Баранов, А. Г. Брунь, В. В. Луць, В. А. Васильєва, И. А. Дроздов, В. М. Баранов, С. І. Догорунцов, Н. Р. Кобецька, І. В. Труфан, В. О. Воронин, Н. В. Локтева, В. О. Джуган та інші.

**Постановка мети.** Метою даного дослідження є з'ясування та визначення предмета договору оренди водного об'єкта з урахуванням принципу комплексності використання природних ресурсів.

**Виклад основного матеріалу.** Формулюючи визначення договору оренди водного об'єкта за відсутності відповідної дефініції у законодавстві ми опираємося на загальні положення про оренду, які містяться в ЦК України та виходимо із особливостей об'єкта оренди, передбаченого ст. 51 ВК України. Тож, за договором оренди водного об'єкта одна сторона (орендодавець) передає або

зобов'язується передати іншій стороні (орендарю) водний об'єкт в тимчасове платне володіння і спеціальне використання.

Досліджуючи анатомію договору оренди водних об'єктів варто перш за все визначити його істотні умови. Стаття 638 ЦК України чітко визначає, що істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди [1].

Першою серед усіх істотних умов цивільно-правового договору, передбачених ст. 638 ЦК України, є умова про предмет договору. Визначення предмету договорів оренди водних об'єктів відсутнє у ВК України. Що ж до діючого законодавства, то визначення предмета договору оренди відображає ряд підходів. Так, п.1 ст. 760 ЦК України в якості такого визначає індивідуально визначену річ [1, с.159]. До прикладу у ст. 607 Цивільного кодексу РФ предметом є земельні ділянки та інші відособлені природні об'єкти, підприємства та інші майнові комплекси, будівлі..., та інші речі, які не втрачають своїх природних властивостей у процесі їх використання [2, с. 398]. На думку деяких дослідників предмет договору оренди має включати в себе два види об'єктів. Об'єктом першого виду виступають дії орендодавця з передання у володіння і використання орендарю водного об'єкта та дії орендаря з належного використання водного об'єкта тощо. Об'єктом другого виду – майно, яке передається у тимчасове володіння та користування [3, с. 17]. На нашу думку, дії орендодавця та орендаря не є складовою частиною предмета договору, а радше виражають його мету. Такі дії спрямовані перш за все на забезпечення передачі майна у тимчасове користування, яка у свою чергу зумовлена існуванням взаємного інтересу: орендодавця – в отриманні прибутку від майна, яке йому не потрібне на даний час, а орендаря – в отриманні певного результату від користування майном, яке він не хоче або не може придбати у власність. Отже, опираючись на нормативне визначення предмета договору оренди, подане ст. 760 ЦК України, ми схилиємося до думки, що для українського права більш характерним є підхід, що предмет договору складається з врахуванням інтересу сторін, що породжує відповідну домовленість у правочині відносно певного майна [4, с. 6]. Отже, окремі об'єкти цивільних прав виступають предметом договорів. Ця позиція підтверджується і спеціальними цивілістичними дослідженнями у договірному праві.

Таким чином, предметом оренди водного об'єкта є сам водний об'єкт (місце розташування, площа та об'єм водного об'єкта, кількість водних живих та рослинних ресурсів, наявність гідротехнічних споруд тощо). Відповідно до ст.1 ВК України водним об'єктом є природний чи створений штучно елемент довкілля, в якому зосереджуються води (море, ріка, озеро, водосховище, ставок, канал, водоносний горизонт) [1, с. 80]. Варто відзначити, що дане визначення викликає істотні непорозуміння у практиці правого регулювання водокористування. Так вважається, що термін «води» вжитий помилково, оскільки він охоплює сукупність водних об'єктів, які у свою чергу не можуть зосереджуватися в одному водному об'єкті, тому необхідно замінити його на термін «вода» [5, с. 68-69].

Аналізуючи зміст ст. 51 ВК України ми можемо зробити висновок, що в оренду можуть бути здані, по-перше, всі водні об'єкти (їх частини) місцевого

значення, по-друге, ставки, що знаходяться в басейнах рік загальнодержавного значення. Законодавець відносить такі ставки до об'єктів загальнодержавного значення, вказуючи в ч. 5 ст. 51 ВК України хто їх може здавати в оренду [6, с.106]. У зв'язку з цим на практиці виникає потреба у розмежуванні поверхневих водних об'єктів місцевого та загальнодержавного значення.

Відповідно до ст. 5 ВК України поверхневими об'єктами місцевого значення є поверхневі води, які знаходяться і використовуються в межах однієї області і які не віднесені до об'єктів загальнодержавного значення [6, с. 83]. Під поверхневими водами розуміють води суходолу, що постійно або тимчасово перебувають на земній поверхні у формі різних водних об'єктів: ріки, водотоки, озера, водосховища, болота тощо [7]. Законодавець пішов шляхом закріплення водних об'єктів місцевого значення в Переліку річок та водойм, що віднесені до водних об'єктів місцевого значення 03.06.97 р. Відповідно до даного переліку такі об'єкти знаходяться тільки в п'яти областях України, таким чином в решті областей такі об'єкти відсутні і не можуть бути передані в оренду. Видається, що така ситуація не відповідає реальності, оскільки у всіх областях України є штучно створені поверхневі водойми, які використовуються в межах однієї області [8, с. 69]. Саме тому важливим і доцільним є необхідність врегулювання цього питання, визначивши всі поверхневі водні об'єкти, які є об'єктами місцевого значення.

Продовжуючи аналіз предмета договору оренди водних об'єктів ми переконані, що ВК України суттєво обмежує перелік водних об'єктів безпосереднім визначенням, що міститься у статті 51 ВК України. У науковій літературі висловлюється думка про можливість передачі в оренду малих річок, як водних об'єктів місцевого значення. У малих річках зосереджено до 90% водних ресурсів України. Аналіз ситуації показав, що малі річки України забруднені на порядок більше, ніж великі. Це пояснюється не тільки їх малою водністю, але й недостатньою охороною. Деградація, висихання малих річок невідворотно призведе до деградації великих рік, тому проблема їх збереження й оздоровлення є однією з найгостріших для України [9, с. 118]. Надійна правова основа, яка є необхідною для вирішення цих проблем, має, між іншим, включати і регулювання раціонального використання малих річок. Нині існує потреба в широкому застосуванні договорів на використання водних ресурсів малих річок. Договір такого виду повинен конкретизувати цілі та порядок використання річки, права та обов'язки сторін, встановлювати строки використання і плати, умови зміни і припинення договору, відповідальність сторін та інше. Договір оренди малої річки чи її частини визначають як угоду двох сторін, за якою орендодавець надає орендареві малу річку або її частину для цільового використання за певну плату на певний строк, а орендар зобов'язується використовувати її за цільовим призначенням, вчасно вносити орендну плату та дотримуватись еколого-правових та інших приписів [10, с. 4]. Існує думка, що доцільно закріпити всі ділянки малих річок на договірній основі за окремими сільськогосподарськими підприємствами, фермерськими господарствами, по землях яких вони протікають [11, с. 33]. Тим не менше, якщо і закріпити положення про можливість використання малих річок на умовах оренди, то воно вступить у суперечність з положення-

ми ст. 51 ВК України, де однією з цілей водокористування є риборозведення, тоді як у випадку з річками це не мало б ніякого економічного сенсу [10, с. 10-11]. Стаття 51 ВК України закріплює перелік цілей використання, серед яких риборозведення, виробництво сільськогосподарської і промислової продукції, лікувальні та оздоровчі цілі. Саме тому розширення цілей водокористування на умовах оренди за Проектом Закону України «Про внесення змін до Водного кодексу України» від 22.09.2011 р. є позитивним явищем. Проект зазначає, що у користування на умовах оренди водні об'єкти можуть надаватися для риборозведення, культурно-оздоровчих, лікувальних, рекреаційних, спортивних і туристичних цілей, проведення науково-дослідних робіт.

Предметом договору оренди, відповідно до законодавства, можуть виступати ставки, що знаходяться в басейнах річок загальнодержавного значення. При цьому у законодавстві України відсутнє визначення річки як водного об'єкта та визначення поняття «басейн річки», що у свою чергу викликає складнощі у визначенні належності того чи іншого ставка до басейну конкретної річки. Проектом Закону України «Про внесення змін до Водного кодексу України» від 22.09.2011 р. пропонується внести до ВК України таке поняття як «водотік», під яким розуміється водний об'єкт, що характеризується рухом води в природному або штучному поглибленні земної поверхні [12]. Очевидно використання цього поняття має за мету узагальнити визначення поняття «річка», що є не зовсім обгрунтованим з точки зору його суті. Так, у тлумачному словнику української мови під річкою розуміють природний водний потік, який витікає з джерел чи з озера, болота, має сформоване річище і тече під дією сили тяжіння; живиться поверхневими й підземними водами [13]. Тобто наголошується на природному походженні річки.

Стаття 1 ВК України містить визначення поняття «басейн водозбірний», який є частиною земної поверхні і товщі ґрунтів, з яких відбувається стік води у водотік чи водойму [6]. Як правило, підземний і поверхневий водозбір не співпадають, але враховуючи складнощі визначення меж підземного водозбору, за величину басейну ріки приймається поверхневий водозбір. З врахуванням вищепереліченого необхідно погодитися з точкою зору про потребу у доповненні ст. 1 ВК України визначеннями ріки і басейну ріки [14, с. 39-40]. Таким чином, під річкою пропонуємо розуміти природний водотік довжиною не менше 10 км., що тече у виробленому ним річищі і живиться за рахунок стоку з площі свого водозбору. Що ж до поняття «басейн ріки», то на відміну від українського законодавства Водний кодекс РФ п. 18 ст. 1 дає його визначення [15, с. 4]. Аналізуючи дане положення можемо визначити басейн ріки як територію, поверхневий стік води з якої через мережу водоймищ та водотоків відбувається в море чи озеро.

Окремої уваги заслуговують такі об'єкти, які можуть виступати в якості предмета договору оренди, як водосховища та озера, а також їх частини. Аналізуючи визначення цих понять, які містяться в ст. 1 ВК України, можна зробити висновок, що ставок від водосховища відрізняється лише об'ємом і цільовим призначенням, а озеро – природним характером виникнення. Ці відмінності не заважають використанню водосховищ і озер, якщо вони є об'єктами місцевого значення для цілей, передбачених ст. 51 ВК України [16, с. 134]. Але якщо вони

є об'єктами загальнодержавного значення, то виключається можливість використання їх на умовах оренди, що на думку багатьох є не виправданим, оскільки саме ці об'єкти, будучи відносно сталими, можуть скласти основну частину водних об'єктів, використання яких є актуальним на договірних засадах. Вищезгаданий проект Закону України «Про внесення змін до Водного кодексу України» від 22.09.2011 р. значно обмежує коло об'єктів, які можуть передаватися в оренду. До них відносяться лише ставки, що знаходяться в басейнах річок місцевого значення та ставки, що знаходяться в басейнах річок загальнодержавного значення. Надання інших об'єктів на умовах оренди не дозволяється. На нашу думку таке обмеження є необґрунтованим і може призвести до занепаду орендних відносин у сфері водокористування.

Важливим питанням, яке повинно бути вирішене негайно є, на нашу думку, врахування принципу комплексності при визначенні предмета договору оренди водного об'єкта. Адже зараз ми стикаємося з тим, що для того, щоб передати водний об'єкт в оренду потрібно:

1. Укласти договір оренди нерухомого майна – гідротехнічної споруди.
2. Укласти договір оренди земельної ділянки водного фонду з органами місцевого самоврядування або районною державною адміністрацією.
3. Укласти договір оренди водного об'єкта з КМ України або місцевими державними адміністраціями.

Отже, для того, що взяти в оренду водний об'єкт орендар повинен укласти три договори оренди з різними державними структурами. Окрім того, процедура укладення таких договорів доволі відрізняється і, як свідчить практика, пов'язана з труднощами, зумовленими неправильною оцінкою гідроспоруди, неузгодженостями та суперечностями законодавства тощо. Це неймовірно обтяжує процедуру узаконення господарської діяльності на водному об'єкті. Важко не погодитися з тим, що дана сфера є неврегульованою і потребує негайного законодавчого втручання. Ми не погоджуємося з існуючою позицією, що беручи водний об'єкт в оренду орендар не змушений брати в оренду дно об'єкта та прибережну смугу, яка аргументується тим, що питання взяття в оренду ділянки прибережної захисної смуги (смуги відведення) залежить від поточних потреб, які виникають у ході використання в господарській діяльності орендованого водного об'єкта. Оскільки договір оренди водного ресурсу укладається орендарем з метою досягнення необхідних господарських та комерційних результатів, то постає закономірне питання: чи можна говорити про реалізацію економічної мети договору оренди водного об'єкта у випадку, коли земля на якій він розташований і гідроспоруда, яка необхідна для його обслуговування, належить іншій особі. Отже, як бачимо, під час надання водного об'єкта у користування потрібно враховувати всі складові предмета договору оренди: земельну ділянку, на якій розташований об'єкт, прибережні захисні смуги та гідротехнічні чи інші водогосподарські споруди.

Зміни проекту ВК України торкнулися цієї проблематики. Законопроект пропонував визначити водний об'єкт як елемент довкілля, що включає в себе не тільки воду, а й дно під нею. Предметом договору оренди (за проектом ВК України) міг бути не просто водний об'єкт, а цілий комплекс, який включає і



земельну ділянку, яка обслуговує цей об'єкт і гідротехнічні споруди. Таким чином, предметом договору оренди можна визначити відокремлені водні об'єкти разом з земельними ділянками, на яких вони розташовані, гідротехнічними спорудами, які їх обслуговують, оскільки всі вони нерозривно пов'язані між собою і є цілісним комплексом. Цікаво, що деякі дослідники переконані, що без використання землі неможливим є і використання водного об'єкту [17, с. 25]. Це стосується і гідроспоруд, адже водойми не можуть функціонувати без споруд, а споруди нічого не варті без водойм. Відсутність такого правила може призвести до виникнення ситуації, коли орендар водного об'єкта не буде являтися орендарем земельної ділянки під ним, враховуючи і те, що строки оренди землі і водних об'єктів відмінні. Саме тому нормативне закріплення предмета даних договорів призведе до визначеності і ясності орендних відносин водокористування у майбутньому.

Таким чином, правовий режим користування водними об'єктами неможливо розглядати окремо від користування землею, що його обслуговує і без якої реалізація економічної та правової мети договору була б неможливою. Саме тому користування водним об'єктом слід розглядати в комплексі з правовим режимом земель водного фонду, які разом можна назвати водно-земельними відносинами, що виступають єдиним комплексним об'єктом правового регулювання. Водні об'єкти повинні надаватися в оренду в комплексі з прибережними захисними смугами, землями, зайнятими водою, та гідротехнічними спорудами, які їх обслуговують.

1. *Цивільний кодекс України : за станом на 18 січня 2009 р. / Верховна Рада України. – Офіц. вид. – К. : Парлам. вид-во, 2009. – Ст. 192–196. – (Бібліотека офіційних видань).*
2. *Гражданский кодекс Российской Федерации. Части первая и вторая. – М.: Юрист, 1998. – 480 с.*
3. *Витрянский В. Договор аренды // Закон. – 2000. - №11. – С. 14-27.*
4. *Васильева В.А. Проблемы гражданско-правовых отношений с надання посередницьких послуг [Текст]: автореф. дис... д-ра. юрид. наук: 12.00.03: захищено 27.11.06/ КНУ ім. Тараса Шевченка. – К.,– 2006. - 32 с.*
5. *Лозанський В. Правове регулювання водокористування // Право України. – 2005. - №12. – С. 68-72.*
6. *Водний кодекс України за станом на 18 січня 2009 р. / Верховна Рада України. – Офіц. вид. – К.: Парлам. вид-во, 2009. – Ст. 105. – (Бібліотека офіційних видань).*
7. *Визначення поняття «поверхневі води». – Режим доступу: <http://en.wikipedia.org/wiki/>*
8. *Гордеев В. Использование водных объектов на условиях аренды // Підприємництво, господарство і право. – 2001. - №12. – С.69-71.*
9. *Дорогунцов С.І. Водні ресурси України (проблеми теорії та методології): [монографія] / С.І. Дорогунцов, М.А. Хвесик, І.Л. Головинський. – К.: Видавничо-поліграфічний центр „Київський університет”, 2002. – 227 с.*

10. Труфан І. В. *Правовий режим малих річок в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.06. / І. В. Труфан. – Харків, 2005. – 17 с.*
11. Гордєєв В. *Правові питання використання малих річок // Право України. – 1994. - №1-2. – С. 31-33.*
12. *Проект Закону України «Про внесення змін до Водного кодексу України» від 22.09.2011 р. – Режим доступу: [http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc](http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc).*
13. *Визначення поняття «річка». – Режим доступу: <http://en.wikipedia.org/wiki/>.*
14. Локтева Н. В. *Правові аспекти використання водних ресурсів Дніпровського басейну / Н. В. Локтева // Юридический вестник. – 2007. – № 2. – С. 39–42.*
15. *Водный кодекс Российской Федерации / Государственная Дума РФ. – М.: Проспект, Омега-Л, 2009. – 40 с.*
16. Воронин В. В. *О предмете договора аренды водных объектов / В. В. Воронин // Экономика та право.—2009. —№1. — С. 131-135.*
17. Локтева Н. В. *Правове регулювання комплексного використання водних ресурсів Дніпровського басейну: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Локтева Наталія Валентинівна. : НАН України; Інститут держави і права ім. В.М.Корецького. — К., 2007. – 216 с.*

***Семків В. В. Про предмет договору оренди водного об'єкта***

У роботі наведено теоретичне узагальнення та роз'яснення питань, що виникають при визначенні предмета договорів оренди водних об'єктів. Визначено особливості різних підвидів предмета таких договорів. Внесено пропозиції щодо уточнення предмета, його ознак, кваліфікуючих характеристик. Доведено необхідність врахування принципу комплексності використання природних ресурсів при визначенні предмета договору оренди водного об'єкта.

**Ключові слова:** предмет договору, природні ресурси, водний об'єкт, водокористування, оренда, води.

***Семків В. В. О предмете договора аренды водного объекта***

В работе приведены теоретическое обобщение и разъяснение вопросов, касающихся определения предмета договоров аренды водных объектов. Определены особенности различных подвидов предмета таких договоров. Внесены предложения по уточнению предмета, его признаков и квалифицирующих характеристик. Доказана необходимость учета принципа комплексности использования природных ресурсов при определении предмета договоров аренды водного объекта.

**Ключевые слова:** предмет договора, природные ресурсы, водный объект, водопользование, аренда, воды.

***V.V. Semkiv On the subject of the water lease***

In work theoretical generalization and clarifying of issues of defining the subject of water lease. The peculiarities of different subtypes of the subject of such agreements. The proposals on specification of the subject, its signs, qualifying characteristics is contributed. The necessity of the applying of the principle of complex usage of the natural resources while defining the subject of water lease is proved.

**Key words:** subject of the agreement, natural resources, water object, water usage, lease, waters.

## **ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ЄДИНОГО ДЕРЖАВНОГО РЕЄСТРУ СУДОВИХ РІШЕНЬ – ЯК ОДНА ІЗ ГАРАНТІЙ ДОСТУПНОСТІ ПРАВОСУДДЯ В ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ**

УДК 347.923

**Мета даної статті** полягає в аналізі законодавства України, що регулює на-  
правлення судових рішень до Єдиного Державного реєстру судових рішень.

Дослідження питання правового регулювання Єдиного Державного реєстру  
судових рішень для сучасного цивільного процесу України є новим, праць, при-  
свячених вивченню даного питання, є вкрай мало. Теоретичну основу дослі-  
дження склали законопроекти, праці вчених, юристів–практиків та журналістів  
(Володимира Стретовича, Богдана Бондаренка, Юлії Рашупкіної, Романа Куй-  
біди, Тетяни Рудої), а також нормативні акти Ради суддів України, Державної  
судової адміністрації України та аналізи експерта Проекту USAID «Україна:  
Верховенство права» Маркуса Зіммера.

Останніми роками особливу популярність в юридичній літературі набула  
ідея верховенства права. Саме в ній найбільш повно знайшла відображення віра  
в те, що правова система, заснована на верховенстві права, більше та краще, ніж  
інші системи, гарантує те, що не будуть прийняті випадкові закони, а існуючі  
будуть мати передбачуване застосування.

У наукових працях та в офіційних джерелах практична реалізація цієї ідеї  
обґрунтовано пов'язується із діяльністю судів. Внесок суддів у цей процес поля-  
гає в тому, що вони формулюють у своїх рішеннях основні принципи (складові)  
режиму верховенства права і, водночас, застосовують їх, тим самим практично  
забезпечуючи утвердження цього режиму.

Частиною 5 статті 124 Конституції України передбачено, що судові рішення  
ухвалюються судами іменем України і є обов'язковими до виконання на всій  
території України. Водночас частиною 2 статті 124 Конституції України закрі-  
плено, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають  
у державі.

Ухвалення, оформлення та підписання судових рішень здійснюється суддею  
(суддями), які розглядали справу, відповідно до вимог Цивільного процесуаль-  
ного кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, Кодексу  
адміністративного судочинства України, Кримінально-процесуального кодексу  
України. Сторонам по справі надаються (надсилаються) копії судових рішень.

Розуміння такої особливої ролі судових рішень, доступу громадськості  
до них призвело до суттєвого розширення горизонтів дослідження цього  
документа як основного акта реалізації судової влади.

Отже, сьогодні судові рішення та доступ до них розглядається не тіль-  
ки як ключова проблема процесуального права, але і як особливий со-  
ціально-правовий феномен, який певною мірою уособлює базові харак-  
теристики відповідного суспільства і має значну аудиторію адресатів, що

охоплює не тільки сторін та інших учасників конкретного судового процесу, а й інші групи осіб, що мають певний інтерес до діяльності судів, у т. ч. й медіа.

Донедавна єдиним механізмом доступу громадськості до судових рішень, який визначено у процесуальному законодавстві, було публічне проголошення цих рішень у відкритому судовому засіданні. Оскільки залів судових засідань у багатьох судах не вистачало, судді часто розглядали справи у робочих кабінетах, де немає жодних умов для перебування публіки. Зрозуміло, судові рішення здебільшого лишалися невідомими. Тільки деякі, як правило, у найбільш резонансних справах, могли бути опублікованими, і то завдяки старанням журналістів, котрі отримували відповідний текст.[10]

Вирішенням цієї проблеми послужив процес впровадження доступу громадськості до судових рішень через мережу інтернет.

У низці документів органів судової влади 2004 року наголошувалося на потребі створення реєстру судових рішень, але ці документи пов'язували таку необхідність, насамперед, з потребами суддів у доступі до судової практики. Так, Президією Верховного Суду України, Президією Ради суддів України та колегією Державної судової адміністрації України прийнято постанову «Про стан здійснення судочинства у 2004 році і завдання на 2005 рік» від 18 лютого 2005 року [6]. Однак без відповідного законодавчого рішення ані уряд, ані судова влада не мали достатньої політичної волі взяти на себе відповідальність за впровадження цього задуму у життя.

Перша спроба законодавчо закріпити дану ідею у життя була зроблена лише 18 січня 2005 року, коли у Верховній Раді України був зареєстрований законопроект “Про забезпечення гласності при здійсненні господарського судочинства”.[7] Законопроект отримав підтримку нового уряду і реалізацію закладених до нього ідей було передбачено затвердженою 4 лютого 2005 року Програмою діяльності Кабінету Міністрів України «Назустріч людям»[2].

22 грудня 2005 року Верховною Радою України з метою забезпечення відкритості діяльності судів загальної юрисдикції, сприяння однаковому застосуванню законодавства, був прийнятий Закон України «Про доступ до судових рішень», що набув чинності 1 червня 2006 року. Законом передбачено створення та забезпечення функціонування Державною судовою адміністрацією України Єдиного державного реєстру судових рішень (далі - Реєстр). При цьому суд при здійсненні судочинства може використовувати лише текст судового рішення, який опубліковано офіційно або внесено до Реєстру.

Після прийняття Закону і введення його положень в дію доступ до всіх рішень, виданих судами загальної юрисдикції у скороченому вигляді та з певними обмеженнями надається кожному. Закон передбачає доступ до рішень в електронному вигляді та дистанційно через веб-портал Державної судової адміністрації України (далі – ДСА) для будь-якої особи в будь-якому місці в Україні або у світі, якщо особа має доступ до комп'ютера та Інтернету.

Відповідно до ст. 2 Закону України “Про доступ до судових рішень” відкритість судових рішень забезпечується такими способами:

1. Проголошенням судового рішення в залі судового засідання;

2. Забезпеченням доступу до матеріалів справи та наданням копії рішення;
3. Оприлюдненням судових рішень у мережі Інтернет;
4. Публікацією текстів судових рішень у друкованих виданнях.

Згідно із законом, ніхто не може бути обмежений у праві на отримання в суді усної або письмової інформації щодо результатів розгляду його судової справи. Для реалізації цього права слід звернутися до канцелярії відповідного суду з письмовою заявою, яка повинна містити обґрунтування, чому судові рішення безпосередньо стосується прав, свобод чи інтересів того, хто звертається. В отриманні рішення може бути відмовлено тільки якщо:

- заявник не має процесуальної дієздатності або від його імені звернулася особа, яка не має на те відповідних повноважень;
- матеріали справи передані до іншого суду чи на зберігання до державної архівної установи;
- судові рішення безпосередньо не стосується прав, свобод, інтересів чи обов'язків заявника.

Цей перелік є вичерпним. [1, ст.9]

На виконання даного закону 25 травня 2006 року Кабінет Міністрів України видав постанову «Про затвердження порядку ведення Єдиного державного реєстру судових рішень» (далі – Порядок). Порядок містив у певних деталях загальні процесуальні засади впровадження та функціонування Реєстру.

Відповідно до даної постанови єдиний державний реєстр судових рішень – це автоматизована система збирання, зберігання, захисту, обліку, пошуку та надання електронних копій судових рішень. До Реєстру вносяться судові рішення Верховного Суду України, вищих спеціалізованих, апеляційних та місцевих судів - вироки, рішення, постанови, накази, ухвали, окремі ухвали (постанови) суду, що ухвалені (постановлені) судами у кримінальних, цивільних, господарських справах, у справах адміністративної юрисдикції, у справах про адміністративні правопорушення, крім судових рішень, які містять інформацію, що є державною таємницею.[3]

Як це часто буває з важливими та масштабними урядовими ініціативами, на початковому етапі розробки та прийняття закону (постанови) важко передбачити всі практичні, пов'язані аспекти, витрати і проблеми, які тягнуть за собою такі ініціативи. При розробці законопроекту Верховна Рада України, яка є державним законодавчим органом України, поклала на ДСА обов'язок щодо впровадження Єдиного державного реєстру судових рішень, безпосередня відповідальність за впровадження Реєстру була покладена на керівництво ДСА її Державне підприємство «Інформаційні судові системи».

Виконуючи положення Закону та Порядку щодо наповнення Реєстру, ДСА зіткнулася з багатьма проблемами, що вплинули на її здатність дотриматися термінів та інших системних вимог, що встановлюються Законом та Порядком. Також в процесі впровадження стало зрозуміло, що може виникнути потреба змінити певні положення Закону та Порядку для більш ефективного досягнення мети по наданню доступу до судових рішень у спосіб, передбачений авторами розробниками Закону. [11, с. 34]

Починаючи з червня 2006 року (початок роботи Реєстру) і до жовтня 2009 року наповнення Реєстру здійснювалося, як за допомогою електронного документообігу, так і з використанням паперових носіїв, що у певній мірі стримувало забезпечення своєчасного доступу до судових рішень за допомогою Реєстру.

Для обробки та внесення паперових копій на той час застосовувалися затратні та громіздкі технології, які не дозволяли досягнути необхідної продуктивності Реєстру. Самі паперові копії судових рішень надсилались виготовленими іноді без використання комп'ютерної техніки (рукописи).

Окрім того, виконання вимог чинного законодавства у частині своєчасного та повного розміщення копій судових рішень у Реєстрі також ускладнювалося відсутністю необхідних, відповідних сучасності норм законодавчих та нормативно-правових актів щодо діяльності Реєстру.

Тому, з метою удосконалення Єдиного державного реєстру судових рішень, поліпшення механізму діловодства в судах для запобігання випадків підробки судових рішень, досягнення максимальної повноти відомостей Реєстру шляхом нормативного забезпечення обов'язковості внесення копій судових рішень до Реєстру та посилення механізму реалізації Закону України «Про доступ до судових рішень», створення прозорого механізму контролю з боку держави та громадянського суспільства за процесом прийняття рішень судами України, 23 вересня 2009 року Кабінет Міністрів України прийняв Постанову № 1007 «Про внесення змін до Порядку ведення Єдиного державного реєстру судових рішень», котрою було внесено зміни до Порядку ведення Єдиного державного реєстру судових рішень.

Новим Порядком ведення Єдиного державного реєстру судових рішень вносяться зміни щодо відмови від обробки копій судових рішень на паперових носіях, як морально застарілої та невиправдано трудомісткої технології; щодо обов'язковості направлення всіх копій судових рішень в електронному вигляді для опублікування в Реєстрі з використанням засобів електронного цифрового підпису; щодо зменшення строків надсилання копій судових рішень до Реєстру для актуалізації даних; тощо. [4]

Основною метою вдосконалення Реєстру стало актуалізація та повнота відомостей, що містяться у Реєстрі, тобто копії судових рішень мають надаватися до Реєстру не пізніше наступного дня після ухвалення (постановлення) судового рішення, а копії судових рішень, що підлягають негайному виконанню – повинні надаватися до Реєстру одразу після ухвалення (постановлення) такого рішення. Копії судових рішень повинні видаватися лише після їх внесення до Реєстру.

Після внесених змін ситуація почала виправлятися, якщо станом на 01 січня 2008 року електронних копій судових рішень надходило 35% від загальної кількості, то в березні 2009 року співвідношення, вже мало пропорцію 25%/75% паперових та електронних копій судових рішень, відповідно. В кінці 2009 року надходження паперових копій судових рішень зійшло майже нанівець.

Таким чином, після законодавчого закріплення та внесення змін спрямованих на покращення роботи, Реєстр почав виконувати низку важливих функцій, які на нього покладені:

*По-перше*, відкритість судових рішень повинна стримувати суддів від відвертих зловживань. Знаючи, що «замовне» рішення може легко стати предметом громадського розголосу, суддя навряд чи наважиться у рішенні чорне називати білим, а біле чорним. Щоправда, це буде досягнуто лише тоді, коли рішення не можна буде приховати від внесення до реєстру.

*По-друге*, процесуальне законодавство однією з підстав для оскарження судових рішень визначило наявність неоднакового застосування судами одного й того ж закону. Ті судові рішення, що потрапляють у періодику, відображають лише окремі аспекти судової практики. Тому попит на них надзвичайно великий. Це давало можливість декому із працівників судів навіть «приторговувати» текстами рішень. Реєстр полегшив одержання необхідної інформації, допоміг задовольнити попит правників. А ще інтерес до ресурсів реєстру мають комерційні структури, оскільки він дає змогу вивчати «судову біографію» підприємств-потенційних контрагентів.

*По-третє*, за недостатності роз'яснень Верховного та Вищих спеціалізованих судів реєстр став цінним джерелом інформації для самих суддів. Можливість вивчати практику судів вищого чи навіть того самого рівня полегшує суддям вирішення подібних справ. А крім того, якщо реєстр міститиме всі рішення судів, зокрема й процесуального характеру, судді не важко буде перевірити при відкритті провадження у справі, а чи не вирішувалася ця сама справа раніше або чи не знаходиться вона у провадженні іншого суду. Оскільки п.2 ч.1 ст.205 ЦПК України передбачено, що суд закриває провадження у справі, якщо набрали законної сили рішення суду або ухвала суду про закриття провадження у справі у зв'язку з відмовою позивача від позову або укладення мирової угоди сторін, ухвалені або постановлені з приводу спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав.

*По-четверте*, із запровадженням реєстру судова практика зможе стати предметом більш прискіпливого аналізу науковців. Раніше вони змушені були задовольнятися опублікованими у періодиці текстами рішень або різними шляхами добиватися дозволу на вивчення справ у судах. Тож реєстр може сприяти тому, щоб юридична наука стане більш прикладною.

*По-п'яте*, подальший розвиток Єдиного державного реєстру судових рішень відкриває відмінні можливості, щоб спростити ведення судової статистики. Кожен міг би самостійно відшукати статистичну інформацію про кількість справ чи рішень, обравши відповідні часові рамки та інші критерії. [9, с.5].

Отже, відкритий доступ до судових рішень є одним з принципів, який забезпечує прозорість діяльності судової влади, а також сприяє однакому застосуванню законодавства.

Підсумовуючи викладене можна відмітити, що ефективність створення Реєстру характеризується в першу чергу покращенням доступу громадян та фахівців до інформації щодо прийнятих судових рішень.

Яскравим підтвердженням росту попиту до інформації, що публікується в реєстрі є кількість звернень до Реєстру. Так, на кінець 2010 року кількість звернень до Реєстру зросла більше як до 300 000 користувачів щомісячно у порівнянні з 2009 роком – це на 100 000 запитів на місяць. Більше трьох мільйонів звернень

для отримання інформації у Реєстрі зафіксовано протягом 2010 року. Станом на 31.12.2010 року кількість внесених до Реєстру судових рішень судів загальної юрисдикції склала 13 081 453.

Цілком ймовірно, що незабаром реєстр стане початком створення єдиної інформаційної системи судів, яка забезпечить спілкування сторін із судом через Інтернет, електронний доступ до матеріалів справи, до інформації про стан виконання судового рішення тощо.

1. Закон України «Про доступ до судових рішень» // Офіційний вісник Верховної Ради України, 2006, № 15, ст. 128 (зі змінами).
2. Постанова Верховної Ради України від 04 лютого 2005 року «Про Програму діяльності Кабінету Міністрів України «Назустріч людям» // Відомості Верховної Ради України, 2005, N 12 (25.03.2005), ст. 209.
3. Постанова Кабінету Міністрів України від 25 травня 2006 року № 740 «Про затвердження Порядку ведення Єдиного державного реєстру судових рішень» // Офіційний вісник України, 2006р., №22, с.1623.
4. Постанова Кабінету Міністрів України від 23 вересня 2009 року № 1007 «Про внесення змін до Порядку ведення Єдиного державного реєстру судових рішень» // Офіційний вісник України, 2009р., №74, с. 2533.
5. Постанова Кабінету Міністрів України від 05 січня 2011 року № 9 «Про внесення змін до Порядку ведення Єдиного державного реєстру судових рішень» // <http://www.zakon.rada.gov.ua>.
6. Постанова Верховного Суду України, Ради суддів України, Державної судової адміністрації України № 2 від 18 лютого 2005 року «Про стан здійснення судочинства у 2004 р. і завдання на 2005 р.» // Вісник Верховного Суду України, 2005, №3.
7. Пояснювальна записка до законопроекту В.Стретовича-Т.Стецьківа «Про доступ до судових рішень» від 24 вересня 2008 р. // <http://www.rada.gov.ua>.
8. Бондаренко Б., Рацупкіна Ю. Анализ работы Единого государственного реестра судебных решений. // Права Человека в Украине Информационный портал Харьковской правозащитной группы // <http://www.khpg.org>.
9. Куйбіда Р., Руда Т. Перший досвід: Про використання реєстру судових рішень. – К.: Юридична газета перша, 15 березня 2007 року, №11 (95).
10. Лесюк Т. Діяльність судової влади стане прозорою. – К.: Юридична газета, 19 січня 2006 року, №1 (61).
11. Маркус Зіммер. Аналітичний звіт з рекомендаціями щодо Закону України «Про доступ до судових рішень» // Матеріали круглого столу – К.: Проект USAID «Україна: Верховенство права», 2011., ст.100.

**Сметанюк В.Б. Правова регламентація Єдиного Державного реєстру судових рішень – як одна із гарантій доступності правосуддя в цивільних справах**

Стаття присвячена аналізу та дослідженню законодавства України, що регулює порядок направлення судових рішень до Єдиного Державного реєстру судових рішень. Вивчення порядку направлення рішень до Єдиного державного реєстру судових рішень дасть можливість розробити пропозиції для вирішення проблемних питань, які виникають на практиці при користуванні Реєстром.



**Ключові слова:** судові рішення, Єдиний Державний реєстр судових рішень, відкритість судових рішень.

*Сметанюк В.Б. Правовая регламентация Единого Государственного реестра судебных решений - как одна из гарантий доступности правосудия по гражданским делам*

Статья посвящена анализу и исследованию законодательства Украины, регулирующего порядок направления судебных решений в Единый Государственный реестр судебных решений. Изучение порядка направления решений в Единый государственный реестр судебных решений позволит разработать предложения для решения проблемных вопросов, возникающих на практике при использовании Реестром.

**Ключевые слова:** судебные решения, Единый Государственный реестр судебных решений, открытость судебных решений.

*Smetanyuk V.B. Juridical regulation of the Unified State Register of judicial decisions as one of the guarantees of justice's availability in the civil cases.*

The article is devoted to the analysis and research of the Ukrainian legislation that regulates the way of direction the judicial decisions to the Unified State Register of judicial decisions. The investigation of the way of direction the decisions to the Unified State Register of judicial decisions will allow to make the propositions for solving the problematic issues, that appears in practice while using the Register.

**Key words:** judicial decisions, the Unified State Register of judicial decisions, the transparency of the judicial decisions.

**СТАВНИЧА І.М.**

## **ПРАВОСУБ`ЄКТНІСТЬ УЧАСНИКІВ ЯК ОБ`ЄКТИВНА УМОВА ДІЙНОСТІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ**

УДК 347.44

**Постановка проблеми.** Універсальність договору обумовлена його сутністю, яка полягає в тому, що в основі договору як правового явища лежить сукупність волевиявлення його сторін, реалізована у взаємній домовленості з метою реалізації власних інтересів. Зважаючи на роль договору у регулюванні суспільних відносин, державою встановлюються особливі вимоги щодо здатності суб`єктів підприємництва укладати договори, змісту та форми останніх, визначення волі сторін та волевиявлення. Такі вимоги є суб`єктивними та об`єктивними умовами дійсності договорів. Якщо договір не відповідає встановленим законом вимогам, тоді виникають підстави для визнання договору недійсним.

**Стан дослідження.** Дослідження окремих питань даної проблеми проводили В.В.Луць, О.І.Зозуляк, С.О.Бородовський, С.М.Бервено.

**Метою статті** є дослідження проблеми правосуб`єктності сторін в контексті умов дійсності цивільно-правового договору.

**Вклад основного матеріалу.** Договір можна визначити як правомірний правочин взаємоузгодженої волі двох і більше сторін, спрямованої на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов`язків у формі зобов`язального правовідношення та на врегулювання відносин між цими сторонами шляхом закріплення цих прав та обов`язків у визначеній законом формі. Наведене ви-

значення поняття договору, безумовно, є небезспірним, але воно містить такі складові, які засвідчують наявність у договорі багатоманітності його змісту.

Цивільно-правовий договір сягає своїм корінням щеу часи римськогопри-ватного права, пройшовши тисячолітній шлях свого розвитку. Римськіюристи розглядалицивільно-правовий договір як двосторонню угоду, в якійвиражена воля двох сторін, спрямована на досягнення або припинення правового резуль-тату – виникнення, зміну чи припинення прав та обов'язків [ 9, с. 281].

Поняття «договір» вживається в декількох значеннях. Насамперед, дого-вір належить до юридичних фактів, на основі яких виникають зобов'язання. Відповідно до ч.2 ст.11 і ч.2 ст.509 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) зобов'язання виникають із договорів та інших правочинів, передбачених зако-ном, а також із договорів та інших правочинів, які хоч і не передбачені законом, проте й не суперечать йому. Договір є дво- чи багатостороннім правочином, тоб-то погодженою дією двох або більше сторін (ч.4 ст.202 ЦК). Відповідно до ч.1 ст.626 ЦК договором визнається домовленість двох чи більше осіб, спрямована на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків. Тут термі-ну «домовленість» надається властиве йому значення як погодженому волевияв-ленню двох чи більше осіб. [5, с.8 ]

Отже, договір врегульовує суспільні відносини. При цьому, суспільні від-носини, які регулюються не втрачають свого фактичного змісту, а лише видо-змінюються, отримуючи додаткову властивість. Більше того, значення цивільно-правового договору все більше зростає, так як він допомагає усувати прогалини у праві, врегульовуючи ті суспільні відносини, які не врегульовані законодав-ством. Тенденція підвищення ролі договору просліджувалась і в XIX ст., так А.Фульє, французький філософ, зазначав, що договір займає дев'ять десятих діючих кодексів, а коли-небудь йому будуть присвячені в кодексах всі статті від першої до останньої [1,с.105]

Феномен договору полягає у тому, що він виступає правовим засобом, у межах якого інтерес однієї сторони задовольняється тільки через інтерес ін-шої. Така ситуація породжує загальний інтерес сторін до укладення договору та його належного виконання [4, с. 32]. З огляду на це, як слушнозауважує С. О.Бородовський, договір, заснований на взаємній зацікавленостісторін, здатний забезпечититаку організацію, порядок та стабільність векономічномуобороті, яких неможливо досягти за допомогою найжорсткішихадміністративно-право-вих засобів [3, с. 7].

Незважаючи на те, що договір є не лише юридичним фактом, що забезпечує виникнення зобов'язального правовідношення, а й регуляторним механізмом, не варто недооцінювати ролі правових норм, що регулюють відносини суб'єктів договору. [2, с.13].

Відповідно до статті 203 ЦК передбачено такі загальні умови дійсності пра-вочину (в тому числі і договору): 1) зміст правочину не може суперечити по-ложенням цього кодексу, іншим актам законодавства, а також моральним заса-дам суспільства; 2) особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності; 3) волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі; 4) правочин має бути укладений у формі,

встановленій законом; 5) правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним; 6) правочини, що вчиняються батьками (усиновлювачами), не можуть суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей.

Враховуючи вищевикладене, можна дійти висновку про те, що умови дійсності договору поділяються на:

- об'єктивні умови дійсності договору (відповідність змісту договору актам законодавства, необхідний для укладення договору обсяг правосуб'єктності осіб, встановлена законом форма договору);

- суб'єктивні умови дійсності договору (вільне волевиявлення учасника договору і відповідність його внутрішній волі, спрямованість договору на реальне настання правових наслідків, договори, що вчиняються батьками (усиновлювачами) не повинні суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей).

Як відомо, укладати і здійснювати правочини можуть суб'єкти цивільних прав. Таке право становить елемент їх цивільної правосуб'єктності.

Поняття правосуб'єктності включає в себе правоздатність та дієздатність суб'єктів цивільних правовідносин (фізичних та юридичних осіб). Цивільна правоздатність – здатність мати цивільні права та обов'язки. Цивільна дієздатність – це здатність своїми діями набувати цивільних прав і самостійно їх здійснювати, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання.

Слід зазначити, що дієздатність суб'єктів цивільного права не завжди є абсолютною (повною). Так, повна дієздатність фізичних осіб настає з 18 років. Дієздатність юридичних осіб у певних сферах підприємницької діяльності виникає лише після отримання у встановленому порядку відповідної ліцензії. Дієздатність юридичних осіб може обмежуватися законом (наприклад, юридичних осіб, утворених об'єднаннями громадян, політичними партіями) або засновниками підприємств відповідно до установчих документів. Відсутність в учасника правочину достатньої дієздатності може перешкодити настанню за правочином очікуваного правового результату, в тому числі призвести до визнання його недійсним.[8, с.174].

Для розкриття поняття правосуб'єктності, на нашу думку, необхідно більш детально розглянути сутність правоздатності і дієздатності фізичних та юридичних осіб в контексті учасників цивільно-правового договору.

Зміст поняття «фізичної особи» розкривається у ст. 24 ЦК, за якою людина як учасник цивільних відносин вважається фізичною особою.

Цивільна правоздатність згідно зі ст. 25 ЦК — це здатність мати цивільні права та обов'язки. Така здатність визнається за всіма фізичними особами. Вона виникає в момент народження фізичної особи, а у випадках, встановлених законом, охороняються права зачатой, але ще не народженої дитини і припиняється з її смертю. Таким чином, правоздатність — це невід'ємна властивість кожної фізичної особи. Вона є правоздатною протягом всього свого життя незалежно від віку та стану здоров'я.

Для характеристики цивільної правоздатності принципове значення має закріплена чинним законодавством рівність прав фізичних осіб. Саме тому і пра-

воздатність фізичних осіб закріплюється як рівна для всіх і однакова для кожного незалежно від походження, соціального і майнового становища, расової та національної належності, статі, освіти, мови, ставлення до релігії, роду і характеру занять, місця проживання та інших обставин. У ч.1 ст. 26 ЦК зазначено, що всі фізичні особи є рівними у здатності мати цивільні права та обов'язки.

Згідно зі ст.27 ЦК правочин, що обмежує можливість фізичної особи мати не заборонені законом цивільні права та обов'язки, є нікчемним.

Щоб правоздатна фізична особа могла своїми власними діями використати, реалізувати свої права та обов'язки, вона повинна розуміти значення своїх дій. Розуміти значення своїх дій люди можуть лише з досягненням певного віку і за відсутності хвороб, які позбавляють їх можливості діяти розсудливо. Внаслідок цього закон встановлює ще одну властивість фізичної особи. Ця властивість називається дієздатністю. Це є здатність своїми діями набувати цивільних прав і створювати для себе цивільні обов'язки (ст. 30 ЦК). Мати дієздатність означає мати здатність особисто здійснювати різні юридичні дії: укладати договори, видавати довіреності тощо, а також відповідати за заподіяну майнову шкоду (пошкодження або знищення чужого майна, ушкодження здоров'я), за невиконання договірних та інших обов'язків.

Зміст дієздатності складає здатність фізичної особи своїми діями набувати цивільних прав і створювати цивільні обов'язки (правонабувальна здатність); здатність самостійно здійснювати цивільні права та виконувати обов'язки (правоздійснювальна або правовиконавча здатність); здатність своїми діями розпоряджатися належними особі правами (праворозпорядчаздатність); здатність нести відповідальність за протиправну поведінку (деліктоздатність). Можна сказати, що дієздатністю є надана фізичній особі можливість реалізації своєї правоздатності власними діями.

На відміну від правоздатності, яка рівною мірою визнається за всіма фізичними особами, дієздатність не може бути для всіх однаковою. Для того, щоб набувати прав і здійснювати їх власними діями, брати на себе і виконувати обов'язки, треба розумно мислити, розуміти зміст норм права, усвідомлювати наслідки своїх дій, мати життєвий досвід. Ці якості істотно ризяться залежно від віку фізичної особи, стану психічного здоров'я.

Враховуючи згадані фактори, закон розрізняє кілька різновидів дієздатності: 1) повна; 2) часткова; 3) мінімальна; 4) обмежена; 5) визнання громадянина недієздатним.

На практиці одним з поширених прикладів оспорювання в суді є вчинення правочину особою з обмеженою дієздатністю без дозволу органу опіки та піклування. У такому випадку відповідно до ст. 224 ЦК правочин є нікчемним. Право оспорювати правочин на цій підставі має особа, яка уклала правочин, а також за ст. 225 ЦК таке право у разі її смерті надано особам, чії права та інтереси порушені. У разі визнання сторони правочину недієздатною це право надано опікунові.

У спорах щодо правочинів, вчинених фізичними особами за межами цивільної дієздатності, деякі суди неправильно розмежовують підстави для визнання правочинів недійсними, помилково застосовуючи положення ст. 226 ЦК до

правовідносин, що підпадають під дію ст. 225 ЦК. Так, рішенням суду першої інстанції визнано недійсним договір дарування кімнати у квартирі спільного заселення, укладений 7 грудня 2005 р. між С. та З. При цьому суд правильно встановив обставини справи і дійшов вірного висновку про те, що на час укладення спірного договору С. мала психічне захворювання, яке позбавляло її можливості усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними, що підтверджено висновком судово-психіатричної експертизи, і тому договір дарування слід визнати недійсним. Суд також послався на те, що рішенням суду від 10 квітня 2006 р. С. визнано недієздатною і тому підставою для визнання договору дарування недійсним є ст. 226 ЦК. Апеляційний суд у своїй ухвалі правильно відзначив, що недієздатною С. була визнана 10 квітня 2006 р. і лише з цього часу може йти мова про укладення договору недієздатною фізичною особою, а оспорюваний договір вчинено 7 грудня 2005 р., тому спір слід було вирішити на підставі ст. 225 ЦК.

Правила ст. 225 ЦК поширюються на ті випадки, коли немає законних підстав для визнання громадянина недієздатним, однак є дані про те, що в момент укладення правочину він перебував у такому стані, коли не міг розуміти значення своїх дій або керувати ними (тимчасовий психічний розлад, нервові зворушення тощо). Для визначення наявності такого стану на момент укладення правочину суд призначає судово-психіатричну експертизу.

Розгляд вимог про визнання правочину недійсним з цих підстав здійснюється з урахуванням як висновку судово-психіатричної експертизи, так й інших доказів, що підтверджують чи спростовують доводи позивача про те, що в момент його укладення він не розумів значення своїх дій і не міг керувати ними.

Вимоги про визнання правочину недійсним у зв'язку з обмеженою дієздатністю учасника правочину або укладенням його неповнолітнім (віком від 15 до 18 років) можуть бути заявлені лише батьками (усиновлювачами), піклувальниками таких неповнолітніх або піклувальниками осіб, обмежених у дієздатності внаслідок зловживання спиртними напоями чи наркотичними речовинами.

З урахуванням усіх обставин такої справи суд повинен встановити, чи знала або повинна була знати дієздатна сторона правочину про недієздатність, обмежену чи часткову дієздатність другої сторони. Якщо сторона знала або повинна була знати про зазначені обставини, то при визнанні правочину недійсним, крім приведення сторін у попередній стан, суд повинен зобов'язати дієздатну сторону відшкодувати другій стороні здійснені нею витрати, втрату або пошкодження її майна.

У судовій практиці є випадки, коли правочин вчинявся особою, яку за рішенням суду було визнано обмежено дієздатною, проте правочин відповідав її інтересам, не порушував законних інтересів інших осіб та був вчинений у період стійкої ремісії психічного захворювання, що підтверджено судово-психіатричною експертизою. В такому випадку немає підстав для застосування ст. 225 ЦК для визнання правочину недійсним.

Що ж стосується правосуб'єктності юридичних осіб, то відповідно до ч.4 ст.87 ЦК юридична особа вважається створеною з дня її державної реєстрації і такою, що припинилася, з дня внесення доєдиного державного реєстру за-

пису про її припинення (ч.2 ст. 104 ЦК). Саме фактом державної реєстрації пов'язується виникнення правосуб'єктності юридичної особи. А оскільки правоздатність і дієздатність юридичної особивиникають одночасно (законодавець не дає нам підстав розмежовувати ціпоняття в часі), момент її державної реєстрації є моментом виникнення у неїправо- і дієздатності, а, отже, здатності до укладення договорів. До цьогомоменту юридична особа нездатна бути носієм цивільних прав та обов'язків.Підтвердженням правильності даної позиції можна вважати постановуСудової палати у господарських справах Верховного Суду України від 28 січня 2002 р. у справі за позовом підприємства «Юг-Енерго» до ТОВ «Фірма «Гаск» про відшкодування збитків. В даній постанові вищою судовоюінстанцією було встановлено, що оскільки третє підприємство – контрагент позивача – не набуло цивільної правоздатності юридичної особи, укладені ним угоди не породжують будь - яких прав та обов'язків [7, с.101 - 103].

Іншою важливою умовою дійсності договорів, укладених юридичноюособою, виступає її здатність до укладення договорів (договороздатність).Новий ЦК у ст.91 закріпив положення про те, що юридична особа здатнамати такі ж цивільні права та обов'язки, як і фізична особа, крім тих, які засвоєно природою можуть належати лише людині. З даної норми випливаєнаступне: 1) правоздатність юридичної особи (в тому числі і їїдоговороздатність) визначається через правоздатність фізичної особи; 2) правоздатність юридичної особи носить загальний характер. Втім, виникаютьпевні сумніви з приводу такого рішення законодавця. По-перше, юридичнійособі не можуть належати права, які за своєю природою належать тількифізичній особі. Свого часу з даного приводу дуже влучно висловився Д.І.Мейєр: «Видається очевидним, що юридичній особі не можуть належати тіправа, які тісно пов'язані із людською особистістю, наприклад, права, щовпливають із союзу сімейного, оскільки дані права визначають статусчоловіка, батька, дитини, і, очевидно, що це все – поняття, які стосуютьсялюдини, через що про застосування їх щодо юридичних осіб не може бути ймови» [6, с. 212].

Таким чином, для юридичної особи характерні права та обов'язки, щовпливають із її природи як суб'єкта цивільного права, а тому правоздатністьюридичної особи (в тому числі її договірна правоздатність) повиннавизначатись специфікою природи останньої.

Передумовою здійснення окремих видів діяльності є необхідністьодержання у передбаченому законом порядку ліцензії. Відповідно до ч.3ст.91 ЦК юридична особа може здійснювати окремі види діяльності,перелік яких визначається законом, після одержання нею спеціальногодозволу (ліцензії). Згідно Закону України «Про ліцензування певних видівгосподарської діяльності» від 1 червня 2000 р. № 1775-III ліцензією єдокумент державного зразка, який засвідчує право суб'єкта господарювання

на провадження зазначеного в ньому виду діяльності протягом визначеного строку за умови додержання ліцензійних умов. Згідно із ст. 227 ЦК правочинюридичної особи, вчинений нею без ліцензії, може бути визнаний судомнедійсним. Разом з тим, правочин не має визнаватися недійсним, коли намомент вчинення правочину юридична особа не мала ліцензії, проте під часрозгляду

спору в суді отримала її. Якщо ж звернутися до судової практики, то слід зазначити, що такі правочини є оспорюваними. Позови про визнання їх недійсними і про застосування наслідків недійсності можуть бути заявлені тільки засновником (учасником) юридичної особи, що не має ліцензії на заняття відповідною діяльністю, державним органом, що здійснює контроль за діяльністю такої юридичної особи, а також прокурором. Умовою для задоволення таких позовів є надання позивачем доказів, які підтверджують, що відповідач знав або згідно із законодавчим актом зобов'язаний був знати про невідповідність правочину вимогам законодавства, тобто що правочин укладений без ліцензії на заняття відповідним видом діяльності.

**Висновки.** Феномен договору полягає у тому, що він виступає правовим засобом, у межах якого інтерес однієї сторони задовольняється тільки через інтерес іншої. Така ситуація породжує загальний інтерес сторін до укладення договору та його належного виконання. Універсальність договору обумовлена його сутністю, яка полягає в тому, що в основі договору як правового явища лежить сукупність волевиявлень його сторін, реалізована у взаємній домовленості з метою реалізації власних інтересів. Тому саме договір, заснований на взаємній зацікавленості сторін, здатен забезпечити таку організацію, порядок і стабільність в економічному обороті, яких неможливо досягнути за допомогою найжорсткіших адміністративно-правових засобів. Договір визнається дійсним лише тоді, коли дотримано всі умови, як об'єктивні, так і суб'єктивні. До об'єктивних умов дійсності договору відносять зокрема і необхідний обсяг правосуб'єктності, що включає в себе правоздатність та дієздатність суб'єктів цивільних правовідносин (фізичних та юридичних осіб).

1. Азарков М.М. *«Обязательство по советскому гражданскому праву»* М., Юриздат, 1940. С.105
2. Бєрвєно С.М. *Проблеми договірної права України.* С.М.Бєрвєно-К.:Юрінком Інтер.С.388.
3. Бородовський С. О. *Укладення, зміна і розірвання договору в цивільному праві України: монографія / С.О.Бородовський.* – Івано-Франківськ, Нова зоря. – 2008. – 141 с.
4. *«Зобов'язальне право» під редакцією доктора юридичних наук, професора Дзєри О.В., К., Юрінком Інтер, 1998, С.196,*
5. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. Видання п'яте, перероблене та доповнене// За заг. ред. Е.О. Харитоновна, Н.Ю. Голубєвої. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2009. – 1208 с.*
6. Мейєр Д. И. *Русскоегражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 3-е, испр. / Д. И. Мейер - М.: «Статут», 2003. – 831 с. (Классикароссийскойцивилистики).*
7. *Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України з господарських справ. – 2003. - №1. – С.101 – 103.*
8. *Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзєра (керівник авт. кол.), Д.В. Бєбровна, А.С. Довєрт та ін.; За ред. О.В. Дзєри, Н.С. Кузнєцової. — К.: Юрінком Інтер, 2002.*

9. Підпригора О. А. Римське приватне право / О. А. Підпригора. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. – 440 с.

**Ставнича І.М. Правосуб'єктність учасників як об'єктивна умова цивільно-правового договору.**

В даній статті висвітлюється проблема визначення правосуб'єктності учасників цивільно-правового договору в контексті умов дійсності договорів. Особлива увага присвячена об'єктивним умовам дійсності договору.

**Ключові слова:** договір, правосуб'єктність, правоздатність, дієздатність, недійсність договору.

**Ставнича І.М. Правосуб'єктність учасників як об'єктивна умова дійсності цивільно-правового договору.**

В данной статье освещается проблема определения правосуб'єктности участников гражданско-правового договора в контексте условий действительности договоров. Особое внимание уделено объективным условиям действительности договора.

**Ключевые слова:** договор, правосуб'єктність, правоспособность, дееспособность, действительность договора.

**Stavnycha I.M. Legal personality of participants as objectively condition civil contract.**

In this article the problem of defining `s activity participants pravosub civil contract in the context of the conditions of validity of contracts. Special attention is devoted to the objective conditions of validity of the contract.

**Keywords:** contract, legal personality, legal capacity, capacity, the invalidity of the contract.

**ТАРАН О.С.**

## **БАГАТОСТОРОННІ ДОГОВОРИ ЗА ЦИВІЛЬНИМ, ГОС-ПОДАРСЬКИМ ТА ПОДАТКОВИМ КОДЕКСАМИ УКРАЇНИ**

УДК 347.440

**Постановка проблеми у загальному вигляді.** Розвиток договірної права України потребує постійного прийняття нових та внесення суттєвих змін до уже існуючих нормативно-правових актів, що спричиняє не лише збільшення об'єму нормативного матеріалу, але і виникнення суттєвих розбіжностей у правовому регулюванні аналогічних договірних відносин. Поняття багатостороннього договору закріплено лише у частині 4 статті 626 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України) 2003 року, проте норми щодо окремих різновидів багатосторонніх договорів (договору простого товариства, договору про спільну діяльність тощо) містяться як у ЦК України, так і у Господарському, Податковому кодексах України, інших нормативно-правових актах. Саме тому здійснення порівняльної характеристики норм Цивільного, Господарського та Податкового кодексів України щодо багатосторонніх договорів набуває особливої актуальності.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Проблемні аспекти правового регулювання окремих різновидів багатосторонніх договорів, зокрема договору простого товариства, договору про спільну діяльність, засновницького договору були висвітлені у роботах О.С.Блажівської, Ю.А.Дмитрієвої, Л.О.Єсіпової, О.А.Підпригори, В.В.Резнікової, О.Б.Савельєва, В.І.Татькова,



К.В.Шаперенкова, Г.В.Юровської. Прийняття Податкового кодексу України, неоднозначність трактування сутності багатостороннього договору як у науковій літературі, так у законодавстві, зокрема у Цивільному та Господарському кодексах України, переконливо свідчать про необхідність комплексного вивчення поняття багатостороннього договору відповідно до норм чинного законодавства України.

**Мета статті** – здійснення характеристики багатостороннього договору за Цивільним, Господарським та Податковим кодексами України.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Поділ цивільно-правових договорів на одно-, дво- та багатосторонні вперше на законодавчому рівні на території України було закріплено у статті 626 ЦК України 2003 року. Якщо в односторонньому договорі одна сторона бере на себе обов'язок перед другою стороною вчинити певні дії або утриматись від них, а друга сторона наділена лише правом вимоги без виникнення зустрічного обов'язку щодо першої сторони, то у двосторонньому договорі обидві сторони наділені правами та обов'язками (частина 2, 3 статті 626 ЦК України). Багатостороннім договорам присвячена частина 4 статті 626 ЦК України, яка встановила, що до договорів, які укладаються більш як двома сторонами (багатосторонні договори), застосовуються загальні положення про договір, якщо це не суперечить багатосторонньому характеру цих договорів [1]. Хоча закріплення на законодавчому рівні у частині 4 статті 626 ЦК України терміну “багатосторонній договір” було очевидним кроком до удосконалення правового регулювання цивільно-правових договорів, все ж дана норма не вносить ясності щодо сутності багатостороннього договору, оскільки не містить ні конкретного визначення багатостороннього договору, ні вказівки на специфіку розподілу прав та обов'язків між його сторонами.

Законодавець у частині 4 статті 626 ЦК України чітко визначає лише те, що: 1) мінімальна кількість сторін багатостороннього договору не може бути меншою, ніж три сторони, оскільки багатосторонніми є лише ті договори, що укладені більше як двома сторонами; 2) багатостороннім договорам притаманний особливий багатосторонній характер; 3) до багатосторонніх договорів застосовуються загальні положення про договір, якщо вони не суперечать багатосторонньому характеру цих договорів. За своїми ознаками багатосторонні договори найбільш близькі до двосторонніх договорів [2, с. 35], проте завдяки багатосторонньому характеру в даних договорах може одночасно брати участь декілька (багато) осіб, які мають єдиний економічний або інший інтерес [3, с. 79]. Особливий багатосторонній характер впливає на можливість застосування до багатосторонніх договорів загальних положень ЦК України про договір, правочини та зобов'язання. Зокрема, до багатосторонніх договорів не застосовуються норми ЦК України щодо правочинів, які можуть вчинятись усно (стаття 206 ЦК України), можливості перебування у зобов'язанні на стороні боржника або кредитора одночасно кількох осіб (частина 2 статті 510 ЦК України), підстав та порядку заміни боржника та кредитора у зобов'язанні (статті 512–523 ЦК України), публічного договору (стаття 633 ЦК України), договору приєднання (стаття 634 ЦК України) тощо.

ЦК України 2003 року крім легалізації в частині 4 статті 626 ЦК України терміну “багатосторонній договір” закріпив ряд інших фундаментальних положень, які відіграють важливе значення для розвитку договірного права загалом та концепції багатостороннього договору зокрема. Так, у ЦК України виділено загальні положення про договори із загальних положень про зобов’язання (розділ 2 книги V ЦК України “Зобов’язальне право”) [4, с. 8.], здійснено поділ правочинів на односторонні та дво- чи багатосторонні (договори) (частина 2 статті 202 ЦК України), врегульовано порядок відмови особи від дво- та багатостороннього правочину (частина 2 статті 214 ЦК України), дано визначення поняття договір, односторонній договір, двосторонній договір (частини 1, 2, 3 статті 626 ЦК України), встановлено особливості правового регулювання окремих різновидів багатосторонніх договорів, зокрема договору про спільну діяльність (глава 77 ЦК України), засновницького договору (статті 120, 134 ЦК України), договору про заснування товариства з обмеженою відповідальністю (стаття 142 ЦК України).

Одночасно із ЦК України Верховна Рада України прийняла Господарський кодекс України (надалі – ГК України) частина 4 статті 176 якого передбачає, що суб’єкти господарювання мають право разом здійснювати господарську діяльність для досягнення спільної мети, без утворення єдиного суб’єкта господарювання, на умовах, визначених договором про спільну діяльність. Зобов’язання, що виникають на підставі договору про спільну діяльність, згідно з статтею 176 ГК України є організаційно-господарськими зобов’язаннями. При цьому відповідно до частини 1 статті 176 ГК України організаційно-господарськими визнаються господарські зобов’язання, що виникають у процесі управління господарською діяльністю між суб’єктом господарювання та суб’єктом організаційно-господарських повноважень, в силу яких зобов’язана сторона повинна здійснити на користь другої сторони певну управлінсько-господарську (організаційну) дію або утриматися від певної дії, а управнена сторона має право вимагати від зобов’язаної сторони виконання її обов’язку. Організаційно-управлінські повноваження за договором про спільну діяльність може здійснювати один із його учасників на підставі доручення, підписаного іншими учасниками [5].

На думку О.П.Віхрова, усім організаційно-господарським зобов’язанням, у тому числі тим, що виникають між суб’єктами договору про спільну діяльність, притаманні такі особливі ознаки: специфічна сфера існування (процес управління та регулювання господарської діяльності), суб’єктний склад (одним із учасників завжди є суб’єкт організаційно-господарських повноважень, другим – суб’єкт господарювання), управлінсько-господарський (організаційний) характер дій (утримання від дій), що виступають об’єктами цих зобов’язань [6, с. 216–217]. Хоча дані ознаки логічно випливають із змісту статті 176 ГК України, проте не всі вони притаманні зобов’язанням, що виникають із договору про спільну діяльність (відповідно і багатостороннього договору). Так, однією із основних ознак організаційно-господарських зобов’язань є особливий суб’єктний склад, до якого входить суб’єкт організаційно-господарських повноважень та суб’єкт господарювання, на якого поширюються повноваження дано-го суб’єкта організаційно-господарських повноважень.

У договорах про спільну діяльність існування такого суб'єктного складу неможливе, адже за даним договором учасники зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи. Відповідно у результаті договору про спільну діяльність не виникає суб'єкт господарювання і навіть якщо управлінські повноваження здійснює лише один із учасників договору про спільну діяльність на підставі доручення, виданого йому іншими учасниками, даний учасник здійснює ведення спільних справ усіх учасників, а не управління суб'єктом господарювання. Попри наявність у договорі про спільну діяльність організаційного та управлінського елементів, досить складно трактувати зобов'язання, що виникають із даного договору як організаційно-господарські у розумінні статті 176 ГК України.

Не кожен багатосторонній договір, зокрема і договір про спільну діяльність, передбачає необхідність внесення майнових вкладів, а тому не можна зобов'язання із договору про спільну діяльність віднести однозначно і до переліку майново-господарських зобов'язань, якими відповідно до статті 175 ГК України є цивільно-правові зобов'язання, що виникають між учасниками господарських відносин при здійсненні господарської діяльності, в силу яких зобов'язана сторона повинна вчинити певну господарську дію на користь другої сторони або утриматися від певної дії, а управнена сторона має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку. На нашу думку, неможливість віднесення договору про спільну діяльність до організаційно-господарських чи майново-господарських зобов'язань, свідчить про недосконалість запропонованої у статтях 175-176 ГК України структури поділу господарських зобов'язань. Оскільки стаття 4 ГК України передбачає, що даний кодекс визначає особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання і не застосовується до майнових та особистих немайнових відносин, що регулюються ЦК України, вважаємо, що кваліфікація зобов'язання із договору про спільну діяльність, що за своєю природою є цивільно-правовим, не повинна здійснюватись у ГК України, а є прерогативою ЦК України.

Частина 4 статті 128 ГК України встановлює, що у разі здійснення підприємницької діяльності спільно з іншими громадянами або юридичними особами громадянин має права та обов'язки відповідно засновника та/або учасника господарського товариства, члена кооперативу тощо, або права і обов'язки, визначені укладеним за його участі договором про спільну діяльність без створення юридичної особи. Дана норма дозволяє застосувати до учасників договору про спільну діяльність положення ЦК України та ГК України щодо прав та обов'язків учасників господарських товариств, зокрема статті 116 ЦК України (передбачає право учасника брати участь в управлінні та у розподілі прибутку товариства, вийти з товариства, одержувати інформацію про діяльність товариства тощо), статті 117 ЦК України (закріплює обов'язок учасника виконувати зобов'язання перед товариством, не розголошувати комерційну таємницю та конфіденційну інформацію тощо), статті 88 ГК України (передбачає права та обов'язки учасників господарського товариства, зокрема право одержувати дивіденди, обов'язок вносити вклади тощо).

Наступним кодифікованим актом, який містить норми щодо правового регулювання окремих видів багатосторонніх договорів є Податковий кодекс України (надалі – ПК України), стаття 1 якого встановлює, що для цілей оподаткування дві чи більше особи, які здійснюють спільну діяльність без утворення юридичної особи, вважаються окремою особою у межах такої діяльності. Для цілей оподаткування господарські відносини між учасниками спільної діяльності прирівнюються до відносин на основі окремих цивільно-правових договорів [7]. Хоча прийняття ПК України спрямоване на усунення недоліків податкової системи України, у даному кодифікованому акті щодо договорів про спільну діяльність, які за своєю правовою природою належать до багатосторонніх договорів, міститься ряд суперечливих положень. Наприклад, особи А, Б та В уклали між собою договір про спільну діяльність з метою спільного ведення торгівлі, за яким відповідальним за внесення податків та здійснення відповідного обліку призначено особу А. Дана особа не виконувала своїх обов'язків та не вносила необхідних податкових платежів, у результаті чого сформувався податковий борг. Відповідно до пункту 88.3 статті 88 ПК України, у разі якщо податковий борг виник за операціями, що виконувалися в межах договорів про спільну діяльність, у податкову заставу передається майно платника податків, який згідно з умовами договору був відповідальним за перерахування податків до бюджету та/або майно, яке внесене у спільну діяльність та/або є результатом спільної діяльності платників податків. У разі недостатності майна такого платника податків у податкову заставу передається майно інших учасників договору про спільну діяльність у розмірах, пропорційних їх участі у такій спільній діяльності [7]. Із даної норми ПК України випливає, що у першу чергу у податкову заставу буде передаватись майно учасника А, хоча за договором про спільну діяльність учасники зобов'язались об'єднати свої вклади і логічніше було б передавати у податкову заставу у першу чергу те майно, яке було внесено у спільну діяльність або отримано у її результаті, а уже пізніше передавати у податкову заставу майно, що належить окремим учасникам даного договору. Першочергове передання у податкову заставу майна, що внесено у спільну діяльність або отримано у її результаті, дозволить зберегти необхідний баланс між учасниками договору про спільну діяльність, за яким кожен учасник договору про спільну діяльність повинен мати однаковий правовий статус.

Пункт 64.6 статті 64 ПК України передбачає, що в органах державної податкової служби не обліковуються договори про спільну діяльність, на які не поширюються особливості податкового обліку та оподаткування спільної діяльності, визначені даним кодексом [7]. Проте у самому тексті ПК України не визначено жодного договору про спільну діяльність, який не потребує податкового обліку.

Наступна невідповідність норм ПК України пов'язана із порядком припинення податкового обліку договорів про спільну діяльність. ПК України у пункті 4 статті 64 передбачає, що договори про спільну діяльність знімаються з обліку в органах державної податкової служби після їх припинення, розірвання, закінчення строку дії такого договору чи після досягнення мети, для якої вони були укладені, визнання їх недійсними у судовому порядку. Різновидом договору про спільну діяльність є договір простого товариства, за яким спільна діяльність від-

повідно до частини 2 статті 1130 ЦК України проводиться на основі об'єднання вкладів учасників. У статті 1141 ЦК України передбачено вичерпний перелік підстав припинення договору простого товариства, серед яких – сплив строку договору простого товариства та досягнення мети товариства тощо. Порівнюючи норми ЦК України та ПК України слід зазначити, що із змісту пункту 4 статті 64 ПК України випливає, що припинення договору про спільну діяльність та закінчення строку дії даного договору є самостійними підставами припинення податкового обліку, які слід трактувати як рівнозначні. Відповідно до ЦК України закінчення строку дії договору простого товариства (відповідно і договору про спільну діяльність) та досягнення мети товариства є різновидами підстав припинення договору товариства і дані поняття слід трактувати не як рівнозначні, а як частину та ціле. З метою усунення зазначених невідповідностей до пункту 4 статті 64 ПК України слід внести зміни та викласти їх у такій редакції: “Договори про спільну діяльність знімаються з обліку в органах державної податкової служби після їх припинення та розірвання із підстав, визначених чинним законодавством”.

**Висновки.** Багатосторонні договори використовуються для регламентації цивільно-правових відносин, що виникають у процесі спільної діяльності декількох осіб із виробництва товарів, надання послуг, створення та реорганізації юридичної особи. До джерел правового регулювання багатосторонніх договорів у першу чергу належать кодифіковані нормативно-правові акти України, серед яких ЦК України, ГК України та ПК України, у яких міститься ряд невідповідностей щодо поняття та істотних умов окремих різновидів багатосторонніх договорів, зокрема договору простого товариства та договору про спільну діяльність. З метою усунення даних невідповідностей до ГК України та ПК України слід внести зміни, у яких відмовитися від запропонованого ГК України розподілу господарських зобов'язань та узгодити положення ПК України щодо припинення податкового обліку договору простого товариства із нормами ЦК України, що визначають підстави припинення даного договору.

1. *Цивільний кодекс України в редакції від 16 січня 2003 року зі змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.*
2. *Бервено С. М. Проблеми договірної права України : дис... д-ра. юрид. наук : 12.00.03 / Бервено Сергій Миколайович. – К., 2006. – 440 с.*
3. *Єсіпова Л. О. Деякі особливості договору про спільну діяльність за чинним законодавством України / Л. О. Єсіпова // Південноукраїнський правничий часопис. – 2009. – № 2. – С. 79–81.*
4. *Луць В. В. Проблеми договірної регулювання майнових відносин за новими Цивільним та Господарським кодексами України / В. В. Луць // Вісник центру комерційного права. – 2004. – № 2 (15). – С. 8–11.*
5. *Господарський кодекс України в редакції від 16 січня 2003 року зі змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18–22. – Ст. 144.*
6. *Віхров О. П. Організаційно-господарські правовідносини : монографія / О. П. Віхров. – К. : Видавничий дім “Слово”, 2008. – 512 с.*

7. *Податковий кодекс України в редакції від 2 грудня 2010 року зі змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13–14, № 15–16, № 17. – Ст. 112.*

*Таран О. С. Багатосторонні договори за Цивільним, Господарським та Податковим кодексами України.*

Стаття присвячена дослідженню особливостей багатостороннього договору у системі цивільно-правових договорів України. Здійснюється порівняння норм Цивільного, Господарського та Податкового кодексів України щодо багатосторонніх договорів.

**Ключові слова:** багатосторонній договір, спільна діяльність, договір простого товариства

*Таран О. С. Многосторонние договоры согласно Гражданскому, Хозяйственному и Налоговому кодексам Украины.*

Статья посвящена исследованию особенностей многостороннего договора в системе гражданско-правовых договоров Украины. Осуществляется сравнение норм Гражданского, Хозяйственного и Налогового кодексов Украины относительно многосторонних договоров.

**Ключевые слова:** многосторонний договор, совместная деятельность, договор простого товарищества

*Taran O. Multilateral contracts under the Civil, Economic and Tax Codes of Ukraine.*

The article deals with the research of features of multilateral contracts in the system of civil-law contracts in Ukraine. The author analyzes multilateral contracts under the Civil, Economic and Tax Codes of Ukraine.

**Key words:** multilateral contract, particular partnership, contract of particular partnership

**Уздейчук В.І.**

## **ПРАВОВА ПРИРОДА ЮРИДИЧНОЇ РІВНОСТІ СТОРІН У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ**

УДК 347.4

Закріплюючи у ст. 1 Цивільного Кодексу України (далі ЦК України) поняття юридичної рівності, законодавець не розкриває суть даної категорії, що обумовлює існування дискусії та різних наукових поглядів на неї. Переважна більшість вчених-цивілістів визнає рівність як одну із головних категорій цивільного права. При цьому юридична рівність розглядається ними не тільки як принцип, але і як ознака метода цивільно-правового регулювання. Також, варто зазначити, що деякі вчені визначають категорію рівності сторін як ознаку цивільних правовідносин.

Тому мета даного наукового дослідження полягає у необхідності аналізу та визначення поняття юридичної рівності сторін у цивільному праві України.

Принцип рівності, або відсутності дискримінації у суспільних відносинах, є одним із найважливіших у правовій сфері [4, с.137]. Для того, щоб зрозуміти сутність юридичної рівності у цивільному праві на сучасному етапі, передусім необхідно проаналізувати правову природу конституційного принципу рівності, який закріплений у Конституції України.

Конституційна природа принципу рівності чітко виражена у ст. 24 Конституції України, де зазначено, що не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного чи соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Стаття 21 Конституції України зазначає, що усі люди є рівні у своїй гідності та правах.

Проголошений у ст. 24 Конституції України даний принцип, має такі аспекти прояву: а) рівність прав і свобод (рівноправність) незалежно від будь-яких ознак: раси, кольору шкіри, політичних, релігійних чи інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками; б) рівність перед законом; в) окремо виділену рівноправність жінки й чоловіка.

Конституційний принцип рівності людини і громадянина полягає у гарантуванні кожному члену суспільства, незважаючи на будь-які його індивідуальні ознаки (за винятком обставин, передбачених Конституцією та законодавством), однакових можливостей для реалізації конституційних прав і свобод, покладених на осіб, які знаходяться в однаковому правовому становищі, рівних обов'язків, а також забезпечення рівності усіх перед законом і судом [10, с. 5]

Як слушно зазначає С. Б. Боднар юридична рівність громадян закріплена в ст. 24 Конституції і є рівністю суспільного становища людей за законом, однаковість юридичного положення. Вона полягає у формальній рівності юридичних прав [1, с. 13].

Оскільки Конституція України є основним, базовим нормативно-правовим актом, який покликаний регулювати усі суспільні відносини на території нашої держави, можна безапеляційно стверджувати, що даний конституційний принцип рівності притаманний і особистим немайновим та майновим відносинам, законодавче регулювання яких здійснюється Цивільним кодексом України. Адже, ефективний розвиток цивільного обороту відбувається тоді, коли усі його учасники володіють рівними можливостями, необхідною свободою, виявляють ініціативу і винахідливість.

З урахуванням цього, цивільне законодавство визнає фактично різних суб'єктів цивільного права юридично рівними у сфері цивільно-правового регулювання. Звичайно, слід пам'ятати, що неможливо повністю абстрагуватись від наявності відмінностей між людьми, адже в силу унікальності кожної людини, фактична нерівність людей не викликає жодного сумніву. Але прямий обов'язок законодавця полягає у тому, щоб вирівняти правове становище економічно нерівних учасників цивільних правовідносин.

Ст. 1 Цивільного Кодексу України закріплює постулат про те, що цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Звідси, виникає питання: як саме визначати категорію рівності сторін у цивільному праві?

Як відомо, критерієм галузевої належності правовідносин, в тому числі цивільно-правових, є предмет та метод правового регулювання.

Відповідно до ч. 1 ст. 1 ЦКУ предметом правового регулювання цивільного законодавства є особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності учасників цих відносин. Законодавець слушно зазначає, що предмет правового регулювання цивільних правовідносин базується на юридичній рівності учасників таких відносин. Тобто, це означає, що для метода правового регулювання цивільних відносин характерна юридична рівність та вільне волевиявлення учасників цих відносин.

В радянській цивілістичній доктрині існувало два погляди на визначення категорії рівності: одні автори розглядали рівність в якості категорії предмета цивільного права (С. Н. Братусь, Ю. К. Толстой), інші в якості основоположної ознаки методу цивільно-правового регулювання (І. Д. Єгоров, О. С. Іоффе).

Прихильники першої точки зору, визначали рівність як необхідну ознаку товарно-грошових відносин [6, с. 187], тобто витоки рівності сторін в цивільному правовідношенні потрібно шукати у самому предметі цивільного права, а саме – в майнових відносинах, що ним регулюються [2, с. 52].

Натомість, О. С. Іоффе зазначає, що при розробці того чи іншого методу держава враховує характер суспільних відносин, які охоплюються певною галуззю права, специфіку предмета його регулювання. Майнові відносини, не інакше як на засадах рівності засновуватись не можуть. Тому регулювання вказаних відносин на основі принципу рівності їх суб'єктів і взято радянським цивільним правом в якості його спеціального методу [5, с. 14].

В. Ф. Яковлев стверджував, що юридична рівність – важлива риса цивільно-правового методу, без якої неможливо виявити дозвільну сутність цивільно-правового методу [15, с.133].

Досить значна кількість українських науковців – цивілістів відносить юридичну рівність саме до ознак, складових частин цивільно-правового методу.

У підручнику «Цивільне право України» за редакцією О. В. Дзери, обгрунтовується «...виділити такі основоположні ознаки методу цивільно-правового регулювання як юридична рівність учасників цивільних правовідносин...» [12, с. 21].

Я. М. Шевченко юридичну рівність сторін називає визначальною ознакою методу цивільно-правового регулювання суспільних відносин. Наголошуючи, що ні один із учасників цивільно-правових відносин не може примусити іншого учасника до певної поведінки за формою і суттю [13, с. 10].

У той же час, розглядаючи питання принципів цивільного права науковець пропонує розширити їх перелік зазначаючи, що до принципів цивільного права належить принцип юридичної рівності суб'єктів цивільного правовідношення перед законом, що міститься у ст. 1 ЦК України [13, с. 15].

Тотожної точки зору дотримується і В.І.Борисова доповнюючи принципи цивільного права принципом юридичної рівності, вільного волевиявлення, майнові самостійності учасників цивільних відносин [11, с. 21].

О. Величко визначає складовими загального принципу цивільного права – принципу диспозитивності: 1) юридичну рівність сторін; 2) вільне волевиявлення; 3) майнову автономність [3, с. 222].



Ряд вчених, визначає юридичну рівність сторін як ознаку цивільних відносин. Так, П. М. Рабінович зазначає, що найбільший науковий інтерес викликають ті новели статті 1 Цивільного кодексу, які стосуються предмета й метода цивільно-правового регулювання. Це, по-перше, розширення цього предмета завдяки беззастережному включенню до нього особистих немайнових відносин; по-друге, декларування пріоритетного становища останніх щодо відносин майнових; по-третє, законодавче закріплення таких ознак «цивільних» відносин як а) юридична рівність, б) вільне волевиявлення, в) майнова самостійність їх учасників; по-четверте, віднесення до предмета законодавчого регулювання саме «цивільних» відносин [7, с. 318].

С. О. Погрібний першою юридичною ознакою цивільних правовідносин визнає характерну для учасників цих відносин їх юридичну рівність [9, с. 18].

З. В. Ромовська зазначає, що рівність учасників цивільних відносин, автономність їхньої волі є засадничою ознакою цих відносин, а не результатом законодавчого впливу на них [8, с. 5].

У підручнику Є. О. Харитонова зазначається, що метод цивільно-правового регулювання охоплює як уповноважуючі диспозитивні (у регулятивних цивільних відносинах), так і імперативні засоби впливу на учасників цивільних відносин, маючи при цьому підґрунтям засади юридичної рівності сторін, справедливості, добросовісності і розумності [14, с. 67]. При цьому у наступному підрозділі «Засади цивільного права» даного підручника, де автор дає тлумачення засад цивільного права, такої засади як юридичної рівності немає.

Як бачимо, і у сучасному цивільному праві України не існує єдиної однастайності у визначенні поняття юридичної рівності. В науковій літературі переважає думка, відповідно до якої рівність сторін розглядається як ознака методу цивільно-правового регулювання або як відповідний принцип даної галузі права.

Розуміння юридичної рівності виключно як складової, яка притаманна методу цивільно-правового регулювання не відображає в повній мірі її значення і роль у механізмі правового регулювання цивільних відносин. Адже, метод не є тією категорією, яка відображає вимоги до суб'єктів цивільних відносин та до правил застосування відповідних правових норм.

Тому, юридичну рівність сторін не можна ототожнювати виключно як ознаку методу цивільно-правового регулювання, оскільки метод базується на певних основоположних засадах, які визначають особливість тієї чи іншої галузі права. Ці засади виступають як орієнтири відповідно до яких і обираються найбільш оптимальні способи і прийоми регулювання цивільних правовідносин. Звідси, юридична рівність виступає не тільки як певна характеристика методу цивільно-правового регулювання, але і як певна вихідна засада, якою пронизане усе цивільне право.

Вважаємо, що юридична рівність як принцип і як складова частина методу цивільно-правового регулювання перебувають у тісному взаємозв'язку, який виявляється у специфіці суспільних відносин, що регулюються цивільним правом. Адже, механізм їх спільного впливу на суспільні відносини дозволить забезпечити ефективне цивільно-правове регулювання. Якщо принцип юридичної

рівності виступає основною засадою, яка визначає направленість цивільно-правового регулювання, гарантує наявність у ньому рівних для всіх сторін можливостей в сфері цивільного обігу, то як ознака методу, юридична рівність забезпечує вплив цивільно-правових норм на суспільні відносини, вказує на те, яким чином закладені у них рівні можливості можуть реалізовуватись практично.

Також, якщо рівність сторін як принцип характеризує, перш за все, правове становище учасників цивільних відносин, то рівність як ознака методу виступає в якості специфічного способу правового регулювання цих відносин.

В той же час, цивільне право, як і приватне право загалом, спрямоване на те, щоб врегулювати суспільні відносини між сторонами, які є юридично рівними у своїх правових можливостях, тобто, ті відносини, у яких відсутнє будь-яке підпорядкування однієї сторони іншій, де сторони знаходяться в одній юридичній площині. Відносини, що засновані на владному підпорядкуванні не є цивільно-правовими відносинами. Тому, юридична рівність сторін у цивільному праві – це свого роду вимога, відповідати якій повинно певне коло суспільних відносин, які підлягатимуть цивільно - правовому регулюванню.

Відступ від вимоги про юридичну рівність сторін у цивільному праві тягне за собою порушення правового балансу прав та інтересів сторін цивільного правовідношення, що в свою чергу перешкоджає нормальному розвитку майнових та особистих немайнових відносин, що складають предмет регулювання даної галузі.

Отже, юридична рівність являє собою конституційно важливу засаду цивільного законодавства, яка являє собою правовий базис в процесі реалізації цивільних прав в Україні як правовій державі.

Таким чином, пропонуємо юридичну рівність сторін у цивільних правовідносинах розглядати у декількох аспектах, а саме: 1) як ознака методу цивільно-правового регулювання; 2) як галузевий принцип (засаду) цивільного права; 3) як засаду, яка притаманна приватному праву загалом.

1. Боднар С. Б. *Рівність як категорія філософії права : Автореф. дис...канд. юрид. наук // Львівський державний університет внутрішніх справ. – Львів. – 2010. – 23 с.*
2. Братусь С. Н. *Предмет и система советского гражданского права. М.: Юрид. лит., 1963. – 196 с.*
3. Величко О. *Юридичні фікції в цивільному праві : Наукові записки . – Том 22. – Частина 2. – 2003. - С.221-223.*
4. Занфірова Т. А. *Філософсько-антропологічні аспекти принципу рівності у трудових правовідносинах : Часопис кийського університету права. – 2009. - №3. – С.133-137.*
5. Иоффе О. С. *Советское гражданское право. М. : Изд. Юрид. лит., 1967. – 494с.*
6. Комиссарова Е. Г. *Принципы в праве и основные начала гражданского законодательства Дис. д-ра юрид. наук // Уральская государственная юридическая академия - Екатеринбург, 2002. – 303 с.*

7. Рабінович П. М. Природно-правова рівність як основа цивільних відносин: спроба антропосоціального аналізу : Проблеми філософії права. – 2005. – Том III. – № 1-2. С. 318-326.
8. Ромовська З В. Українське цивільне право. Загальна частина : Академічний курс : Підручник. – 2-ге вид., допов. – К. : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 597 с.
9. Погребний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : монографія. – К. : Правова єдність, 2009. – 304 с.
10. Полховська І. К. Конституційний принцип рівності людини і громадянина в Україні : Автореф. дис...канд.юрид.наук. – Х., 2007. – С. 5-6.
11. Цивільне право України: Підручник у 2 т. / За заг. ред. В.І.Борисової та ін. –К.: Юрінком Інтер, 2004. –Т. 1. – 480 с.
12. Цивільне право України. Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер - 2004. – Кн. 1. – 736 с.
13. Цивільне право України: Підручник: У двох томах/За заг. ред. Я.М.Шевченко. –Т. 1. –К.: Концерн «Видавничий дім «Ін юре», 2004. – 518 с.
14. Харитонов Є. О., Харитонova О. І., Старцев О. В. Цивільне право України: Підручник. – Вид. 2, перероб. і доп. – К. : Істина, 2009. – 816 с.
15. Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд., доп. – М. : Статус, 2006. – 240 с.

**Уздейчук В.І. Правова природа юридичної рівності сторін у цивільному праві України**

Досліджується поняття юридичної рівності у науці цивільного права. Обґрунтовується положення про те, що юридичну рівність у цивільному праві України на сучасному етапі потрібно розглядати як метод цивільно-правового регулювання, відповідний галузевий принцип та як засаду, яка притаманна приватному праву загалом.

**Ключові слова** : юридична рівність сторін, метод цивільно-правового регулювання, цивільні відносини, принцип, засада цивільного права.

**Уздейчук В.И. Правовая природа юридического равенства сторон в гражданском праве Украины**

Исследуется понятие юридического равенства в науке гражданского права. Обосновывается положение о том, что юридическое равенство в гражданском праве Украины на современном этапе нужно рассматривать как метод гражданско-правового регулирования, соответствующий отраслевой принцип и как начало, что присуще частному праву в целом.

**Ключевые слова** : юридическое равенство сторон, метод гражданско-правового регулирования, гражданские отношения, принцип, основное начало гражданского права.

**Uzdeychuk V.I. Legal nature of the legal equality in Civil Law of Ukraine**

The concept of legal equality is probed in science of civil law. Position is grounded that legal equality in the civil law of Ukraine on the modern stage it is needed to examine as a method of the civil legal adjusting, proper of a particular branch principle and as principle, what inherent a private right on the whole.

**Keywords** : legal equality of sides, method of the civil legal adjusting, civil relations, principle, principle of civil law.

## **ЗОВНІШНІ ЗВ'ЯЗКИ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ**

УДК 347.121.2

Система особистих немайнових прав, яка закріпилась в цивільному законодавстві, та її окремі елементи пов'язані з багатьма іншими галузями законодавства – конституційним, сімейним, трудовим, екологічним, адміністративним, кримінальним правом.

Насамперед розглянемо взаємозв'язки з **конституційним правом**, адже його можна визначити як базову галузь нормативно-ціннісної орієнтації, яка складається з ідей, принципів та норм. Їх складно структурувати аналогічно до інших галузей законодавства, оскільки сфера регулювання конституційного права спільна з іншими галузями[1;С.83]. Конституція України забезпечила особі здійснення нею своїх особистих немайнових прав. З самого початку свого виникнення вона взяла такий напрям. Закріплення в розділі 2 прав і свобод людини і громадянина є фактором визнання загальнолюдських цінностей основою державотворення[2]. Підтвердженням цьому є також приписи преамбули та розділу 1 Основного Закону. Так, у преамбулі Конституції пов'язується з піклуванням про «забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя». В ст.1 Конституції Україна визначається як «правова держава»(ст.1), а людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю[3;Ст.3].

Система цивільних особистих немайнових прав безпосередньо пов'язана з конституційною через розділ II Основного Закону. Кожен первинний елемент такої системи, тобто норми, що закріплюють особисті немайнові права особи в цивільному законодавстві, пов'язані зі статтями цього розділу Конституції.

Так, ст.281 Цивільного кодексу України, яка носить назву «право на життя», відображає і розширює зміст ст.27 Конституції України, яка говорить, що «кожна людина має невід'ємне право на життя. Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя. Обов'язок держави – захищати життя людини. Кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань». Всі ці положення знаходять відображення в Цивільному кодексі, крім одного: він не передбачає прямо обов'язок держави захистити життя людини, а більшу увагу зосереджує на самозахисті. Це, на наш погляд, вірно, бо держава має вмішуватися в приватно-правові відносини лише тоді, коли без неї неможливо обійтись, або коли особисті немайнові відносини виходять за рамки приватності, чи порушення особистих немайнових прав носять суспільно-небезпечний характер.

Багато статей Конституції перекликаються з Цивільним кодексом. Так, ст.28 Основного Закону, як і ст.297 Цивільного кодексу України, закріплює право на повагу до гідності, щоправда ч.3 ст.28 Конституції України відповідає змісту ч.3 ст.281 Цивільного кодексу, яка наголошує на необхідності згоди людини на медичні, наукові та інші дослідження з нею. Далі ст. 29 Конституції, що говорить про право людини на свободу та особисту недоторканість, знаходить відображення

в ст.ст.288 та 289 Цивільного кодексу; ст.30 Конституції, яка гарантує недоторканість житла, перекликається зі ст.311 ЦКУ, що закріплює право на недоторканість житла; ст.31 КУ пов'язана зі ст.306 ЦКУ «Право на таємницю кореспонденції»; ст. 32 КУ – зі ст. 301 «Право на особисте життя та його таємницю»; ст.33 – зі статтями 313 та 310 ЦКУ, що закріплюють право на свободу пересування та право на місце проживання; ст.34 Конституції частково регламентує право на інформацію, зміст якого розширює ст.302 ЦКУ; ст.36 КУ тісно зв'язана зі ст.314 ЦКУ, яка закріплює право на свободу об'єднання; ст.39 КУ – зі ст.315 Кодексу, що регламентує право на мирні зібрання; ст. 50 КУ – зі ст.293 ЦКУ, яка говорить про право на безпечне для життя і здоров'я довкілля; і нарешті, ст. 49 КУ, яка пише, що кожен має право на охорону здоров'я і медичну допомогу розширює свій зміст ст.283 та ст.284 ЦКУ [4].

Не знаходять своє відображення в Цивільному кодексі конституційні права на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань; на свободу світогляду і віросповідання; на освіту. Звичайно ж, законодавство дозволяє особі захистити й непередбачені прямо права цивільно-правовими способами. Проте, на наш погляд, існує необхідність розширити ці конституційні права та детально висвітлити їх в цивільному законодавстві, врегулювати відносини приватно-правовим шляхом.

Тісно пов'язана сфера особистих немайнових прав цивільного законодавства та **сімейного**. Одним з основних немайнових прав фізичної особи являється право на сім'ю. Це право виражається в можливості обирати особу, з якою утворюватиметься сімейний союз, в можливості створювати сім'ю, обирати форми організації сімейного життя, в можливості жити в ній, здійснювати визначені сімейні права та обов'язки [5;С.89].

Право на сім'ю закріплене в ст. 291 Цивільного кодексу, яка вказує, що фізична особа незалежно від віку та стану здоров'я має право на сім'ю і на підтримання зв'язків з членами своєї сім'ї та родичами. Вже сам порядок укладення шлюбу, інший порядок створення сім'ї регулює Сімейний кодекс України [6]. Фактично подібна картина в плані опіки та піклування: цивільне законодавство визначає право на опіку або піклування, а сімейне – регулює процес його здійснення.

Сімейний кодекс України присвячує три глави особистим немайновим правам: глава 6 «Особисті немайнові права та обов'язки подружжя» та глава 13 «Особисті немайнові права та обов'язки батьків та дітей», глава 21 «Особисті немайнові права та обов'язки інших членів сім'ї та родичів», які містять деякі норми, щільно пов'язані з цивільним законом. Зокрема ст. 51 Сімейного кодексу закріплює право дружини та чоловіка на повагу до своєї індивідуальності і переплітається зі ст. 300 Цивільного кодексу, що надає право на індивідуальність всім фізичним особам.

Існує прямий зв'язок між цими двома галузями і через особисте немайнове право на ім'я. ЦКУ регулює дане право в статтях 294-296, але деякі суттєві моменти доповнює СКУ. Так, ст.53 регулює важливі питання щодо прізвища чоловіка і дружини, про можливість його зміни; ст.ст.145-149 регулюють права на

ім'я дитини: визначення прізвища, ім'я, по батькові цієї дитини, а також зміну її прізвища та по батькові.

Також існує зв'язок між ними і в плані особистого немайнового права на місце проживання. В ст.310 ЦКУ закріплює це право, а також право на вільний вибір та зміну місця проживання. СКУ дещо ширше регулює дане право, яке стосується дитини: ст.ст.160-162 регулюють питання, пов'язані з правом батьків на визначення місця проживання дитини, зі спорами між матір'ю та батьком щодо місця проживання малолітньої дитини, з правовими наслідками протиправної поведінки одного з батьків або іншої особи при визначенні місця проживання малолітньої дитини.

Існує зв'язок цивільного права зі ст.56 СКУ, що закріплює право дружини та чоловіка на особисту свободу. Але на відміну від ст. 288 ЦКУ «Право на свободу», яка хоч і забороняє будь-які форми фізичного чи психічного тиску на фізичну особу, ст. 56 «Право дружини та чоловіка на особисту свободу» також забороняє насильство, крім того вона закріплює право дружини та чоловіка на підтримання та припинення шлюбних відносин, на вибір місця свого проживання. Останнє пов'язане зі ст. 310 ЦКУ, яка також регулює право на вільний вибір місця проживання та його зміну.

Дослідники сімейного права стверджують, що в обсяг змісту права на свободу подружжя входять й інші правомочності. Вони вважають, що до прав подружжя на особисту свободу треба також віднести право на вибір професії та роду трудової діяльності [7;С.142]. На наш погляд, такі права не потребують свого закріплення в сімейному законодавстві, адже вони надаються ст. 312 «Право на вибір роду занять» всім фізичним особам, незалежно від сімейного стану та ставлення іншого з подружжя до цього, тому їх регламентації в сімейному законодавстві необхідності немає.

Існує зв'язок системи особистих немайнових прав і з **трудовим правом**. По-перше, Кодекс законів про працю України [8;С.848-877], як і Цивільний кодекс, передбачає відшкодування моральної шкоди. Ст. 237-1 КЗпП передбачає таке відшкодування власником або уповноваженим ним органом працівнику, якщо порушення його законних прав призвели до моральних страждань, втрати нормальних життєвих зв'язків і вимагають від нього додаткових зусиль для організації свого життя. Думається, таке відшкодування може виплачуватись працівнику і в разі порушення його особистих немайнових прав, а якщо власник чи уповноважений ним орган відмовиться від нього, то можливе подання цивільного позову.

Ще існує зв'язок між окремими елементами системи. Так, ст.283 ЦКУ закріплює право фізичної особи на охорону її здоров'я, а ст. 123 КЗпП надає гарантії працівникам, які направляються на обстеження до медичного закладу; ст.290 ЦКУ регулює право на донорство, а ст.124 КЗпП надає для працівників-донорів гарантії; цивільне законодавство надає права особам, що створюють корисні моделі, винаходи, промислові зразки, раціоналізаторські пропозиції (в тому числі й особисті немайнові), а ст.126 КЗпП створює гарантії таким працівникам у плані заробітку, а також збереження за ними посади за місцем постійної роботи.

Пов'язані цивільні особисті немайнові права і з **екологічним правом**. Ст.293 Цивільного кодексу України закріплює право фізичної особи на безпечне для життя і здоров'я довкілля, якість харчових продуктів і предметів побуту, право вимагати припинення незаконної діяльності, що призводить до забруднення, псування довкілля і т.д.

Екологічне законодавство розширює обсяг екологічних прав [9;Ст.9], внаслідок чого громадянин має право на: безпечне для життя і здоров'я навколишнє природне середовище; участь в обговоренні проектів законодавчих актів, матеріалів щодо розміщення, будівництва та реконструкції об'єктів, які можуть негативно впливати на стан навколишнього природного середовища, та внесення пропозицій до державних та господарських органів, установ та організацій з цих питань; участь у розробці та здійсненні заходів щодо охорони навколишнього середовища, раціонального і комплексного використання природних ресурсів; здійснення загального і спеціального використання природних ресурсів; об'єднання у громадські природоохоронні формування; одержання інформації про стан середовища та вплив його на здоров'я; участь у проведенні громадської екологічної експертизи; одержання екологічної освіти; подання позовів про відшкодування заподіяної здоров'ю шкоди внаслідок негативного впливу на навколишнє середовище і ін.

Таким чином, громадяни мають право на екологічну безпеку, яка в ст. 50 Закону «Про охорону навколишнього природного середовища» визначається як такий стан навколишнього середовища, при якому забезпечується попередження погіршення екологічної обстановки та виникнення небезпеки для здоров'я людей.

В літературі зустрічається більш ширше розуміння екологічної безпеки: забезпечення гарантії запобігання значним екологічним катастрофам та аваріям завдяки сукупності дій, станів і процесів, що прямо чи опосередковано не призводять до цих подій; ступінь відповідності наявних чи уявних екологічних умов завданням збереження здоров'я населення і тривалого та стійкого соціально-економічного розвитку суспільства; комплекс станів, явищ і дій, що забезпечують такий рівень екологічного балансу на нашій планеті в цілому та в її окремих регіонах [10;С.20].

Екологічна безпека визначається також як складова частина національної і транснаціональної безпеки, тобто такий стан розвитку суспільних правовідносин і відповідних їм правових зв'язків, за якого системою правових норм, інших державно-правових і соціальних засобів гарантується захищеність права громадян на безпечне для їх життя та здоров'я навколишнє природне середовище, забезпечується регулювання екологічно небезпечної діяльності та запобігання погіршенню стану довкілля й настанню інших наслідків, небезпечних для життя і здоров'я особи [11;С.12].

Як бачимо, дане право підтримує зв'язок і з правом на життя та здоров'я, яке також входить в предмет регулювання цивільного права. З цим згодні і дослідники екологічного права, які визнають, що воно тісно пов'язане з правом громадян на життя і здоров'я, що свідчить про його чітку гуманістичну спря-

мованість, обумовлює особливу законодавчу гарантованість та має переважно немайновий характер [12;С.11].

Таким чином, ми з'ясували, що система особистих немайнових прав у цивільному законодавстві та її окремі елементи мають зовнішні взаємозв'язки з іншими галузями законодавства, які також регулюють особисті немайнові права. Проаналізовані нами зв'язки цивільного з конституційним, сімейним, трудовим, екологічним законодавствами дають нам можливість при здійсненні особистих немайнових прав користуватися всіма їх нормами, що дає змогу в повній мірі використати надані права.

Проте, крім цивільно-правових способів захисту особистих немайнових прав, існують й інші. Наприклад, ми можемо використати адміністративний чи кримінально-правовий захист даних прав. Тоді, як впливає з вищесказаного, досліджувана нами система має зв'язки із **адміністративним та кримінальним правами**, оскільки може співпрацювати з цими галузями особистих немайнових прав.

Так, Кодекс України про адміністративні правопорушення передбачає адміністративну відповідальність за деякі порушення проти особистих немайнових прав осіб [13;С.15-70]. В основному вони стосуються порушень права на здоров'я та права на екологічну безпеку осіб (Глави 5,7). Так, ст.42 даного Кодексу передбачає адміністративну відповідальність за порушення санітарно-гігієнічних і санітарно-протиепідемічних правил і норм; ст. 42-1 – за виробництво, заготівлю, реалізацію сільськогосподарської продукції, що містить хімічні препарати понад гранично допустимі рівні концентрації; ст.42-2 – за заготівлю, переробку чи збут радіоактивно забруднених продуктів харчування чи іншої продукції; ст.42-3 – за виробництво, зберігання, транспортування чи реалізацію продуктів харчування чи продовольчої сировини, забруднених мікроорганізмами та іншими біологічними агентами понад гранично допустимі рівні. Перелічені порушення можуть зашкодити життю і здоров'ю фізичних осіб, тому вони порушують особисті немайнові права на життя та здоров'я. Така ж характеристика частково стосується й інших адміністративних правопорушень: незаконні виробництво, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів чи психотропних речовин без мети збуту в невеликих розмірах (Ст.44); ухилення від обстеження і профілактичного лікування осіб, хворих на венеричну хворобу (Ст.45); порушення встановленого порядку взяття, переробки, зберігання, реалізації і застосування донорської крові, її компонентів і препаратів (Ст.45-1); умисне приховування джерела зараження венеричною хворобою (Ст.46); порушення вимог режиму радіаційної безпеки в місцевостях, що зазнали радіоактивного забруднення (Ст.46-1), оскільки такі діяння спричиняють загрозу для життя і здоров'я людей. Існує зв'язок нашої системи прав і з главою 7 даного Кодексу, яка передбачає відповідальність за порушення в галузі охорони природи, правда, менш тісний, оскільки дані порушення рідше можуть спричинити шкоду особистому немайновому праву фізичної особи, а саме на безпечно для життя і здоров'я довкілля.

За порушення особистих немайнових прав може в певних випадках наступати й кримінальна відповідальність. Зважаючи на це, система даних прав



цивільного права має зв'язки із кримінальним правом. Розділи II-V Особливої частини Кримінального кодексу України передбачають кримінальну відповідальність фізичних осіб за порушення особистих немайнових прав [14]. Другий розділ, а саме статті 115-130 Кримінального кодексу тісно пов'язані з інститутом цивільного права – особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи, передбачають кримінальну відповідальність осіб за вчинення злочинів проти життя та здоров'я людей, а саме за: вбивства; доведення до самогубства; тілесні ушкодження; побої і мордування; катування; погроза вбивством; зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної хвороби. Також вони передбачають відповідальність за злочини в сфері саме «охорони здоров'я», яке являє собою систему соціально-економічних та медичних заходів, спрямованих на збереження і підвищення рівня здоров'я кожної людини і населення в цілому [15;С.9]. Зокрема, люди повинні відповідати за: неналежне виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження особи вірусом імунодефіциту чи іншої невиліковної інфекційної хвороби людини; розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту чи іншої невиліковної хвороби; зараження венеричною хворобою; незаконне проведення абортів; залишення в небезпеці; ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані; неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей; незаконна лікувальна діяльність; ненадання допомоги хворому медичним працівником; неналежне використання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником; порушення прав пацієнта; незаконне проведення дослідів над людиною; порушення встановленого законом порядку трансплантації органів чи тканин людини; насильницьке донорство; незаконне розголошення лікарської таємниці [14;Ст.ст.311-145].

Злочини проти свободи людини, її честі й гідності передбачаються розділами III-IV Особливої частини. Сюди відносяться злочини проти статевої свободи й недоторканості; незаконне позбавлення волі чи викрадення людини; захоплення заручників; підміна дитини; торгівля людьми; експлуатація дітей; незаконне поміщення в психіатричний заклад (Ст.ст.146-156). Розділ V передбачає відповідальність за злочини проти деяких інших особистих немайнових прав, які закріплює цивільне законодавство: порушення недоторканості житла (Ст.162); порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер (Ст.163); злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування (Ст.166); зловживання опікунськими правами (Ст.167) та деякі інші.

Отже, кримінальне право передбачає відповідальність за порушення проти особистих немайнових прав громадян, але тільки тоді, коли вони містять ознаки злочину. Проте навіть коли порушник буде нести кримінальну відповідальність, це не означає, що потерпілий не може здійснювати захист свого порушеного немайнового права в цивільно-правовому порядку.

1. *Гражданское право. В 2 томах. Том 1: Учебник. / Ем В.С., Зенин Е.А., Коваленко Н.И. и др. / Под ред. Е.А.Суханова. – М.: Бек, 1998. – 816с.*

2. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996р. – Х.: Олант, 2002. – 48с.
3. Бородін І. Права та свободи громадян, їх класифікація, гарантії реалізації // *Право України*. – 2001, № 12. – С.32-34.
4. Цивільний кодекс України: Прийнятий 16 січня 2003р. – К.: Істина, 2003. – 368с.
5. Калітенко О.М. Особисті відносини подружжя та відносини подружжя стосовно їх майна: Дис. ... канд. юр. наук: 12.00.03. / Одеська національна юридична академія. – Одеса, 2001. – 174с.
6. Сімейний кодекс України: Офіц. видання. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – 184с.
7. Сімейне право України: Підручник / За ред. Ю.С.Червоного. – К.: Істина, 2004. – 400с.
8. Кодекс законів про працю України / Основні чинні кодекси і закони України / Уклад. Ю.П.Слісovenко. – 2-ге вид. – К.: Махаон, 2003. – С.848-877.
9. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25 червня 1991 року // *Відомості Верховної Ради України*. – 1991. - № 41. – Ст.546.
10. Реймерс Н.Ф. Охрана природы и окружающей человека среды: Словарь-справочник. – М., 1992. - 20с.
11. Андрейцев В. Право екологічної безпеки: проблеми формування об'єктного складу // *Право України*. – 2001, № 10. – С.12 – 16.
12. Андрейцев В. Право громадян на екологічну безпеку: проблеми конституційно-правового забезпечення // *Право України*. – 2001, № 4. –С.11 – 14.
13. Кодекс України про адміністративні правопорушення. / Основні чинні кодекси і закони України. - С.15-70.
14. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року: Офіційний текст. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 240с.
15. Глушков В.А. Ответственность за преступление в области здравоохранения. – Киев: «Вища школа». - 1987г. – 168с.

**Федюк Л.В. Зовнішні зв'язки особистих немайнових прав**

У статті проаналізовано зв'язки особистих немайнових прав, які закріплені в Цивільному кодексі України з іншими галузями законодавства. Ці права пов'язані з конституційним, сімейним, трудовим, екологічним, адміністративним та кримінальним правом.

**Ключові слова:** особисті немайнові права, зовнішні зв'язки.

**Федюк Л.В. Внешние связи личных неимущественных прав**

В статье проанализированы связи личных неимущественных прав, которые закреплены в Гражданском кодексе Украины с другими отраслями законодательства. Эти права связаны с конституционным, семейным, трудовым, экологическим, административным и уголовным правом.

**Ключевые слова:** личные неимущественные права, внешние связи.

**Fedyuk L.V. External copulas of the personal unproperty rights**

The article analyzes the relationship personal unproperty rights that are enshrined in the Civil Code of Ukraine with other branches of law. These rights are associated with constitutional, family, labor, environmental, administrative and criminal law.

**Keywords:** personal unproperty rights, external relations.

## **ЗНАЧЕННЯ ТА ПРАКТИЧНА ЦІННІСТЬ ПРАВОВОГО ЗВИЧАЮ ЯК НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЯТОРА СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН**

УДК 340.141

**Постановка проблеми.** Як відомо з історії права звичай є історично першим формальним джерелом права. Проте, з розвитком кодифікації та уніфікації законодавства практична цінність звичаю як регулятора суспільних відносин значно зменшилась. Тому актуальним на сьогодні постає питання дослідження ролі та значення звичаю в системі джерел права, зокрема сімейного права України.

**Мета і завдання дослідження.** Предметом дослідження виступає правова природа звичаю як регулятора сімейних правовідносин. Мета статті полягає в з'ясуванні значення та практичної цінності правового звичаю в системі джерел сімейного права України.

**Стан дослідження.** Питання значення та практичної цінності правового звичаю були предметом дослідження багатьох вітчизняних і зарубіжних вчених-дослідників радянського та сучасних періодів, зокрема таких як І.Б. Новицький [1], Р.Давід [2], М.М.Марченко [3], І.Б.Усенко [4], О.О.Щокіна [5], О.М.Ярошенко [6], І.М.Ситар [7] та ін.

Проте, в сфері сімейного права відсутні комплексні наукові дослідження особливостей правового звичаю як нормативного регулятора сімейних відносин, що й зумовлює актуальність цього дослідження.

**Основний матеріал.** Розпочинаючи аналіз правової природи звичаю варто зауважити, що проведене нами дослідження не ставить своєю метою всебічний аналіз всіх ознак правового звичаю. Проте, для визначення практичної цінності останнього необхідно виділити основні характерні риси.

Умовно ознаки правового звичаю як нормативного регулятора сімейних відносин ми поділили на дві групи – загальнотеоретичні та спеціальні.

До першої групи ознак можна віднести статичність, яка характеризується повторюваністю, одноманітністю, усталеністю та тривалістю формування правила поведінки [5, с.32, 36-37; 8, с.231; 9, с.68]. Тобто виявити правовий звичай можна за умов одноманітності його прояву протягом тривалого періоду. Якщо він буде виконуватись у різний спосіб, ідентифікувати звичай буде набагато важче, якщо взагалі можливо [4, с.41]. Наступні ознаки – це локальний характер, тобто звичай застосовується в рамках порівняно невеликих суспільних груп людей [10, с.49]. Джерелом виникнення звичаю визнається суспільство, в якому звичай виникає стихійно та спонтанно [11, с.13]. При цьому звичай засновується на усвідомленні його необхідності як правила поведінки, на переконанні, що слід вчиняти неодмінно так, а не інакше в інтересах спільного проживання [6, с.239]. Тобто, звичай повинен визнаватися, поважатись і дотримуватись населенням тієї території, на якій він діє як правовий звичай [3, с.602]. Зміст зви-

часового правила не повинен суперечити моралі [6, с.239]. Відповідно у звичаях відображається конкретний соціальний досвід і моральні корені [12, с.37].

Ще однією важливою ознакою звичаю є динамічність, яка полягає в тому, що виникнення і скасування звичаєвої норми не регламентовані формальною процедурою. В більшості випадків правові звичаї є неписаними нормами. Завдяки такому особливому механізму формування звичай здатний пристосовуватись до динамічності правового регулювання [5, с.77; 13, с.198-199].

Проте в цьому контексті варто зауважити, що джерелом права звичай стає після санкціонування його державою, коли він «перетворюється на складову позитивного права» [3, с.495].

Правового характеру (легітимності) звичаю надає держава в особі уповноважених органів державної влади двома шляхами: законодавчим і судовим.

Одні науковці, такі як І.Б.Новицький, М.І.Брагінський, С.І.Вільнянський надають перевагу законодавчому способу санкціонуванню. Під час такого санкціонування можливість використання звичаю забезпечується посиленням на нього у тексті нормативно-правового акта [1, с.63; 5, с.78; 7, с.79].

На думку інших вчених, зокрема таких як І. М. Ситар, Л. Еннекерус судовий спосіб санкціонування є основним. Як стверджують вищезазначені науковці звичаєве право виникає головним чином із судової практики [14, с.146]. Рішення суду, що засноване на звичаї, забезпечується примусовою силою держави. Фактично цей звичай санкціонується державою. Без судового визнання звичай не є обов'язковим і, отже, не може визнаватися правовим [7, с. 79].

На підставі аналізу наведених вище міркувань вважаємо за доцільне приєднатись до думки першої групи науковців, які вважають законодавчий спосіб санкціонування основним та найбільш ефективним. Оскільки, враховуючи особливості романо-германської правової сім'ї, до якої належить і наша правова система, домінуюча роль в регулюванні суспільних відносин належить нормативно-правовому акту. На сьогодні суди при вирішенні справ зобов'язані посилаатись на відповідні норми законодавства. Так, зокрема, відповідно до п.3 ч.1 ст. 215 Цивільного процесуального кодексу України в мотивувальній частині рішення суду повинно бути зазначено назва статті, її частини, абзацу, пункту, підпункту закону, на підставі якого вирішено справу, а також процесуального закону, яким суд керувався [15]. Тобто, судова практика у відношенні до звичаїв скоріш за все є засобом доведення (підтвердження) факту існування звичаїв у сфері регулювання правовідносин, а не способом санкціонування.

Отже, узагальнюючи загальнотеоретичні властивості правового звичаю як формального джерела права можна визначити його практичну цінність. Зокрема, завдяки таким ознакам як статичність, збереження та акумулювання соціального досвіду і моральних засад, які формувалися протягом багатьох десятиліть, стихійність виникнення та неухильність дотримання в силу визнання та поваги людьми звичай з однієї сторони допомагає зберегти стабільність в суспільстві, традиційний лад. З іншої – завдяки динамічності допомагає подолати прогалини у діючому законодавстві та спрогнозувати його подальший ефективний розвиток.

Однак, крім загальних, правовому звичаю як джерелу сімейного права притаманні й спеціальні ознаки. Вони пов'язані насамперед із особливостями суспільних відносин, які врегульовуються звичаєвими нормами. Зокрема, правовий звичай регулює сімейні особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, між батьками та дітьми, усиновлювачем та усиновленою ним дитиною, між іншими членами сім'ї та між суб'єктами сімейного права, що пов'язані із влаштуванням дітей, позбавлених батьківського піклування у сім'ю [16, с.6].

Сімейні правовідносини характеризуються особисто-довірчим, тривалим характером, який відслідковується у їх меті (створенні та зміцненні сім'ї як особистого немайнового блага, що позбавлене майнового змісту в силу своєї природи – не засобу для отримання матеріальної вигоди, а форми особисто-довірливих відносин) та відсутністю визначених часових меж. Виникнення, зміна або припинення сімейних прав та обов'язків не залежить від передачі майна або сплати грошових коштів на користь того чи іншого суб'єкта сімейних правовідносин. Завдяки таким особливостям сімейні правовідносини характеризуються в більшості випадків безоплатністю. Однією з важливих рис сімейних правовідносин є також невідчужуваність сімейних прав та обов'язків. Адже, останні настільки тісно пов'язані з особою, яка ним наділена, що не можуть бути передані іншим особам ані добровільним (купівля-продаж, дарування, міна), ані примусовим шляхом, за винятком застосування такої сімейно-правової санкції, як позбавлення батьківських прав [17, с. 113-115].

Підставою виникнення сімейних правовідносин є конкретні життєві обставини, з якими закон пов'язує виникнення, зміну або припинення сімейних правовідносин (шлюб, родинність, материнство і батьківство, усиовлення і патронат) [18, с. 44-45].

Отже, правовий звичай як джерело сімейного права регулює суспільні відносини, які характеризуються конкретно визначеним суб'єктним складом, особисто-довірчим, тривалим характером, безоплатністю, невідчужуваністю сімейних прав та обов'язків і виникають на підставі специфічних юридичних фактів.

Одним з проблемних питань на сьогодні залишається питання самостійності правового звичаю як джерела сімейного права в процесі легалізації. Мова йде про ситуацію, коли у нормативно-правовому акті розкривається зміст звичаєвих норм (правил поведінки). Тоді звичай перетворюється на норму законодавства, виступає свого роду джерелом законодавства. Самостійно правовий звичай як джерело сімейного права функціонує у випадку посилання на нього у нормах законодавства. При цьому не повинен гарантуватись захист з боку держави конкретним звичаєвим нормам.

В контексті дослідження варто зауважити, що керуючись нормами Сімейного кодексу України (далі – СК України), можна стверджувати, що правовий звичай існує як самостійний регулятор сімейних правовідносин. Прикладом можуть слугувати ст. ст. 11, 35, 146 СК України, в яких зазначені два основні види звичаїв. Зокрема, мова йде про місцевий звичай та звичай національних меншин [19]. Як вказує ст. 11 СК України при вирішенні сімейного спору суд за заявою заінтересованої сторони може врахувати місцевий звичай, а також звичай національної меншини. Ст. ст. 35, 146 СК України визначають можливість складення

більше двох прізвищ нареченими, або двох імен дитини, якщо це передбачено звичаєм національної меншини [19].

Але про можливість застосування звичаю згадується тільки у трьох із вищезазначених статтях СК України та деяких статтях інших норм сімейного законодавства (ст.5 Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 року та в п.2 Концепції державної сімейної політики від 17 вересня 1999 р ) [20; 21].

Відповідно в практиці правозастосування постає проблема, щодо законності застосування звичаю, якщо про це не зазначено в конкретних нормах законодавства.

Варто зазначити, що серед науковців сьогодні немає однозначної відповіді на це питання. Однак, досить цікавою, на наш погляд, є думка з цього приводу вчених у сфері міжнародного приватного права. Зокрема, І. С. Зікін, О. О. Щокіна вважають, що допустимість застосування торговельних звичаїв базується не на прямому посиленні закону, а на позиції законодавства в цілому. На думку О. О. Щокіної, відсутність у законодавстві України заборони керуватися у відносинах цивільного характеру торговельними звичаями слід розглядати як підставу їх застосування [5, с.79-80].

Вважаємо, за доцільне погодитись із твердженнями вищезазначених науковців, оскільки, у сфері регулювання сімейних відносин це правило може бути цілком доцільним. Тим більше, що судова практика пішла саме таким шляхом вирішення проблеми застосування звичаю.

Так, Сокальський районний суд Львівської області у своєму рішенні від 10.03.2011 року №14189442 по справі № 2-257/11 послався на звичай, відповідно до якого, під час святкування одруження подарунки передаються двом із подружжя, а не одному. І на підставі цього визнав подарований телевізор спільною сумісною власністю подружжя [22]. Таким чином звичай був застосований для доповнення і тлумачення ст. 60 СК України, яка визначає підстави набуття права спільної сумісної власності подружжя. Хоча ст.60 СК України не передбачає можливість застосування звичаю.

Стахановський міський суд Луганської області у рішенні від 02 жовтня 2009 року № 18663734 по справі №2-2572 за 2009 р. ухвалив рішення, використовуючи ст. 11 СК України, за яким задовольнив позов про зміну імені дитини, враховуючи звичай національних меншин (“національні традиції”) [23]. При цьому варто зауважити, що в ст.146 СК України не зазначено право застосування звичаю при вирішенні спору між батьками щодо імені дитини. Відповідно до ч.3 ст. 146 СК України спір може бути вирішений органом опіки та піклування або судом. Право застосування звичаю суду надає ст. 11 СК України [19].

Вищенаведене дозволяє сформулювати висновок про те, що правовий звичай в сімейному праві можна застосовувати у всіх випадках, окрім прямо заборонених законодавством. Тобто, відсутність посилання на можливість використання звичаю у конкретних правових нормах законодавства України не є перешкодою для його реалізації на практиці. Дотримання вимог ст. 11 СК України є достатнім для застосування (врахування) звичаю при вирішенні сімейних спорів.

Однак, незважаючи на позитивні риси, не можна не відмітити, що звичаєве регулювання має і низку недоліків. Насамперед, проблема виникає у процесі реалізації (правозастосування) звичаю в практичному житті.

Фактично законодавець зобов'язує суд ставитись до звичаю як до норми права, але не вирішує основного питання, що виникає в ході процесу: хто і як повинен встановлювати існування та зміст звичаєвого права [24, с.79].

Як відомо правовий звичай в основному є неписаним джерелом права, формально невизначеним. До того ж відповідно до ст. 11 СК України врахування звичаю є тільки правом, а не обов'язком судді [19].

**Висновки.** Отже, ґрунтуючись на досягненнях загальної теорії права та враховуючи розробки вчених можна прийти до наступних висновків.

Завдяки таким характерним ознакам, як статичність, збереження та акумулювання соціального досвіду і моральних засад (принципів), які формувалися протягом багатьох десятиліть за різних соціально-економічних умов, стихійності виникнення та неухильного дотримання в силу визнання та поваги людьми звичай з однієї сторони допомагає зберегти стабільність в суспільстві, традиційний лад, визначити основні засади регулювання сімейних правовідносин, застосовується в процесі тлумачення та доповнення сімейно-правових норм, закріплених у законодавстві України, а також є одним із важливих джерел сімейного законодавства. З іншої сторони, завдяки динамічності правовий звичай допомагає подолати прогалини у діючому законодавстві та спрогнозувати його подальший ефективний розвиток, є оперативним засобом врегулювання нових сімейних відносин.

Завдяки законодавчому санкціонуванню звичай стає ефективним регулятором сімейних правовідносин. Однак, для того щоб правовий звичай не втратив ознак самостійного джерела сімейного права в нормах сімейного законодавства не повинно розкриватись зміст останнього, як конкретного правила поведінки.

Самостійно правовий звичай як джерело сімейного права функціонує у випадку посилання на нього у нормах законодавства як регулятора сімейних правовідносин без розкриття змісту звичаєвих норм.

Умовами застосування звичаю є дотримання вимог ст. 11 СК України, відсутність прямої заборони сімейного законодавства на його використання та доведення факту існування звичаю в конкретних спірних правовідносинах.

Проте, для ефективного використання цінностей правового звичаю як регулятора сімейних правовідносин необхідно насамперед розробити механізм його реалізації на практиці. Зокрема, визначити не тільки умови та випадки застосування, а й саму процедуру встановлення наявності факту існування звичаю та його зміст.

1. Новицький І. Б. *Источники советского гражданского права* / И. Б. Новицкий. – М. : Юр. лит, 1959. – 162 с.
2. Давид Р. *Основные правовые системы современности* / Рене Давид, Камилла Жоффре-Спинози ; [пер. с фр. В. А. Туманова]. – М. : Международные отношения, 2003. – 400 с.
3. Марченко М. Н. *Источники права : учеб. пособие* / М. Н. Марченко. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 760 с.

4. *Правовий звичай як джерело українського права IX-XIX ст.* / [І. Б. Усенко, В. Д. Бабкін, І. В. Музика та ін.]; за ред. І. Б. Усенка. – К. : Наукова думка, 2006. – 279 с.
5. *Щокіна О. О. Правовий звичай міжнародної торгівлі як джерело міжнародного приватного права* : дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.03 / Олена Олександрівна Щокіна. – Х., 2005. – 198 с.
6. *Ярошенко О. М. Джерела трудового права України* : дис. ...доктора юрид. наук : 12.00.05 / Олег Миколайович Ярошенко. – Х., 2007. – 476 с.
7. *Ситар І.М. Романо-германська правова сім'я: гносеологічні та теоретичні аспекти: навч. посібник* / І. М. Ситар, О. Л. Чорнобай. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – 168 с.
8. *Загальна теорія держави і права* : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / [Цвік М. В., Ткаченко В. Д., Богачова Л. Л та ін.]; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – 432 с.
9. *Майданик Р. Правовий звичай як джерело цивільного права* / Р. Майданик // *Юридична Україна*. – 2009. - №6. – с. 67-72.
10. *Болгова О. С. Основные источники права* / О. С. Болгова // *Известия Российского государственного педагогического университета имени А.И.Герцена*. - 2009. - № 92. - С.49-50.
11. *Гураленко Н. А. Система джерел права: аналіз структурних елементів* / Н. А. Гураленко // *Науковий вісник Чернівецького університету*. – 2010. – Випуск 538. *Правознавство*. – с. 11-16.
12. *Толкачова Н. Є. Звичаєве право в системі соціально-ціннісних установлень і нормативного регулювання відносин* / Н. Є. Толкачова // *Науковий вісник Чернівецького університету*. – 2007. – Випуск 375. *Правознавство*. – С. 33-41.
13. *Гураленко Н. А. Функціональна роль звичаю в контексті гармонізації сучасного права* / Н. А. Гураленко // *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. – 2011. - № 1(1). – с. 192-202.
14. *Эннекцерус Л. Курс Германского гражданского права* / Л. Эннекцерус; [пер. с нем.]. – М. : Изд-во иностран. лит., 1949. – 436 с.
15. *Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1618-IV* // *Відомості Верховної Ради України*. – 2004. - № 40-41, 42. – Ст. 492.
16. *Ватрас В. А. Суб'єкти сімейних правовідносин* : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 "Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / В. А. Ватрас. – К., 2008. – 19 с.
17. *Ватрас В. А. Про сутність сімейних правовідносин* / В. А. Ватрас // *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. — 2003. — № 3-4 (7-8). — С. 111-118.
18. *Матвеев Г.К. Советское семейное право* [учеб. Для студ. вузов обуч. по спец. "Правоведение"] / Г. К. Матвеев - М.; Юрид . лит. - 1978. – 239 с.
19. *Сімейний кодекс України: за станом на 18 січня 2011 р.* / Верховна Рада України. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 78 с.



20. Конвенція “Про права дитини” від 20 листопада 1989 р. (Рат. 27.02.1991) // ВВРУ. – 1991. – № 13. – Ст. 145.
21. Постанова Верховної Ради України “Про концепція державної сімейної політики” від 17 вересня 1999 р. // ВВРУ. – 1999. – № 46-47. – Ст. 404.
22. Рішення Сокальського районного суду Львівської області від 10.03.2011 року №14189442 по справі № 2-257/11 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/14189442>
23. Рішення Стахановського міського суду Луганської області від 02 жовтня 2009 року № 18663734 по справі №2-2572 за 2009 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/18663734>
24. Бірюкова А. Г. Застосування звичаїв при розгляді спорів, що виникають у цивільних відносинах / А. Г. Бірюкова // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Карабіна. – 2009. - № 841. – Випуск 1(5). Серія: Право. – с. 77-79.

**Шищак-Качак О. О. Значення та практична цінність правового звичаю як нормативного регулятора сімейних відносин**

У статті досліджується значення та практична цінність звичаю в системі джерел сімейного права України. Значне місце в роботі займає аналіз правової природи звичаю як самостійного нормативного регулятора сімейних правовідносин.

**Ключові слова:** правовий звичай, сімейні відносини, санкціонування, сімейне законодавство, судова практика

**Шищак-Качак О. О. Значение и практическая ценность правового обычая как нормативного регулятора семейных отношений**

В статье исследуется значение и практическая ценность обычая в системе источников семейного права Украины. Значительное место в работе занимает анализ правовой природы обычая как самостоятельного нормативного регулятора семейных правоотношений.

**Ключевые слова:** правовой обычай, семейные отношения, санкционирования, семейное законодательство, судебная практика

**Shyshchak-Kachak O.O. Importance and practical value of legal practice as normative regulator of family jural relationships**

Importance and practical value of legal practice in the system of Ukrainian family law sources is explored in the article. Considerable place in the work is devoted to analysis of legal nature of practice as an independent normative regulator of family jural relationships.

**Key words:** legal practice, family jural relationships, sanctioning, family legislation, jurisprudence.

**ШКВАРОК Л. В.**

**ФУНКЦІЇ ПРИВАТНОГО ДОГОВОРУ**

УДК 340.12

Визначення поняття функцій спирається, по-перше, на загальнофілософське розуміння терміну „функція” як цілеспрямованості дії певних систем; по-друге,

на загальноправове теоретичне вчення про „функцію права ” як певного напрямку правового впливу на ті чи інші суспільні відносини [1, с.18].

**Метою** статті є дослідження проблеми існування договору в приватному праві, визначення його функцій у цій сфері, та встановлення їх значимості для людини.

Потрібно зауважити, що інтерес до функцій правового договору саме в приватному праві проявляли такі філософи права, як: К. Забоєв, В. Нерсисянц, М.Г. Патеї-Братасюк, І.О. Покровський, а також і цивілісти, такі як: С. Бервено, В. І. Борисова, О.В. Дзера, О. А. Красавчиков, В.В. Луць, О. А. Підпригора, Е. А. Суханов, Ф. Яковлев та інші.

О. А. Красавчиков так формулював поняття функції цивільно-правового договору: це не форма (вираження, вияв тощо), а певний вид дій (впливу) названого юридичного факту на суспільні відносини. На думку ж О. А. Підпригори, В. В. Луця, у функціях договору поєднуються і вияв головних цілей, основного призначення договору, і його вплив на суспільні відносини, бо без використання цієї форми для конкретних правовідносин не може виявлятися головне призначення договору [2, с.29].

Отже, можна сказати, що функції є правовими категоріями, які відображають елементи змістовної характеристики цивільно-правового договору та характеризують його в цілому і тому мають істотне значення для пізнання явищ, що охоплюються предметом певного договору.

Цивільно-правовий договір, як і будь-який юридичний акт, має регулююче значення для відповідних суб'єктів цивільних правовідносин, володіє певними функціями [3, с.29].

На думку О. А. Красавчикова, договір володіє такими функціями, як ініціативна, програмно-координаційна, інформаційна, гарантійна і захисна.

Ініціативна функція, на його думку, полягає в тому, що договір являється актом виявлення ініціативи і реалізації диспозитивності учасників договору.

Програмно-координаційна функція договору, у свою чергу, полягає в тому, що за допомогою договору встановлюється певна програма поведінки його сторін шляхом взаємозв'язку (координації) інтересів, цілей діяльності, її видів і форм у взаєминах осіб, організаційно і майново відособлених, таких, що не знаходяться в стосунках влади і підпорядкування, якими являються суб'єкти цивільного права.

Інформаційна функція, пише О. А. Красавчиков, полягає в точній фіксації волі сторін, що досягли угоди з приводу умов договору.

І нарешті, гарантійну функцію він визначає як можливість застосування системи забезпечувальних засобів в цілях стимулювання належного виконання договору (застави, завдатку і т. д.), а захисну — як точне і неухильне дотримання сторонами всіх умов договору, що має такі форми реалізації, як примусове виконання, використання заходів відповідальності і так далі.

Проте, К.І. Забоєв наголошує на такій найзначнішій функції правового договору як функція регулююча, всі інші функції він вважає похідними від неї. Оскільки за часів планової економіки договору як чинника, що спрямовує її розвиток, відводилася мінімальна роль, тому і регулююча функція договору віді-

лялася лише в числі інших як не найбільш значуща. А на сьогодні, в умовах ринкових відносин, головною і визначальною є саме регулююча функція цивільно-правового договору як основного способу саморегулювання економічних стосунків її учасниками.

Е. А. Суханов відзначає регулюючу функцію договору як угоди, що визначає характер і зміст утвореного на її основі зобов'язання, і як зобов'язання, що визначає конкретні дії сторін з його виконання, яка, на його думку, проявляється в тому, що умови договору визначають не лише кінцевий результат (мету) і зміст узгоджених дій сторін після його виконання, але у багатьох випадках і порядок їх здійснення.

Ф. Яковлев, виділяючи такі дві функції цивільно-правового договору, як функція юридичного факту і регулятивна функція, також говорить про більшу значущість регулятивної функції договору, оскільки закони зазвичай встановлюють лише спільні правила, що покладені в зміст договору, а конкретне регулювання в рамках закону здійснюється за допомогою договору.

М. І. Брагинський справедливо відзначає, що регулююча роль договору зближує його із законом і нормативними актами, оскільки умови договору відрізняються від правової норми, головним чином, двома принциповими особливостями, перша з яких пов'язана з походженням правил поведінки: договір виражає волю сторін, а правовий акт — волю того органу, який його видав; друга ж розрізняє межі дії правил поведінки: у договорі вони діють тільки для його сторін — для тих, хто не є стороною, він може створити права, але не обов'язки; в той же час правовий або інший нормативний акт породжує, в принципі, спільне для всіх і кожного правило (будь-яке обмеження кола осіб, на яких розповсюджується правовий акт, їм же визначається) [4, с.9].

На близькість договору і закону (а також інших нормативно-правових актів) наголошує К.І. Забосв, і, враховуючи їх непринципові ознаки, стверджує, що цивільно-правовий договір відрізняється лише тим, що відноситься до іншого рівня регулювання цивільних відносин (по кількості суб'єктів, способу вираження їх волі в правовому акті і так далі), але, безумовно, виконує основну роль в регулюванні економічних відносин в суспільстві, яку не можна замінити жодною кількістю законів і нормативних актів, що підтвердило невдалий розвиток планової економіки [3, с.31].

Цивільно-правовий договір є унікальний правовий інструмент, що є основним чинником, що спрямовує розвиток ринкової економіки, дозволяє виявити дійсну волю учасників економічних відносин, визначити потреби суспільства в тих або інших товарах або послугах і забезпечити їх оптимальне задоволення.

Тому, найважливішою і єдиною функцією цивільно-правового договору, пише К.І. Забосв, гідною виділення і найбільш значущою для суспільства і економіки, є саме його регулююча функція, всі ж інші функції договору похідні від неї і залежні.

С. М. Бервено, О. В. Дзера зазначають, що цивільно-правовий договір виконує багатогранні функції, зміст яких досить повно і глибоко досліджено в цивілістичній науці. Науковці серед різноманітних функцій договору в усіх випадках виділяють:

- регулятивну функцію, яка надає сторонам право на власний розсуд врегулювати свої відносини, визначити права та обов'язки в межах не заборонених законом;

- гарантійну (стимулюючу) функцію, яка через закріплені в договорі права, обов'язки та забезпечувальні засоби (неустойка, завдаток тощо) спонукає сторони до належного виконання договору, мобілізує їх на досягнення відповідного правового результату;

- охоронну функцію, яка полягає у створенні договором механізму правових гарантій, які упереджують від порушень прав сторін ними самими та третіми особами, а у разі їх порушення – уможливають застосування способів захисту порушених прав, передбачених договором або законом [5, с.68].

Саме ці функції найбільш рельєфно визначають правову роль договору вважають зазначені автори. Вони пояснюють це тим, що в багатьох випадках в юридичній літературі поряд з терміном „функція договору” вживається „роль”, „значення договору”. І як зазначає В. В. Луць „у функціях договору поєднуються вияв головних цілей призначення договору та його вплив на суспільні відносини”.

Наведені функції, на мою думку, можна віднести і до функцій цивільного права загалом, або визначити їх як функції приватного права, оскільки цивільне право і цивільно-правовий договір відносяться саме до сфери приватного права.

Наприклад, В. І. Борисова, класифікуючи функції цивільного права, виділяє основні чотири: регулятивну, охоронну, компенсаційну, превентивну [1, с.18].

За змістом дані функції, можна сказати, тотожні функціям правового договору. Розглядаючи суть регулятивної функції, яка полягає у регулюванні відносин, що виникають з актів правомірної, дозволеної діяльності (поведінки) суб'єктів права, можна вважати, що в даному разі йдеться про різноманітні цивільно-правові договори. Адже сторони правового договору діють правомірним чином.

Щодо охоронної функції, то вона стає можливою лише у поєднанні з регулятивною, що полягає у впливі права на суспільні відносини шляхом їх закріплення у певних правових інститутах, куди відноситься і договір. Захищаючи порушені права, дана функція сприяє нормалізації та відновленню суб'єктивних прав. Правові гарантії, які будуть зазначені в договорі, дадуть кожній стороні впевненість у виконанні зобов'язань, взятих на себе, непорушності домовленості між ними, важливості будь-якого положення в договорі і значимості себе, як особистості, яку поважають.

Наближеною до охоронної, звичайно, є компенсаційна, яку, як функцію договору, називають гарантійною або стимулюючою. Якщо охоронна функція створює лише юридичну передумову захисту порушених прав, то компенсаційна вирішує проблему ліквідації негативних наслідків невиконання зобов'язання.

Таку функцію, наприклад, можна використовувати при застосуванні ст. 16 ч. 2 п. 8 ЦК у разі неналежного виконання договірної зобов'язання боржник повинен відшкодувати кредиторowi завдані збитки.

Щодо іншої цивільно-правової функції, такої як превентивна, то суть її полягає в тому, що потенційному суб'єктові цивільних відносин стає відомим той чи інший наслідок вчинення дій, які підпадають під негативну їх оцінку з боку

законодавця. Тобто, дану функцію можна застосовувати і при виконанні договору, що полягатиме у своєрідному стимулюванні особи утримуватися від певних правопорушень, не порушувати суб'єктивні права інших осіб. Завдяки їй певні положення договору набудуть сигнального значення як запобіжний засіб.

Отже, функції правового договору мають багатогранний характер.

Далі пішли у формуванні переліку функцій договору представники науки господарського права, які класифікують усі функції на загальні, спеціальні та конкретні [5, с.69].

Наприклад, В. С. Щербина, до загальних функцій договору відносить: ініціативну - договір як акт вияву ініціативи і узгодженої волі сторін врегулювати певні відносини;

програмно-координаційну - договір як програма поведінки сторін щодо здійснення господарських відносин і засіб узгодження, координації їхніх дій відповідно до економічних інтересів і намірів;

інформаційну - договір завдяки формальній визначеності його умов включає в себе інформацію про правове становище сторін у договорі, яка необхідна сторонам, а у відповідних випадках - юрисдикційним органам, третім особам;

гарантійну - лише завдяки договору включаються в дію такі правові гарантії виконання договірних зобов'язань, як неустойка, завдаток, застава тощо;

правозахисну - договір є правовою формою відносин, тобто формою, в межах якої забезпечується примусове виконання зобов'язань сторін шляхом використання майнових санкцій, засобів оперативного впливу [6, с.300-301].

Крім вищезазначених функцій, В.С. Щербина виділяє специфічні функції господарському договору: правового забезпечення економічних потреб споживачів, потреби яких фінансуються за рахунок державного бюджету; правового засобу реалізації державних замовлень (зараз ці функції явно не відповідають сьогоденню); правового інструмента децентралізованого засобу планування господарської діяльності, полягає в тому, що юридичними актами планування діяльності суб'єктів господарювання є їхні плани виробничого і соціального розвитку та попит визначається двома правовими формами: державним замовленням та господарськими договорами, тощо.

Функції господарського договору - це його певні властивості, завдяки яким врегульовуються відповідні господарські відносини.

Як видно, головною функцією, яка застосовується при укладанні господарських договорів, є регулятивна. Але її, на мою думку, в даному випадку можна вважати як таку, що носить імперативний характер, а не диспозитивний, що є характерним для врегулювання приватних цивільних відносин.

Звичайно, із переходом до ринкової економіки і функціонування ринкового механізму набувають ваги саме договірні відносини, які підтверджують свободу підприємництва та господарської діяльності. Звужується контрольний адміністративний вплив держави на майнові відносини і поширюється свобода вибору контрагентів, партнерів у договірних відносинах. Тому, більшість цивілістів-науковців, як видно із наведеного, найважливішою функцією договору виділяють ту, яка здійснює забезпечення обігу матеріальних та певних нематеріальних

благ у суспільстві. Такою функцією вони вважають регулятивну, яка об'єднує всі інші функції.

Договір в умовах ринкової економіки та наявності конкурентного середовища спроможний забезпечувати необхідний баланс між попитом та пропозицією, стимулювати виробництво нової конкурентно-здатної продукції й товарів і у такий спосіб впливати на динаміку ринкових відносин.

Всі вищенаведені погляди на функції приватноправового договору загалом правильні, заперечувати їх немає підстав. Але, як пише М.Г. Патеї-Братасюк, і з цим не можна не погодитися, видається слушним зробити доповнення до сказаного вище про ці функції. Коли окремі автори акцентують на регулятивній функції договору як основній, то вони це роблять з позиції легістсько-позитивістського підходу до права як суто соціального явища. Логіка в цьому випадку приблизно така: оскільки договір є формою (джерелом) права, а право є сукупністю загальнообов'язкових правил поведінки, що охороняються від порушень державою, то і договір - це теж свого роду сукупність правил поведінки, які, якщо їх виконувати, забезпечують соціуму, суспільству «законність і правопорядок», зберігають його усталеність і цілісність, принаймні в економічному плані. Що ж стосується індивідуального буття, особистісного, а не соціумного, соціального, то у легістському підході про нього взагалі нічого не згадується, він легіста не цікавить. Для нього інструментальне поняття «регулювання» повністю відповідає суті договору, яку він отожднює із сукупністю правил поведінки, норм, тільки у сфері цивільного обороту. Для нього договір, ніби регулювальник руху на роздоріжжі: вам - туди, у той бік, а вам - у той, і буде порядок. Це дещо поверховий погляд на природу і місію договору в цивільному і загалом приватному праві [7, с.272.].

І.О. Покровський чудово виразив ідею про гуманістично-творчу функцію договору в наступних рядках: «Всякий договір є здійсненням приватної автономії, тієї активної свободи, яка складає необхідну передумову самого цивільного права». І далі цей мислитель акцентує, що принцип договірної свободи є «верховним началом у всій дії області. Разом із началом приватної власності цей принцип служить одним із наріжних каменів всього сучасного громадянського устрою. Знищення цього принципу означало б повний параліч громадянського життя, приречення його на нерухомість». В цих рядках звучить ідея, що цивільно-правовий договір є одним із чинників творення громадянського суспільства як позадержавної сфери суспільного життя, суспільства автономних, економічно та юридично незалежних особистостей, що мають за мету максимальне здійснення власних прав та свобод, самоздійснення через взаємодію в найрізноманітніших напрямках з іншими, собі подібними особистостями [7, с.273.].

Функція цієї свободи полягає у створенні матеріальної бази для особистої незалежності та самостійного розпорядження власним життям.

За основу дослідження цієї проблеми варто взяти формулу права, запропоновану В. Нерсесянцем: «Право — це норма-форма вираження свободи через принцип формальної рівності людей в суспільних відносинах». В. Соловйов, зазначаючи, що право є свобода, зумовлена рівністю, робив висновок, що право є не що інше, як синтез свободи і рівності. Поняття особи, свободи і рівності

становлять сутність природного права. Свобода є необхідним субстрактом або належним правом, а рівність — його необхідною формою. Відніміть свободу, і право стає своєю протилежністю, тобто насильством.

У цивілістичній літературі дається різне визначення свободи договору. Але в усіх випадках визначальним має бути правило римського приватного права про те, що договір не може виникати всупереч волі сторін, а відтак вона має бути лише виявом взаємної згоди [8, с.198-199].

Свобода договору визнається однією з фундаментальних засад правового регулювання договірних відносин у сфері приватного права, про що красномовно свідчить ст. 3 нового ЦК. Її сутність впливає, перш за все, зі змісту статей 6 та 627 ЦК. Їх аналіз дає підстави стверджувати, що у договірній сфері особа має право вільно, на свій розсуд та з урахуванням своїх інтересів вирішувати наступні питання [1, с.85-86].

По-перше, вона вільна у вирішенні питання про вступ у договірні відносини (укладення договору). В умовах ринкової економіки розв'язання питання про те, вступати чи ні у договірні відносини (укладати або не укладати договір) є, за загальним правилом, прерогативою кожної особи.

По-друге, при позитивному вирішенні особою питання щодо вступу в договірні відносини, враховуючи існування в сучасних умовах конкурентного середовища, вона вільна у виборі собі контрагента (іншої сторони у договорі).

По-третє, сторони вільні у виборі виду договору. Вони мають право укладати не тільки договори, передбачені ЦК та іншими актами цивільного законодавства (по найменовані договори), а й ті, які не передбачені ними, за умов відповідності їх загальним засадам цивільного законодавства (йдеться, наприклад, про договори про надання медичних, екскурсійних послуг тощо). Сторони, також мають право укладати змішані договори, тобто ті, у яких містяться елементи різних договорів (ч. 2 ст. 628 ЦК). Прикладом такого договору є договір консигнації, який може містити елементи договорів поставки, комісії, доручення, зберігання тощо.

По-четверте, сторони вільні у визначенні умов договору, сукупність яких складає його зміст. У відповідності зі ст. 628 ЦК зміст договору становлять, перш за все, умови, визначені на розсуд сторін і погоджені ними. Хоча умови договору можуть бути і обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства.

Слід погодитися з думкою А. В. Луць про те, що зміст договірної свободи повністю не розкривається у статтях 6 та 627 ЦК. Її складовими є також право сторін на вибір форми правочину (договору), якщо інше не передбачено законом (ч. 1 ст. 265 ЦК), на обрання одного з видів забезпечення виконання договірних зобов'язань (ч. 2 ст. 546 ЦК), на встановлення форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань (чч. 2-3 ст. 551 ЦК, чч. 2-3 ст. 624 ЦК), на зміну або розірвання укладеного договору за згодою сторін (ч. 1 ст. 651 ЦК) [9, с.5].

Потрібно зазначити, що не отримала остаточного розв'язання проблема сутності свободи договору. Вчені, які зверталися до проблем договірної свободи у цивільному праві України, або називають її принципом цивільного права (А.В.

Луць), або з посиланням на ст. 627 ЦК України беззастережно визнають її принципом договірному права (С.М. Бервено).

Сама можливість наявності витоків свободи, права, рівності осіб у сфері економічного життя суспільства пов'язана із визнанням правоздатності (а, відповідно, і свободи, незалежності, самостійності) індивіда у відносинах власності, тобто визнання за особою властивості бути суб'єктом права власності на засоби виробництва. Тут, як підкреслює В.С. Нерсисянц, важливою є обставина, що саме відносини щодо засобів виробництва утворюють зміст і сутність економічних відносин. Там, де виникли та існують правові форми економічних відносин, де, відповідно, визнано та функціонує право власності особи на засоби виробництва, там і інші об'єкти, включаючи предмети особистого вжитку, стають об'єктами права власності і входять у сферу правових відносин власності [10, с.27-28].

У цілому, право власності – це свобода індивідів та інших суб'єктів соціального життя, причому свобода в її адекватній правовій формі і, що особливо важливо, свобода в такій визначній сфері суспільного життя, як відношення до засобів виробництва, економіки в цілому.

Історичний прогрес свободи і права свідчить про те, що формування і розвиток вільної, незалежної, правової особистості безперечно пов'язані із визнанням людини суб'єктом відносин власності, власником засобів виробництва. Власність являється не просто однією із форм і напрямків вираження свободи і прав людини, але вона формує собою взагалі цивілізовану основу для свободи і права. Де повністю заперечується право особистої, приватної власності, там не тільки немає, але і в принципі не може бути свободи і права.

Таким чином, приватна власність дає можливість кожній особі відчутти себе свободіною, вільною, значущою у суспільстві, відчутти себе дійсно особистістю, яка змогла реалізувати себе у житті, не тільки здатною набути, а й примножити та залишити певне майно нащадкам, яке виступатиме і в певній мірі гарантом того, що реалізувати свої права можна і без регулювання державою усіх сфер твого життя.

Отже, договір є універсальним правовим засобом сфери приватного права. Він не тільки найважливіший юридичний факт, а й засіб саморегуляції у договірній сфері та одна з форм виразу права [1, с.86].

1. *Цивільне право України / за ред. Борисова В.І. – К., 2007. – Т.1.*
2. *Цивільне право. Ч.2 / за ред. Підпригора О.А. – К., 1997.*
3. *Забоев К.И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. – М., 2003.*
4. *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. – М., 1997.*
5. *Договірне право України. Загальна частина. / за ред. О.В.Дзери. – К., 2008.*
6. *Щербина В.С. Господарське право. – К., 1997.*
7. *Патей-Братасюк М.Г. Філософія права: Навчальний посібник. – Тернопіль, 2006 р.*
8. *Підпригора О.А. Основи римського приватного права. – К., 1997.*



9. Луць А.В. *Свобода договору в цивільному праві України: Автор. дис. ... к.ю.н. – К., 2001. – 18 с.*
10. Нерсесянц В.С. *Философия права. – М., 1997.*

***Шкварок Л.В. Функції приватного договору***

У даній статті проаналізовано наукову літературу, статті та окремі погляди філософів права, науковців, вчених на проблему існування договору в приватному праві, визначено його функції у цій сфері, та встановлено їх значимість для людини.

**Ключові слова:** договір; приватне право; функції договору; власність.

***Шкварок Л.В. Функции частного договора***

В данной статье проанализирована научная литература, статьи и отдельные взгляды философов права, научных работников, ученых на проблему существования договора в частном праве, определены его функции в этой сфере, и установлена их значимость для человека.

**Ключевые слова:** договор; частное право; функции договора; собственность.

***Shkvarok L.V. Functions of the private contract***

In this article scientific literature, articles and separate looks of philosophers of right, research workers, scientists, is analysed on the problem of existence of agreement in a private right, his functions are certain in this sphere, and their meaningfulness is set for a man.

**Keywords:** contract, private law functions of the contract; property.

# ПРОБЛЕМИ ОХОРОНИ НАВКОЛИШНЬОГО ПРИРОДНЬОГО СЕРЕДОВИЩА. ПИТАННЯ ЗЕМЕЛЬНОГО ТА АГРАРНОГО ПРАВА

**БАГАЙ Н.О.**

## **ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТА ЗАХИСТ ПРАВ СЕЛЯН ЯК ПРІОРИТЕТНИЙ НАПРЯМ РОЗВИТКУ АГРАРНОГО ЗАКОНОДАВСТВА**

УДК 349.42

Сучасний розвиток аграрного законодавства України характеризується зміщенням центральної мети: від захисту інтересів держави – до захисту інтересів людини, селянина. Це пов'язано з основним призначенням соціальної правової держави, що полягає у забезпеченні та захисті прав і свобод людини та громадянина.

Виходячи з конституційного визнання людини найвищою соціальною цінністю, сучасна державна політика у сфері сільськогосподарського виробництва повинна бути спрямована, насамперед, на створення умов, засобів для реалізації селянами основних прав і свобод.

Законодавче визнання, закріплення та захист основних прав селян є необхідною умовою забезпечення подальшого розвитку соціальної сфери села. Адже реформування аграрних відносин буде лише тоді результативним, коли, поряд із зміною економічних засад господарювання в аграрному секторі, здійснюватимуться заходи, спрямовані на соціальне відродження села, поліпшення умов життя і праці селянина, підвищення життєвого рівня сільського населення.

З урахуванням цього важливим напрямом розвитку аграрного законодавства є забезпечення та захист прав основних виробників сільськогосподарської продукції – селян.

З'ясування соціальної ролі селянства та проблеми гарантування їх прав є предметом наукових досліджень багатьох учених-юристів України. Науковий доробок з цих питань мають В.І.Андрейцев, Ц.В.Бичкова, В.В.Носік, О.О.Погрібний, В.І.Семчик, А.М.Статівка, Н.І.Титова, В.Ю.Уркевич, М.В.Шульга та інші вчені. Проте сучасний розвиток аграрного законодавства зумовлює необхідність подальшого наукового аналізу означених проблем задля обґрунтування основних напрямів вдосконалення аграрного законодавства у цій площині.

**Метою статті** є визначення основних напрямів законодавчого регулювання правового статусу селянства як особливої соціальної групи, що є основним виробником сільськогосподарської продукції.

Високу загальносоціальну роль селянства у суспільстві всебічно обґрунтовано у працях професора Н.І.Титової. У зв'язку з цим, вченою зроблено ви-

сновок щодо необхідності відповідного віддзеркалення такої ролі селянства і в державній політиці щодо нього та забезпечення його правового статусу [1-3].

Як зазначала Н.І.Титова, «селянство у всьому світі є тією структурною детермінантою, від якої залежить добробут суспільства» [3, с.266]. Крім того, селяни, як у минулому, так і зараз становлять більшу частину людства і залишатимуться такими ще дуже довго [4, с.19]. Тому вченими справедливо доводиться необхідність загальносуспільного сприйняття селян, які важко працюють на землі, як людей, що заслуговують на загальну повагу, як носіїв народних традицій, високої громадянської моралі та свідомості [3, с.275].

Про необхідність відродження селянства як господаря землі, носія моралі та національної культури вперше на законодавчому рівні було зазначено у преамбулі Закону України «Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві». Цей спеціальний акт вищої юридичної сили став основою для формування нового аграрно-правового інституту – інституту правового забезпечення соціального розвитку села.

Не зважаючи на істотну позитивну роль Закону України «Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві», значна частина його положень залишилися нереалізованими, що зумовлено комплексом причин, в тому числі й відсутністю належної матеріальної бази.

Упродовж наступних двох десятиліть неодноразово робилися спроби повному визначити мету і завдання соціальної політики на селі. Так, Указом Президента України від 20 грудня 2000 р. №1356 «Про основні засади розвитку соціальної сфери села» передбачалися завдання та засоби забезпечення соціального розвитку села, організаційні засади розвитку галузей соціальної інфраструктури села. Відповідно до Указу метою соціальної політики на селі визнавалося забезпечення належного життєвого рівня сільського населення, що стане основою поліпшення демографічної ситуації і розвитку трудового потенціалу.

Окремі заходи щодо соціального розвитку села передбачалися й Законом України від 18 січня 2001 р. «Про стимулювання розвитку сільського господарства на період 2001–2004 років» та Законом України від 24 червня 2004 р. «Про державну підтримку сільського господарства України». Між тим, обидва законодавчі акти передусім визначали систему економічно-фінансових важелів регулювання сільського господарства як сфери суспільного виробництва.

Розпорядженням Кабінету Міністрів України № 573-р від 10 серпня 2004 р. було схвалено Концепцію Загальнодержавної програми соціального розвитку села на період до 2011 року, а розпорядженням Кабінету Міністрів України № 536-р від 21 грудня 2005 р. – Концепцію Комплексної програми підтримки розвитку українського села на 2006–2010 роки. Проте жодна із схвалених концепцій не була реалізована, а відповідні програми на державному рівні не були затвержені.

Важливе значення у розвитку законодавчого регулювання соціальної сфери села мало прийняття Закону України від 18 жовтня 2005 р. «Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року». Цим законодавчим актом визнано метою державної аграрної політики «збереження селянства як

носія української ідентичності, культури і духовності нації», визначено основні пріоритети державної аграрної політики та шляхи їх досягнення. Однак реалізація основних положень цього законодавчого акта потребує також додаткового нормативно-правового забезпечення.

На сьогодні постановою Кабінету Міністрів України №1158 від 19.09.2007 р. «Про затвердження Державної цільової програми розвитку українського села до 2015 року» затверджено відповідну Державну цільову програму, завданнями якої визнано: створення організаційно-правових та соціально-економічних умов для комплексного розвитку сільських територій, наближення та вирівнювання умов життєдіяльності міського та сільського населення; підвищення рівня ефективної зайнятості, посилення мотивації сільського населення до розвитку підприємництва у сільській місцевості як основної умови підвищення рівня життя населення; створення екологічно безпечних умов для життєдіяльності населення, збереження навколишнього природного середовища та раціонального використання природних ресурсів, особливо земель сільськогосподарського призначення та ін.

Та слід визнати, що основним законодавчим актом, який визначає реальні заходи щодо соціального розвитку села, до цього часу залишається Закон України «Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві». Тому створення відповідних економічних, організаційних та правових механізмів та гарантій реалізації основних положень цього нормативно-правового акта є одним із важливих завдань у сучасний період.

Однією з важливих умов забезпечення соціального розвитку села є створення належної законодавчої бази правового статусу селянина. Як справедливо зазначає А.М.Статівка, «соціальна політика має розглядатися як чинник розвитку економіки, так і чинник формування нової людини – господаря на землі і відповідального за результати своєї праці» [5, с. 47].

Необхідно погодитися з Н.І.Титовою в тому, що «поняття «селянин» як суб'єкт сільськогосподарського землевикористання, «селянство» як соціальна група громадян України, що складає більше третини населення України, повинні знайти чітке законодавче закріплення» [3, с.96].

Слід зазначити, що на Заході існує спеціальна наука – «селянознавство», що заснована британським ученим Теодором Шаніним і є міждисциплінарною галуззю знань. Хрестоматія з «селянознавства», яка вперше була видана англійським видавництвом у 1971 році, зараз уже перекладена російською мовою [6].

Авторами хрестоматії з селянознавства термін «селянство» розглядається як певний соціальний тип [7, с.70], як спосіб життя [8, с.72], як клас [9, с.279-284], як особливий тип культури [10, с.195-199] тощо.

Зокрема, відомий дослідник селянства Т.Шанін зазначає, що селяни – «дрібні сільськогосподарські товаровиробники, які, використовуючи простий інвентар і працю членів своєї сім'ї, працюють – прямо чи опосередковано – на задоволення своїх власних споживчих потреб і виконання зобов'язань щодо носіїв політичної і економічної влади» [2, с.11].

Ф. Сяодун розглядає селянство як «спосіб життя, поєднання формальної організації, індивідуальної поведінки і соціальних позицій, тісно взаємозв'язаних з

метою обробки землі простими засобами і працею людини» [8, с.72]. Селянське суспільство і селянська культура, за справедливим переконанням Р.Редфілда, – це спосіб організації людського життя, що має подібні риси у всіх частинах земної кулі [7, с.70].

У Великому тлумачному словнику сучасної української мови термін «селянство» розглядається як «верства сільськогосподарських виробників, що ведуть індивідуальне господарство» [11, с.1305]. Поняття ж «селянин» тлумачиться як «житель села, основним заняттям якого є обробіток землі» [11, с.1305].

Враховуючи соціальну спрямованість сучасної аграрної політики, поняття «селянства» як найчисельнішої та найдавнішої соціальної верстви, що є виробником суспільно необхідної сільськогосподарської продукції, носієм моралі, культури і духовності, та потребує особливого державного захисту, повинно бути закріплене в нормативно-правових актах аграрного законодавства.

Підвищення рівня сільськогосподарського виробництва можливе лише за умови реалізації соціальної політики на селі, спрямованої на істотне підвищення життєвого рівня сільського населення. Необхідною умовою для цього є законодавче закріплення та гарантування прав селянства. Тому, за справедливим переконанням вчених, вихідні права селян на участь в сільськогосподарському виробництві повинні знайти відображення в майбутньому кодифікованому акті аграрного законодавства України [3, с. 271-275].

На сьогодні окремі нормативні приписи щодо правового статусу селян вміщені в нормативно-правових актах різної галузевої належності: Земельному кодексі України, Кодексі законів про працю України, Цивільному і Господарському кодексам України та ін. Проте спеціальна законодавча регламентація особливих прав селян, як основних виробників сільськогосподарської продукції, найчисленніших сільськогосподарських землекористувачів, сьогодні практично відсутня.

Певна увага правам селян присвячена в Законі України «Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві». Деякі приписи щодо прав селян, зумовлених членством у сільськогосподарських підприємствах, передбачені Законами України «Про сільськогосподарську кооперацію», «Про колективне сільськогосподарське підприємство», «Про фермерське господарство». В свій час Н.І.Титовою було висловлено слушну думку проте, що головним недоліком усіх законів України, які приймаються за суб'єктивним принципом, є ігнорування прав членів цих структур [12, с. 27]. Тому вченою на основі теоретичного аналізу чинних нормативно-правових актів аграрного законодавства послідовно доведено необхідність чіткого законодавчого закріплення спеціалізованих прав членів аграрних структур та їх державних гарантій [1-2; 12].

Особливе значення реальної гарантованості та державного захисту прав селян підтверджується прикрим досвідом неієвості багатьох позитивних норм Закону України «Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві», які, будучи продекларованими, не мають практичного застосування через відсутність відповідних економічних, організаційних, правових та інших гарантій.

З урахуванням викладеного, вважаємо, що основними напрямами законодавчого забезпечення прав селян можуть стати наступні:

1) визначення на законодавчому рівні загальних понять «селянин», «селянство»;

2) закріплення в єдиному законодавчому акті (на сьогодні таким актом міг би стати Закон України «Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві») специфічних прав селян у сфері трудових, майнових, земельних, організаційних правовідносин, що виникають в процесі виробництва сільськогосподарської продукції;

3) внесення доповнень до Законів України «Про фермерське господарство», «Про колективне сільськогосподарське підприємство», «Про сільськогосподарську кооперацію» з метою більш повної регламентації правового статусу членів цих структур;

4) детальна регламентація у Земельному кодексі України повноважень селян у сфері сільськогосподарського землевикористання;

5) визначення на законодавчому рівні механізму реалізації прав селян шляхом прийняття відповідних підзаконних актів;

6) законодавче закріплення юридичних гарантій реалізації та захисту прав селян.

У майбутньому зазначені нормативні приписи можуть стати основою для розробки окремого розділу кодифікованого акта аграрного законодавства та будуть слугувати структурним стрижнем для побудови архітектоніки правового статусу селянина.

Таким чином, селянство – це найчисельніша та найдавніша соціальна верства, що є виробником суспільно необхідної сільськогосподарської продукції, носієм моралі, культури і духовності, та потребує особливого державного захисту. Пріоритетним напрямом розвитку сучасного аграрного законодавства України є законодавче закріплення правового статусу селянина, що сприятиме соціальному відродженню села.

Важливим напрямом майбутніх наукових розробок у цій сфері може стати аналіз окремих видів специфічних прав селян як виробників сільськогосподарської продукції та обґрунтування пропозицій щодо їх законодавчого закріплення.

1. *Титова Н.І. Проблеми гарантування прав селянства України / Н.І.Титова // Права людини і громадянина: проблеми реалізації. – Київ: ІнЮре, 1998. - С.63-64.*
2. *Титова Н.І. Селянство: загальносоціальні та правові аспекти / Н.І.Титова // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали II регіональної наукової конференції (лютий, 1996 р.). – Львів. - 1996. - С.14-15.*
3. *Землі сільськогосподарського призначення: права громадян України. Науково-навчальний посібник / [Титова Н.І., Федорович В.І., Ващишин М.Я. та ін.]; за ред. Н.І.Титової. – Львів: ПАІС, 2005.- 368 с.*
4. *Шанин Т. Понятіе крестьянства / Теодор Шанин // Великий незнакомец: Крестьяне и фермеры в современном мире. Хрестоматия. Составитель Те-*

- одор Шанин. – М.: Издательская группа «Прогресс» «Прогресс-Академия», 1992. – С.8-20
5. Актуальні питання аграрного права України: монографія / [А.М.Статівка, В.Ю.Уркевич, В.М.Корнієнко та ін.]; за ред. доктора юрид. наук, проф. А.М.Статівки. – Х.: Вид-во «ФІНН», 2010. – 240 с.
  6. Великий незнакомец: Крестьяне и фермеры в современном мире. Хрестоматия. Составитель Теодор Шанин. – М.: Издательская группа «Прогресс» «Прогресс-Академия», 1992. – 432 с.
  7. Редфилд Р. Крестьянство как социальный тип / Роберт Редфилд // Великий незнакомец: Крестьяне и фермеры в современном мире. Хрестоматия. Составитель Теодор Шанин. – М.: Издательская группа «Прогресс» «Прогресс-Академия», 1992. – С.70-71.
  8. Сядун Ф. Крестьянство как образ жизни / Фэй Сядун // Великий незнакомец: Крестьяне и фермеры в современном мире. Хрестоматия. Составитель Теодор Шанин. – М.: Издательская группа «Прогресс» «Прогресс-Академия», 1992. – С.72-74
  9. Маркс К. Крестьянство как класс / Карл Маркс // Великий незнакомец: Крестьяне и фермеры в современном мире. Хрестоматия. Составитель Теодор Шанин. – М.: Издательская группа «Прогресс» «Прогресс-Академия», 1992. – С.279-284.
  10. Добровольский К. Традиционная крестьянская культура / Казимир Добровольский // Великий незнакомец: Крестьяне и фермеры в современном мире. Хрестоматия. Составитель Теодор Шанин. – М.: Издательская группа «Прогресс» «Прогресс-Академия», 1992. – С.195-199.
  11. Великий тлумачний словник сучасної української мови / [уклад і голов. ред. Бусел В.Т.]. – К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2007. – 1736 с.
  12. Титова Н.І. Права членів сільськогосподарських кооперативів: тенденції та проблеми законодавчого забезпечення / Н.І.Титова // Право України. – 2000. – №2. – С. 25-27.

**Багай Н.О. Забезпечення та захист прав селян як пріоритетний напрям розвитку аграрного законодавства.**

У статті обґрунтовується необхідність законодавчого закріплення та гарантування прав селян. Досліджено поняття селянства як особливої соціальної групи, що є виробником сільськогосподарської продукції. Визначено основні напрями розвитку аграрного законодавства України в частині забезпечення прав селян.

**Ключові слова:** селянство, права селян, захист прав селян, аграрне законодавство.

**Багай Н.О. Обеспечение и защита прав крестьян как приоритетное направление развития аграрного законодательства.**

В статье обосновывается необходимость законодательного закрепления и обеспечения прав крестьянства. Исследовано понятие крестьянства как особой социальной группы, которая является производителем сельскохозяйственной продукции. Определены основные направления развития аграрного законодательства Украины в сфере обеспечения прав крестьян.

**Ключевые слова:** крестьянство, права крестьян, защита прав крестьян, аграрное законодательство.

*Bagay N.O. Securing and protection the rights for peasants as priority direction of development of agrarian legislation.*

In the article is grounded necessity of the legislative fixing and guaranteeing of rights for peasants. It is investigated the concept of peasantry as special social group, which is producer of agricultural production. It is determined basic directions of development of agrarian legislation of Ukraine in part of securing the rights for peasants.

**Keywords:** peasantry, rights for peasants, protection the rights for peasants, agrarian legislation.

**Ващишин М.Я.**

## **РОЗМЕЖУВАННЯ КОМПЕТЕНЦІЇ ОРГАНІВ, ЩО ВИРІШУЮТЬ ЗЕМЕЛЬНІ СПОРИ**

УДК 349.41

Плюралізм форм власності на землю та правових форм її використання, урізноманітнення організаційно-правових форм господарювання в сучасній ринковій економіці неминуче призводять до збільшення різновидів і загальної кількості земельних спорів. Згідно зі статистичними відомостями, наданими судами першої інстанції, починаючи з 2006 року щорічно більше ніж на 10 % зростає кількість розглянутих судами справ, що виникають при вирішенні спорів у сфері земельних правовідносин. Однак на практиці часто виникають проблеми з визначенням підвідомчості земельних спорів і розмежуванням компетенції органів, які уповноважені їх вирішувати.

Відносини у сфері розв'язання земельних спорів як різновиду земельно-процесуальних правовідносин були предметом дослідження М.І. Краснова, О.І.Іконичкої, Д.В.Ковальського. Проблема застосування судами законодавства при вирішенні земельних спорів присвячені наукові праці та окремі публікації Ю.Г.Жарикова, А.П.Гетьмана, О.О. Погрібного, Н.Кузнецової, А.Осетинського, М.Стахурського, В.Тракала, М.М.Голишева. На монографічному рівні глибоко проаналізувала особливості земельних спорів Л.В.Лейба. Спеціальне дослідження вирішення земельних спорів у порядку адміністративного судочинства провів О.В.Ільницький. Проте на законодавчому рівні проблеми підвідомчості земельних спорів не усунуті й продовжується пошук оптимальних шляхів їх вирішення, що і зумовлює актуальність даного дослідження.

У земельно-правовій літературі немає єдності щодо визначення поняття земельного спору. Найчастіше земельний спір розглядають як: 1) особливий вид правовідносин по вирішенню розбіжностей, пов'язаних із порушенням права землекористування; 2) розбіжність (конфлікт) між зацікавленими сторонами з приводу належності земельної ділянки; 3) обговорення і доказування своїх прав на землю з додержанням встановленої процесуальної процедури і рівності перед законом усіх учасників земельних відносин; 4) спори, що виникають між власниками землі та землекористувачами з приводу володіння, користування та розпорядження земельною ділянкою. Детальний аналіз цих та деяких інших правових позицій стосовно поняття та змісту земельного спору проведений Л.В.Лейбою [1, с.30-31], та Д.В.Ковальським [2, с.119-120].



Враховуючи ці напрацювання та загальну дефініцію правового спору, запропоновану О.В.Ільницьким [3, с.56], можна сформулювати *спеціальне визначення земельного спору як різновиду правовідношення, у якому об'єктивується юридичний конфлікт між суб'єктами земельних відносин стосовно володіння, користування і розпорядження земельними ділянками та реалізації інших прав на землю, який виникає через протилежне розуміння ними своїх прав та обов'язків, що полягає у правомірній поведінці сторін спору щодо захисту від земельно-правових вимог протилежної сторони у певній процесуальній формі.*

Земельні спори вирішуються судами, органами місцевого самоврядування та органами виконавчої влади з питань земельних ресурсів. Земельний кодекс України у ст.158 встановлює наступні правила підвідомчості земельних спорів:

- *виключно судом* вирішуються земельні спори з приводу володіння, користування і розпорядження земельними ділянками, що перебувають у власності громадян і юридичних осіб, а також спори щодо розмежування територій сіл, селищ, міст, районів та областей;

- *органи місцевого самоврядування* вирішують земельні спори у межах населених пунктів щодо меж земельних ділянок, що перебувають у власності і користування громадян, та додержання громадянами правил добросусідства (глава 17 ЗКУ), а також спори щодо розмежування меж районів у містах;

- *органи виконавчої влади з питань земельних ресурсів* вирішують земельні спори щодо меж земельних ділянок за межами населених пунктів, розташування обмежень у використанні земель (глава 18 ЗКУ) та земельних сервітутів (глава 16 ЗКУ).

У разі незгоди власників землі або землекористувачів з рішенням органів місцевого самоврядування, органу виконавчої влади з питань земельних ресурсів спір вирішується судом. Це положення засвідчує домінуюче місце суду у системі органів, уповноважених вирішувати земельні спори. Іншими словами, будь-яке рішення органу місцевого самоврядування чи органу виконавчої влади з питань земельних ресурсів не є остаточним і може бути переглянуте в суді.

У кожній зі статей 8-12 ЗКУ, якими визначено *компетенцію органів місцевого самоврядування в галузі земельних відносин*, передбачено їх повноваження по вирішенню земельних спорів. Проте, якщо ст. 33 Закону України “Про місцеве самоврядування” відносить вирішення земельних спорів до компетенції виконавчих органів сільських, селищних і міських рад, то можливість вирішення земельних спорів обласними, Київською та Севастопольською міськими і районними радами цим спеціальним законом взагалі не передбачена. Необхідно, насамперед, узгодити Закон України “Про місцеве самоврядування” із ЗКУ і визначити процесуальну форму, в якій ради можуть здійснювати юрисдикційну діяльність. На практиці вирішення земельних спорів здійснюється спеціальними комісіями відповідних рад.

У земельно-правовій літературі звертається увага на невизначення компетенції з вирішення земельних спорів районними та обласними радами. Припускається, що органи виконавчої влади з питань земельних ресурсів вирішують земельні спори щодо меж земельних ділянок державної власності, що знаходяться за межами населених пунктів, а обласні та районні ради вправі вирішува-

ти аналогічні межові спори стосовно земельних ділянок комунальної власності [4,с.288].

Однак визначена у ч.3 ст.158 ЗКУ підвідомчість земельних спорів органам місцевого самоврядування за територіально-адміністративною ознакою (у межах населених пунктів), предмет спору (межові спори і спори з приводу добросусідства) а також порядок їх вирішення (на засіданнях спеціальної земельної комісії, представники якої виїждять на місце міжсусідського конфлікту) дозволяють дійти висновку про недоцільність підвідомчості земельних спорів районним і обласним радам, повноваження на розгляд яких передбачені статтями 8 і 10 ЗКУ.

*Органами виконавчої влади з питань земельних ресурсів є* Державне агентство земельних ресурсів України та його територіальні відділення на місцях. Проте у ст. 15 ЗКУ конкретно не віднесено вирішення земельних спорів до повноважень Держагентства, хоча перелік повноважень не є вичерпним. У п.34 Положення про Державне агентство земельних ресурсів України, затвердженого Указом Президента України від 8 квітня 2011 року, передбачено право Держагентства уживати в установленому порядку заходів досудового врегулювання спорів.

О.В.Ільницький вважає позасудовий порядок вирішення земельних спорів правовою формою управління земельним фондом, яка є позитивним моментом у частині зрівноваження та розвантаження органів судової влади. Але така форма, на його думку, є недосконалою та щодо окремих моментів суперечливою, що робить її застосування небажаним для зацікавлених суб'єктів – учасників спірних матеріальних правовідносин [ 5, с.8].

На думку ж А.М. Мірошниченка, норми ст.158 Земельного кодексу України, які дозволяють вирішувати земельні спори іншим органам, крім суду ( а відповідно і ст.159-161 ЗКУ, які регламентують різні аспекти вирішення спорів цими органами) є декларативними і не мають практичного застосування. Практично всі спори, вирішення яких віднесено до компетенції органів місцевого самоврядування та органів земельних ресурсів підпадають під категорію спорів, вирішення яких віднесено до виключної компетенції суду – спорів щодо володіння, користування та розпорядження земельними ділянками [6, с.356]. Статтею 55 Конституції України визначено, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Відповідно до ст. 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі.

У офіційному тлумаченні Конституційним Судом ст.124 Конституції України зазначено, що право особи ( громадянина України, іноземця, особи без громадянства, юридичної особи ) на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежене законом, іншими нормативно-правовими актами. Встановлення законом або договором досудового врегулювання спору за волевиявленням суб'єктів правовідносин не є обмеженням юрисдикції судів і права на судовий захист.

Таким чином, навіть при наявності можливостей звернутись за вирішенням спору до органу місцевого самоврядування чи органу виконавчої влади з питань

земельних ресурсів, особа не може бути обмежена у своєму праві звертатись безпосередньо до суду.

Відповідно до ст. 125 Конституції України система судів загальної юрисдикції в Україні будується за принципами територіальності та спеціалізації. Земельні спори розглядаються в порядку цивільного, господарського та адміністративного судочинства.

Процесуальний порядок вирішення спорів у порядку *цивільного судочинства* визначається Цивільним процесуальним кодексом України. На деякі особливості його застосування звертається увага у Постанові Пленуму Верховного Суду України від 16.04.2004 р. №7 « Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ».

Земельні спори громадян з органами державної влади та органами місцевого самоврядування з питань надання земельної ділянки для ведення фермерського господарства, а також спори з майнових питань, пов'язаних із земельними відносинами, за участю громадян, що є членами фермерського господарства, їхніх спадкоємців тощо розглядаються за правилами цивільного судочинства.

Оскільки фермерські господарства є юридичними особами, їхні земельні спори з іншими юридичними особами, у тому числі про надання чи продаж із земель державної або комунальної власності земельної ділянки для розширення господарства, підвідомчі господарським судам.

Згідно зі ст.118 ЗКУ питання про безоплатну приватизацію земельних ділянок для ведення фермерського господарства в межах норм безоплатної приватизації вирішується органами державної виконавчої влади чи органами місцевого самоврядування. У судовому порядку це питання вирішується в разі відмови зазначених органів у передачі земельної ділянки у власність для цієї мети у бажаному розмірі чи місці або в разі нерозгляду ними заяви.

Заступник Голови Вищого господарського суду України А.Осетинський відзначає конкуренцію спеціалізованих судових юрисдикцій, основною формою якої є «розвиток різнобічної судової практики адміністративних та господарських судів у подібних за контекстом обставин справах, зокрема, у земельних спорах, що унеможлиблює усталеність правоположень та належну реалізацію принципу правової визначеності» [7, с.48]. Справді, найскладніше розмежовувати і визначати підсудність земельного спору, однією стороною якого є юридична особа, а іншою – орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхні посадові і службові особи, інші суб'єкти при здійсненні ними владних управлінських функцій.

1) Спори, що розглядаються в *порядку адміністративного судочинства*, вирішуються відповідно до КАС України.

Адміністративним судам підвідомчі справи у спорах, що виникають з публічно-правових відносин, у яких держава та територіальні громади через свої органи беруть участь з метою реалізації владних повноважень, а також справи, пов'язані з оскарженням правових актів, спрямованих на здійснення повноважень управління у земельних відносинах.

Відповідно до ст.16 Закону України « Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у при-

ватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» орган виконавчої влади чи орган місцевого самоврядування, що прийняв рішення про відчуження земельної ділянки, у разі недосягнення згоди з власником земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, щодо їх викупу для суспільних потреб звертається до адміністративного суду із позовом про примусове відчуження зазначених об'єктів.

На практиці не вважаються адміністративними спори, що виникають з приводу договорів оренди земельних ділянок державної власності, оскільки у відносинах, що випливають зі змісту відповідного договору відсутні відносини влади і підпорядкування, а кожний суб'єкт такого договору виступає як рівний один до одного ( ухвала Вишого адміністративного суду України від 14.02.2007 р. ).

Земельні спори розглядаються також в порядку *господарського судочинства*. Відповідно до ч.1 ст.1 Господарського процесуального кодексу України підприємства, установи, організації, інші юридичні особи ( у тому числі іноземні ), громадяни, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності, мають право звернутися до господарського суду згідно зі встановленою підвідомчістю господарських справ за захистом своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів.

Насамперед, господарським судам підвідомчі спори, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів та з інших підстав ( ст.12 ГПК України ). Це, зокрема, спори, пов'язані з укладенням, виконанням та припиненням договору оренди земельних ділянок, спори про захист права власності та користування земельними ділянками тощо. Особливості вирішення таких спорів розглядаються у Постанові пленуму Вишого господарського суду України від 17.05.2011 р. « Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин ».

Відповідно до п.1.3. цієї Постанови у порядку господарського судочинства вирішенню підлягають, зокрема, спори про встановлення, зміну та припинення земельного сервітуту. Це положення відповідає ч.1 ст. 100 ЗКУ, згідно з якою однією з підстав встановлення земельного сервітуту є рішення суду. Однак воно суперечить ч.4 ст. 158 ЗКУ, яка відносить вирішення земельних спорів щодо земельного сервітуту до компетенції органів виконавчої влади з питань земельних ресурсів. Видається логічним виключення спірного положення із коментованої статті, оскільки земельні сервітути можуть бути розташовані на землях всіх форм власності як в межах, так і поза межами населених пунктів.

Якщо одним з учасників земельного спору є іноземний суб'єкт права або підприємство, що належить іноземним інвесторам, міжнародним організаціям та об'єднанням, такий спір може розглядатися господарським судом при наявності договору між сторонами про його розгляд у господарському суді. Це пов'язано з особливостями юрисдикційного статусу іноземних підприємств та допустимістю застосування до них процесуальних норм національного законодавства.

Господарським судам підвідомчі лише справи у спорах, що виникають із земельних відносин приватноправового характеру, тобто з відносин, врегульованих нормами цивільного або господарського права і пов'язаних із здійсненням сторонами цивільних або інших майнових прав на земельні ділянки на засадах рівності.

Справи у спорах за участю державних органів та органів місцевого самоврядування, що виникають з правовідносин, у яких державні органи та органи місцевого самоврядування реалізують повноваження власника землі, а також в інших спорах, які виникають із земельних відносин приватноправового характеру, за відповідності складу сторін спору ст.1 ГПК України, підвідомчі господарським судам. Постановою пленуму Вищого господарського суду України від 24.10.2011 р. № 10 «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам» уточнено, що *підвідомчість* – це визначена законом сукупність повноважень господарських судів щодо розгляду справ, віднесених до їх компетенції, а *підсудність* визначається колом справ у спорах, вирішення яких віднесено до підвідомчості певного господарського суду.

Господарські суди на загальних підставах вирішують усі спори між суб'єктами господарської діяльності, а також спори, пов'язані з приватизацією державного та комунального майна, в тому числі спори про визнання недійсними відповідних актів органів місцевого самоврядування та органів приватизації, а також спори зі справ, що виникають з корпоративних відносин. З огляду на приписи ч.2 ст.1 та ст.1 ГПК зазначені справи підвідомчі господарським судам і в тому разі, якщо сторонами в судовому процесі виступають фізичні особи, що не є суб'єктами підприємницької діяльності. Однак таке положення є винятком із правил підвідомчості спорів господарським судам.

Таким чином, за загальним правилом розмежування компетенції судів з розгляду земельних та пов'язаних із земельними відносинами майнових спорів відбувається *залежно від суб'єктного складу їх учасників*. Ті земельні спори, сторонами яких є юридичні особи, а також громадяни, що здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статус суб'єкта підприємницької діяльності, розглядаються господарськими судами, а всі інші – в порядку цивільного судочинства, крім спорів, зокрема, щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень при реалізації ними управлінських функцій у сфері земельних правовідносин, вирішення яких віднесено до компетенції адміністративних судів.

Втім, варто погодитися з А.Осетинським, який вважає, що питання розмежування підвідомчості не може бути вирішене лише за допомогою рекомендаційних роз'яснень вищих судів, оскільки обсяг питань, які необхідно врегулювати та форма такого врегулювання, очевидно, нагадувала би нормативний акт [7, с.47].

Альтернативною формою вирішення земельних спорів був їх розгляд третейськими судами. Третейські суди можуть розглядати будь-які справи, що виникають із цивільних та господарських відносин. Ст.6 Закону України «Про третейські суди», яка містить перелік тих категорій справ, які не можуть вирішуватися цими судами, у 2009 році була доповнена положенням про те, що

третейські суди не мають права розглядати справи у спорах щодо нерухомого майна, включаючи земельні ділянки.

Відповідно до ст.64 ЗК Російської Федерації земельні спори розглядаються в судовому порядку, а до прийняття справи до провадження судом земельний спір може бути переданий сторонами на вирішення в третейський суд. Таким чином, російський законодавець повністю відмовився від адміністративного порядку вирішення земельних спорів, який був домінуючим у СРСР. Помітно, що й в Україні сфера позасудового вирішення земельних спорів поступово звужується. Крім того, нещодавно законодавець скоротив з місячного терміну на тижневий строк час розгляду земельних спорів органами місцевого самоврядування і органами виконавчої влади з питань земельних ресурсів.

Вартою уваги є практика вирішення земельних спорів спеціалізованими земельними судами, або спеціалізованими відділеннями (комісіями) судів у Німеччині, Швеції, Польщі чи залучення відповідних експертів, фахівців із земельних питань і включення їх до складу суду при вирішенні певних категорій земельних спорів. Перспективним напрямком вдосконалення національного законодавства стосовно вирішення земельних спорів є запровадження в судовій системі України спеціалізованих земельних судів, діяльність яких сприятиме більш фаховому й оперативному розгляду цієї складної і чисельної категорії справ.

1. *Лейба Л.В. Земельні спори та порядок їх вирішення / За ред. проф. М.В.Шульги: Монографія. – Х.: Право, 2007. – 160 с.*
2. *Ковальський Д.В. Земельно-процесуальні правовідносини : монографія / Д.В.Ковальський. К.: Юрінком Інтер, 2009. – 176с.*
3. *Гльницький О.В. Земельні спори та порядок їх вирішення в Україні: адміністративно-правовий підхід: Монографія / О.В.Гльницький – Львів – 2011. – 338 с.*
4. *Земельне право України: Підручник / За ред. О.О.Погрібного та І.І.Каракаша. – Вид. 2, перероб. і доп. – К.: Істина, 2009. – 600 с.*
5. *Гльницький О.В. Вирішення земельних спорів як одна з форм управління органів держави земельним фондом України / Митна справа. Частина 2. – 2009.- №1 (61). – С.7-11.*
6. *Мірошниченко А.М., Марусенко Р.І. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України. – К.: Правова єдність, 2009. – 496 с.*
7. *Осетинський А. Юрисдикція судів з розгляду земельних спорів: розмежування чи конкуренція? //Право України. – 2009. - № 9. С.45-48.*

**Ващишин М.Я. Розмежування компетенції органів, що вирішують земельні спори.**

У статті проаналізовано колізійні норми чинного законодавства, якими визначено правила підвідомчості земельних спорів судам (в порядку цивільного, господарського та адміністративного судочинства) та органам місцевого самоврядування і органам виконавчої влади з питань земельних ресурсів, а також узагальнення судової практики в цій сфері.

**Ключові слова:** земельний спір, підвідомчість, підсудність, компетенція.

**Ващишин М.Я. Разграничение компетенции органов, которые решают земельные споры.**

В статье проанализированы коллизийные нормы действующего законодательства, которыми определены правила подведомственности земельных споров судам (в порядке

гражданского, хозяйственного и административного судопроизводства) и органам местного самоуправления и органам исполнительной власти по вопросам земельных ресурсов, а также обобщение судебной практики в этой сфере.

**Ключевые слова:** земельный спор, подведомственность, подсудность, компетенция.

*M.Y.Vaschyshyn. Separating the competence of that resolve land disputes.*

The article analyzes the choice of law rules applicable law, establishing rules of jurisdiction over land disputes to the courts (in civil, commercial and administrative proceedings) and local authorities and executive authorities for land resources, and generalization of judicial practice in this area.

**Key words:** land dispute, jurisdiction, venue, jurisdiction.

**Гвоздик П.О.**

## **КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПІДХОДИ ЩОДО ПІДГОТОВКИ ЕКОЛОГІЧНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ**

УДК 349.6

В останні роки посилюється увага щодо опрацювання Екологічного кодексу України. У системі джерел екологічного права він має стати головним системоутворюючим законодавчим актом. В юридичній літературі вже зроблені спроби опрацювати різні варіанти моделі цього кодексу. Проте існують досить полярні підходи до вирішення цього питання. Так, одні дослідники вважають, що Екологічний кодекс має охоплювати увесь комплекс питань, пов'язаних з охороною навколишнього природного середовища, включаючи правовий режим охорони та використання природних ресурсів (цю позицію підтримує, зокрема, В.В.Костицький у своїй роботі Екологія перехідного періоду: право, держава, економіка, інші додержуються того погляду, що Кодекс повинен зосередитися на ключових проблемах охорони довкілля, забезпечення екологічної безпеки й не заглиблюватися у регламентацію питань охорони та використання природних ресурсів. Наявність різних поглядів на те, яким бути Екологічному кодексу України призводить до того, що опрацювання проекту цього законодавчого акту надто уповільнена. Про це, зокрема, свідчить те, що розробка зазначеного кодексу, як перспективного напрямку систематизації екологічного законодавства була передбачена ще Основними напрямами державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки, затверджених Постановою Верховної Ради України від 5 березня 1998 року №188.[1]. Майже через п'ять років Верховна Рада України мусила повернутися до питання про розробку цього кодексу й у Рекомендаціях парламентських слухань щодо дотримання вимог природоохоронного законодавства в Україні (схвалені Постановою Верховної Ради України від 20 лютого 2003 р. №565 [2]) ще раз наголосити про необхідність розробки Екологічного кодексу України. Натомість пройшло більш як два роки і знов питання про розробку Екологічного кодексу ставиться на порядок денний уже у Концепції національної екологічної політики України на період до 2020 року, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17.10.2007 р. №880-р [3].

Отже, утворилася ситуація, яка свідчить про те, що, з одного боку, є розуміння необхідності розробки Екологічного кодексу України й бажання це зробити, а, із другого, - є обставини, які гальмують вирішення цього питання.

Практична потреба у Екологічному кодексі України обумовлена необхідністю систематизації численних нормативно-правових актів у галузі охорони довкілля, екологічної безпеки, природокористування, що накопичилися з початку 1991 року. Виникає питання: а чому для цих цілей не використати чинний Закон України “Про охорону навколишнього природного середовища”, виклавши його у новій редакції, врахувавши при цьому усі прогалини у екологічному законодавстві, колізії у правовому регулюванні, застарілі норми з охорони довкілля. Неприйняття цього варіанту обумовлена тим, що серед законодавчих актів саме кодекси розглядаються як “оптимальний варіант узагальнення і систематизації законодавства за певним напрямом, дієвий засіб ліквідації множинності актів з одного і того ж питання” [4]. На відміну від інших законодавчих актів, що мають кодифікаційний характер, включаючи закони, кодекси дозволяють детально й конкретно врегулювати усі аспекти правовідносин, що виникають у певній сфері суспільного життя, становлять у системі законодавства те, що визначається як стрижень системи.

Формат закону у якості кодифікаційного акту явно замалий для даної комплексної галузі законодавства, яка включає до себе й інші галузі законодавства – земельне, гірниче, водне, лісове, фауністичне і атмосфероохоронне. Вони у системі екологічного законодавства по суті є його підгалузями, забезпечують врегулювання відносин, пов’язаних із використанням та охороною окремих природних ресурсів. Особливості цих відносин зумовили формування величезних масивів правових норм, диференційованих за природоресурсною належністю у різного роду законодавчих актах, у тому числі кодифікаційного характеру, серед яких домінують кодекси. Цей напрямок розвитку законодавства ще далеко не вичерпав себе. Про це свідчить, зокрема, те, що основні природоресурсні кодифікаційні акти поступово обростають навколо себе спеціалізованими законами. Тобто розвиток природоресурсного законодавства здійснюється “у ширину”, а не “у глибину”. Наприклад, гірничі відносини на даний час регулюються окрім Кодексу України про надра також Гірничим Законом України, законами України “Про державну геологічну службу України”, “Про концесії”, “Про угоди про розподіл продукції”, “Про нафту і газ”, “Про рентні платежі за нафту, природний газ і газовий конденсат”, “Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними”, “Про видобування та переробку уранових руд”. Аналогічна ситуація має місце і в інших галузях природоресурсного законодавства. Усе це дозволяє зробити висновок, що у найближчій перспективі слід чекати нового витку кодифікаційного упорядкування природоресурсного законодавства.

У цьому процесі не може стояти осторонь розробка Екологічного кодексу України. Він не повинен убирати в себе усе розгалужене природоресурсне законодавство, яке має зберігати свою диференційованість, а, натомість, мусить суттєво посилити роль головного для екологічній галузі законодавчого акту у визначенні принципів охорони і використання природних ресурсів.



Іншими словами, при опрацюванні Екологічного кодексу України має бути забезпечений уніфікований, інтегрований підхід до визначення правових засад права власності на природні ресурси та права природокористування. На сьогодні, наприклад, відсутнє належне інтегроване регулювання питань права власності на природні ресурси. Зокрема, конституційні положення з відповідного питання сформульовані з позиції права власності Українського народу на природні ресурси й мають, насамперед, політико-юридичний характер, або ж торкають окремих аспектів реалізації цього права, у тому числі, із точки зору, не заподіяння шкоди довкіллю. Не може бути прикладом у вирішенні цього питання Закон України “Про охорону навколишнього природного середовища”, оскільки відверто ігнорує сучасний підхід, включаючи конституційний, до визначення правових засад права власності на природні ресурси, залишається у цьому питанні на позиціях початку 90-х років минулого сторіччя (до прийняття чинної Конституції України). У природоресурсних законодавчих актах (кодексах, законах), котрі приймалися у різні часи й знаходяться на різних стадіях оновлення, вирішення цього питання теж не отримало єдиного підходу. Зорієнтуватися у цьому масиві правових норм із права власності на природні ресурси, що розпоршені та не узгоджені, важко навіть правознавцям, не кажучи вже про пересічних громадян. У майбутньому Екологічному кодексі України мають бути відтворені положення Конституції України з права власності Українського народу на природні ресурси, визначені суб’єкти, об’єкти та форми цього права, розмежовано право державної та комунальної власності на природні ресурси, визначено умови набуття права приватної власності на природні ресурси.

В Екологічному кодексі України слід установити й правові засади організації та здійснення природокористування в Україні. Важливим завданням тут є визначення, окрім принципів природокористування, підстав виникнення права на користування природними ресурсами також основних параметрів існуючої моделі поділу права природокористування на загальне і спеціальне. Проблемою сьогодні тут є те, що ця модель, започаткована у 1991 році Законом України “Про охорону навколишнього природного середовища” (ст. 38), не спрацьовує при врегулюванні природокористування окремими базовими природоресурсними кодексами (законами). Тому не передбачає поділу на загальне й спеціальне природокористування земельне, гірниче законодавство та законодавство про атмосферне повітря. Об’єктивних підстав для цього нема. Є лише невдала законодавча конструкція формулювання та розмежування права загального та права спеціального природокористування у зазначеному законі, яке до того ж було зроблено без прив’язки до відповідних природних об’єктів. У чинному визначенні права спеціального природокористування слід, зокрема, врахувати, що чинне законодавство не розглядає спеціальні дозволи як обов’язковий атрибут спеціального природокористування, важливими ознаками якого є наявність право установчих документів (державних актів, що підтверджують право власності та право постійного користування природними ресурсами, договорів оренди природних ресурсів тощо), цільове використання природних ресурсів, додержання інших особливих умов використання природних ресурсів. Спеціальні дозволи – це важливий елемент організації та здійснення спеціального природо-

користування, проте, є лише одним із документів, котрі породжують таке правє й застосовуються лише у випадках, які спеціально визначені у законодавстві. Наприклад, за ст. 10 Закону України “Про рослинний світ” від 09.04.1999 р.[5] спеціальне використання природних ресурсів здійснюється фізичними і юридичними особами за дозволами, однак, останні не потрібні, якщо використання природних рослинних ресурсів здійснюється власниками, користувачами земельних ділянок, наданих для цільового використання, на яких розташовані об’єкти рослинного світу.

Враховуючи усе зазначене, є сенс запропонувати включити до майбутнього Екологічного кодексу України самостійних розділ “Право на природні ресурси”, який має складатися з двох глав “Право власності на природні ресурси” та “Право природокористування”.

Починатися ж Екологічний кодекс повинен із розділу “Загальні засади”, у якому мають бути визначені сфера застосування цього кодексу, система законодавства, що регулює екологічні відносини, основні екологічні принципи, суб’єкти та об’єкти правовідносин у галузі охорони довкілля, екологічної безпеки та природокористування, основні складові державної системи охорони довкілля.

Ключовим підрозділом Екологічного кодексу України має стати розділ “Екологічні права та обов’язки фізичних осіб в Україні”. Необхідність у ньому зумовлюється тим, що у випадку, коли правам та обов’язкам у галузі охорони довкілля, екологічної безпеки, природокористування не приділяється належної уваги, то вони лишаються лише символами. Важливо також щоб цей розділ передував іншим розділам, що визначатимуть повноваження органів державної влади та органів місцевого самоврядування у цій сфері, основні вимоги й положення щодо організації та здійснення заходів з охорони, раціонального використання природних ресурсів, запобігання негативних техногенних впливів на довкілля тощо. Це дозволить зв’язати з екологічними правами *(під ними розуміються закріплені в законі і гарантовані правом сукупність юридичних можливостей та засобів, які дають змогу задовольняти потреби та інтереси громадян у галузі охорони навколишнього природного середовища, використання природних ресурсів і забезпечення екологічної безпеки)*[6] та екологічними обов’язками (являють собою встановлену у законодавстві або договорі міри належної, суспільно необхідної поведінки, яка спирається на можливість державного примусу)[7] усі інші частини кодексу. Тобто вони стануть вихідними елементами для формування значної частини положень основного кодифікаційного акту у даній сфері. Оскільки система норм, присвячених екологічним правам та обов’язкам, визначатиме еколого-правовий статус фізичних осіб, то мусить ретельно їх відображати. Зокрема, цей розділ має закріплювати: право на безпечне довкілля, яке після громадянських, політичних, економічних та соціальних, є “четвертою генерацією” прав людини [8]; право на екологічну інформацію (має гарантувати відповідно до ст. 50 Конституції України вільний доступ до інформації про стан довкілля, про якість продуктів і предметів побуту, право на її поширення); право на вільний доступ до правосуддя, заходи щодо забезпечення якого мають здійснюватися Україною відповідно до Конвенції про доступ до інформації, участь

громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля, ратифіковану Законом України № 832- XIV від 06.07.1999 р.; право на відшкодування шкоди завданої порушенням права безпечно довкілля, яке гарантується Конституцією України (ст. 50); право на участь у прийнятті рішень із питань охорони довкілля, екологічної безпеки, природокористування, що має гарантувати участь громадськості у проведенні громадської екологічної експертизи та публічних слуханнях із приводу запланованих проектів діяльності, що є небезпечною для довкілля, обговоренні проектів нормативно-правових актів екологічної спрямованості; право на вільний доступ до природних благ, яке має гарантувати населенню і кожній фізичній особі окремо можливість сталого користування традиційними місцями відпочинку, реалізації своєї потреби у спілкуванні з природою; право на екологічну освіту, право на формування громадських екологічних об'єднань та ін.

При визначенні у Екологічному кодексі України системи екологічних обов'язків слід урахувати як ті, що прямо передбачені Конституцією України або можуть трансформуватися у сферу екологічного права, так і ті, що містяться у актах екологічного законодавства й підтвердили свою доцільність. З огляду на зазначене до цієї системи слід включити: обов'язок додержуватися Конституції та законів України з питань охорони довкілля; обов'язок не посягати на екологічні права інших людей, не перешкоджати їм у користуванні природними благами; обов'язок не заподіювати шкоди довкіллю; обов'язок сплачувати екологічні податки і збори; обов'язок здійснювати заходи щодо охорони довкілля, раціонального використання природних ресурсів тощо.

В Екологічному кодексі України також мають бути розділи, що визначають:

- засади організації охорони довкілля на загальнодержавному та місцевому рівнях. У відповідних главах цього розділу мають: встановлюватися система органів, що чинить регулюючий та управлінський вплив на визначення й реалізацію екологічної політики в країні у цілому та в окремих регіонах; передбачатися основні форми організації раціонального природокористування, збереження біологічного різноманіття, охорони довкілля від небезпечних антропогенних впливів тощо - розробка й реалізація екологічних програм, а також організація та здійснення моніторингу довкілля, екологічного зонування територій й відповідно до нього планування використання територій, обліку та інформування у даній сфері, фінансування заходів з охорони довкілля, раціонального природокористування, екологічної безпеки, екологічного контролю, екологічного нормування тощо;

- засади екологічної безпеки в Україні. У цьому розділі в окремих главах мають визначатися основні, принципові положення щодо забезпечення екологічної безпеки в секторах економіки, що є епіцентрами виникнення екологічних проблем, - в енергетиці, будівництві, сільському господарстві, промисловості тощо;

- участь України у міжнародному співробітництві в галузі охорони довкілля. Тут варто відповідно до Конституції України (статті 9, 18) висвітлити питання застосування міжнародних договорів України, загальноновизначених принципів і норм міжнародного права у даній сфері при здійсненні зовнішньополітичної

діяльності України. Важливо також визначити форми імплементації норм міжнародного права у національне екологічне законодавство України;

- заходи реагування на порушення законодавства в галузі охорони довкілля. Має бути визначена уся система заходів адміністративного, кримінально-правового, цивільно-правового, дисциплінарного, фінансового впливу щодо осіб, винних у порушенні еколого-правових вимог.

При опрацюванні Екологічного кодексу України може виникнути питання про долю окремих чинних законодавчих актів – чи лишати їх у якості самостійних, чи вони мають увійти до складу цього кодексу. Очевидно, що у цьому питанні не може бути механічного підходу, за яким усі спеціальні закони екологічної спрямованості будуть автоматично включатися до кодексу (Зокрема, закони України “Про екологічний аудит”, “Про екологічну експертизу”, “Про екологічну мережу України”, “Про Червону книгу України” та інші). Слід ураховувати, що доля багатьох законів має вирішуватися при здійсненні кодифікаційних заходів в окремих сферах природоресурсного законодавства. Наприклад, Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. передбачає з метою забезпечення реалізації своїх положень розробку й прийняття великої кількості нових законів. Ця законотворча робота по суті закладає підвалини для подальшої кодифікації земельного законодавства, але вже на основі Кодексу законів про землю, ідея й концептуальні засади якого всебічно обґрунтовуються в юридичній літературі [9]. Цей кодекс, зокрема, міг би включити до себе усі напрацьовані на даний час закони з земельних питань (закони України “Про землеустрій”, “Про оцінку земель”, “Про охорону земель” та ін.).

Важливо також забезпечити публічність у розробці Екологічного кодексу України. Його концепція має пройти громадське обговорення з метою визначення оптимального варіанта головного кодифікаційного акту екологічного законодавства.

1. *Постанова Верховної Ради України «Про основними напрямками державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки» від 5 березня 1998 року №188 // Відомості Верховної Ради України. - 1998. - N 38-39. - Ст.248*
2. *Рекомендації парламентських слухань щодо дотримання вимог природоохоронного законодавства в Україні // Відомості Верховної Ради України. - 2003. - N 25. - Ст.182*
3. *Концепція національної екологічної політики України на період до 2020 року // Офіційний вісник України. – 2007. - № 79. – Ст. 2961*
4. *Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред.. О.В.Зайчука, Н.М.Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. –413 С.*
5. *Закон України “Про рослинний світ”// Відомості Верховної Ради України. - 1999. - N 22-23. - Ст.198*
6. *Екологічне право України. Академічний курс: Підручник. – Друге видання / За заг.ред.. Ю.С.Шемишуненка. К., 2008.- 438 С.*
7. *Екологічне право України. Підручник. / За ред..проф.. А.П.Гетьмана, М.В.Шульги. – Х.: 2005. – 370 С.*

8. *Срофеев М.І. Концепція Екологічної Конституції Землі. / Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ. Науково-теоретичний журнал. – 2007. – № 4. – С.84*
9. *Андрейцев В.І. Концептуальні засади реформування земельних правовідносин в Україні / Державно- правова реформа в Україні. Матеріали науково-практичної конференції. – К.: 1997. – С.36-40; Андрейцев В.І. Проблеми кодифікації земельного законодавства (концептуальні підходи щодо підготовки проекту Кодексу законів України про землю) / Систематизація законодавства в Україні: Проблеми теорії і практики. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. – К.:1999. – С.64-71.*

***Гвоздик П.О. Концептуальні підходи щодо підготовки Екологічного кодексу України***

У статті здійснено аналіз сучасного стану правового регулювання комплексу питань пов'язаних з охороною навколишнього природного середовища в тому числі й правового режиму охорони та використання природних ресурсів. На підставі аналізу обґрунтовується необхідність розробки Екологічного кодексу України.

**Ключові слова:** навколишнє природне середовище, режим охорони та використання природних ресурсів, Екологічний кодекс України.

***Гвоздик П.А. Концептуальные подходы к подготовке Экологического кодекса Украины***

В статье осуществлен анализ современного состояния правового регулирования комплекса вопросов связанных с охраной окружающей природной среды в том числе правового режима охраны и использования природных ресурсов. На основе анализа обосновывается необходимость разработки Экологического кодекса Украины.

**Ключевые слова:** окружающая природная среда, режим охраны и использования природных ресурсов, Экологический кодекс Украины.

***Gvozdyk P.O. Conceptual approaches for the preparation of the Environmental Code of Ukraine***

In the article the analysis of the modern state of the legal adjusting of complex of questions related to the protection of the natural environment including legal regime of the protection and use of natural resources is carried out. On the basis of analysis the necessity of development of the Ecological Code of Ukraine is grounded.

**Key words:** natural environment, regime of the protection and use of natural resources, Ecological Code of Ukraine.

# ПИТАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА ТА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Білієнко Г.Г.

## ПРАВОВІ ПІДСТАВИ ВПРОВАДЖЕННЯ НЕНОРМОВАНОГО РОБОЧОГО ЧАСУ

УДК 349.2

Характерною ознакою трудових відносин є те, що інтереси роботодавця не завжди збігаються з інтересами працівника, а регламентація режиму робочого часу на підприємствах, в організаціях і установах нерідко обумовлена довільною ініціативою роботодавця і диктується об'єктивними причинами, пов'язаними з потребами виробництва.

Роз'яснення правового значення терміна «виробнича необхідність» відсутнє у сучасній науковій літературі, у трудовому праві немає навіть родового терміна (у широкому загальному трудо-правовому змісті), що визначає поняття і модель поведінки сторін трудових відносин при виникненні специфічних обставин, які називаються виробничою необхідністю і пов'язане із цим використання ненормованого робочого часу.

Отже **актуально** для науки трудового права є спроба в цій статті дати визначення поняття трудо-правової категорії «виробнича необхідність» у контексті її впливу на використання ненормованого робочого часу.

Методологічні, методичні та прикладні питання багатопланової проблеми регулювання робочого часу завжди були предметом наукових досліджень. Різні аспекти цієї проблеми за умов реформування економіки досліджували В. В. Архипов, С. Ю. Головіна, А. М. Курінний та інші. У працях цих вчених досліджуються зміни в системі розподільних відносин, констатуються негативні процеси у соціально-трудої сфері, розглядаються окремі аспекти визначення поняття «виробнича необхідність». Проте проблема підстав застосування ненормованого робочого часу в сучасній науковій літературі не досліджена, що є суттєвою прогалиною у вітчизняному трудовому праві.

Таким чином, метою цієї статті є визначення поняття «виробнича необхідність» як підстава для впровадження режиму ненормованого робочого часу, обставин та меж його застосування.

У сучасній науці трудового права та в законодавстві відсутнє легальне визначення поняття «виробнича необхідність», відповідно його правову природу не можна вважати більш-менш з'ясованою і встановленою. Це поняття склалося у роки радянської влади, коли виробничою необхідністю пояснювалися різні надурочні роботи, які часто не вписувалися у рамки законодавства. Словосполучення «виробнича необхідність» у силу своєї історичної появи в трудовому законодавстві в умовах адміністративно-командної системи управління державою за своїм офіційно-діловим стилем може вважатися як канцеляризмом, так і гото-

вою правовою формулою для вираження певної екстреної ситуації, яка склалася в процесі виробничої діяльності.

Аналіз вітчизняного трудового законодавства показав, що об'єктивні потреби виробництва, які є складовою частиною більш широкого поняття «виробнича необхідність», в історії трудового права вже вирішувалися.

Так, у п. 8 ст. 61 Статуту про промислову працю 1913 року містяться ознаки, які характерні для ситуацій, що викликають «виробничу необхідність». До таких ситуацій належать пожежі, повені, вибухи парової машини і тому подібні нещасні випадки [6, с. 298].

Необхідно зазначити, що і в науковій літературі були спроби розкрити поняття «виробнича необхідність» через поняття «нещасного випадку».

Так, Л. С. Таль приводив своє розуміння нещасного випадку й можливість його тлумачення в російській правовій практиці: «Приклади, наведені в п. 8 ст. 61 – пожежа, повінь, вибух – усе це належить до стихійних проявів сил природи, які не перебувають у зв'язку з самим виробництвом. Навряд чи можна сумніватися, що законодавець мав на увазі саме такі події (*vis major*), тобто «лиха», що не виникають із неминучих недоліків виробництва або внутрішнього ладу підприємства, а заподіяні вторгненням зовнішніх стихійних сил. Наслідки ж випадкового розладу нормального плину виробництва, причини якого криються в ньому самому, у властивих підприємству небезпеках, повинен нести власник; вони входять у сферу підприємницького ризику» [11, с. 121].

Таким чином, підхід Л. С. Таля припускає суб'єктивно-об'єктивну оцінку обставин, за яких виникає «виробнича необхідність», що дозволяє визначити екстрений характер такої необхідності як юридичного факту.

У КЗпП СРСР 1918 року вперше у радянському законодавстві з'явилася норма, що вводить примусове переведення працівників на позадоговірні роботи. Таке переведення мотивувалося оцінним поняттям – «зроблено в інтересах справи», що пізніше трансформувалося у поняття «переведення з виробничої необхідності». Уперше виробнича необхідність як легальне словосполучення з'явилася саме в трудовому законодавстві Росії у 1931 році, коли проблеми воєнного комунізму були вже позаду, але зручне для влади маніпулювання здібностями до праці працівника влаштовувало адміністративно-командну систему, що набирала сили.

З 3 червня 1931 р. у ст. 5 спільної Постанови ЦВК СРСР № 8 і РНК СРСР № 371 «Про деякі зміни трудового законодавства» адміністрації будь-яких організацій надавалося право у випадку виробничої необхідності примусово переводити працівника на іншу роботу на тому ж або на іншому підприємстві або в установі в тій же місцевості на строк до одного місяця. Відповідно до зазначеної Постанови у КЗпП СРСР 1922 року була введена ст. 37.1, яка передбачала можливість тимчасового переведення працівника у випадку виробничої необхідності на іншу роботу на тому ж або на іншому підприємстві (установі) у тій же місцевості. З цього моменту дане словосполучення, зручне для адміністративного регулювання виробничо-трудовами відносинами (переведення, залучення до роботи у вихідні, святкові дні, до понаднормових робіт і т. ін.) у зв'язку зі своїм неосязним змістом міцно ввійшло в індивідуальні і нормативні акти, а з ними

й у понятійний апарат трудового права. Слід зазначити, що з цього ж часу, незважаючи на наявність у понятійному апараті трудового права словосполучення «виробнича необхідність», дотепер відсутнє офіційне, доктринальне визначення цього явища як трудо-правової категорії в родовому значенні.

Роз'яснення цього поняття у юридичних словниках і енциклопедіях – це не визначення терміна, а доктринальне його тлумачення як необхідності виконання термінових, не передбачених заздалегідь робіт, від своєчасного виконання яких залежить нормальна робота та життя. Причому це словосполучення інтерпретується тільки з погляду примусового характеру такої роботи [10, с. 33; 13, с. 353; 12, с. 236].

Сама ж проблема примусового характеру праці та можливостей її застосування з погляду «виробничої необхідності» також є дискусійною в науковій літературі.

Так В. М. Догадов, який у цілому виправдував можливості виключення із правила про свободу праці, наголошував, що «відступи від добровільності при залученні до праці повинні бути такими виключеннями, які лише підтверджують загальне правило» [5, с. 4].

Іншу точку зору на примусовий характер праці для виконання короткотривалих, невідкладних, необхідних робіт висловлював Н. Г. Александров, який ставив таку роботу в один ряд із трудовою повинністю. Визначаючи обидві категорії як особливий, екстраординарний тип трудових правовідносин, він відзначав їх аналогічні характерні ознаки [1, с. 174-175; 2, с. 51-55]. Отже, для розуміння терміна «виробнича необхідність» мають бути застосовані такі об'єктивні ознаки, як екстраординарність події, що виникла на виробництві, в соціальній або побутовій сферах та потребує невідкладних заходів для виправлення ситуації.

Водночас неможна пройти повз той факт, що нині діапазон використання цього терміну широкий, припускає його застосування в будь-якій ситуації, яка вимагає екстреної реакції на виробничу ситуацію. Це підтверджує висновки С. Ю. Головіної про вплив різних життєвих факторів на зміну термінологічного змісту навіть стійких понять (принцип взаємозалежності правової форми із правовим середовищем), що повною мірою належить до понятійного апарата трудового права [4, с. 88-90].

Можна погодитися із А. М. Курінним, який в одній із своїх статей зазначав, що роботодавець широко тлумачить поняття «виробнича необхідність» [8, с. 66-70], відповідно посилання на таку необхідність досить часто призводить до зловживань в організації виробничого процесу з боку керівництва підприємств, установ, організацій.

У цілому, застосування в законодавстві терміну «виробнича необхідність» характеризує певне становище, яке є виключенням із загального правила, викликає необхідність у залученні працівників до роботи, яка виходить за рамки стандартного режиму праці.

Такий режим праці традиційно розглядається як «ненормований», хоча у КЗпП поняття ненормований робочий час не вживається, а у науці трудового права такий час визначається як особливий режим праці, що встановлюється для окремих категорій працівників (керівників підприємств, структурних під-



розділів, юрисконсультів та ін.), коли тривалість праці не піддається точному обліку, а робота виконується понад нормальну тривалість робочого дня без додаткової оплати та компенсації відгулом, а лише наданням додаткової відпустки [8].

Єдиним документом на сьогодні, який дає визначення поняттю «ненормований робочий день» в Україні є наказ Міністерства праці та соціальної політики (надалі – Мінпраці) № 7 від 10.10.97 року «Про затвердження Рекомендацій щодо порядку надання працівникам з ненормованим робочим днем щорічної додаткової відпустки за особливий характер праці». При цьому даний наказ не зареєстрований Міністерством юстиції України і не є законодавчим актом. Пункт перший цього наказу Мінпраці визначає, що ненормований робочий день – це особливий режим робочого часу, який встановлюється для певної категорії працівників у разі неможливості нормування часу трудового процесу. У разі потреби, ця категорія працівників виконує роботу понад нормальну тривалість робочого часу (ця робота не вважається надурочною).

Безумовно, що таке визначення ненормованого робочого дня не відповідає сутності поняття «виробнича необхідності», як підстави для його застосування, оскільки фактично такий режим робочого дня не передбачає екстремальності, а є, фактично, звичайним режимом праці для певних категорій працівників.

Тому я вважаю, що встановлення режиму праці, який є наслідком екстрених подій доцільно визначати як «понаднормовий робочий день», що дасть можливість його відокремлення від інших режимів праці, зокрема від стандартизованого ненормованого робочого дня. Необхідності застосування такого режиму праці за певних обставин зрозуміла для українських законодавців.

У ч.1. ст. 154 проекту Трудового кодексу України зазначено, що робота на умовах ненормованого робочого часу передбачає те, що працівник епізодично за вказівкою роботодавця або без такої зобов'язаний працювати понад норму робочого часу [14].

Оскільки йдеться про виконання роботи понад встановлену норму робочого часу, таке залучення не може носити постійний характер. Стаття 154 Проекту Трудового кодексу України чітко вказує на те, що залучення працівників до роботи за межами нормальної тривалості дня повинно носити епізодичний характер. Під епізодом розуміється окрема або випадкова подія, в даному контексті «епізодично» означає, що роботодавець час від часу залучає працівника до роботи на умовах ненормованого робочого дня.

Звернемо увагу, що проект Трудового кодексу України не накладає обмежень на кількість «епізодів» залучення працівника до роботи на умовах ненормованого робочого дня, що дає роботодавцям широкий простір для застосування цієї форми організації робочого часу для розв'язання своїх виробничих питань. Йдеться про те, що за рахунок ненормованого робочого дня роботодавці вирішують (або можуть вирішувати) проблеми із залученням працівників до понаднормових робіт для вирішення питань, коли в авральному порядку необхідно закінчити почату роботу, виконати план, терміново вирішити інші виробничі питання із залученням працівників.

Ці зловживання можливі і нині, оскільки чинний КЗПП, як і Проект не дають відповіді – за яких підстав можна залучати працівників до роботи в режимі не-

нормованого робочого часу, хоча вказівка на «епізодичність» застосування ненормованого робочого дня призводить до висновку, що для його застосування повинні бути особливі підстави, або «виробнича необхідність», яка є наслідком певної екстреної ситуації.

Відповідно, щоб уникнути зловживань, непорозумінь і спорів бажано визначити хоча б приблизний перелік екстрених обставин, при настанні яких потрібне залучення працівників до роботи на умовах ненормованого робочого дня, коли виникає певна виробнича необхідність. Зрозуміло, що перелічити всі «виключні» обставини неможливо, але й узагальнення «за вказівкою роботодавця або без такої» не вирішить всіх питань, можна виробити критерії, за якими визначити виключність обставин.

На мою думку у складі поняття «виробнича необхідність» потрібно врахувати такі фактори, які викликані об'єктивними подіями, а також суб'єктивними потребами роботодавця, спрямованими на захист його підприємницьких інтересів і вдосконалення процесу виробництва продукції (надання послуг, виконання роботи).

У цьому зв'язку, на мою думку, ч. 1 ст. 154 Трудового кодексу України доцільно викласти у наступній редакції: «Робота на умовах понад нормованого робочого часу передбачає, що працівник в екстрених випадках (аварії на виробництві, стихійні лиха, загрози зупинення не відновлювального технологічного процесу, ситуацій, що можуть призвести до знищення майна підприємства, загибелі людей і т ін.) за вказівкою роботодавця або без такої, органів державної влади, або місцевого самоврядування зобов'язаний працювати понад норму робочого часу».

Оскільки необхідність залучення різних працівників у значній мірі залежить від займаних ними посад, обставини, при виникненні яких працівники можуть залучатися до роботи за межами нормальної тривалості робочого дня, доцільно конкретизувати у положеннях про структурні підрозділи або положення про керівників. При такому підході до Правил внутрішнього трудового розпорядку можна включити наступний пункт: «Залучення працівників до роботи на умовах ненормованого робочого дня здійснюється при виникненні необхідності виробничого або організаційного (управлінського) характеру».

Безумовно, що всі випадки перелічити неможливо. Та й не потрібно, оскільки така тверда регламентація обмежить свободу роботодавця на залучення працівників до роботи на умовах ненормованого робочого дня і при виникненні випадків, не зазначених у локальних нормативних актах може унеможливити прийняття оперативних рішень. Але загальні принципи визначити все-таки слід, хоча б для того, щоб зменшити неконтрольоване і не завжди обґрунтоване залучення працівників до роботи за межами нормальної тривалості робочого часу.

Про те, що залучення працівника до виконання своїх трудових функцій за межами нормального робочого дня дійсно необхідно, повинне впливати із розпорядження роботодавця. У тому випадку, якщо таке розпорядження оформляється наказом, підстави залучення повинні вказуватися в частині, що констатує (пreamбулі). Якщо застосовуються інші способи вираження та оформлення роз-

порядження, то мотив (причина) залучення працівника до роботи на умовах ненормованого робочого дня також повинна впливати з розпорядження.

Такі зміни до ст. 154 Трудового кодексу України і до Правил внутрішнього трудового розпорядку дадуть змогу остаточно визначити поняття ненормованого робочого часу та підстав його застосування.

Таким чином, виробнича необхідність припускає виняткові, заздалегідь непередбачені обставини, що виникають для конкретного роботодавця.

Водночас, прийняття Трудового кодексу України вимагає від українських законодавців більш ретельного відношення до визначення режимів робочого часу, зокрема режиму ненормованого робочого часу, оскільки певна розпливчатість цих формулювань може призвести до порушень прав працівників, надати роботодавцям зайвий інструмент впливу на виробничий процес. Разом із тим запропоноване визначення «виробничої необхідності» зменшує можливості дискримінаційного застосування ст. 154 Трудового кодексу України у відносинах між роботодавцями та працівниками.

1. Александров Н. Г. Великая Отечественная война и вопросы теории трудового права / Н. Г. Александров. // Уч. зап. ВИНУН. Вып. III. – М.: Юрид. лит., 1944. – С. 173 – 177.
2. Александров Н. Г. Трудовое правоотношение / Н. Г. Александров. – М. : Юридат, 1948. – 412 с.
3. Архипов В. В. Понятие производственной необходимости в современном трудовом законодательстве [Электронный ресурс] / В. В. Архипов: <http://www.lawmix.ru/comm/1183/>
4. Головина С. Ю. Понятийный аппарат трудового права: монография / С. Ю. Головина. – Екатеринбург, УрГЮА, 1997. – 180 с.
5. Догадов В.М. Советское трудовое право в борьбе за выполнение плана послевоенной сталинской пятилетки / В.М. Догадов // Вопросы трудового права: Сб. / Под ред. проф. В.М. Догадова. – М.-Л., Юридат, 1948. – С. 3 – 19.
6. Киселев И.Я. Трудовое право России. Историко-правовое исследование / И.Я. Киселев. – М.: Изд-во НОРМА, 2001. – 384 с.
7. Кодекс законів про працю України : Затверджується Законом N 322-VIII (322а-08 ) від 10.12.71 // ВВР, 1971, додаток до N 50, ст. 375 ( Із змінами)
8. Куренной А.М. Правовое регулирование заключения трудового договора и переводов на другую работу / А. М. Куренной // Законодательство. – 2002. – № 11. – С. 66-70.
9. Ненормованый рабочий час. – [Электронный ресурс]: [http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art\\_id=10276798](http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art_id=10276798)
10. Словарь по трудовому праву / Отв. ред. Ю. П. Орловский. – Издательство БЕК, 1998. – 575 с.
11. Таль Л. С. Очерки промышленного рабочего права / Л. С. Таль. – М. : Типография Г. Лиснера и Д. Собко, 1916. - 131 с.
12. Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия / М. Ю. Тихомиров. – Издательство: ЮРИНФОРМЦЕНТР, 1995. – 366 с.

13. *Трудовое право: Энциклопедический справочник.* – М.: Советская энциклопедия, 1979. – 528 с
14. *Трудовой кодекс Украины. Проект закона Украины от 04.12.2007 № 1108. Текст законопроекту до другого читання 10.12.2009.* – [Электронный ресурс]: [http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?pf3511=30947](http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=30947)

**Білієнко Г.Г. Правові підстави впровадження ненормованого робочого часу**

У статті розглядається проблема підстав впровадження ненормованого робочого часу. В ній зазначається, що такими підставами повинні стати екстрені випадки на виробництві, відповідно таке розуміння має бути закріплено в законі.

**Ключові слова:** ненормований робочий день, виробнича необхідність, підстави.

**Билиенко Г.Г. Правовые основания введения ненормированного рабочего времени**

В статье рассматривается проблема оснований внедрения ненормированного рабочего времени. В ней подчеркивается, что такими основаниями должны стать экстренные случаи на производстве, и соответственно такое понимание должно быть закреплено в законе.

**Ключевые слова:** ненормированное рабочее время, производственная необходимость, основания.

**Biliyenko G.G. Legal grounds for the introduction of non-normalized working time**

Annotation. For this article an author examines the problem of grounds of introduction of the unrationed working hours. An author marks that urgent cases must become such grounds on a production, accordingly such understanding it must be fastened in a law.

**Keywords:** unrationed working hours, grounds, production necessity.

**МОЙСЕЙ Л.О.**

## **ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СЛУЖБОВИМ ЖИТЛОМ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ: ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА**

УДК 347.254 . 332.8

**Постановка проблеми.** Здійснити дослідження наявних механізмів забезпеченості житлом військовослужбовців та виходячи з цього надати пропозиції щодо вирішення житлової проблеми військовослужбовців.

**Аналіз досліджень даної проблеми.** Дослідження таких вчених у сфері житлового права як М.Требіна, В.Чікаліна, О.Росади, І.Єленєва, С.Аскназія, С.Братуся, Ю.Басіна, В.Маслова та інших стали вихідними для створення даної публікації. Відмічаючи значення проведених досліджень, які не втратили наукової цінності і представляють значний інтерес, у той же час, на сучасному етапі розвитку житлових відносин і житлового законодавства ряд положень і висновків, розроблених вченими–правознавцями, потребують переоцінки і подальшого розвитку як у теоретичному, так і практичному відношенні.

**Постановка мети.** Мета дослідження полягає у проведенні аналізу та окреслення одного із шляхів вирішення житлової проблеми військовослужбовців, що дозволить поліпшити житлову ситуацію із забезпеченням військовослужбовців житлом, навіть в умовах нинішньої житлової кризи, буде сприяти стабілізації

соціально-політичної ситуації в суспільстві, а також дозволить інтегрувати житлову сферу систему ринкових відносин.

**Виклад основного матеріалу.** Україна як незалежна європейська держава прагне стати правовою, цивілізованою країною, а тому активно працює над вдосконаленням та розробкою нових законів, що визначають норми, правила діяльності, поведінки людей, регулюють соціальні відносини, забезпечуючи нормальне функціонування та розвиток суспільства.

Важливою складовою суспільства є Збройні Сили. З метою їх нормальної життєдіяльності, зміцнення законності, гарантування прав і свобод військовослужбовців в Україні створено систему законодавства з питань військової служби. Військове законодавство є невід'ємною частиною національного права.

Однією з проблем Збройних Сил України це безквартирні військовослужбовці. Вона виникла як наслідок стрімкого і економічно не забезпеченого процесу скорочення як видачків на утримання Збройних сил, так і чисельності особового складу. Перехід армії на професійну основу потребує все більше будівництва звичайного житла поблизу від військових частин, а не в їх межах. Такий підхід дозволить поступово вирішувати проблему розселення сімей військовослужбовців на загальних засадах і включити цей житловий фонд у нормальний ринковий процес.

Так, при загальному складному економічному стані держави, військовослужбовці мають додаткові моральні збитки від специфічних соціальних проблем, пов'язаних з особливостями функціонування Збройних Сил.

На досить велику увагу заслуговує поняття «службового житла», як тимчасового засобу поліпшення житлових умов на час виконання військовослужбовцем обов'язків військової служби, зокрема його розподілу.

Житлові комісії військових частин (установ) як свідчить практика, не володіють всіма необхідними знаннями для вирішення нестандартних ситуацій (чи то через брак часу та непрофесійності підходу, чи не бажанням спрямування «власних» думок на вирішення «чужих» проблем), та як наслідок безпідставно відмовляють та змушують своїми діями військовослужбовців в подальшому відновлювати свої порушенні права та інтереси у судових інстанціях.

У даному дослідженні є необхідність розглянути поняття службового житла як такого, що на мою думку потребує уточнення. Так, службове житло - це житло, що надається в користування працівникам підприємств, установ та організацій, які у зв'язку з характером їх трудових відносин повинні проживати за місцем роботи або поблизу від нього. Зокрема, службу у Збройних силах можна звичайно проаналізувавши деякі нормативно-правові акти назвати і роботою, але бажано дотримуватись усталеної термінології. Або доведеться житло у закритих військових містечках визначати окремо, що не доцільно. Викликає певне здивування і те, що норма у такій редакції «де-факто» позбавляє можливості підприємства та організації приватної та колективної власності створювати самостійно службове житло для своїх працівників, виходячи з власних потреб. Тим паче не можна зрозуміти, чому перелік категорій працівників, яким надається службове житло, затверджується Кабінетом Міністрів України [15].

Питання про віднесення чи не віднесення службового приміщення до житла є також досить спірним і неоднозначним. З одного боку, якщо виходити з того, для якої мети споконвіку було призначено таке приміщення, то у випадку віднесення його до службового приміщення, житлом вважатися воно не може. У випадку ж, якщо частина житла, житлового приміщення, включена до житлового фонду, використовується як службове приміщення, то воно, на мою думку, у повному обсязі (включаючи і службове приміщення) повинне бути обтяжено правами й обов'язками, що поширюються на категорію "житло". Це стосується також і тих спірних випадків, коли житло використовується як "офіс" приватним підприємцям, зареєстрованими за даною адресою. На особливу увагу беззаперечно заслуговує питання вирішення спорів щодо можливості виселення громадян із службового житла в разі втрати можливості виконувати свої обов'язки у зв'язку з професійним захворюванням або каліцтвом.

На відміну від службового житла, регламентація вимог до гуртожитків та затвердження Типового положення про гуртожитки Кабінетом Міністрів України є цілком виправданим. Тому що саме через невизначеність вимог та порядку використання гуртожитків можуть бути суттєві зловживання з боку роботодавців по відношенню до своїх працівників. Можливі також зловживання і з боку мешканців гуртожитків.

**Висновки.** Основна проблема полягає у недосконалії законодавчій базі, яку нерідко, а позаяк і неможливо практично застосовувати. У житловій сфері сьогодні неможливо в масовому порядку забезпечити дотримання законодавства через відсутність механізмів примусу. Спрацьовує швидше звичка та острах перед судовим розглядом справи, аніж перед результатом цього розгляду. Одним із найважливіших факторів, які найбільше впливають на ситуацію в житловому забезпеченні, є черга на отримання житла. Аналіз квартирної черги без додаткового вивчення ситуації може призвести до хибних висновків. Пряма залежність між кількістю сімей та одинаків, які отримали житло, і кількістю сімей та одинаків, які перебували на квартирному обліку на кінець відповідного року, може створити враження, що чим жорсткіші умови надання житла, тим меншою буде черга. Звідси цілком логічно зробити висновок, що для скорочення черги треба значно ускладнити процедуру отримання житла. У низці країни Європи соціальне житло надається лише особам, що мають у ньому гостру проблему. Базова закономірність полягає в тому, що чим менший за обсягом фонд соціального житла, тим суворіше здійснюється відбір тих, хто претендує на використання ним. Отже, доцільно зробити висновок, що існує не тільки обернена, але й пряма залежність цих процесів: зробимо суворіші вимоги-скоротимо чергу. Насправді цей висновок є правильним лише частково. Хибність такого підходу ґрунтується на ігноруванні передумов виникнення черги. Викликає нажаль небажання певної частини ділової і політичної еліти здійснити певну роботу і розібратись з причинами і наслідками складного становища у Збройних силах та в Україні в цілому з забезпеченістю житлом.

*1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України.-1996.- №30.- Ст.141.*

2. Конституція України: Науково-практичний коментар / В.Б. Авер'янов, О.В. Батанов, Ю.В. Баулін та ін.; Ред. кол. В.Я. Тацій, Ю.П. Битяк, Ю.М. Грошевой та ін. – Харків: Видавництво „Право”; К.: Концерн „Видавничий Дім „Ін Юре”, 2003. – 808 с.
3. Житловий кодекс Української РСР: Кодекси України: У 3 кн./ Відп. Ред. В.Ф. Бойко. – К.: Юрінком Інтер, 1997.- Кн..1.- 480с.
4. Житловий кодекс України: Проект від 2002 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ojki.vinnica.us>.
5. Жилищное законодательство Украины.-Х.: «Одиссей»,. 2000.-384 с.
6. Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей: Закон України від 20 грудня 1991 р. (із наступними змінами та доповненнями)// ВВР, 1992, №15, ст.190.
7. Концепція державної житлової політики: Схвалена Постановою Верховної Ради України від 30 червня 1995 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/95-%D0%B2%D1%80>.
8. Наказ міністра оборони України від 03 лютого 1995 року № 20 «Про затвердження Положення про порядок забезпечення жилою площею в Збройних Силах України”.
9. Наказ Міністра оборони України від 06 жовтня 2006 року № 577 «Про затвердження Інструкції про організацію забезпечення і надання військовослужбовцям Збройних Сил України та членам їх сімей житлових приміщень».
10. Про комплексну програму забезпечення житлом військовослужбовців та членів їх сімей: Постанова Кабінету Міністрів України №2166 від 29 листопада 1999р., ІПС „Законодавство України”, № ліцензії ІАЗС8527.
11. Литовкин В.Н. Споры, возникающие в связи с улучшением жилищных условий граждан. Комментарий судебной практики, Вып.4. –М.,1998. – 48 с.
12. Положення про порядок надання службових жилих приміщень і користування ними в Українській РСР: Постанова Ради Міністрів України №37 від 4 лютого 1988 р. //Житлове законодавство України/ Упоряд.: М.І. Мельник, М.І. Хавронюк. – К.: А.С.К., 1998.- С.301-311.-495 с.
13. Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту: Закон України від 22 жовтня 1993 р. (із наступними змінами та доповненнями)// ВВР,1993, №45, ст.425.
14. Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні: Закон України від 21 березня 1991 р. (із наступними змінами та доповненнями)// ВВР,1991, №21, ст.252.
15. Правила обліку громадян, що мають потребу в поліпшенні житлових умов, і надання їм жилих приміщень в Українській РСР: Постанова Ради міністрів УРСР і Української республіканської ради профспілок №470 від 11 січня 1984 р. (із наступними змінами і доповненнями) //Житлове законодавство України/ Упоряд.: М.І. Мельник, М.І. Хавронюк. – К.: А.С.К., 1998.- С.210-245.-495 с.
16. Корнеев С.М. Право на жилую площадь в СССР/ С.М. Корнеев, Ю.М. Коньков - М. : Знание, 1969. – 64 с.

*Мойсей Л.О. Поняття та особливості забезпечення службовим житлом військовослужбовців: шляхи вдосконалення законодавства.*

Стаття присвячена дослідженню проблеми стану забезпеченості житлом військовослужбовців та членів їх сімей. В дослідженні автором окреслено шляхи вдосконалення механізмів забезпечення житлового законодавства.

**Ключові слова:** житло, законодавство, житлова черга, соціальний захист, службове житлове приміщення, бюджетні кошти.

*Моисей Л.А. Понятие и особенности обеспечения служебным жильем военнослужащих: пути совершенствования законодательства*

Статья посвящена исследованию проблемы состояния обеспеченности жильем военнослужащих, а также членов их семей. В исследовании автором определены пути усовершенствования механизмов обеспечения жилищного законодательства.

**Ключевые слова:** жилье, законодательство, квартирная очередь, социальная защита, служебное жилищное помещение, бюджетные деньги.

*Moyssey L.O. The concept and characteristics of housing for military officers: ways to improve legislation*

The article problems related to housing of the military servicemen, the directions of improving and of providing observance of the housing law are considered as well as the waiting list of servicemen in Armed Forces of Ukraine is analysed.

**Key words:** housing, housing law, house waiting list, social security, official habitation, budgetary resources.



# ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ ТА КРИМІНО- ЛОГІЧНОЇ (ПРОФІЛАКТИЧНОЇ) ПОЛІТИКИ

**Болдарь Г.Є.**

## МІЖГАЛУЗЕВІ ЗВ'ЯЗКИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА: ПО- НЯТТЯ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ

УДК 343.2.01

**Актуальність.** Всі галузі системи права України взаємообумовлені та взаємопов'язані між собою. Кожна галузь права має притаманні лише їй функції, які вона виконує в рамках правової дійсності. У такому разі відносини між галузями складаються у складні багатофункціональні зв'язки, при наявності яких зміни в одній галузі права можуть викликати певні зміни в іншій.

У зв'язку з цим важливим напрямком соціальної ідентифікації системи права України є подолання ізольованості і непрохідності внутрішньої форми права – його галузей і інститутів. Жорстке розмежування і розведення соціальних фактів по різних галузям і інститутам права з механічними процесуальними і матеріальними межами призводить до втрати духовного і психологічного змісту цих фактів, зниження можливостей взаємозаміни і взаємопереходів інститутів, засобів, інструментів регулювання у суміжні, такі, що більше відповідають невлловимому законодавцем духу конкретної ситуації [1, с. 121–122].

**Постановка проблеми.** Питання міжгалузевої взаємодії є одним з найцікавіших та найскладніших у юридичній науці. У рамках теорії права вона розглядалась у роботах С.С. Алексеєва, А.Б. Венгерова, М.І. Матузова, О.В. Малько та інших.

Певні аспекти міжгалузових зв'язків кримінального права досліджено у роботах з проблем кваліфікації, бланкетних диспозицій, кримінально-правовій політиці. Це, зокрема, праці П.С. Берзіна, Н.В. Беляєвої, І.Н. Бокової, М.С.Боровікова, Я.М. Брайніна, Л.П. Брич, В.А. Владимірова, С.Ю. Віціна, І.М.Гальперіна, Л.Д.Гаухмана, В.О. Гацелюка, В.К. Грищука, М.М. Гродзинського, Н.О.Гуторової, П.Ф. Грішаніна, П.С. Дагеля, О.О. Дудорова, М.І.Загороднікова, І.А. Ісмаїлова, І.І. Карпеця, В.Я. Квашиса, М.І. Ковальова, О.І.Коробєєва, М.Б. Кострової, В.М. Кудрявцева, Н.Ф. Кузнєцової, В.В. Лунєєва, Ю.І.Ляпунова, Г.М. Міньковського, А.А. Мітрофанова, В.О. Навроцького, О.В. Наумова, П.М. Панченко, Е.Ф. Побегайло, В.П. Рєвіна, О.Б.Сахарова, А.В.Сельського, В.В. Соколова, М.О. Стручкова, А.Я. Сухарева, А.А.Тер-Акопова, А.Н. Трайніна, П.Л. Фріса, М.І. Хавронюка, Г.З. Яремко та інших учених.

Аналіз літератури дозволяє стверджувати, що сьогодні фахівці спрямували свої зусилля на вивчення специфіки зв'язків між кримінальним правом та однією окремо взятою галуззю (господарське, цивільне) або «спорідненою» групою

галузей, які мають суміжні предмети правового регулювання (кримінально-виконавче та кримінально-процесуальне право). Так, у різні часи взаємодію кримінального права з певними галузями вивчали такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як В.І. Бенедик, А.О. Васильченко, Д.Ю. Гончаров, В.Г. Даєв, А.Е. Жалінський, К.П. Задоя, О.В. Ільїна, В.А. Кірін, С.О. Кузніченко, М.І. Панов, Є.О. Письменський, Т.Г. Понятовська, Д.М. Пайвін, А.Д. Прошляков, І.В. Шишко та інші.

Єдиним комплексним дослідженням безпосередньо міжгалузевих зв'язків кримінального права є докторська дисертація (1998 р.) сучасного російського вченого-криміналіста М.І. Пікурова, проте в українській кримінально-правовій науці цієї проблемі не приділялося достатньої уваги.

**Метою** пропонованої статті є дослідження поняття, видів та основних ознак міжгалузевих зв'язків кримінального права у нормах Загальної та Особливої частин КК України.

**Виклад основного матеріалу.** У юридичних дослідженнях державно-теоретичного характеру загальноновизнаним вважається той факт, що кожна галузь права є найкрупнішим структурним елементом системи права. Саму систему права у цьому аспекті можна розглядати з двох позицій: як складову правової системи держави та як самостійну систему, яка утворюється з певних елементів – норм, інститутів та галузей права. У зв'язку з цим вважаємо, що можна виділити зовнішні та внутрішні зв'язки системи права.

Слід погодитись із Р.Б. Тополевським, що поняття «система» синтезує в собі всі аспекти системності об'єкта, представляючи його як єдність елементів, що знаходяться в певних зв'язках і відносинах, що визначають існування об'єкта як цілого і відносно незалежного назовні явища [2, с. 13].

В свою чергу зв'язком називається співвідношення між різними факторами, явищами, подіями, засновані на взаємозалежності і взаємообумовленості [3, с. 356]. Під взаємозв'язком відповідно розуміють взаємний зв'язок між двома чи багатьма явищами, предметами [3, с. 85].

Що стосується системи права, то її існування забезпечують зовнішні та внутрішні зв'язки. Зовнішніми (міжсистемними) є ті зв'язки, які забезпечують гармонійне включення системи права у правову систему. Як слушно зауважує Н.М. Оніщенко, не можна забезпечити внутрішню єдність всіх діючих в державі норм права, в першу чергу, законодавства, стійке їх включення в інститути і галузі права, ігноруючи той факт, що сама система цих норм покладена в механізм більш високого рівня, компонентами якого є не тільки норми, але також правовідносини і правосвідомість, що перебувають у нерозривному зв'язку [1, с. 57].

Завдяки внутрішнім (внутрішньосистемним) зв'язкам існує єдність норм, інститутів та галузей та підсистем (публічного і приватного) у системі права. Саме такі зв'язки у системі права і є, на наш погляд, міжгалузевими. Адже серед ознак, які характеризують систему права як самостійне стійке утворення, фахівці відзначають те, що норми права, які її складають, взаємоузгоджені між собою, знаходяться у відносинах внутрішнього підпорядкування та взаємовпливу [4, с. 387]. Слід погодитись з тим, що система права є цілісним комплексом відмежованих, взаємопов'язаних і взаємодіючих один з одним елементів – норм

писаного і неписаного права, які утворюють особливу єдність із суспільними відносинами, що знаходять прояв у суспільстві та державі [5, с. 7]

Розглянемо питання класифікації міжгалузевих зв'язків кримінального права. Відомий теоретик права С.С. Алексєєв вважає, що в системі права від профілюючих (базових) галузей йдуть генетичні, функціональні та структурні зв'язки до відповідних процесуальних галузей, проте він не роз'яснює що саме розуміється під кожним з названих видів зв'язків. Учений зауважує, що процесуальні галузі як би надбудовуються над фундаментальними матеріальними [6, с. 249]. Крім цього науковець зауважує, що фундаментальними (профілюючими, базовими) галузями є державне (конституційне), адміністративне, цивільне, кримінальне, а також три процесуальні галузі – цивільно-процесуальне, адміністративно-процесуальне, кримінально-процесуальне [6, с. 248].

І.В. Шишко ретельно дослідивши на рівні докторської дисертації взаємозв'язок кримінально-правових та регулятивних норм у сфері економіки, дійшла висновку, що диспозиції «економічних» норм КК, так само як й інших норм Особливої частини КК обумовлені (детерміновані) відповідними регулятивними, за винятком тих кримінально-правових норм, які встановлюють відповідальність за порушення природних прав людини [7, с. 11–12].

Вітчизняна дослідниця С. Гемай виділяє декілька типів співвідношення норм кримінального та кримінально-процесуального права. По-перше, вони можуть перебувати між собою як у прямому, так і в опосередкованому зв'язку. Так, у складному (опосередкованому) зв'язку перебувають між собою норми кримінально-процесуального права, якими встановлюються строки провадження у справах, та норми кримінального права, що визначають строки давності притягнення до кримінальної відповідальності [8, с. 64]. У прямому зв'язку перебувають норми окремих інститутів кримінального та кримінально-процесуального права. Прикладом, на думку вченого, є всі норми розділу IX Загальної частини КК України, що встановлюють підстави звільнення від кримінальної відповідальності, яким корелюють ст.ст. 7–11-1 КПК України [8, с. 65].

По-друге, зв'язок норм кримінального та кримінально-процесуального права простежується на трьох рівнях їхнього співвідношення, що відповідають тричленній структурі права: галузь, інститут, норма. Крім того С. Гемай робить висновок, що на всіх рівнях співвідношення виявляється службова роль норм процесуального права щодо норм матеріального [8, с. 65].

Російський вчений Д.Ю. Гончаров під міжгалузевими взаємозв'язками кримінального та кримінально-процесуальних розуміє взаємодію нормативних положень кримінального та кримінально-процесуального законодавства про права та обов'язки суб'єктів суспільних відносин, які виникають у результаті вчинення злочинів [9, с. 8].

Він дійшов висновку, що названі галузі права в історико-правовому аспекті пов'язують генетичні взаємозв'язки та ті, що складаються у процесі спеціалізації, до яких належать зв'язки інтеграції та диференціації [9, с. 8–9].

Генетичні зв'язки кримінального та кримінально-процесуального законодавства – це така закономірність, за якої на ранніх етапах історичного розвитку зародження кримінально-процесуального законодавства у виді появи більшого

числа писаних норм потягнуло зародження кримінального законодавства у виді окремих матеріальних норм, а пізніше остаточне формування матеріального кримінального законодавства визначило формування кримінально-процесуального законодавства як самостійної галузі [9, с. 8–9].

Зв'язки диференціації норм кримінального та кримінально-процесуального законодавства – це такі взаємозв'язки, що склалися у процесі історичного розвитку, суть яких полягає у розділенні матеріальних і процесуальних норм кримінального законодавства та придбанні ними все більш специфічних, своєрідних ознак [9, с. 9].

Зв'язки інтеграції норм кримінального та кримінально-процесуального законодавства – це взаємозв'язки регламентації того загального, співпадаючого, що притаманно групам суспільних відносин, які виникають у зв'язку із вчиненням злочину [9, с. 9].

Крім того, на думку Д.Ю. Гончарова, між нормами чинного кримінального та кримінально-процесуального законодавства існують такі типи взаємозв'язків: предметно-системні, структурні, функціональні та колізії [9, с. 10].

Предметно-системні зв'язки норм матеріального та процесуального кримінального законодавства – це зв'язки, які встановилися між суспільними відносинами, що складають предмет правового регулювання кримінального та кримінально-процесуального законодавства, які [9, с. 69].

Структурні зв'язки матеріального та процесуального кримінального законодавства – це взаємодія юридичних приписів, законодавчих інститутів та галузей кримінального та кримінально-процесуального законодавства, що входять до єдиного законодавчого комплексу, між собою [9, с. 105].

Функціональні зв'язки охоронних норм кримінального та кримінально-процесуального законодавства – це такі зв'язки, при яких дія охоронних норм кримінального законодавства залежить від порушення зобов'язуючих або забороняючих та (або) від зміни будь-яких регулятивних норм кримінально-процесуального законодавства [9, с. 10].

Під колізіями норм кримінального та кримінально-процесуального законодавства Д.Ю. Гончаров розуміє взаємозв'язки, при яких матеріальні та процесуальні норми кримінального законодавства суперечать в регулюванні одного фактичного відношення [9, с. 11].

Слід відзначити, що при аналізі міжгалузевих зв'язків у всіх вищезазначених формулюваннях Д.Ю. Гончаров використовує як синоніми поняття «галузь права» та «галузь законодавства». Про помилковість такого підходу мова буде йти нижче.

К.П. Задоя та О.В. Ільїна між нормами кримінально-виконавчого права, кримінально-процесуального та кримінального права виділяють такі типи зв'язків: кореспондування, конкретизації, доповнення (субсидіарності) та суперечності (контрадикторності) [10, с. 264–265].

Видається не зовсім обґрунтованою позиція цих авторів про те, що законодавцю варто уникати зв'язків доповнення (субсидіарності) [10, с. 265]. Адже одним із способів викладу юридичних норм у статтях нормативно-правових актів, є такий, коли норма права викладена у двох або декількох статтях одного і того

самого нормативного акта або навіть іншого нормативного акта. Така правова норма, елементи якої «розкидані», тобто містяться в різних статтях чи підрозділах тексту, а іноді й в декількох нормативно-правових актах, отримала в науці назву «логічної» [11, с. 43].

Проте слід погодитись з висновком К.П. Задої та О.В. Ільїної про те, що зв'язків суперечності (тобто, по суті, колізій) варто уникати, оскільки вони є показниками некоректності та несистемності законотворчої практики [10, с. 265]. Цієї думки дійшов й Д.Ю. Гончаров, який наголошує, що норми процесуального кримінального законодавства не повинні ні «втручатися» у матеріальне кримінальне законодавство, ні тим більше йому суперечити [9, с. 69].

У спеціальній літературі за ознакою домінування (вирішальності) впливу норм однієї галузі на зміст норм іншої розрізняють два основних види міжгалузевих взаємозв'язків: субординаційні (вертикальні, ієрархічні) і координаційні (горизонтальні). Субординація означає підпорядкованість норм ієрархічно нижчих вищим (конституційне право, міжнародне право) [12, с. 67; 13, с. 409]. Як слушно зазначає І.В. Шишко, норми конституційного та міжнародного права можуть «диктувати» й інші «свої умови» (включаючи незастосування певних видів покарання) [7, с. 12]. Що стосується відносини координації, то вони складаються за відсутності підпорядкованості правових компонентів і підсистем один одному. Горизонтальні зв'язки наявні при взаємодії норм кримінального й цивільного або адміністративного права [12, с. 67; 13, с. 409].

Проте слід мати на увазі, що одна й та сама галузь права за критерієм впливу на формування змісту норм кримінального права може перебувати одночасно у двох типах взаємозв'язків: субординаційних та координаційних. Наприклад, зв'язок норм КК України та конституційних норм, з одного боку, має ієрархічний характер, причому в цих відносинах домінують останні. Це пояснюється тим, що Конституція України є Основним Законом і жодний інший нормативно-правовий акт не повинен їй суперечити. Проте між кримінальним і конституційним правом також вбачаються й горизонтальні структурні зв'язки. Вони мають місце в тому разі, коли мова йде про злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина, відповідальність за вчинення яких передбачена V розділом Особливої частини КК України. Наприклад, бланкетними диспозиціями, для конкретизації змісту яких використовуються джерела права, що за своєю галузевою належністю є конституційними, є ч. 4 ст. 157; ч.ч. 1, 4, 5, 7, 11 ст. 158; ч. 1 ст. 158-2; ч.ч. 1 та 2 ст. 159-1; ч.ч. 1 та 2 ст. 162 та інші [14, с. 214–237].

Крім того, одночасно вертикальні та горизонтальні взаємозв'язки простежуються між нормами кримінально-процесуального та кримінального права. Норми останнього мають домінуючий (ієрархічний) вплив на кримінально-виконавче право, адже виключно в КК України сформульовані склади злочинів, які впливають на предмет доказування в кримінальній справі, а також види покарань, підстави звільнення від кримінальної відповідальності та покарання тощо. Проте між певними кримінальними та кримінально-процесуальними нормами явно вбачається координаційний тип зв'язку, зокрема в статтях XVIII розділу Особливої частини КК України «Злочини проти правосуддя», в яких міститься

бланкетна відсилка до кримінально-процесуального законодавства. Як слушно зауважує Д.Ю. Гончаров, кримінально-процесуальне законодавство, яке в силу історичних традицій роз'яснює значення основних понять, що використовуються в ньому, є той галуззю законодавства, до норм якого правозастосовник нерідко звертається для з'ясування тих чи інших кримінально-правових норм [9, с. 97].

**Висновки.** Міжгалузеві зв'язки – це такі співвідношення, що складаються між нормами, інститутами, галузями та підсистемами публічного і приватного права, які забезпечують взаємодію, єдність, цілісність і стабільність системи права. Такі зв'язки можна називати системоутворюючими або системними. По відношенню до системи права як єдиного органічного утворення вони є внутрішньосистемними.

Система права є системою як органічною, суть якої в тому, що вона само-розвивається, залишаючись єдиним цілим, в процесі свого розвитку проходить етапи ускладнення та диференціації. Саме тому можна виділити багато типів міжгалузевих зв'язків, які поділяються за різними критеріями: функціональні, структурні, генетичні; диференціації та інтеграції; такі, що мають втілення у текстах статей КК та ті, що у ньому не закріплені; кореспондування, конкретизації, доповнення (субсидіарності) та суперечності (контрадикторності або колізії) тощо.

Поділ за критерієм вирішальності впливу норм однієї галузі на формування змісту норм іншої галузі на субординаційні та координативні зв'язки, на наш погляд, є не зовсім коректним.

Видається, що бажання виокремити у всьому різноманітті міжгалузевих зв'язків ієрархічні пояснюється певним ототожнюванням структури системи права, а також його джерел із структурою системи законодавства. Загально-визнано, що система законодавства, на відміну від системи права, може бути класифікована за юридичною чинністю нормативно-правових актів, тобто має субординаційну або ієрархічну (вертикальну) структуру. Ієрархічна ж побудова системи права (норми, інститути, галузі та підсистеми публічного і приватного права) не може розглядатися підставою для висновку про підпорядкованість норм права, оскільки усі вони об'єднані виключно горизонтальними зв'язками, усі вони утворюють взаємопов'язаний фронт, являючи собою елементи єдиної правової дійсності [5, с. 7].

Первинним елементом системи законодавства є нормативно-правовий акт, а системи права – норма права. Як слушно зауважує Р.С. Мельник, нині беззаперечно слід визнати, що нормативно-правовий акт є далеко не єдиною формою буття права [5, с. 2]. Дійсно, фахівці сходяться на тому, що джерелами права є нормативно-правовий договір, правовий звичай, правовий прецедент, принципи права, корпоративні акти, релігійно-правові тексти, акти «м'якого права» (рекомендаційні акти міжнародних організацій) [2, с. 7; 15, с. 6]. Я.Г. Яремко на підставі проведеного дослідження дійшла висновку, що конкретизований зміст бланкетної диспозиції статті Особливої частини Кримінального кодексу України повинен встановлюватись за допомогою приписів інших галузей права, що мо-

жуть бути формалізовані у нормативно-правових актах, нормативно-правових договорах та правових звичаях [16, с. 44].

Перспективним напрямом подальших наукових досліджень вважаємо вивчення міжгалузевих зв'язків, які простежуються у галузях публічного права.

1. *Онїценко Н. М. Теоретико-методологічні засади формування та розвитку правової системи: дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.01 / Онїценко Наталія Миколаївна. – К., 2002. – 378 с.*
2. *Тополевський Р. Б. Системні зв'язки юридичних джерел права: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.01 / Тополевський Руслан Богданович. – Х., 2004. – 204 с.*
3. *Великий тлумачний словник сучасної української мови / [укл. і гол. ред. В. Т. Бусел]. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. – 1440 с.*
4. *Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / [Зайчук О.В., Заєць А.П., Журавський В.С. та ін.] ; за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Онїценко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.*
5. *Мельник Р. С. До питання пошуку нових вихідних позицій розуміння категорії «система права» / Р. С. Мельник // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2011. – № 1 (52). [Електронний ресурс]. Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc\\_Gum/Nvhnivs/2011\\_52/index.htm](http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Nvhnivs/2011_52/index.htm).*
6. *Алексеев С.С. Общая теория права : в 2-х т. – Т. 1. – М. : Юрид. лит., 1981. – 360 с.*
7. *Шишко И. В. Взаимосвязь уголовно-правовых и регулятивных норм в сфере экономической деятельности: дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.08 / Шишко Ирина Викторовна. – Екатеринбург, 2004. – 402 с.*
8. *Гемай С. Співвідношення норм кримінально-процесуального і кримінального права / Світлана Гемай // Вісник прокуратури. – 2007. – № 1 (67). – С. 59–63.*
9. *Гончаров Д. Ю. Взаимосвязи и коллизии норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства : дис. кандидата юрид. наук : спец. 12.00.08 / Гончаров Денис Юрьевич. – Екатеринбург, 2004. – 190 с.*
10. *Задоя К. П. Типи зв'язків норм кримінально-виконавчого права з нормами кримінального права та процесу / К. П. Задоя, О. В. Ільїна // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 2. – С. 264–266 [Електронний ресурс]. Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc\\_Gum/Chkup/2010\\_2/264.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Chkup/2010_2/264.pdf).*
11. *Алексеев С. С. Общая теория права. В двух томах. Т. 2. – М.: Юрид. лит., 1982. – 360 с.*
12. *Адоевская О. А. О системообразующих связях уголовного права с другими отраслями права / О. А. Адоевская // Уголовное право : стратегия развития в XXI веке : материалы Шестой Международной научно-практической конференции 29 – 30 января 2009 г. – М. : Проспект, 2009. – С. 67–68.*
13. *Энциклопедия уголовного права. Т. 1. Понятие уголовного права / [Лесников Г. Ю., Лопашенко Н. А, Пудовочкин Ю. Е. и др.]. – СПб. : Издание профессора Малинина, 2005. – 699 с.*

14. Яремко Г. З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.08 / Яремко Галина Зіновіївна. – Львів, 2010. – 408 с.
15. Гуцина Н. А. Системные связи в праве / Н. А. Гуцина // Право и политика. – 2005. – № 5. – С. 10–14.
16. Яремко Г. З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України : [монографія] / Яремко Г. З. ; за ред. В. О. Навроцького. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – 432 с.

**Болдарь Г.Е. Міжгалузеві зв'язки кримінального права: поняття та класифікація**

У статті розглянуті найбільш типові форми міжгалузевих зв'язків у нормах Загальної та Особливої частин КК України. Розкрито їх поняття, види, та основні ознаки.

**Ключові слова:** міжгалузеві зв'язки, система права, форми міжгалузевої взаємодії, бланкетна диспозиція.

**Болдарь Г.Е. Межотраслевые связи уголовного права: понятие и классификация**

В статье рассмотрены наиболее типичные формы межотраслевых связей в нормах Общей и Особенной частей УК Украины. Раскрыто их понятие, виды и основные признаки.

**Ключевые слова:** межотраслевые связи, система права, формы межотраслевого взаимодействия, бланкетная диспозиция.

**Boldar G.Y. The inter-branch connections in criminal law: the notion and classification**

In the article legal analysis of the most typical forms of the inter-branch connection in the norms of the General and Special parts of the Criminal Code of Ukraine is carried out. Their notion, types and principal signs.

**Key words:** inter-branch connections, system of law, forms of inter-branch reciprocity, blanket disposition.

**САВИНОВА Н.А.**

## **КІБЕРЗЛОЧИННІСТЬ: ВИТОКИ ТА ТЕНДЕНЦІЇ ДЕТЕРМІНАЦІЇ В УМОВАХ РОЗВИТКУ ГЛОБАЛЬНОГО ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА**

УДК 343.79

Якщо ще десять років тому у нашій державі єдиний склад злочину, що передбачав кримінальну відповідальність за втручання в роботу ЕОМ, систем та комп'ютерних мереж та розповсюдження комп'ютерного вірусу переважно викликали здивовані посмішки, а кілька освічених спеціалістів в області протидії хакерським посяганням намагалася протистояти кібератакам на банки, сьогодні повною мірою зрозуміло, що то був лише повільний початок такої, що ескалує, навали кібернетичної злочинності, що набирає шалених обертів пропорційно динаміці інформаційного суспільства.

Навіть на первинних стадіях кібернетичні злочини мали світове значення, і, як свідчить історія кіберзлочинності, їх різноманітність стартувала від трансформації від загально кримінальної злочинності під впливом розвитку технологій.



Перші повідомлення про факти вчинення злочинів вчинених за допомогою ІКТ з'явилися у 70-х роках ХХ сторіччя. Вони мали ознаки традиційних розкрадань, але вчинених з використанням нової технології. Так, група студентів з метою безкоштовного телефонування, розпочала масове зламування місцевих і міжнародних телефонних ліній АТ&Т (США) з використанням т.з., „BlueBox” („Блакитної коробки”), яка була сконструйована ветераном В'єтнамської війни Дж.Дрейпером. Секрет її виготовлення був необачно широко опублікований у ЗМІ, що призвело в подальшому до навали телефонних шахрайств.

80-ті роки ХХ сторіччя характеризувалися не лише сплеском хаотичних атак на комп'ютерні системи з метою розкрадань різного роду, а й популяризацією таких: у західній пресі набули особливої популярності “форуми” – стенди оголошень у пресі, велика кількість з яких була присвячена передачі знань та навичок щодо використання ІКТ для вчинення таких злочинів: шахрайства у телефонних мережах, підбору кодів для кредитних карток, звичайного хакінгу, які давали можливість розкрадати та привласнювати гроші, належні іншим особам. Зокрема, з цього етапу починається культивування терміну “хакер” від (hacker (англ.) такий, що ламає).

“Хакерами” спершу називали себе члени групи студентів-практикантів Массачусетського технологічного університету (Бостон, США), які займалися модернізацією моделей залізниць та електропотягів та застосовували нові схеми перемикання колій. Інтерес окремих членів цієї групи був направлений на аналогічні маніпуляції з комп'ютерними програмами університетського комп'ютеру, за допомогою яких здійснювалося управління моделями локомотивів, а також – управління програмами моделювання залізничних шляхопроводів[1].

Термін „хакер” у первинному розумінні 70-х років ХХ сторіччя, насамперед, визначав індивідуума, який випробовує програмні та комунікаційні можливості комп'ютера [2]. Позитивне розуміння хакерства збереглося у професійному використанні фахівців з ІКТ. У загальному ж розумінні, термін “хакер” набув переважно негативного значення, яке пізніше набуло кримінологічного змісту, і під хакерами у правовій літературі стали розуміти осіб, які вчинюють злочини через комп'ютерні системи, використовуючи ІКТ [3, с. 786; 4, с. 104]. В цілому позитивне поняття набуло негативного значення з кількістю протиправних дій у віртуальному просторі[5, с. 570].

90-ті роки ХХ сторіччя характеризувалися трансформацією у кіберзлочинита «вдосконаленням» звичайних за змістом шахрайств та розкрадань. Так, у серпні 1994 р. у США був затриманий Дж.Т.Пітерсон (AgentSteal) [6], який у 1993 р. спільно К.Паулсеном (DarkDante), блокували телефонну мережу конкурсу, внаслідок чого до ефіру доходили лише їх телефонні дзвінки, тому два призиви автомобілі „Порше”, турпоїздки і 20 000 доларів дісталися їм. Дж. Т.Пітерсон був затриманий ФБР за злам баз даних і проникнення у телефонну мережу та викрадення у фінансової корпорації HellenFinencial 150 тисяч доларів США, за що був засуджений у 1995 р.[7]. У 1995 р. у Великобританії був заарештований і притягнутий до кримінальної відповідальності за злам мережі Citibank і викрадення 10 мільйонів доларів США громадянин РФ В. Левін. [8]

Сучасні кіберзлочини-трансформери стають дедалі складнішими і більш «витонченими» через постійне ускладнення процедур атак. Так, у 2007 р. один з найкрупніших банків Швейцарії Nordea став жертвою російських хакерів [9], які викрали більше мільярда євро достатньо новим у порівнянні з іншими подібними злочинами спосіб: у якості “посередників” злочинцями були використані клієнти банку, на комп’ютери яких був завантажений комп’ютерний вірус Backdoor.Win32.Harddoor [10] типу “троянський кінь” [11]. Завантажений злочинцями комп’ютерний вірус через систему Інтернет-банкінгу [12, с. 133] потрапив до комп’ютерної системи банку Nordea, де зруйнував систему захисту персональних даних, внаслідок чого злочинці отримали доступ до пін-кодів та управління рахунками. А 600000 доларів США були викрадені українським хакером М.Ястремським спільно з громадянами Естонії та США також з використанням “посередника” – комп’ютерної системи мережі ресторанів “Busters” (США), зламавши яку злочинці отримали персональні дані клієнтів ресторану, необхідні і достатні для привласнення злочинцями грошей клієнтів з банківських рахунків [13].

За повідомленнями BraunResearchInc., станом на 2006 р., майже 60 % американських компаній були впевнені у тому, що кіберзлочинність завдає їм більшу шкоду, ніж звичайна злочинність [14]. За даними ФБР США щодо статистики скарг, які поступали протягом 2006 р. до Центру дослідження комп’ютерної злочинності у мережі Internet у складі ФБР США від громадян, які постраждали від дій хакерів, поступило 200 тисяч заяв, а збитки, яких зазнали громадяни США від дій шахрайства у Internet склали майже 200 мільйонів доларів [15, с. 69], а британці бояться кібернетичних злочинців більше, ніж звичайних грабіжників [16].

При цьому у більшості постраждалих від кіберзлочинів відсутнє бажання своєчасно повідомляти про факти кіберзлочинів правоохоронним органам, така тенденція характерна як для країн, що розвиваються, так і для розвинутих країн: у США лише 20% компаній повідомляють поліції про кіберзлочини [17]. Така тенденція спостерігалася і раніше, про що ще у 2001 р. вказували В.О.Голубев та його колеги-співавтори, досліджуючи ступінь латентності кібернетичних злочинів через фактичну відсутність належної реакції з боку постраждалих від них. Так, аналізуючи реакцію на такі кіберзлочини з боку постраждалих суб’єктів господарювання, якими на той час, як і зараз, були, переважно банки, вони зазначали: «через небажання підриву репутації потерпіла сторона неохоче повідомляє правоохоронним органам про факти і вчинення злочинів, якщо робить це взагалі» [18, с. 83].

Від кіберзлочинності зазнають інформаційні агенції всього світу, які постійно відчувають інформаційні втручання [19; 20; 21]. Яскравим прикладом таких дій може слугувати втручання у роботу дитячого телеканалу DisneyChannel у США у 2007 р., на якому, за повідомленнями News.uaclub.net, у ранковий час, коли канал переглядали діти, хакерами була “продемонстрована” порнографія. [22]

Кіберзлочини характеризуються здебільшого індивідуальною спрямованістю, за виключенням випадків використання ретеальної (мережевої) комунікації [23, с. 86], направленої на невизначену кількість реципієнтів.

До кібернетичних злочинів Конвенція про кіберзлочинність [24] та Додатковий протокол до неї [25] відносять лише низку суспільно-небезпечних діянь, які безпосередньо посягають комп'ютерні системи та комп'ютерну інформацію, а також злочини, які посягають на інші предмети, проте можуть бути вчинені з використанням комп'ютерних систем. Така уніфікація, очевидно, була викликана потребою термінового реагування на виклики кібернетичної злочинності. Недоцільно тоді було здійснювати і аналіз та співставлення безпосередніх об'єктів таких посягань.

Натомість, сьогодні вже вбачається, що об'єктами посягань більшості злочинів, що вчинюються з використанням комп'ютерних систем та інших ІКТ є не комп'ютерні системи та комп'ютерна інформація, а ті суспільні відносини, які такими системами та комунікацією забезпечуються: державна (зокрема, інформаційна) безпека, відносини у сфері державної, банківської, комерційної таємниці та персональних даних, виборчих прав, моральності та низки інших родових (з точки зору теорії вітчизняного кримінального права) об'єктів.

У той же час, саме злочини, спрямовані на комп'ютерні системи, стають ніби «посередниками» при вчиненні «кінцевих» суспільно-небезпечних діянь - викрадень, дискредитації органів влади, втручання в діяльність ЗМІ тощо.

Підсумовуючи наведене вище, з урахуванням дослідженої генези кіберзлочинності, очевидно, що *кібернетичні злочини це суспільно-небезпечні діяння, які трансформувалися зі звичайних злочинів під впливом виникнення і розвитку ІТ, зокрема - ІКТ, і посягають на комунікації та інші суспільні відносини, які здійснюються при посередництві комунікацій. При цьому вони спрямовуються насамперед на комп'ютерні системи (у т.ч. телекомунікаційні) і завдають їм шкоди, або завдають шкоди даним в таких системах, або змісту чи власнику таких даних.*

Сучасні кібернетичні злочини спрямовуються, як вже вказувалося, фактично на всі сфери діяльності, у яких беруть участь комунікаційні систем, тобто – на всі основні сфери життєдіяльності людини. Такі трансформовані злочини вже навряд чи доцільно вважати кібернетичними – адже в такому випадку у недалекому часі всі злочини, що описані в законі про кримінальну відповідальність (за виключенням убивств та тяжких тілесних ушкоджень) можна буде віднести до «кіберзлочинів», через можливість їх вчинення з використанням віддалених комунікацій...

*Кібернетичні злочини слід відрізняти від інших злочинів, що трансформувалися під впливом ІКТ у інформаційному суспільстві, які першочергово спрямовані на завдання шкоди іншим об'єктам без ознак активного впливу на комп'ютерні системи. Це, наприклад, поширення порнографії, шахрайства, погрози, створення злочинних організацій або незаконних воєнізованих формувань, тощо вчинені з використанням мереж та телекомунікаційних систем.*

1. Балда Т. Коротка історія хакерства// [http://www.universum.org.ua/sp/2002/haker\\_3.html](http://www.universum.org.ua/sp/2002/haker_3.html)
2. Хакеры как профессионалы и кракеры как вид [Електронний ресурс]/ *FreeTimeClub*/ режим доступу до ресурсу: <http://www.freetime.com.ua/972>
3. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: За станом законодавства і Постанов Верховного суду України на 1 грудня 2001 р. / За ред. С.С.Яценка. – К.: А.С.К., 2002.
4. Голубев В. Кримінологічна характеристика злочинів в сфері використання комп'ютерних технологій // Підприємництво, господарство і право. – 2002. - № 11.
5. Гаврилов М.И. Информатика и информационные технологии: учебник для студентов вузов / М.И.Гаврилов. – м.: Гардарики, 2007. – 655 с. с.: ил.
6. История „кибертеррориста № 1”. *Computer Crime Research Center*// <http://www.crime-research.org/Burg1.html>
7. Сетевые террористы. 10 самых опасных хакеров планеты / корреспондент. – 2007. - № 15 (254). – С. 68-69.
8. Владимир Левин [Електронний ресурс] // *Люди.Ru*. / Режим доступу до ресурсу: <http://www.peoples.ru/state/criminal/computer/livin/>
9. Российские хакеры ограбили Швейцарский банк на 1.000.000 евро. [Електронний ресурс] / *SecurityLabbyPositiveTechnologies* / Режим доступу до ресурсу: <http://www.securitylab.ru/news/288287.php>
10. Лабораторія Касперського. *Backdoor:Win32.Harddoor*// *SecurityLab by Positive Technologies* // <http://www.securitylab.ru/virus/212405.php>
11. Термінологічний довідник з питань технічного захисту інформації / Коженеуський Р.С., Кузнецов Г.В., Хорошко В.О., Чернов Д.В. / За ред. проф. В.О.Хорошка. – К.: ДУІКТ, 2007.
12. Брижко В.М., Цимбалюк В.С., Орехов А.А., Кальченко О.Н.. *е-будущее и информационное право*/ Под редакцией доктора наук, профессора Р.А.Калюжного, доктора экономических наук, профессора М.Я Швец. – К.: «Интеграл», 2002.
13. Украинский хакер взломал американский ресторан на 600 тысяч долларов [Електронний ресурс] / *Комсомольская правда Украины* от 14.05.2008 // Режим доступу до ресурсу: <http://kp.ua/daily/140508/411773>
14. Киберпреступность крепнет [Електронний ресурс] / Режим доступу до ресурсу : *CIOWorld*//<http://www.cioworld.ru/analytics/258907/>
15. Трибуниная Е. Зомбированная сеть // *Корреспондент*. – 2007. - № 15(254). – С. 69.
16. Британцы боятся онлайн-преступников больше, чем обычных грабителей [Електронний ресурс] / *Viruslist.com Интернет-безопасность*/ Режим доступу до ресурсу: <http://www.viruslist.com/ru/news?id=201571768>
17. Американские компании укрывают кибератаки [Електронний ресурс] / *Reuters* / Режим доступу до ресурсу: [http://www.reuters.com/newsArticle/jhmt1?type=internetNews&storyID=7666955" target="blank"](http://www.reuters.com/newsArticle/jhmt1?type=internetNews&storyID=7666955)
18. Голубев О.В., Говловський В.Д., Цимбалюк В.С. Інформаційна безпека: проблеми боротьби зі злочинністю у сфері використання комп'ютерних тех-

нологій / За заг. ред. д.ю.н., професора Р.А.Калюжного. – Запоріжжя: Про-  
світа, 2001.

19. Защитаинформации[Електронний ресурс]/ Режим доступу до ресурсу:  
<http://informationsecurity.ru/keywords.php?keyword...>
20. Китайские хакеры перенесли дату атаки на сайт CNN [Электро-  
нный ресурс]/ Защитаинформации/ Режим доступу до ресурсу: [http://  
informationsecurity.ru/keywords.php?keyword...](http://informationsecurity.ru/keywords.php?keyword...)
21. Азербайджанский хакер взломал пять армянских сайтов[Електронний  
ресурс]// Day.Az// Режим доступу до ресурсу:[http://www.day.az/news/  
hitech/68996.html](http://www.day.az/news/hitech/68996.html)
22. Американськимдетям показали порногоруафию на каналеDisney [Электро-  
нный ресурс]/Центр Исследованиякомпьютернойпреступности // Режим  
доступу до ресурсу:<http://www.crime-research.ru/news/04.05.2007/3444/>
23. Корнев М.Н., Коваленко А.Б. Соціальна психологія: підручник. – К., 1995.
24. Конвенція Ради Європи Про кіберзлочинність від 23.11.2001 [Електро-  
нный ресурс] / Офіційний сайт Верховної Ради України / Режим доступу до  
ресурсу:[http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994\\_575](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_575)
25. Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність, який стосується  
дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні  
системи від 28.01.2003 [Електронний ресурс] / Офіційний сайт Верховної  
Ради України / Режим доступу до ресурсу:[http://zakon1.rada.gov.ua/laws/  
show/994\\_687](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_687)

**Савінова Н.А. Кіберзлочинність: витоки та тенденції детермінації в умовах розви-  
тку Глобального інформаційного суспільства**

Стаття присвячена проблемі детермінації кіберзлочинності під впливом розвитку ін-  
формаційного суспільства, окремим епізодам історії такої динаміки. У статті акцентуєть-  
ся увага на відмінності суто кібернетичної злочинності від інших видів злочинності, що  
трансформувалася під впливом розвитку і можливостей ІКТ.

**Ключові слова:** кіберзлочинність, інформаційне суспільство, кримінально-правове  
забезпечення розвитку інформаційного суспільства, безпека інформаційного простору,  
трансформація злочинності.

**Савінова Н.А. Киберпреступность: обзор динамики в условиях развития Глобально-  
го информационного общества**

Статья посвящена проблеме детерминации киберпреступности под воздействием раз-  
вития информационного общества, отдельным эпизодам истории такой динамики. В ста-  
тье акцентируется внимание на отличии сугубо кибернетической преступности от иных  
видов преступности, трансформировавшейся под воздействием развития информацио-  
нного общества.

**Ключевые слова:** киберпреступность, информационное общество, уголовно-право-  
вое обеспечение развития информационного общества, безопасность информационного  
пространства, трансформация преступности.

**Savinova N.A. «Cybercrime: an overview of the dynamics interms of development of the  
Global Information Society».**

The article of is devoted to the determination of cybercrime under the influence of the  
information society, the individual episodes in the history of such dynamics. The article focuses  
on the distinction purely cybercrime from other types of crime, transformed under the influence of  
the Information Society.

**Keywords:** cybercrime, information society, the criminal law to ensure the information society, security of information space, the transformation of crime.

**ТКАЧУК І.С.**

## **ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА КОЛІЗІЇ ЯК ОКРЕМОГО ВИДУ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКІВ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА**

УДК 343.2.01:343.13(477)

**Актуальність.** Законодавство України є високоорганізованою цілісною системою, якій повинні бути притаманні такі ознаки, як точність і несуперечність усіх її елементів. Слід зазначити, що на сьогодні зміни в законодавстві спричинили збільшення і виникнення невідомих раніше колізій правових актів. У зв'язку із цим необхідне теоретичне осмислення причин виникнення, шляхів усунення і подолання цих протиріч. Звичайно, досконалої системи законодавства, позбавленої колізій загалом і колізій правових актів зокрема, бути не може. Поява у сфері правового регулювання суперечностей неминуха через природний розвиток суспільних відносин. Але в Україні причини виникнення правових колізій характеризуються низкою обставин, таких як незавершеність правової реформи, невисока якість нормативних актів, що приймаються та ін.

**Постановка проблеми.** У судовій практиці при вирішенні конкретних справ виникають такі ситуації, коли виконання приписів процесуальних норм тягне за собою порушення норм матеріального права і навпаки. Проте кримінально-процесуальним законом не передбачено, як повинен діяти в таких випадках суд. У результаті, зустрічаючись з подібними колізіями, суди чинять по-різному, але в більшості випадків судово практика надає перевагу процесуальному закону.

На наш погляд, якщо з якихось причин виникає колізія між процесуальним і матеріальним правом, то повинна діяти певна субординація юридичних норм, ніщо не повинно заважати здійсненню правосуддя чи викривляти суть справи.

Важливість цієї проблеми привертала увагу багатьох відомих науковців. Вона досліджувалась у роботах С. Алексеєва, В. Андрейцева, Ф. Бурчака, М. Власенка, Д. Гончарова, П. Євграфова, А. Зайця, О. Зайчука, М. Козюбри, В. Копейчикова, В. Кудрявцева, М. Марченко, М. Матузова, О. Мироненка, О. Мурашина, З. Незнамової, Н. Оніщенко, В. Опришка, П. Рабіновича, В. Селіванова, В. Сіренка, О. Скакун, В. Тація, Ю. Тихомирова, Ю. Тодики, І. Усенка, Ю. Шемшученка та ін.

У вітчизняному правознавстві причини виникнення колізій правових актів поки що висвітлені частково, в основному з позиції того, що колізія руйнує єдність правового регулювання, внутрішню узгодженість системи права, негативно впливає на правову політику, що проводиться в державі, породжує протиріччя в правозастосуванні. Зазначене зумовлює необхідність загальнотеоретичного аналізу питань щодо змісту, видів, шляхів виявлення та подолання колізій у законодавстві.

Виходячи з цього, **метою** даної статті є дослідження поняття колізії як окремого виду взаємозв'язків кримінального та кримінально-процесуального права, визначення причин їх виникнення, а також розробка практичних рекомендацій, спрямованих на їх подолання та усунення.

**Виклад основного матеріалу.** Аналіз спеціальної літератури дає підстави стверджувати, що на сьогоднішній день у юридичній науці не склалося єдиного уявлення про колізії, фахівці для позначення одного явища використовують різні синоніми цього слова: протиріччя, конфлікти, конкуренція, спір, зіткнення, протилежність, розбіжність, розходження, антагонізм, неузгодженість, суперечність та інші. На думку М. Панова, “в науці використовуються різні поняття стосовно проблеми колізій в праві. Мова йде про колізії, протиріччя, конкуренцію норм, конкуренцію законів. В деяких випадках ці поняття протиставляють. Думаю, що і колізіям, і конкуренції законів загалом властива найбільш характерна ознака. Це внутрішнє протиріччя” [1, с. 28].

Термін “колізія” (*lat. collisio*) походить від латинського “collido” та означає зіткнення протилежних поглядів, бажань, зацікавлень [2, с. 535].

На думку Ю. Тіхомірова, юридична колізія – це протиріччя між існуючим правовим порядком і намірами та діями з його зміни. Відбувається свого роду порівняння цього домагання або з правопорядком, що діє, або з принципами права. Учений вважає, що пропонуване визначення юридичної колізії містить ширше і системніше розуміння цього явища [3, с. 178]. Традиційне трактування юридичної колізії як зіткнення норм не зникає, але з єдиної і універсальної стає одним з аспектів поняття.

М. Баглай називає колізіями протиріччя між нормами [4, с. 260], а С. Алексєєв вважає, що це зіткнення актів у зв'язку з їх дією на тій або іншій території, з компетенцією правотворчих органів і часом видання актів [5, с. 76].

На думку В. Щербельського, колізія – це “суперечність між правовими приписами відповідних актів, що виявляється у відмінностях у процесі регулювання аналогічних суспільних відносин, а її суть полягає в тому, що це суперечності лише між кількома правовими актами, що регулюють подібні відносини, але пропонують різні за змістом і формою шляхи регулювання» [6, с. 156-157].

Таким чином, автори мають єдину точку зору в тому, що колізія – це: 1) протиріччя; 2) між окремими нормативними правовими актами чи їх нормами; 3) що прийняті одним або різними суб'єктами правотворчості; 4) регулюють одні і ті ж або подібні (суміжні) суспільні відносини; 5) пропонують різні шляхи регулювання; 6) застосування кожного з них дає різний, зокрема протилежний результат; 7) солідарне або субсидіарне застосування суперечливих правових актів неможливе.

Погляди науковців мають розбіжність лише щодо одного питання: колізія – це протиріччя тільки між різними нормативними правовими актами або і між їх нормами.

Розглянемо види колізій. Слід зазначити, що класифікація видів колізій проводиться за різними підставами. Якщо розглядати класифікацію колізій з позиції системи права, тоді можливо виділити міжправові, міжгалузеві та внутрішньогалузеві колізії.

Міжправові колізії виникають між нормами права, які належать до різних правових систем. Особливість цих протиріч у тому, що вони носять найпоширеніший, масовий характер і заподіюють інтересам держави й громадян найбільшу шкоду.

Міжгалузеві колізії представляють собою відносини, які виникають між приписами різних галузей права, таких як кримінальне, кримінально-процесуальне, кримінально-виконавче, конституційне, адміністративне та ін.

Внутрішньогалузеві колізії виникають між нормами права однієї галузевої належності.

З урахуванням заявленої теми статті розглянемо більш детально міжгалузеві колізії. На наш погляд, колізії – це один із видів взаємозв'язків, які виникають між нормами двох галузей права, а тому доцільно надати визначення цього поняття. Під міжгалузевими взаємозв'язками кримінально-правових та кримінально-процесуальних норм слід розуміти взаємодію нормативних положень кримінального та кримінально-процесуального законодавства про права і обов'язки суб'єктів суспільних відносин, що виникають в результаті скоєння злочину. Таку взаємодію необхідно враховувати при законодавчому конструюванні і вживанні норм названих галузей. Між галузями складаються такі функціональні зв'язки при яких зміна в нормах однієї галузі законодавства може викликати певну зміну в нормах іншої галузі. В цьому випадку виникають непогодженості у наслідок колізії норм кримінального та кримінально-процесуального законодавства.

Колізії норм кримінального та кримінально-процесуального законодавства, у свою чергу, це такі взаємозв'язки, при яких матеріальні і процесуальні норми кримінального законодавства суперечать один одному в регулюванні одного фактичного відношення [7, с. 11].

Для вирішення питання про причини виникнення колізій між кримінальним та кримінально-процесуальним законодавством слід розглянути ознаки колізій. Колізії: 1) є відносинами, що виникають тільки між нормами права, закріпленими в законодавстві; не можуть утворюватися між нормами, вираженими в інших джерелах права, а також між нормою права й актом її тлумачення, між актами тлумачення; 2) є відносинами між нормами, що виникають з приводу регулювання одних фактичних обставин; 3) утворюються тільки у випадку регулювання фактичних відносин принаймні двома нормами права; 4) існують за наявності двох або більше реально чи формально чинних норм. Норми не чинного юридичного акта (тобто скасованого як фактично, так і формально, який при цьому не має дії чи зворотної сили) не можуть вступати в колізію з чинними нормами.

Від колізій правових норм слід відрізнити їх конкуренцію. У юридичній літературі висловлено кілька точок зору щодо співвідношення колізії та конкуренції норм. Перша група вчених вважає, що колізія є частиною конкуренції (В. Малков, С. Сауляк та ін.) [8, с. 87]. Друга група юристів розглядає конкуренцію як частину колізії (А. Чеданцев, Н. Власенко та ін.) [9, с. 60]. Третя дотримується думки, що конкуренція та колізія – тотожні поняття (З. Незнамова та ін.) [10, с. 15]. Четверта впевнена, що колізія та конкуренція – це різні поняття, ніяк не взаємопов'язані між собою (В. Кудрявцев та ін.) [11, с. 246].



Остання позиція видається найбільш обґрунтованою, оскільки в літературі доведено, що конкуренція кримінально-правових норм виникає тоді, коли одна, дві, три і більше норм регулюють ті ж самі тотожні суспільні відносини, лише з різною мірою конкретизації, деталізації, об'єму тощо. Це, як правило, норми різної юридичної сили та рівня.

Слід звернути увагу на те, що, окрім поняття колізії, виокремлюють термін колізії в законодавстві, під якими розуміють суперечності або розбіжності між приписами нормативно-правових актів, що регулюють однакові правові відносини і виявляються в процесі їх застосування компетентними органами і уповноваженими посадовими особами [12, с. 140].

Виділяються такі причини породження колізій в законодавстві, як недосконалість законів, судові помилки, довільне тлумачення Конституції й інших нормативно-правових актів, вихід окремих державних органів за межі своєї компетенції.

Серед причин законодавчих колізій передусім слід виділити недоліки законотворчої діяльності в Україні, до яких віднесено невиправдану поспішність підготовки і прийняття законодавчих рішень. У зв'язку з тим, що підготовка проекту розробниками проводиться у невеликі чітко встановлені строки, виникає проблема збору необхідних підготовчих матеріалів, проведення соціологічних досліджень, аналізу іноземного законодавства з відповідного питання, фінансового обґрунтування, відпрацювання формулювання майбутніх норм, проведення їхнього широко і кваліфікованого обговорення.

Також слід відмітити, що колізія породжується самою системою права. До таких причин можна віднести різницю в часі прийняття правових інститутів і норм; регулювання суспільних відносин з урахуванням суттєво відмінних умов суспільного життя правовими інститутами і нормами, прийнятими в різний час; дещо випереджаючий розвиток підзаконного регулювання тих суспільних відносин, які повинні бути врегульовані законодавчими актами, що призводить не лише до порушення принципів підзаконного регулювання, а й до створення умов щодо проблемності та суперечливості законодавства; прийняття законів з питань, які можуть бути врегульовані підзаконними актами; непродумане запозичення національним законодавством іноземних правових інститутів та норм без урахування особливостей національно-правової системи, культури та менталітету тощо.

Також ефективним способом вирішення проблем юридичних суперечностей є тлумачення, яке дає можливість виявити колізії в законодавстві, встановити зв'язок загальних і спеціальних норм, допомагає правильно зрозуміти сферу їх дії, коло осіб, на яких поширюється дія, зміст того чи іншого законодавчого терміна.

На підставі проведеного аналізу можна зробити наступні **висновки**.

Вченими не вироблено єдиного підходу до розуміння правового змісту колізій, що додатково свідчить про складність цього суспільного явища. Критичне осмислення ознак колізій дає підстави стверджувати, що вони є протиріччями між кількома правовими актами чи їх нормами, що прийняті одним або кількома

суб'єктами правотворчості. Колізії в законодавстві – це один із видів юридичних колізій правової системи України.

Колізії між кримінальним та кримінально-процесуальними правом є одним із видів взаємозв'язків, які виникають між нормами цих двох галузей.

Міжгалузевими взаємозв'язками кримінально-правових та кримінально-процесуальних норм є взаємодія нормативних положень кримінального та кримінально-процесуального законодавства про права і обов'язки суб'єктів суспільних відносин, що виникають в результаті скоєння злочину.

Вирішити проблеми колізій у законодавстві України можна заходами попередження їх появи. Серед превентивних або попереджувальних заходів проти виникнення колізій можна відзначити наступні: 1) прогнозування та планування нормотворчої діяльності; 2) вдосконалення законодавчої техніки; 3) проведення правової експертизи проектів нормативно-правових актів; 4) систематизація законодавства.

Усунення колізій правових актів у процесі правозастосування можливо досягти такими заходами як: 1) скасування одного (або декількох) колізійних актів; 2) внесення змін у нормативно-правовий акт; 3) прийняття нової норми (або нормативно-правового акта); 4) судовий розгляд.

Для усунення законодавчих колізій шляхом внесення змін необхідно: 1) виявити дійсне існування колізії; 2) визначити спосіб подолання колізії; 3) визначити, який орган буде вносити зміни; 4) визначити орган, який буде розробляти проект внесення змін; 5) розробити проект внесення змін; 6) прийняти проект внесення змін нормотворчим органом.

1. *Колізії в законодавстві України: проблеми теорії і практики /Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 23-24 жовтня 1995 р.). Вид-во "Генеза", 1996. – 122 с.*
2. *Словник інішомовних слів. - К.: Довіра, 2000. - 535 с.*
3. *Малков В. П. Совокупность преступлений: (Вопросы квалификации и назначения наказания). - Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1974. - 307 с.*
4. *Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. - М.: Норма-Инфра, 1999. - 365 с.*
5. *Алексеев С.С. Государство и право: начальный курс. - М.: Юридическая литература, 1993. - 260 с.*
6. *Щебельський В.Є. Колізія нормативних актів / Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С.Шемиченко (голова редкол.) та ін. - К., 2001. - Т. 3. - 792 с.*
7. *Кваліфікація злочинів: Навч. Посіб. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського.-К.: Істина, 2010. – 430 с.*
8. *Сауляк С.Ф. Проблема конкуренции уголовно-правовых норм: Дис. ... канд. юрид. наук. – М.: Академия МВД СССР, 1990. – 186 с.*
9. *Черданцев А.Ф. Системность норм права. - Свердловск, 1972. - 60 с.*
10. *Незнамова З. А. Коллизии в уголовном праве: Монография, Изд-во. 1994.— 284 с.*
11. *Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. — М.: Юридическая литература, 1972. 352 с.*

12. Гончаров Д.Ю. *Взаимосвязи и коллизии норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. - М., 2005. - 187с.*

*Ткачук І.С. Загальна характеристика колізій як окремого виду взаємозв'язків норм кримінального та кримінально- процесуального права*

У роботі досліджено поняття колізії як окремого виду взаємозв'язків кримінального та кримінально-процесуального права. Визначені причини їх виникнення та можливі напрямки вдосконалення законодавства.

**Ключеві слова:** колізія, конкуренція, міжгалузеві взаємозв'язки, міжгалузєва колізія.

*Ткачук И.С. Общая характеристика коллизии как отдельного вида взаимосвязи уголовного и уголовно-процессуального права*

В работе исследовано понятие коллизии как отдельного вида взаимосвязи уголовного и уголовно-процессуального права. Определены причины их возникновения и возможные направления усовершенствования законодательства.

**Ключевые слова:** коллизия, конкуренция, межотраслевые связи, межотраслевая коллизия.

*Tkachuk I.S. The general notion of "conflict of laws" as the way of interconnection between criminal law and criminal procedural law.*

The article is devoted to the term "conflict of laws", which defines the way of interconnection between criminal law and criminal procedural law. The reasons of occurrence of conflict of laws are researched, the ways for improvement of the effective legislation are formulated.

**Key words:** conflict of laws, competition, inter-branch links, inter-branch conflict of laws.

**ФЕДОРАК Л.М.**

## **СПІВВІДНОШЕННЯ ОСОБИ ВИННОГО ІЗ ОБСТАВИНАМИ, ЩО ПОМ'ЯКШУЮТЬ ПОКАРАННЯ**

УДК 343.211.3

**Актуальність теми.** Особа винного та обставини, що пом'якшують покарання, є загальними засадами призначення покарання. Зважаючи на те, що нормативно поняття ні першого, ні другого не визначено, крім того, перелік пом'якшуючих обставин не вичерпний, виникають проблемні питання визначення та співвідношення відповідних категорій.

**Ступінь розробки теми.** Над питаннями визначення особи винного та обставин, що пом'якшують покарання працювали Л.А. Доліненко, І.І. Карпець, О.Г. Колб, Л.Л. Кругліков, О.А. Мясніков, В.О. Навроцький, Т.І. Нікіфорова, В.В. Полтавець, Т.В. Сахарук, П.Л. Фріс, Г.І. Чечель, С.С. Яценко та інші. Однак питання співвідношення зазначених категорій у зазначених працях не знайшло одностайного вирішення.

**Мета публікації** є визначення критеріїв розмежування особи винного та обставин, що пом'якшують покарання.

**Основний зміст.** Станом на сьогоднішній день немає чіткого розуміння змісту особи винного. Вказану прогалину намагався заповнити Пленум Верховного Суду України у своїй постанові від 24 жовтня 2003 року із наступними змінами та доповненнями «Про практику призначення судами кримінального

покарання», яка в абзаці 3 п. 3 роз'яснює, що суд, досліджуючи дані про особу винного, повинен з'ясувати його вік, стан здоров'я, поведінку до вчинення злочину як у побуті, так і за місцем роботи, навчання, його минуле (зокрема наявність незнятих чи непогашених судимостей, адміністративних стягнень), склад сім'ї (наявність на утриманні дітей та осіб похилого віку), його матеріальний стан тощо [1].

Вказаний перелік є відкритим та включає також дані, що не мають кримінально-правового значення. Таку позицію слід підтримати, оскільки визначити все розмаїття даних, які можуть мати місце, неможливо. В свою чергу, обмеженість даними, що мають кримінально-правове значення, не дасть повного розуміння, в першу чергу, внутрішнього світу особи, яка скоїла злочин, а відповідно і причин, мотивів, мети, рівня психологічного розвитку особи, а також самого процесу формування антисуспільної спрямованості особи, тощо.

Загальноприйнятою є думка, що не існує такої властивості особи, яка б визивала поведінку з порушенням норм і відрізняла б осіб, які характеризуються такою поведінкою, від осіб, які дотримуються соціальних норм [2, с. 158].

Саме тому в контексті особи винного слід з'ясувати дані, які всесторонньо характеризують особу як члена суспільства.

Таку ж думку підтримують більшість опитаних працівників прокуратури (62,5 %) та 44,4 % опитаних суддів (опитування проводились серед суддів та працівників прокуратури в Івано-Франківській області). В той же час 33,5 % опитаних працівників прокуратури та 50 % суддів вважають, що в якості особи винного слід враховувати дані, які мають кримінально-правове значення; 5,6 % суддів взагалі не дали відповіді на зазначене питання.

Деякі учені зробили спробу навести перелік даних, які визначають особу винного.

Одні з них до особи відносять такі біологічні якості людини, як вік, стать, стан здоров'я; психологічні характеристики: наявність чи відсутність психічних аномалій, рівень інтелектуального розвитку; соціальні: виробнича, навчальна, культурно-побутова характеристики особи [3, с. 41].

В свою чергу В.К. Гришук, П.С. Дагель та Т.І. Нікіфорова вважають, що особа винного включає характеристики, які мають кримінально-правове значення [4, с. 158; 5, с. 15; 6, с. 27]. До них, на думку В.К. Гришука, відносяться як позитивні, так негативні соціальні, фізичні, психічні і правові елементи [4, с. 158]. П.С. Дагель не визначає правові ознаки, однак включає в поняття «особа винного» соціально-політичні ознаки [6, с. 15].

В.М. Бурлаков, М.Д. Гомонов вважають, що необхідно враховувати ті властивості особи винного, які проявилися у механізмі злочинного діяння чи значимі для індивідуалізації покарання [2, с. 158].

Таким чином, зміст особи винного розкритий В.М. Бурлаковим, М.Д. Гомоновим, В.К. Грищуком, П.С. Дагелем та Т.І. Нікіфоровою, є досить широким і стосується різних сфер життя особи.

Т.В. Сахарук звертає увагу на той факт, що особу винного слід розглядати не лише як результат, але й як процес її формування [7, с. 113]. Звідси, можна прийти до висновку, що при врахуванні особи винного в процесі призначення пока-

рання необхідно визначити передкримінальну, кримінальну та посткримінальну поведінку винного. Перші дві детально охарактеризовані у ряді публікацій автора, крім того, кримінальна поведінка включена до ознак складу злочину. Інтерес становить посткримінальна поведінка особи винного. Як стверджує В.О. Навроцький, вона тягне як позитивні (може мати ознаки позитивної посткримінальної поведінки), так і негативні наслідки (може характеризувати вчинений раніше злочин - підтверджувати мету, свідчити про мотиви дій винного; вести до «перетворення» простого виду злочину в кваліфікований, простого чикваліфікованого - особливо кваліфікований; становити собою склад іншого злочину) [8, с. 100]. В свою чергу, П.Л. Фріс пише про постзлочинну поведінку особи, відносячи до неї деякі пом'якшуючі покарання обставини [9, с. 105].

Саме в такому контексті поняття особи винного переплітається із обставинами, що пом'якшують покарання. З'явлення із зізнанням, щире каяття або активне сприяння розкриттю злочину; добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди; надання медичної або іншої допомоги потерпілому безпосередньо після вчинення злочину – все це обставини, що пом'якшують покарання, і одночасно характеризують посткримінальну поведінку особи винного.

В питанні співвідношення особи винного і обставин, що пом'якшують покарання, учені вважають, що деякі із даних про особу можуть відноситись до обставин і при призначенні покарання повинні враховуватись як обставини, що пом'якшують покарання [10, с. 258; 11, с. 130; 12, с. 146]. Тобто обставини, що пом'якшують покарання, конкретизують категорію «особа винного».

При аналізі даного питання було досліджено судову практику (1300 вироків, проголошених в Україні в період з 01.01.2010 року по 31.12.2011 року). Слід зазначити, що ряд суддів при призначенні покарання ідуть протилежним шляхом. У досліджуваній судовій практиці зустрічались випадки застосування у якості даних про особу винного обставин, які визначені ч. 1 ст. 66 КК України як пом'якшуючі покарання: щире каяття – у 3 % вироків, активне сприяння розкриттю злочину – у 1 % вироків, добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди – у 2,5 % вироків, вчинення злочину неповнолітнім – у 1 % вироків.

Існує ще й позиція, згідно якої перелік обставин щодо самої події вчинення злочину, а також обставин щодо особи злочинця – це пом'якшуючі покарання обставини [13, с. 265; 14, с. 12]. Звідси, обставини, що пом'якшують покарання, окрім особи винного, конкретизують ступінь тяжкості вчиненого злочину.

Проте вказане суперечить позиції про самостійний характер кожної із загальних засад призначення покарання.

До переліку обставин, що пом'якшують покарання, включені обставини, які характеризують особу винного (визначають посткримінальну поведінку особи, а також особистісні характеристики, які згідно напрацювань таких галузей науки, як біологія та психологія, дають підстави стверджувати про можливість певної некерованої та/чи неусвідомленої поведінки особи).

Таким чином, до обставин, що пом'якшують покарання, відносяться дані, які характеризують особу винного, та перебувають у прямому причинному

зв'язку із злочином (мають кримінально-правове значення). В свою чергу, поняття особи винного включає всю сукупність даних, які всесторонньо характеризують винного як будь-яку іншу особу.

**Висновки.** Отже, пом'якшуючі обставини, визначені ч. 1 ст.66 КК України повинні враховуватись в якості цієї категорії, а будь-які інші дані, які характеризують особу в якості «особи винного».

1. *Постанова Пленуму Верховного Суду України № 7 від 24.10.2003 р. «Про практику призначення судами кримінального покарання» з текстами внесених у неї змін та доповнень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/2B7E0AAF30853651C3256DF7002E9A19?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=2B7E0AAF30853651C3256DF7002E9A19&Count=500&>*
2. *Бурлаков В. Н., Гомонов Н. Д. Патопсихологические особенности личности и механизм преступного поведения / В. Н. Бурлаков, Н. Д. Гомонов // Правоведение. – 2001. - № 3. – С. 157-162*
3. *Іванюк Т. І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України: дис. ...кандидата юрид. наук: 12.00.08 / Іванюк Тетяна Іванівна. - Львів, 2006. – 203 с.*
4. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 5-те вид., переробл. та доповн./ [За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка]. – К.: Юридична думка, 2008. – 1216 с.*
5. *Дагель П. С. Учение о личности преступника в советском уголовном праве / П. С. Дагель. – Владивосток: Изд-во Дальневосточ. ун-та, 1970. – 132 с.*
6. *Нікіфорова Т. І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України / Т. І. Нікіфорова. – Х.: Харків юридичний, 2009. – 208 с.*
7. *Сахарук Т. В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним правом України та зарубіжних країн: порівняльний аналіз: дис. ...кандидата юрид. наук: 12.00.08/ Сахарук Тетяна Валеріївна. - Харків, 2006. – 226 с.*
8. *Навроцький В. О. Посткримінальна поведінка: поняття, види, правове значення / В. О. Навроцький // Проблеми пенітенціарної теорії і практики: Щорічний бюлетень / [За заг. ред. д-ра юрид. наук, професора А. А. Музики]. – К.: КЮІ КНУВС, 2005. – 688 с.*
9. *Фріс П. Л. Постзлочинна поведінка як об'єкт правового регулювання та її врахування в правозастосувальні та профілактичній діяльності П. Л. Фріс // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. (Збірник наукових статей викладачів юридичного факультету). Випуск IV. – Івано-Франківськ, 2000. – С. 105-119.*
10. *Савченко А. В. Сучасне кримінальне право України: Курс лекцій/ А. В. Савченко, В. В. Кузнецов, О. Ф. Штанько. – К.: Вид. ПАЛИВОДА А. В., 2005. – 640 с.*
11. *Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: За станом законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України на 12 грудня 2001р./ [За ред. С. С. Яценка]. – К.: А. С. К., 2002. – 936 с.*

12. Горбач Л. С., Колб О. Г. Загальні засади призначення кримінальних покарань в Україні: [Навчальний посібник] / Л. С. Горбач, О. Г. Колб; [За заг. ред. О. Г. Колба]. – Луцьк: РВВ «Века», 2006. – 241 с.
13. Кримінальне право України: Загальна частина: [Підручник] / [Ю. В. Александров, В. І. Антипов, М. В. Володько та ін.]. – [Вид. 3-тє, переробл. та допов.]. - За ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2004. – 352 с.
14. Мясников О. А. Смягчающие и отягчающие обстоятельства в теории, законодательстве и судебной практике / О. А. Мясников. - М.: ООО Издательство «Юрилинформ», 2002. – 240 с.

***Федорак Л.М. Співвідношення особи винного із обставинами, що пом'якшують покарання***

Стаття присвячена питанню визначення змісту особи винного та обставин, що пом'якшують покарання. Вказане дасть можливість вирішити питання їх співвідношення на основі дослідження судової практики та визначення основних тенденцій у науці з вказаного питання.

**Ключові слова:** призначення покарання; особа винного; обставини, що пом'якшують покарання, загальні засади.

***Федорак Л. Н. Соотношение личности виновного с обстоятельствами, которые смягчают наказание.***

Статья посвящена вопросу определения содержания личности виновного та обстоятельств, которые смягчают наказание. Указанное даст возможность решить вопросы их соотношения на основании изучения судебной практики и определения основных тенденций у науке с указанного вопроса.

**Ключевые слова:** назначение наказания; личность виновного; обстоятельства, которые смягчают наказание, общие начала.

***Fedorak L.M. Ratio offender of the circumstances in mitigation penalty***

The article is devoted to the issue of the definition of the offender and the circumstances in mitigation of punishment. The above will allow to solve the problem of value based on a study of judicial practice and identifying key trends in science on the given issue.

**Keywords:** sentencing, the offender, the circumstances in mitigation of punishment, general principles.

# ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

Попов Г.В.

## ОСОБЛИВОСТІ ДОСЛІДЧОЇ ПЕРЕВІРКИ ЗА ФАКТАМИ БЕЗПІДСТАВНОЇ НЕВИПЛАТИ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ

УДК: 343.983

Відповідно до частин 1 та 7 ст. 43 Конституції України кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується.

Право на своєчасне одержання винагороди за працю захищається законом [1].

Згідно з ч. 1 ст. 1 Закону України „Про оплату праці” заробітна плата – це винагорода, обчислена, як правило, у грошовому виразі, яку за трудовим договором власник або уповноважений ним орган виплачує працівникові за виконану ним роботу [2].

Визнаючи важливість захисту конституційного права громадян на оплату праці, законодавець статтею 175 КК України криміналізував діяння щодо невиконання заробітної плати.

Так, згідно з ч. 1 ст. 175 КК України відповідальність передбачається за безпідставну невиконання заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої установленної законом виплати громадянам більш як за один місяць, вчинену умисно керівником підприємства, установи або організації незалежно від форми власності чи громадянином – суб’єктом підприємницької діяльності [3].

Між тим, на жаль, порушення у сфері оплати праці й досі мають доволі поширений характер. Наприклад, як свідчить прокурорсько-слідча практика, протягом 2011 року у сфері погашення заборгованості із заробітної плати порушено 1013 кримінальних справ, розглянуто із вжиттям заходів 9309 приписів і подань, задоволено 409 протестів, притягнуто до відповідальності 836 посадових осіб органів державної виконавчої влади та місцевого самоврядування, 424 посадові особи органів державного контролю, 3449 посадових осіб підприємств, установ та організацій. Крім того, за актами прокурорського реагування відшкодовано 1585229 тис. грн [4].

Власне бачення окремих проблем проведення дослідчих перевірок свого часу висловлювали: О. Дроздов, П. Елькінд, В. Маляренко, В. Пивоваров, М. Строгович, В. Тертишник, І. Фойницький та інші.

Проте особливості дослідчих перевірок у вказаній сфері суспільних відносин все ж потребує свого окремого дослідження.

Отож мета цієї статті полягає у дослідженні характерних рис дослідчої перевірки за фактами безпідставної невиконання заробітної плати, залучення до про-



ведення дослідчих перевірок спеціалістів державних контролюючих органів, а також фахівців з бухгалтерського обліку.

Потрібно зазначити, що безпосереднім об'єктом вказаного злочину є суспільні відносини, які забезпечують своєчасне отримання громадянами заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої установленої законом виплати.

Потерпілий від злочину – це працівник, якому повинна бути виплачена заробітна плата, стипендія, пенсія чи інша установлена законом виплата [5, с. 126].

Здійснюючи дослідчу перевірку, слід обов'язково враховувати, що відповідно до ст. 2 Закону України „Про оплату праці” структура заробітної праці наступна:

- основна заробітна плата – це винагорода за виконану роботу відповідно до встановлених норм праці (норми часу, виробітку, обслуговування, посадові обов'язки). Вона встановлюється у вигляді тарифних ставок (окладів) і відрядних розцінок для робітників та посадових окладів для службовців;

- додаткова заробітна плата – це винагорода за працю понад установлені норми, за трудові успіхи та винахідливість і за особливі умови праці. Вона включає доплати, надбавки, гарантійні і компенсаційні виплати, передбачені чинним законодавством; премії, пов'язані з виконанням виробничих завдань і функцій;

- інші заохочувальні та компенсаційні виплати. До них належать виплати у формі винагород за підсумками роботи за рік, премії за спеціальними системами і положеннями, компенсаційні та інші грошові і матеріальні виплати, які не передбачені актами чинного законодавства або які провадяться понад встановлені зазначеними актами норми [2].

Потрібно зауважити, що об'єктивна сторона злочину виражається в безпідставній невилплаті громадянам заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат більше ніж за один місяць. Під невилплатою заробітної плати, стипендії чи пенсії слід розуміти неповну або несвоєчасну виплату громадянам зазначених видів виплат. Невилплата як ознака даного злочину має місце там, де вона: а) є безпідставною; б) триває понад один місяць [6, с. 464].

Безпідставність невилплати має місце в тих випадках, коли існувала реальна можливість виплати, однак виплата не відбулась [5, с. 126].

Суб'єктивна сторона цього злочину характеризується прямим умислом. Мотиви та мета можуть бути різними і не впливають на кваліфікацію [5, с. 126].

Під час проведення дослідчої перевірки обов'язково слід звернути увагу на об'єктивні та суб'єктивні причини невилплати протягом певного часу працівникам заробітної плати, а також чітко визначити й документально підтвердити точний розмір заборгованості та конкретні строки її утворення.

Окрім того, необхідно обов'язково досліджувати питання безпідставності та умисності невилплати заробітної плати, здобути і належним чином оформити процесуальні докази на підтвердження цих обставин.

Крім того, важливо звернути увагу, що суб'єктом злочину є керівник підприємства, установи, організації незалежно від форми власності (тобто суб'єкт спеціальний) [5, с. 126]. Суб'єктом цього злочину також може бути особа, яка фактично виконує обов'язки керівника на законних підставах. Наприклад, від-

повідно до наказу про призначення особи тимчасово виконуючим обов'язки керівника.

Під час перевірки потрібно зібрати достатні і повні дані щодо ознак злочину в діях саме тієї особи, стосовно якої вирішується питання про порушення кримінальної справи, оскільки суб'єктом злочину, передбаченого ст. 175 КК України, є керівник підприємства, установи, організації незалежно від форм власності чи громадянин – суб'єкт підприємницької діяльності, тому кримінальна справа відповідно до вимог ч. 2 ст. 98 КПК України повинна порушуватись щодо цього керівника або громадянина, а не за фактом невилплати заробітної плати [7, с. 22].

У ч. 2 ст. 175 КК України передбачено відповідальність за те саме діяння, якщо воно було вчинене внаслідок нецільового використання коштів, призначених для цих виплат.

Нецільовим слід визнавати використання зазначених коштів на будь-які заходи, не пов'язані з їх виплатою як заробітної плати, стипендії, пенсії та інших установлених законом виплат (наприклад, для придбання сировини, обладнання, техніки, різних товарів, на оплату оренди, послуг, будівництво чи ремонт приміщення тощо). Вказана невилплата вважається також такою, що сталася внаслідок нецільового використання зазначених коштів, якщо вона мала місце в результаті порушення вимог законодавства, відповідно до якого оплата праці працівників підприємств та організацій, у тому числі тих, що знаходяться на госпрозрахунку й отримують дотації з бюджету, здійснюється в першочерговому порядку після сплати обов'язкових платежів. Якщо нецільове використання даних коштів пов'язане із вчиненням іншого злочину (наприклад, викраденням майна, зловживанням владою чи службовим становищем, службовим підробленням), вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів [7, с.20-21].

Також важливо підкреслити: якщо нецільове використання зазначених коштів було пов'язане зі скоєнням іншого злочину, наприклад, привласненням чужого майна, зловживанням владою чи службовим становищем, службовим підробленням, то вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів статтями КК України: ст. 175 „Невилплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат“; ст. 191 „Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем“; ст. 364 „Зловживання владою або службовим становищем“; ст. 366 „Службове підроблення“.

У тих випадках, коли предметом нецільового використання були бюджетні кошти, вчинене утворює ідеальну сукупність злочинів і потребує кваліфікації за ч. 2 ст. 175 „Невилплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат“ КК України та ст. 210 „Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням“ КК України [8, с. 520].

При проведенні дослідчої перевірки за необхідності з'ясування тих або інших питань доцільно залучати спеціалістів, зокрема, Державної інспекції України з питань праці, Пенсійного фонду України, Державної податкової служби України, Державної фінансової інспекції України, фахівців з бухгалтерського обліку тощо.

Основними формами участі спеціалістів у роботі прокурорів є: консультації для з'ясування питань, що виникли; доручення керівникам та посадовим особам піднаглядних об'єктів проведення перевірок та ревізій діяльності підконтрольних або підвідомчих їм організацій; участь спеціалістів при отриманні прокурором пояснень посадових осіб, відборі необхідних документів [9, с. 248].

Також потрібно зауважити, що відповідно до пп. 1 п. 4 Положення про Державну інспекцію України з питань праці (далі – Держпраці України) [10] остання серед іншого відповідно до покладених на неї завдань здійснює державний нагляд та контроль за додержанням підприємствами, установами, організаціями незалежно від форм власності, виду діяльності, господарювання, фізичними особами, які використовують найману працю та працю фізичних осіб, Радою міністрів Автономної Республіки Крим, органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування (далі – роботодавці) законодавства про працю з питань трудових відносин, робочого часу та часу відпочинку, нормування праці, оплати праці, надання гарантій і компенсацій, пільг для працівників, які поєднують роботу з навчанням, дотримання трудової дисципліни, умов праці жінок, молоді, інвалідів, надання пільг і компенсацій за важкі та шкідливі умови праці, забезпечення спеціальним одягом і спеціальним взуттям, засобами індивідуального захисту, мийними та знешкоджувальними засобами, молоком і лікувально-профілактичним харчуванням; проведення обов'язкових медичних оглядів працівників певних категорій; дотримання режимів праці та інших норм законодавства.

Важливо звернути увагу й на особливості взаємодії органів прокуратури з Державною фінансовою інспекцією України. Так, згідно з п. 4 Положення про Державну фінансову інспекцію України, затвердженого Указом Президента України від 23 квітня 2011 року № 499/2011, Держфінінспекція України відповідно до покладених на неї завдань:

1) здійснює державний фінансовий контроль за:

- використанням і збереженням державних фінансових ресурсів, необоротних та інших активів, правильністю визначення потреби в бюджетних коштах та взяттям зобов'язань, ефективним використанням коштів і майна, станом і достовірністю бухгалтерського обліку і фінансової звітності у міністерствах та інших органах виконавчої влади, державних фондах, фондах загальнообов'язкового державного соціального страхування, бюджетних установах і суб'єктах господарювання державного сектору економіки, а також на підприємствах, в установах та організаціях, які отримують (отримували) в періоді, який перевіряється) кошти з бюджетів усіх рівнів, державних фондів та фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування або використовують (використовували у періоді, який перевіряється) державне чи комунальне майно, за дотриманням законодавства на всіх стадіях бюджетного процесу щодо державного і місцевих бюджетів;

- дотриманням законодавства про державні закупівлі;

- діяльністю суб'єктів господарської діяльності незалежно від форми власності, які не віднесені законодавством до підконтрольних установ, за рішенням

суду, винесеним на підставі подання прокурора або слідчого для забезпечення розслідування кримінальної справи;

2) здійснює контроль за:

- виконанням функцій з управління об'єктами державної власності;
- цільовим використанням коштів державного і місцевих бюджетів;
- цільовим використанням і своєчасним поверненням кредитів (позик), одержаних під державні (місцеві) гарантії;
- складанням бюджетної звітності, паспортів бюджетних програм та звітів про їх виконання (у разі застосування програмно-цільового методу у бюджетному процесі), кошторисів та інших документів, що застосовуються в процесі виконання бюджету;
- станом внутрішнього контролю та внутрішнього аудиту у розпорядників бюджетних коштів;
- усуненням виявлених недоліків і порушень.

Безпосередньо на врегулювання особливостей співпраці прокуратури України та Державної фінансової інспекції України спрямовані норми Порядку взаємодії між органами державної контрольно-ревізійної служби та органами прокуратури, внутрішніх справ і Служби безпеки України (далі – Порядок), затвердженого спільним наказом Голови Головного контрольно-ревізійного управління України, Міністра внутрішніх справ України, Голови Служби безпеки України, Генерального прокурора України від 19.10.06 № 346/1025/685/53. Порядок спрямований на забезпечення ефективної взаємодії між органами Державної фінансової інспекції України (далі – ДФІУ) та органами прокуратури, внутрішніх справ і Служби безпеки України (далі – правоохоронні органи) з питань розгляду звернень правоохоронних органів, призначення, організації та проведення ревізій за ними, передачі їм матеріалів ревізій за власною ініціативою органів ДФІУ, зворотного інформування про результати розгляду переданих матеріалів, виділення спеціалістів органів ДФІУ, інших питань, що мають місце при виконанні органами ДФІУ та правоохоронними органами покладених на них завдань [11].

Відповідно до п. 2.3 Положення звернення правоохоронного органу щодо проведення ревізії повинно містити такі відомості:

- повну назву об'єкта контролю, його місцезнаходження, код ЄДРПОУ, дані про організаційно-правову форму;
- інформацію про належність об'єкта контролю до підконтрольних установ, чи одержував об'єкт контролю у періоді, що підлягає ревізії, бюджетні кошти або кошти державних фондів та/або використовував державне чи комунальне майно;
- обґрунтування необхідності проведення ревізії – коротку суть фактів, що свідчать про порушення об'єктом контролю законів України, контроль за додержанням яких віднесено до компетенції органів ДФІУ;
- конкретні питання, які підлягають перевірці органом ДФІУ в межах його компетенції;
- період, за який слід перевірити діяльність об'єкта контролю з визначених питань;

- найменування підрозділу правоохоронного органу, номер телефону і прізвище його працівника, з яким слід підтримувати зв'язок для вирішення питань, що потребують втручання правоохоронного органу.

Доцільно також зазначити, що характерними обставинами, за яких найчастіше має місце не виплата заробітної плати та інших виплат, є наступні: скрутне фінансове становище підприємства, установи, організації; наявність значної заборгованості із заробітної плати, яка виникла з вини попереднього керівника; необхідність сплатити податки, збори та інші обов'язкові платежі, погасити банківські кредити; спрямування коштів на поточні невідкладні потреби підприємств для забезпечення виробничої та господарської діяльності або попередження банкрутства (закупівля паливно-мастильних матеріалів, запасних частин, комплектуючих деталей для техніки, а також сировини і т. ін.) [7, с.23].

Частина 3 ст. 175 КК України містить заохочувальну норму і передбачає можливість звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вчинила даний злочин. Звільнення від кримінальної відповідальності в даному випадку можливе за наявності двох умов: а) особа здійснила виплату заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої встановленої законом виплати громадянам; б) це було зроблено до притягнення її до кримінальної відповідальності [8, с. 520].

Наприкінці зазначимо, що, на жаль обсяг статті не дає можливості ґрунтовніше дослідити особливості дослідчої перевірки фактів безпідставної не виплати заробітної плати. Проте розкриті вище окремі нюанси проведення таких дій, сподіваємось, стануть у нагоді як вже діючим, так і майбутнім працівникам прокуратури.

1. Конституція України від 28 червня 1996 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр/page>
2. Про оплату праці: закон України від 24 березня 1995 року № 108/95-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/108/95-вр>
3. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року № 2341-III: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>
4. Збірник статистичної інформації про роботу прокурора за 12 місяців 2011 року по Україні (у розрізі областей): Офіційний сайт Генеральної прокуратури України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.gp.gov.ua/ua/statistics.html?\\_m=fslib&\\_t=fsfile&\\_c=download&file\\_id=173444](http://www.gp.gov.ua/ua/statistics.html?_m=fslib&_t=fsfile&_c=download&file_id=173444)
5. Кримінальне право України. Особлива частина: підруч. / [Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.]; за ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – [3-є вид., перероб. і допов.]. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 624 с.
6. Кримінальний кодекс: науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін. За заг. ред. В.Т. Маляренка, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – [2-ге вид., перероб. та допов.]. – Х.: ТОВ „Одіссей”, 2004. – 1152 с.
7. Методичні рекомендації щодо особливостей правозахисної діяльності з питань захисту прав громадян на працю та її оплату, а також дослідчих перевірок, досудового слідства та підтримання державного обвинувачення у кримінальних справах про не виплату заробітної плати, стипендії, пенсії

чи інших установлених законом виплат. – К.: Прокуратура м. Києва, 2011. – 63 с.

8. 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.: Концерн “Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003. – 1196 с.
9. Настольная книга прокурора / [Андреев Б.В., Алексеев А.И., Амиров К.Ф. и др.]; под ред. С.И. Герасимова. – М.: Научно-исследовательский институт проблем укрепления законности и правопорядка, 2002. – 840 с.
10. Положення про Державну інспекцію України з питань праці, затверджене Указом Президента України від 6 квітня 2011 року № 386/2011: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/386/2011>
11. Порядок взаємодії між органами державної контрольно-ревізійної служби та органами прокуратури, внутрішніх справ і Служби безпеки України, затверджений спільним наказом Голови Головного контрольно-ревізійного управління України, Міністра внутрішніх справ України, Голови Служби безпеки України, Генерального прокурора України від 19 жовтня 2006 року № 346/1025/685/53: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1166-06>

***Попов Г.В. Особливості дослідчої перевірки за фактами безпідставної невиклати заробітної плати***

У статті досліджуються особливості дослідчої перевірки за фактами безпідставної невиклати заробітної плати. Звернено увагу на особливості залучення до проведення дослідчих перевірок спеціалістів державних контролюючих органів, а також фахівців з бухгалтерського обліку.

**Ключові слова:** дослідча перевірка, оплата праці, безпідставна невиклата заробітної плати, нецільове використання коштів, залучення спеціалістів.

***Попов Г.В. Особенности доследственной проверки по фактам необоснованной невыплаты заработной платы***

В статье исследуются особенности следственной проверки фактов необоснованной невыплаты заработной платы. Обращено внимание на особенности привлечения к проведению следственных проверок специалистов государственных контролирующих органов, а также специалистов по бухгалтерскому учёту.

**Ключевые слова:** следственная проверка, оплата труда, необоснованная невыплата заработной платы, нецелевое использование средств, привлечение специалистов.

***Popov G.V. Particular investigation check on the facts of unreasonable non-payment of wages***

This article analyzes investigation check on the facts of unreasonable non-payment of wages. The attention to features of engagement in research specialists inspections government auditors and experts in accounting.

**Keywords:** research verified wages, unfounded unpaid wages, misuse of funds, attracting professionals.

# ЗМІСТ

ФІЛОСОФСЬКІ, ІСТОРИЧНІ, МЕТОДОЛОГІЧНІ, ОРГАНІЗАЦІЙНІ ТА ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА .....	3
Кадикало О.І. <i>Гене́за теорії і практики офіційного     тлумачення у державно-правовій думці</i> .....	3
Луцький І. М. <i>Філософсько-правові тенденції     на теренах українських земель</i> .....	9
Луцький Р. П. <i>Нормативно-правовий акт як     визначальна форма вираження позитивного права</i> .....	13
Мацькевич М. М. <i>Право на свободу світогляду     і віросповідання як конституційне культурне право</i> .....	17
Осауленко А.О. <i>Історико-правові аспекти     становлення і розвитку інститутів громадянського     суспільства в контексті пенітенціарної системи України</i> ....	23
Присташ Л.Т. <i>Каральна діяльність радянських     органів внутрішніх справ у західних областях     УРСР (1939-1941рр.)</i> .....	30
Конституційний лад та права людини. ПРОБЛЕМИ МІЖНАРОДНОГО, АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА. АДМІНІСТРАТИВНЕ СУДОЧИНСТВО .....	37
Баранов-Мохорт С.М. <i>Концепція дослідження     адміністративно-правових засобів запобігання     і протидії корупції в системі державної служби</i> .....	37
Іващенко Д.Є. <i>Звичай та звичка (узвичаєння)     у міжнародному праві</i> .....	45
Калиновський Б.В. <i>Сучасні підходи до реформування     муніципальної служби в Україні</i> .....	53
Перощук З.І. <i>Правова ретроспектива бюджетної     системи України</i> .....	60
Петровська І.І. <i>Нормативно-правове регулювання     протидії корупції: загальна характеристика</i> .....	65

Розвадовський В.І. <i>Особливості реалізації повноважень Голови Верховної Ради України у відносинах з Першим заступником та заступником Голови Верховної Ради України</i> .....	72
Серова І.І. <i>Формування норм міжнародного права щодо протидії нелегальній міграції</i> .....	76

ЦИВІЛЬНЕ ТА СІМЕЙНЕ ПРАВО. ПРОБЛЕМИ  
ГОСПОДАРСЬКОГО ТА КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА.

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ТА

ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА .....	84
Бойко Н. М. <i>Сторони та зміст договору позички</i> .....	84
Васильєва В.В. <i>Місце договору в системі юридичних фактів та встановлення його ознак</i> .....	88
Втерковський В. Д. <i>Порядок виплат у справах про відшкодування шкоди, завданої громадянинуві незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду (за законодавством України, Російської Федерації та Республіки Білорусь)</i> .....	94
Гудима Марія Мирославівна. <i>Право туриста на інформацію: недоліки законодавчого регламентування</i> ....	100
Гудима Мирослава Мирославівна. <i>Деякі аспекти договірного оформлення посередницьких відносин в туризмі</i> .....	107
Зварич Ж.І. <i>Зародження правової охорони фотографічних творів на українських землях у складі Російської імперії</i> .....	112
Зозуляк О.І. <i>Теоретичний аналіз втілення теорій юридичної особи у цивільному законодавстві України</i> .....	118
Калаур І. Р. <i>Договір найму (оренди) житла як підстава виникнення зобов'язання про передачу майна в користування</i> .....	125
Ковалишин О.Р. <i>Арешт акцій: окремі питання правозастосування</i> .....	133
Мироненко І. В. <i>Интерес як об'єкт правової охорони у сфері відносин власності</i> .....	138



Пташник І.Р. <i>Розвиток законодавства в сфері трансплантації в Україні</i> .....	143
Саракун І.Б. <i>Практичні аспекти зловживання правом у товаристві з обмеженою відповідальністю</i> .....	150
Семків В. В. <i>Про предмет договору оренди водного об'єкта</i> .....	156
Сметанюк В.Б. <i>Правова регламентація Єдиного Державного реєстру судових рішень – як одна із гарантій доступності правосуддя в цивільних справах</i> .....	163
Ставнича І.М. <i>Правосуб'єктність учасників як об'єктивна умова дієвості цивільно-правового договору</i> .....	169
Таран О.С. <i>Багатосторонні договори за Цивільним, Господарським та Податковим кодексами України</i> .....	176
Уздейчук В.І. <i>Правова природа юридичної рівності сторін у цивільному праві України</i> .....	182
Федюк Л.В. <i>Зовнішні зв'язки особистих немайнових прав</i> .....	188
Шищак-Качак О.О. <i>Значення та практична цінність правового звичаю як нормативного регулятора сімейних відносин</i> .....	195
Шкварок Л. В. <i>Функції приватного договору</i> .....	201

**ПРОБЛЕМИ ОХОРОНИ НАВКОЛИШНЬОГО ПРИРОДНОГО  
СЕРЕДОВИЩА. ПИТАННЯ ЗЕМЕЛЬНОГО**

<b>ТА АГРАРНОГО ПРАВА</b> .....	<b>210</b>
Багай Н.О. <i>Забезпечення та захист прав селян як пріоритетний напрям розвитку аграрного законодавства</i> .....	210
Ващишин М.Я. <i>Розмежування компетенції органів, що вирішують земельні спори</i> .....	216
Гвоздик П.О. <i>Концептуальні підходи щодо підготовки Екологічного кодексу України</i> .....	223

Питання ТРУДОВОГО ПРАВА ТА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ .....	230
Білієнко Г.Г. <i>Правові підстави впровадження     ненормованого робочого часу.....</i>	230
Мойсей Л.О. <i>Поняття та особливості     забезпечення службовим житлом військово-     службовців: шляхи вдосконалення законодавства.....</i>	236
 ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ ТА КРИМІНОЛОГІЧНОЇ (ПРОФІЛАКТИЧНОЇ) ПОЛІТИКИ .....	241
Болдарь Г.Є. <i>Міжгалузеві зв'язки кримінального     права: поняття та класифікація .....</i>	241
Савінова Н.А. <i>Киберзлочинність: витоки та     тенденції детермінації в умовах розвитку     Глобального інформаційного суспільства .....</i>	248
Ткачук І.С. <i>Загальна характеристика колізії     як окремого виду взаємозв'язків норм кримінального     та кримінально- процесуального права.....</i>	254
Федорак Л.М. <i>Співвідношення особи винного     із обставинами, що пом'якшують покарання.....</i>	259
 Питання КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА ТА КРИМІНАЛІСТИКИ.....	264
Попов Г.В. <i>Особливості дослідчої перевірки за     фактами безпідставної невиплати заробітної плати.....</i>	264

Для нотаток

Наукове видання

Актуальні проблеми вдоско-  
налення чинного законодав-  
ства України

Випуск 28  
Збірник наукових статей

В редакції авторів наукових статей

Комп'ютерна верстка і правка Ігор КОЗИЧ

Підписано до друку 16.07.12 Формат 60x84/16. Па-  
пір офсетний. ум.друк.арк. 24,8 Наклад 300 прим.  
Зам. №22/11-12.

Віддруковано в Юридичному інституті  
Прикарпатського національного університету  
імені Василя Стефаника  
76018, м.Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 44а  
e-mail: lawdept@pu.if.ua